

Accidente In Itinere Decreto 491 97

JURISPRUDENCIA

Accidente in itinere. Decreto 491/97

Se hace lugar al planteo

de inconstitucionalidad de los artículos 20, 21 y 46, apartado 1, de la ley de riesgos del trabajo y se lo rechaza respecto del artículo 2, inciso 2, y del decreto 491/1997. Se rechaza la demanda en concepto de indemnización por incapacidad laboral derivada de un accidente in itinere.

General Roca, 26 de diciembre de 2017.- Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos

caratulados: "LEFIU CIRIACO CEFERINA DESIDERIA C/ LUBRANO ANDREA FABIANA S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (I) (-MENOR CUANTIA-)" (Expte. Nº H-2RO-759-L2-13 / H-2RO-759-L2013) RESULTANDO: A fs. 20/33 Ceferina Desideria Lefiu Ciriaco se presenta con patrocinio de la Dra. María Fernanda Delucchi y promueve demanda contra Andrea Fabiana Lubrano, persiguiendo el cobro de \$ 29.718 en concepto de indemnización por incapacidad laboral permanente, daño material y moral y el valor de las prestaciones en especie que se debieron otorgar por art. 20 de la ley 24557. Solicita la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2 inc 2, 8 inc 3, 21, 22 y 46 de la ley 24557 y Decretos 717/02, 1278/00 y 491/97. Cuenta que se desempeñó en relación de dependencia para la demandada desde el 10/2/2009 como empleada de servicio doméstico del Decreto Ley 326/56, cumpliendo tareas de limpieza, lavado y planchado en su domicilio particular en una jornada de 15 a 20 horas de lunes a sábados. Que percibía sus haberes mensualmente de modo regular hasta que, en 3/7/2010, se extingue el contrato al haberse agotado el lapso de licencia paga por enfermedad. En 2/6/2010, siendo aproximadamente las 20.10 horas, al finalizar su jornada laboral, emprendiendo su regreso a casa en moto, al llegar a la esquina del depósito de verduras ubicado en Avda Roca y México iba saliendo del depósito un camión de culata y otro venía de frente, lo que la obligó a hacer una maniobra de esquite que la llevó a perder el control de su moto, provocando la caída y el consecuente traumatismo grave en su mano derecha. Avisada inmediatamente su empleadora, la atienden de urgencia en el Hospital López Lima, donde le colocan yeso para inmovilizar su mano. Casi un mes después, como no mejoraba, su médico tratante Dr. Juan Carlos Fernández, le hizo una cirugía en la clínica CEMYN, de cuyos costos se hizo cargo el seguro personal contratado por la empleadora en Mercantil Andina Seguros, cubriendo gastos hasta la suma límite de \$ 5.000. El despido, que sobreviene a los 30 días del reposo, la deja desamparada, por lo que en 11/8/2010 remite TCL en el que intima a que en el plazo de dos días hábiles clarifique si ha contratado ART y en su caso la identifique, si es empleador autoasegurado o no asegurado, con qué fecha ha formulado la denuncia, consigne copia de la denuncia y abone prestaciones por incapacidad laboral temporaria ante DZT, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales. Se le responde que la inclusión de los trabajadores domésticos a la LRT mediante Decreto 491/97, quedó supeditada al dictado de la reglamentación de la SRT, necesaria para la adecuación del sistema a las características de la actividad. Que justamente por tal motivo y a efectos de paliar la desprotección, contrató el seguro de accidentes personales que cubren los gastos médicos y farmacéuticos, con lo que dice que es a Mercantil Andina a quien se debe direccionar el reclamo. En 9/9/2010 intima el pago de haberes de julio y agosto/10 por incapacidad laboral temporaria del art. 13 LRT y su depósito en DT General Roca y comunica que deja a disposición en la Delegación los certificados médicos que indican el reposo. La demandada continúa en su postura inflexible reiterando sus argumentos anteriores. Reitera luego la consignación en Delegación de nuevos certificados, haciendo reserva de la reparación integral, hasta que finalmente notifica el alta médica del 30/9/2010, pese a que continúa con limitación funcional, dolor e inflamación. Intima a que en el plazo de 2 días repare y abone íntegramente los daños y perjuicios sufridos a partir del accidente laboral in itinere y el daño moral sufrido a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones legales. Promueve en consecuencia esta acción en la que plantea la inconstitucionalidad del art. 46 apartado 1 LRT, pidiendo que el Tribunal asume la competencia con fundamento en "Castillo" de la CSJN. También la inconstitucionalidad del art. 2 inc 2 LRT y Decreto 491/97 en tanto prevé la primera de ellas prevé la inclusión facultativa de las trabajadoras del servicio doméstico, y el decreto las incorpora, sujetándolo a que la SRT dicte la normativa necesaria para adecuar el sistema a las características de la actividad. Como tal reglamentación no se dictó, no se les aplica la LRT. Por ende, las trabajadoras de servicio doméstico quedan en una situación de desamparo y desigualdad en relación al resto, sean ellos del sector privado como público, contrariando la manda del art. 14 bis de la CN. A ello se suma que la LRT no admite el "no seguro" para los empleadores, aunque no los coloca al margen de la ley pues prevé las situaciones de autoseguro. Sin embargo, habiéndose cubierto su empleadora con un seguro personal con un límite de cobertura que apenas cubrió gastos de atención médica, cirugía y tratamiento de la lesión, quedó a la buena de Dios y fue despedida por vencimiento de la licencia de 30 días. En esta situación, es el empleador no asegurado, o insuficientemente asegurado quien debe responder por los daños sufridos y en caso de insuficiencia patrimonial del empleador no asegurado, las prestaciones de la ley serán financiadas por la SRT a través del Fondo de Garantía creado en el art. 33 LRT. Plantea la inconstitucionalidad de los arts.

8 inc 3, 21 y 22 LRT en concordancia con con el Dec. 717/96 que a los fines de la determinación del grado de incapacidad concede legitimidad a la jurisdicción médica, en franca violación al principio de división de poderes. En cuanto al listado rígido previsto por el Decreto 659/96 da cuenta que el cuerpo humano no es un hecho previsible, debiendo preverse que cada uno evolucionará de diferente manera y decidir sobre la incapacidad es tarea jurisdiccional. En cuanto a la incapacidad laboral permanente la estima en el 16,51%. Dice que es aplicable el decreto 1694/2009 y por ende el piso de \$ 1.800 por punto de incapacidad lo que representa la suma de \$ 29.718 y que deben adicionarse los intereses previstos por la Resolución 414/99. Practica liquidación y ofrece prueba.

A fs. 58/60 se presenta Andrea Fabiana Lubrano, quien contesta demanda con patrocinio de la Dra. Julieta Berduc, reconociendo el intercambio epistolar y la relación laboral. Niega que como producto del accidente haya sufrido un traumatismo grave en su mano derecha, que haya continuado con reposos, que al despedirla haya quedado desamparada, que deba abonar las prestaciones por ILT, que deba ser indemnizada por los daños sufridos, que haya contratado un seguro con un límite de \$ 5.000, que haya quedado con incapacidad y que se le haya dado un alta apresurada. El reconocimiento de la actora en relación a la inexistencia de cobertura legal para el supuesto de servicios doméstico, por encontrarse excluido de la LRT, le allana el camino discursivo y probatorio, permitiendo a la demandada partir de la ausencia del deber de responder. Pese a ello, y en exceso de prudencia, el grupo familiar, compuesto por la demandada y el Sr Claudio Alejandro López, contrató un seguro personal para cubrir a quien fuera su empleada por los riesgos a que se viera expuesta desde su lugar de trabajo a su domicilio y viceversa. Ello sin perjuicio de que a la fecha en que se produjo el siniestro, ninguna norma vigente obligaba a responder por los daños sufridos y por ende no existe ningún fundamento para que resulte condenada. Si bien el Decreto 491/97 generó la teórica incorporación del servicio doméstico y trabajadores autónomos a la LRT, se sujetó su efectiva inclusión a la regulación que debía dictar la SRT. Como tal regulación no fue dictada, ambas categorías quedaron excluidas de los preceptos de la LRT, de modo que si se pretende buscar responsable por la situación de desamparo en la que afirma haber quedado la reclamante, debería ser el Estado que dejó a un sector de la población sin protección. No debe perderse de vista que el accidente fue "in itinere", de creación pretoriana y una extensión -por ende excepcional- del deber de responder. Pide la citación como tercero de quien es concubino de la demandada, que a su vez es tomador del seguro con Mercantil Andina a efectos de que pueda valerse del contrato firmado con la aseguradora. Ofrece prueba.

A fs. 67 se dispone la citación como tercero de Claudio Alejandro López quien comparece a fs. 72 a estar a derecho con su propio patrocinio y formula los mismos reconocimientos, negativas y argumentos de rechazo de la demanda que hiciera la demandada al contestar. Pide la citación en garantía de La Mercantil Andina, que es proveída favorablemente a fs. 76. A fs. 93/97 se presenta con apoderamiento del Dr. Carlos Nielsen, reconoce la relación laboral entre Lubrano, concubina de Claudio López y la actora y también el intercambio epistolar y contrato de seguro, pero niega que el reclamo indemnizatorio le sea imputable a su representada. Formula las mismas negativas e idéntica argumentación de la demandada principal. Ofrece prueba. A fs. 100/101 se abre a prueba, produciéndose a fs. 120/121 informativa de Hospital Area General Roca, a fs. 125/128 la del Dr. Juan Carlos Fernández, a fs. 130/133 la de Secretaría de Trabajo Delegación General Roca, a fs. 140/154 la de Mercantil Andina Departamento Legales, a fs. 174/182 la de Municipalidad de General Roca y a fs. 215/217 dictamen del Dr. Pablo Rafael Miranda, especialista en Medicina del Trabajo, el que impugnado por la citada en garantía a fs. 228/229, es contestado a fs. 234. A fs. 236 se dispone audiencia de vista de causa, realizada la cual y previa ratificación de la gestión procesal del Dr. Rubens Vila, pasa para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: Los hechos reconocidos y probados son los siguientes: - La actora ingresó a trabajar cumpliendo tareas de servicio doméstico para la familia formada por Andrea Fabiana Lubrano y Claudio Alejandro López 10/2/2009 (fecha reconocida); - Su jornada de trabajo diaria era de 5 horas de lunes a sábados (hecho no desconocido); -La relación se extinguió en 3/7/2010 por despido directo incausado de Andrea Fabiana Lubrano al momento en que se agotó el lapso de licencia paga del inc. d) del art. 4 del Decreto Ley 326/56 (documental de fs. 4 y reconocimiento de la demandada); - El vínculo estaba registrado en el SUSS; - En 2/6/2010 la actora sufrió un accidente de tránsito cuando volvía de trabajar en el domicilio donde prestaba servicios (hecho reconocido); -El hecho se pone en conocimiento de la aseguradora donde el esposo de la demandada tenía contratado seguro personal (documental de fs. 38/49 -póliza de seguro-); -A consecuencia de ello, La Mercantil Andina abona los gastos hasta el límite de la cobertura prevista; -La actora sufre fractura del primer metacarpiano de mano derecha y lesión del tendón flexor de los dedos, recibiendo como tratamiento: inmovilización, osteosíntesis con placa de primer metacarpiano de la mano derecha, nuevamente inmovilización y rehabilitación por dos semanas hasta que se le otorga el alta médica laboral (de la información del dictamen médico de fs. 215/217); -Derivado de ello, quedó con incapacidad parcial, permanente y definitiva (dictamen médico de fs. 215/217); -En 11/8/2010 Lefiu remite TCL obrante a fs. 5 intimando a que en el plazo de dos días hábiles la demandada clarifique si ha contratado ART y en su caso la identifique, si es empleador autoasegurado o no asegurado, con qué fecha ha formulado la denuncia, consigne copia de la denuncia y abone prestaciones por incapacidad laboral temporaria ante DZT, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales (documental de fs. 5); -La demandada contesta en 18/8/2010 que la inclusión de los

trabajadores domésticos a la LRT mediante Decreto 491/97, quedó supeditada al dictado de la reglamentación de la SRT, necesaria para la adecuación del sistema a las características de la actividad, motivo por el cual contrató el seguro de accidentes personales que cubren los gastos médicos y farmacéuticos, con lo que dice que es a Mercantil Andina a quien se debe direccionar el reclamo (documental de fs.6); -Que en 16/9/2010 hace saber, que para la cobertura de los daños que se reclaman deberá concurrir a la Cia de Seguros Mercantil Andina, que fuera contratada en un exceso de previsión, porque el servicio doméstico no se encuentra incluido en la LRT (documental de fs. 8); -En 7/10/2010 Lefiu notifica a Lubrano que se le ha otorgado alta médica en 30/9/2010, pero continúa con limitación funcional, dolor e inflamación en su mano derecha, reclamando abone los daños y perjuicios sufridos en el accidente in itinere (documental de fs. 10). La cuestión radica en expedirme en primer término sobre los planteos de inconstitucionalidad, pues derivado de ello podrán o no producirse efectos en relación a la normativa aplicable. La pretensión en tal sentido transita sobre 1) la inconstitucionalidad del art. 46 apartado 1 y 21 y 22 y 8 inc 3 de la ley 24557 LRT; y 2) la de los arts. 2 inc 2, 8 inc 3 de la ley 24557 y Decretos 717/02, 1278/00 y 491/97. En relación al punto 1 me remito a la competencia ya asumida desde lo fáctico, toda vez que aun cuando omití expedirme en oportunidad de disponer el traslado de demanda, es criterio del Tribunal que integro, que en consonancia con el precedente "Castillo" (7/9/2004 CSJN), es la justicia laboral y no la federal la que compete para entender de los reclamos de los trabajadores, lo que no fue objetado por la demandada. Sobre el pedido de inconstitucionalidad por la obligación del tránsito previo ante la Comisión Médica, me remito a lo decidido por esta Cámara de Trabajo en autos "Marquez Sofía" (21/10/2008), sin perjuicio de lo cual cabe señalar que, objetivamente, al tiempo de promoción de demanda, técnicamente no era aplicable la LRT a la actora. Entraré pues al tratamiento de la inconstitucionalidad de los arts. 2 inc 2, y Decretos 717/02, 1278/00 y 491/97. Las trabajadoras domésticas han estado amparadas siempre ante accidentes y enfermedades del trabajo, por las diversas vías de responsabilidad por daños previstas en el derecho civil, comprensivas de cualquier perjuicio psicofísico (desde la incapacidad temporaria hasta la muerte), que afecte a cualquier persona. La normalidad -con excepción de cortos períodos-, ha estado dada por la exclusión de la protección especial que el derecho del trabajo, ha brindado ante tales contingencias a los trabajadores en general. Su inclusión en el Sistema de Riesgos se hizo esperar, quedando plasmada recién con la sanción de la ley 26844 de manera concreta, de modo tal que, al momento en que la actora sufre el accidente in itinere, no regía. La LRT sancionada en 1996 estableció en su art. 2º, apartado 2.a que el PEN podría incluir dentro de su ámbito de aplicación a "los trabajadores domésticos" entre otros, lo que se hizo efectivamente mediante Decreto 491/97. Teniendo en cuenta que la normativa incorpora en forma obligatoria a este personal dentro del ámbito de aplicación de la ley 24557, en lo concreto no ocurre porque: "...dicha obligación no entrará en vigencia hasta tanto la Superintendencia de Riesgos de Trabajo dicte la normativa necesaria para adecuar el sistema establecido en la ley citada a las características de la actividad que se incorpora...", y tal reglamentación no se concreta. El Tribunal que integro en oportunidad de expedirnos en "Giles Claudina" (sentencia del 16/3/2012), dijo lo siguiente: "...El primer aspecto a tratar, es que ningún empleador de servicio doméstico puede afiliarse a una ART, por ende, aún cuando pretendiera hacerlo, no hay mecanismo disponible para ello. En efecto, el art.2º, apartado 2º de la ley 24.557, delegó en el Poder Ejecutivo la posibilidad de ampliar limitadamente el ámbito personal de aplicación del sistema, entre otros, al personal de trabajo doméstico, pero el Decreto 491/97, que así lo dispuso, también dice en sus arts. 1 y 2 que no entrará en vigencia, hasta tanto la SRT dicte la normativa necesaria para adecuar el sistema establecido en la ley, a las características de la actividad que incorpora. Por ende, en esos términos y en razón de que la reglamentación no se efectivizó, el personal del servicio doméstico continúa excluido del ámbito de aplicación personal de la LRT, lo cual no sólo representa un claro perjuicio para el trabajador sino también para el empleador, cuya única chance es la contratación de un seguro privado de cobertura de daños personales. En vistas de lo dicho, sólo puede reclamarse por la vía civil cualquier reparación que derive de un accidente de trabajo acontecido en el ámbito de la contratación del servicio doméstico, lo cual impone analizar cada caso a la luz de los arts.1109, 1113 y concordantes del Código Civil...". En este sentido la posición de la demandada es indiscutible, toda vez que aun cuando un empleador quisiera contratar un seguro contra accidentes/enfermedad profesional dentro del sistema de riesgos, la exclusión desde lo fáctico legal lo impedía, no quedando mas opción que recurrir al régimen de seguros personales, que algunas compañías habían diseñado para los empleadores de servicio doméstico el que, justamente por tal circunstancia es de carácter voluntario. En tal sentido el Decreto 491/97 no es inconstitucional. En primer lugar porque igualando a los trabajadores del régimen doméstico con el resto de los dependientes activos, abría el sistema de riesgos a un colectivo que estaba fuera. En segundo término porque permitiría al empleador ampararse y ampararlo con la totalidad de las prestaciones previstas por el sistema especial. Y ciertamente la sujeción de su vigencia integral, por las propias características de la prestación, no puede considerarse "inconstitucional" porque tanto desde el punto de vista de la prevención de riesgos específicos en esa actividad -datos de siniestralidad presunta-, como de los costos/cotización al sistema -conformación de alcúotas calculado por un monto fijo y otro variable calculado como un porcentaje de la nómina salarial-, la determinación del ingreso base y eventual régimen de subsidios estatales requería un análisis propio y

parámetros económicos especiales, dejando fuera toda posibilidad de liberación de las condiciones de contratación. Lo que es difícil de concebir es que el Estado Nacional haya tardado 15 años en poner en funcionamiento la inclusión legal, pues desde el dictado del Decreto en el año 1997 hasta la sanción de la ley 26844 en abril/2013, no hay norma reglamentaria que ampare a trabajadores y permita la incorporación de empleadores al sistema general de riesgos de trabajo. Y en tal sentido, lleva razón la demandada y las terceras citadas, cuando refieren que, lo que está en juego, es la "responsabilidad del Estado Nacional", al no operativizar la norma que reconoce el derecho, pero omite dictar la reglamentación que adecuase el régimen a las características de la actividad. Concretamente el poder ejecutivo incumplió con lo que sería la función integradora de la ley, que había sido delegada. Por ende, siguiendo la línea que en su momento marcó "Giles", la responsabilidad del empleador por accidentes/enfermedades profesionales, era por aquellos tiempos de orden civil, debiendo recurrirse al régimen general de reparación de daños del C.Civil. Ahora bien, el accidente padecido por Lefiu fue "in itinere", figura que introduce una ampliación del tradicional concepto sobre accidente laboral, que es el que sucede en el lugar de trabajo y durante el horario de prestación de servicios. La ampliación de la responsabilidad, viene impuesta por ley especial a la patronal, al asimilar el accidente de trabajo con aquel que se produce en el trayecto de ida y vuelta. Pero se trata de una construcción legal, que no reconoce el derecho de gentes, y por ende, mientras no rigió para este colectivo de dependientes la LRT, no hay obligación de responder, debiendo considerarse beneficiada la trabajadora por la contratación que la empleadora hiciera del seguro personal que contemplaba el trayecto, pero no obligada por fuera o encima de lo que aquella póliza autorizaba a abonar. Con fundamento en lo explicado precedentemente, el tratamiento de todo aquello vinculado al porcentaje de incapacidad laboral parcial y permanente de la actora y los daños que en su consecuencia se pretenden resulta abstracto. En cuanto a la imposición de costas, aprecio que la demandante pudo creerse con derecho a reclamar, fundamentalmente por lo dispuesto en el Decreto 491/97, de modo que estimo que están dadas las condiciones para que las costas se impongan en el orden causado, aplicando al efecto el segundo párrafo del art. 68 del CPCyC. Por lo expuesto, la Dra. Gabriela Gadano, Vocal de la Cámara IIª de Trabajo con asiento de funciones en esta ciudad; RESUELVE: 1- HACER LUGAR lugar a los pedidos de inconstitucionalidad de los arts. 20, 21 y 46 apartado 1 de la LRT y rechazarla respecto de los arts. 2 inc 2 LRT, y Decreto 491/97. 2-Rechazar la demanda interpuesta por CEFERINA DESIDERIA LEFIU CIRIACO contra ANDREA FABIANA LUBRANO, imponiendo las costas en el orden causado, a cuyo efecto, regulo los honorarios de la Dra. María Fernanda Delucchi en \$ 11.010 -a cargo de la actora-, los de la Dra. María Julieta Berduc en \$ 11.010 -a cargo de Andrea Lubrano-, los del Dr. Carlos Nielsen en \$ 6.606 y los del Dr. Rubens Vila en \$ 3.304- a cargo de Mercantil Andina- (Monto Base: \$ 29.718, aplicación de ... JUS conforme arts. 7, 8, 9, 10 y 40 de la ley 2212) y los del perito médico Dr. Pablo Rafael Miranda en \$ 5.505 (Monto Base: ... JUS, art. 19 ley 5069). No se regulan honorarios al Dr. Claudio Alejandro López quien en su condición de abogado actúa por derecho propio y con su patrocinio. 3-Notifíquese a las partes y a la Caja Forense. Oportunamente cúmplase con la ley 869. Regístrese. Dra. Gabriela Gadano - Vocal Cámara 2ª de Trabajo Ante mí: Dra. Daniela Perramón - Secretaria.

028155E