

//neral Roca, 26 de julio de 2021.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Estos autos caratulados **QUEZADA MIRIAN ADRIANA C/ FERRANDO PABLO RAMON S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (L)RO-00281-L-0000; H-2RO-181-L2012)**

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia virtual de los jueces votantes mediante plataforma de videoconferencia, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término al Dr. Edgardo Juan Albrieu, quien dijo:

RESULTANDO:

I.- Que viene a mi voto el Expediente de marras, en el que a fs. 41/50 se presenta, mediante letrado apoderado, la actora Sra. Miriam Adriana Quezada, promoviendo demanda contra Pablo Ramón Ferrando, por la suma de \$ 772.125,97 o lo que en más o menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más intereses de tasa activa del Banco Nación, hasta la fecha de efectivo pago.

Al efectuar el relato de los hechos, expresa que la actora ingresó a trabajar para el demandado el 01/02/1986, prestando tareas en el consultorio que el mismo poseía en calle Mitre 310/318 de la ciudad de General Roca, como “administrativa de primera” bajo el CCT 108/75. Que la relación laboral se registró transcurrido un año de la fecha efectiva de prestación de tareas el 01-02-1987.

Dicho consultorio era utilizado por diversos profesionales, incorporándose el demandado en el año 1990 y asumiendo desde dicha fecha como empleador de la actora, formulando dicho acuerdo en la Delegación del Ministerio de Trabajo de Gral. Roca.

En el año 2010 mudaron su lugar de trabajo a los consultorios ubicados en la calle Chacabuco hasta el distracto.

Que la jornada de trabajo pactada era de 8 a 12 y de 16 a 20 horas, no obstante lo cual, por el cúmulo de tareas solía extenderse de manera continua de 8 a 22 hs.

Que en fecha 06-11-2002 la actora sufrió un accidente in itinere al ser embestida mientras circulaba en una motocicleta, sufriendo serias lesiones en piernas y cadera, requiriendo múltiples intervenciones quirúrgicas, que produjeron muchas inasistencias a su puesto laboral, generando continuos roces en la vinculación de las partes.

Que el demandado hostigaba a la actora para que renuncie y ante la negativa de esta, la recargaba con más tareas, criticando todas las acciones que emprendía.

El ritmo de trabajo era insostenible para un único personal quedándose hasta la medianoche en épocas de cierre de presentaciones ante las obras sociales, requiriendo

en varias oportunidades que incorporara más personal, solicitud que no era oída para que la actora renunciara a su trabajo.

Que en ese sentido el demandado la instigaba de manera constante, incluso con agresiones físicas, presionándola para que produjera más y más a costa de su propia salud, siendo habituales los desmerecimientos, desprestigios, mal y soez trato, agresiones verbales de todo tipo que concluyeron en el cuadro psiquiátrico que hoy presenta la actora de más de 35 % de incapacidad definitiva, establecida como Depresión Neurológica Grado III, por cuadro psiquiátrico de estrés post traumático con síntomas psicóticos, estando en tratamiento psiquiátrico una vez por semana y medicada, configurando un claro caso de mobbing laboral.

Que el daño descripto se incrementó con la incorporación de la esposa del demandado, Dra. Orlandi, quien también presionaba a la trabajadora.

Que sin perjuicio de todo lo expuesto, nunca se le abonaron horas extras o gratificación alguna, por lo que el 28-07-2010 se intimó al pago de horas extras por el periodo no prescripto.

Luego, en agosto de 2010, la actora comienza un tratamiento por estrés post traumático con síntomas sicóticos con claro origen laboral, iniciado un periodo de licencias que culminan con dictamen de la Comisión Medica N° 9 que fija una incapacidad en un 35 % y otorgándole el retiro por invalidez al sumarlo a otros rubros.

Que tal incapacidad es producto del daño psíquico producido por su empleador ante los malos tratos y cúmulo de tareas que le obligaba a realizar, considerándose desvinculada por tal motivo por telegrama del 31-08-2011, solicitando que expida las certificaciones y abone las indemnizaciones conforme art. 212/245 de la LCT, e intimando bajo apercibimiento del art. 2 ley 25323, como así también el pago de daño moral.

Que el demandado niega conocer la situación antes descripta, indicando que continuaba en reserva de puesto. Dicho actuar provocó un perjuicio a la actora al no poder acceder, al no producirse la desvinculación, a su pensión por invalidez y la pérdida de seis meses de sueldo.

Al formular liquidación reclama por enfermedad laboral por responsabilidad Civil – daño psiquiátrico en los términos del fallo ZAFFARANO MONICA ROSANA de este Tribunal-, Mobbing, daño moral, indemnización por cese de vínculo laboral, periodos no percibidos por la actora y diferencias salariales.

Funda su pretensión en derecho, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y peticiona en consecuencia.

A fs. 94/103 comparece Pablo Ramón Ferrando, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los Dres. Adolfo Orlando Bonacchi, Justo Emilio Epifanio y Joaquín Nicolás Garro, contestando demanda y solicitando su rechazo, con costas.

Previo a todo desconoce todos y cada uno de los hechos y derechos invocados por la actora en su escrito de demanda en tanto no sean expresamente reconocidos.

Reconoce que la actora trabajó bajo sus órdenes y que su fecha de ingreso fue febrero de 1987, el lugar de trabajo y la categoría de "Administrativa" CCT 108/75, que la jornada de trabajo era de lunes a viernes mañana y tarde y sábados por la mañana según CCT, que el 06-11-2002 sufrió un accidente in itinere, que alrededor de un año y medio del siniestro comienza con tratamientos psicológicos y psiquiátricos, que años después del evento dañoso, por problemas derivados de sus atenciones y actuaciones medicas ante el siniestro y que derivaran en un cuadro psicológico-psiquiátrico, comienza a gozar de licencia paga por enfermedad inculpable hasta el vencimiento de la misma, entrando en reserva de puesto; que mientras gozaba de dicha licencia paga inicia los trámites por jubilación por incapacidad, sin dar noticias a mi persona en su carácter de empleador, que se la desvincula al solo efecto de su jubilación, sin estar de acuerdo con el grado de incapacidad otorgado y manteniendo la reserva de puesto, el intercambio telegráfico entre las partes y la documentación que acompaña al efecto, toda aquella documentación acompañada y que emane de su parte.

Luego, niega y rechaza que por la desvinculación se deba suma alguna y que en su caso se encuentre comprendida en el art. 212 apartado segundo LCT y sería merecedora de la indemnización del art. 247, que la relación laboral se haya registrado un año después de su ingreso, que los diagnósticos de los certificados médicos presentados para gozar de la licencia por enfermedad inculpable sean el reflejo del cuadro psicológico-psiquiátrico que dice padecer, que trabajara horas extras en forma normal y habitual, que su recuperación del accidente sufrido generara continuos roces, que comenzara asedio y persecución con la finalidad de que cesara en sus licencias por accidente in itinere, que a su vuelta al trabajo se la recargara de trabajo y que ello produjera el cuadro mental que padece, que tuviera obligación alguna de encargarse de tareas que le pidieran otros médicos que no fuera el demandado, que los llamados de atención recibidos sean falsos y para ofenderla, que tuviera que cumplir horarios de hasta media noche, que tuviera que tomar más empleados por el cúmulo de tareas, que su actual cuadro psiquiátrico fuera consecuencia del ambiente laboral, que padeciera mobbing de su parte y que el mismo se agravara con la incorporación de su pareja, Dra. Orlandi, que el porcentaje de

incapacidad de 35 % otorgado por la Comisión Medica tenga relación con el trabajo, que se den los supuestos del art. 212/245 LCT invocados para declarar unilateralmente el cese, que la reserva de puesto por mi invocada fuera maliciosa, y que le haya causado perjuicio alguno ante la ANSES, que una vez vencida la licencia paga por enfermedad inculpable le correspondiera abonar salario alguno, que sea de aplicación la multa del art. 2 ley 25323, que sea de aplicación la doctrina y jurisprudencia citada a fs. 11, 12, 13 y 14 de su demanda, que el certificado médico extendido por el Dr. Kotlar el 15/12/10 tuviera el alcance que le da la actora, que su antigüedad sea de 26 años, que se adeude suma alguna en concepto de daño moral, que se adeuden diferencias salariales.

Al efectuar el relato de los hechos, expresa que la actora comenzó a trabajar en funciones administrativas en el consultorio médico ubicado en calle Mitre 318 de esta ciudad bajo las órdenes del Dr. Cristóbal en febrero de 1987. En el transcurso del año 1990 pasó a tener bajo sus órdenes a la hoy actora, hasta su desvinculación.

Que desde mucho tiempo antes del accidente la actora ya había empezado con problemas, que se trasladaban al ámbito laboral, producto de su situación familiar, que siempre fueron toleradas.

También como consecuencia del accidente in itinere sufrido comenzó a tener conductas reñidas con lo que debe ser un buen comportamiento del trabajador. A pesar de ello toleró tales situaciones, con la esperanza de que cambiara.

Que su proceder fue de hacerle saber que seguía en reserva de puesto, ya que el trámite ante la Comisión Medica N° 9 fue sin su conocimiento y participación.

Entiende que no le corresponden a la actora los reclamos dinerarios que realiza.

En cuanto a los períodos no percibidos por ANSES manifiesta que en el telegrama remitido por la actora con fecha 31-08-2011 en ningún lado se hace referencia al pretendido cese de la relación laboral.

Por su parte entiende que no necesitaba el cese ni el otorgamiento de documentación alguna de su parte, ya que con lo que tenía podía demostrar la existencia al momento del inicio del trámite de su condición de empleada en relación de dependencia, por lo que no es responsable en absoluto por la demora.

En cuanto a la enfermedad laboral producto del ambiente de trabajo y el cúmulo de tareas, oculta que su enfermedad es anterior al accidente in itinere, pues ya había iniciado tratamientos psicológicos por lo que son patologías propias de su personalidad y organismo y para nada atribuibles a su empleador y menos aún caracterizable como mobbing.

Rechaza que las dolencias que dice padecer la actora tengan su origen en las tareas desarrolladas bajo su dependencia y el uso de la incapacidad determinada por ANSES para la obtención del beneficio jubilatorio, por no ser compatibles con la LRT.

En cuanto a la liquidación por mobbing y daño moral, habiendo negado y desconocido que de parte de persona alguna hayan existido humillaciones, malos tratos, tratos discriminatorios y/u hostigamientos, será a cargo de la actora probar sus afirmaciones e impugna el monto reclamado por considerarlo elevado.

En cuanto a la indemnización por cese de la relación laboral, rechaza la fecha de ingreso denunciada por la actora y ratifica que si bien la actora obtuvo el beneficio jubilatorio por invalidez, entiende que no reúne los presupuestos necesarios para acceder a una indemnización derivada de la LCT.

En cuanto a las diferencias salariales por horas extra reconoce que las mismas no eran abonadas pero manifiesta que eran compensadas con entradas en sus horarios en forma tardía consensuadas con la actora y que no superaban las tres o cuatro al mes.

Por todo lo expuesto, entiende que la demanda debe ser rechazada, ofrece prueba, cita a LA SEGUNDA ART como tercera y peticiona en consecuencia.

A fs. 106 se ordena citar a LA SEGUNDA ART SA en los términos del art. 94 del CPCyC.

A fs. 130/134 comparece, mediante apoderado, LA SEGUNDA ART SA. En primer término, opone excepción de falta de legitimación pasiva. Resalta que a su mandante le fue denunciado un siniestro como ocurrido el 29-10-2010, que fue rechazado por encontrarse la actora de licencia por enfermedad psiquiátrica al momento de la supuesta ocurrencia del episodio, por lo tanto, no tratándose de patologías y/o riesgos por las que su mandante deba responder, plantea la falta de legitimación pasiva.

Advierte que su mandante no debe responder por planteos que excedan el marco de la ley 24557. Tampoco lo reclamado por la actora encuadra bajo lo pretendido por el demandado que los cita so pretexto de tratarse de una enfermedad profesional.

Subsidiariamente responde los planteos de las partes. Reconoce que existió contrato de afiliación n° 007428 entre su mandante y el empleador demandado entre el 01-07-1996 y el 30-06-2013.

Niega, rechaza e impugna la totalidad de hechos y derechos invocados por la actora y demandada, como así la documental acompañada por las partes. Con carácter particular, niega que sea procedente el reclamo de la actora contra su mandante, que entrara a trabajar en la fecha indicada, sitio de prestación del débito laboral y que luego se

mudara por desconocerlo; el encuadre jurídico que la actora invoca por desconocerlo; por desconocerlo que exista diferencia en la fecha de registración laboral; que el consultorio fuera utilizado por distintos profesionales; que el demandado se incorporara al consultorio en la fecha indicada por la actora y que asumiera el rol de empleador; que la actora contara con diferentes certificados de salud debido a mala praxis médica; que la actora realice juicios contra profesionales de la salud por mala praxis médica; que la actora desarrollara sus tareas en los sitios y desarrollando las tareas descriptas, en los horarios mencionados; que la actora debido a accidente ocurrido el 06-11-2010, presentara las consecuencias descriptas a fs. 2 de su demanda y que ello produjera continuos roces en el vínculo con la patronal; que el demandado luego de reincorporada la actora persiguiera con mayor carga laboral que produjera su saturación que produjera incapacidad; que el ritmo de trabajo impuesto a la actora fuera de cumplimiento imposible; que la actora presente hoy una incapacidad del 35 % consecuencia de la patología descripta; que en agosto de 2010 la actora iniciara tratamiento por estrés post traumático debido a claros síntomas sicóticos de origen laboral; que la actora presentara una enfermedad profesional, que la actora notificara el cese de la vinculación laboral el 31-08-2011; que la actitud de su empleador la perjudicara impidiéndole acceder a beneficios legales ante la ANSES y la perdida de seis meses de ingresos; todo el intercambio epistolar entre la actora y la demandada, como así también toda situación relacionada con el vínculo entre ambas; que la remuneración de la actora sea de \$ 5633 mensuales; que su mandante adeude suma alguna como surge de la demanda.

Que sin perjuicio de la inexistencia del episodio a la fecha de denuncia, la actora se encontraba de licencia por enfermedad inculpable, por lo que su mandante no debe responder por patología o dolencia alguna. La supuesta dolencia es preexistente e inculpable, para las que su mandante carece de cobertura, por ende nada adeuda a la reclamante.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo de los argumentos de la empleadora contra su mandante y se rechace toda demanda en su contra, con costas. Ofrece prueba y peticiona en consecuencia.

A fs. 139/140 se abre la causa a prueba, produciéndose a fs. 146/292 y 300/318 informativa ANSES; a fs. 322/341 informativa Sanatorio Juan XXIII SRL; a fs. 364/462 informe Clínica Roca SA; a fs. 463/479 informe Correo Argentino; a fs. 481/489 informativa Comisión Medica 18; a fs. 498/500 presentación del dictamen pericial Psiquiátrico del Dr. Daniel Ambroggio; a fs. 505 la demandada solicita aclaraciones

sobre algunos puntos de pericia; a fs. 519 el perito contesta traslado de aclaraciones; a fs. 530/615 se agrega oficio ley 22172 con pericia contable; a fs. 617 se agrega resumen de historia clínica presentado por el Dr. Juan Pablo Kotlar.

A fs. 627 obra acta de audiencia de conciliación, en la que consta la comparencia de los letrados apoderados de las partes. Abierto el acto, las partes manifiestan la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio.

A fs. 647 obra acta de audiencia de vista de causa, en la que consta la comparencia de los letrados apoderados de las partes. Abierto el acto, las partes manifiestan la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio, por lo que se realiza la vista de la causa. Acto seguido, las demandadas desisten de la absolución de posiciones, prestan declaración testimonial Juan Pablo Kotlar y Leonor Urquiza. Se desiste de la testimonial de Cintia Palmero. La parte demandada insiste sobre los testigos restantes y se fija audiencia continuatoria.

A fs. 666 obra acta de audiencia de vista de causa continuatoria, en la que consta la comparencia de los letrados apoderados de las partes. Abierto el acto, las partes manifiestan la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio. Acto seguido prestan declaración testimonial: Graciela Beitia, se insiste con la declaración de los testigos María Consuelo García, Marta Jara y Emilio Encina y se desiste de la testigo Yolanda Maniotti y se fija audiencia continuatoria.

A fs. 684 obra acta de audiencia de vista de causa continuatoria, en la que consta la comparencia de los letrados apoderados de las partes. Abierto el acto, las mismas manifiestan la imposibilidad de arribar a un acuerdo conciliatorio. Acto seguido la demandada desiste de los testigos pendientes y se decreta la caducidad de la prueba pendiente. Alegan las partes y se ordena el pase de autos al acuerdo para dictar Sentencia Definitiva.

CONSIDERANDO:

I:- Cuestiones de hecho: Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1º de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1- La Sra. Mirian Adriana Quezada, era dependiente del demandado Pablo Ramon Ferrando, desempeñándose como “Administrativa” CCT 108/75, cumpliendo una jornada laboral de lunes a viernes mañana y tarde y sábados por la mañana. (Recibos de haberes de fs. 17/19 y dichos de la actora en la demanda, reconocidos por la empleadora).

2- Que el 6 de noviembre de 2002 sufrió un accidente in itinere con secuelas incapacitantes al ser embestida mientras circulaba en una motocicleta, produciéndole lesiones en las piernas y cadera requiriendo múltiples intervenciones que provocaron largas inasistencias a su puesto laboral conforme dichos de la actora en la demanda, reconocidos por la empleadora y por informe de la Comisión Médica N° 18 de fs. 481/488.

3- Que en el mes de agosto de 2010, la actora comienza tratamiento de estrés post traumático con síntomas psicóticos. Que como consecuencia del mismo en fecha 05-07-2011 la Comisión Médica N° 9 emite dictamen con las siguientes consideraciones medico previsionales: "...que del análisis de los datos obtenidos en el examen médico y estudios complementarios realizados a la afiliada QUEZADA MIRIAN ADRIANA se arriba al diagnóstico de DEPRESION NEUROTICA, REMPLAZO TOTAL DE CADERA DERECHA, INESTABILIDAD COMBINADA DE LA RODILLA DERECHA, CON HIPOTROFIA MUSCULAR, LESION DEL AQUILES DERECHO, OPERADO, LESION NERVIOSA DE CIATICO DERECHO...", determinando una incapacidad a partir de las patologías evaluadas y ponderadas del 67,02 % por lo que considera que reúne las consideraciones exigidas por la normativa para acceder al beneficio de retiro transitorio por invalidez conforme dichos de la actora en la demanda y Dictamen de la Comisión Médica N° 9 de fs. 314/318.

4- Que las piezas postales adjuntadas por la actora a fs. 3/17 (consistentes en TCLs y CDs.) fueron intercambiadas entre las partes resultando veraces y auténticas, ya que fueron reconocidas por el demandado y por el informe al Correo Argentino de fs. 463/479. De dichas piezas postales surge:

Que el día 22 de julio de 2010 el demandado envió CD 105142272 a la actora en los siguientes términos: "Le comunico a Ud. que atento a las reiteradas faltas de conductas cometidas por su parte, donde Ud. se ausenta del consultorio en medio de la actividad, pacientes que se van del consultorio sin haber firmado la planilla de atención o entregado la orden de consulta o pagado el arancel, la constante devolución de órdenes de consulta por el ente facturador por estar incompletas o por corresponder a pacientes sin servicio de Obra Social, llegadas tardes reiteradas y retiros antes del horario de salidas, falta de respuesta de las llamadas telefónicas en el horario de atención. Y por otro lado las constantes quejas de los pacientes. Por todos los motivos expresados le comunico que ha sido suspendido desde el día 23/07/2010 y hasta el día 26/07/2010 inclusive, preveniéndole que su reiteración será sancionada con mayor severidad".

Que, el día 26-07-2011 la actora contesta por TCL a su empleador en los siguientes términos: “...Me dirijo a Ud. en respuesta a su carta documento del 22 de julio del 2010 mediante la que se me notifica la imposición de una sanción, rechazo la misma por improcedente y maliciosa. Ser insuficiente en cuanto a los recaudos legales qué debe contener y ser falsas e inexistentes las causales invocadas. La comunicación resulta ambigua y carente de reserva, no precisa los hechos puntuales tomados a los efectos de la sanción, vulnerando severamente mi derecho de defensa tornando además ineficaz la aludida argumentación, pues indica generalidades y no extremos puntuales que permitan un correcto descargo de mi parte. La sanción en los términos planteados resulta falto de razonabilidad y arbitrariedad. No aclara ni precisa los hechos que fundan cuando se refiere a: “ausencia del consultorio en medio actividad, pacientes que se van del consultorio sin firmar planilla de atención o entregado la orden de consulta o pagado de arancel, la constante devolución de órdenes de consulta por el ente facturador por estar incompletas o por pertenecer a paciente sin servicio de obra social; llegadas tardes reiteradas y retiro antes de horario de salida, falta de respuesta de llamadas telefónicas en horario de atención. Y por otro lado quejas de pacientes”, todo ello son generalidades que me impiden efectuar una respuesta concreta de cada hecho que se imputa o formular las aclaraciones que hacen a mi defensa. Sin perjuicio de ello le indico que la salida del lugar de trabajo ha sido en cumplimiento de las tareas encomendadas por Ud., para efectuar reclamos ante Obra Social o prepagas por cuestiones atinentes al servicio. En cuanto al ingreso, nunca he llegado tarde ni me he retirado con anticipación al vencimiento de la jornada, por el contrario es habitual realizar una o más horas extras por jornada, sin que las mismas sean abonadas. La sanción en respuesta se inscribe en un actuar persecutorio tanto vuestro como de la Dra. Orlandi (para quien también cumpla tareas de secretaria), y el desencadenante fue el día 21 de julio del 2010 en que la nombrada profesional se dirigió en términos injuriosos respecto de la suscripta y la zamarreó de un brazo, que ameritó la realización de exposición policial. Por la presente solicito aclare la vinculación que tengo con la Dra. Orlandi, si también debo prestar servicio para la misma dentro de la vinculación laboral que me une a Ud., y en tal caso indicar y precisar cuáles son mis funciones respecto de la misma. Pues es habitual de la citada médica que me instruye a que confeccione recetas médicas ante los pedidos de los pacientes. Siendo ello una función propia del médico, por la presente le notifico que en el futuro no confeccionaré recetas de medicamentos. También solicito cese el actuar persecutorio y trato injurioso de vuestra parte y de la Dra. Orlandi, con una voluntad

rupturista, atento los graves problemas de salud que presento. De continuar así vuestras conductas efectuare las actuaciones correspondientes por encuadrar vuestro comportamiento de “mobbing”. También intimo por la presente abone horas extras no liquidadas por periodos no prescriptos bajo apercibimiento de accionar judicialmente.”.

Dicha misiva fue contestada por el demandado por CD 105121414 argumentando: “En respuesta a su telegrama ley, rechazo el mismo por improcedente, falaz y no ajustarse a derecho. Asimismo, y siguiendo el orden de exposición de su misiva, ratifico en todos sus términos la sanción que oportunamente le fuera interpuesta, por ajustarse plenamente a los hechos y el derecho. Por su parte, rechazo expresamente que exista actuar persecutorio y trato injurioso de quien suscribe y/o de la Dra. Orlandi hacia su persona, así como también, que la referida profesional se hubiese dirigido de manera injuriosa y/o la hubiese "zamarreado" del brazo como falazmente menciona. Como consecuencia de lo expresado, rechazo el mobbing pretendido, todo lo cual, viene a ser una estrategia para considerarse en situación de despedida y obtener sumas de dinero sin contraprestación alguna de su parte. En cuanto a sus tareas, las mismas le son conocidas plenamente y las realiza desde el inicio de la relación laboral, por lo que su reticencia a efectuarlas conllevara la aplicación de las sanciones pertinentes. Por último, rechazo que sea habitual que realice una o más horas extras por jornada, y por ende, que se le adeude suma alguna por dicho concepto. Queda usted debidamente notificada.”.

Luego de comenzado el tratamiento psiquiátrico el empleador cita a la actora a control médico para el viernes 10-09-2010 a las 17 horas en el consultorio del Dr. Luis Di Giacomo.

Que el 17-12-2010 la actora remite TCL en los siguientes términos: “Que, atento las prescripciones médicas indicadas por mi psiquiatra tratante Dr. Kotlar, es que intimo a que depositen las sumas en concepto de salarios en la cuenta del BBVA Banco Francés, a nombre de Quezada Adriana Nro: de cuenta 0830004168116 y CBU Nro. 0170083140000041681163 Ello atento que mi cuadro psiquiátrico me impide el contacto con mi ámbito laboral. A todo efecto transcribe certificado médico emitido por el Dr. Kotlar: “Se ha establecido como parte del tratamiento de la paciente QUEZADA, ADRIANA, acorde su patología, la contraindicación absoluta de tomar contacto con su ámbito laboral (personas y/o lugar). Diagnóstico: T. por estrés post traumático grave. Se extiende el presente certificado a los 15 días diciembre 2010”.

Luego, el 18-08-2011, el demandado comunica por CD que “...a partir de la fecha ha terminado su licencia paga por enfermedad inculpable de acuerdo a sus certificados

médicos presentados y no pudiendo reintegrarse a desarrollar sus tareas le notificó y comunico que, de conformidad al art. 211 LCT entra en reserva de puesto por un año desde la fecha.”.

Que posteriormente, la actora remite TCL del 31-08-2011 en los siguientes términos: “Atento el caso de Neurosis depresiva grado III que me aqueja y que tiene origen en la relación laboral, intimo por medio del presente cancele sumas correspondientes a la incapacidad que padezco por tal motivo y que fijó la Comisión Medica en un 35% -en la audiencia indicada intimo a que cancele las sumas que surgen de acuerdo al criterio establecido por la Sala II de la Cámara Laboral Local en " Zaffarano" notificando en su caso a la ART respectiva. Asimismo y atento el claro caso de " mobbing" y sin perjuicio del daño que sus conductas y las de la Dra. Orlandi me han ocasionado intimo cancele en concepto de daños y perjuicios la suma de \$60.000. Sin perjuicio de ello y toda vez que la Comisión Médica Nro. 9, en el Exp. Nro. 009-P-00379/11 se ha determinado que sufro de un 67,02 %, es que ante la imposibilidad de retomar mis tareas por gran incapacidad intimo cancele la sumas indemnizatorias correspondientes. Al efecto transcribo la parte pertinentes del Dictamen: “VISTO la solicitud del beneficio de Retiro Transitorio por invalidez y CONSIDERANDO: la historia clínica, los estudios complementarios aportados, los informes médicos y la revisión practicada, la COMISION MEDICA N° 09- NEUQUEN- DE LA SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO, DICTAMINA: Que la Sra. QUEZADA MIRIAN ADRIANA, Documento de Identidad 14.598.876 presenta el 67.02% (SESENTA Y SIETE CON DOS CENTESIMAS POR CIENTO) de invalidez por lo que SI reúne las consideraciones exigidas en la normativa vigente, para acceder al beneficio de RETIRO TRANSITORIO POR INVALIDEZ. Debe realizar tratamiento asistencial. Debe realizar los controles de ley”. Por lo expuesto y atento la imposibilidad de continuación de la prestación intimo plazo de ley cancele sumas por cese de relación en los términos del art. - 212 -245 LCT- bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 25323. Queda Ud. debidamente notificado.”.

Que el 05-09-2011 el demandado contesta por CD 190529139 en los siguientes términos: “En respuesta a su telegrama ley, rechazo el mismo por improcedente, falaz y no ajustarse a derecho. Expresamente rechazo por no constarme, que usted padezca de neurosis depresiva grado III; y en su caso, que guarde y/o tenga origen en la relación laboral así como también el porcentual de incapacidad que refiere y la pretendida aplicación del fallo "Zaffarano". Tajantemente rechazo que usted hubiese sufrido

"Mobbing Laboral" de parte de quien suscribe, y/o de la Dra. Orlandi, y/o de cualquier persona vinculada laboralmente conmigo y por ende, que le asista razón para reclamar suma alguna en concepto de daños y perjuicios. Rechazo por no constarme, el Dictamen que atribuye a la Comisión Médica y la incapacidad que indica, y en su caso, rechazo expresamente las conclusiones a las que arriba, y por consiguiente que se encuentre incapacitada en forma absoluta, y que como consecuencia de ello, deba abonarle la indemnización prevista en los artículos 212/245 de la LCT. Por lo expuesto, rechazo la pretendida aplicación de la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25.323. Por último, le hago saber que a la fecha la relación laboral se encuentra vigente, encontrándose en reserva de puesto Conforme le fuera oportunamente notificado.”.

Que el 09-11-2011 la actora remite nuevo TCL CD 161411957 en los siguientes términos: “Que atento no poder acceder a la pensión de retiro por invalidez al no haber efectuado el cese de la relación laboral al tener un 67,02 % de incapacidad fijado por la Comisión Medica, conforme se le indicara en el telegrama de fecha 31-08-2011 Nro. CD 190527440 es que intimo por medio de la presente y por plazo de ley que efectivice el cese de la relación y otorgue las certificaciones correspondientes de cese de servicios y de aportes y remuneraciones -las entregadas no cuentan con la fecha de cese- y efectué las presentaciones ante los organismos de seguridad social ANSES y AFIP informando el mismo, toda vez que para dichos organismos continúo con reserva de puesto. El cese se debe declarar con la fecha en la cual recibió el telegrama donde se le notificaba de la incapacidad total y definitiva que padezco. La presente intimación se efectúa en los términos del art. 80 LCT y bajo apercibimiento allí dispuesto, ello sin perjuicio de reclamar los periodos que por su inactividad me vi privada de percibir ante la ANSES.”.

Dicha intimación fue rechazada por la demandada por CD 204548115 del 11-11-2011 en los siguientes términos: “En respuesta a su telegrama ley, rechazo el mismo por improcedente, falaz y no ajustarse a derecho. Expresamente desconozco la incapacidad que refiere en su misiva, y por ende que exista obligación de mi parte a extinguir la relación y entregar los certificados de ley y por cese. Por ultimo rechazamos que le asista motivo alguno para reclamar daños y perjuicios. Por todo lo expuesto, reitero en todos sus términos mis anteriores misivas, manteniendo la reserva de puesto. Queda usted debidamente notificada.”.

5- Que en la audiencia de vista de causa declaró el testigo Juan Pablo Kotlar quien manifestó: “...que la actora fue paciente suya durante algunos años. Que sabe dónde

trabajó la actora. Que en términos generales puede decir que había una situación en el vínculo con su empleador que en principio le afectaba a ella y era significativa. Estaba con un cuadro depresivo. Que cuando la examinó, la patogenia era en referencia al empleador. Que la atención de años atrás había sido por una mala praxis que había sufrido. Tuvo una afectación psicológica pues fue operada al menos diez veces para reparar el daño. Llevaban muchos años de convivencia laboral que había funcionado muy bien en extrema confianza. Llegó a ser como referencia para el lugar de trabajo a punto de haber centralizado en ella buena parte de la atención, como delegar la confección de las recetas que es una tarea automática. Que la actora refería injurias verbales feas, intensas que no le constan, pero que sabe por colegas que el demandado tiene un temperamento exaltado. Es una fama que él tiene. Se trata de insultos, gritos. Tuvo ocasión de hablar con él porque en un punto del tratamiento le di un certificado y entendí que no podía seguir trabajando y pidió una entrevista conmigo. Se la di y recuerdo el modo en que se refirió a ella: como con asco, con un soberano desprecio, no estaba enojado con ella. El modo en que se refería a ella era como si se tratara de alguien que no merecía respeto. He hablado con otros empleadores y podía observar enojo, como algo personal. Pero lo que yo vi, fue la primera vez. Lo que pude observar es la referencia a ella con desdén. Él no se fue a interiorizar de la paciente. Me fue a decir “como era mi paciente”. Sé que ella fue evaluada a pedido del demandado por el Dr. Di Giacomo y desconozco la conclusión. Y sé que solo fue de una vez. Lo que me consta es la patogenia de la actora, para ella es la recurrencia, la perturbación permanente por la recurrencia. Nunca había visto un cuadro de estrés postraumático en la que se llegue a perder la razón, pues llegó a verlo al doctor a pesar de que estaba de viaje. Estando en su casa lo oía. Se la tuvo que tratar con antipsicóticos al menos por un año. Es como “enloquecer a otra persona”. La única posibilidad es irse del trabajo, pero en el caso de ella, era único sostén de familia con un hijo y como ocurre en las parejas (donde uno es de personalidad propicio al maltrato) –ellos ya de algún modo formaban una pareja-, no pudo tomar la decisión. Estaba afectada en el desempeño cognitivo. Hablaba como si tuviera un problema cognitivo. La mandó a ser evaluada por un neurólogo. Era un despojo. Consultado sobre cuánto tiempo pasó desde la primera consulta por la relación laboral: Se compuso de la depresión producida por la mala praxis y pasaron 4 o 5 años. A partir de volver por el tema laboral, pasaron dos años de tratamiento sin que pagara por ello, porque no tenía recursos. Su hijo también tenía problemas psiquiátricos y por aquel tiempo tenía una pareja de profesión camionero y

vijaba. Un día la lleva al consultorio, sale a la vereda, e hizo un episodio hipertensivo en ese momento. Una persona de 35 o 40 años. Se fueron de allí al Hospital. Creo que la dejé de ver en circunstancias en que yo dejé de atender. La mujer no tenía respuesta, era una situación de golpiza emocional como hablar de ella delante de otros colegas diciendo “a esta negra la voy a hacer parir”. Había en ese consultorio otras personas que atendían. Ella era respetada en la Clínica Roca. En alguna ocasión la Dra. Orlandi, por cuestiones de su trabajo, iba al consultorio y se complejizaba la situación aunque no ejercía maltrato sobre ella, pero hacía caso omiso del maltrato que veía. Según el relato de la paciente, hasta donde yo vi, era coherente. No vi ningún indicador de fabulación. Lo que yo vi es una víctima. Consultado sobre a que atribuía el maltrato contestó que por un lado al carácter del doctor –difícil-. Estaba aterrorizada. Eran como rugidos, como cuando se quiere asustar a otros. Supone que eran socios en Clínica Roca con el Dr. Mandra. No sé qué otra persona podría trabajar con una persona así. Antes había mal carácter y maltrato de Ferrando, “el Doctor se enojaba sin que ella supiera con qué”, con lo que había una suerte de equilibrio. Consultado sobre si hubo algún momento en que esa estabilidad se quebró. En la primera ocasión de la atención por la depresión con motivo del accidente y mala praxis, Ferrando no aparecía como un personaje trascendente. Su manifestación estaba dirigida a curarse y seguir con su vida y su trabajo”.

Acto seguido, presta declaración la testigo Leonor Urquiza quien manifiesta: “Conocí a la actora cuando ingresé a trabajar al servicio de hematología del Dr. Ferrando. Tengo con el demandado relación laboral de 22 años. Soy clínica en hemoterapia. Hago toda la tarea de laboratorio para transfusiones y determinación de grupo o factor y banco de sangre”. Consultada sobre si es en el mismo ámbito físico contesta que Sí. Continúa diciendo que “Al principio estábamos en la Clínica Roca y si bien seguimos dando el mismo servicio, actualmente lo hacemos en un edificio desprendido pero siempre dependiente de la Clínica Roca”. Consultada sobre si sabe porqué dejó de trabajar la actora con el demandado contesta que por discapacidad consecuencia de su accidente. Que retomó el trabajo luego del accidente pero que nunca quedó bien. Manifiesta que “Como Secretaria del médico ella siguió haciendo ese trabajo, aunque tenía más dificultades para movilizarse. Tengo entendido que la ART le había prescripto una disminución de horario de trabajo pero no sé si lo hizo. El Doctor y ella tenían una buena relación. No he visto asperezas. Consultada sobre cómo es la personalidad de Ferrando hacia el personal que trabaja con él contesta que es muy concreto hacia lo que

quiere. “Haga esto, tal cosa o tal otra. No es afable ni amable en su trato. Pero una o dos veces al año nos juntamos en su casa todos los que trabajamos en el sector. Yañez (limpieza), Liñado (técnico), Mejías (bioquímica) y por la tarde la Dra. Orlandi (esposa de Ferrando)”. Consultada sobre si supo algo del conflicto entre ellos responde que no sabía nada. Solo que tuvo conflicto con la esposa del Dr. Ferrando porque se lo comentó la actora. Con él solo recuerdo una vez que Ferrando la suspendió. Ella se quedó llorando y el le dijo “vos no tenés que estar aquí”, pero de muy buena manera. Consultada sobre si ha escuchado a Ferrando dirigirse en forma discriminatoria hacia otro empleado responde que no. No es muy amable en el trato pero quiere todo ya y hay que dejar de hacer lo que uno está haciendo. Le he contestado en cosas que no me han gustado. Es más, siempre fue mejor el trato con ella que conmigo. El me dijo cuando yo entré a trabajar allí que “Adriana es mi mano derecha”.

En la audiencia continuatoria, prestó declaración testimonial Graciela Beitía quien manifestó: “Trabajábamos juntas en el servicio de hematología del Dr. Ferrando. Trabajo con Ferrando desde marzo/2005. Siempre presté un servicio profesional. Yo tengo mi laboratorio independiente. Al inicio yo compartía el mismo espacio físico. Desconozco porqué dejó de trabajar Quezada. A partir del año 2011 mi laboratorio está separado. La actora estaba como administrativa del mismo laboratorio”. Consultada sobre qué relación había entre actora y demandada manifiesta que trato normal. “Éramos 4 personas. Urquiza, Quezada, yo y el Dr. Ferrando. Ella faltaba porque tenía dolencias físicas. No me acuerdo quien la remplazaba. Consultada sobre si conoce a la esposa del demandado dice que Si y que no ha presenciado gritos o frases que puedan ser malinterpretadas”. Luego manifiesta que “tenía un trato cotidiano y habitual con ella. Se que sufría muchos dolores. Para mí no había maltrato. Pienso que no se sentía cómoda (referido a su situación física). Lo que recuerdo es que ella sentía dolor. No noté que tuviera una actitud de persona deprimida. No hemos hablado de la situación de ella con el Dr-. Ferrando”.

6- Que el perito psiquiatra designado en autos Dr. Daniel Roberto Ambroggio en la pericia presentada a fs. 498/500 concluyo: “...es mi opinión y sujeta al mejor y más justo criterio de VS, que la actora padeció de un accidente de tránsito, con una alta severidad traumática y con lesiones de importancia, que sin lugar a dudas produjeron en la misma un trastorno por estrés post traumático, cuadro este con una signosintopatología positiva para tal dolencia y que ameritó su tratamiento psicofarmacológico y tal como se encuentra acreditado en autos, cumpliendo

ampliamente los criterios diagnósticos del DSM IVTR; la evolución del cuadro citado ha sido irregular, tórpida y a la fecha de este examen se constata que ha desarrollado un cuadro clínico compatible con un trastorno depresivo mayor severo, con síntomas psicóticos y con escasa respuesta al tratamiento instituido y mencionado anteriormente. Este cuadro a mi entender tiene su génesis en el accidente de tránsito de fecha 06 de noviembre del año 2002, el cual tuvo suficiente idoneidad lesiva como para provocar el cuadro psiquiátrico que padece actualmente la señora Mirian Adriana Quezada. En lo referente al posible maltrato laboral, cabe destacar que si bien la actora lo identifica como la etiología o fuente de sus padecimientos, a este perito no le consta objetivamente que el mismo haya existido o no, ello será el resultado de la prueba procesal, en todo caso de haber existido (reitero que no me consta en forma fehaciente y objetiva) el mismo pudo haber actuado como elemento con causal ya sea agravando o exacerbado el cuadro...”.

II.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

Las primeras cuestiones a dirimir, se centran en dos puntos: 1) Si corresponde la indemnización de daños y perjuicios reclamada por la actora basada en las normas del derecho común contra su empleador, con basamento en la Incapacidad Laboral de carácter permanente del 35 % que dice padecer, ello como consecuencia directa de la enfermedad profesional que denuncia haber sufrido a resultas de hostigamiento laboral o mobbing por parte de quien fuera su empleador Sr. Pablo Ramon Ferrando., y 2) si el dictamen de Comisión Médica que determina la incapacidad a los efectos previsionales y su notificación por TCL, es suficiente para tener por acreditada la incapacidad absoluta prevista por el art. 212, párr. 4to LCT, a los fines indemnizatorios

a) Enfermedad profesional – acción civil – mobbing daño moral: Ingresando en el primero de los temas, señálase que la actora de autos reclama indemnización integral basada en las normas del derecho común contra su Empleador, con basamento en la Incapacidad Laboral de carácter permanente del 35 % que dice padecer, ello como consecuencia directa de la enfermedad profesional que denuncia haber sufrido a resultas de hostigamiento laboral o mobbing por parte de quien fuera su empleador Sr. Pablo Ramón Ferrando.

A los fines de fundar las responsabilidades que atribuye, la demandante expresa que surge la posibilidad de reclamar ante el empleador por el daño psiquiátrico sufrido por la enfermedad de origen laboral y generada por su empleador, en los términos de la ley

civil, toda vez que guardan directa causalidad y relación con el actuar del Dr. Ferrando y no se encuentran alcanzados por la fórmula de reparación establecida por la LRT, mas aún en el caso atento el modo de producción del daño, dado que el mismo se deriva de manera directa de los padecimientos que sufriera ésta por el actuar del empleador.

Por su parte la demandada cita como tercera a juicio a LA SEGUNDA ART SA quien comparece en dichos términos.

De acuerdo a las bases precedentemente indicadas y a modo introductoria del tratamiento de la procedencia o no de la acción por enfermedad profesional instaurada de dicho modo, cabe puntualizar que estando basada dicha acción en la normativa del derecho civil, resulta inaplicable en el caso la presunción de culpa que campea en el régimen sistémico de resarcimiento por riesgos del trabajo que consagra la ley 24.557, sino que suscitada la controversia en los términos del derecho común, es el actor quien exclusivamente carga con la prueba de su pretensión (art. 45, 55 in fine CPL), todo ello en correlato con la regla que enseña que quién deduce la pretensión soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos (aun los negativos) de las normas, sin cuya aplicación, no puede tener éxito la pretensión procesal que se persigue (conf. Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Laboral, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, t. 1, p. 695).

Sentado dicho principio y con relación puntual a la figura del mobbing que se invoca en la demanda, es dable señalar que se ha conceptualizado a esa figura como una forma o tipo de violencia laboral que “es definido en la doctrina médica, sociológica y jurídica como una situación creada por una persona o grupo de personas, que ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado y sobre una persona en particular. Así, el vocablo "mobbing" se utiliza precisamente para identificar las situaciones en las que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática, con intencionalidad y durante un tiempo prolongado sobre otro sujeto, con la finalidad de lograr que la víctima quede aislada de su entorno y abandone el sector, el grupo o la empresa. Entonces, la agresión psicológica tiene una dirección específica hacia la víctima con una intencionalidad subjetiva y perversa de generar daño o malestar psicológico, su destrucción psicológica y consecuente sometimiento y/o su egreso de la organización empresarial o del grupo” (CNAT Sala II Expte N° 7.358/05 Sent. Def. N° 95.304 del 12/10/2007, “R., F. c/Cablevisión SA s/ despido” (Maza – Pirolo). En el mismo sentido, Sala II Expte N° 8141/05 Sent. Def. N° 95.437 del 4/12/2007 “V., M. Á. c/Craveri SA s/despido” (Pirolo

– Maza), Sala II Expte N° 295/09 Sent. Def. N° 99.674 del 16/9/2011 “D., J.B. c/ Coto CICSA s/despido” (Pirolo – González) y Sala I Expte N° 30.848/2010 Sent. Def. N° 88.280 del 28/11/2012 “C., S.M. c/BBVA Banco Francés y otro s/despido” (Vázquez – Pasten de Ishihara).

Por su parte y desde el punto de vista doctrinario, señala Stortini que se está en presencia de acoso cuando una persona o grupo de ellas, de modo repetitivo y sistemático, adopta una conducta hostil o arbitraria, durante un lapso prolongado, contra un trabajador y consecuentemente afecta su dignidad y su salud psicofísica para disminuirlo o desprestigiarlo en el ámbito de la empresa con la finalidad (intención) de eliminarlo del cargo que ocupa o con el objetivo de inducirlo al abandono del empleo o llevarlo a aceptar una disminución en las condiciones de trabajo (Stortini, Daniel, "Trato igualitario y acoso laboral", Revista Derecho Laboral 2009-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 465), puntualizando el autor citado que el proceder lesivo, para configurar acoso laboral, requiere la concurrencia de dos caracteres: a) una reiteración de episodios de hostilidad o maltrato durante un prolongado lapso, toda vez que sucesos aislados en el establecimiento derivado del mal humor o nerviosismo de una persona hacia otra no conforma el instituto que aquí interesa; y b) una manifiesta intención del acosador de menospreciar, perturbar, o disminuir a la víctima con la finalidad de alejarla del empleo o del sector donde trabaja o para que acepte modificaciones "in pejus" de las condiciones contractuales, por lo que –concluye- la necesaria e imperiosa concurrencia de ambos elementos posibilita diferenciar el acoso laboral de otros episodios que suelen acaecer en el ámbito del trabajo y que no generan responsabilidad en tanto trasuntan discrepancias de los distintos sujetos que integran el personal del establecimiento (Stortini, Daniel, op. cit., p. 465).

De acuerdo a esta plataforma y con relación puntual a la casuística planteada en el caso sometido a juzgamiento, cabe entonces analizar en concreto si la actora ha acreditado los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción civil por Enfermedad Profesional provocada por mobbing que deduce, para lo cual resulta relevante y de vital importancia estar a las declaraciones testimoniales rendidas en autos.

Dentro de este plexo probatorio, deviene claro que de las testimoniales rendidas no surge en modo suficiente que hubiera existido un proceder sistemático y/o reiterado de mobbing por parte del Sr. Pablo Ramón Ferrando dirigido a provocar el desgaste psicológico y/o retiro forzado de la actora, cabiendo colegir que ninguno de los testigos manifiesta la percepción de un ambiente laboral hostil en el Sector, más allá de los roces

normales de toda relación laboral, o de razgos ariscos o malos modos en el comportamiento cotidiano o personalidad carente de empatía en alguno de los integrantes de la relación, no siendo suficientes para tener por acabadamente acreditado que hubiera existido con continuidad en el tiempo una persecución personal y/o una persistencia de conducta lesiva por parte del mismo, que hubiera estado directamente direccionada en perjuicio de la actora.

Lo precedentemente expuesto se conjuga a su vez con la circunstancia de que –tal declararan los testigos- tampoco se advierte que haya existido conducta persecutoria y/o abuso en el ejercicio del poder disciplinario por parte de un Superior Jerárquico.

En este mismo sentido y como cuestión de especial relevancia en el sub-lite, cabe colegir también que “No toda desavenencia profesional implica o da origen al acoso moral, cuya característica principal se asienta “en la repetición de actitudes, palabras, conductas que, tomadas por separado, pueden parecer anodinas, pero cuya repetición y sistematización las convierte en destructivas (Hirigoyen, Marie-France “El acoso moral en el trabajo” Trad. De Nuria Pujol i Valls. Paidós Ibérica SA 2001). Para que el concepto de “mobbing” tenga favorable recepción será necesario que la accionante alegue en forma circunstanciada -más allá de su percepción individual y subjetiva- hechos inobjetables que denoten que había sido pasible de violencia psicológica por parte de su superior y acreditase haber comunicado tal situación a los responsables de la demandada a fin de que intermediaran en la reparación del conflicto (art. 63 LCT). CNAT Sala IX Expte N° 2487/08 Sent. Def. N° 15.884 del 30/9/2009 « L. D., L. c/ Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido” (Fera - Balestrini).

Conforme la tesis expuesta, es dable agregar que la valoración supra desarrollada coincide con la Pericia Psiquiátrica rendida en la causa, donde el perito interviniente expuso que “En lo referente al posible maltrato laboral, cabe destacar que si bien la actora lo identifica como la etiología o fuente de sus padecimientos, a este perito no le consta objetivamente que el mismo haya existido o no, ello será el resultado de la prueba procesal, en todo caso de haber existido (reitero que no me consta en forma fehaciente y objetiva) el mismo pudo haber actuado como elemento con causal ya sea agravando o exacerbado el cuadro...”, asegurando que la causa del padecimiento de la actora tiene origen en el accidente in itinere sufrido.

Por su parte, el Dictamen de Comisión Medica N° 9 de fecha 05-07-2011 al realizar las consideraciones medico legales expresa: “...que la afiliada en el año 2002, sufrió importante accidente de tránsito, cuando se dirigía en moto y fue atropellada por un

automotor, que le produjo politraumatismos en el miembro inferior derecho...que posteriormente desarrolló un cuadro psiquiátrico de estrés postraumático con síntomas psicóticos...que le otorga por DEPRESION NEUROTICA GRADO III, el 35 % (treinta y cinco por ciento) de incapacidad según tabla...”, atribuyendo la responsabilidad por dicha incapacidad al accidente.

A tenor de lo señalado y estando basada la reclamación deducida en la normativa del derecho civil, resulta pertinente recordar que como acertadamente lo indica Zavala de González, cuando se reclama en base al derecho común, la prueba del hecho lesivo constituye uno de los extremos esenciales en todo juicio de daño, toda vez que la noción de daño resarcible se vincula precisamente con la existencia de un hecho lesivo que –además- debe ser su causa adecuada y resultar imputable al obrar antijurídico de otra persona, toda vez que ningún perjuicio se indemniza en el vacío, sino en vista de un concreto antecedente fáctico respecto del cual se investigan los presupuestos de resarcibilidad, por ejemplo: si el hecho ha lesionado un interés del actor, si es antijurídico, si su autor lo ejecutó culpablemente y si tiene idoneidad suficiente como para haber causado adecuadamente el daño (conf. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 3, p.138).

Conforme las consideraciones expuestas, resulta insoslayable que en el caso particular, incumbía a la actora haber acreditado debidamente los extremos que edifican la responsabilidad civil que atribuyera, todo ello en concordancia con la reiterada y unánime jurisprudencia que tiene dicho que: “Las partes deben aportar la prueba de sus afirmaciones, o en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés” (S.C.J.Bs.As, L-33.662) y que “Incumbe exclusivamente a cargo de la parte probar el hecho positivo esencial que invoca en su beneficio” (S.C.J.Bs.As., L-36.452, sent. 19-8-86), por lo cual la referida insuficiencia probatoria juega en contra de los intereses de la reclamante, toda vez que como bien lo explica BABIO en “Derecho Procesal del Trabajo”, pag. 76, “Siendo que el juez al dictar sentencia debe hacerlo de conformidad con lo alegado y probado por las partes (“sentencia debet esse conformis libello”, “Iudez indicare debet secundum allegata et probata”), resulta ser imperativo del propio interés de los litigantes la alegación (“carga de la afirmación”, “carga de la negación”) y posterior acreditación (“carga de la prueba”) en el curso del proceso, de los hechos controvertidos que resulten trascendentes al mismo; es decir de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos del derecho (art. 896

Cód. Civil), en que los contendientes sustentan sus pretensiones encontradas”.

En atención a estas premisas, de acuerdo al análisis de las circunstancias particulares del caso, de las pruebas rendidas y conforme todas las consideraciones precedentemente expuestas, considero que no habiendo probado acabadamente la actora los presupuestos necesarios para la procedencia de la responsabilidad civil del empleador, cabe rechazar el reclamo de resarcimiento por enfermedad profesional y por daño moral que dedujera por vía del derecho común.

En función de esto, se impone rechazar la demanda extra sistémica promovida por Miriam Adriana Quesada, con costas a su cargo.

b) Indemnización por cese vinculo laboral: en primer lugar, tengo que dejar sentado que no se encuentra controvertido entre las partes que la relación laboral se rigió por la Ley Contrato de Trabajo.

Por su parte, debemos decir que la LCT regula específicamente la extinción del contrato de trabajo por incapacidad física absoluta del trabajador. Como las prestaciones a cargo del dependiente, por su naturaleza, son de carácter personal e infungibles, el estado de incapacidad total torna materialmente imposible el cumplimiento de su débito, configurándose un caso de fuerza mayor que afecta al operario, y habilita a ambas partes a resolver el vínculo con invocación de justa causa, es decir que cualquiera de las partes interesadas puede decidir su extinción sin violar norma alguna.

Sin embargo, si durante la vigencia de la relación laboral se consolida jurídicamente un estado de incapacidad absoluta en la persona del trabajador, nace en cabeza propia el derecho a percibir de su empleador una prestación dineraria de monto equivalente a la indemnización por despido incausado, en el momento en que se extinga la relación. Así lo establecen los arts. 212 y 254 de la LCT.

En cuanto al concepto de incapacidad absoluta como señala la doctrina “...La LCT no la define, por lo que la ha dejado librada a la apreciación de los jueces. Algunos autores señalaron que tal concepto correspondía a una incapacidad total y permanente del 100%, similar a la requerida en su momento por el seguro de vida obligatorio para el pago del capital en caso de invalidez total. Empero, este criterio no fue mayormente acogido por la doctrina ni por la jurisprudencia. En efecto, por lo común se consideró que la noción de “incapacidad absoluta” del art. 212 de la LCT debía referirse más bien a la definida en el art. 33 de la Ley 18.037 (o actualmente, en el art. 48, Ley 24.241) para tener acceso al beneficio de la jubilación por invalidez. Es decir, la que produce en la capacidad laboral una disminución del 66% o más, que a tales efectos se considera

total es decir, absoluta- al menos en principio. Esta solución, sin embargo, no es pacífica. Registramos algunos fallos que señalan que la incapacidad absoluta a la que se refiere el art. 212 de la LCT implica la imposibilidad total para realizar cualquier tipo de tareas productivas en la empresa acordes con el estado de salud del trabajador, lo que ha llevado a denegar el beneficio, a pesar de haberse acreditado una incapacidad permanente mayor de las dos terceras partes, situación que en general la jurisprudencia equipara a la incapacidad absoluta. Ello es así porque el art. 11 de la LCT autoriza expresamente a referirse a leyes análogas, para resolver cuestiones que no disponen de una norma específica en el ámbito laboral. El criterio parece irreprochable, pues la normativa laboral y la de la seguridad social están tan interrelacionadas que no puede interpretarse cada una de ellas sin tener en cuenta la solución que la otra ofrece para el mismo caso, las que deben resultar siempre armoniosas". (Enrique Herrera y Héctor C. Guisado- Extinción de la relación de trabajo?, pág. 646 y sts, Edit. Astrea).

En el mismo sentido, el Dr. Mario Ackerman refiere que: "...El legislador no ha definido el concepto de incapacidad absoluta, y esto ha provocado distintas interpretaciones sobre el alcance de la expresión que, como es obvio, es el condicionante excluyente para la aplicación de la regla general y la consecuente exigibilidad de la indemnización, cuyo pago se impone al empleador en tal supuesto. La circunstancia de que en otros cuerpos normativos, tanto laborales como del ámbito de la seguridad social, se contemplen situaciones similares, podría sugerir y, de hecho, ha provocado la aplicación de la regla del artículo 11 de la misma LCT, en cuanto admite recurrir a las leyes análogas para dar contenido al presupuesto legal. Otra opción es la de diseñar un concepto autónomo, apelando para esto a la lógica de la propia norma en la interpretación que se haga de ella. Todos estos esfuerzos permiten su agrupación en tres grandes líneas interpretativas: a) Aplicación de la legislación sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. b) Aplicación de los criterios del régimen de jubilación y pensiones. c) Criterios autónomos. Lógicamente, la interpretación por la que se opte se proyecta necesariamente sobre la carga y el medio de prueba del presupuesto legal..." (Ley Contrato de Trabajo- Comentada, Tomo II pág. 852, Edit. Rubinzal Culzoni).

Teniendo en cuenta estas líneas interpretativas, cabe ingresar en el análisis de la primera cuestión planteada, esto es, si el dictamen de Comisión Médica que determina la incapacidad a los efectos previsionales, es suficiente para tener por acreditada la incapacidad absoluta prevista por el art. 212, párr. 4to LCT.

Debemos partir de la premisa que la incapacidad laboral tiene sus particularidades y así debe tenerse presente a la hora de su reclamación y prueba, como así también en su fijación, máxime que la norma legal no se sostiene en porcentajes.

En el caso de marras, la actora pretende acreditar la incapacidad absoluta que invoca para reclamar el art. 212 párr. 4º de la LCT, con el Dictamen de Comisión Médica efectuado en trámite de “Retiro por invalidez” en el marco de la Ley 24241, expedido en fecha 05-07-2011, en cuyas consideraciones médico previsionales dice: “...que del análisis de los datos obtenidos en el examen médico y estudios complementarios realizados a la afiliada QUEZADA MIRIAN ADRIANA se arriba al diagnóstico de DEPRESION NEUROTICA, REMPLAZO TOTAL DE CADERA DERECHA, INESTABILIDAD COMBINADA DE LA RODILLA DERECHA, CON HIPOTROFIA MUSCULAR, LESION DEL AQUILES DERECHO, OPERADO, LESION NERVIOSA DE CIATICO DERECHO...”, determinando una incapacidad a partir de las patologías evaluadas y ponderadas del 67,02 % por lo que considera que reúne las consideraciones exigidas por la normativa para acceder al beneficio de retiro transitorio por invalidez, conforme dichos de la actora en la demanda y Dictamen de la Comisión Médica N° 9 de fs. 314/318.”.

Se ha dicho que los parámetros para medir el estado de salud del trabajador a los fines de obtener la jubilación por invalidez no son los mismos que los que se tienen en cuenta para encuadrar la situación en el párrafo 4º del artículo 212 de la LCT.

Como señala el Dr. Ackerman en la obra citada- “...Con este marco normativo, la jurisprudencia precisó el concepto de invalidez desde lo que se calificó y describió como pérdida de capacidad o incapacidad de ganancia. Así, en la inteligencia de que la incapacidad total a efectos del otorgamiento de la jubilación por invalidez debía juzgarse con la amplitud de criterio con que deben interpretarse las leyes previsionales, pues en esta materia lo esencial es cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad, reiteradamente los tribunales interpretaron que no obstante que de la normativa previsional se desprende que uno de los requisitos para hacerse acreedor a la jubilación por invalidez es que la incapacidad del requirente debe alcanzar, por lo menos, un 66%, lo cierto es que la incapacidad dentro del ámbito previsional debe impedir la prestación de tareas de acuerdo con las condiciones personales del individuo y, también, conforme al contexto económico social que lo rodea, y actúa con relación a una concreta posibilidad de empleo; es decir que la incapacidad psicofísica debe ser valorada en forma específica con relación al interesado que la padece, tomando en consideración su

edad, profesión, posibilidades de reubicación en un mercado libre de trabajo, etcétera, circunstancias éstas que deben ponderarse adecuadamente para reputar como inválido o no a un individuo; es por ello que el porcentual del 66% o más, establecido para conceder el beneficio, sólo determina una pauta, no descartando por tanto aquellos supuestos en que, pese a que no se alcanza el mínimo determinado por la norma citada, puede considerarse al sujeto como inválido, en cuanto se encuentra imposibilitado para desempeñar su actividad habitual o sustituir ésta por otra compatible con sus aptitudes profesionales..." (CNAT, Sala VII, 28-12-82, D.T. 1983-436). Con este criterio, se consideró que la invalidez, a los efectos previsionales y en el marco de las leyes 18.037 y 18.038-, no depende sólo de los factores psicofísicos, sino de la totalidad de las condiciones que configuran su capacidad de ganancia o la posibilidad efectiva de cumplir la actividad habitual, y que la incapacidad psicofísica no debe ser valorada aisladamente sino como un elemento minimizante que, juntamente con las condiciones económico-sociales dentro de las cuales el individuo desempeña sus funciones, permite evaluar correctamente la capacidad de ganancia del sujeto..."-.

Por otra parte, el mencionado autor dice: "...La ley 24.241, en su artículo 168, derogó las leyes 18.037 y 18.038 y, en el diseño del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), presentó un régimen previsional público o de reparto- y otro de capitalización privado-. La ley 26.425, a su vez, en el año 2008, dispuso la unificación del SIJP en un régimen general público, denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). Entre las prestaciones del régimen previsional público o de reparto- del originario SIJP, el inciso c, del artículo 17 de la Ley 24.241 norma no modificada por la Ley 26.425- prevé el retiro por invalidez. Sin embargo, las normas de los cuatro primeros párrafos del artículo 27, que fijaban los criterios generales y se remitían a los requisitos establecidos en el régimen de capitalización para el otorgamiento de la prestación fueron observados, vetados, por el Poder Ejecutivo con el artículo 1º del decreto 2091 del 13 de octubre de 1993. No hay así, en el Título de la ley 24241, que regula el régimen previsional público, una regla que precise el concepto de invalidez y defina los requisitos para acceder a la prestación prevista para esta contingencia en el inciso c, del artículo 17 de aquella. Todo lo contrario ocurre en el Título III, que regulaba el régimen de capitalización, y en el que hasta podría llegar a reprocharse al legislador un exceso normativo. La ley 26425, que produjo la unificación en el SIPA, no derogó en forma expresa las reglas del Título III de la ley 24.241, lo que parece llevar a que las reglas actualmente aplicables a esta contingencia sean las establecidas en los

artículos 48 y siguientes de ésta. ...sobre la base de los preceptos de los artículos 33 de la ley 18.037 y 18.038 y 20 y 21 de la 18.038, en cuanto vinculaban la incapacitación total con las posibilidades de desempeñar cualquier actividad compatible con las aptitudes profesionales, la que debería ser valorada en función de la edad y especialización en la actividad específica y jerarquía profesional alcanzada, los tribunales diseñaron la noción de incapacidad de ganancia, que llevó a una valoración de circunstancias personales y ambientales que, en los hechos, amplió o restringió, según como se lo considere- las pautas fijadas para esas normas para valorar la posibilidad de sustituir la actividad habitual del afiliado. Y la pauta de referencia vuelve a aparecer en la identificación de la obligación principal impuesta al empleador en el primer párrafo del artículo 212 de la LCT, esto es, el deber de reasignar funciones al trabajador incapacitado en forma permanente sin disminuir su remuneración. Obligación ésta que, como quedó ya explicado, es una especificación del deber de ocupación reglado por el artículo 78 de la LCT, bien entendido que la reasignación de funciones impuestas por el primer párrafo del artículo 212 debe respetar las reglas de adecuación a la calificación o categoría profesional del trabajador fijadas por aquella norma. El otro límite que no puede ser superado por el empleador es el de la indemnidad material y moral del trabajador que surge del artículo 66 de la LCT. Estas pautas guardan una gran similitud con los conceptos desarrollados por la jurisprudencia previsional en torno de la posibilidad de reinserción laboral del afiliado sustituyendo su actividad habitual por otra compatible con sus aptitudes profesionales, pero valorando también las condiciones del ambiente económico-social en el cual se encuentra el sujeto y que obra con relación a una concreta posibilidad de empleo. Estas pautas guardan una gran similitud con los conceptos desarrollados por la jurisprudencia previsional en torno a la posibilidad de reinserción laboral del afiliado sustituyendo su actividad habitual por otra compatible con sus aptitudes profesionales, pero valorando también las condiciones del ambiente económico-social en el cual se encuentra el sujeto y que obra con relación a una concreta posibilidad de empleo. La vinculación con el ambiente económico social supone una obvia relación con el nivel de ingresos del afiliado y que, en el marco del artículo 212 de la LCT, aparece contemplado en el segundo segmento de la obligación impuesta en el primer párrafo bajo la forma de la garantía de la no disminución de la remuneración...”.

Vistos los criterios de evaluación de la invalidez o incapacidad en el sistema previsional, se ha dicho que los parámetros para medir el estado de salud del trabajador

a los fines de obtener la jubilación por invalidez no son los mismos que los que se tienen en cuenta para encuadrar la situación en el párrafo 4° del artículo 212 de la LCT. La idea que subyace en materia jubilatoria es que se trate de un impedimento que lo invalide para cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales; en cambio, en el supuesto del artículo 212 se da la posibilidad de que pueda a pesar de su invalidez, realizar tareas distintas a las que venía desarrollando.

Es decir, existe como previo a la ruptura de la relación laboral, que se agote la instancia de que pueda realizar otras tareas, aunque no sean compatibles con sus aptitudes profesionales, que esté en condiciones de hacer y sin disminución de su remuneración.

Es por tal motivo que la jurisprudencia ha dicho que debe ser tomada como una prueba más, ya que no hay que hacer una identificación absoluta entre la incapacidad del régimen jubilatorio y la del artículo 212 LCT. El otorgamiento de un beneficio jubilatorio por invalidez no opera como presunción legal.

La doctrina sostiene que para su acreditación serán útiles las pericias, certificados o dictámenes médicos; también serán elemento a considerar si obtuvo la jubilación por invalidez (coinciden Herrera, Grisolia, Ackerman, Favier entre otros).

A lo que agregan que en la determinación de la incapacidad a los fines previsionales no interviene el juez ni el empleador. En este sentido, cobra gran importancia la pericial que se haga en el expediente.

Como pauta a considerar para saber que estamos en presencia de una incapacidad absoluta, cabe rescatar la dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando dice: "... que existe incapacidad absoluta cuando la capacidad residual del trabajador no puede ser considerada una posibilidad seria para que ejerza un trabajo productivo en condiciones de competencia en el mercado de trabajo, sea en la actividad que desarrollaba o en otra distinta teniendo en cuenta las circunstancias de su edad y salud" (CSJN, 10-09-1991, D.T. 1992-881).

Focalizando en el caso de la actora tengo en cuenta ciertas particularidades que se dieron al momento de la extinción del vínculo, que resultan necesarias considerar a fin de dar solución al conflicto.

En primer lugar, cabe merituar el valor probatorio del Dictamen de Comisión Médica, cuyo contenido no ha sido desconocido por el empleador. Solo cuestiona su inoponibilidad por no haber intervenido en esas actuaciones. Lo cierto es que el trabajador en TCL de fecha 31-08-2011 pone en conocimiento del empleador que el organismo previsional dictaminó un 67,02% de incapacidad, reuniendo con ello las

condiciones para acceder al beneficio previsional RTI, y da por extinguido el vínculo laboral.

La demandada responde mediante CD 190529139 rechazando por no constarle el Dictamen de la Comisión Médica y la incapacidad que indica y, por consiguiente, que se encuentre incapacitada en forma absoluta, y que como consecuencia de ello, deba abonarle la indemnización prevista en los artículos 212/245 de la LCT.

Sin perjuicio de ello veamos los supuestos previstos por la norma, como describe claramente el doctrinario Mario Ackerman, en su comentario al art. 212, en “Ley de Contrato de Trabajo”, editorial Rubinzal Culzoni, pag. 809, en este sentido “...El complejo fáctico que hace exigible la obligación principal o, en su defecto, las prestaciones indemnizatorias, está integrado por cuatro elementos:

- Vigencia de la relación de trabajo (estaba vigente el vínculo, hasta su extinción mediante TCL del 31-08-2011).
- Incapacitación inculpable del trabajador (tal lo consignado en el Dictamen de Comisión Médica la actora padece DEPRESION NEUROTICA, REMPLAZO TOTAL DE CADERA DERECHA, INESTABILIDAD COMBINADA DE LA RODILLA DERECHA, CON HIPOTROFIA MUSCULAR, LESION DEL AQUILES DERRECHO, OPERADO, LESION NERVIOSA DE CIATICO DERECHO).
- Disminución permanente de la capacidad de trabajo (incapacidad otorgada mediante Dictamen del 67,02%, con licencia por enfermedad al momento del dictamen).
- Imposibilidad de ejecutar las tareas asignadas (no le fueron asignadas tareas acordadas sino que el demandado rechazó el Dictamen y la incapacidad absoluta).

Todos y cada uno de estos elementos configurativos de este supuesto de hecho complejo, han estado presentes en autos, tal como quedó demostrado.

Por lo que se concluye que: “...y aunque esto no está explicitado en la norma, la situación lleva necesariamente a la extinción de la relación de trabajo por imposibilidad de cumplimiento de su objeto...” (pag. 853, de la obra citada).

Entiendo que también yerra el empleador al afirmar que la carga de la prueba de la incapacidad, estaba solo en cabeza del trabajador, por cuanto considero que ello hace al interés de ambas partes de la vinculación laboral, en tanto, que la actora persiguió la acreditación efectiva de la misma, propiciando percibir la indemnización que de ella derivaba, y el empleador en su propio beneficio, y para negar la existencia de aquella, debió haber demostrado que no estaba encuadrado en los lineamientos del art. 212, inc. 4°, sencillamente haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 210 de la LCT y que

nunca efectivizó.

En este tipo de planteos, el interés y la consecuente carga- en la prueba del carácter absoluto de la incapacidad permanente-, según las circunstancias, puede estar tanto en cabeza del trabajador como del empleador. Como dice el Dr. Ackerman “El primero, por cierto, cuando pretenda acceder a la indemnización prevista en el cuarto párrafo del artículo 212 de la LCT. El segundo, por ejemplo, para exceptuarse de la obligación impuesta por el primer párrafo del artículo 212 aun al precio de tener que abonar la indemnización impuesta por el cuarto párrafo y quedar excluido así de la situación prevista en el tercero- lo que, cuando menos, lo liberaría del deber de abonar la indemnización sustitutiva del preaviso”.

La jurisprudencia ha dicho: “que la obtención por el trabajador del beneficio jubilatorio por invalidez genera una importante presunción a su favor, pero que puede ser enervada por prueba contraria” (CNAT, Sala V, 21-04-88, T.y S.S. 1988-740 Y 27-4-83, D.T. 1983-1975).

Como señala el Dr. Ackerman en la obra citada pág. 884- “En rigor, el otorgamiento del beneficio previsional por invalidez no podría operar como una presunción *iuris tantum*” por una cuestión básicamente conceptual, que es, incluso, independiente de la noción de incapacidad absoluta a la que se adhiera. En efecto, aun cuando se identifique el concepto de ésta con el presupuesto de hecho reclamado para el acceso al beneficio previsional lo que, como ha visto, en general no se ha admitido, no existe en la legislación nacional una norma que al otorgamiento de éste le asigne el valor de presunción legal para acreditar la configuración de aquélla. Y, sabido es, que sólo las presunciones legales sustanciales pueden tener efectos *iuris tantum* o *iuris et de iure*, según el caso. Distinto es el caso de las presunciones judiciales *u hominis*, que importan deducciones lógicas del juez, quien parte de un hecho conocido (indicio) y concluye en la existencia de otro hecho desconocido. En el ordenamiento jurídico nacional, éstas, para ser admitidas como medio de prueba, deben reunir, entre otros, los requisitos de gravedad, precisión y concordancia exigidos normalmente por los códigos de procedimiento por ejemplo, por el artículo 163, inc. 5º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

Volviendo a las actuaciones en la causa surge de la pericia médica de fs. 498/500 la ratificación del Dictamen de Comisión Médica de manera contundente y pone en evidencia la incapacidad absoluta, tanto es así, que el experto afirma “...es mi opinión y sujeta al mejor y más justo criterio de VS, que la actora padeció de un accidente de

tránsito, con una alta severidad traumática y con lesiones de importancia, que sin lugar a dudas produjeron en la misma un trastorno por estrés post traumático, cuadro este con una signo-sintomatología positiva para tal dolencia y que ameritó su tratamiento psicofarmacológico y tal como se encuentra acreditado en autos, cumpliendo ampliamente los criterio diagnósticos del DSM IVTR; la evolución del cuadro citado ha sido irregular, tórpida y a la fecha de este examen se constata que ha desarrollado un cuadro clínico compatible con un trastorno depresivo mayor severo, con síntomas psicóticos y con escasa respuesta al tratamiento instituido y mencionado anteriormente. Este cuadro a mi entender tiene su génesis en el accidente de tránsito de fecha 06 de noviembre del año 2002, el cual tuvo suficiente idoneidad lesiva como para provocar el cuadro psiquiátrico que padece actualmente la señora Mirian Adriana Quezada”.

En definitiva esto resulta ser más que un indicio para este votante, y estoy en condiciones de decir que en el caso opera como una presunción clara de la existencia de la incapacidad absoluta, resultando aplicable en el caso concreto la regla del inc. 5° del art. 163 del CPCC.

Por ello considero en este caso acreditada la incapacidad absoluta de la trabajadora conforme lo previsto por el art. 212 párr. 4to LCT, en función de las patologías severas, su edad, tratamiento crónico y el dictamen previsional de incapacidad.

En conclusión, de conformidad con todo lo narrado precedentemente, habiéndose acreditado en autos la incapacidad absoluta de la trabajadora y resultando aplicable el art. 212, 4° párrafo de la LCT -toda vez que dicha minusvalía se consolidó durante la vigencia de la relación laboral- corresponde hacer lugar a la indemnización reclamada con fundamento en dicha norma.

En lo referente al reclamo efectuado por la actora en cuanto a que por la negativa del empleador a darla de baja en el sistema de ANSES le hubiera causado la imposibilidad de percibir la jubilación por invalidez entre los meses de septiembre de 2011 y febrero 2012, queda claro que se reclama a la ex empleadora rubros propios de un subsistema de seguridad social.

Conforme se indicara la actora asegura que el empleador es responsable directo por la falta de liquidación de la jubilación por invalidez por no informar la baja de la actora del sistema previsional, hecho central impeditivo del acceso al beneficio.

Conforme surge del expediente administrativo acompañado por ANSES a fs. 201/285 por Resolución RSU-C00758/11 de fecha 19-08-2011, obrante a fs. 227/228, dicho organismo dispuso en el artículo segundo de su parte resolutive “Dejar establecido que

el goce del beneficio acordado por la presente resolución queda condicionado a la presentación por la titular de la Certificación de Servicios y CESE DEFINITIVO de su actividad laboral”.

Como ya expusiéramos, el 18-08-2011 la demandada envía telegrama a la actora informando que a partir de la fecha entra en reserva de puesto en los términos del art. 211 LCT (cnf. fs. 8).

Luego, el 31-08-2011 la actora remite telegrama a la demandada informando el cese de la relación laboral en los términos del art. 212-245 LCT (cnf. fs. 9).

Ante el tiempo transcurrido y la falta de baja por parte del demandado, con fecha 09-11-2011 envía nuevo TCL intimando efectuó el cese de la relación laboral desde la fecha en la cual recibió el telegrama donde se le notificaba la incapacidad total y definitiva que padecía (31-08-2011).

Como consecuencia de ello, el 24-11-2011 la demandada remite telegrama a la actora comunicando el cese de la relación laboral a partir de dicha fecha a fin de que pueda obtener su retiro por invalidez (cnf. fs. 252).

De conformidad con el relato formulado, no obstante el TCL remitido por la actora comunicando la baja por incapacidad definitiva permanente el 31-08-2011, la demandada recién el 24-11-2011 envió el telegrama comunicando la baja a partir de esa fecha, lo que claramente causó un perjuicio a la actora impidiéndole ingresar al sistema previsional por su exclusiva culpa.

No se puede obviar que las obligaciones patronales relativas al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, subsisten con la extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo (art. 57 LCT). En oportunidad de expedirse esta Cámara en septiembre de 2014 en autos "MORALES FERNANDO JESUS, MORALES MARCELO ADRIAN Y CORONEL DIEGO EDUARDO C/ SOTO WALTER Y SOTO GABRIEL S/ RECLAMO" se dijo, lo siguiente que comparto; "...Es obligación del empleador al momento del ingreso de todo trabajador notificarle dentro del término de 10 días hábiles de su ingreso las normas que rigen el régimen, entregando y conservando constancia fehaciente de dicha notificación, como asimismo entregarle para ser completada la Declaración Jurada de cargas de familia, conforme lo previsto por la Res.14/2002 de la Secretaría de Seguridad Social. A partir de ello, el trabajador deberá entregar, dentro de los plazos fijados por la norma según los casos de la contingencia cubierta, la documentación respaldatoria. En autos si bien no existe prueba

de que los empleadores hayan cumplido con las obligaciones señaladas... Cabe destacar, que en los casos en que el empleador no hubiera cumplido con la notificación y entrega de la declaración jurada correspondiente y se acredita en el juicio la contingencia social o carga de familia, corresponde que se lo condene a su pago, aun cuando no se pruebe que hubiera sido entregada oportunamente al empleador. En este sentido se ha expedido la jurisprudencia nacional, autos "Páez Miguel Angel c/ Klin Srv SRL s/despido", 15-11-07 y "Ramírez Walter Juan c/Automotores Western SRL y otros s/Despido" 21-5-09, de la Sala II CNAT, siguiendo la línea establecida en los Plenarios 146 y 197 de la CNAT.

Asimismo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro se ha expedido en la cuestión, en autos COLIMAN, MANUEL M. C/ ALARCÓN, MAURICIO Y/ U OTRO S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. N° 23928/09-STJ), del 10-12-2009, en los que resolviera que: "...la defensa planteada por el empleador - falta de acreditación de las cargas de familia- sólo puede prosperar si éste invoca y prueba el cumplimiento de la propia obligación de notificar al dependiente, dentro de los diez días hábiles del ingreso, su carga de presentar la declaración jurada y acreditar los vínculos que invoque (Res.14/02 Secretaría de Seguridad Social)...En mérito a ello, las asignaciones familiares deben abonarse siempre que se acredite su procedencia, y el empleador no puede excusarse en el incumplimiento del beneficiario, si no ha demostrado haber cumplido él con la carga de exigir la declaración jurada que le impone el sistema legal, máxime si no tiene registrado el vínculo, porque mal hubiera podido requerir el pago de la Anses respecto de una relación laboral que no realiza aportes".

Ergo, la analogía fáctica con la presente, donde queda claro que por motivos derivados de la responsabilidad patronal, la accionante se vio imposibilitada de acceder al beneficio jubilatorio, la solución ha de ser la misma, correspondiendo en consecuencia el pago de una multa equivalente a la mejor remuneración percibida por la actora por cada mes de demora imputable al demandado, esto es desde la extinción del vínculo laboral (31-08-2011) hasta la fecha de notificación del cese de la relación laboral por parte de la demandada (24-11-2011).

En cuanto al reclamo de horas extras impagas, observo que la accionante no acreditó en forma convincente y eficaz haber cumplido la jornada en exceso reclamada en la demanda. En efecto, la prueba testimonial no logró determinar la existencia de horas extras en forma habitual.

Ello aún considerando el criterio en el que se enroló este Tribunal a partir del precedente de autos: "GONZALEZ RIQUELME GUSTAVO ARIEL c/ CEDISUR S.A. s/ RECLAMO\" (Expte.Nº 2CT-20264-08, Sentencia del 11/2/2010), apartándose del criterio restrictivo de acreditación terminante y exhaustiva de la realización de la horas extras para, en cambio, decir que "...en materia de prueba de horas extraordinarias, su realización es un hecho no diferente de cualquier otro que deba ser acreditado cuando se encuentra controvertido, con lo que la exigencia extrema de precisión, concordancia, rigurosidad, asertividad, categoricidad o contundencia (todos términos utilizados por la posición mayoritaria) solo habrá de aplicarse cuando las circunstancias del caso (congruencia mediante) así lo impongan...", va de suyo que la carga de la prueba ante la negativa del empleador está en cabeza del trabajador, en virtud del principio procesal que la impone a quien invoca el hecho y no a quien lo niega. Asimismo entiendo que bastará con que la producida sea lo suficientemente convincente y eficaz sustentada en la razonabilidad y certeza, propia de otros temas ordinarios, y que, una vez acreditado el trabajo en tiempo superior a la jornada respectiva, podrá considerarse que el empleador tenía la obligación de asentar el exceso en el libro previsto por la ley 11544, oportunidad en que la eventual falta de exhibición puede generar una presunción acerca de la extensión del ya comprobado trabajo en tiempo suplementario.

En caso contrario, si no se prueba que hubo trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que el empleador hubiera debido registrar aquello que no ha existido, pues para que opere la presunción, se requiere la previa demostración del hecho que constituye su soporte...".

Mismo criterio seguiré en cuanto al reclamo de errónea registración de la fecha de ingreso donde también observo que la accionante no acreditó haber ingresado a trabajar para la demandada en fecha anterior a la registrada.

Por su parte, he de rechazar la multa reclamada por el art. 2 de la ley 25323, por las condiciones en que se sustanció el pleito y el carácter controvertido de las cuestiones debatidas, donde la accionada, aunque perdidosa, pudo creer que la relación laboral se encontraba extinta y ha ejercido válidamente su derecho de defensa sin incurrir en la reticencia mendaz al reconocimiento del derecho indemnizatorio que conforma el presupuesto de la sanción de conformidad con la doctrina expuesta por el Superior Tribunal de Justicia en autos "Téllez, María S. c/ Vía Bariloche S.A. s/ sumario s/ inaplicabilidad de ley" (Sentencia del 24/9/2013), en base a la cual este Tribunal ha resuelto en el mismo sentido en numerosas oportunidades.

III- LIQUIDACIÓN E INTERESES: A los fines de la liquidación voy a estar al importe del salario del mes de julio de 2011, que fue el que denunció la actora, y que surge de la certificación de servicios y remuneraciones de fs. 229/239, y fue reconocida por la demandada, esto es \$ 5.936. A la suma resultante se le agrega el interés devengado, lo que queda al siguiente tenor:

- Indemnización art. 212, 4º párrafo (\$ 5936 x 25 años)..... \$ 148.400.
- Intereses (31-08-2011 al 23/07/2021).....\$ 542.586,
- Total indem, art. 212 al 23/07/2021.....\$ 690.986,
- Multa salarios del 31/08/2011 al 24/11/2011.....\$ 16.819.
- Intereses al 23/07/2021.....\$ 60.165
- Total multa salarios.....\$ 76.984.
- Total indemnización y multa..... \$ 767.970.

Respecto a los intereses a aplicar, se computan los de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015. Aplicándose a partir del 25-11-2015 la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses conforme criterio sentado por el STJRN en la causa: "Jerez Fabián Armando c/ Municipalidad de San Antonio Oeste" (Expte. LS3-11-STJ2015), Sentencia del 24-11-2015 calculada hasta el 31-08-2015, y a partir del 01-09-2016 la misma tasa pero en operaciones de hasta 36 meses, conforme criterio fallado en "Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley", (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016. Y a partir del 01-08-2018 la tasa prevista en el fallo del STJRN en la causa: "Fleitas Lidia Beatriz c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley" (Expte. N° H-2RO-2082-L2015// 29826/18-STJ) Sentencia del 04-07-2018, en la que el Máximo Tribunal adopta con carácter de doctrina legal a partir del primer día del mes siguiente al dictado del fallo, la tasa establecida por dicha institución oficial para prestamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. Intereses que en este caso se calculan al 23/07/2021, aclarando que seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

IV- SITUACIÓN DE LA TERCERA CITADA LA SEGUNDA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A.: Rechazada la responsabilidad civil contra la demandada, corresponde extender ese entendimiento a la tercera citada, con costas a la

actora de acuerdo a los fundamentos expuestos supra y el principio objetivo de la derrota. (68 y ccdtes. del C.P.C.C.). El monto base sobre lo cual se regularán los honorarios de la apoderada y patrocinante de la aseguradora, será sobre los reclamos por la cual fue citada la tercera.

V- COSTAS JUDICIALES: Según propicio, nos encontramos en un caso con vencimiento parcial y mutuo, pues ambas partes resultan vencedora y derrotada en proporción al éxito obtenido, el función del cual se asignará el porcentaje de las costas que deberán soportar cada una. (Conf. art. 71 del CPCyC).

Por ello, corresponde establecer como monto base la suma por la que procede la demanda, más los intereses respectivos (\$ 767.970), a lo que le adicionaré la suma rechazada por la indemnización fundada en el derecho civil y mobbing daño moral y diferencias salariales-horas extras- (\$ 515,641), lo que configura el monto de la sentencia de \$ 1.286.611.- pues, el valor del litigio es único y debe considerarse no solo el importe de acogimiento favorable sino también el desestimado y ponderar la actividad profesional útil respecto de ambos, correspondiendo "...efectuar una sola regulación tomando como base de cálculo el valor total discutido en el litigio, distribuyéndose las costas de conformidad a lo establecido en el art. 71 CPCCm, según sea el éxito de las respectivas pretensiones o defensas...", conformándolo en el caso, con los intereses, en tanto ellos hubieran podido verosímelmente formado parte de la condena, las costas se imponen en un 65% a cargo de la demandada y un 35 % a cargo de la actora, siendo las costas de la citada como tercera LA SEGUNDA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. a cargo de la actora, aplicando a tal fin lo dispuesto por el STJRN en autos "MORETTE".

MI VOTO.

Las **Dras. María del Carmen Vicente y Gabriela Gadano**, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la CAMARA SEGUNDA DE TRABAJO DE LA 2DA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, con asiento en esta ciudad;

RESUELVE: I.- RECHAZAR la pretensión de responsabilidad civil- daño moral - mobbing, deducida por la actora contra Pablo Ramón Ferrando, conforme se da cuenta en los Considerandos.

II.- HACER LUGAR a la demanda instaurada por la actora QUEZADA MIRIAN ADRIANA contra el demandado FERRANDO PABLO RAMON y en consecuencia, condenando a ésta a pagar en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de PESOS

SETECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA (\$ 767.970) Indemnización art. 212, 4° párrafo LCT y multa- salarios del 29/08/2011 al 24/11/2011, importe que incluye intereses judiciales detallados supra calculados al 23/07/2021, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos.

III.-EXIMIR de toda responsabilidad a la tercera citada LA SEGUNDA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. en lo que respecta a las presentes actuaciones, por los motivos expuestos en los considerandos, con costas a la actora.

IV.- IMPONER las costas en un 65 % a cargo de la demandada y un 35 % a cargo de la actora, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Juan Francisco Alberdi y Fernando Fontan, en el doble carácter de letrado apoderado y patrocinante del actor, en forma conjunta y por las dos etapas del proceso, en la suma de \$ 252.176 (MB: \$ 1.286.611 x 14% + 40%); los de los Dres. Adolfo Orlando Bonacchi, Justo Emilio Epifanio y Joaquín Nicolás Garro patrocinantes del demandado, en forma conjunta, en la suma de \$167.259 (MB: \$ 1.286.611 x 13 %) y los de la Dra. Marcela Adriana Saitta, en el doble carácter por la tercera citada en garantía LA SEGUNDA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A., por las dos etapas del proceso, en la suma de \$ 94.009 (MB: \$ 479.641 x 14% + 40%); todo de conformidad con las disposiciones de los arts. 6, 7, 8, 10, 11, 12, 20, 38, 40 y ccdtes. de la Ley de Aranceles y con consideración del importe pecuniario del proceso, importancia, calidad y extensión de los trabajos realizados. Asimismo regúlense los honorarios del Perito Médico Dr. Daniel Ambroggio, en la suma de \$ 64.331.- (MB: \$ 1.286,611. x 5%) (conforme arts. 1, 2, 4, 5, 18, 20 y cctes. de la Ley 5069 y Acordada 9/84 del STJ). Se deja constancia que tales importes no incluyen el porcentaje correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que, de corresponder, deberán los profesionales dar cumplimiento con las disposiciones de la Resolución General AFIP N° 699/99.

V.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

VI.- Oportunamente, firme que se encuentre la presente, por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de depósito bancario, conforme Ley 2716 y Acordadas del STJ 17/2014 y 18/2014, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal..

VII.- Líbrese oficio al Banco Patagonia S.A. a efectos de que proceda a abrir una cuenta judicial a nombre de estos autos y a la orden del Tribunal, informando en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibido el oficio, y al e-mail oficial de este Tribunal camlabroca-s2@jusrionegro.gov.ar, el número de CBU de la cuenta. Cúmplase por Secretaría mediante oficio en formato PDF, con firma digital.- Hágase saber a la parte que una vez subido al sistema de gestión PUMA el oficio deberá ser diligenciado por la parte interesada, el asunto deberá decir: "Apertura" - Autos - "Urgente", debiendo enviarlo a la siguiente casilla de correo electrónico: DepositosJudiciales2dajurisdccion@bancopatagonia.com.ar.-

VIII.- Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DR. EDGARDO JUAN ALBRIEU

-Juez-

DRA.MARÍA DEL CARMEN VICENTE

-Jueza-

DRA.GABRIELA GADANO

-Jueza-

CERTIFICO: que el Dr. Edgardo Juan Albrieu se encuentra imposibilitado de firmar digitalmente la presente en el nuevo sistema de gestión judicial PUMA (cfr. Ac. 01/2021 STJ), sin perjuicio de haber participado del Acuerdo, tal lo certificado por esta Actuaría. SECRETARÍA, 26 de julio de 2021.

Dra. María Magdalena Tartaglia

-Secretaria-