

“ANGELONI, AYELEN ROCIO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ACCIDENTE DE TRABAJO – ACCION ESPECIAL” Expte. N° 39.329/2015

En la ciudad de La Plata, a los 7 días del mes de junio de 2019 se reúne el Tribunal del Trabajo 2 de esta ciudad, integrado en este acto por Juan Ignacio Orsini, Carlos Mariano Nuñez y Federico Javier Escobares, a efectos de dictar el **VEREDICTO** que prescribe el art. 44, inc. "d", ley 11.653 en los autos N° 39.329, caratulados: **"ANGELONI, AYELEN ROCIO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ACCIDENTE DE TRABAJO – ACCION ESPECIAL"**. Practicada la desinsaculación establecida por el art. 44 inc. "c" de la ley 11.653, resultó el siguiente orden de votación: jueces Escobares-Nuñez-Orsini.-

Acto seguido, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones de hecho:

¿SE HA PROBADO?

1. Que Ayelén Rocío Angeloni se vincula con la autoasegurada Provincia de Buenos Aires como empleada del Astillero Río Santiago.-
2. Que el 23 de julio de 2013, al cambiar la actora la mecha de una agujereadora radial, el guante protectorio que utilizaba se engancha en la máquina, provocando que el miembro superior derecho acompañara el movimiento del artefacto, sufriendo en esa instancia la amputación traumática del antebrazo derecho, lo que a la postre le ocasiona una incapacidad laborativa permanente de la total obrera conforme los siguientes porcentajes: GRAVISIMA LESION OSTEO MUSCULAR VASCULAR Y NEUROLOGICA PERIFERICA POR AMPUTACION DEL ANTEBRAZO Y MANO 42%; REACCION VIVENCIAL ANORMAL NEUROTICA GRADO II 10%; FACTORES DE PONDERACION: dificultad alta para la realización de las tareas habituales 20%; recalificación que amerita 10% y edad 3%.-
3. Que en la generación del daño constatado en la actora hayan intervenido cosas de propiedad o bajo la guarda de la demandada que admitan calificarse de riesgosas o viciosas.-
4. Que en la generación del daño haya incidido culpa de la víctima.-
5. Que su fecha de nacimiento es 4 de abril de 1990 y su salario a la fecha del accidente es igual a \$8.534,02.-
6. Que la demandada abonó a la actora sumas de dinero en virtud del

infortunio sufrido.-

7. Que el equipo protésico mecánico de la actora deba ser reemplazado por otro mioeléctrico.-

A la primera cuestión planteada, el juez Escobares dijo:

Del informe del Departamento de Personal del Astillero Río Santiago obrante a fs. 41 del Expediente N° 5100-8511/2015 surge que la actora ingresó en esa dependencia en fecha 15 de noviembre de 2012.-

Por su parte no ha sido cuestionado el carácter de autoasegurada de la Provincia de Buenos Aires, toda vez que invocado el hecho por la actora, no ha sido objeto de especial negativa por parte de la accionada, atento lo cual lo considero como reconocido.-

Voto por la AFIRMATIVA.

Los jueces Nuñez y Orsini, por los mismos fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.

A la segunda cuestión planteada, el juez Escobares dijo:

En cuanto a la existencia misma del evento dañoso cabe señalar que la propia conducta de la demandada no hace más que confirmar el accidente, toda vez que, tal como señalara en su contestación de demanda de fs. 130/145 y alegato en relación al accidente de fecha 23 de julio de 2013, le proporcionó a la actora las prestaciones, se le determinó un 58,2% de incapacidad y en virtud de ello se liquidó y abonó a la misma la suma de \$1.113.399.-

Sin perjuicio de ello la absolucón de posiciones rendida a fs. 300/301 confirma los hechos cuando la demandada afirma como que es cierto que el día 23 de julio de 2013 se le indicó prestar tareas en el puesto donde se encuentra la máquina agujereadora radial, que operando la misma se produjo un accidente de trabajo y que a raíz del mismo debió amputársele el miembro superior derecho.-

En cuanto a las consecuencias dañosas en la salud de la actora han sido cabalmente acreditadas con las conclusiones del perito médico obrantes a fs. 238/239 (ratificadas a fs. 253) de las que no encuentro motivos para apartarme en tanto se erigen como el elemento más idóneo y eficaz para determinar la etiología de las dolencias y el grado de minusvalía

que conllevan, atento lo cual considero innecesaria la intervención en autos de la Asesoría Pericial. En dichas instancias el facultativo diagnostica GRAVISIMA LESION OSTEO MUSCULAR VASCULAR Y NEUROLOGICA PERIFERICA POR AMPUTACION DEL ANTEBRAZO Y MANO respecto de la que determina en la siniestrada una incapacidad permanente del 42% de la total obrera. También teniendo a la vista el informe del médico psiquiatra de fs. 230/232 diagnostica REACCION VIVENCIAL ANORMAL NEUROTICA GRADO II en relación causal con el accidente y determina en la misma una incapacidad permanente del 10% de la total obrera.-

En otro orden fija los siguientes FACTORES DE PONDERACION: dificultad alta para la realización de las tareas habituales 20%; recalificación que amerita 10% y edad 3%.-

Es oportuno aclarar en esta instancia que el perito además de fijar los porcentajes mencionados procede a realizar el cálculo de la incapacidad total de la actora, pero dicha cuestión al exceder el presente marco, será tratada en oportunidad del dictado de la sentencia.-

Voto por la AFIRMATIVA.

Los jueces Nuñez y Orsini, por los mismos fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.

A la tercera cuestión planteada, el juez Escobares dijo:

Sostiene la actora que existe responsabilidad objetiva de la demandada por el riesgo o vicio de la cosa, identificando como tal a la máquina radial que la trabajadora operaba en el momento del accidente. En ese sentido señala que el trabajo en serie, la utilización de los miembros del operario para la extracción y colocación de mechas en la agujereadora y el funcionamiento propio de la herramienta tornaron a ese elemento como generador de un riesgo (ver fs. 96 y vuelta).-

Creo que tiene razón.-

En efecto, en este caso no hay dudas (porque no se encuentra controvertido) que la cosa protagonista del evento dañoso es una agujereadora o taladro radial, tal como la denomina el perito ingeniero en su informe de fs. 217/219, para luego presentar a la misma como una máquina de gran tamaño que mueve su cabezal, su mesa de trabajo y el husillo principal con motores independientes. En dicho dictamen también señala el

experto que toda máquina representa una “cosa riesgosa” por lo que el operador debe recibir un entrenamiento adecuado, que estas máquinas merecen una capacitación sistemática y progresiva dadas las características de las mismas, su gran porte y motores de una potencia importante. Finalmente señala que el accidente descrito en la demanda está estrictamente relacionado con la utilización de la máquina y la tarea que desempeñaba la operaria en ese momento.-

De esa caracterización y las demás constancias de autos (como las fotografías agregadas o el video que ilustra su funcionamiento) surge con facilidad el carácter de riesgoso de la máquina en cuestión (sobre la que el demandado no ha cuestionado su carácter de dueño o guardián), a lo que debe sumarse su gran tamaño y potencia, factores que, como se verificara en autos, pueden provocar accidentes de gravísimas consecuencias tales como la pérdida de un miembro.-

Voto por la AFIRMATIVA.

Los jueces Nuñez y Orsini, por los mismos fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.

A la cuarta cuestión planteada, el juez Escobares dijo:

Sostiene el Fisco en su contestación de demanda que el propio accionar y conducta de la actora es la causa adecuada del daño que padeciera porque negligentemente efectuó el cambio de mecha con la máquina en movimiento, es decir que omitió suspender el funcionamiento de la maquinaria y ello le causó el daño. Luego en su alegato va a sostener que de la pericia técnica surge que el evento se produjo en momentos en que la actora realizaba el cambio de mecha de la agujereadora en movimiento, cuando debió haberlo hecho con el artefacto detenido, lo que revela el comportamiento negligente de su parte.-

Respecto de ello cabe señalar que para culpar a la trabajadora por el accidente ocurrido, la empresa primero debería haber acreditado que había detectado que el cambio de la mecha de la máquina en movimiento era una operatoria potencialmente peligrosa, luego debería haber deshabilitado técnicamente esa opción, si eso no hubiera sido posible desde la práctica (o mientras tanto se hiciera), debería haber puntualmente capacitado a los trabajadores operadores de dicha maquinaria para evitar que los mismos

realicen dicha peligrosa maniobra. Por último debería haber señalado adecuadamente el lugar de trabajo para que a nadie se le olvide dicha regla de seguridad.-

Nada de esto ha sido acreditado en autos. En efecto, la empresa no probó que se hubiera detectado como riesgosa la operatoria de cambiar la mecha de la máquina en movimiento, ni que se hubiera intentado bloquear técnicamente esa posibilidad, ni que en su caso se hubiera capacitado a los trabajadores para evitarlo, ni que se hubiera señalado para advertir a los mismos que no lo hicieran.-

Por el contrario, se acreditó en estas actuaciones (conforme el informe del Coordinador de la Planta Mecánica obrante a fs. 51 del Expediente N° 5100-8511/2015) que al momento del hecho la actora se encontraba bajo la supervisión del oficial maestro Héctor Antonio Santucci, por lo que resulta inverosímil que intentara realizar una tarea prohíba cuando se encontraba bajo la dirección de un especialista.-

También se probó que el criterio de la empresa es que existen dos formas válidas de cambiar las mechas, dependiendo del sistema que se utilice: 1) por el “sistema convencional” se detiene en su totalidad y a 0 revoluciones el husillo y se retira la mecha mediante un golpe son una cuña, luego la colocación de otra mecha se realiza manualmente; 2) “cambio rápido”, la mecha se extrae y se coloca automáticamente con el husillo en movimiento, mediante un dispositivo afín (tal como afirmara el Jefe de Departamento Mecanizado en su informe de fs. 279 de fecha 30 de septiembre de 2016), lo que termina de descartar que el accidente haya ocurrido porque su víctima hubiera realizado irregularmente su trabajo o en contradicción con alguna conducta prohibida por las reglas de seguridad de la empresa.-

En atención a lo expuesto no considero que en el caso pueda atribuirse culpa a la víctima del siniestro.-

Voto por la NEGATIVA.

Los jueces Nuñez y Orsini, por los mismos fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.

A la quinta cuestión planteada, el juez Escobares dijo:

Siendo el evento dañoso de autos un hecho súbito y violento no me

cabe duda que la primera manifestación invalidante y la toma de conocimiento de la incapacidad ocurrieron concomitantemente en esa misma fecha.-

En cuanto a la fecha de nacimiento de la trabajadora (4 de abril de 1990) se acredita (entre otras probanzas) con la consignada en el formulario de denuncia de fs. 38.-

Respecto del salario de la actora a la fecha del accidente igual a \$8.534,02 (correspondiente al mes de julio de 2013), el mismo se obtiene del (no negado) recibo de sueldo agregado a fs. 6, debiendo aclararse que se han tomado en cuenta todos los rubros incluidos en la liquidación, en tanto la demandada no ha probado que alguno de los mismos se hubieran abonado por alguna causa distinta a la de su trabajo.-

Voto por la AFIRMATIVA.

Los jueces Nuñez y Orsini, por los mismos fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.

A la sexta cuestión planteada, el juez Escobares dijo:

Del acta obrante a fs. 333 surge el reconocimiento de la actora de haber percibido la suma de \$1.113.399,12 en virtud del 58,2% de incapacidad que se le determinara administrativamente (tal como se adelantara en el punto 2 de este veredicto).-

Voto por la AFIRMATIVA.

Los jueces Nuñez y Orsini, por los mismos fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.

A la séptima cuestión planteada, el juez Escobares dijo:

En el escrito de inicio la actora denuncia que la ART que administra el autoseguro no le provee una prótesis mioeléctrica de antebrazo derecho con cono de enchufe autosuspendido y mano tipo Otto Bock (ver fs. 50 vuelta) conforme el criterio del centro de rehabilitación al cual concurre (ver fs. 45).-

En ese marco se adjunta a fs. 40 una nota de la actora dirigida a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo donde afirma que la ART le prescribió una prótesis mecánica, pero que en la actualidad dicho sistema ha sido superado por otros con mayor tecnología (mioeléctricas y biónicas).-

A su turno la demandada niega que la aseguradora no le quiera proveer la prótesis del antebrazo derecho y señala que se encuentra con tratamiento de rehabilitación y control por un ortopedista para equipamiento protésico de MSD (ver fs. 133 vuelta).-

En atención a lo expuesto la pericia médica obrante en autos refiere que la actora actualmente se encuentra provista de una prótesis mecánica del antebrazo (ver fs. 238 vuelta) pero nada dice sobre si la actual prótesis genera algún tipo de problema en la salud de la actora, si la misma debe ser reemplazada y/o cuáles deberían ser las características de dicho eventual reemplazo, sin que la parte actora hubiera impugnado, observado ni pedido explicaciones sobre el dictamen del experto médico.-

En esa inteligencia considero que no ha sido probado que existan razones médicas que determinen que el equipamiento protésico mecánico actualmente provisto a la actora deba ser suplantado por otro mioeléctrico con las características expresadas en la demanda.-

Voto por la NEGATIVA.

Los jueces Nuñez y Orsini, por los mismos fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.

VEREDICTO

Teniendo en cuenta el resultado que se ha obtenido al votar las cuestiones planteadas puede concluirse que en autos ha quedado establecido:

SE HA PROBADO:

1. Que Ayelén Rocío Angeloni se vincula con la autoasegurada Provincia de Buenos Aires como empleada del Astillero Río Santiago.-
2. Que el 23 de julio de 2013, al cambiar la actora la mecha de una agujereadora radial, el guante protectorio que utilizaba se engancha en la máquina, provocando que el miembro superior derecho acompañara el movimiento del artefacto, sufriendo en esa instancia la amputación traumática del antebrazo derecho, lo que a la postre le ocasiona una incapacidad laborativa permanente de la total obrera conforme los siguientes porcentajes: GRAVISIMA LESION OSTEOMUSCULAR VASCULAR Y



NEUROLOGICA PERIFERICA POR AMPUTACION DEL ANTEBRAZO Y MANO 42%; REACCION VIVENCIAL ANORMAL NEUROTICA GRADO II 10%; FACTORES DE PONDERACION: dificultad alta para la realización de las tareas habituales 20%; recalificación que amerita 10% y edad 3%.-

3. Que en la generación del daño constatado en la actora hayan intervenido cosas de propiedad o bajo la guarda de la demandada que admitan calificarse de riesgosas o viciosas.-

5. Que su fecha de nacimiento es 4 de abril de 1990 y su salario a la fecha del accidente es igual a \$8.534,02.-

6. Que la demandada abonó a la actora sumas de dinero en virtud del infortunio sufrido.-

NO SE HA PROBADO:

4. Que en la generación del daño haya incidido culpa de la víctima.-

7. Que el equipo protésico mecánico de la actora deba ser reemplazado por otro mioeléctrico.-

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Señores Jueces, por ante mí, de lo que doy fe.-

Dr. Carlos Mariano NUÑEZ
Juez
Tribunal de Trabajo N°2

Dr. Juan Ignacio ORSINI
Juez
Tribunal de Trabajo N°2

Dr. Federico Javier ESCOBARES
Juez
Tribunal de Trabajo N°2

Ailen Sessa
Secretaria
Tribunal del Trabajo N°2

“ANGELONI, AYELEN ROCIO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ACCIDENTE DE TRABAJO – ACCION ESPECIAL” Expte. N° 39.329/2015

En la ciudad de La Plata, a los 7 días del mes de junio de 2019 se reúne el Tribunal del Trabajo 2 de esta ciudad, integrado en este acto por Juan Ignacio Orsini, Carlos Mariano Nuñez y Federico Javier Escobares, a efectos de dictar la **SENTENCIA** que prescribe el art. 47, ley 11.653 en los autos N° 39.329, caratulados: **"ANGELONI, AYELEN ROCIO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ACCIDENTE DE TRABAJO – ACCION ESPECIAL"**. Practicada la desinsaculación establecida por el artículo 44 inc."c" de la 11.653, conforme orden de votación establecido en el Veredicto: Escobares-Nuñez-Orsini.-

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es procedente la demanda?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, EL DR. ESCOBARES DIJO:

ANTECEDENTES:

A fs. 46/115, mediante apoderado, se presenta Ayelén Rocío Angeloni promoviendo demanda contra la Provincia de Buenos Aires, tendiente a obtener el cobro de la suma de \$8.788.238 como reparación plena e integral debido a las dolencias laborales que padece, sin perjuicio de un reclamo subsidiario dentro de las fronteras de la Ley 24.557.-

Agrega que ingresó a laborar como empleada del Astillero Río Santiago el 15 de noviembre de 2012 y que mientras prestaba sus tareas habituales el 23 de julio de 2013 al cambiar la mecha de una agujereadora radial, el guante protectorio que utilizaba se enganchó en la máquina, provocando que su miembro superior derecho acompañara el movimiento del artefacto, sufriendo en esa instancia la amputación traumática de su antebrazo derecho. Acto seguido fue asistida en el Hospital Cestino de Ensenada, en la Clínica de la Mano Gamma, en el Hospital Italiano de La Plata y en el Sanatorio Itoiz de Avellaneda, donde se la interviene quirúrgicamente en dos oportunidades, luego de lo cual recibió numerosas prestaciones por parte del empleador autoasegurado (rehabilitación, kinesiología, magnetoterapia, tratamiento psicológico, etc). En ese sentido describe las dolencias que padece (AMPUTACION TRAUMATICA DE

ANTEBRAZO DERECHO Y RVAN GRADO III) y destaca que globalmente repercuten en un 90% de su TO. Ello así fundamenta la responsabilidad de la demandada dentro de lo normado en el código civil (arts. 1.109, 1.113 y 1.074 del CC). En ese orden, solicita la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 6, 8, 12, 14, 15, 21, 22, 39, 40, 43, 46, 47, 49 y disposiciones finales de la LRT, Decreto 410/2001, Decreto 1694/2009 y Decreto 1278/2001, arts. 4 y 17 apartados 2, 3, 5, 6 y 7 de la Ley 26.773 y Decreto 472/2014. Finalmente manifiesta que es obligada a interponer la presente demanda a los efectos de obtener el cobro de los rubros que detalla, practica liquidación de los mismos en el marco de una reparación integral y subsidiariamente conforme las previsiones de la LRT, ofrece la prueba de que intenta valerse y requiere se haga lugar a su reclamo con intereses a la tasa activa y costas a la contraria.-

Corrido el pertinente traslado (art. 28, ley ritual del fuero) fue contestado por la contraparte en tiempo y forma.-

En ese orden se presenta el Fisco de la Provincia de Buenos Aires a fs. 130/145. En dicha instancia la demandada señala en primer lugar que el art. 4 de la Ley 26.773 prohíbe la acumulación de acciones y en cuanto al hecho señala que la actora tenía acabado conocimiento sobre el uso de maquinarias, que se le proveyó de elementos de protección personal con los que contaba en el momento del accidente, que la maquina tiene medidas de seguridad y que el accidente ocurrido fue denunciado y se brindaron las prestaciones adecuadas. En ese marco niega que se encuentren reunidos requisitos para atribuir responsabilidad civil (objetiva o subjetiva), invoca la culpa de la víctima, sostiene la constitucionalidad de la LRT, impugna la liquidación de la demanda, solicita la inconstitucionalidad de la Ley 14.399, ofrece la prueba que hace a su derecho y finalmente peticiona el rechazo en todas sus partes de la demanda con intereses y costas a cargo de la accionante.-

Ello así fue contestado oportunamente el traslado conferido en los términos del artículo 29 de la ley 11.653 (ver fs. 149). Acto seguido se abrió la causa a prueba (ver fs. 150).-

Finalmente se fijó la pertinente vista de causa (ver fs. 333), luego de lo cual las partes desistieron de su prueba pendiente y solicitaron alegar

por escrito, cosa que hicieron, quedando los presentes actuados en estado de dictar veredicto y sentencia (ver fs. 335).-

SOLUCION DECISORIA QUE SE PROPONE:

En primer lugar y no obstante que la competencia de este Tribunal para entender en la presente causa, a esta altura del proceso, ha quedado inexorablemente fijada, nunca está de más señalar que en materia de infortunios o contingencias provenientes del trabajo, tanto si el reclamo se formula con fundamento en lo dispuesto en la ley especial, o se lo busque en la ley civil, o que se haya iniciado con anterioridad por la vía administrativa de las comisiones médicas o que directamente se haya recurrido a los estrados judiciales, lo cierto es que la competencia de los tribunales locales para intervenir en estas cuestiones resulta incuestionable y como tal debe ser ratificada (conf. doc. L 88770 del 20/12/2006; L 76325, 7/3/2007 entre muchas otras).-

Dicho ello, cabe señalar que por medio de la presente demanda pretende la actora la reparación integral de los daños y perjuicios padecidos con fundamento en las normas de derecho común.-

Con carácter previo a todo análisis cabe señalar que la toma de conocimiento se produjo durante la vigencia del Código Civil (según Ley 340) atento lo cual sus disposiciones son las aplicables al caso.-

Resuelto ello hay que señalar que la fecha del accidente (23 de julio de 2013) torna aplicable al caso en especie la Ley 26.773, que derogara los incisos 1, 2 y 3 del artículo 39 de la ley 24.557 (art. 17.1 de la Ley 26.773). Ello así, frente a la pretensión actoral de una reparación integral, desaparece el valladar que impusiera la original versión del tan mentado art. 39 de la Ley 24.557.-

Sin perjuicio de ello, y dentro de la lógica del nuevo sistema adoptado por la ley, la demandada plantea que la presente demanda es prematura en función de lo dispuesto por el art. 4 de la Ley 26.773 porque no hubo notificación fehacientemente a la damnificada respecto de los importes que les corresponde percibir por aplicación de este régimen. Sin perjuicio de ello la objeción formulada ha perdido actualidad y se ha tornado abstracta toda vez que durante el transcurso de este proceso (como las partes alegan y reconocen) se le determinó a la actora un 58,2% de incapacidad y en virtud de ello se liquidó y abonó a la misma la suma de \$1.113.399.-

Pero también la accionada se agravia de la conducta de la actora porque entiende que la misma violenta la prohibición de acumular acciones también prevista en el ya mentado art. 4 de la Ley 26.773, siendo que ya se le abonaron las prestaciones de la ley especial y pretende asimismo una reparación en el marco de la ley civil.-

Respecto de ello la actora plantea en su demanda la inconstitucionalidad de dicho artículo señalando (entre otros argumentos) que un sistema de seguridad social no puede prohibir, excluir, condicionar o limitar la posibilidad de una acción posterior tendiente a obtener la reparación integral de los daños causados (ver fs. 68 vuelta).-

Pero previo a resolver sobre la validez constitucional de dicha prohibición de acumulación de acciones, corresponde verificar si en este caso en particular se encuentran presentes en autos factores atributivos de la responsabilidad civil que también posibiliten una reparación en dicho marco. Sin más dilaciones nos abocaremos a esa tarea.-

FACTORES DE ATRIBUCION:

En esa inteligencia, sostiene la actora que existe responsabilidad objetiva de la demandada por el riesgo o vicio de la cosa, identificando como tal a la máquina radial que operaba en el momento del accidente.-

En cuanto a ello, se acreditó en el punto 3° del veredicto que de la caracterización realizada por el perito ingeniero y de las demás constancias de autos (como las fotografías agregadas o el video que ilustra su funcionamiento) surge con facilidad el carácter de riesgoso de la agujereadora o taladro radial (sobre la que el demandado no ha cuestionado su carácter de dueño o guardián), a lo que debe sumarse su gran tamaño y potencia, factores que, como se verificara en autos, pueden provocar accidentes de gravísimas consecuencias tales como la pérdida de un miembro.-

En cambio, en el punto 4° del veredicto no se acreditó que en la generación del hecho dañoso hubiera incidido alguna culpa por parte de la víctima.-

En atención a lo expuesto considero que, partiendo de la base de la existencia del hecho que provocara el daño, debe atribuirse responsabilidad civil a la parte empleadora fundada en lo normado en los arts. 1.113 del Código Civil.-

LA REPARACION EN EL MARCO DE LA ACCION CIVIL:

Lo señalado en el capítulo precedente basta para atribuir responsabilidad civil a la demandada, lo que torna abstracto el tratamiento de otros supuestos planteados por la parte actora que persiguen el mismo objetivo.-

Ello así corresponde sin más abocarse a la tarea de cuantificar el daño.-

En esa tónica y más allá de las distintas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que se han ido escuchando a lo largo de los años, considero que la primera aproximación que debe hacerse sobre el tema debe ineludiblemente partir del famoso caso "Arostegui" que el Superior Tribunal en el orden Nacional fallara en 8/04/2008, y digo esto, sobre todo por la parte del fallo mencionado que inmediatamente paso a transcribir: *"Que, en orden al segundo aspecto, el a quo, so color de restitutio in integrum, estimó el resarcimiento por el daño material del derecho civil también mediante una tarifa. Más todavía; de una tarifa distinta en apariencia de la prevista en la LRT, pero análoga en su esencia pues, al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada total obrera" y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla. Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste. Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales", ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres"* (Aquino", votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753, 3765/ 3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y "Díaz", voto de

la jueza Argibay, Fallos: 329:473, 479/480, y sus citas)”; *“El Tribunal también ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados, al igual que los citados anteriormente, con infortunios laborales en el contexto indemnizatorio del Código Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste "un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.", y que, por el otro, "debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable" (Fallos: 308:1109, 1115 y 1116). De ahí, que "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos -aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (Fallos: 310:1826, 1828/1829). Tampoco ha dejado de destacar que en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos: 308:1109, 1117)"*.-

En ese sentido interpreto que no se critica a la denominada fórmula “Vuotto” por resultar ésta equivocada, sino que el reproche se realiza más bien por ser insuficiente, es decir por representar solamente una faceta de la vida del trabajador, su pérdida de fuerza de trabajo, el detrimento en su capacidad laboral, la pérdida de la llamada “total obrera”. La crítica consiste en que no se toman en cuenta los otros aspectos de la vida de trabajador, los que se vinculan a su calidad de persona y que si no se encuentran garantizados no puede afirmarse que la reparación sea integral. De lo expuesto surgen los rubros que deben ser indemnizados: 1) la mengua en la actividad productiva o lucro cesante o INCAPACIDAD LABORATIVA; 2) el DAÑO MORAL, 3) la afectación a la INTEGRIDAD PSICOFISICA en tanto concepto diferenciado de los anteriores y que tiene un valor en sí mismo.-

Corresponde aclarar en este punto que en su demanda la actora también denuncia que la ART como administradora del sistema de

autoseguro no le provee la prótesis mioeléctrica que le solicitara y señala asimismo que ese hecho agrava su dolencia psíquica.-

Sin perjuicio de ello, en el punto 7 del veredicto se ha tenido por no acreditado que el equipo protésico mecánico de la actora deba ser reemplazado por otro mioeléctrico, atento lo cual debe rechazarse en esta instancia cual pretensión al respecto.-

Resuelto ello cabe considerar los siguientes rubros que proceden:

1- INCAPACIDAD LABORATIVA:

Para calcular el lucro cesante me parece adecuado utilizar en este caso (y sólo en este caso) como parámetro cuantitativo, una fórmula de cálculo actuarial que determine un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.-

En ese sentido se tomará en cuenta: a) la edad de la víctima al momento del accidente y la edad estimada para realizar actividades productivas; b) los ingresos; c) el porcentaje de incapacidad y d) la tasa de descuento.-

Conforme los datos determinados en el veredicto resulta que:

- la actora tenía 23 años a la fecha del accidente (fecha de nacimiento 4 de abril de 1990, fecha del siniestro 23 de julio de 2013), lo que convierte a dicha fecha en el punto de partida del cálculo del lucro cesante reclamado. En cuanto al punto final a considerar a esos efectos, cabe señalar que hace tiempo que la edad jubilatoria ha dejado de ser el hito formal de finalización de la actividad productiva de los trabajadores, los que en un número cada vez más numeroso (y por razones que no viene al caso aventurar) continúan prestando tareas más allá de esa frontera, hayan obtenido (o no) dicho beneficio. Atento ello, resulta conveniente (a falta de otro dato), considerar como valor final de las actividades económicamente valorables, la edad promedio de 75 años que resulta de una conservadora valoración de la expectativa de vida en la Argentina según la Organización Mundial de la Salud (www.who.int/countries/arg/es/).-

- la remuneración que percibía la trabajadora a la fecha del accidente determinada en el punto 5° del veredicto: \$8.534,02.-

- respecto de la incapacidad de la TO determinada en el punto 2° hay que realizar algunas consideraciones.-

En el punto segundo del veredicto se ha acreditado que en virtud del accidente la actora padece actualmente una GRAVISIMA LESION OSTEO MUSCULAR VASCULAR Y NEUROLOGICA PERIFERICA POR AMPUTACION DEL ANTEBRAZO Y MANO que le genera un 42% de incapacidad y una REACCION VIVENCIAL ANORMAL NEUROTICA GRADO II que determina en la misma un 10% de incapacidad; además de los siguientes factores de FACTORES DE PONDERACION: dificultad alta para la realización de las tareas habituales 20%; recalificación que amerita 10% y edad 3%.-

Respecto de ello, el perito médico realiza un cálculo global de la incapacidad que, sobre la base de una incapacidad del 52% (42% física + 10% psíquica), con los factores de ponderación alcanza los 70,6% (ver fs. 239).-

Frente a ello la demandada al impugnar la pericia en primer lugar objeta que no se haya utilizado el criterio de la capacidad restante, lo que rápidamente corresponde descartar toda vez que no nos encontramos en el caso con incapacidades sucesivas ni con un gran siniestrado.-

Luego la accionada señala que el Decreto 659/96 determina que: *“En caso de que una incapacidad permanente sea parcial por aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades laborales y que por la incorporación de los factores de ponderación se llegue a un porcentaje igual o superior al 66% el valor máximo de dicha incapacidad será 65%.”* (ver fs. 247 vuelta).-

Antes que nada hay que decir que el art. 9 de la Ley 26.773 establece que: *“Para garantizar el trato igual a los damnificados cubiertos por el presente régimen, los organismos administrativos y los tribunales competentes deberán ajustar sus informes, dictámenes y pronunciamientos al Listado de Enfermedades Profesionales previsto como Anexo I del Decreto 658/96 y a la Tabla de Evaluación de Incapacidades prevista como Anexo I del Decreto 659/96 y sus modificatorios, o los que los sustituyan en el futuro”*.-

Luego cabe señalar que la norma contiene un sistema que incrementa la incapacidad del siniestrado cuando concurren determinados

factores de ponderación (dificultad para realizar las tareas, recalificación y edad).-

De la misma manera que incrementa la incapacidad también la limita en los casos en que la incidencia de los factores de ponderación transforme una incapacidad parcial (menor a 65%) en una total (mayor a 66%).-

En esa inteligencia, dentro de la lógica interna de la norma, resulta tan válido el incremento de la incapacidad por los factores de ponderación, como los límites que se imponen respecto de la aplicación de los mismos, atento lo cual en este caso en particular, habiéndose comprobado el supuesto descrito en la norma, debe considerarse que la incapacidad de la actora asciende al 65% de la TO.-

Finalmente resta señalar que si bien la accionante peticiona el daño psíquico en un rubro aparte, el cálculo de la incapacidad del perito médico incluye el ítem, por lo que debe considerarse como una mengua en su capacidad laborativa (sin perjuicio de lo que se considere como daño extralaboral en el siguiente capítulo).-

- una tasa anual de descuento referida a un capital obtenido en el futuro en virtud de que la trabajadora recibe una indemnización en la actualidad, cuanto más baja sea la tasa de descuento, menores serán los montos que se le van a descontar en la lógica interna de la fórmula, por lo que será más alta la indemnización que vaya a percibir. En cuanto al monto de la tasa no hay ningún criterio fijo y de hecho se han utilizado distintos valores respecto de distintas versiones de fórmulas, como por ejemplo una tasa del 6% en la llamada fórmula "Vuotto" o una del 4% en la denominada "Mendez", inclusive en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han propuesto tasas diferentes. En efecto, en la reparación del caso "niños de la calle" (Villagrán Morales y otros c/ Guatemala) la Comisión utilizó una tasa de descuento del 3% para el cálculo del valor presente del lucro cesante, por su parte Guatemala consideró que la tasa de descuento aplicable era la del 5% y la Corte Interamericana terminó utilizando una tasa igual al 6% (www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec77.pdf). Lo expuesto me lleva a afirmar que no resulta correcto utilizar la misma tasa de descuento en todas las situaciones, sino que por el contrario deberá ser valorada prudentemente para cada caso en particular, conforme las

circunstancias del caso, lo que me lleva a considerar para el presente una tasa de descuento del 4% anual, que en la especie permitiría (a voluntad del interesado) el retiro periódico y similar al que se presume que la incapacidad impide percibir, capital éste que se amortizará en el lapso estimado de vida de la víctima.-

Aclarado esto, la formula entonces se representa de la siguiente manera:

$$C = a * (1 - Vn) * 1 / i * \% \text{ incapacidad}$$

C= Capital

a= Anualidad, es decir Ingreso * 13, multiplicado por el coeficiente de ajuste (60/edad).

i= tasa de interés anual 0,04.

n = Lapso de tiempo, es decir cantidad de años que se considera que debe realizar los retiros.

Vn= Es el coeficiente financiero del valor actual $1 / (1+i)^n$

$$C = 110.942 \times 2,61 \times (1 - 0,130097) \times 1 / 0,04 \times 0,65$$

Capital= \$4.091.132,96.-

2- DAÑO MORAL:

Lo primero que hay que decir es que la fijación del daño moral no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, porque no se trata de un daño accesorio a este.-

En segundo término hay que destacar que el agravio moral, que se caracteriza por la lesión cierta sufrida en los sentimientos íntimos de una persona, impone la obligación de indemnizar sin necesidad de prueba directa de su existencia, la que se tiene acreditada "in re ipsa" por la sola producción del hecho dañoso.-

Lo tercero que conviene referir es que el dolor no puede medirse ni tasarse. En ese sentido señala Ricardo Luis Lorenzetti (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VIII, página 503) que "*En la actualidad se superó el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba "el precio del dolor" para aceptarse que lo resarcible es el "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones*

viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena.".-

En esa línea ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *"Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.";* *"El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida."*. CSJN, 4-12-2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/Provincia de Buenos Aires y otros".-

Lo expuesto ha tenido su debido correlato en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que en su art. 1741 "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales" establece en su último párrafo: *"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas."*-

Atento lo expuesto, la entidad del accidente sufrido y el carácter de las secuelas, me alejan de toda duda sobre la existencia de sufrimiento o dolor que la joven accionante (que ha perdido su brazo derecho) ha padecido, daño que, frente a la necesidad de estimarlo económicamente, no podría consistir en una suma menor a **\$1.200.000.-**

3- INTEGRIDAD PSICOFISICA:

Sin plantear el rubro en forma independiente, menciona la demanda a fs. 98 que para que la reparación sea integral, deben meritarse los distintos aspectos proyectivos del individuo como la faz económica, sentimental, deportiva, profesional y que no podría hablarse de reparación sino en la medida en que la misma produce un daño a la persona en su integridad física y psíquica en interacción con los demás. También al

fundamentar el daño estético (que la actora considera como un rubro autónomo) señala que se vio afectada su estética corporal, principalmente en lo que hace al uso de atuendos livianos o que permitan la exhibición del brazo afectado, y que si antes del suceso la persona gozaba de su integridad física, tenía derecho a conservarla.-

Lo expuesto se encuentra en sintonía con lo determinado por la Corte Nacional en el mentado fallo “Arostegui” en el sentido que, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva (lucro cesante) y por el daño moral, la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable; de la misma manera que lo ha expuesto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires cuando ha afirmado: *“La incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”*. SCBA, L 79.807, 30/09/2009.-

Para determinar el rubro en el presente caso debemos preguntarnos de qué manera el daño sufrido por la trabajadora repercute en su vida personal (más allá de su faceta laboral) y en ese sentido no resulta difícil imaginar que la pérdida de su brazo derecho afecta indudablemente todos y cada uno de los aspectos de su vida (sentimental, social, cultural o familiar).-

Atento lo expuesto no me caben dudas de la existencia de daño a la integridad psicofísica de la trabajadora, que en este punto estimo en el orden de los **\$2.000.000.-**

En atención a lo expuesto, corresponde sumar los montos asignados a los rubros que proceden, a saber: **1) \$4.091.132,96 2) \$1.200.000 3) \$2.000.000**, el valor total de la reparación integral determinada en autos es igual a **\$7.291.132,96.-**

Cabe señalar en este punto que en autos ha quedado acreditado que se le determinó a la actora en sede administrativa un 58,2% de incapacidad y en virtud de ello se liquidó y abonó a la misma la suma de \$1.113.399,12 (a fs. 280 se agrega informe de la Unidad Directiva Asuntos Jurídicos del Astillero Rio Santiago donde señala que la actora recibió esa suma con fecha 1 de diciembre de 2015).-

Así planteado el caso, siendo que la actora percibió sumas en sede administrativa correspondientes al régimen especial y que la reparación integral fundada en el derecho civil (que también pretende) resulta de la misma manera procedente en este caso en particular, resta entonces considerar el planteo de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 26.773 incluido en la demanda que señala (entre otros argumentos) que un sistema de seguridad social no puede prohibir, excluir, condicionar o limitar la posibilidad de una acción posterior tendiente a obtener la reparación integral de los daños causados (ver fs. 68 vuelta).-

En este punto conviene recordar que en su segundo párrafo el art. 4 de la Ley 26.773 dispone que: *“Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.”*; y el siguiente párrafo señala que: *“El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso.”*.-

De la lectura de los párrafos de la norma transcrita surge que el trabajador no puede acumular una pretensión por las prestaciones de la ley especial con una acción judicial fundada en otro sistema de responsabilidad.-

Y esta restricción no parece ser otra cosa que un límite al derecho a acceder a la justicia para obtener una reparación plena. Lo digo porque no se prohíbe (en general) que el trabajador reclame dentro de ese marco (posiblemente) más amplio desde lo reparatorio (ya nos hemos referido a la derogación de los incisos pertinentes del art. 39 de la LRT), sino que limita el ejercicio de dicha pretensión a la condición de que no peticione también una indemnización fundada en el régimen especial.-

En este punto conviene recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (uno de los tratados con jerarquía constitucional mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) establece en cuanto al derecho de acceso a la justicia en su art. 8.1 que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,*

establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”. El mismo tratado establece en su art. 25.1 que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”.-

Y transcribo especialmente los artículos de este tratado (podría haber mencionado también el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros) porque dicho convenio internacional cuenta con la valiosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que justamente ha tenido oportunidad de señalar en un caso que involucra a nuestro país “Cantos vs. Argentina” del 16/3/2010 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf) que: “Si bien el derecho a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho” (el fallo en la cita 101 aclara que en igual sentido se resolvió en Eur. Court H.R., Osman v. the United Kingdom, Judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, para. 147, 148, 152).-

Sentado lo expuesto, y conforme el criterio señalado, los límites al acceso a la justicia son posibles en tanto no supongan la negación misma del derecho, y (superada esta primera cuestión) en tanto mantengan una adecuada correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido.-

Ello así, valoradas en su conjunto las modificaciones establecidas en la Ley 26.773 y específicamente su opción excluyente incluida en su art. 4, tengo que considerar que el fin perseguido por la norma es la seguridad jurídica (que debería tender asimismo en una disminución de los índices de litigiosidad) que garantice un nuevo sistema especial de reparación que contemple una rápida (en cuanto al tiempo en el cual se brindan las soluciones) y eficaz (en cuanto a la suficiencia de las reparaciones que se

ofrecen) respuesta al drama social que se vincula a los conflictos suscitados por los accidentes y las enfermedades profesionales.-

Teniendo en cuenta dichos objetivos y cotejándolos con el accidente cuya reparación se tramita en el presente proceso, cabe concluir que ninguno de los mismos se ha verificado en autos.-

En efecto, en cuanto a la celeridad de la respuesta administrativa hay que decir que habiendo sucedido el accidente en el que perdiera su brazo la actora en fecha 23 de julio de 2013, su reparación administrativa recién se abonó el 1 de diciembre de 2015, es decir casi 2 años y medio después.-

Tampoco su reparación parece razonable, toda vez que mientras mi propuesta indemnizatoria para la reparación por la vía civil, alcanzaría la suma de **\$7.291.132,96**; la reparación de la ley especial que se abonó fue igual a **\$1.113.399,12.-**

En ese sentido, cabe concluir que el límite al acceso a la justicia para obtener una reparación integral que implica la condición de no acumular la acción civil con la especial, implica una irrazonable correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido (tanto en el tiempo en que se brindan las respuestas como en la suficiencia de la reparación ofrecida) y determina la inconstitucionalidad de la restricción aludida en la norma, por violatoria de las previsiones impuestas en los tratados mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional tales como el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).-

Consecuentemente la demandada debe abonar al actor la suma de \$7.291.132,96 por la reparación integral de los daños sufridos como consecuencia del accidente acreditado en autos, aunque debe descontarse lo que ya se le abonó por el siniestro, es decir la suma de \$1.113.399,12, por lo que se calcula un remanente igual a **\$6.177.733,84.-**

En cuanto a las inconstitucionalidades planteadas por la parte actora vinculadas a los arts. 1, 2, 6, 8, 12, 14, 15, 21, 22, 39, 40, 43, 46, 47, 49 y disposiciones finales de la LRT, Decreto 410/2001, Decreto 1694/2009 y Decreto 1278/2001, arts. 4 y 17 apartados 2, 3, 5, 6 y 7 de la Ley 26.773 y

Decreto 472/2014, cabe señalar que dichas pretensiones, a la luz de la manera como se resuelve la presente, se han tornado abstractas.-

Finalmente en cuanto a la pretensión de la actora de que se liquiden intereses a la tasa activa, la oposición de la demandada y su pedido de inconstitucionalidad de la Ley 14.399, cabe señalar que dichos planteos resultan abstractos en atención a la vigente doctrina legal de la Suprema Corte, atento lo cual, la suma determinada en la presente de **\$6.177.733,84** será incrementada con intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo a treinta días (conforme fallos SCBA L 90.768 "Vitkauskas"; L 108.142 "Diaz"; L 108.164 "Abraham"; L 110.487 "Ojer", todos ellos del 13/11/2013), cuyo importe se calculará mediante el índice incluido en la página www.scba.gov.ar como "Tasa Pasiva – Plazo Fijo Digital a 30 días" conforme SCBA L 118.587 "Trofe" del 15/6/2017.-

Las costas deberán recaer entonces sobre la demandada por haber resultado vencida en el presente litigio (art. 19 de la ley 11.653).-

Así lo voto.-

El Doctor NUÑEZ, compartiendo fundamentos, adhiere con su voto al Doctor Escobares.

A LA PRIMERA CUESTION, EL JUEZ ORSINI DIJO:

I. Con las siguientes aclaraciones, adhiero a la solución propuesta por el Juez Federico Escobares.

1. En lo que respecta a la cuantificación del monto de condena por la reparación integral, si bien comparto, en el caso, el importe determinado en el voto preopinante, dejo a resguardo el criterio que he adoptado, entre otras, en la causa N° 36.155, *"Zalazar, Eduardo c/ Fisco de la Pcia. de Bs. As. y ot s/ Acc. de trab.- Acc. esp."* (sent. del 30/6/2015), especialmente en lo relativo a que, en mi criterio, no resulta obligatorio utilizar fórmulas de matemática financiera para determinar el importe de la indemnización.

2. En lo relativo a la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773, comparto la decisión de invalidar dicho precepto legal, agregando a los expuestos por mi colega los siguientes fundamentos.

a. El art. 4 de de la ley 26.773 reinstaura en el sistema legal la denominada “opción con renuncia” antiguamente contenida en los arts. 17 de la ley 9688 y 16 de la ley 24.028, prescribiendo que *“los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad”*, para señalar luego que *“Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables”*.

De ello se colige que dicha norma (cuya validez constitucional fue cuestionada en el escrito inicial) impide (en principio) acumular las acciones especial y común.

En el caso, si bien con posterioridad a la interposición de la demanda, la trabajadora ha percibido las prestaciones sistémicas de la ley 24.557, por lo que solo cabría condenar a la empleadora autoasegurada a pagarle la reparación plena (cuyos presupuestos han sido acreditados en autos) en caso de que se descalificase el citado art. 4 de la ley 26.773.

b. Aclarado lo expuesto, se impone concluir en que dicho precepto legal no debe ser aplicado en el caso, porque, en la medida en que transgrede los principios constitucionales sobre los que se cimenta el Derecho del Trabajo, así como el derecho constitucional a la reparación integral del daño derivado de la violación de derechos fundamentales, resulta manifiestamente inconstitucional e inconvencional.

c. En primer lugar, es evidente a todas luces que –al obligar al trabajador incapacitado a optar “de modo excluyente” entre los sistemas especial y común de responsabilidad- el art. 4 de la ley 26.773 **viola en forma ostensible el principio de irrenunciabilidad de derechos** consagrado en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 39.3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

En efecto, tal como su nombre lo indica, el sistema de “opción con renuncia”, le impone al trabajador enfermo o accidentado una disyuntiva perversa: cobrar poco y (en teoría) rápido el importe menguado de las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, para atender en forma inmediata las imperiosas necesidades que exige la pérdida de la capacidad

de trabajo, renunciando de pleno derecho a la reparación integral que le corresponde por imperativo constitucional (arts. 19 y 75.22, C.N.); o, en su defecto, intentar la reparación plena del daño, en cuyo caso deberá esperar varios años a fin de que un tribunal de justicia decida si se ha configurado la responsabilidad del empleador, renunciando así a percibir las prestaciones dinerarias de la ley especial (asumiendo además el riesgo inmenso de no cobrar nada en caso de que el juez considere no acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil).

De ello surge evidente que la norma conmina a un trabajador (de por sí ontológicamente débil y vulnerable en relación con su empleador en el marco de la relación laboral asimétrica) que se encuentra en un estado particularmente agravado de necesidad (por haber padecido un daño en su integridad psicofísica, como la trabajadora aquí accionante, que ha sufrido nada menos que la amputación de una mano) a renunciar a un crédito garantizado por el ordenamiento jurídico en su carácter de trabajador (prestaciones de la ley especial) para acceder a otro igualmente asegurado en su carácter de persona (indemnización de daños y perjuicios).

Ergo, no se necesita mayor argumentación para advertir que, en la medida en que la norma impugnada impone al trabajador una renuncia de pleno derecho a un crédito que –por imperio constitucional (art. 14 bis, C.N. y 39.3, Const. Prov.) y legal (art. 11, ley 24.557)- es irrenunciable, deviene inconstitucional por vulnerar el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y de la seguridad social.

No es posible soslayar que -como lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia- mientras el principio de renunciabilidad es la regla en el ámbito del derecho común, en el del derecho laboral rige precisamente su opuesto: el principio de irrenunciabilidad (SCBA, causa L. 92.968, “*Arceo, María Angeles c/Cooperativa de Servicios Públicos Highland Park Ltda. s/Despido y diferencias*”, sent. del 30/11/2011, entre muchas). Luego, en la medida en que ese principio de irrenunciabilidad nos impone a los Jueces del Trabajo, en nuestra calidad de custodios del orden público laboral, el control riguroso de su fiel cumplimiento (S.C.B.A., causa L. 88.364, “*Gallo, Néstor Osvaldo c/Carrasco Hnos. S.R.L. s/Despido y cobro de pesos*”, sent. del 3/10/2012), no caben dudas que tenemos el deber de invalidar y no aplicar normas que



(como el art. 4 de la ley 26.773) obligan a los trabajadores a renunciar a derechos irrenunciables.

d. A ello cabe añadir que, al disminuir el nivel de protección que el ordenamiento jurídico consagraba en favor de los trabajadores con anterioridad a su sanción, el art. 4 de la ley 26.773 vulnera los **principios protectorio** (art. 14 bis, C.N.), de **progresividad** (arts. 75 incs. 22 y 23, C.N.; art. 2, PIDESC, art. 26, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 39.3, Const. Prov.) y de **justicia social** (arts. 75 incs. 19 y 22, C.N. art. 39.3, Const. Prov.) que imperan en la materia.

A diferencia de las leyes que de accidentes que la precedieron (leyes 9688 y 24.028), la ley 24.557 no consagró, en su redacción original, el sistema excluyente de opción con renuncia.

Por el contrario, en los casos en los que los que admitía la reparación plena, permitía incluso la acumulación absoluta de los resarcimientos especial y común (art. 39.2, ley 24.557, antes de la reforma por ley 26.773).

En ese sentido, bien pudo señalarse que la ley 24.557 no consagra un sistema de "opción con renuncia" similar al que establecieran los arts. 17 de la ley 9.688 y 16 de la ley 24.028, lo que se comprueba con sólo advertir que para el supuesto en el cual el referido cuerpo legal permite el acceso a la vía civil (daño derivado de la acción dolosa del empleador, art. 1072 del C.C., solución que cabe extender a aquellos casos en los cuales se invalida constitucionalmente a su art. 39.1) expresamente reconoce el derecho del trabajador a percibir tanto la reparación integral, como las prestaciones del sistema (art. 39 ap. 2 y 3, ley cit.) [SCBA, causas L. 97.309, "*Rampazzo, María Fernanda c/Municipalidad de Chascomús s/Accidente*", sent. del 18/4/2007; L. 100.550, "*Cabrera, Juan Manuel c/Unión Gandarese S.A. s/Enfermedad accidente*", sent. del 6/11/2012; L. 117.195, "*Villalba, Jorge Alberto c/Servicio Penitenciario Bonaerense de la Pcia. de Bs. As. -Ministerio de Justicia de la Pcia. de Bs. As. s/Accidente de trabajo*", sent. del 9/4/2014]. De allí que en tales precedentes la Corte resolvió, con acierto, que, rechazada la acción civil entablada contra el empleador, no existe obstáculo jurídico alguno para deducir una ulterior demanda contra la Aseguradora de



Riesgos del Trabajo por el otorgamiento de la reparación brindada por la ley especial.

En esa misma línea se pronunció la Corte Federal, quien, tras declarar la inconstitucionalidad de la eximición de responsabilidad civil consagrada en el antiguo art. 39.1 de la ley 24.557 (CSJN, *“Aquino c/ Cargo”*, sent. del 21/9/2004; entre muchas), aclaró luego que no existía obstáculo alguno para que, una vez que el trabajador había cobrado las prestaciones de la ley especial, pudiera reclamar al empleador y/o a la A.R.T. la reparación integral del daño al amparo de las normas del derecho común (CSJN, *“Losco c/ IRMI”*, sent. del 18/4/2007, entre otras).

De allí que, antes de la sanción de la ley 26.773, el ordenamiento jurídico les garantizaba a los trabajadores reclamar tanto la indemnización sistémica cuanto la reparación plena, sin necesidad de optar en forma excluyente entre uno y otro sistema de responsabilidad.

Siendo ello así, es por demás evidente que la norma bajo examen vulnera los principios aludidos, porque, al expropiarles una posibilidad (acumular acciones y sistemas de responsabilidad) que el ordenamiento jurídico (la Constitución y los tratados a ella incorporados; la redacción anterior de la ley 24.557, enmendada por la interpretación de la jurisprudencia constitucional) les garantizaba, *desprotege a los trabajadores* (a contramano del principio protectorio, que ordena protegerlos como sujetos de especial tutela), reduce regresivamente el nivel de intensidad de tutela jurídica (a despecho de la regla de no regresividad derivada del principio de progresividad) y patentiza una medida socialmente injusta (formulando una preferencia legal inválida violatoria del principio constitucional de justicia social).

Cuadra en este contexto recordar las sabias palabras de la Corte Federal cuando -determinando las pautas hermenéuticas que los jueces debemos tener en cuenta al momento de resolver cuestiones vinculadas a los daños derivados de infortunios laborales- adoctrinó que la protección de la integridad psicofísica del trabajador *“resulta, sin dudas, una cuestión en la que alcanza su mayor significación y gravedad la doctrina de esta Corte, según la cual, aquél es un sujeto de preferente tutela constitucional”* (CSJN,

“Torrillo, Atilio Amadeo c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, sent. del 31/3/2009; considerando 4º del voto de la mayoría, publicado en La Ley, 2009-C, p. 171).

El carácter injusto y desprotectorio del trabajador de la ley 26.773 surge evidente a poco que se adviertan las consecuencias que se desprenden del análisis conjunto de sus arts. 4 y 6, pues si el primero le impone coactivamente una renuncia al trabajador, impidiéndole acumular las acciones común y especial, **el segundo permite en forma expresa la articulación de regímenes en favor del empleador**, al prescribir no sólo que *“cuando por sentencia judicial, conciliación o transacción se determine la reparación con fundamento en otros sistemas de responsabilidad, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo deberá depositar en el respectivo expediente judicial o administrativo el importe que hubiera correspondido según este régimen, con más los intereses correspondientes, todo lo cual se deducirá, hasta su concurrencia, del capital condenado o transado”* (art. 6, primer párrafo), sino -peor aún- que, si la sentencia judicial por el régimen del derecho común resultare por un importe inferior al que hubiera correspondido abonar por aplicación del régimen especial, el excedente (en lugar de ser abonado al trabajador) debe depositarse a la orden del Fondo de Garantía de la ley 24.557 (art. 6, tercer párrafo, ley 26.773), todo lo cual demuestra sin hesitación que -de un lado, como surge del propio texto del art. 6 de la ley 26.773- no existe obstáculo jurídico alguno para articular los regímenes especial y común y -del otro- la noma bajo examen exhibe una decisión de política legislativa de proteger un derecho de contenido patrimonial del empleador (propiedad) por sobre múltiples derechos humanos fundamentales de los trabajadores (integridad psicofísica, seguridad en el trabajo, reparación plena del daño), lo que comprueba una vez más que la ley 26.773 efectuó una *preferencia legal inválida* contraria a los principios protectorio y de justicia social.

En otras palabras: para el legislador de la ley 26.773 no es posible articular los regímenes especial y común de responsabilidad para proteger la integridad psicofísica del trabajador dañado (art. 4, ley 26.773), pero sí lo es para proteger la indemnidad patrimonial del empleador dañante (art. 6, ley 26.773), lo que despeja toda posible cavilación acerca del carácter



inconstitucional e inconveniente de la primera de esas normas (arts. 14 bis y 75.22, C.N.).

e. Finalmente, el art. 4 de la ley 26.773 también conculca el **principio de indemnidad del trabajador** (arts. 19, C.N. y 39.3, Const. Prov.), pues, al impedirle a un operario dañado como consecuencia de un accidente de trabajo que percibió la prestaciones de la ley especial el acceso a la reparación integral del daño, deja subsistentes daños laborales sin reparación, arrasando con aquél principio fundante del Derecho del Trabajo.

No cabe soslayar aquí que, en su calidad de persona, la trabajadora accionante tiene derecho constitucional a la reparación integral del daño, derecho que no puede ser válidamente menoscabado por una mera norma de rango legal.

Mucho menos cuando -como es obvio, y así se desprende con toda claridad de la jurisprudencia de la Corte Suprema- estamos ante la vulneración de derechos humanos, como lo son los derechos a la seguridad en el trabajo y a la integridad psicofísica (arts. 7.b., PIDESC y 5.1, CADH), cuya violación debe dar siempre a las víctimas el derecho a la reparación plena del daño (CSJN, *“Torrillo, Atilio Amadeo c. Gulf Oil Argentina S.A. y otro”*, sent. del 31/3/2009).

En ese sentido, es importante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado en forma reiterada que *“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”* (CIDH, *“Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas”*, sent. del 21/7/1989, Serie C No. 7, párr. 26, entre muchos otros).

La violación del derecho a la indemnidad en el caso de autos se advierte nítida en la medida en que, de convalidarse la validez del art. 4 de la ley 26.773, la trabajadora -que ha sufrido a una muy joven edad (23 años)

nada menos que la amputación de una mano, y padece una incapacidad definitiva del 65%- debería conformarse con la magra tarifa sistémica de \$1.113.399,12 cuando la reparación integral de sus daños ha sido cuantificada en la suma de \$7.291.132,96 (a lo que cabría añadir los menores importes por intereses moratorios). Luego, por aplicación de la norma aludida la trabajadora **vería expropiado nada menos que el 85% de la reparación** (perdería la suma de \$6.177.733,84) que se ha estimado justa para resarcir en forma plena los daños derivados del terrible accidente que padeció, lo que evidencia, sin discusión posible, que la norma vulnera el principio de indemnidad, porque no resultaría indemne (sino sumamente dañada) en caso de convalidarse una norma injusta e inconstitucional como el art. 4 de la ley 26.773.

Cuadra en ese sentido recordar lo que la Corte Federal adocrinó en el ya citado caso “Aquino”, en orden a que resulta inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que *“indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”*, lo cual *“no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida”* (CSJN, “Aquino c/ Cargo”, sent, del 21/9/2014, considerado 4° del voto de los Jueces Petracchi y Zaffaroni, con cita de lo resuelto en Fallos: 268:112, 114).

Luego, en la medida en que, de convalidarse el art. 4 de la ley 26.773, el daño que padeció la trabajadora *subsistiría en una gran medida*, no caben dudas que –habida cuenta de que porta el mismo vicio constitucional: dejar subsistente una parcela del daño provocado por el empleador- cabe extender al art. 4 de la ley 26.773 la misma solución que la Corte aplicó al art. 39.1 de la ley 24.557: fulminarlo por inconstitucional e inconvencional.

Más aún, la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia ha enfatizado, al declarar la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, que dicha norma es inválida, entre otras razones, porque no admite reparación por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancia del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida, lo que la llevó a concluir en que, *“en el supuesto de verificarse que alguna de las facetas del daño resarcible ha quedado sin reparar, la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 ha de imponerse para garantizar la supremacía constitucional”* (SCBA, causas L. 84.882,

“Barbusano, Rúben c/Policía de la Provincia de Buenos Aires s/Accidente de trabajo”, sent. del 9/5/2007; L. 82.926, “Nieva, Daniel c/Caraballese, Rubén A. s/Accidente”, sent. del 13/7/2011; entre muchas más).

No es difícil comprender que ese mismo vicio afecta al art. 4 de la ley 26.773 en un caso como el presente: de convalidarse esa norma, solo se resarciría a la actora, y de manera restringida, la pérdida de capacidad de ganancias (por la que ha cobrado en carácter de reparación sistémica la suma de \$1.113.399,12, mientras que el mismo rubro ha sido cuantificado en autos en el monto de \$4.091.132,96); y, lo que es más grave, otras facetas del daño (daño moral por \$.1200.000; daño a la integridad psicofísica por \$2.000.000) quedarían sin reparación alguna, todo lo cual demuestra la inconstitucionalidad de la norma impugnada por violatoria del derecho constitucional a la reparación plena (art. 19, CN) y al principio constitucional de indemnidad del trabajador (art. 39.3, Const. Prov.).

f. Por otra parte, la solución que proponemos encuentra respaldo en el leading-case *“Rodríguez Pereyra”* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual el Alto Tribunal volvió a ratificar el soporte constitucional del derecho a la reparación integral del daño, para lo cual descalificó de oficio las normas que vulneraban ese principio en detrimento de la víctima (CSJN, *“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis otra c/Ejército Argentino s/ daños perjuicios”*, sent. del 27/10/2012).

En ese valioso precedente, la Corte confirmó la sentencia de la Cámara Federal de La Plata por la cual admitió, con fundamento en normas de derecho común, el reclamo indemnizatorio del actor por las lesiones que sufriera mientras cumplía con el servicio militar obligatorio, destacando que no obstaba a ello el hecho de que hubiera percibido anteriormente las prestaciones previstas en un régimen especial de responsabilidad.

Tras destacar que el régimen especial (en ese caso; art. 76.3, ley 19.101, que le otorgaba una indemnización única con un tope de 35 salarios para el personal superior y subalterno) aseguraba al agente dañado una reparación “sustancialmente inferior” a la que le había sido reconocida por aplicación del art. 1113 del Código Civil (considerando 5º) y tras calificar como un sistema especial de responsabilidad al allí establecido, la Corte

recordó la doctrina del caso “Aquino”, en cuanto postuló que esos sistemas tarifarios de reparación pueden ser objeto de cuestionamiento constitucional en la medida en que se vea afectado el derecho constitucional a la reparación integral derivado del principio general *alterum non laedere* (considerando 16°), cuya vigencia en todas las ramas del Derecho volvió a reiterar (considerando 17°).

Sobre esa base, no sin antes destacar que la reparación debe asumir el carácter de integral, objetivo constitucional que no se alcanza si los daños *“subsisten en alguna medida”, “ni tampoco si el resarcimiento -derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores irrisorios insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible”* (considerando 20°), la Corte declaró -de oficio- la inconstitucionalidad del sistema especial de responsabilidad allí cuestionado, por apartarse del aludido principio constitucional de la reparación integral del daño.

Ponderó especialmente, a tales, fines, que el sistema especial *“solo contempla daños materiales y, dentro de éstos, de acuerdo con la escala que fija, un aspecto de manifiesto carácter parcial, como lo es -según conocido criterio de esta Corte- el grado de incapacidad”* (considerando 21°). Destacó también (tras describir el accidente que padeció el allí actor, quien se atrapó la mano con los rodillos de una máquina, padeciendo una incapacidad del 33%) que la “indemnización” a la que se arribaba al aplicar los parámetros del sistema fijado por el régimen especial (que ascendía a un importe de \$44.432) no reparaba integralmente el daño sufrido por el actor, circunstancia que –a juicio del Alto Tribunal- sí se verificaba en la determinada en la sentencia apelada al amparo de las normas del derecho común (cuantificada por la Cámara Federal en el monto de \$155.000), en la que no solo se tuvo en cuenta *“el resarcimiento del perjuicio moral que el sistema especial no contempla”*, sino también, *“otras pautas que exceden de la mera incapacidad”* tales como el lucro cesante, la pérdida de integridad física y el daño estético (considerando 22°). Cúmulo de motivos que llevaron a la Corte a concluir en que el régimen especial de responsabilidad allí contemplado *“refleja con claridad la vulneración de los derechos constitucionales del accidentado considerando la insuficiencia del*

resarcimiento que se obtiene según el sistema especial examinado en relación con el daño que se propone reparar” (considerando 23°).

Finalmente, y en lo que resulta absolutamente dirimente para resolver en este caso la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773, la Corte Federal señaló en forma expresa que el hecho de que el trabajador accidentado hubiere percibido con anterioridad la compensación tarifada del régimen especial de responsabilidad no impedía que accediera al cobro de la reparación integral del daño al amparo de las normas de derecho común, señalando que *“el hecho de que el actor, al que se le reconoce el derecho reclamar obtener la reparación integral adecuada de los daños sufridos como consecuencia de un accidente ocurrido en ejercicio de un acto de servicio, **hubiese percibido la tarifa** única prevista en el art. 76, inc. 3, ap. c, de la ley 19.101, no implica de por sí la admisión de una doble indemnización respecto del mismo rubro (pérdida de la capacidad de ganancia lucro cesante), pues las pautas utilizadas para su determinación difieren sustancialmente **y no existen obstáculos para que el monto percibido por dicho concepto sea deducido del que resulte de la aplicación de las disposiciones de derecho común**”* (considerando 24°).

No caben dudas de que la doctrina de ese valioso fallo resultan plenamente aplicables al caso, pues si la Corte declaró inválido (de oficio) un régimen especial de responsabilidad para cubrir los daños derivados de infortunios sufridos por los agentes militares, por considerar que, en la medida en que aseguraba una reparación tres veces menor que la que contempla el régimen general del Código Civil, dejando facetas del daño (v.g. daño moral) sin reparación, aclarando expresamente que no obstaba a esa solución el hecho de que la víctima hubiera percibido la tarifa del régimen especial, con mayor razón aun cabe extender esa solución al caso de autos, en el cual una joven trabajadora si bien sufrió un accidente similar al allí contemplado (también se atrapó la mano con una máquina), padece un daño mucho más grave (sufrió la amputación de la mano, y una incapacidad de más del 65%, que duplica la allí tenida en cuenta), por lo que la expropiación de la reparación es aquí mucho mayor que la contemplada por la Corte (la reparación plena es aproximadamente siete veces mayor que la especial) y la interesada cuestionó en forma expresa la constitucionalidad

de la norma limitativa (ver el fundado planteo de fs. 64 vta./71 vta.), todo lo cual evidencia que existen en la especie razones de peso incluso mayores que en el precedente bajo examen para garantizar el acceso a la reparación integral, sin que tampoco aquí puede obstar a la procedencia del reclamo – como bien lo explicó el Alto Tribunal- el hecho de que la trabajadora ya haya percibido la reparación tarifada del sistema especial, pues tiene derecho a obtener la diferencia entre uno y otro resarcimiento, hasta alcanzar el carácter integral de la indemnización.

Máxime cuando la solución plasmada por la Corte en el considerando 24° del leading case “Rodríguez Pereyra” no es extraña a la doctrina legal de la Corte provincial, que en varias ocasiones ha resuelto que las compensaciones para los casos de fallecimiento o incapacidad total y permanente previstos en determinados regímenes especiales (como los de los agentes policiales) son acumulables a la indemnización basada en las leyes de accidentes de trabajo o en el derecho común, porque tienen distinta causa y naturaleza y responden a distintos presupuestos condicionantes, lo que impide considerar que se trata de una doble reparación por un mismo hecho, o de una indebida acumulación de indemnizaciones (S.C.B.A., causas L. 84.498, “C., A.”, sent. del 14/10/2009; L. 110.774, “A. , E. E. y ots. c/ Provincia de Bs. As. s/Accidente”, sent. del 15/10/2014), criterio que ha sido respaldado en forma reiterada por este Tribunal del Trabajo (ver mi voto en la causa N° 34.439, “Torres, Roberto c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Accidente de trabajo-acción especial”, sent. del 25/9/2017; en igual dirección, lo resuelto por este Tribunal, a partir de mis votos en primer término, en las causas N° 36.161, “Villagra, José L. c/ Fisco de la Pcia. de Bs. As. s/ Daños y Perjuicios”, sent. del 14/11/2017 y N° 33.040, “Cabello, Miguel A. c/ Mrio. de Seguridad y ot. s/ Daños y Perjuicios”, sent. del 31/5/2018).

g. Para concluir, debo señalar que, si bien las consideraciones efectuadas son aplicables a cualquier caso en el que se obstruya al trabajador el acceso a la reparación integral del año derivado de un siniestro laboral, en la especie existen circunstancias adicionales que justifican descalificar el art. 4 de la ley 26.773.

Ello porque, en adición a la inmensa magnitud del daño sufrido por Ayelén Angeloni, en autos las prestaciones de la ley 24.557 no fueron abonadas en forma inmediata ni contemporánea al siniestro (ocurrido el día 23/7/2013), sino mucho tiempo después (1/12/2015) e incluso con posterioridad a la interposición de la demanda (10/7/2015, fs. 115 vta.).

Luego, si aun en los casos en los cuales el pago de la indemnización sistémica es efectuada en forma inmediata al siniestro, el art. 4 de la ley 26.773 debe ser descalificado por inconstitucional, con mucha razón aún ello debe ser así en un caso como el presente, en el cual (burlando en forma cruel el declamado propósito de atender en forma rápida la situación de la víctima) la trabajadora (pese a que, insisto, sufrió nada menos que la amputación de una mano) no pudo acceder a la magra tarifa sistémica hasta una vez transcurridos dos años y medio del siniestro (y sin haberle pagado los intereses correspondientes).

h. En línea con la solución que se propone, la doctrina más calificada ha postulado la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773.

En ese sentido, se ha sostenido que la opción excluyente con renuncia reinstaurada por la norma aludida constituye *“un retroceso significativo respecto del escenario levantado por la jurisprudencia”*, puesto que, al impedir al trabajador percibir la reparación tarifada y luego aspirar a que le reconozca el mayor daño sufrido, *“frustra el derecho a la reparación plena y justa”*, implicando un *“viraje regresivo que contradice abiertamente la jurisprudencia de la Corte”* [emanada de los precedentes “Aquino” y “Llosco”], vulnerando así el derecho constitucional a la reparación plena y el principio de progresividad, imponiendo además una renuncia de derechos prohibida por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (ver Fernández Madrid, Juan Carlos y Caubet, Amanda, *“Riesgos del Trabajo”*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 335/337). En consecuencia, como dicen los autores citados, el art. 4 de la ley 26.773 es inconstitucional porque *“configura una regresión inadmisibles a un mecanismo creado cien años atrás por la ley 9688 de 1915”*, y, por otra parte, *“contraría el art. 14 bis, ya que conduce a renunciar a lo irrenunciable”*, como lo son las prestaciones de la ley 24.557 a tenor de lo que prescriben los arts. 14 bis de la Constitución y

11 de la Ley de Riesgos del Trabajo (Fernández Madrid y Caubet, *op. cit.*, pp. 341/343).

Refieren también esos destacados académicos que la norma es inequitativa e inconstitucional porque coloca a un trabajador que se encuentra en grave estado de necesidad en situación de tomar decisiones fundamentales sobre su programa de vida, vulnerando el derecho a condiciones dignas y equitativas de labor y discriminando a los trabajadores (pues esa disyuntiva perversa no se le opone a ningún dañado fuera del ámbito laboral), consagrando *“una expoliación, esto es, un despojo legalmente garantizado”* así como una *“flagrante injusticia”*, cúmulo de motivos que -concluyen- *“fundamenta la declaración de inconstitucionalidad de esa norma”* (Fernández Madrid y Caubet, *op. cit.*, pp. 344, 346, 350, 351).

En similar dirección hermenéutica se ha manifestado Juan Formaro, cuando refiere con contundencia que el art. 4 de la ley 26.773 es inconstitucional, entre otras razones, porque: (i) vulnera los principios de indemnidad, protección especial, irrenunciabilidad y progresividad; (ii) ignora el principio *alterum non laedere*; (iii) implica una burda extorsión al trabajador damnificado en estado de necesidad, viciando el supuesto consentimiento que pudo haber prestado al ejercer la “opción”; (iv) vulnera los Convenios N° 17, 42 y 102 de la O.I.T., que exigen al estado garantizar una cobertura mínima en materia de indemnización por accidente de trabajo; (v) se aparta de la jurisprudencia constitucional establecida por la Corte Suprema en los fallos “Aquino” y “Llosco”, en los que quedó claro que no hay margen alguno para interpretar que la percepción de las prestaciones de la ley especial impide luego ejercer la acción civil; (vi) prioriza la inmunidad patrimonial de las empresas por sobre la indemnidad psicofísica de los trabajadores (Formaro, Juan José, *“Riesgos del trabajo. Leyes 24.557 y 26.773. Acción especial y acción común. Inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la opción excluyente”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 591/623).

Esa ha sido además la posición de las principales instituciones académicas del país, como el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata dirigido por el Profesor Ricardo J. Cornaglia, que ha dictaminado que, entre otras razones, el art. 4 de la ley 26.773 es inconstitucional porque:

(i) *“Al estar explícitamente direccionada a eliminar la posibilidad de que el trabajador perciba de la A.R.T. las prestaciones de la ley especial y luego accione contra el empleador para obtener la porción del daño no reparada por aquéllas, hasta alcanzar una justa y plena reparación a cargo del causante del perjuicio -posibilidad que fue categóricamente respaldada por relevante jurisprudencia (CJSN, “Llosco”, sent. del 12/6/2007; SCBA, “V. de C. “, sent. del 11/5/2005)- la ley 26.773 garantiza -en lugar de la indemnidad psicofísica del trabajador- la inmunidad patrimonial al empleador, incurriendo en una preferencia legal inválida, contraria al art. 14 bis de la Constitución Nacional”;*

(ii) *“La reinstauración legal de la opción excluyente con renuncia legalmente presumida (art. 4, ley 26.773), importa una notoria regresión respecto del indicado marco tutelar alcanzado en la actualidad al amparo de la jurisprudencia constitucional (que admite el sistema de “cúmulo relativo”) y vulnera la garantía de progresividad de los derechos sociales, violando el bloque de constitucionalidad federal”;*

(iii) *“El sistema de opción excluyente con renuncia legalmente presumida también desconoce que ‘el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves (...) está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (...)’ (CSJN Fallos: 323:1339; 326:4931; 330:4647)” [ver Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata “Sobre la Ley 26.773: Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, La Plata, 30/10/2012].*

Posición que, en definitiva, es compartida por buena parte de la doctrina nacional (ver, entre muchos: Fernández Madrid, Juan Carlos, *“La inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773”*, en *Doctrina Laboral y Previsional*, T° XXVII; Giladino, Rolando, *“Opción excluyente de la ley 26.773 y principios de progresividad y de opción preferencial”*, en *La Ley*, diario del 10/2/2014; Machado, José Daniel, *“La privación de resarcimiento de un daño a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad*

evidente de la ley 26.773”, en Revista de Derecho Laboral, T° 2013-I; Duarte, David, “*Comentario al régimen de ordenamiento de la reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”, en AAVV, “*Ley de Riesgos de Trabajo. Reforma ley 26.773. Comentario y análisis doctrinario*”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2012), sin que se hayan alzado voces relevantes en sentido contrario, lo que demuestra que no hay margen para sostener la validez constitucional del art. 4 de la ley 26.773.

Máxime cuando la posición aludida no hace sino reiterar el criterio que los más importantes juristas especialistas en la materia ya habían sostenido hace largo tiempo, cuando –retomando y profundizando las enseñanzas de Alfredo Colmo– postularon la invalidez del sistema de “opción excluyente” u “opción con renuncia”, destacando de manera irrefutable que no existe obstáculo jurídico alguno para que el trabajador acceda a la reparación especial tarifada y reclame después, con arreglo a los sistemas civil y/o laboral de responsabilidad, la reparación integral de los daños derivados del accidente de trabajo [ver Cornaglia, Ricardo J., “*Derecho de Daños Laborales*”, Ed. Némesis, Buenos Aires, 1992, pp. 188 y ss: Fernández Gianotti, Enrique, “*Vulneración constitucional por el carácter excluyente de las acciones indemnizatorias del daño infortunistico (art. 16, ley 24.028)*”, en Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M. (directores), “*La responsabilidad*”, Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 100 y ss.), solución que fue visionariamente receptada en la frustrada ley 23.146, sancionada por el Poder Legislativo de la Nación con fecha 30/9/1984.

Siguiendo esa corriente de pensamiento he tenido la posibilidad de señalar en el plano doctrinario (en postura que ratificó ahora como juez del trabajo) que las leyes 9688 y 24.028 -en tendencia que fue eliminada por la ley 24.557, en la correcta interpretación que le asignó la jurisprudencia constitucional (CSJN, 21/8/2004, “*Aquino, Isacio c/ Cargo S.A.*”, publicado en “La Ley”, suplemento especial del 27/9/2004; CSJN, 12/6/2007, “*Llosco, Raúl c/ Irmí S.A.*”, publicado en “Fallos”, 330:2696), y recientemente reinstaurada por la ley 26.773- consagraron lo que (de manera equívoca) se ha denominado como un sistema de “opción con renuncia”, de modo tal que -en esa lógica- el trabajador accidentado o enfermo solo tiene derecho a

"optar" por uno de los regímenes de responsabilidad (la acción especial tarifada, o la acción común integral), perdiendo definitivamente, al formular la "elección", la posibilidad de volver sobre sus pasos para reclamar el amparo del otro sistema (impidiendo asimismo la acumulación de ambas acciones en una misma demanda), solución cuestionable desde una visión garantista de los derechos de los trabajadores (destinatarios de la protección inherente a la disciplina), ya que los sectores más avanzados de la doctrina y la jurisprudencia -en criterio normativamente plasmado en la ley 23.146, vetada por el Poder Ejecutivo- plantearon históricamente que los distintos sistemas deben coexistir en una suerte de interdependencia progresiva, de modo tal que pueden ser articulados para proteger de la manera más acentuada la indemnidad de los obreros, consagrándose una pluridimensión de regímenes de responsabilidad, que habilita a buscar en cada caso el sistema que mejor proteja la situación del trabajador dañado, evitando falsas antinomias entre ellos, visión con arreglo a la cual el trabajador puede acumular ambos resarcimientos o, incluso, si se le rechazó la acción común (v.g., por no haber podido demostrar la culpa del empleador), conservaría todavía el derecho a obtener (en el mismo juicio, o en uno posterior) la reparación especial (ver Orsini, Juan Ignacio, *"Responsabilidad civil objetiva del empleador por daños laborales derivados de la actividad riesgosas"*, en Revista "Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, Buenos Aires, Año LXXIII, N° 12, diciembre de 2013, págs. 2878/2904).

Cuadra entonces dejar en claro que, si el derecho a la reparación integral del daño no puede ser negado a ningún habitante de este país (art. 19, C.N., reglamentado legalmente por el régimen de responsabilidad del Código Civil), la protección adicional que se garantiza a los trabajadores en el sistema especial de responsabilidad (art. 14 bis de la C.N., reglamentado legalmente por la L.R.T. y sus reformas) no puede sino ser interpretada como un piso mínimo de protección amparado por el orden público laboral, cuyo goce en modo alguno puede enervar aquél derecho a la reparación plena que al trabajador le asiste como ciudadano, pues lo contrario importaría tanto como convertir en un castigo a ese mejor derecho que en forma justificada le fue reconocido al sujeto protegido en cumplimiento del mandato constitucional de protección preferente (art. 14 bis, C.N.)

i. En consecuencia, por las razones, expuestas, coincido con mis colegas en que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 y condenar a la demandada a pagarle a la trabajadora la diferencia entre el importe presupuestado en concepto de reparación plena y el monto percibido por las prestaciones dinerarias de la ley 24.557.

II. En todo lo demás, reitero mi adhesión al voto del Juez Escobares.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL DR. ESCOBARES DIJO:

Atento el resultado obtenido al votar la cuestión que antecede, corresponde:

I.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 (conforme los fundamentos expuestos en la cuestión anterior) por violatorio de las garantías impuestas en los tratados mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional tales como el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).-

II.- Hacer lugar a la demanda interpuesta por **AYELÉN ROCÍO ANGELONI** y, en consecuencia, condenar al **FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES** a abonar a la misma, dentro de los diez días de notificado y mediante deposito en autos, la suma de **PESOS SEIS MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES con ochenta y cuatro centavos (\$6.177.733,84)** en concepto de diferencia de reparación integral derivada de la incapacidad laboral permanente que padece (arts. 901 a 906, 1068, 1069, 1078, 1079, 1113 y 1124 del Código Civil según Ley 340, art. 7 del Código Civil y Comercial según Ley 26.994).-

Con más sus intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo a treinta días (conforme fallos SCBA L 90.768 "Vitkauskas"; L 108.142 "Diaz"; L 108.164 "Abraham"; L 110.487 "Ojer", todos ellos del 13/11/2013), cuyo importe a la presente fecha (luego de haberse realizado el cálculo mediante el índice incluido en la página www.scba.gov.ar como "Tasa Pasiva – Plazo Fijo



Digital a 30 días” conforme SCBA L 118.587 “Trofe” del 15/6/2019) asciende a la suma de **PESOS NUEVE MILLONES QUINCE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS con treinta y cuatro centavos (\$ 9.015.452,34).**-

III.- Costas a la demandada vencida en autos (art. 19, ley 11.653), a cuyo efecto, teniendo en cuenta las normas arancelarias locales y las pautas de los arts. 1627 del Código Civil y 1.255 del Código Civil Comercial, se regulan los honorarios del Doctor DANIEL MARCELO MERCADO, en la suma de **\$1.800.000 (pesos un millón ochocientos mil)**; Doctor MARTIN EZEQUIEL CASADO, en la suma de **\$ 300.000.- (pesos trescientos mil)**; del perito contador LUCIANA LUCA, en la suma de **\$40.000 (pesos cuarenta mil)**; del perito psiquiatra DEMIAN FEDERICO CANESSA, en la suma de **\$40.000 (pesos cuarenta mil)**; del perito ingeniero ANGEL HUMBERTO ROSSITTO, en la suma de **\$ 50.000 (pesos cincuenta mil)** y del perito médico RAUL NESTOR GUALDONI, en la suma de **\$ 50.000 (pesos cincuenta mil)**, con más la suma de **\$ 10.500.-** en concepto de I.V.A., sumas a las que deberán adicionarse los aportes de ley (arts. 21, 43 y conc. ley 8904; 12, 14, 16, 21 ley 6716; art. 1627, Código Civil; arts. 1251 y 1255, Código Civil y Comercial).-

Así lo voto.-

Los Doctores NUÑEZ y ORSINI, compartiendo fundamentos, adhieren con sus respectivos votos.-

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Señores Jueces, por ante mí, que doy fe.

Dr. Carlos Mariano NUÑEZ
Juez
Tribunal de Trabajo N°2

Dr. Juan Ignacio ORSINI
Juez
Tribunal de Trabajo N°2

Dr. Federico Javier ESCOBARES
Juez
Tribunal de Trabajo N°2

Ailen Sessa
Secretaria
Tribunal del Trabajo N°2

“ANGELONI, AYELEN ROCIO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ACCIDENTE DE TRABAJO – ACCION ESPECIAL” Expte. N° 39.329/2015

SENTENCIA

La Plata, 7 de junio de 2019.

AUTOS Y VISTOS: Atento el resultado de la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 (conforme los fundamentos expuestos en la cuestión anterior) por violatorio de las garantías impuestas en los tratados mencionados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional tales como el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).-

II.- Hacer lugar a la demanda interpuesta por **AYELÉN ROCÍO ANGELONI** y, en consecuencia, condenar al **FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES** a abonar a la misma, dentro de los diez días de notificado y mediante deposito en autos, la suma de **PESOS SEIS MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TREINTA Y TRES con ochenta y cuatro centavos (\$6.177.733,84)** en concepto de diferencia de reparación integral derivada de la incapacidad laboral permanente que padece (arts. 901 a 906, 1068, 1069, 1078, 1079, 1113 y 1124 del Código Civil según Ley 340, art. 7 del Código Civil y Comercial según Ley 26.994).-

Con más sus intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo a treinta días (conforme fallos SCBA L 90.768 "Vitkauskas"; L 108.142 "Diaz"; L 108.164 "Abraham"; L 110.487 "Ojer", todos ellos del 13/11/2013), cuyo importe a la presente fecha (luego de haberse realizado el cálculo mediante el índice incluido en la página www.scba.gov.ar como "Tasa Pasiva – Plazo Fijo Digital a 30 días" conforme SCBA L 118.587 "Trofe" del 15/6/2019) asciende a la suma de **PESOS NUEVE MILLONES QUINCE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS con treinta y cuatro centavos (\$ 9.015.452,34).**-



III.- Costas a la demandada vencida en autos (art. 19, ley 11.653), a cuyo efecto, teniendo en cuenta las normas arancelarias locales y las pautas de los arts. 1627 del Código Civil y 1.255 del Código Civil Comercial, se regulan los honorarios del Doctor DANIEL MARCELO MERCADO, en la suma de **\$1.800.000 (pesos un millón ochocientos mil)**; Doctor MARTIN EZEQUIEL CASADO, en la suma de **\$ 300.000.- (pesos trescientos mil)**; del perito contador LUCIANA LUCA, en la suma de **\$40.000 (pesos cuarenta mil)**; del perito psiquiatra DEMIAN FEDERICO CANESSA, en la suma de **\$40.000 (pesos cuarenta mil)**; del perito ingeniero ANGEL HUMBERTO ROSSITTO, en la suma de **\$ 50.000 (pesos cincuenta mil)** y del perito médico RAUL NESTOR GUALDONI, en la suma de **\$ 50.000 (pesos cincuenta mil)**, con más la suma de **\$ 10.500.-** en concepto de I.V.A., sumas a las que deberán adicionarse los aportes de ley (arts. 21, 43 y conc. ley 8904; 12, 14, 16, 21 ley 6716; art. 1627, Código Civil; arts. 1251 y 1255, Código Civil y Comercial).-
REGISTRESE, LIQUIDESE Y NOTIFIQUESE.

Dr. Carlos Mariano NUÑEZ
Juez
Tribunal de Trabajo Nº2

Dr. Juan Ignacio ORSINI
Juez
Tribunal de Trabajo Nº2

Dr. Federico Javier ESCOBARES
Juez
Tribunal de Trabajo Nº2

Ailen Sessa
Secretaria
Tribunal del Trabajo Nº2