

Fallo:

En la ciudad de Mendoza, a los veinticinco días del mes de Marzo del año dos mil trece se hace presente en la Sala Unipersonal de esta Excma. Primera Cámara del Trabajo, la Dra. MARIA DEL CARMEN NENCIOLINI, a los fines de dictar sentencia definitiva en los autos n° 42.483 caratulados "ZANI SILVIA ESTELA C/WAL MART ARGENTINA SRL Y OTS. P/ ENFERMEDAD ACCIDENTE", de los cuales

RESULTA:

Que a fs. 23/46 comparece la actora SILVIA ESTELA ZANI por intermedio de su apoderado e interpone formal demanda ordinaria por el cobro de la suma de \$196.904,00 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse en autos, con más sus intereses y costas, contra LA CAJA ART S.A. y contra WAL MART ARGENTINA SRL en concepto de indemnización por incapacidad laboral devenida de una enfermedad profesional, planteando la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 6, 21, 22, 39 y 46 de la L.R.T., e incluyendo el reclamo de daño moral, con costas.

Relata que ingresó a trabajar en la sección de vigilancia de Wal Mart el 05-11-07 en la categoría de supervisora de vigilancia hasta el 13-09-08. Que inmediatamente que ingresa a trabajar el supervisor le pide que le dé los números telefónicos de las promotoras y/o repositoras que iban al establecimiento y, ante la falta de cumplimiento de ese requerimiento de su parte, comenzó a limitarle los francos o le prohibía el "break" o bien, la mantenía en el turno de trabajo más agotador que era el de 15.30 hs. a 23.15 hs.

Que el supervisor continuó intentando usar a la actora como intermediaria para lograr citas con las otras compañeras de trabajo a quienes acosaba sexualmente en forma permanente, situación que era conocida por los directivos del establecimiento. Que incluso llegó a amenazarla a que si lo denunciaba "iba a sufrir las consecuencias personalmente o su hijito", que recibía llamadas telefónicas anónimas manifestando que sabía a la escuela y horario en que iba su hijo.

Continúa relatando que lloraba permanentemente, no dormía, tomaba medicamentos tranquilizantes recetados por el médico siquiatra Dr. Velasco. Que ante la desidia de la empleadora ante esta situación, tuvo una crisis de hipertensión arterial e hiperorexia que desencadena un aumento notable de peso, de más de 25 kg.

Que no se le permitía acudir normalmente al baño, manifestándosele una enfermedad urinaria por retención.

Que ante las ausencias por su enfermedad, el día 01-08-08 la empleadora la emplaza a concurrir al consultorio médico del Dr. José Vera y luego, el 30-08-08 se la intima a cumplir tareas. La trabajadora respondió que se encontraba con licencia por enfermedad y deja constancia del certificado médico respectivo. Esta situación se vuelve a reiterar y hasta que finalmente la despide por abandono de trabajo.

Practica liquidación, ofrece pruebas y funda en derecho.

Corrido el traslado de ley, a fs. 63/74 comparece la empleadora WAL MART ARGENTINA SRL por intermedio de su apoderado y solicita el rechazo de la acción. Niega que la actora haya estado sometido a acoso laboral y que su estado psicológico devino de los problemas familiares que acarrea. Que no existiría en el caso ni responsabilidad objetiva ni subjetiva de su parte.

Rechaza las inconstitucionalidades planteadas por la actora.

Ofrece prueba y funda en derecho.

A fs. 79/89 comparece la demandada LA CAJA ART S.A. por intermedio de su apoderado. Consiente la competencia del Tribunal y rechaza las inconstitucionalidades planteadas por la actora. Niega que la actora tenga derecho a efectuar el reclamo indemnizatorio y que su dolencia tenga vinculación con el trabajo.

Ofrece prueba y funda en derecho.

A fs. 91 la actora contesta el traslado del art. 47 C.P.L. y ratifica su reclamo.

A fs.94 el Tribunal dicta resolutorio declara la inconstitucionalidad de los arts. 8 inc. 3 , 21, 22,46 49 disp. Adic. 3 de la LRT, dejando el tratamiento de las otras inconstitucionalidades para el tiempo de dictar sentencia.

A fs. 99 se dicta el auto de admisión de prueba.

A fs. 111 acepta el cargo el perito médico Dr. Alberto Riba.

A fs. 133 se labra acta de reconocimiento del certificado médico por parte del Dr. Paolasso.

A fs. 135/137 glosa el informe de la D.E.I.E., a fs. 146 de la Superintendencia de Riesgos de la Nación, a fs. 150/155 del ANSES y a fs. 167/173 de la AFIP.

A fs. 174 acepta el cargo el perito contador Raul Ferretto.

A fs. 177 se agreea el informe de OSECAC.

A fs. 196 acepta el cargo el perito siquiatria Juan Pablo Immerso y a fs. 208 el perito contador Marcelo Punga Morales.

A fs.227 rinde informe el perito siquiatria Dr. Immerso y a fs. 237 impugna la pericia el actor y a fs. 240 lo hace la demandada Wal Mart.

A fs. 242 el perito contesta las observaciones que se le formularon.

A fs. 249/ 251 rinde informe el perito contable.

A fs. 260/261 glosa el dictamen del perito médico.

A fs. 270 la demandada observa la pericia médica.

A fs. 289 se celebra la audiencia de vista de causa. Las partes rinden alegatos quedando la causa en estado de dictar sentencia.

PRIMERA CUESTION: Relación laboral.

SEGUNDA CUESTION: Existencia de daño indemnizable.

TERCERA CUESTION: Costas.

A LA PRIMERA CUESTION LA DRA. MARIA DEL C. NENCIOLINI DIJO:

El vínculo de trabajo, su extensión y categoría profesional que revestía la trabajadora son extremos de la litis que deben ser probados por la actora. En el caso de autos, empleadora no ha desconocido la invocación de ésta, por lo que, ello, unido a la prueba instrumental arrojada a la causa, me permiten concluir que la actora se desempeñó como supervisora de vigilancia en el establecimiento de Wal Mart Argentina SRL, cumpliendo tareas de supervisora de vigilancia desde el 05-11-07 hasta el 13-09-08, quedando la relación regida por la LCT 20.744 y sus modif. ASI VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. MARIA DEL C. NENCIOLINI DIJO:

I- EXAMEN DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRETENSION INDEMNIZATORIA EN FUNCION DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD REGIDOS POR EL DERECHO CIVIL.

Corresponde en primer lugar expedirse sobre la admisión del reclamo de la parte actora fundado en la reparación económica integral del derecho común dirigido contra la codemandada Wal Mart Argentina SRL, es decir contra la empleadora, devenida de la enfermedad que denuncia padecer como consecuencia del acoso laboral que sufriera.

La empleadora solicita la exención de responsabilidad, desconociendo que hay existido por parte del supervisor de la actora actos agraviantes que le hayan ocasionado la patología que denuncia.

Paso a detallar la prueba rendida, no sólo para determinar si se cumplen los recaudos para la obtención de una reparación integral:

Instrumental: a) bonos de haberes de la actora; b) certificado del Dr. Antonio Paolasso diagnosticando stress laboral por mobbing, con RVAN Grado IV, de fecha 20-02-09; c) certificado con firma ilegible otorgando reposo por 48 hs. del 27-05-08; d) certificados médicos del Dr. Velasco: del 17-09-08, otorgando licencia por enfermedad a partir de la fecha del mismo por cuadro de ansiedad y angustia por 30 días, del 18-07-08 y del 18-08 receta médica, del 15-09-08 receta médica, del 12-02-09 de incapacidad laboral de depresión de origen laboral otorgan una incapacidad laboral del 60 al 80%, o; e) C.D. cursadas entre las partes; f) registro de examen clínico de ingreso de la actora por Asismed;

Informativa: a) del ANSES de los aportes y contribuciones de la actora; b) de la D.E.I.E. detallando el Índice de Nivel de Precios del Consumidor; c) de OSECAC, la actora no

está empadronada en esa Obra Social; d) de la Superintendencia Riesgos de la Nación: La Caja ART tiene contrato de afiliación con Wal Mart desde 01-01-05; e) de la AFIP informa de los aportes y contribuciones;

Pericia siquiátrica: dictamina que la actora Padece de Reacción Vivencial Anormal Neurótica con manifestaciones depresivas Grado III, otorgando un 20% de incapacidad laboral. A fs. 242, al contestar las observaciones, el experto aclara que:"el cuadro psicopatológico que desarrolló la actora es un Trastorno Adaptativo Crónico Moderado Mixto con Ansiedad y Depresión o Reacción Vivencial Anormal Neurótica con manifestaciones depresivas, por estar expuesta al continuo acoso de dicho supervisor (EXPOSICIÓN) mientras realizaba una actividad (seguridad del local) que determinó una enfermedad laboral". Agregó: "tiene un nexo causal específico y relacionado con un accidente laboral... y no derivado del fallecimiento del padre o los factores genéticos..."

Pericia médica: ratifica el diagnóstico efectuado por el perito médico siquiatra en cuanto a la patología y grado de incapacidad laboral que padece la trabajadora.

Pericia contable: efectúa liquidación de la indemnización que le correspondería a la actora en base a la fórmula de la LRT; determina un IBM de \$1.668,55.

Responsabilidad extracontractual objetiva de la demandada. Debe pues analizarse si existe el necesario nexo causal entre la dolencia que denuncia la actora padecer y el trabajo, es decir, teniendo presente que es a cargo de la actora demostrar la existencia de la relación causal o concausal entre la minusvalía que la afecta y el cumplimiento de sus tareas.

Existencia del mobbing.

Como principio general, cualquiera sea la vía elegida, el hecho indemnizable surge siempre de la comprobación de un engarce adecuado entre el accidente o enfermedad-incapacidad o muerte-trabajo. Así lo expresa Brebbia "se está aquí ante la aplicación lisa y llana del principio de que el cargo de la prueba de los hechos constitutivos del derecho invocado, corresponde a quien lo hace valer" (La relación de causalidad en el derecho civil, pag. 117)

Dice la Dra. Zavala de Gonzalez:"dentro de la teoría general del derecho, los hechos son el sustento de las diversas consecuencias jurídicas.son el antecedente necesario de la aportación de las pruebas. y de la sentencia" ; agrega que "es una exigencia generalizada en los códigos procesales la de indicar en la demanda los hechos en que se funda la acción y la carga del demandante de probar los hechos pertinentes si estuviesen controvertidos, es decir en este caso probar la plataforma fáctica que ponga de manifiesto una relación causal aparente entre la cosa y el daño que surge de su intervención en el suceso".

Para llegar a saber si en el caso de autos la actora ha sido víctima de un acoso laboral, se debe en primer lugar tener conceptualizado al llamado "acoso laboral o mobbing" para llegar a concluir si hubo o no violencia laboral en el caso de autos.

En líneas generales podemos decir que el "mobbing" consiste en una agresión psicológica con una dirección específica hacia la víctima con una intencionalidad

subjetiva y perversa de generar daño o malestar psicológico, su destrucción psicológica y/o su egreso de la organización empresarial. Se trata de un proceso destructivo sutil que tiende a desacreditar o dañar al trabajador; es un atentado a la dignidad, a la salud física y psicológica del trabajador.

Amerita transcribir la definición que Heinz Leymann hace: "el mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente (como criterio estadístico, por lo menos una vez a la semana) y durante largo tiempo (por lo menos 6 meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil, este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental, psicósomática y social".

La protección contra esta conducta está receptada en el art. 14 bis de nuestra C.N. cuando establece para el trabajador "condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagas; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea...protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público...". Aclarando que, cuando nuestra Carta Magna hace referencia a "condiciones dignas" alude a una situación adecuada en lo que a seguridad e higiene laborales pero, también alcanza a elementos psicofísicos, dentro de los que se denomina medio ambiente laboral y que incluye a factores de tipo organizacional.

Nuestra L.C.T., especialmente en el Capítulo VII "De los derechos y deberes de las partes" contiene la normativa a través de la cual se impide el mobbing: en sus arts. 62 (obligación genérica de las partes) y 63 (principio de buena fe en todas las etapas del vínculo laboral).

Asimismo son de aplicación los arts. 64, 65, 66, 70 y 71 (facultades organizacionales y de dirección del empleador, ius variandi y controles personales); el art. 75 (deber de seguridad e higiene del empleador), el art. 78 (deber de ocupación) y el 81 (igualdad en el trato); art. 242 (la extinción del contrato por justa causa), entre otras normas. Además, de la ley 23.592 que específicamente protege a todo ciudadano contra actos discriminatorios.

En todos los hechos que han sido relatados por la trabajadora en su escrito de demanda, como asimismo al rendirse las pericias médicas, se denuncia como nexos causales al acoso laboral del supervisor del establecimiento.

No se ha rendido prueba en la causa que demuestren directamente los hechos injuriosos que ella denunciara en su escrito de demanda. Pero, el acoso laboral resulta de muy difícil probanza, en cuanto que el sujeto acosador rara vez actúa frente a otras personas que no sea el propio acosado, y si hubieron compañeros de trabajo que fueron testigos, generalmente se niegan a declarar por temor a perder el empleo y no colaboran con la víctima.

Por ello, "en caso como el que examinamos, los indicios y presunciones que emergen de las pruebas citadas juegan un papel muy importante para demostrar la existencia del mobbing, por lo que es fundamental la labor del juzgador de saber interrelacionar las pruebas de la causa y apelar a los principios del Derecho del Trabajo, fundamentalmente

el principio de la primacía de la realidad, al principio protectorio y al de razonabilidad habida cuenta que debido a la diferencia de roles y de fuerzas existente entre las partes, por lo general la víctima se encuentra en inferiores condiciones para producir prueba testimonial proveniente del ambiente laboral" (Reston Angel "Mobbing problemáticas y tratamiento" en L.L. DJ-2006-III-914).

Cobran entonces relevancia las declaraciones de la propia actora, las certificaciones médicas, su estado de salud anterior a la patología, las que resultan suficientes para acreditar el mobbing. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de otros países y lo ha receptado nuestro Superior Tribunal en los autos nº86.883 caratulados "Acevedo Cariglio Claudia Graciela en J. 29.713 "Acevedo Cariglio c/ Banco Suquía S.A. p/ Enf. Accidente" p/ Enf.Accidente", del 28-11-07, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad.

Hechas estas consideraciones, analizando la prueba ut supra detallada, de los certificados médicos acompañados y de la pericia siquiátrica rendida en autos coincidente con la pericia médica, queda demostrada la existencia de la dolencia que denuncia la trabajadora y su vinculación con la conducta de su jefe superior, que no fue un hecho aislado, sino que ese sujeto la realizó en forma permanente y que es indubitable el nexo causal de su dolencia con esa conducta de su superior. Teniendo en cuenta que el perito siquiatra descarta expresamente al contestar a las observaciones que se le formularon a su dictamen, que la patología tuviese otro origen que no sea el trabajo.

Asimismo los sucesivos certificados médicos del siquiatra Dr. Velasco que le otorga licencias por stress laboral y la medicación que le prescribe; las C.D. cursadas entre la actora y la empleadora; el examen preocupacional practicado por Asismed que informa que la actora ingresó sana al establecimiento, constituyen indicios suficientes para tener acreditado en el caso que nos ocupa la existencia del mobbing. Estos elementos, valorados dentro del sistema de la sana crítica racional y el principio de unidad de la prueba, me permiten tener por acreditada la existencia del acoso laboral (art. 69 CPL).

Pero, entiende este Tribunal que la responsabilidad de la empleadora no es extracontractual objetiva, sino que deviene del incumplimiento de los deberes de seguridad que emanan del contrato, que se encuentra receptado en la normativa legal ut supra citada.

Existe por parte de la empleadora la obligación de mantener en buenas condiciones de seguridad el lugar de trabajo. En tal sentido, deben adoptarse todas las medidas necesarias para excluir el daño evitable, impuestas por la ley nº19.587 y su Decreto reglamentario 351/79 .

Si bien la actora no demuestra que hizo una denuncia concreta contra su supervisor a los directivos del establecimiento respecto del acoso que padecía de parte de su supervisor, la empleadora tenía conocimiento cierto de su dolencia, ya que acompañaba los certificados médicos de licencia por enfermedad que han sido traídos a la causa y que no fueron oportunamente considerados por la demandada.

Así es que, ante un requerimiento de la demandada, en la C.D. del 02-09-08 la actora niega haber sido examinada por junta médica, sólo haber sido atendida por el Dr.

Figuroa y que su licencia médica se extendería hasta el 16-09-08 según certificados acompañados.

El 03-09-08 la empleadora envía otra C.D., en la que le comunica a la trabajadora que, habiendo ya cursado intimación anterior, le intima por última vez a retomar tareas en el plazo de 48 hs. bajo apercibimiento de abandono de tareas.

El día 10-09-08 la actora envía otra CD negando que se haya ausentado sin aviso, que conforme certificado médico del Dr. Velasco que obraría en poder de la empleadora por el que la licencia se extendería hasta el 16-09-08.

En la C.D. del 13-09-08 la empleadora le comunica que ante sus ausencias sin aviso de los días 3 a 12 de Setiembre y, no habiendo cumplido con el emplazamiento cursado se la despide por abandono de trabajo.

Posteriormente el 17-09-08 la actora rechaza el despacho telegráfico remitido por la empleadora y ratifica los dichos en las anteriores C.D. Que sus ausencias obedecen a licencia médica que se extiende por 30 días más a partir del 17-09-08. En dicha C.D. se da por despedida y reclama el abono de la liquidación final. El día 19-09-08 la empleadora la intima nuevamente a retomar tareas.

El día 28-10-08 la actora remite C.D. a la ART demandada comunicándole que iniciará demanda judicial por padecer patología psiquiátrica, estrés laboral según certificado médico expedido por el Dr. Velasco y emplaza a ésta a sumir la responsabilidad derivada de su dolencia.

3- Culpa de la víctima, como eximente de responsabilidad.

Surge claramente de las probanzas que no ha habido en este caso culpa de la trabajadora.

Queda entonces admitida la responsabilidad de la empleadora por incumplimiento de los deberes de seguridad.

**PORCENTAJE DE INCAPACIDAD.**

Entiendo que el informe del perito psiquiatra, que es ratificado por el perito médico, guarda suficiente rigor científico para ser acatado por el Tribunal, en cuanto a la descripción de la patología, Reacción Vivencial anormal con manifestación depresiva Grado III, y su porcentaje de incapacidad laboral, por lo que, determino que la incapacidad parcial y definitiva de la actora es de un 20% de la T.O.

**MONTO DE LA INDEMNIZACION.**

**CALCULO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL.**

**DAÑO PATRIMONIAL:**

A partir del fallo "Arostegui Pablo c/ Omega ART S.A. y ot." (08-04-08), nuestro Superior Tribunal reafirma que en su labor, el juez deberá prudencialmente cuantificar

el daño teniendo en cuenta que queda ampliado el concepto de daño resarcible, definiéndolo como la "afectación al proyecto de vida", por lo que, tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial deben reconocer nuevos límites, con horizontes más amplios. Entendiendo que "el proyecto de vida" se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. "Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad".

Para evaluar el monto del resarcimiento material deberán tenerse en cuenta distintas pautas: a) la edad de la trabajadora:38 años; b) el tiempo de vida útil perdido; c) la remuneración que percibía sobre una base de \$1.668,55 por mes, entre otras.

Como ya lo expresara este Tribunal en los autos n° 30.710 carat. "Carrivale Jose c/ Inti S.A.I.C. P/Enf. Accidente" resulta conveniente recurrir a las fórmulas matemáticas que, si bien no son las únicas a tener en cuenta, cumplen una función instrumental para poner de manifiesto el verdadero significado económico de toda pretensión, para expresar de modo congruente la incidencia que debe tener cada variable susceptible de adecuada cuantificación en la suma que finalmente se establezca (Hector Pedro Iribarne "Los daños en la persona", pag. 494- Ed. Ediar). Pero, teniendo en cuenta lo expuesto ut supra en relación a los fundamentos dados en el fallo Arostegui, esta fórmula debe ser relativizada, y servir al juzgador como un punto de referencia, pues debe considerar en cada caso los efectos que la muerte del trabajador produce en el "proyecto de vida" de sus derechohabientes.

Siguiendo la fórmula "Vazquez Vialard", se arriba una indemnización de \$113.477,85 calculada al mes de Diciembre/2012 a cargo de la empleadora, la cual el Tribunal estima razonable para este caso concreto.

#### DAÑO MORAL.

La actora reclama en esta causa independientemente el daño moral (arts. 1078 y 522 C.C.). Sabido es que el daño moral se configura con la violación de los derechos que protegen a la "seguridad personal": paz, tranquilidad de espíritu, privacidad, libertad individual, integridad física, etc. y las afecciones legítimas tales como el honor, la honra, los sagrados afectos (Conf. Trigo Represas-Compagnucci de Caso, pag. 556).

Siguiendo en ello a Mosset Iturraspe entiendo que el concepto de daño moral, admitido por el art. 1078 del C.Civil es de carácter indemnizatorio, es una satisfacción compensatoria por el dolor sufrido, debiendo estarse a las circunstancias del caso para lograr una suma prudencial y acorde de la víctima y cohesión del grupo familiar, el amparo o desamparo, tanto moral como económico en que queda el accionante" (S.C. de J.L.S.168, fs.81). En este supuesto, la incapacidad en una mujer joven, influye directamente en su futura vida laboral, para enfrentar un nuevo puesto de trabajo atento especialmente a la causa origen de su patología, y además tiene repercusión en su vida afectiva, familiar y social.

Estimo la reparación moral en la suma de \$20.000,00 calculada a Diciembre/2012.

#### II.-INDEMNIZACION TARIFADA A CARGO DE LA ART.

## INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 6 DE LA LRT.

El actor solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 6 de la L.R.T. en cuanto que no se encuentra prevista en la T.E.I.L. la patología que padece como enfermedad profesional.

Por su parte, La Caja ART, solicita que se la exima de responsabilidad, por la razón expuesta ut supra, es decir, porque no está contemplada la dolencia dentro del Listado de Enfermedades profesionales.

Este Tribunal, siguiendo el criterio sustentado por la S. Corte, ha ratificado y confirmado lo que ya ha expuesto en los Considerandos de otros fallos sosteniendo que "la función judicial consiste en declarar el derecho aplicable al caso concreto, interpretando adecuadamente las normas existentes, sin facultad de crear otras con el pretexto de que la solución a que se arribe, no resulte equitativa, ya que, de otro modo interferiría en la esfera de competencia del legislador" (C.N.L.T. SALA III, A.t. 1984-D-1.816).

Cabría tan sólo efectuar en el "caso concreto" el control de constitucionalidad del derecho aplicable, restringiéndose el Juzgador en esta función a "descalificar las normas en las que el contenido no se adecue a los fines cuya realización persiguen o cuando consagran una manifiesta inequidad" (Sala V.-D.T.1987-D-1655; D.T. 1984-D-1436).

Si así no procediere, sería el propio Tribunal el que estaría violando los límites de su propia jurisdicción, excediendo las atribuciones de control que constitucionalmente se adopta, admite y se le acuerda y que sólo puede quedar circunscripto al tratamiento en el caso concreto, provocando una declaración de inconstitucionalidad in abstracto, a todas luces atentatorias del orden institucional dentro del estado de derecho en el cual se inscribe nuestra ley fundamental en cuanto que violaría el debido proceso y defensa en juicio (arts. 18 C.N.) resguardado a través de las mismas los principios de bilateralidad y contradicción.

En orden al planteo de inconstitucionalidad promovido por la actora, coincido con el criterio sentado por la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia en los autos n° 72.153 caratulados "Borecki Eduardo en J. 29.273 "Borecki Eduardo c/I.M.P.S.A. p/Enf.Acc. s/Cas., originarios de la 2° Cam. Laboral, que admite la inconstitucionalidad del art. 6 inc. 2 de la Ley 24.557, en tanto y en cuanto el trabajador quedaría inhabilitado para acudir ante la justicia y obtener su inclusión como enfermedad indemnizable.

No estando prevista como enfermedad profesional la dolencia siquiátrica que padece la actora, declaro en este caso concreto la inconstitucionalidad del art. 6 de la LRT.

## CALCULO DE LA REPARACION TARIFADA.

Conforme a la fórmula prevista en el art. 14 de la LRT modificada por el DNU 1278/00, se arriba al siguiente monto:

IBM 1.668,55 x 53 x (65:38:1,71) x 20%: \$30.253,45.

## INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 16 DEL DEC. 1694/09.

La actora solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 16 del Dec. 1694/09 a los fines de determinar el quantum indemnizatorio invocando razones de equidad y justicia. La demandada se opone en cuanto que ello violaría el principio de irretroactividad de la ley y rechaza la inconstitucionalidad planteada en subsidio.

Dispone el art. 16 del Dec.1694/09 que "las disposiciones del presente decreto entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias prevista en la ley 24557 y sus modificaciones cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha".

Ya nuestro Superior Tribunal se ha expedido en numerosas causas a los fines de llegar a determinar qué debe entenderse por "primera manifestación invalidante": "es el momento en que se determinó que la dolencia discapacita o invalida al trabajador y le impide continuar con sus tareas habituales precisamente por su característica de "invalidante". En el caso que nos ocupa, esta situación se produce, estima el Tribunal, al tiempo que la actora remite C.D. a la ART demandada poniéndole en conocimiento de su estado de salud -es decir el 28-10-08-, o sea cuando se encuentra vigente el DNU 1278/00.

Por su parte, el art. 3 del C.C. dispone que "a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público salvo disposición en contrario...A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

Esta norma entonces establece el principio de la aplicación "inmediata" según la cual, las leyes deben aplicarse desde el momento mismo de su vigencia, aún a los contratos sucesivos en curso de ejecución, de manera que las relaciones laborales, en las cuales tienen su causafuente los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se rigen por la ley en vigor en que se produce el hecho o se ejecuta el acto jurídico, con prescindencia de la norma al momento de celebrarse el contrato ("Tratado de Derecho del Trabajo, T.I."Teoría general del derecho del Trabajo"- Ackerman y Tosca, pag.688 y sigs.).

La vigencia inmediata de la norma importa que inicia su aplicación en la fecha que ella indica, es decir, luego de los 8 días de su publicación en el Boletín Oficial. Pero, el art. 3 permite obviar este principio cuando la propia norma fije otro momento de entrada en vigencia como al decir dicho artículo "salvo manifestación en contrario". El art. 16 ha dispuesto expresamente otro momento de su vigencia, como lo permite dicha norma, que es la de "la primera manifestación invalidante", es decir que tiene indicaciones expresas acerca de su entrada en vigencia, no existe un conflicto temporal de normas.

Cabe también aclarar los alcances de este art. 3 del C.C. cuando dispone que "las leyes se aplicarán a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". En el caso de un accidente o enfermedad de trabajo, el pago de la indemnización devenida de un reclamo por incapacidad laboral no puede depender del momento en que el actor haga el reclamo de su crédito o de la decisión del deudor que disponga cuándo va a ser

abonado. Pues, no sólo porque estaría determinando la voluntad de las partes la ley aplicable al reclamo, siempre por supuesto que no supere el plazo de prescripción de la acción, sino porque estaría violentando el principio de seguridad jurídica y la violación al principio de la igualdad que consagra el art.16 de la CN.

La responsabilidad por los hechos ilícitos o actos antijurídicos resulta de la concurrencia de una serie de elementos que tiene como resultado un daño inferido. El deber de reparar puede tener su génesis en dos circunstancias bien definidas: el incumplimiento contractual que arrastra el incumplimiento al deber de seguridad e higiene que tiene el empleador, o bien el incumplimiento genérico de no dañar (*alterum non laedere*) que implicará una responsabilidad extracontractual (Conf. "Responsabilidad civil por accidentes de automotores" Felix Trigo Represas y Ruben H. Compagnucci de Caso, T.I. pag.17).

Como han dicho los autores Borda y Brebbia : "la nueva ley no puede entrar a juzgar la validez del hecho generador"... "habría retroactividad si la ley volviera sobre la constitución de una relación jurídica anteriormente constituida y que las leyes no debían tener efecto retroactivo , lo que sí legislará la nueva ley son las consecuencias no producidas de esas relaciones o situaciones jurídicas ya constituidas" (3º Congreso Nacional de Derecho Civil).

En suma el "consumo jurídico" no se produce al tiempo de la sentencia condenatoria que sólo tiene efecto declarativo, ni al tiempo de la cancelación del crédito indemnizatorio, sino que deviene de una situación fáctica, que es con la producción del daño al trabajador y que se exterioriza con la primera manifestación invalidante o del accidente como hecho súbito y violento, este es el hecho "constitutivo" que la ley le otorga eficacia generadora de un derecho de crédito a favor del trabajador para que lo indemnicen y un derecho también del empleador de eximirse de su responsabilidad en su caso, de acuerdo al régimen legal vigente en ese entonces.

Este Tribunal ya ha resuelto esta cuestión, siguiendo los lineamientos de nuestro Superior Tribunal Provincial al determinar la aplicación del Dec. 1694/09 en los autos n°35.660 carat. "Lombardi Lelio c/ La Segunda ART S.A.p/ Accidente" rechazando la retroactividad del Dec n°1694/00. Se ha fundado en dicho fallo en lo resuelto por la S. C. de Mza. en los autos n°78.555 carat. "Provincia ART S.A. en j. 30052 "Belarde Santos O. c/Gobierno de Mendoza y ots. p/ Enf.Ac. s/ Cas." del 23-05-05.

Cabe, en el caso, asimismo, hacer mención al fallo de la C.S. Justicia de la Nación en el caso "Lucca de Hoz Mirta Liliana c/ Taddei Eduardo y ot." del 17-08-10, ratificando la postura doctrinaria sostenida en el caso "Caja Nacional de Ahorro y Seguro en J.17.830 Escudero Adolfo c/Orandi y Massera S.A. P/Ord." En el cual se dijo: "la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (fallo 314 315-885) sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la ley nueva a situaciones jurídicas cuyas consecuencia se habían producido con anterioridad a ser sancionada".

En conclusión, el consumo jurídico se produce con "la primera manifestación invalidante", en el caso concreto, con el conocimiento que tiene la actora de su dolencia teniendo como causa fuente las condiciones de su trabajo, con independencia de las consecuencias jurídicas que ese hecho trae con posterioridad, siendo entonces de aplicación en el subjúdice en virtud de lo dispuesto por el art. 3 del C.C., el Decreto 1278/00.

Pero, por otro lado, resulta a todas luces cierto que desde el dictado del decreto 1278/00 han transcurrido más de 11 años, y que el proceso inflacionario ha deteriorado el quantum indemnizatorio llegando a la "pulverización" del mismo, desnaturalizando los fines mismo del sistema reparatorio. La desidia del legislador en esta cuestión, ha sido grave, y es obligación del juzgador repararla, lo cual ha sido reconocido por el propio legislador en los fundamentos del mismo Decreto 1694/09.

En el fallo de la C.S.J. Nación del 10-08-2010, con voto mayoritario compuesto por los ministros Carlos Fayt, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Raul Zaffaroni, "Ascuá Luis Ricardo / SOMISA s/cobro de pesos", referido éste a las anteriores leyes de accidentes de trabajo, n° 23.643 y 24.028, se concluyó que "...el tope legal de la reparación aquí impugnado (art. 8 inc. a) 2do.Párrafo de la ley 9.688 según ley 23.643) resulta inconstitucional y, por ende, inaplicable para resolver la presente contienda. Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado con costas..." Uno de los fundamentos principales del Máximo Tribunal en sus Considerandos 8º, fue que "...la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado -al cual apuntan los textos transcriptos- no puede dejar de satisfacer al menos la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima. Luego resulta evidente que si bien el art. 8 de la ley 9688 (según ley 23643) atendió como principio, a la mentada pérdida por medio del cómputo de la reducción del salario de la víctima, impidió a la postre, que esta finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales, como el de esta controversia resultó aplicable el importe indemnizatorio máximo que preveía. Este último arbitrio, en breve, no se adecuó a los fines que la norma debía y pretendió -aunque sólo como principio- consagrar (Azar Fallo 299:428, 430 y sus citas) La conclusión que se acaba de asentar, por lo demás encuentra definitivo sustento en reiterada jurisprudencia de la Corte en cuanto tiene expresado que el trabajo humano exhibe características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mercado económico y que se apoyan en principio de cooperación, solidaridad y justicia también normativamente comprendidos en la C.N.(Mansilla Fallos 304:415, 421 y su cita). Más todavía, dicha justicia no es otra que la justicia social, vale decir, aquella por la que se consigue o se tiende a alcanzar el "bienestar" estos es "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad". Es también importante lo señalado en este voto mayoritario y que se aplica expresamente al caso de autos, expresado también en los Considerando 8º: "en cuanto a que una discapacidad de carácter permanente, como lo es la sub examine, repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida. Un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador -y en su caso a la familia de éste- a una reformulación de su proyecto de vida para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se

presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo. Es precisamente por ello que el medio reparador, de ser inadecuado o insuficiente, puede añadir a la mentada frustración ("Milone cit. P.4619). Tal es el caso del régimen es estudio dado que, circunscripto legalmente el objeto de la indemnización dineraria a la sola pérdida de la capacidad de ganancia, ni siquiera posibilita como lo era debido, que ésa sea evaluada satisfactoriamente por imponer un tope a su cuantía. No cabe olvidar además que dicha pérdida atañe nada menos que a un elemento central de la subsistencia digna del grueso de la población: el salario, esto es, el medio por el cual el trabajador se "gana la vida" ("Perez c/ Diso S.A.", cit.p. 2055)".

En este fallo la S.Corte no está trasladando el ámbito del régimen tarifado de accidentes al del derecho común que admite el resarcimiento de todos los daños padecidos por la víctima sino que reprocha la misma existencia del techo legal a las indemnizaciones tarifadas. Esta decisión resulta acorde con la nueva reforma del Dec. 1694/09 que sustituye el tope por un "piso indemnizatorio".

Como ha dicho el Dr. Grisolia del 66° Jdo. Nac. del Trabajo, en sentencia del 30-06-2010 "Perez Hoyos Irene Miriam c/ART Interacción s/amparo", referido a la aplicación del Decreto 1684/09: "la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del Derecho y para la realización de la Justicia, no pueden prescindir en modo alguno de la ratio legis y del espíritu de la norma. La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentos del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, o arriba a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o desemboque en consecuencias concretas notoriamente disvaliosas".

Cabe asimismo señalar que en cambio, mientras que el Decreto 1278/00 se mantuvo por 11 años en cuanto a los montos que fijaba para las prestaciones dinerarias, las aseguradoras en cambio fueron percibiendo las alícuotas de la afiliación sobre el monto de los salarios, los que, si bien no con el mismo ritmo acelerado que la inflación, se han ido actualizando a través de toda una década, lo que ha importado un enriquecimiento indebido por parte de las ART.

Teniendo en cuenta los medulosos fundamentos ut supra expuestos, este Tribunal entiende que no resulta inconstitucional el art.16 del Decreto 1694/09 ni debe indebidamente aplicarse retroactivamente, sino que es el tope indemnizatorio que fija el Decreto 1278/00 en este caso concreto, el que debe ser declarado inconstitucional por ser éste lesivo a los principios constitucionales que protegen a la víctima de un siniestro laboral y a la igualdad de todos los habitantes frente a un evento dañoso (arts. 14, 14 bis ,16,17 , 19 y conc. C.N.).

El Máximo Tribunal de la Nación ha abierto el camino para solucionar esta situación cuando una norma a través del tiempo o por otras circunstancias fácticas, pasa a convertirse en irrazonable. Así en caso "Valdez Julio c/Cintioni" en el cual la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 276 de la LCT en cuanto establecía el índice salarial del Peón industrial como módulo para la actualización de los créditos

laborales como al disponer que éstos debían revalorizarse desde la iniciación de la demanda, aplicando la doctrina de la inconstitucionalidad de las normas legales por su pérdida de razonabilidad. La S. Corte dijo que "el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental. En este orden de ideas puede señalarse que, como ocasionalmente sostuvo esta Corte en anteriores pronunciamientos, el legislador tiene la facultad de establecer el criterio que estime adecuado a la realidad para proceder a la actualización de los créditos laborales...pero las cambiantes circunstancias pueden hacer que la solución legal -no ostensiblemente correcta en su inicio- se torne irrazonable y la norma que la consagra devengue así indefectiblemente desde el punto de vista constitucional..."(C.S.JN.-Fallo 301:318). Así también lo ha expresado el Dr. Carlos Livellara en la Revista derecho Laboral y de la Seguridad Social n°6, Marzo 2010:"Personalmente, considero que, sin llegar a vulnerar el principio de irretroactividad de las leyes y normas jurídicas del art. 3C.C. se pueden aplicar los nuevos beneficios que implementa el Decreto 1694/09 a través de la inconstitucionalidad de la normativa anterior por su pérdida de razonabilidad...". La oficiosidad de la declaración de inconstitucionalidad ya ha sido también admitida por el Máximo Tribunal, conforme la doctrina sentada en los fallos: "Mill de Pereyra Rita y ots. c/ Provincia de Corrientes" del 27-09-01 y "Banco Comercial Finanzas (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra" del 19-08-04.

Cabe tener además en cuenta fortaleciendo los fundamentos expuestos, que precisamente el Decreto 1694/09 ha venido a corregir ese "dolo legislativo" ya que, en realidad, este Decreto no constituye un verdadero cambio de la legislación, lo que hace es precisamente actualizar los montos indemnizatorios que se habían convertido casi en irrisorios por el Decreto 1278/00, ya que no es posible aplicar la actualización monetaria por la prohibición expresa que ha hecho la ley 25.561, haciendo una aplicación práctica del "principio de progresividad" en cuanto que mejora las prestaciones de la LRT que, por supuesto no debe alterarse con la aplicación del "principio de irretroactividad" que consagra el art. 3 del C.C. Entonces es el régimen anterior el que debe ser tachado de inconstitucional. Estos fundamentos han sido ratificado por nuestro Superior Tribunal Provincial en los autos nro. 104.189 caratulados "Asociart ART S.A. en J. 44.209 "Espinoza Ariel c/ Asociart ART S.A. p/ Accidente s/ Inc.Cas." del 13.03-2013.

Entiendo por otro lado que, como también se ha resuelto unánimemente por nuestra jurisprudencia, siguiendo también con ellos los lineamientos de nuestro Superior Tribunal, que la declaración in abstracto de inconstitucionalidad, estaría convirtiendo al juzgador en legislador, excediendo de las facultades que le son propias. Por ello, es necesario efectuar un análisis del posible agravio patrimonial en el caso concreto, utilizando como parámetro los montos indemnizatorios fijados por el Decreto 1694/09. De ello resulta que:

Conforme al Decreto 1278/00 la reparación que le corresponde a la actora es de \$30.253,45. Aplicando los intereses tasa activa Banco Nación conforme lo dispone la Res. 414/99 de la S.R.T., desde Octubre-08 y hasta la entrada en vigencia del Decreto 1694/09 (19,12% de interés) la suma asciende a \$36.037,90 (Ver Anexo elaborado por el Departamento Contable que forma parte de este resolutorio).

El quantum indemnizatorio a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1694/09 sería de \$36.000,00.

Esta comparación no muestra una notable pérdida de ganancia y de su futuro medio de subsistencia que implicaría el aplicar el tope indemnizatorio previsto en el Decreto 1278/00, pus, al contrario la suma resulta superior (S.C.Nación, fallos "Aquino", "Prattico c/Basso y Cía." Fallos:246:349; "Roldán c/ Borrás" Fallos:250:46,48/50 y sus citas y "Perez c/Disco S.A. Fallos 332:2043;2057/2058 y sus citas).

El Tribunal en otros fallos, cuando la diferencia entre los dos quantum indemnizatorios supera el 33% que la S. Corte de la Nación usó como parámetro en el fallo "Vizzoti Carlos Alberto c/AMSA S.A." (14-09-04) aunque el actor no hubiera planteado en forma concreta la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio, por estrictas razones de seguridad y justicia, y en base a lo que ha resuelto el Máximo Tribunal en el citado fallo "Ascuá" y los otros fallos citados, este Tribunal ha declarado de oficio la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art.14 ap. 2-B de la LRT reformado por el Decreto 1278/00. En igual sentido se ha expedido el Dr. Sergio J. Simo integrante de la Séptima Cámara del Trabajo en los autos n°54 carat."Rodríguez c/La Segunda ART P/accid.". Pero, estimo que en este caso existe agravio patrimonial con la aplicación del Dec.1278/00 resultando innecesaria la declaración de la inconstitucionalidad de oficio del mismo, estimando el monto de la reparación tarifada en la suma de \$36.037,90 al mes de Diciembre/09.

#### APLICACIÓN DE LA LEY 26.773.

La Ley 26.773 ha buscado en forma integral el mejoramiento del sistema reparatorio dispuesto por la ley 24.557 y sus modificatorias a través de los Decretos 1278/00 y 1694/09. Ello ha llevado al legislador a establecer distintos momentos de entrada en vigencia de la normativa allí dispuesta.

Así, ha establecido en los arts. 2 y art. 17 ap.1 - que, a partir de su entrada en vigencia todas las prestaciones dinerarias pasan a ser prestaciones dinerarias de pago único. La entrada en vigencia es a partir de su publicación en el Boletín Oficial es del 26-10-12.

Luego, a través de los arts. 8 y 17 apartado 6- dispone que los valores fijados en el art. 11 de la ley 24.557 (que fueran introducidos por el Decreto 1278/00) y los mínimos previstos en los arts. 14 y 15 , así como también la prestación adicional mensual por Gran Invalidez se actualicen de acuerdo al RIPTE (remuneración imponible promedio de los trabajadores estables), teniendo en cuenta la variación operada desde el 01-01-2010, lo cual proyecta un incremento notable de los valores económicos.

Con buen criterio se fija como punto de partida del devengamiento de las prestaciones la fecha del hecho o evento dañoso para los accidentes súbitos y la fecha en que se determine la relación causal adecuada en el caso de enfermedad profesional (art.2- 3° párrafo.). Este punto tiene vinculación con relación a partir de la cual corresponderá actualizar la prestación por la aplicación del RIPTE y desde ya los intereses hasta el momento del pago del quantum indemnizatorios. Considerando que esta normativa constituye una excepción al art. 4 de la ley 25.561 y al art. 7 de la ley 23.928, que prohíben este tipo de actualizaciones.

Además, la base indemnizatoria tendrá una movilidad cada 6 meses por aplicación del Índice de variación del RIPTE.

Siguiendo el meduloso fallo dictado por el Dr. Sergio Simo de la 7° Cámara del Trabajo en los autos n° 4.235 caratulados "Godoy Diego Maximiliano c/ Mapfre Argentina AR T S.A. p/Accidente" del 12-11-12, debo entender que el art. 17 inc.6 de la ley 26.773 se refiere a las prestaciones dinerarias generadas durante la vigencia de la ley 24.557 y de los Decretos 1278/00 y 1694/09 al disponer que estas se ajustarán "a la entrada en vigencia de la ley conforme el índice RIPTE desde el día 01-01-10" y no a las prestaciones dinerarias que caben bajo la aplicación temporal de la ley 26.773 cuyas contingencias laborales sean posteriores a su publicación en el B.O. para las que rige el art. 8 de dicho cuerpo legal, que ordena -como ya expresara- ajustar semestralmente las prestaciones por el Índice RIPTE.

El último mes publicado del RIPTE por el organismo oficial corresponde al mes de Diciembre/ 2012.

Pero, no puede achacársele al trabajador la morosidad del organismo administrativo en la publicación del Índice RIPTE y resulta que tampoco puede quedar condicionada la aplicación de la nueva normativa ante la ausencia de la publicación de dicho Índice.

En consecuencia, y para evitar evidentes desigualdades que se generarían en el cálculo de los montos indemnizatorios, se dispone, al igual que ocurre cuando falta la publicación de los topes indemnizatorios del art.245 de la LCT para los despidos incausados, liquidar el ajuste conforme el último índice conocido y publicado por el M.T.S.A., es decir el de Diciembre de 2012 y, cuando se fije y publique el que corresponde, se deberá reajustar lo pagado sobre dicha base.

Respecto de los intereses legales, corresponde su aplicación desde que nació la acción o sea desde la fecha del accidente que fue oportunamente comunicado a la demandada.

Pero, la aplicación de las Res. 414/99 y 278/01 al respecto, tasa activa mensual que determina el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documentos, importaría un enriquecimiento indebido al damnificado, pues es sabido que la tasa activa incluye, además de la retribución al capital, la inflación esperada y algún riesgo de que la entidad bancaria no devuelva los fondos.

Cuando el capital de condena ha sido calculado en valores actuales, sea a una fecha anterior a la sentencia o la fecha la misma sentencia, sea mediante la aplicación de algún mecanismo indexatorio permitido -como ocurre con esta ley 26.773- queda exento de deterioro a causa de la depreciación monetaria. Debe entonces evitarse que el cómputo de estos accesorios desborde su finalidad que no es otra que dejar al acreedor indemne respecto de la lesión patrimonial producida por la falta de pago oportuno de su crédito, pero, cuidando de no exceder su razonable expectativa de conservación patrimonial con apartamiento de la necesaria relación que debe existir entre el daño real y la cuantía de la indemnización (fallos 316; 3054).

Por ello es que, estimo inaplicable la tasa de interés fijada en la Res.414/99 al caso que nos ocupa y utilizar la tasa fijada por la Ley provincial 4087, que dispone una tasa de

interés no mayor del 5% anual en los caso que por ley o por decisión judicial se reconozca la desvalorización monetaria.

Aplicando el Índice RIPTE desde el 01-01-10 hasta Diciembre/12, que es del 2,32%, se arriba a la suma de \$83,607,92. A ello hay que agregar el 5% de interés anual, arribando a la suma total de \$ 91.617,55. al mes de Diciembre/12.

### III.- ENCUADRAMIENTO LEGAL.-INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 39.1 DE LA LRT.

Habiendo ya resuelto que se dan los presupuestos para la admisión del reclamo indemnizatorio por la vía del derecho común, debe determinarse si en el caso concreto resulta agravante el art. 39 de la L.R.T.en cuanto que veda el derecho del trabajador damnificado a obtener una reparación integral.

Entiendo que la restricción establecida por este precepto importa un menoscabo sustancial del derecho de los derechohabientes a percibir el resarcimiento integral al que tendría cualquier ciudadano.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en la causa "Aquino Isacio /Caros Servicios Industriales S.A." , en sentencia del 21-09-04, como se dijo en el voto concurrente de la Juez Higton de Nolasco, la restricción aludida "resulta censurable en la medida en que traduce el abandono de los preceptos constitucionales de protección al trabajador, que se ve privado por su sola condición de tal, de acceder a la justifica en procura del amparo de sus derechos que, paradójicamente, tienen expreso y especial reconocimiento en la Ley Fundamental y en los pactos de igual jerarquía que le acceden".

Haciendo una comparación entre la reparación tarifada y el quantum de la integral, estimo en este caso concreto que no corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la L.R.T.

En base a los resuelto por nuestro Superior Tribunal en los autos n°72.965 carat. "Asociart A.R.T. S.A. en J. 30.894 "Olavarría Guzman Ubaldo c/José Cartellone C.C.S.A. y ots. p/Accidentes s/Inc.Cas." por estrictas razones de seguridad jurídica la A.R.T. sólo puede responsabilizarse por el sistema al cual se adhiere a través de su constitución y del contrato de afiliación que celebra con el empleador.

En este fallo la S. Corte Provincial admite la coexistencia de dos sistemas de reparación: uno atribuible a la A.R.T.y dentro de los límites establecidos en la ley especial (contractual) y otro atribuible sólo al empleador que corresponde a los conceptos de integralidad de la indemnización como principal obligado al cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, permitiendo así que ambas responsabilidades actúen en forma complementaria.

Los fundamentos y conclusiones arribados en esta Cuestión hacen devenir in abstracto la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la LRT.

En conclusión, la demanda prospera en la suma de \$91.617,55 a cargo de la ART calculada al mes de Diciembre/2012, con más el ajuste por el RIPTE e intereses legales hasta su efectivo pago.

La demanda asimismo prospera contra la empleadora, en concepto de daño moral, en la suma de \$20.000,00 con más sus intereses legales, tasa activa Banco Nacion desde Diciembre/2012 y hasta su efectivo pago.

Respecto de la tasa de interés aplicable al monto condenatorio en concepto de reparación integral, en virtud del fallo plenario dictado por nuestro Superior Tribunal en los autos n°80.131 carat."Amaya Osfaldo Dolores en J.11.075 Amaya Osfaldo Dolores c/Boglioli Mario p/Despido s/Inc.Cas.", la ley 7.198, como lo viene sosteniendo reiteradamente toda nuestra jurisprudencia no puede ser declarada inconstitucional in abstracto, sino cuando, en el caso concreto la aplicación de la tasa pasiva, importa un perjuicio al derecho de propiedad del acreedor, es decir, que resulta "insuficiente para indemnizar el daño moratorio producido dado el destino específico que las sumas de dinero tenían conforme la naturaleza de la obligación reclamada", importando a su vez la violación al principio de igualdad ante la ley (L.S.334-219). Declara asimismo la inconstitucionalidad de la Ley 7358 en cuanto que dispone la aplicación retroactiva de esa norma. En virtud del fallo plenario dictado por nuestro Superior Tribunal en los autos n°80.131 carat."Amaya Osfaldo Dolores en J.11.075 Amaya Osfaldo Dolores c/Boglioli Mario p/Despido s/Inc.Cas." , la ley 7.198, como lo viene sosteniendo reiteradamente toda nuestra jurisprudencia no puede ser declarada inconstitucional in abstracto, sino cuando, en el caso concreto la aplicación de la tasa pasiva, importa un perjuicio al derecho de propiedad del acreedor, es decir, que resulta "insuficiente para indemnizar el daño moratorio producido dado el destino específico que las sumas de dinero tenían conforme la naturaleza de la obligación reclamada", importando a su vez la violación al principio de igualdad ante la ley (L.S.334-219). Declara asimismo la inconstitucionalidad de la Ley 7358 en cuanto que dispone la aplicación retroactiva de esa norma.

Posteriormente, al resolver nuestro Superior Tribunal la inconstitucionalidad en el caso concreto de esos obrados, recuerda que los fallos emitidos por los tribunales han procurado adaptarse a la cambiante problemática económica que se vive en el país.

En autos del 28-05-09 caratulados "Aguirre Humberto por sí y por su hijo menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto c/ OSEP P/Ejec. Sentencia s/Inc.Cas.", ha resuelto la inaplicabilidad de la ley 7.198, a cuyos argumentos me remito por razones de brevedad, disponiendo que corresponde aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.). Entonces se aplica esta tasa desde el vencimiento de cada una de las obligaciones y hasta el efectivo pago del crédito. La tasa de interés propuesta para el supuesto de autos respecto del crédito a cargo de la empleadora es la siguiente: se aplica la tasa activa mensual promedio Banco Nacion desde Diciembre/12 y hasta el efectivo pago de la deuda ASI VOTO.

A LA TERCERA CUESTION LA DRA. MARIA DEL C.NENCIOLINI DIJO:

Las costas, siguiendo el principio chiovendano de la derrota, se imponen a las demandadas vencidas en proporción a los montos por los que cada una de ellas ha sido condenada (arts. 35 y 36 C.P.C. y art. 31 C.P.L.). ASI VOTO.

Mendoza, 25 de Marzo de 2.013.

Y VISTOS:

Este Tribunal en Sala Unipersonal

RESUELVE:

I.- Declarar en este caso concreto la inconstitucionalidad de los arts. 6 y 14 ref. por DNU 1278/00 de la LRT y de la ley 7.198 , deviniendo in abstracto el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 39 de la LRT.

II- Hacer lugar a la demanda instada por SILVIA ESTELA ZANI condenando a WAL MART ARGENTINA SRL. a abonar en concepto de indemnización por daño moral devenida de una incapacidad laboral del orden del 20%, en la suma de pesos VEINTE MIL (\$20.000,00) calculada a Diciembre/2012, en el plazo de CINCO DIAS a contar de la notificación de la presente, con más sus intereses legales conforme lo resuelto en la Segunda Cuestión. CON COSTAS A CARGO DE LA DEMANDADA.

III.- Hacer lugar a la demanda instada por SILVIA ESTELA ZANI condenando a LA CAJA ART S.A. al pago de la suma de pesos NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DIECISIETE con 55/100 (\$91.617,55) calculada al mes de Diciembre/2012, devenida de una incapacidad laboral del orden del 20% de la T.O. en el plazo de CINCO DIAS a contar de la notificación de la presente, con más su actualización por el Indice RIPTTE e intereses legales, conforme lo resuelto en la Segunda Cuestión, CON COSTAS A CARGO DE LA DEMANDADA.

IV.- Pase al Departamento Contable para practicar liquidación y se regulen los honorarios de los letrados y peritos actuantes, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 de la L.C.T. a los efectos de su cálculo.

V.- Emplazar a las demandadas a abonar en el plazo de CINCO DIAS los Aportes Jubilatorios Ley 5059 y Derecho Fijo colegio de Abogados y en el plazo de TREINTA DIAS la Tasa de Justicia, en proporción a los montos de los que cada una resultó condenada, bajo apercibimiento de ley.

VI.- Comuníquese el presente resolutorio a la Superintendencia de Riesgos de la Nación, debiendo constar el D.N.I. y/o CUIL de la trabajadora.

CUMPLASE, NOTIFIQUESE Y REGISTRESE

María Del Carmen Nenciolini -Juez de Cámara-