

En la ciudad de Lanús, a los cinco días del mes de junio del año dos mil dieciocho, reunidos en el Tribunal del Trabajo n° 2 de Lanús, los señores Jueces que lo integran, Dres. Miguel Angel Diaz Casas, Luis Alberto Gomez y Marina Leticia Lopez Bellot, a fin de pronunciar veredicto en los autos: “R. S. G. C/HOJALMAR S.A. Y OTROS S/DESPIDO Y DAÑOS PERJUICIOS” – Expte. N° 11.570”, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 incs. d) y e) de la ley 11.653, resolviendo plantear y votar por separado, previo sorteo en este orden: Dr. Luis Alberto Gomez, Dr. Miguel Angel Díaz Casas y Dr. Marina Leticia Lopez Bellot, las siguientes:

CUESTIONES DE HECHO

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Cuáles fueron las modalidades de la relación laboral, fecha de ingreso, y mayor salario percibido?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Existió el intercambio telegráfico relatado en la demanda?

TERCERA CUESTIÓN: ¿Cómo se disolvió el vínculo laboral?

CUARTA CUESTIÓN: ¿Corresponde el pago de las acreencias salariales peticionadas? ¿En tal caso surgen abonadas?

QUINTA CUESTION: ¿Reclamo la parte actora en la presente litis por la entrega del certificado de trabajo que prescribe el art. 80 de la L.C.T.? ¿Resulta procedente la consignación efectuada por Hojalmar S.A. respecto de la certificación de servicios?

SEXTA CUESTIÓN: ¿Surge probado y acreditado que la actora durante el trascurso del vínculo de trabajo se encontraba embarazada? ¿En tal caso la empleadora codemandada tuvo conocimiento idóneo de ello?

SEPTIMA CUESTIÓN: ¿Se acredita que la actora sufriera la interrupción del embarazo denunciado? ¿En ese caso y a consecuencia del aborto padecido, la accionante presenta algún tipo de incapacidad?

OCTAVA CUESTIÓN: ¿Surge probado y acreditado que las tareas impuestas a la actora y el modo de ser cumplidas durante el tiempo de su gestación desde el inicio del contrato de trabajo con Hojalmar S.A., fueron determinantes del aborto sufrido del hijo por nacer? ¿En ese caso que medidas de prevención habrían adoptado la empleadora de la accionante y la A.R.T. codemandada?

NOVENA CUESTIÓN: ¿Operó la prescripción de la acción intentada por la accionante?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

De los escritos constitutivos del proceso: esto es demanda y contestación de la acción de la codemandada Hojalmar S.A., e informe pericial contable de fjs. 287/296 surge acreditado que la actora se desempeñó a órdenes y dependencia de la coaccionada en su establecimiento de la calle Blanco Encalada 2939 de Lanús, habiendo ingresado a trabajar en fecha 3 de junio de 2010, mediante la celebración de un contrato a plazo fijo, cuyo vencimiento operaría en fecha 1° de septiembre de 2010, de acuerdo al instrumento acompañado por Hojalmar S.A. junto con la contestación, y que obra a fjs. 109, y que fuera reconocido en su autenticidad por la

accionante en el segundo traslado (ver fjs. 134/135, pero cuestionado en su contenido, por entender que se abusó de dicha figura jurídica, pues sostuvo que mediante la vía del fraude se utilizaba ese tipo de contratación para mantener empleados por tres meses y luego despedirlos y así sustraerse de las obligaciones que debe tener todo empleador frente a un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Frente a este interrogante, quedaba en cabeza de la empleadora codemandada, demostrar que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, justificaban la celebración de este tipo de modalidad de contratación a término hecha con R. Pues bien, Hojalmar S.A., ningún tipo de prueba acompañó al proceso como correspondía a su carga (conf. Art. 375 del CPCC.).

De esta forma concluyo que el contrato de trabajo que unió a R. S. G. con Hojalmar S.A., desde el 3 de junio de 2010 y hasta el 1° de septiembre de 2010, lo fue de carácter permanente y de tiempo indeterminado.

En cuanto a las tareas cumplidas por R. durante este lapso y a órdenes de Hojalmar S.A., si bien esta la categorizó como operaria calificada según consta en los recibos de pago de haberes acompañados a fjs. 18/24 (no negados en su autenticidad en el responde), considero probado y acreditado que las tareas cumplidas por la accionante han sido de manera cotidiana y habitual, muy variadas, y de acuerdo describiera dicha parte en su libelo de acción, ello conforme al testimonio rendido por las testigos propuestas por la actora en el acto de vista de la causa de fjs. 460/461, señoras NADIA SOLEDAD GARCIA, LAURA ROSALIA ACUÑA TORRES y CINTIA YESICA SOSA, y el recibido por el propuesto por la codemandada HOJALMAR S.A., señor VICTOR HUGO ESQUIVEL en la continuatoria de fjs. 470/471.

En efecto las tres testigos han sido dependientes de Hojalmar S.A., en el tiempo que lo ha hecho la actora, y así las ha reconocido como tal el testigo propuesto por la codemandada Hojalmar S.A., señor Victor Hugo Esquivel, Supervisor de dicho establecimiento, a la actualidad, y que también lo hizo en esa función, en el lapso que laboro R., en iguales funciones y turno que esta última.

García, Acuña Torres y Sosa, de manera coincidente, veraz y objetiva, explicitaron que las tareas que cumplía R. era la de empaque de galletitas en una cinta transportadora, labores que las testigos también desarrollaban, indicado que tanto ellas como la actora, esa función la tenían que cumplir en posición de parado, sin permitírsele hacerlo de manera sentada en momento alguno.

García, Acuña Torres y Sosa, también de manera coincidente, objetiva y veraz, declararon que cuando no empaquetaban, tanto ellas como R., de manera periódica, permanente y habitual, se les ordenaba levantar, ordenar y acomodar cajas de galletitas de distinto peso, como así también barrer y baldear los sectores de la fábrica, donde se ubicaban las maquinas, el patio y los baños. También indicaron que ellas y R., de manera cotidiana, periódica y habitualmente, también se les ordenaba limpiar todas las maquinas, función para la cual, para la limpieza de todas ellas, por medio de una escalera debían subirse a las máquinas para llegar a lugares de difícil acceso de ellas, para realizar su aseo, lo cual para la labor encomendada tanto las

testigos como R., debían realizar distintos esfuerzos fuera de lo común, adoptando posturas ergonómicas antialgicas y de importante esfuerzo físico.

El testigo propuesto por la codemandada Hojalmar S.A., Sr. Victor Hugo Esquivel, quien declaró haber sido supervisor en el turno cuando lo ha hecho la actora, prosiguiendo hoy su vínculo laboral en el mismo cargo, ratifico con su testimonio las funciones que cumplían las testigos Garcia, Acuña Torres y Sosa, como así también la actora R., y en los modos y forma descripta. Este testigo agregó que la Supervisora de R. y de las testigos Garcia y Acuña Torres en el turno noche respectivamente, ha sido Elisa Elsa Escobar, situación confirmada por las testigos propuestas por la accionante. También agrego Esquivel que en cada turno laboraban entre 30 a 40 personas, en general mujeres.

La codemandada Hojalmar S.A., en su responde también ratifico los dichos de las testigos y de la propia actora, al señalar que “.periódicamente colaboran en la limpieza del sector y la máquina.” (sic) (ver fjs. 124).

Descartó desde ya el testimonio brindado por ELISA ELSA ESCOBAR (testigo propuesto por Hojalmar S.A., quien manifestó ser Supervisora), por lo altamente contradictorio y carente de total veracidad, con el que ha brindado Esquivel, Supervisor también de dicha firma, y el brindado por las restantes testigos.

De esta manera, y conforme a lo expuesto precedentemente, tengo por acreditada las tareas cumplidas por R. para con Hojalmar S.A., según lo descripto por la trabajadora accionante en el libelo de acción y lo narrado por los testigos Nadia Soledad Garcia, Laura Rosalia Acuña Torres, Cintia Yesica Sosa y Victor Hugo Esquivel en el acto de vista de la causa de fjs. 460 y 470, respectivamente, y el propio reconocimiento que hace la codemandada empleadora en fjs. 124, la que de modo alguno responde para encasillarlas en un contrato de trabajo a plazo fijo, como lo pretende la empleadora codemandada, sino que son de carácter permanente, de modo normal y habitual y con vocación de permanencia.

En cuanto al horario de trabajo cumplido por R., me estaré al que surge del testimonio brindado por las testigos Garcia, Acuña Torres, Sosa y del propio Esquivel, en cuanto a que la jornada de labor desarrollada por la actora era nocturno y que se desarrollaba de 2230 a 630 horas, diariamente desde el día domingo y hasta el sábado a la mañana. Consta según informe pericial de fjs. 287/296 que la accionante cumplía horas extras, las cuales eran abonadas (ver fjs. 292).

En cuanto al mejor salario percibido por la actora, me estaré a lo que surge del informe pericial contable de fjs. 287/296, el que asciende a \$ 3.479,94 mensuales, correspondiente al mes de julio de 2010, mientras que el ingreso base mensual alcanza al importe de \$ 3.477,46.

| También y de acuerdo al informe pericial contable ut supra en coincidencia con los recibos de pago de haberes acompañados, surge acreditado, que en la segunda quincena de junio de 2010 se le han liquidado 16 horas por licencia por enfermedad, mientras que en la segunda quincena de agosto del mismo año, se le han liquidado 54,50 horas también por licencia por enfermedad.

Se acredito de acuerdo al informe pericial contable de fjs.287/296, que “.entre la empleadora nombrada y la aseguradora examinada suscribieron el contrato de afiliación n° 48357, celebrado el 01/02/2001 y con vigencia hasta el 30/09/2011, hallándose el accidente de trabajo denunciado con fecha 26/08/2010 comprendido dentro de la vigencia mencionada.” (sic), indicándose que por medio de dicho contrato las partes se sometieron a la normado por la Ley 24557.

Del mismo informe surge que Liberty A.R.T. S.A., cambió su denominación por Swiss Medical A.R.T. S.A., habiéndose inscripto dicho cambio en la Inspección General de Justicia con el número de trámite 2.876.152 y conforme a la Resolución de la SSN n° 37103/2013.

Quedo también acreditado de acuerdo a la carta de poder acompañada a fjs. 442 que la fecha de nacimiento de la actora sucedió el 8 de enero de 1990.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Díaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

Con el informe producido por el Correo Argentino a fjs. 235, tengo por acreditada la existencia, autenticidad, contenido, remisión y recepción del intercambio cablegráfico presentado con la demanda, y que luce agregado a fjs. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr.Luis Alberto Gomez dijo:

Queda ahora por determinar la forma en que se produce la ruptura del vínculo laboral.

Como se indicara al votar la primera cuestión del veredicto, la contratación de la actora que hizo su empleadora Hojalmar S.A., lo fue mediante la celebración de un contrato a plazo fijo, con vigencia a partir del 3 de junio de 2010 y con vencimiento el 1° de septiembre de 2010 (ver instrumento de fjs. 109).

Cuestionado por la actora ese tipo de contratación utilizada por la empleadora codemandada, por entender que constituía un fraude y un abuso de derecho la modalidad de esta contratación utilizada, quedaba en cabeza de esta última, demostrar que las modalidades de las tareas o de la actividad razonablemente apreciadas, justificaban la celebración de este tipo de modalidad de contratación a término hecha con R. Pues bien, y como se votara en dicha cuestión, Hojalmar S.A. no acompañó al proceso prueba alguna para pretender validar esa modalidad de contratación instrumentada (art. 375 del CPCC.) (primera cuestión del veredicto).

De ahí que el preaviso que Hojalmar S.A. pretendió otorgar para consumir la finalización del contrato a plazo fijo en fecha 1° de septiembre de 2010, ello de acuerdo la C.D. de fecha 5 de

agosto de 2010 (ver fjs. 16) que remitiera a la accionante, y que esta respondiera y cuestionara mediante el curso de la C.D. de fecha 31 de agosto de 2010 (ver fjs. 11) (segunda cuestión del veredicto), además de ser insuficiente el plazo del preaviso allí concedido, carece de total validez jurídica para hacerlo valer como tal, en atención a que no se acreditó las razones que motivaron la celebración de un contrato de trabajo a término, al que se lo tuvo como de carácter permanente e indeterminado (primera cuestión del veredicto), de ahí que la comunicación hecha por Hojalmar S.A. a R. mediante C.D. de fecha 5 de agosto de 2010 (ver fjs.16), sólo se entenderá como comunicación del despido directo que se efectuó en dicha fecha, y sin justa causa, y que se consumara el día 1° de septiembre de 2010 (primera cuestión del veredicto e informe pericial contable de fjs. 287/296 – ver fjs. 291 vuelta – punto c), sin que conste retractación de la extinción del contrato de trabajo por parte de la empleadora codemandada, siendo que frente a la misiva que dirigiera la actora a su empleadora el 31 de agosto de 2010 y el 10 de septiembre de 2010, en las que de su tenor se aprecia por las circunstancias allí narradas y que serán de tratamiento en las cuestiones posteriores, la necesidad de proseguir con la continuación del vínculo laboral (primera y segunda cuestión del veredicto).

Conforme a lo expuesto tengo por acreditado que la extinción del contrato de trabajo la dispuso la empleadora codemandada mediante despido directo sin justa causa mediante la comunicación que hizo a R. el día 5 de agosto de 2010 (ver C.D. de fjs. 16), y que se consumara el día 1° de septiembre de 2010.

Por otra parte, del propio contrato a plazo fijo suscripto -el cual no se acreditó los motivos para su celebración y se lo ha tenido como un contrato de trabajo por tiempo indeterminado-, de dicho instrumento, no surge acreditado comunicación de preaviso de ningún tipo (ver fjs. 16), y por otra parte el preaviso que se pretende otorgar por la C.D. de fecha 5 de agosto de 2010, que como dijera en párrafo precedente, carece de total validez jurídica como tal, para consumir un preaviso de un contrato a término que no se justificaron las razones para su celebración. Además se observa que dicha comunicación fue realizada el 5 de agosto de 2010 (ver fjs.16), llegando a la esfera de conocimiento de la trabajadora el 11 de agosto de 2010, para pretender hacer cesar el vínculo de trabajo el 1 de septiembre de 2010 con un presunto preaviso, no sólo carente de validez jurídica como tal, sino que además, como se aprecia de su tenor, fue mal concedido, de ahí que entendiéndose por tanto que se consideran adeudados la indemnización sustitutiva del preaviso en el plazo de un mes y la integración del mes de despido correspondiente al mes de septiembre de 2010, con más la incidencia del S.A.C. en cada uno de ellos, toda vez que el contrato de trabajo que unió a la trabajadora con Hojalmar S.A. desde el 3 de junio de 2010 al 1° de septiembre de 2010, fue de carácter permanente e indeterminado (primera cuestión del veredicto), no encontrándose en periodo de prueba.

Ambos rubros fueron objeto de intimación a su empleadora mediante el curso de la C.D. de fecha 13 de septiembre de 2010 y 17 de septiembre de 2010 (ver fjs. 7 y 9), sin que existan constancias en autos en cuanto a que la indemnización sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido con más la incidencia del S.A.C. en ambos rubros, hubieran sido abonadas, obligando a la accionante a perseguir su cobro por esta vía jurisdiccional.

Respecto de la petición de cobro de la indemnización por antigüedad más incidencia del S.A.C., ello será resuelto en la definitiva, no obstante y conforme se dispusiera en la primera cuestión y precedentemente, la actora no alcanzo más de 3 (tres) meses de antigüedad en el empleo.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA CUARTA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

La parte actora en el capítulo de la liquidación, y sin más especificaciones, reclama el cobro del S.A.C. proporcional 2do. Semestre del año 2010 como así también las Vacaciones Proporcionales del mismo año, sin embargo y conforme la propia instrumental que acompaña R. junto con el libelo de acción, esto es recibo de pago de haberes obrante a fjs. 18, ambos rubros consta que han sido abonados: S.A.C. proporcional: \$ 608,99 y Vacaciones no gozadas: \$ 487,19.

Lo expuesto se encuentra corroborado con el informe pericial contable de fjs. 287/296 (ver anexo de fjs. 287 columna 6 y 8 y fjs. 292).

De ahí que no surgiendo del libelo de acción ninguna otra especificación o aclaración, considero cancelados y abonados los rubros pretendidos.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dr. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA QUINTA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

No surge acreditado que en la presente litis la actora reclamara por la entrega del certificado de trabajo que prescribe el art. 80 de la L.C.T.

Sólo ello fue objeto de petición en el intercambio cablegráfico habido (ver segunda cuestión del veredicto), pero ello no fue plasmado en la acción incoada.

No obstante lo expuesto, y frente a la consignación deducida por la empleadora codemandada de la certificación de servicios y remuneraciones que efectúa con la contestación de la demanda y que agrega a fjs. 113/115, no surge cumplida la exigencia que marca el art. 80 de la L.C.T., en cuanto hace a la entrega del certificado de trabajo y de aportes que regula dicha norma, instrumento que no consta que hubiera sido objeto de entrega, y menos aún de consignación en autos.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA SEXTA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

A los fines de responder acerca si surge probado y acreditado que la actora durante el transcurso del vínculo de trabajo mantenido con Hojalmar S.A., se encontraba embarazada y de que tiempo, al respecto y para dilucidar ello tomare el claro informe que produce en autos la Obra Social del Personal Municipal de Avellaneda que luce agregado a fjs. 256 a 263 inclusive, en el que junto con él, acompaña copia fiel del historial clínico de la actora, entre ellos el informe del servicio de obstetricia de fjs. 257 que certifica en su autenticidad, el acompañado por la parte actora con el libelo de acción, y que surge agregado a fjs. 37, informe el cual no fuera objetado en los términos que dispone el art. 401 del CPCC.

Este documento -me refiero al informe del servicio de obstetricia- en consonancia con lo que surge del historial clínico acompañado (ver fjs. 256 vuelta y 258: informes médicos del 25/03/10; 6/05/10, 3/06/10, 24/06/10 y 22/07/10, revela que la actora se encontraba embarazada durante el vínculo de trabajo habido con Hojalmar S.A.

Precisamente el informe de fjs. 37 y constancia médica de fjs. 30 -al cual tengo por auténtico- pues se encuentra vinculada con el documento de fjs. 37, 257 e historial clínico (ver fjs. 256 vuelta y 258), revela que el estado de gestación de la actora del hijo por nacer, se inició el 8 de marzo de 2010, estableciéndose en dichas constancias médicas, como fecha presunta de parto el día 14 de diciembre de 2010.

De esta forma, al inicio de su vínculo de trabajo con Hojalmar S.A., esto es al 3 de junio de 2010 (primera cuestión del veredicto), tengo por acreditado que R. ya se encontraba embarazada, y que el tiempo de gestación que llevaba a ese momento teniendo en consideración las constancias médicas precedentemente enunciadas (informe de fjs. 37, constancia médica de fjs. 30, informe de fjs. 256 vuelta y 257), era de 2 (dos) meses y 25 (veinticinco) días, y mientras proseguía el vínculo laboral, y según revela el historial clínico de fjs. 256 vuelta y 258, al 24 de junio de 2010 el embarazo de la accionante era de 15 (quince) semanas y 2 (dos) días de gestación; al 22 de julio de 2010, el tiempo de gestación del embarazo de R. era de 19 (diecinueve) semanas y dos días.

El embarazo de R. se mantendrá hasta el día 26 de agosto de 2010, en que como se tratara en la próxima cuestión, sufrirá un aborto del hijo por nacer, en las circunstancias, modo y lugar que se explicitara en dicha cuestión.

Por su parte se probó conforme se resolviera en la tercera cuestión del veredicto, que la extinción del contrato de trabajo, lo fue en los términos de un despido sin justa causa, que fue comunicado el día 5 de agosto de 2010, para consumarse el día 1° de septiembre de 2010.

Respecto al segundo interrogante de esta cuestión, acerca si la empleadora tenía conocimiento idóneo del embarazo de la actora, adelanto mi opinión por la afirmativa.

Me explico:

Como señalara en la primera cuestión del veredicto, las testigos que declararon en el acto de vista de la causa de fjs. 460/461: Nadia Soledad Garcia, Laura Rosalía Acuña Torres y Cintia Yesica Sosa, todas ellas tenían pleno e idóneo conocimiento del embarazo de R. desde el inicio del vínculo de trabajo con su empleadora Hojalmar S.A.- En efecto, las nombradas han sido

compañeras de trabajo de la accionante en el tiempo de trabajo en que lo hizo la propia R., y desarrollando las mismas tareas que esta última.

Ahora bien, las testigos Garcia y Acuña Torres, declararon haber trabajado para Hojalmar S.A., en horario nocturno, haciéndolo junto con la accionante R. en ese mismo turno, y si bien la testigo Sosa, manifestó haberlo hecho en horario diurno, habitualmente se encontraba con la actora o cuando finalizaba su turno, o cuando R. proseguía en el siguiente turno, realizando horas extras, circunstancia en que trabajaban juntas (primera cuestión del veredicto).

Los recibos de sueldos acompañados por la accionante con el libelo de acción, obrante a fjs. 19, 21, 22, 23, 24 y 25 y que no fueron negados en su autenticidad revelan el cumplimiento de horas extras por parte de R.

Las tres testigos de manera coincidente, veraz y objetiva manifestaron tener conocimiento y haber visto que la actora se encontraba embarazada, incluso cuando ya ingreso a trabajar con Hojalmar S.A.

Veamos, porque:

En efecto la testigo Sosa declaró que previo a ingresar a trabajar a Hojalmar S.A., la empresa la envió a la Clínica Velez Sarsfield a hacer el examen preocupacional. Que recuerda que esto fue en el mes de abril del año 2010, y que en dicha clínica, cuando fue a hacer el examen, conoció a R., quien también le manifestó que se encontraba por el mismo motivo para lo cual la había enviado Hojalmar S.A.

Sosa indicó que recuerda que en el instante que quien parecía un médico de la clínica nos convoca para comenzar el examen preocupacional, y estando junto a R., escucho que ella le indicó al facultativo que se encontraba embarazada y que no podían efectuarle radiografías, extrayendo de su bolso un papel, que la testigo manifestó que alcanzo a ver y que se trataba o de una ecografía o de un certificado médico en el que constaba que R. se encontraba embarazada, con el cual justifico y notifico su embarazo y la imposibilidad de realizar la radiografía, constancia la que R. se la entregó a quien las atendiera por la clínica, de acuerdo relato la testigo.

Al respecto de lo expuesto precedentemente, consta a fjs. 285/286 informe de la Clínica Velez Sarsfield S.A., la realización de examen preocupacional efectuado a la actora el día 26 de abril de 2010, sin que se haya remitido el resultado de los exámenes de rutina en este tipo, tales como de sangre y orina entre otros como lo indica la Resolución SRT.37/10 Anexo I, que de acuerdo al listado de los exámenes y análisis complementarios generales que deben realizarse, se presupone que el servicio médico de la empleadora se anotició del embarazo que estaba gestando la actora, y que así entiendo debió hacer conocer a su cliente, en este caso Hojalmar S.A.

Cierto es también que como lo indicara el testigo propuesto por Hojalmar S.A., Victor Hugo Esquivel, Supervisor, manifestó que la citada clínica en el lapso que laboró R., era la que hacía de servicio de medicina laboral externo de Hojalmar S.A., controlando el ausentismo, haciendo los preocupacionales entre otros, según declaró.

Por su parte las testigos García y Acuña Torres al poco tiempo que ingresaron a trabajar a Hojalmar S.A., manifestaron de manera coincidente, que promediando el mes de Junio de 2010, cuando se encontraban trabajando junto con R., haciendo limpieza de máquinas y baldeando, recuerdan que ella se descompuso, y que la acompañaron al baño, luego de insistentes pedidos a la Supervisora Elisa Elsa Escobar, dado que se negaba, y que decía que la actora -según relataron y escucharon las dos testigos- “solo estaba embarazada y no enferma”, y que siguiera trabajando -de las propias palabras de la supervisora Escobar, las testigos García y Acuña Torres se enteraron del embarazo de la accionante-, es así que García discutió con la supervisora, y definitivamente les permitió acompañar al baño a la R., ingresando junto con ella, las testigos citadas, y ahí comprobaron -según expusieron coincidentemente García y Acuña Torres-, que R. tenía pérdidas del embarazo que llevaba, de ahí que solicitaron que se la autorizara a retirarse para que sea atendida medicamente. Es así que ambas testigos indicaron que luego de ese episodio, R. se ausentó de su trabajo por enfermedad consecuencia de las pérdidas que tenía de su embarazo, según el relato de las testimoniadas.

Lo expuesto precedentemente por las testigos citadas en la última parte del párrafo precedente, guarda coincidencia con la instrumental presentada por la accionante junto con su demanda, me refiero a los recibos de pago de haberes, y en especial el que obra agregado a fjs. 22, correspondiente a la segunda quincena de junio de 2010, donde en el ítem 1 – 0200 figura abonado por Hojalmar S.A. a R. la suma de \$ 222,08 por licencia por enfermedad, aspecto que se encuentra corroborado con el informe pericial contable de fjs. 287/297 en que el experto indica que por la segunda quincena de junio de 2010 se abonaron 16 horas por enfermedad (ver fjs. 294 vuelta) (primera cuestión del veredicto).

A su vez las testigos García y Acuña Torres precisaron que la Supervisora de ellas y de R. en el turno noche, era Elisa Elsa Escobar.

Las testigos indicaron que la citada supervisora tenía un pésimo trato con todo el personal que estaba a su cargo, y en especial con su compañera R. a la cual según declararon García y Acuña Torres, le tenía una envidia muy particular por su condición de embarazada, pues recuerdan que desde los primeros días de trabajo cuando la accionante tuvo las primeras pérdidas de su embarazo, Escobar la apodaba y la llamaba por “la embarazada”, haciéndolo en una manera muy despectiva y denigrante, según relataron las testigos. Le negaba constantemente a R. ir al baño cuando se descomponía. No le permitía tener descansos diarios por su situación de embarazo. Le gritaba a diario y delante de todas las compañeras de trabajo, denigrándola por su condición de embarazada.

Las testigos García y Acuña Torres señalaron que tanto ellas como R., en la cinta siempre tenían que trabajar paradas -aspecto confirmado incluso por la testigo Sosa-, y que recuerdan que R. le pedía a la supervisora Escobar si podía alcanzarle una silla para sentarse y seguir trabajando en esa posición, dado su condición de embarazo, y la supervisora se negaba a que se sentara, y constantemente le decía a los gritos “no estas enferma, estas embarazada” “seguí trabajando parada” “inútil, estúpida” “ninguna silla hay para vos” “la que hay es para mí únicamente”. García y Acuña Torres revelaron que el trato de la supervisora Escobar para con R. era totalmente denigrante y discriminatorio por su condición de embarazada. Este tipo de trato que la supervisora Escobar tenía para con R., fue confirmado por el supervisor Esquivel

quien relato que constantemente le decía que moviera las manitos y además le gritaba constantemente y a diario delante de todo el personal, según escuchó y relató el testigo.

García y Acuña Torres indicaron que las únicas personas sentadas era la supervisora y las trabajadoras más antiguas, mientras que las más nuevas y que estaban por contrato, no se les permitía sentarse, aunque señalaron que eran muy pocas las sillas que había en el lugar de trabajo. El supervisor Esquivel, confirmó lo expuesto por García y Acuña Torres pues expresó que había muy pocas sillas para sentarse en el lugar de trabajo, expresando que en cada turno trabajaban entre 30 y 40 personas, la mayoría mujeres.

Las testigos también manifestaron de manera coincidente, que en oportunidades R.era enviada por la supervisora o a limpiar la maquinas, o baldear los sectores de trabajo o a limpiar los baños, o a levantar y acomodar cajas de diferente peso, y en el caso y por las pérdidas de su embarazo que había tenido en el mes de junio de 2010, y que luego volvieron a repetirse - según expusieron las testigos-, le pedía por favor a la supervisora Escobar, que evitara darles tareas de ese tipo pues para su ejecución debía realizar desmesurados esfuerzos físicos y ergonómicos respectivamente, lo cual era muy contraproducente para su embarazo, y que por ello ya había tenido pérdidas a poco de haber comenzado a trabajar, y en el caso las testigos indicaron que vieron y escucharon que la supervisora comenzaba a gritarle a viva voz delante todo el personal, la insultaba, tratándola de inútil, que era estúpida, que no servía para nada, y le gritaba diciéndole que no le importaba su condición de embarazo, que ella odiaba a las embarazadas, diciéndole constantemente y diario que no estaba enferma solo embarazada, y que cumpliera con las órdenes dadas.

Las tres testigos propuestas por la actora: García, Acuña Torres y Sosa de manera coincidente, objetiva y veraz también afirmaron que en los meses de julio y agosto de 2010, veían que el embarazo de R. era muy notorio a simple vista.

Conforme a las consideraciones expuestas, resulta mi íntima convicción que la empleadora codemandada, y desde el inicio del vínculo laboral de R. tenía un conocimiento idóneo y acabado de su embarazo, que a ese momento llevaba casi 3 (tres) meses de gestación, tanto por que la accionante hizo saber la situación al servicio médico externo de Hojalmar S.A., por las circunstancias propias antes detalladas en cuanto a que su supervisora Elisa Elsa Escobar sabía y conocía plenamente el embarazo de la actora, y que además las propias testigos:García, Acuña Torres y Sosa, por las distintas consideraciones señaladas en los párrafos precedentes también conocían y sabían del embarazo de la trabajadora accionante, que como indicaron en los meses de julio y agosto de 2010 era muy notorio a simple vista. El propio examen preocupacional que realizó el servicio de medicina externo de la empleadora, que obra a fjs. 285/286 en este caso Clínica Velez Sarsfield (servicio de medicina externo de Hojalmar S.A.), que conforme surge del Anexo I de la Resolución SRT 37/10, y los análisis y exámenes que debió realizar conforme dicho dispositivo legal: LISTADO DE LOS EXAMENES Y ANALISIS COMPLEMENTARIOS GENERALES: I. Examen físico completo, que abarque todos los aparatos y sistemas."" III. Electrocardiograma. IV. Exámenes de laboratorio: A. Hemograma completo. B. Eritrosedimentación. C. Uremia. D. Glucemia. E. Orina completa, me permiten tener indicios que dicho servicio de medicina externo de la empleadora codemandada, conoció el estado de gestación que llevaba la actora a ese momento, teniendo en consideración lo que

informa a fjs. 256 vuelta y 257 la Policlínica Antonio Cholo Garcia, y que por optima consecuencia en función de ello, surge una semiplena prueba que dicho servicio médico comunicó su resultado a Hojalmar S.A., toda vez que los exámenes preocupacionales o de ingreso tienen como propósito determinar la aptitud del postulante conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán y, en su caso, para evaluar la adecuación del postulante -en función de sus características y antecedentes individuales- para aquellos trabajos en los que estuvieren eventualmente presentes los agentes de riesgo. En ese sentido y como lo determina el art. 386 del CPCC., debió en este caso la empleadora codemandada proponer prueba en contrario, acerca que los exámenes y análisis que realizó su servicio de medicina externo, indicaban supuestamente que R.no portaba un embarazo a ese momento.

Cabe considerar que dicho examen preocupacional la considero apta a la actora para el empleo, no surgiendo del mismo que a ese momento presentara algún problema por su embarazo. Al respecto ninguna prueba se acreditó en contrario.

Si bien la actora no curso las comunicaciones respectivas al modo indicado en los arts. 177 y 178 de la L.C.T., determinados elementos de juicio antes explicitados, denotaran que a pesar de ello, existió anoticiamiento y conocimiento idóneo respectivamente por parte de la empleadora codemandada del embarazo de la accionante, desde el comienzo del contrato de trabajo, e incluso y como señalara en párrafos precedentes, desde la realización del examen preocupacional.

Sobre particular nuestro máximo Tribunal Provincial ha establecido como doctrina que:

“Estas ostensibles evidencias conducen a sostener válidamente, en conclusión despojada de ritualismos e ignorancias puramente fictas, que el principal hubo de encontrarse -en su oportunidad- en conocimiento de la gravidez de su dependiente, dada la inocultable notoriedad inherente a un estado de embarazo avanzado. Luego, debió inferir -por lógica y natural consecuencia- cuanto menos, que el alumbramiento se había producido, aunque ignorase con certeza su resultado. Por ello, he de concluir que el principal sabía de tales acontecimientos.

Desde esta óptica, siendo que la télesis de los preceptos en juego la constituye la protección de la maternidad, conforme ha tenido oportunidad de señalarlo esta Corte (conf. causas L. 42.415, sent. del 5-IX-1989; L. 71.617, sent. del 25-X-2000), y de consuno con la inteligencia de que en la tarea de interpretar la ley no se puede prescindir de la finalidad perseguida por la norma de que se trate (conf. causa L. 33.233, sent.del 1-VI-1984), me afirmo en la premisa de que el recaudo de la notificación fehaciente se traduce -en el caso concreto- en una exigencia meramente formal, ya que su imposición -a la luz de los hechos comprobados- resulta contraria al principio general de buena fe que debe gobernar la conducta de las partes del contrato de trabajo (art. 63, L.C.T.).

En esta línea se inscribe lo declarado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que en la faena de interpretar la ley, los jueces no deben prescindir de la ratio legis y del espíritu del precepto (Fallos 314:1717).” (SCBA L. 93.221 “Avila Carina del Lujan contra Fernandez José Blas s/Despido”, fallo del 2 de diciembre de 2009).

De esta forma considero que la comunicación de despido directo sin causa hecha a la actora por parte de la empleadora codemandada el día 5 de agosto de 2010 (ver fjs. 16) para consumarse el 1° de septiembre de 2010, se efectuó cuando Hojalmar S.A., ya tenía idóneo y acabado conocimiento del estado de gestación de la accionante, incluso desde comenzado el contrato de trabajo y también luego de realizado el examen preocupacional, sobreviniendo por ende la comunicación de despido dentro del periodo de protección que indica el art. 178 de la L.C.T., siendo que al ingreso al trabajo ya la actora portaba un tiempo de gestación de casi tres meses, y al 22 de julio de 2010, llevaba 19 (diecinueve) semanas y dos días de embarazo, mientras que el aborto del hijo por nacer de R., ocurrirá cuando llevaba 22 (veintidós) semanas de gestación (como se tratara en la próxima cuestión (ver respectivamente historial clínico de fjs. 258), partiendo de la base que tenía como fecha probable de parto el día 14 de diciembre de 2010 como se explicita en el informe de servicio de obstetricia que comunica la Clínica "Policlínica Antonio Cholo Garcia en autos (ver fjs.37 y 257) (ver primera segunda y tercera cuestión del veredicto), de ahí que resulta mi íntima convicción que el despido directo sin causa notificado a R. mediante el 5 de agosto de 2010 para consumarse el 1° de septiembre de 2010, obedece a su condición de embarazo. En este último aspecto, considero que Hojalmar S.A., ninguna prueba arrojó al proceso para demostrar lo contrario como correspondía a su carga.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA SÉPTIMA CUESTIÓN PLANTEADA:

El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

Las testigos Nadia Soledad García y Laura Rosalía Acuña Torres en el acto de vista de la causa de fjs. 460/461, declararon de manera coincidente que el día 26 de agosto de 2010 cuando ellas junto con R. ingresaron a trabajar en el turno nocturno, la supervisora Elisa Elsa Escobar, las envió a trabajar a la cinta, por supuesto y como siempre haciendo esa tarea de paradas sin posibilidad alguna de acceder a sentarse por la negativa de dicha encargada. Que recuerdan que diez días antes a esa fecha tanto a ellas como R. y otras chicas más, la supervisora les ordenó limpiar las máquinas de atrás, barrer, baldear y limpiar los baños, y que ello les llevo mucho tiempo. Indicaron que esas labores implicaban un gran esfuerzo físico, puntualmente y en el caso de las máquinas, la encargada Escobar, les ordenaba a las testigos y a R., subirse a ellas por medio de una escalera, para efectuar una limpieza bien a fondo en rincones que era imposible hacerlo desde el piso, lo cual debían adoptar difíciles posturas de trabajo y con sumo esfuerzo físico, consistente en estirar su cuerpo, para llegar con la limpieza a zonas de difícil acceso de la máquina, señalando las testigos que R. por el embarazo que llevaba le dificultaba muchísimo esa labor. Agregaron García y Acuña Torres que las tareas de baldear y limpiar los baños también demandaban tareas de esfuerzo, en especial a R., que por su embarazo avanzado y que era visible a simple vista, se quejaba, pues debía acarrear baldes de agua y agacharse y levantarse constantemente para efectuar el aseo industrial.

Producto de esas tareas, y de estar constantemente parada en la cinta, García y Acuña Torres, expresaron de manera coincidente también que R., se descompuso y volvió a tener pérdidas de su embarazo, situación que les consta pues la acompañaron al baño, y observaron que tuvo pérdidas importantes y se tomaba el vientre de los fuerte dolores que tenía, dado ello, le pidieron a la encargada si la autorizaba a que se retirara antes de finalizar la jornada, dado el cuadro de situación que presentaba, cosa que se negó, y reitero que volviera a su puesto de trabajo, pues no estaba enferma, sino embarazada según manifestó. Así es que frente a dicha respuesta, ocurrieron al Supervisor Esquibel, que si autorizó su retiro.

Que ambas testigos recuerdan que el día 26 de agosto de 2010, luego de estar R. trabajando en la cinta por supuesto todo el tiempo parada, vino la supervisora Escobar, y le ordenó a ella sola que fuera nuevamente a limpiar todas las máquinas de atrás como así también a barrer y a baldear. Tanto García y Acuña Torres, escucharon de la actora pedirle a la encargada que la eximiera de tales labores por su estado avanzado de embarazo y por las pérdidas que había tenido cada vez que hacía esas tareas, y que precisamente el esfuerzo que le demandó dicho trabajo diez días antes le provocaron serías perdidas de su estado de gestación, según escucharon y relataron García y Acuña Torres.

García y Acuña Torres escucharon que la encargada Escobar le grito a viva voz a la accionante diciéndole que era una inútil y una estúpida, que cumpliera la orden impartida, que no estaba enferma, y que sólo estaba embarazada, que a ella no le importaba que estuviera embarazada, que odiaba las embarazadas, que no servía para nada. Así pues las testigos observaron que R. tuvo que dirigirse a cumplir las órdenes dadas.

Desde el puesto de trabajo las testigos observaron que la accionante primero comenzó a barrer y a baldear, acarreando baldes con agua y efectuar el aseo, y que luego por medio de unas escaleras, se subió a una de las máquinas para efectuar la limpieza, y posteriormente a otras para efectuar igual tarea. Ambas testigos narraron que en un momento cuando la accionante se encontraba limpiando una de las máquinas, se agarró varias veces el vientre, y que hacía gestos de dolor, y luego descendió con mucha dificultad de la máquina que se encontraba realizando la limpieza, y se dirigió a la cinta donde estaban García y Acuña Torres. Al llegar a las testigos, R. se largó llanto, se seguía tomando el vientre y se quejaba con mucho dolor, diciendo que comenzó a tener muy abundante perdida de su embarazo y que pedía que por favor la ayudaran porque estaba muy descompuesta, y que llamaran a una ambulancia con suma urgencia, porque tenía temor de perder a su bebe.

Acuña Torres, declaró, que ante la situación presentada, en primer lugar la acompañó a R. al baño, y ahí observó que las pérdidas que tenía por su embarazo, eran muy importantes, y que consideraba por ello que la situación era muy grave, lo cual se dirigió a sus superiores para pedir auxilio. Esta testigo relato que la supervisora Escobar se negó a llamar a un ambulancia, así que se dirigió al supervisor Esquibel para que llamara a una emergencia. Que junto con R. esperaron más de una hora dado que en la fábrica no hay médico ni enfermero, pero ninguna ambulancia de emergencia vino. Le consta que R. llamó a su Obra Social pero tampoco concurrió emergencia alguna, así que definitivamente, se comunicó telefónicamente con la emergencia de la Obra Social de su padre, y al rato vino una ambulancia, y en el caso la testigo manifestó que la acompañó a R. en dicho vehículo. Que le consta que dicha emergencia las

conduzco hasta la clínica y maternidad La Dulce Espera de la localidad de Avellaneda, y que ahí quedó internada, enterándose luego que R. perdió a su bebe, pues debieron realizarle un aborto en dicha clínica, quedando internada y luego con prescripción de reposo.

Lo último expuesto por la testigo Acuña Torres, es coincidente con el recibo de haberes acompañado por la actora a fjs. 25 en el que consta abonada en la segunda quincena de agosto de 2010: 54,50 horas por enfermedad (ítem 1 – 0200) y por el importe de \$ 756,46, circunstancia ratificada por el señor Perito Contador en su informe pericial contable (ver fjs. 294 vuelta) (primera cuestión del veredicto).

Que conforme surge del informe producido por la Obra Social del Personal Municipal de Avellaneda de fjs. 256/263, quien acompañara historial clínico de la actora, consta en el mismo que fue atendida por guardia en la clínica Dulce Espera donde se realizó un aborto y legrado el día 27 de agosto de 2010 de un feto de 22 semanas (ver fjs. 258), ello en coincidencia con las constancias médicas de fjs.33 de la clínica Dulce Espera, en el que consta que la accionante fue internada en dicho nosocomio el día 26 de agosto de 2010 hasta el día 27 del mismo mes y año, en el que surge que se realizó legrado por aborto, donde se indicó reposo por 48 horas. Constancia que la tendré por auténtica en función de lo manifestado por la testigo Acuña Torres, y el propio informe de fjs. 258 que en el historial clínico remite la Obra Social del Personal Municipal de Avellaneda, que no fue objeto de impugnación en los términos que dispone el art. 401 del CPCC.

Esta última constancia médica también está en coincidencia con el certificado médico extendido el día 29 de agosto de 2010 por el facultativo médico Ignacio Asprea de la Obra Social del Personal Municipal de Avellaneda (ver fjs.34), quien como consta en la historia clínica remitida, era uno de los facultativos que atendía a la actora en su embarazo, lo que hace que tenga por auténtica dicha constancia médica. En dicho certificado indico que estuvo internada en la Clínica Dulce Espera entre los días 26 y 27 de agosto de 2010, donde se le practicó un aborto de un feto muerto, y que si bien su estado era favorable, pero presentaba signos y síntoma de depresión, aconsejando atención psiquiátrica, otorgando reposo por 20 días.

De esta forma considero acreditado que R.sufrió a partir del día 26 de agosto de 2010 una interrupción de su embarazo por aborto de su hijo por nacer, el que comenzó a originarse por importantes pérdidas cuando cumplía las tareas de limpieza de máquinas encomendada por la Supervisora Escobar, de lo cual permaneció internada hasta el día 27 del mismo mes y año en la Clínica Dulce Espera, donde se le practicara el respectivo legrado de un feto muerto que llevaba 22 (veintidós) semanas de vida, desde el comienzo del embarazo.

Así pues considero acreditado los hechos sucedidos a la actora el día 26 de agosto de 2010 a la hora 3 en su establecimiento empleador, y en la forma relatada en el libelo de acción, que precipitaron luego el aborto de su hijo por nacer

Respecto del segundo interrogante, acerca si como consecuencia del aborto de su hijo por nacer, la accionante presenta a partir de ello algún tipo de incapacidad, me atenderé a lo que surge del dictamen pericial psiquiátrico de fjs. 328/341 y del informe pericial médico de fjs.403/407, en los términos del art. 474 del CPCC.

En efecto la pericia médica psiquiátrica en su dictamen de fjs. 328/341 determinó que R. presenta un F43.20 Trastorno Adaptativo con Estado de Animo Depresivo (309.0) el cual se considera reactivo a lo sufrido y de carácter crónico, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la persistencia del cuadro, que le ocasiona una incapacidad psíquica del equivalente al 23% de la total obrera, en relación causal con los motivos de lo sucedido, toda vez que de entrevistas y estudios practicados no surgen elementos que permitan inferir la existencia de alteraciones psíquicas previas capaces de generar incapacidad. El mismo es compatible con un desarrollo reactivo moderado según el Baremo Neuropsiquiátrico para valorar incapacidades neurológicas y daño psíquico de Maria Castex & Daniel Silva. El inicio del mismo guarda relación causal con lo sufrido, ya que de las entrevistas, resultados de las técnicas administradas y estudios practicados, no surgen elementos que hagan inferir la existencia de alguna alteración previa.

El perito en su dictamen considero que el accidente le significó el atravesar un largo proceso de duelo en el cual se vio llevada a tener que reacomodarse a situaciones para el sujeto frustrantes. Agrego que la actora se haya atravesando un momento crítico, la prueba diagnóstica muestra indicadores de: ansiedad y repliegue. Indicando además el galeno, que la consecuencia que este episodio trajo en el sujeto es la vivencia que el mundo externo es hostil, amenazante y peligroso. Lo vivido como traumático no ha podido ser elaborado psíquicamente, por lo cual insiste en su tramitación, si embargo al no poder hacerlo se producen síntomas y otras perturbaciones que determinan la síntesis diagnóstica antes expuesta.

El experto considero que se sugiere que la actora continúe tratamiento psicoterapéutico individual, paliativo, con el objeto de restablecer el equilibrio anímico y fortalecer al yo en sus funciones adaptativas. Se recomienda que el tratamiento tenga una frecuencia de una sesión por semana (el costo promedio con un profesional de acreditada experiencia es de entre \$ 300 y \$ 400 por sesión) y que su duración no sea menor de 12 meses y/o hasta la remisión de los síntomas más incapacitantes. Además de tratamiento psiquiátrico con medicación.

Incluso el citado galeno en la contestación a impugnaciones formuladas, agrego que la actora sufre de las alteraciones anímicas expresadas en el informe hasta la actualidad por la razón del destrato que dice haber sufrido en su trabajo (ver fjs. 354).

La pericia médica de fjs. 403/407, en coincidencia con la pericia psiquiátrica, determinó que R. sufre de trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo, presuntamente a consecuencia de la pérdida de un embarazo.

Sin embargo en su dictamen advierte que la futura madre deberá cambiar su tipo actividad diaria, debiendo tener en cuenta ciertas precauciones tales como:

- 1) No realizar trabajos que supongan una sobrecarga, sea por estrés, porque deba hacer un esfuerzo físico importante, o porque tenga que permanecer en la misma postura mucho tiempo seguido.
- 2) Evitar cualquier trabajo que suponga esfuerzo muscular, sea por levantar pesos, sea por posturas forzadas y mantenidas en el tiempo.

- 3) Señala que hay que tener en cuenta que el cuerpo de la mujer embarazada ha sufrido unos cambios y que su columna ya está sobrecargada por el peso de abdomen, y que cualquier esfuerzo excesivo puede sobrecargarla más.
- 4) Levantar un peso continuamente representa un problema. Debe tener la precaución de no mover o arrastrar objetos pesados.
- 5) Subirse a escaleras para limpiar partes que implique esfuerzo físico.
- 6) Debe tener en cuenta su estado, si se trata de limpiezas industriales. Agacharse y levantarse continuamente.
- 7) Tampoco están indicados otros trabajos similares que requieran levantar pesos, limpiar lugares donde deba hacer un esfuerzo físico intenso.
- 8) Estar muchas horas sentada o pie sin periodos de descanso o agacharse y levantarse continuamente. En esos casos debe pedir un traslado de puesto de trabajo.
- 9) No conviene trabajar en turno de noche durante el embarazo.
- 10) Es malo permanecer todo el día de pie o sentada. Estas posturas, mantenidas durante más de dos horas, pueden influir en el estado físico, porque alteran la circulación de retorno.
- 11) La gestante debe hacer descansos periódicos y tener un lugar para ello.
- 12) No debe trabajar en cadenas de producción, ni estar mucho tiempo sentada o de pie.
- 13) Y, si está en peligro el embarazo, es posible pedir un cambio de puesto. De no ser factible, se contempla la baja maternal por riesgo.

En cuanto a la toma de conocimiento de las incapacidades que afectan a la actora, me ubicare en la fecha del 9 de septiembre de 2010, en la que consta la última atención de R. en la Policlínica Antonio Cholo Garcia, luego de sucedido el aborto de su hijo por nacer (ver fjs. 258), en coincidencia con lo determinado por el facultativo médico de dicho nosocomio el 29 de agosto de 2010 (ver fjs. 34) – constancia médica que tengo por auténtica, en razón que como consta en el historial clínico remitido y acompañado, es uno de los médicos que venía atendiendo en el embarazo a la actora (ver fjs. 256 vuelta y 258)-, de donde surge que la accionante presenta signos y síntomas depresivos, derivando a psiquiatría.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA OCTAVA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

A fines de responder estos interrogantes, considero que en función a lo votado en la primera, sexta y séptima cuestión del veredicto y lo que allí se ha tenido por acreditado, en cuanto a que las distintas tareas realizadas por la accionante para Hojalmar S.A., al modo y forma en que las diferentes labores impuestas, eran cumplidas y desarrolladas, sumado al mal trato

constante, denigrante y discriminatorio que tenía de su supervisora Elisa Elsa Escobar, vinculando todo ello con lo dictaminado por el señor Perito Médico a fjs.403/407 en cuanto a que muchas de las tareas y las formas en que estas fueron desarrolladas, eran las que precisamente indico el Perito debían evitarse por su condición de futura madre, sumado a las alteraciones anímicas que padece en la actualidad por la razón del destrato que sufrió en el trabajo, según describe el Perito Médico Psiquiátrico en su informe de fjs.354 (séptima cuestión del veredicto), considero probado y acreditado que las tareas impuestas a la accionante y al modo en que estas fueron cumplidas durante el tiempo de su gestación desde el inicio del contrato de trabajo con Hojalmar S.A., sumado al pésimo y mal trato que recibía de manera constante y cotidiana de su supervisora Escobar, fueron determinantes del aborto sufrido por R. del hijo por nacer acaecido ello el 26 de agosto de 2010 (primera, sexta y séptima cuestión del veredicto), y que por ende la pérdida de su hijo en gestación determinó el grave daño psicológico incapacitante que afecta a la trabajadora R. (sexta y séptima cuestión del veredicto).

En efecto se probó pues que a la actora se le impuso laborar en horario nocturno, jornada de por si contraproducente por su estado de embarazo como lo precisara el perito médico en su dictamen de fjs.403/407, sumado incluso a que debía realizar horas extras (ver primera y séptima cuestión del veredicto).

De lo votado en la primera, sexta y séptima cuestión del veredicto, surge debidamente probado y acreditado que como tareas principales, la actora debía estar en la línea de producción, esto es en el empaque de galletitas frente a una cinta transportadora, siempre en posición de parada, permaneciendo toda la jornada de labor en esa posición, sin que se le permita desarrollar la tarea sentada o alternadamente de pie. Precisamente el Perito Médico en su dictamen de fjs.403/407, considero que era contraproducente que R. en su estado de gestación realizara tareas en horario nocturno, menos aún en una línea de producción, precisando que no debía permanecer en la misma postura de trabajo mucho tiempo, ni permanentemente parada ni sentada. Señaló que era malo permanecer todo el día de pie, pues esa postura durante más de dos horas, podían influir en el estado físico, porque alteran la circulación de retorno. Señalo además el experto que la gestante debía hacer descansos periódicos y tener un lugar para ello. Precisamente las testigos Garcia, Acuña Torres y Sosa, de manera declararon que jamás se le permitió a R. realizar descansos diarios y que menos aún había un lugar para ello.

El testigo Esquivel, Supervisor en el turno noche declaro en el acto de vista de la causa, que las sillas en el lugar de trabajo eran muy escasas, siendo que la totalidad del personal eran entre 30 y 40 personas, en la mayoría mujeres.

Se acreditó también que cuando R.no empaquetaba en la línea de producción, de manera periódica, permanente y habitual, se le ordenaba levantar, ordenar y acomodar cajas de galletitas de distinto peso, como así también barrer y baldear los sectores de la fábrica, donde se ubicaban las máquinas, el patio y los baños, debiendo agacharse y levantarse constantemente (primera, sexta y séptima cuestión del veredicto). Bien dijo el Perito Médico en su informe de fjs. 403/407, que por su condición de futura madre debían evitarse cualquier

trabajo que suponga esfuerzo muscular, sea por levantar pesos, sea por posturas forzadas y mantenidas en el tiempo, evitar limpiezas industriales, agacharse y levantarse continuamente.

También se probó que a R. se le imponía realizar la limpieza de las maquinarias, tarea para la cual, debía subirse a ellas por medio de una escalera, para así llegar a lugares de difícil acceso de la máquina para efectuar el aseo de las mismas, labores que implicaban realizar distintos esfuerzos físicos, fuera de lo común, debiendo adoptar posturas ergonómicas antialgicas y con sumo e intenso esfuerzo. Precisamente estas tareas y otras ya expuestas, fueron determinantes en lo sucedido a la actora el día 26 de agosto de 2010, cuando limpiaba maquinarias subida a ellas por medio de una escalera para llegar a lugares de difícil acceso para realizar el aseo, en que sobrevino una importante pérdida de su embarazo para luego perder a su bebe mediante el aborto que se le debió efectuar. Sobre el particular dijo el experto médico en su dictamen de fjs. 403/407 que en la condición de embarazo de R. debió haberse evitado: tareas que impliquen una sobrecarga, esfuerzo físico importante, posturas forzadas, esfuerzo excesivo, subirse a escaleras para limpiar partes que implique esfuerzo físico, limpiar lugares donde deba hacer un esfuerzo físico intenso (primera, sexta y séptima cuestión del veredicto).

Conforme se votara en la primera cuestión del veredicto, quedó probado que el horario de trabajo de la actora era nocturno, cumplido de 2230 a 630 horas, diariamente desde el día domingo y hasta el sábado a la mañana, y que además consta que cumplía horas extras. Conforme lo expuesto, la jornada de trabajo de la accionante de carácter nocturno, excedía las 7 (siete) horas diarias, situación que valida lo expuesto por el perito médico en su informe de fjs. 463/467 en cuando era contraproducente el cumplimiento de tareas en horario nocturno en el caso de una trabajadora embarazada, máxime si la jornada de labor, excedía el máximo legal que debía cumplir.

Quedo también probado y acreditado debidamente, el mal trato denigrante y discriminatorio que recibió R. de manera constante y a diario de parte de su Supervisora Escobar. Cuando trabajaba en la cinta no le permitía sentarse para desarrollar la tarea, la trataba de inútil, de estúpida, constantemente le decía que no estaba enferma que estaba embarazada cuando precisamente la trabajadora le solicitaba que le alcance una silla para seguir desarrollando la tarea en la línea de producción o cuando le indicaba que no le diera tareas de limpieza industrial, de baños o de limpieza de máquinas pues ello representaba un peligro para su embarazo dado las pérdidas que ya había tenido desde iniciado el contrato de trabajo, señalándole que esas labores implicaban un gran esfuerzo físico contraproducente para su estado de gestación. Que actitud adoptó la supervisora Escobar frente a los ruegos de la trabajadora, le gritaba a viva voz delante de todo el personal, indicándole que continuara trabajando parada, tratándola de estúpida, de inútil, diciéndole que no había ninguna silla para ella, que debía cumplir con las labores encomendadas tanto de limpiar las máquinas, barrer, baldear, limpiar los baños y el patio, que no le importaba que ella estuviera embarazada, que ella odiaba a las embarazadas, que no estaba enferma y que sólo estaba embarazada. Incluso se probó que le impedía ir al baño cuando se descomponía. Fue objeto de acreditación que el día 26 de agosto de 2010 cuando la supervisora Escobar le ordenó baldear y limpiar las maquinarias, R. le solicitó que no le diera dichas labores pues iban a implicar un grave riesgo para su embarazo. Sin embargo la supervisora Escobar nuevamente le grito, la insulto y le

ordenó que realizara las tareas encomendadas, que luego a la postre serían determinantes de la pérdida de su embarazo.

Respecto del trato que ha tenía la supervisora Escobar con R., el señor Perito Médico en su informe de fjs. 403/407 indicó que por la condición de embarazo de la actora debía evitarse toda situación de estrés laboral. A su vez el perito médico psiquiátrico en su informe de fjs.354 preciso que la actora sufre de alteraciones anímicas a la actualidad por la razón del destrato de haber sufrido en su trabajo.

Se probó además que durante el tiempo de trabajo, y luego que la actora cumpliera diversas tareas como la ya explicitadas y en la forma que las ha desarrollado, presentó perdidas en su embarazo en diferentes ocasiones (primera, sexta y séptima cuestión del ve redicto). No obstante ello y pese a las peticiones de la accionante a que se evitaran labores como las detalladas o que en las principales cuando se encontraba frente a cinta de producción se le permitiera sentarse o tener un descanso -cosa que no se hizo-, la empleadora codemandada, por medio de su supervisora Escobar prosiguió ordenándole realizar tareas contraproducentes a su estado de embarazo, no le concedió un asiento, no le concedió descansos diarios frente a su estado de gestación.

Queda claro pues, y debidamente acreditado y probado en atención a las consideraciones expuestas, lo resuelto en veredicto cuestión primera, sexta, séptima y precedentemente, que las distintas tareas impuestas a la actora, y el modo y forma de ser cumplidas ellas durante el tiempo de su gestación desde el inicio del contrato de trabajo con Hojalmar S.A. y a lo largo del mismo, como así también el mal trato recibido de su supervisora Escobar, fueron determinantes del aborto sufrido por R. el día 26 de agosto de 2010 de su hijo por nacer, y el consecuente daño psicológico que implicó la pérdida de su bebe.

En ese sentido me permito señalar, que las distintas tareas llevadas a cabo por R.y en los modos y formas que fueron cumplidas y desarrolladas desde iniciado el vínculo laboral y a lo largo del mismo, teniendo en consideración su condición de embarazada, constituían un trabajo penoso, pues a la luz de lo probado, las distintas labores encomendadas y en los modos realizados, resultaban inadecuados para su salud y la de su hijo por nacer, atento implicar un excesivo esfuerzo físico y perjudicial a sus circunstancias personales.

También considero acreditado que las distintas tareas impuestas a la actora durante la ejecución del contrato de trabajo con Hojalmar S.A., y la forma en que fueron desarrolladas, constituían tareas peligrosas, pues implicaban un necesario riesgo en su ejecución y que producían y aumentaban la inminencia de un daño físico tanto en ella como en su hijo gestante, pues las distintas labores impuestas y las condiciones en que se desarrollaron creaban un peligro inmediato y potencial a la maternidad y a la capacidad de gestación.

A la hora de saber qué medidas de prevención habrían adoptado la empleadora de la accionante -sabedora de su embarazo. y la A.R.T. codemandada, considero que ninguna.

Me explicó:

Las testigos Garcia, Acuña Torres y Sosa de manera coincidente en el acto de vista de la causa declararon que jamás ellas ni R., recibieron ningún tipo de capacitación en materia de higiene y

seguridad en el trabajo ni tampoco han recibido capacitación en los propios puestos de trabajo, ni de su empleadora Hojalmar S.A., ni de ninguna A.R.T. respectivamente.

Dichas testigos también afirmaron que durante el tiempo que trabajaron jamás recibieron en el establecimiento Hojalmar S.A., visita de ninguna A.R.T., ni menos aún de la aquí codemandada.

Agregaron que ninguna A.R.T. se acercó para darles capacitación en materia de prevención de riesgos de trabajo, y menos aún de los distintos puestos de trabajo que ocupaban.

Fueron enfáticas todas las testigos en precisar que jamás recibieron ni ellas ni R. capacitación alguna del modo de desarrollar las distintas tareas antes explicitadas.

Agregaron además que ni ellas ni R. recibieron elementos de protección personal alguno.

Incluso el testigo Esquivel, Supervisor de Hojalmar S.A., señaló que nunca recibieron visita alguna de la A.R.T., y agregó que incluso su empleadora HOJALMAR S.A., jamás dio capacitación alguna en materia de higiene y seguridad en el trabajo ni menos aún en los puestos de trabajo.

Ahora bien, como se votara en la sexta cuestión del veredicto, la empleadora codemandada tenía conocimiento desde iniciado el vínculo laboral con R., que esta se encontraba embarazada, incluso desde la realización del examen preocupacional, entonces pues debió adoptar los recaudos para darle un turno adecuado, tareas acordes a su situación, descansos diarios, evitar tareas que impliquen esfuerzos físicos y situaciones de estrés entre otros aspectos antes detallados. En ese sentido consta acreditado (sexta y séptima cuestión del veredicto) que la actora en reiteradas oportunidades requirió no realizar tareas que impliquen un grave riesgo a su salud y al de su bebe gestante. Pues bien, no surge prueba alguna que Hojalmar S.A., haya adoptado los recaudos necesarios antes explicitados, y menos aún que la A.R.T. codemandada hubiera cumplido con ello, pues va de suyo que como quedó probado jamás visito el establecimiento.

Es más, sin duda que los exámenes y análisis a lo que estaba obligado realizar Clínica Velez Sarsfield (servicio de medicina externo de Hojalmar S.A.) en el preocupacional efectuado a la actora tal como lo determina el art. 2do. Y Anexo I de la Resolución SRT 37/10, le permitieron conocer el estado de gestación que portaba R., y que entiendo que ello fue puesto en conocimiento del cliente de la clínica, situación que frente a ello podía determinar la aptitud de la postulante conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán. No obstante y pese a ello, el turno de labor, las variadas tareas que se dispuso que la actora debía cumplir estaban en contraposición con su estado de embarazo, ya desde el primer día de labor, pues constituían trabajos penosos y peligros por su estado de gestación que implicaban un claro riesgo para la integridad psicofísica de la trabajadora y del hijo por nacer.

Va de suyo que el examen preocupacional realizado a R., no revela que presentara pérdidas por su embarazo al momento de su realización, esto es 26 de abril de 2010.

Es más cómo surge de la pericial técnica de fjs. 396/401, no surge acreditado constancias de capacitación a la actora ni en materia de higiene y seguridad general ni en los puestos de trabajo que ocupó, tampoco surge que medidas de control específicas relacionadas con la accionante se hubieran llevado a cabo. Tampoco fueron denunciados los agentes de riesgos en los puestos de trabajo que habría trabajado la actora. Incluso en la documentación requerida a Liberty ART no se observó que ella hubiera efectuado a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo denuncias respecto de la empresa asegurada Hojalmar S.A.

Fue objeto de probanza que la jornada de labor de la actora era nocturna, y que además excedía la siete (7) horas, puesto que el horario impuesto por Hojalmar S.A., era de 2230 a 630 horas diariamente de domingos a sábados a la mañana. Pues bien tanto la empleadora codemandada como la A.R.T. coaccionada debieron prevenir que R. por su situación de embarazo, cumpliera tareas en horarios nocturnos como lo precisó el perito médico en su informe de fjs. 463/467, y menos aún permitir que la jornada de labor de carácter nocturno lo fuera en exceso, como quedó acreditado (primera cuestión del veredicto)

De esta forma considero acreditado que las distintas tareas desarrolladas por la actora para Hojalmar S.A. a lo largo de su vínculo de trabajo, y la forma, modo y condiciones en que las mismas fueron impuestas y llevadas a cabo, el mal trato cotidiano y diario recibido de su supervisora Escobar, lo acontecido el propio día 26/08/2010, fueron motivos determinantes e inmediatos del aborto de su hijo por nacer el día 26 de agosto de 2010, y en ese sentido ni la empleadora ni la A.R.T. codemandada respectivamente, como quedó probado, no adoptaron medida preventiva alguna para evitarlo, siendo que Hojalmar S.A., estaba en conocimiento del estado de gestación de R. desde iniciado el contrato de trabajo, incluso luego de realizado el examen preocupacional (sexta y séptima cuestión del veredicto), en la cual podría haberle otorgado tareas acorde a su estado de embarazo, un horario de trabajo que no sea contraproducente, descansos diarios, y evitar todo tipo de tarea penosa y peligrosa -como quedó probado- para evitar la pérdida del hijo por nacer. Nada hizo por evitar el grave daño ocasionado a la accionante y el consecuente aborto de su hijo por nacer.

Va de suyo y como se acreditara en la primera, sexta, séptima cuestión del veredicto y precedentemente que las diversas tareas impuestas a R. y al modo, forma y condiciones que debía desarrollarlas, el horario nocturno dispuesto, sumado al mal trato diario de su supervisora Escobar, constituían claramente situaciones de grave riesgo y peligro para la integridad psicofísica de la trabajadora y de su embarazo como quedó probado. Sin embargo y pese a los pedidos de la accionante a su supervisora para que no se le impusieran tareas penosas y peligrosas, que se amenguaran las condiciones de trabajo en la línea de producción como permitirle trabajar sentada frente a la cinta cuando empaquetaba para no estar de pie permanente, pues bien Hojalmar S.A., nada hizo, y permitió la realización de diversas tareas y en condiciones que llevaron a la interrupción del embarazo, sumado al trato pueril, discriminatorio y denigrante que a diario recibía de la supervisora Escobar, que llevaron a una grave condición de stress, situación totalmente contraproducente como lo indicó en su dictamen el perito médico para el estado de gestión que llevaba la actora R. (ver fjs. 354).

La A.R.T. codemandada por su parte no acreditó en momento alguno del proceso haber cumplido con los tres deberes básicos que le imponen la normativa que es control, prevención

y denuncia, para haber evitado o amenguado el grave hecho dañoso sucedido a R. tanto en el aborto de su hijo por nacer como en el grave daño incapacitante psíquico, consecuencia directa de lo anterior. Los tres deberes impuestos por la norma de la L.R.T. y su reglamentación, son cargas inexcusables.

Se probó que la A.R.T., en el tiempo de trabajo que lo hizo la actora jamás visitó el establecimiento empleador tanto sea para determinar planes de mejoramiento, o para establecer charlas de capacitación en materia de higiene y seguridad en el trabajo, o más aun para fijar a la actora una capacitación de sus propios puestos de trabajo, situación que era vital habida cuenta su estado de gestación, donde era necesario que la A.R.T., determinara a Hojalmar S.A., que era lo que R. podía o no podía hacer, como así también advertir al empleador los riesgos que implicaban las labores que venía haciendo la demandante que como se acreditó constituían tareas penosas y peligrosas habida cuenta su situación gestante. En síntesis nada hizo, ninguna prueba aportó al proceso para demostrar lo contrario, de esta forma su conducta omisiva es causa fuente del grave daño acaecido a R. y a la pérdida de su hijo por nacer. Claramente su accionar omisivo coadyuvó a la producción del daño de la pérdida del hijo por nacer de la actora y por optima consecuencia a la salud psíquica de la trabajadora, ya que, de haber intervenido oportunamente, lo hubiera podido evitar, y que así resulta mi íntima convicción.

Queda claro pues la relación causa efecto entre las omisiones de las demandadas y el grave daño ocasionado a R. y a su hijo por nacer.

De ahí conforme a lo votado en primera, sexta, séptima y precedentemente, ha quedado acreditada la responsabilidad objetiva de Hojalmar S.A. en el hecho dañoso tanto en el pérdida del hijo por nacer de R., y las secuelas incapacitantes que género esa situación

También y de acuerdo a lo votado cuestión primera, sexta, séptima y precedentemente, ha quedado prsobado la responsabilidad subjetiva tanto de Hojalmar S.A. como de la A.R.T. codemandada en el hecho dañoso ocasionado a R. al perder su hijo gestante, como así también en las consecuencias que generaran dicho aborto en R., que determinaron que presente un grave un grave daño incapacitante psíquico, producto de la pérdida de su hijo por nacer (sexta y séptima cuestión del veredicto.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA NOVENA CUESTIÓN PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

La A.R.T. codemandada en la contestación de la demanda, y como defensa de fondo, interpuso la acción de prescripción. Sin perjuicio que será tratado en la definitiva, en su planteo formula que la actora el día 14 de diciembre de 2010 efectúo la denuncia del siniestro, ocurrido el día 26 de agosto de 2010 (ver fjs. 158 vuelta).

Sin embargo en el mismo responde (ver fjs. 155 vuelta), y como defensa de la excepción deducida, y de manera confusa y contradictoria, señala: “.el accidente por el que reclamo la

actora aconteció -conforme denuncia de siniestro realizada por la contraparte el día 4 de junio de 2010.” (sic) “.Por otro lado, la demanda es iniciada en Agosto de 2012, transcurriendo en exceso el plazo legal de dos años, para enderezar la acción contra esta parte. Surge claramente que desde Junio del 2010 a Agosto de 2012 transcurrieron más de dos años.” (sic).

Cierto es que en el segundo traslado (ver fjs. 188/189), la actora negó rotundamente haber realizado denuncia alguna de lo acaecido a ella a la A.R.T. que le pertenecía.

Ahora bien, el informe pericial contable de fjs. 287/296 revela que “.Entre la empleadora nombrada y la aseguradora examinada suscribieron el contrato de afiliación n° 48357, celebrado el 01/02/2001 y con vigencia hasta el 30/09/2011, hallándose el accidente de trabajo denunciado con fecha 26/08/2010 comprendido dentro de la vigencia mencionada.”

De esta forma los demás datos volcados en la pericia de supuestos registros computarizados de la aseguradora no se condicen en absoluto con el tratamiento de esta litis, pues habla de un accidente del 4 de junio de 2010 por la pérdida de un embarazo de 6 meses, cuando como se resolviera en la séptima cuestión del veredicto, quedó probado que ese hecho sucedió el día 26 de agosto de 2010, y que por otra parte su ingreso laboral, como indica el informe: 01/01/2010, lo cual tampoco se condice con el acreditado en autos, esto es el 3 de junio de 2010 (ver primera cuestión del veredicto).

Demás está decir, que la A.R.T.codemandada no acompañado a autos, la supuesta denuncia que dice haber realizado la actora, y que esta ha negado. Ni tampoco el rechazo que dice haber efectuado de la misma.

De ahí que considero no acreditada bajo ningún punto de vista la supuesta denuncia que manifiesta haber realizado la accionante a dicha A.R.T.

Además es dable destacar que la presente acción fue deducida en fecha 28 de agosto de 2012 (ver fjs. 84), resolviéndose que la toma de conocimiento de la incapacidad que afecta a R. es del día 9 de septiembre de 2010 (ver séptima cuestión del veredicto).

Y por otra parte, y como se votara en la segunda cuestión del veredicto, con el intercambio cablegráfico adjunto, y las intimaciones allí efectuadas, suspendió el curso de la prescripción de los reclamos en la acción intentada en los términos que dispone el art. 3986 segundo párrafo del C.C.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

En atención al resultado de la votación que antecede, el Tribunal resolvió tener por Veredicto el voto del Sr. Juez de Primer Término en todas sus partes. Con lo que se dio por finalizado el acuerdo, firmando los Sres. Jueces, por ante mí de lo que doy fe.-

Dr. Miguel Angel Diaz Casas

Presidente

Dr. Luis Alberto Gomez

Vicepresidente

Dra. Marina Leticia Lopez Bellot

Jueza

----- SENTENCIA -----

En la ciudad de Lanús, a los diecinueve días del mes junio del año 2018, reunido el Tribunal del Trabajo Nº 2 de Lanús, integrado por los Dres. Miguel Angel Díaz Casas, Luis Alberto Gomez y Marina Leticia Lopez Bellot para dictar la SENTENCIA que prescribe el segundo párrafo del art. 47 de la ley 11.653, en los autos caratulados: “R. S. G. C/HOJALMAR S.A. Y OTROS S/DESPIDO Y DAÑOS Y PERJUICIOS” – Expte.Nº 11.570”, se procedió a practicar el sorteo de ley, resultando del mismo que el orden de votación es el siguiente: Dr. Luis Alberto Gomez, Dr. Miguel Angel Díaz Casas y Dr. Marina Leticia Lopez Bellot.

----- ANTECEDENTES -----

Que a fjs. 61/83 se presenta R. S. G., por su propio derecho, y con la asistencia letrada de los Dres. JORGE DANIEL CONTARINO y JAVIER ENRIQUE GAROBBIO, demandando a HOJALMAR S.A. y LIBERTY A.R.T. S.A. por cobro de indemnizaciones por daños y perjuicios, por la pérdida de embarazo y despido incausado.

Funda en derecho. Plantea inconstitucionalidades de los arts. 39, 49 y concordantes de la Ley 24557. Ofrece prueba, y solicita se haga lugar a la acción con costas.

A fjs. 86/90 la parte actora amplía la demandada y deduce inconstitucionalidades de los arts. 1, 2, 4, 6, 8, 14, 15, 39, 40 y 49 y cláusulas adicionales 1, 3 y 5 de la Ley 24557.

A fjs. 123/132 y en representación de HOJALMAR S.A., se presenta a contestar demanda, su letrado apoderado Dr. ALDO VICTOR BONGIOVANNI.

Consigna la certificación de servicios y remuneraciones. Responde inconstitucionalidades. Cita como tercero a Liberty ART S.A. Funda en derecho y ofrece pruebas. Solicita se rechace la demanda con costas.

A fjs. 134/135 la parte actora responde el segundo traslado.

A fjs. 154/182 se presenta el Dr. FEDERICO NICOLAS SILVA ejerciendo la representación letrada de LIBERTY ART S.A., quien reconoce contrato de afiliación con HOJALMAR S.A., opone defensas de fondo como prescripción, de legitimación pasiva de la ART para responder en exceso de las prestaciones de la L.R.T. y de exclusión de cobertura por enfermedades no listadas. Solicita en subsidio se habilite repetición. Contesta demanda en subsidio.

Funda en derecho. Ofrece prueba y solicita se rechace la acción con costas.

A fjs. 188/189 la parte actora responde el segundo traslado y las excepciones deducidas.

A fjs. 194 la codemandada Hojalmar S.A. también contesta el traslado pertinente.

A fjs.206/209 se declara la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 de la Ley 24557.

A fjs. 211 se decreta la apertura a prueba del proceso.

A fjs. 235 y 255 obra informe del Correo Argentino.

A fjs. 256/263 obra informe de la Obra Social del Personal Municipal de Avellaneda Policlínica Antonio Cholo Garcia.

A fjs. 285/286 obra informe de Clínica Privada Velez Sarsfield S.A.

A fjs. 287/296 obra producido informe pericial contable.

A fjs. 310 y 382 se presenta la Dra. CAROLINA NATALIA CABEZAS en representación de SWISS MEDICAL ART S.A., quien denuncia que por Resolución SSN 37258 se aprobó la fusión por absorción de SMG ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. y LIBERTY ART S.A., con cambio de denominación por SWISS MEDICAL ART S.A.

A fjs. 328/344 obra pericia médica-psiquiátrica.

A fjs. 393 se presenta la Dra. ANDREA A. NESSI como mandataria de SWISS MEDICAL ART S.A.

A fjs. 396/401 obra informe pericial técnico.

A fjs. 403/407 obra producido informe pericial médico.

A fjs. 460/461 se realiza audiencia de vista de la causa recibándose el testimonio de los testigos propuestos por la parte actora: DAMIAN ANTONIO LOPEZ, NADIA SOLEDAD GARCIA, ROSALIA ACUÑA TORRES y CINTIA YESICA ROSA.

A fjs. 470/471 se celebra audiencia continuatoria de vista de la causa, en la que se recibe el testimonio de los testigos propuestos por la codemandada HOJALMAR S.A.: ELISA ELSA ESCOBAR, VICTOR HUGO ESQUIVEL y MARIA ALEJANDRA ALBARIÑO. A continuación se reciben los respectivos alegatos de las partes, y seguidamente quedan las actuaciones en estado de dictar veredicto y sentencia.

CUESTIONES DE DERECHO

.V O T A C I O N.

PRIMERA CUESTION: ¿Ha operado la prescripción de la acción entablada?

SEGUNDA CUESTION: ¿Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art.39 primer párrafo de la Ley 24557?

TERCERA CUESTION: ¿Corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 49 Disposición Adicional Primera de la Ley 24557 que modifica el art.75 de la L.C.T.?

CUARTA CUESTION: ¿Corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 1, 2, 4, 6, 8, 14, 15, 40, 49 cláusulas adicionales 3 y 5, todos los de la Ley 24557?

QUINTA CUESTION: ¿Es procedente la demanda instaurada? ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

La A.R.T. codemandada en la contestación de la demanda, y como defensa de fondo, interpuso la acción de prescripción.

En su planteo formula que la actora el día 14 de diciembre de 2010 efectuó la denuncia del siniestro, ocurrido el día 26 de agosto de 2010 (ver fjs. 158 vuelta).

Sin embargo en el mismo responde (ver fjs. 155 vuelta), y como defensa de la excepción deducida, y de manera confusa y contradictoria, señala: “el accidente por el que reclamo la actora aconteció -conforme denuncia de siniestro realizada por la contraparte el día 4 de junio de 2010.” (sic) “.Por otro lado, la demanda es iniciada en Agosto de 2012, transcurriendo en exceso el plazo legal de dos años, para enderezar la acción contra esta parte. Surge claramente que desde Junio del 2010 a Agosto de 2012 transcurrieron más de dos años.” (sic).

Cierto es que en el segundo traslado (ver fjs. 188/189), la actora negó rotundamente haber realizado denuncia alguna de lo acaecido a ella a la A.R.T. que le pertenecía.

Ahora bien, el informe pericial contable de fjs. 287/296 revela que “.Entre la empleadora nombrada y la aseguradora examinada suscribieron el contrato de afiliación n° 48357, celebrado el 01/02/2001 y con vigencia hasta el 30/09/2011, hallándose el accidente de trabajo denunciado con fecha 26/08/2010 comprendido dentro de la vigencia mencionada.”

De esta forma los demás datos volcados en la pericia de supuestos registros computarizados de la aseguradora, y lo propio que esta expresa en su responde (ver fjs.155 vuelta) no se condicen en absoluto con el tratamiento de esta litis, pues habla de un accidente del 4 de junio de 2010 por la pérdida de un embarazo de 6 meses, cuando como se resolviera en la séptima cuestión del veredicto, quedó probado que ese hecho sucedió el día 26 de agosto de 2010, y que por otra parte su ingreso laboral, como indica el informe: 01/01/2010, tampoco concuerda con el acreditado en autos, esto es el 3 de junio de 2010 (ver primera cuestión del veredicto).

Demás está decir, que la A.R.T. codemandada no acompañado a autos, la supuesta denuncia que dice haber realizado la actora, y que esta ha negado. Ni tampoco el rechazo que dice haber efectuado de la misma, tal como correspondía a su carga (artículo 6to. Y concordantes del Decreto 717/96 art. 6to. y art. 375 del CPCC.), situaciones ambas que en veredicto cuestión octava no se tuvieron por acreditadas

Además es dable destacar que la presente acción fue deducida en fecha 28 de agosto de 2012 (ver fjs. 84), resolviéndose que la toma de conocimiento de la incapacidad que afecta a R. es del día 9 de septiembre de 2010 (ver séptima cuestión del veredicto) (art. 258 de la L.C.T.) (Sexta y séptima cuestión del veredicto).

Por otra parte, y como se votara en la segunda cuestión del veredicto, con el intercambio cablegráfico adjunto, y las intimaciones allí efectuadas, R. suspendió el curso de la prescripción

de los reclamos en la acción intentada en los términos que dispone el art. 3986 segundo párrafo del C.C. (cfe. Arts. 3986, 3994, 3996 y concordantes del Código Civil).

Ahora bien, la A.R.T.codemandada señala que recibió una denuncia del hecho sucedido a la actora el día 26 de agosto de 2010, que si bien la citada denuncia esta negada y no acreditada, debemos entender que a pesar de ello, dicha aseguradora, por sus propios dichos en su responde, tenía conocimiento del hecho acaecido a R. el propio 26 de agosto de 2010, y además como no consta constancia de rechazo de la pretensión, entiendo que por el propio accionar de dicha parte en su contestación, reconoció y aceptó el infortunio laboral sucedido a la accionante, y frente a ese reconocimiento, cabe tener por interrumpida también el curso de la prescripción al momento de contestar la respectiva acción (conforme art. 6to. Del Decreto 717/96 y art. 3989 del C.C.).

Además y como se probó en la primera y tercera cuestión del veredicto, la extinción del contrato de trabajo se consumó el 1° de septiembre de 2010, de ahí que teniendo en consideración la fecha de inicio de la acción, esto es 28 de agosto de 2012, tampoco operó la prescripción (conforme art. 44 inciso primero última parte de la Ley 24557).

De esta forma, y conforme las consideraciones precedentemente indicadas, considero que no operó la prescripción de la acción intentada, de ahí que el planteo formulado por la A.R.T., debe ser rechazado (art. 256 de la L.C.T., arts. 3986, 3989, 3994, 3996 y concordantes del C.C., art. 6to. Y concordantes del Decreto 717/96), y con expresa imposición de costas, para lo cual se deberá tener en cuenta en la regulación las disposiciones de la Ley 14967 y de lo establecido en la doctrina Morcillo c/Provincia de Buenos Aires de la SCBA, fallo del 8/11/17.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

La parte actora cuestiona la constitucionalidad del art. 39 inciso 1ro. De la Ley 24557. Por su parte ambas demandadas han respondido dichos planteos.

Abocándonos al planteo, debemos decir que al respecto la Corte Suprema de Justicia ha zanjado definitivamente esta cuestión en el caso “Aquino”, pues resulta incuestionable que la comparación o cotejo ha de llevarse a cabo según los términos de la extensión del resarcimiento al que la víctima accedería en el marco del régimen común de responsabilidad civil emergente por aplicación de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil.

En efecto, teniendo en cuenta que la ley 24.557 eliminó o desarraigó de los accidentes o enfermedades laborales el aludido régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil (cfr. consid. 10º, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; consid. 5º, voto de los jueces Belluscio y Maqueda; consid. 12º, voto de la Jueza Highton de Nolasco), y que este último en tanto reglamenta el deber de no dañar consagrado en el art. 19 de la Constitución nacional expresa un régimen que regula cualquier disciplina jurídica (“Fallos”, 308:1118), aplicable a todos los habitantes de la Nación (art. 1, Código Civil), resulta evidente que su reemplazo por

un régimen especial de responsabilidad sólo puede ser constitucionalmente válido en tanto el mismo contenga, como mínimo, análogos alcances al sistema reparatorio del derecho común.

En este sentido, no resulta ocioso recordar que la ley 24.557, en su redacción original, no admitía reparación por ningún otro daño que no sea la pérdida de capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida (conf. consid. 6º del voto de Petracchi y Zaffaroni; consid. 9º del voto de Belluscio y Maqueda; consid. 4 del voto de Boggiano; consid. 11º del voto de Highton de Nolasco). Luego, en caso de verificarse en el caso concreto, tras el análisis de las pruebas conducentes que algunas de las facetas del daño resarcible ha quedado sin reparar, la inconstitucionalidad del art.39 de la ley 24.557 ha de imponerse para garantizar la supremacía constitucional. (conf. Doctrina SCBA. L. 81826 del 11-05-2005).

Avala lo expuesto lo indicado por el máximo Tribunal Nacional en cuanto a que las indemnizaciones fincadas en el régimen de la L.R.T. no “repara integralmente” el daño producido, y sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente (Fallos 327:3753 , considerando 6º pág. 3769). La L.R.T. no se adecua a los lineamientos constitucionales a pesar de haber proclamado que tiene entre sus objetivos, en lo que aquí interesa, “reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales (art. 1º, inc. 2.b.); y ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio alterum non laedere, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional y, por consiguiente por esa Corte, que no debe cubrirse sólo en apariencia” (con. CSJN. L. 515. XLIII – “Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/Taddei Eduardo y otro s/accidente – acción civil” del 17-08-2010).

En la especie, y conforme lo resuelto en la segunda cuestión del veredicto, la demandante acreditó padecer una incapacidad psíquica del 23% de la total obrera, de lo que tomara conocimiento el 9 de septiembre de 2010, con más los gastos derivados del tratamiento que debía realizar, a lo que cabe sumar la pretensión de los daños y perjuicios derivados de la pérdida de su hijo por nacer, sucedido el 26 de agosto de 1010, de lo que atribuye responsabilidad objetiva y subjetiva a las aquí demandadas

A la luz del calculo que resultarían las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo según texto Decreto 1278/2000 derivado de lo dispuesto en el art. 14 inciso 2do.Apartado a) y conforme a lo resuelto en el veredicto cuestión primera, teniendo en consideración el ingreso base y la edad de la parte actora, tenemos que la indemnización en el marco de la ley especial ascendería al importe de \$ 41.400 (PESOS CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS) después de realizada la siguiente formula: $\$3.477,46 \times 23\% \times 53 \times 100 : 20 = \$ 211.951$ – tope indemnizatorio Dec. 1278/2000: $\$ 180.000 \times 23\% = \$ 41.400$

Sin embargo y a la sazón que la acción se entabla en el marco de la reparación integral (arts. 1109, 1113 y cctes. Del C.C.), el cálculo no debe estar sujeto a fórmulas matemáticas que podrían desvirtuar su esencia indemnizatoria.

En ese sentido la CSJN, entiendo que ha receptado ese criterio en su pronunciamiento del 8 de abril de 2008 en autos: "Recurso de hecho deducido por Pablo Martín Arostegui en la causa Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L." y el reciente pronunciamiento del mismo Tribunal de fecha 4 de junio de 2013 en los autos caratulados: "Visone, Gloria Beatriz c/Hospital Vicente Lopez y Planes - Unidad Hospitalaria de General Rodríguez s/accidente de trabajo", que desestima la adopción de fórmulas matemáticas para fijar el quantum resarcitorio.

Pues bien, la reparación de los daños ocasionados a luz de lo que se ha tenido por acreditado en la primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto, como lo señalare en cuestiones posteriores, comprende una integralidad, en el caso el daño psicofísico, daño moral entre otros resultante de la pérdida del hijo por nacer, entre otras cuestiones que se han planteado, que surge de los inconvenientes, angustias, etc, entendiéndose como una modificación disvaliosa del espíritu de una persona, en el nuevo conocimiento de que la capacidad de entender, querer y sentir, que se produce en un modo de estar distinto del que se encontraba con anterioridad al hecho o acto antijurídico y anímicamente perjudicial (conf. art. 1083 y concordantes del Cód. Civil).

Ha dicho la SCJBA al respecto que: "En materia de hechos ilícitos cabe la reparación integral del perjuicio experimentado por la víctima, por lo que la indemnización debe cubrir tanto el daño material derivado de la minusvalía laborativa ocasionada por un accidente de trabajo como el de índole moral". (L 32846 S 21-12-1984), también que: "La acción por accidente de trabajo deducida por la vía civil procura la reparación integral de conformidad a los términos del art. 1069 del Código sustantivo y en consecuencia, deberán resarcirse todos los aspectos de la víctima en lo que se refiere a su personalidad integral y a su vida de relación (art.1078, Código Civil)" (L 69930 S 24-5-2000), y que "A los fines de la reparación integral que dispone la normativa de aplicación, el resarcimiento debe contemplar también la posibilidad de la inserción futura del trabajador dentro del mercado laboral" (L 78064 S 22-12-2004), entre muchos otros fallos al respecto.

El principio de reparación integral debe merituar el menoscabo producido en la víctima, la pérdida de ganancias e ingresos entre otras situaciones que se han peticionado, en su vida útil (art. 19 inciso a) Ley 24241) y lo que percibía como mejor remuneración mensual, normal y habitual durante el último año trabajado antes del infortunio, con más las implicancias que derivan del aborto del hijo que estaba en gestación.

De ahí, y que conforme se determinara en la oportunidad de evaluar la suma reparadora que correspondería a la parte actora percibir en tal sentido teniendo en consideración lo dicho en base a lo ya resuelto en la primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto y lo que resultaría del régimen especial según la determinación del cálculo antes señalado, me permite considerar y sin más sostener en el caso que el art. 39 de la ley 24.557 hace un "trato diferente" dado al empleador, al eximirlo de la responsabilidad consagrada por Código Civil para todos los habitantes configura un "indebido privilegio" que implica como contracara una "discriminación arbitraria del trabajador dañado", al vedarle el acceso a la reparación integral del daño, comprendiendo como tal a la reparación del "daño emergente", "lucro cesante" y

“daño moral” en los términos establecidos en forma general para todos los habitantes por el Código Civil.

Finalmente debo concluir que el art. 39 en su apartado 1ro. de la ley 24.557 resulta inconstitucional, por violentar los derechos consagrados por los art. 16, 17 y 19 de la CN y por lo establecido por el art. 75 inc 22 de la CN, también se vulneran los arts. 2 y 18 de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre; los arts. 1 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y los arts. 7 y 10 de la declaración Universal de Derechos Humanos.

Por lo expuesto es que considero que el reclamo de la parte actora por el daño sufrido motivo de la acción de la reparación de la lesión incapacitante psíquica y de la pérdida del hijo por nacer, se debe resolver a la luz de lo establecido en forma general para todos los habitantes como “derecho de daños” por el Código Civil, vertebado en especial por los previstos por los arts. 1113 y ccs. del Código Civil.

Propongo, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad, en su aplicación al caso de autos, de la norma del art. 39, apartado 1, de la ley 24.557, por violatoria de los principios y garantías contenidos en los arts. 14 bis, 17, 18, 19, 31 y ccs. de la Constitución Nacional y Tratados de jerarquía constitucional antes enunciados, sin costas atento la naturaleza jurídica de la cuestión planteada (arts. 12, 16, 19 y concordantes de la Ley 11653) sin costas.

Debe tenerse presente que como lo ha señalado como doctrina la SCJBA., al respecto de lo dispuesto en el art. 39 clausula primera de la L.R.T., que:

“Por lo demás, dicho precepto legal no exime de responsabilidad civil a las aseguradoras de riesgos del trabajo (sino exclusivamente a los empleadores), razón por la cual dichas empresas pueden ser demandadas y eventualmente condenadas por aplicación de las normas del Código Civil, incluso sin necesidad de efectuar el control de constitucionalidad del citado art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo. En ese sentido, ha declarado esta Corte que la procedencia de la acción directa entablada contra la aseguradora de riesgos del trabajo, a la que se considera - con fundamento en el art.1074 del Código Civil, civilmente responsable del daño padecido por el trabajador o sus derechohabientes, como consecuencia de un accidente de trabajo, no está supeditada al control de constitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557, toda vez que este precepto no exime a aquellas entidades de la responsabilidad civil frente a los trabajadores dependientes de los empleadores a ellas afiliados ni frente a sus derechohabientes (conf. causas L. 101.544, “Szewcruk”, sent. del 28-XII-2011; L. 103.075, “Vallejos”, sent. del 21-XII-2011; L. 95.988, “Mereles”, sent. del 6-X-2010; entre otras). (SCBA. L. 117.447, “E. , G. A. contra Municipalidad de Florencio Varela y otro/a. Accidente de trabajo-Acción especial” .

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

La parte actora cuestiona la constitucionalidad del artículo 49 Disposición Adicional Primera de la Ley 24557 que modifica el art. 75 de la L.C.T.

Al respecto la demandada y su A.R.T. han respondido dicho cuestionamiento.

En efecto, la parte actora denuncia que como consecuencia de diferentes incumplimientos derivados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo en que ha incurrido las demandadas fueron factores determinantes en el daño causado como así también la de graves omisiones que en cabeza de la empleadora y su A.R.T. impone la normativa del caso, y que de haberse adoptado las prevenciones correspondientes el daño se hubiera evitado, para ello plantea la inconstitucionalidad del art. 49 Disposición Adicional Primera de la Ley 24557 que modifica el art. 75 de la L.C.T.

La cláusula en cuestión establece:

“(Modificación de la Ley 20.744). Sustituyese el art.75 de la Ley 20.744 por el siguiente texto:

- 1) El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo, y hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal.
- 2) Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirán por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones en ellas establecidas”.
- 3) Por su parte los arts. 4 y 31 de la L.R.T., imponen a las A.R.T. el cumplimiento de tres deberes básicos que son: PREVENCIÓN, CONTROL Y DENUNCIA, y de no cumplir con alguno de ellos, deben responder civilmente (conforme art. 1074 del C.C.).

La disposición en tratamiento, se halla vinculada al “deber de seguridad personal del dependiente” impuesto al empleador, a efectos de compeler a éste último, a adoptar las medidas necesarias destinadas, a que las tareas cumplidas por el subordinado, lo sean en condiciones de seguridad adecuadas, con el objetivo de que el trabajador no llegue a sufrir daños que puedan evitarse, y mantener la indemnidad del mismo, y extendido también a la A.R.T. por los deberes que les impone la normativa señalada en el párrafo precedente.

La norma en cuestión, se halla en relación con lo dispuesto en los arts. 62 de la LCT.y 1198 del Código Civil, de aplicación subsidiaria en material laboral, rige dentro de la esfera o marco de un contrato de trabajo, como imperativo impuesto legalmente a una de las partes -el empleador-; este se encuentra compelido a cumplir con prestaciones “de hacer” relativas a la adopción de medidas de seguridad, y también a prestaciones de “no hacer”, relacionadas a la omisión de toda determinación o acción, que llegue a ser perjudicial para integridad psicofísica del dependiente.

Este deber de seguridad impuesto al empleador y que debe ser prevenido y controlado por la A.R.T. e incluso con la respectiva denuncia, puede ser exigido en su cumplimiento por el dependiente, aun en el supuesto de no haber padecido daño o perjuicio alguno; autorizándolo

incluso ante una situación de riesgo o de peligro creado, a retener la prestación de tareas, hasta tanto se subsanen las circunstancias o elementos que amenazan a su integridad, por parte del principal; en caso extremo, podría llegar a la resolución del vínculo laboral por la vía indirecta, por incumplimiento del patrono, al imperativo legal de seguridad en cuestión.

En el supuesto de que por incumplimiento patronal al deber de seguridad, llegue el dependiente a padecer daños en su persona, el mismo quedaría habilitado a reclamar su resarcimiento, que de acuerdo a la nueva norma contenida en el art. 49, “disposición adicional 1ra. apartado 2do.”, sólo lo podría hacer, peticionando únicamente las prestaciones de la Ley 24.557, y nunca por las disposiciones del derecho común; no obstante que hasta el presente, que la SCJBA., haya reiteradamente determinado que “su violación -de la empresa en cuanto al cumplimiento del deber de seguridad que le competía-, constituye el sustrato de la responsabilidad civil extracontractual en los términos del art. 1109 del Código Civil (L.35.578, 22-4-86; L.34.348, 30-4-85; L. 36.959, 18-8-87; etc.); en tanto que para la CNAT, Sala III (31-12-80, in re “Muscagorry c/Empr.Ferrocarriles Argentinos”), “el deber de seguridad impuesto por el art. 75 de la LCT, solo existe en el marco de un contrato de trabajo, y su incumplimiento constituye la omisión de un deber contractual; y por lo tanto puede acarrear la responsabilidad extracontractual del empleador, cuando degenera en un delito penal” (Legislación del Trabajo, XXIX, 271).

El supuesto en tratamiento -en consecuencia y forme a la otras disposiciones ya analizadas y respondiendo a la nueva postura legislativa-, viola el principio de “igualdad y de no discriminación” en tanto que “el trabajador, por su condición de tal exclusivamente”, le priva de reclamar la reparación integral del daño sufrido si hay responsabilidad contractual en el daño sufrido en el marco de las disposiciones del que se nutre el art. 1109 del C.C., art. 75 primer párrafo de la L.C.T., Ley 19587 y Decreto 351/79, pudiendo según el texto de la norma cuestionada reclamar las indemnizaciones tarifadas que en el caso emergen de la L.R.T.

Por su parte la doctrina de nuestro más alto Tribunal Provincial sobre el particular ha dicho que:

“Por lo demás, dicho precepto legal no exime de responsabilidad civil a las aseguradoras de riesgos del trabajo (sino exclusivamente a los empleadores), razón por la cual dichas empresas pueden ser demandadas y eventualmente condenadas por aplicación de las normas del Código Civil, incluso sin necesidad de efectuar el control de constitucionalidad del citado art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo. En ese sentido, ha declarado esta Corte que la procedencia de la acción directa entablada contra la aseguradora de riesgos del trabajo, a la que se considera - con fundamento en el art. 1074 del Código Civil civilmente responsable del daño padecido por el trabajador o sus derechohabientes, como consecuencia de un accidente de trabajo, no está supeditada al control de constitucionalidad del art.39.1 de la ley 24.557, toda vez que este precepto no exime a aquellas entidades de la responsabilidad civil frente a los trabajadores dependientes de los empleadores a ellas afiliados ni frente a sus derechohabientes (conf. causas L. 101.544, “Szewcruk”, sent. del 28-XII-2011; L. 103.075, “Vallejos”, sent. del 21-XII-2011; L. 95.988, “Mereles”, sent. del 6-X- 2010; entre otras).

(ii) De lo expuesto se colige, asimismo, el desacierto evidente que porta la afirmación de la impugnante relativa a que “en ningún caso” las aseguradoras de riesgos del trabajo pueden ser

responsabilizadas civilmente por los daños sufridos por los trabajadores como consecuencia de siniestros laborales, postura que -vale recalcar- resulta frontalmente opuesta tanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuanto a la concordante doctrina legal de esta Suprema Corte.

En efecto, reiteradamente ha sido señalado que no existe obstáculo jurídico alguno para que, verificados los presupuestos legalmente establecidos en el Código Civil, las aseguradoras de riesgos del trabajo puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños sufridos por los trabajadores como consecuencia del incumplimiento -o deficiente cumplimiento- de los deberes de prevención, seguridad y control de los riesgos del trabajo que el sistema de la ley 24.557 pone a su cargo, debiendo en tal hipótesis reparar integralmente los perjuicios originados (conf. C.S.J.N., causas P.685.XLV, “Pacheco, Antonio Manuel c/La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A. y otro s/accidente acción civil”, sent. del 23-III-2013; T.205.XLIV, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro” , sent. del 31-III-2009; S.1478.XXXIX, “Soria, Jorge Luis c/RA y CES S.A. y otro” , sent. del 10-IV-2007; S.C.B.A., causas L. 114.411, “Díaz”, sent. del 12-VI-2013; L. 103.810, “Montiel”, sent. del 30-V-2012; L. 103.075, “Vallejos”, sent. del 21-XII-2011; L. 96.238, “M., B.”, sent. del 9-XI-2011; L.100.966, “Zapata”, sent. del 14-IX-2011; L. 91.016, “L., R.”, sent. del 6-VI-2011; L. 101.094, “Berthet”, sent. del 27-IV-2011; L. 95.988, “Mereles”, sent. del 6-X-2010; L. 101.137, “Brest”, sent. del 14-VI-2010; L. 98.584, “Bordessolies de Andrés”, sent. del 25-XI-2009; L. 96.124, “L., N.”, sent. del 15-VII-2009; L. 92.370, “Dodds”, sent. del 18-II-2009).

En tales precedentes se descartó la supuesta -y, en rigor, inexistente- imposibilidad de responsabilizar a las aseguradoras de riesgos del trabajo por reclamos planteados por fuera de la ley 24.557, señalando que en modo alguno puede sostenerse, con alcance general, que cualquiera fuese el incumplimiento en que incurran respecto de las obligaciones de prevención y control que la ley les impone, y aun de su eficiencia causal respecto del daño padecido por el trabajador, dichas empresas gocen de inmunidad proveniente de una suerte de exención - completa y definitiva- de responsabilidad civil.

Ello así, porque no resulta aceptable entender que las aseguradoras de riesgos del trabajo son meras espectadoras del hacer del empleador con el fin de prevenir los riesgos del trabajo, toda vez que, muy por el contrario, en el diseño normativo de la ley 24.557 se les ha otorgado un rol esencial para lograr los objetivos preventivos allí previstos. En consecuencia, cuando las aseguradoras de riesgos del trabajo incumplen o cumplen deficientemente -por acción u omisión- con los deberes de seguridad, prevención y control que la Ley de Riesgos del Trabajo pone a su cargo, y siempre que esos incumplimientos se vinculen causalmente con los daños sufridos por los trabajadores, no hay obstáculo alguno para responsabilizar a dichas empresas en los términos del derecho común.

En tales supuestos, verificado el carácter cuasi delictual de la obligación y situados, por lo tanto, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual en que incurre la aseguradora por omisión de los deberes legales a su cargo, el resarcimiento debido queda ligado y determinado por los parámetros de integridad previstos por la normativa de derecho común y ajeno, por lo tanto, a las prestaciones de la ley 24.557, marco reparador extraño al fundamento y naturaleza de condenas como la aplicada en autos.

Concordantemente, en el citado precedente “Torrillo”, la Corte federal respaldó enfáticamente la posibilidad de responsabilizar civilmente a las aseguradoras de riesgos del trabajo por los daños sufridos por los trabajadores como consecuencia de los incumplimientos de los deberes que la ley 24.557 pone a su cargo. Así, señaló expresamente el máximo Tribunal en el mentado fallo que: “no existe razón alguna para poner a una A.R.T. al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales” (conf. C.S.J.N., T.205.XLIV, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, sent. del 31-III-2009, consid. 8° del voto de la mayoría). (SCBA – causa L. 117.447, “E. , G.A. contra Municipalidad de Florencio Varela y otro/a. Accidente de trabajo-Acción especial” – fallo de fecha 29 de abril de 2015).

Por todo lo expresado, propongo se declare inconstitucional la cláusula adicional 1ra del art. 49 de la Ley 24.557, por violar el “principio de igualdad ante la ley y de no discriminación”, y en su consecuencia inválida e inaplicable al caso de los presentes obrados con fundamento en los dispuesto en la Constitución Nacional, arts.: 14 bis, 16, 20, 31, 75 inc. 22 y 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, considerando 3er.párrafo y Preámbulo; “Declaración Universal de Derechos Humanos”, arts. 1º, 2º y 7º; “Convención Americana sobre Derechos Humanos” – “Pacto de San José de Costa Rica” (Ley 23.054), arts. 5, 8 y 24; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Ley 23.313), Preámbulo, arts. 1º, 2º, 3º, 14 y 26; “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Ley 23.313), Parte II, arts. 2º, 2º párrafo, 4 y 5; “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, (Ley 17.722), arts. 2 inc. a), b), d), 3º, 5º, en especial inc. d) y 6º, sin costas.-

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA CUARTA CUESTION PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

En virtud de lo resuelto en la segunda y tercera cuestión del presente, los planteos de inconstitucionalidad formulados por la parte actora respecto de los artículos 1, 2, 4, 6, 8, 14, 15, 40, 49 cláusulas adicionales 3 y 5, todos los de la Ley 24557, deben ser declarados en abstracto y sin costas.

Sobre el particular se ha dicho que: “.Tratándose de una pretensión resarcitor ia basada en la responsabilidad civil del empleador resulta inoficiosa la declaración de inconstitucionalidad de los arts.1, 2, 6, 8, 14, 15, 21, 22, 40, 46 y 49 disposiciones adicionales 3 y 5 de la ley 24.557. LEY 24557 Art. 1 ; LEY 24557 Art. 2 ; LEY 24557 Art. 6 ; LEY 24557 Art. 8 ; LEY 24557 Art. 14 ; LEY 24557 Art. 15 ; LEY 24557 Art. 21 ; LEY 24557 Art. 22 ; LEY 24557 Art. 40 ; LEY 24557 Art. 46 ; LEY 24557 Art. 49 ; LEY 24557 Art. 1 ; LEY 24557 Art. 3 ; LEY 24557 Art. 5.” (SCBA, L 80151 S 26-10-2005).

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

A LA QUINTA CUESTION PLANTEADA: El Sr. Juez Dr. Luis Alberto Gomez dijo:

Atento que en la presente litis se debate por el cobro de indemnizaciones por despido y embarazo y por el otro el de daños y perjuicios en el marco del derecho común, corresponde a los fines de un mejor ordenamiento el tratamiento de las cuestiones por separado.

I.- DEL RECLAMO DE DESPIDO E INDEMNIZACIÓN POR EMBARAZO:

Conforme se votara en la primera, segunda y tercera cuestión del veredicto, se acreditó el carácter de vínculo dependiente que unió a la trabajadora R. con la codemandada Hojalmar S.A., registrándose como fecha de ingreso al trabajo la del 3 de junio de 2010 (arts. 21, 22 y concordantes de la L.C.T.).

En cuanto a las tareas cumplidas, si bien Hojalmar S.A., la categorizó como operaria calificada según los recibos de pago de haberes acompañados (ver fjs.18 a 24), conforme se acreditó en veredicto cuestión primera, sexta, séptima y octava, diversas fueron las funciones desarrolladas por R., desde empaquetar en la línea de producción, como así también levantar, ordenar y acomodar cajas de galletitas de distinto peso, barrer y baldear los sectores de la fábrica, donde se ubicaban las maquinas, el patio y los baños y limpiar todas las maquinas, tareas todas ellas de modo normal y habitual.

Ahora bien, el ingreso al trabajo de la accionante lo fue mediante la celebración de un contrato a plazo fijo, con inicio el 3 de junio de 2010, y cuyo vencimiento operaría el día 1° de septiembre de 2010 (primera cuestión del veredicto) (art. 90 inciso a) de la L.C.T.).

Habiendo cuestionado la parte actora este tipo de modalidad de contratación (ver segunda cuestión del veredicto), pues bien quedaba en cabeza de la empleadora codemandada la acreditación de los presupuestos fácticos que impone claramente el art. 90 inciso b) de la L.C.T., es decir que: “.b) que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen .”

Pues bien, y como se votara en la primera cuestión del veredicto, Hojalmar S.A., ningún tipo de prueba acompañó al proceso para pretender validar esta modalidad de contratación como correspondía a su carga (art. 375 del CPCC. Art. 90, 91, 92 y concordantes de la L.C.T.).

Se parte de la base de entender que la L.C.T. en sus artículos 90 y 91 en concordancia con el art. 27 primer párrafo de la L.N.E., ha privilegiado el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, y particularmente en el caso, las excepciones son los contratos a término, y precisamente como impone el art.92 de la L.C.T., la carga de la prueba de que el contrato es por tiempo determinado estará a cargo del empleador, y es en este sentido que la empleadora codemandada no arrojó al proceso prueba alguna sobre el particular como correspondía a su carga (art. 375 del CPCC en concordancia art. 92 de la L.C.T.).

De esta manera se concluyó en veredicto cuestión primera, que el contrato de trabajo que unió a R. con Hojalmar S.A. a partir del 3 de junio de 2010, y hasta el 1° de septiembre de 2010, lo fue de carácter permanente y de tiempo indeterminado (conforme art. 90 primer párrafo, 91, 92 y concordantes de la L.C.T., art. 27 primer párrafo de la Ley 24013).

En cuanto al horario de trabajo impuesto a la actora, lo fue de orden nocturno, y que se desarrollaba de 2230 a 630 horas, diariamente desde el día domingo y hasta el sábado a la mañana. También se acreditó que la accionante cumplía horas extras, las cuales eran abonadas (arts. 200, 201 y concordantes de la L.C.T.). Conforme a lo expuesto, quedó demostrado que la jornada de trabajo nocturna cumplida por la demandante excedía las 7 (siete) horas que impone el art. 200 de la L.C.T.

Fue también objeto de probanza que el mejor salario percibido por la actora fue el correspondiente al mes de julio del año 2010, y que alcanzó el importe de \$ 3.479,94 mensuales, y que por su parte el ingreso bajo mensual fue de \$ 3.477,46 (primera cuestión del veredicto).

Se demostró también que la extinción del contrato de trabajo lo fue despido sin justa causa resuelto por la empleadora codemandada a través del curso de la C.D. de fecha 5 de agosto de 2010 (ver fjs. 16), distracto que se hizo efectivo a partir del día 1° de septiembre del año 2010 (segunda y tercera cuestión del veredicto) (art. 13, 243, 245 y cctes. De la L.C.T.)

En efecto y como se probara en el veredicto cuestión primera, segunda y tercera, al no haberse acreditado los motivos por los cuales la codemandada resolvió contratar a la actora mediante la celebración de un contrato a plazo fijo (arts. 90,91, 92 y cctes. De la L.C.T. y art 27 primer párrafo de la LCT.), la comunicación de preaviso de ese supuesto contrato a término que pretendió efectuar Hojalmar S.A., además de ser insuficiente (art. 94 de la L.C.T.) dado que fue comunicado el 5 de agosto de 2010 para concluir el 1° de septiembre de 2010 y ser cuestionado por accionante por fraudulento a través del envío de la C.D. de fecha 31 de agosto de 2010 (ver segunda y tercera cuestión del veredicto), el preaviso concedido en dicha misiva por Hojalmar S.A. a R., carece de total validez jurídica (art.13 de la L.C.T.), puesto que al no probarse las razones o motivos que indujeron la celebración de este tipo de contrato de trabajo a término, (cfe. Art. 375 del CPCC, 90, 91,92 y cctes. De la L.C.T.), el mismo se entenderá como un contrato de trabajo por tiempo indeterminado y permanente (art.90 primer párrafo, 91 y cctes. De la L.C.T.), de ahí que como se resolviera en veredicto, la comunicación cablegráfica, sólo se entenderá como notificación de despido directo que se efectuó precisamente el 5 de agosto de 2010, y sin justa causa, y que se consumara el día 1° de septiembre de 2010 (arts. 13, 90,91, 92 y cctes. De la L.C.T., art.27 primer párrafo de la LNE.), sin que conste acreditado que la empleadora de la actora haya retractado la extinción del contrato de trabajo comunicada, pese a las misivas enviadas por la accionada el 31 de agosto de 2010 y 10 de septiembre de 2010, en las que de su tenor se aprecia , por el tenor allí inserto en cada una de ellas, la necesidad de proseguir con la continuación del vínculo laboral (primera, segunda y tercera cuestión del veredicto) (arts. 62, 63, 234 y cctes. De la LCT).

De esta forma, la extinción del contrato de trabajo fue dispuesta por la empleadora codemandada mediante despido directo sin justa causa, decisión esta comunicada a R.

mediante el envío de la C.D. de fecha 5 de agosto de 2010 (segunda y tercera cuestión del veredicto) (art. 243 y cctes. De L.C.T.), y que se consumara el día 1° de septiembre de 2010.

Conforme a lo expuesto, y lo votado en la primera, segunda y tercera cuestión del veredicto, corresponde en el caso la indemnización sustitutiva del preaviso (un mes) y la integración del mes de despido (septiembre de 2010), ambos rubros con más la incidencia del S.A.C. (arts. 231, 232, 233 y concordantes de la L.C.T.).

Se parte de la base de entender que es un mes lo corresponde por indemnización sustitutiva del preaviso, pues la actora desde el inicio del contrato de trabajo al que se lo ha tenido de manera permanente e indeterminado, no ha estado en periodo de prueba (arts. 9 primer párrafo, 90,91, 92,92 bis, 231, 232, 233).

Ambos rubros indemnizatorios corresponderá adicionar el agravamiento dispuesto en el art. 2do. De la Ley 25323, desde que la actora mediante las C.D. de fecha 13 y 17 septiembre de 2010 (ver fjs. 7 y 9) (segunda y tercera cuestión del veredicto), intimo por su pago, no existiendo constancias en autos que ello fuere cumplido, debiendo ocurrir a esta instancia para perseguir su cobro (art. 2do.Ley 25323).

Distinta suerte ha de correr la petición de cobro de indemnización por antigüedad con más la incidencia del S.A.C., puesto que R. no alcanzo más de 3 (tres) meses de antigüedad en el empleo (art. 245 de la L.C.T.), de ahí que su reclamo debe ser rechazado (art. 726 del CCC) con costas (art. 19 de la Ley 11653) y con el beneficio previsto en el art. 22 de la citada norma de rito.

Ahora bien la accionante reclama el cobro de las indemnizaciones del art. 182 de la L.C.T., puesto que al momento de la comunicación de despido, su empleadora codemandada tenía conocimiento de su embarazo, y que fue debidamente acreditado.

Considero que asiste total razón a la accionante, me explico:

Conforme se votara en la sexta cuestión del veredicto, Hojalmar S.A. tenía un conocimiento idóneo y acabado del embarazo que gestaba R., que a ese momento llevaba casi un tiempo de 3 (tres) meses, tanto por que la accionante hizo saber la situación al servicio médico externo de su empleadora, como así también desde iniciada la prestación laboral su supervisora Elisa Elsa Escobar sabía y conocía plenamente el embarazo que gestaba la trabajadora. (sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Escobar siempre la apodaba “la embarazada”, y permanentemente le decía, cuando la accionante le solicitaba una silla para seguir trabajando en la cinta o que no le diera tareas que le impliquen esfuerzo físico que ponga en riesgo su hijo por nacer, constantemente la encargada le manifestaba: “para vos no hay ninguna silla” “la única silla que hay es para mí” “no estas enferma, estas embarazada” “que no le importaba su condición de embarazada” “que odiaba a las embarazadas” (sexta, séptima y octava cuestión del veredicto)

Es decir si la supervisora directa de R.tenía conocimiento de su estado de gestación, su empleadora no podía estar indiferente o ausente a ello.

Por su parte las testigos Garcia, Acuña Torres y Sosa, compañeras de trabajo de la actora, y las dos primeras en el mismo turno, conocían y sabían del embarazo que presentaba R. (sexta, séptima y octava cuestión del veredicto). Es más, ellas indicaron en el acto de vista de la causa, que en los meses de julio y agosto de 2010 el embarazo que llevaba la accionante, era muy notorio a simple vista.

También se llegó a la conclusión en veredicto cuestión sexta, que el servicio de medicina externo de la empleadora codemandada, en este caso Clínica Velez Sarfield, pudo conocer el estado de gestión que portaba R. al momento de la realización del examen preocupacional, esto es el 26 de abril de 2010, pues si bien junto con los informes de fjs. 285/286, no se han remitido el resultado de los exámenes de rutina de ese tipo como sangre y orina entre otros como lo indica la Resolución SRT 37/10 Anexo I, la realización de los mismos como lo exige la norma citada, permite entender como indicios y semiplena prueba que dicho servicio médico tuvo conocimiento del embarazo de R., y que ello fue comunicado a su cliente Hojalmar S.A. (conforme art. 2do. , 7to, Y Anexo I y concordantes de la Resolución SRT 37/10).

Como lo indica el art. 2 de la Resolución SRT. 37/2010:

“Art. 2º – Exámenes preocupacionales: objetivos, obligatoriedad, oportunidad de su realización, contenidos y responsables.

1. Los exámenes preocupacionales o de ingreso tienen como propósito determinar la aptitud del postulante conforme sus condiciones psicofísicas para el desempeño de las actividades que se le requerirán. En ningún caso pueden ser utilizados como elemento discriminatorio para el empleo. Servirán, asimismo, para detectar las patologías preexistentes y, en su caso, para evaluar la adecuación del postulante -en función de sus características y antecedentes individuales- para aquellos trabajos en los que estuvieren eventualmente presentes los agentes de riesgo determinados por el Decreto Nº 658 de fecha 24 de junio de 1996.

Queda excluida de los exámenes preocupacionales la realización de reacciones serológicas para la detección de la enfermedad de Chagas-Mazza, conforme a lo establecido en el artículo 5º de la Ley Nº 26.281.

2. La realización de los exámenes preocupacionales es obligatoria, debiendo efectuarse de manera previa al inicio de la relación laboral. La realización del examen preocupacional es responsabilidad del empleador, sin perjuicio de que el empleador pueda convenir con su Aseguradora de Riesgos del Trabajo (A.R.T.) la realización del mismo.

3. Los contenidos de estos exámenes serán, como mínimo, los del ANEXO I de la presente resolución. En caso de preverse la exposición a los agentes de riesgo del Decreto Nº 658/96, deberán, además, efectuarse los estudios correspondientes a cada agente detallados en el ANEXO II de la presente resolución.

Por su parte el Anexo I del citado resolutivo, que trata sobre LISTADO DE LOS EXAMENES Y ANALISIS COMPLEMENTARIOS GENERALES que deben realizarse en un examen preocupacional indica de manera obligatoria:

I. Examen físico completo, que abarque todos los aparatos y sistemas, incluyendo agudeza visual cercana y lejana.

II. Radiografía panorámica de tórax.

III. Electrocardiograma.

IV. Exámenes de laboratorio:

A. Hemograma completo.

B. Eritrosedimentación.

C. Uremia.

D. Glucemia.

E. Orina completa.

V. Estudios neurológicos y psicológicos cuando las actividades a desarrollar por el postulante puedan significar riesgos para sí, terceros o instalaciones (por ejemplo conductores de automotores, grúas, autoelevadores, trabajos en altura, etcétera).

VI. Declaración jurada del postulante o trabajador respecto a las patologías de su conocimiento.

De esta forma, la citada codemandada y conforme lo determina el art.386 del CPCC., debió ofrecer prueba en contrario acerca que supuestamente del resultado de análisis y exámenes médicos realizados a la actora, R. no era portadora de un embarazo. Sobre el particular ninguna prueba se ofreció en ese sentido (art. 375 del CPCC.).

De esta forma se concluyó que tanto el servicio de medicina externo como Hojalmar S.A., estaban en conocimiento del embarazo gestado por la actora al momento del examen preocupacional (art. 375, 386 y cctes. Del CPCC., Resolución SRT 037/10) (sexta cuestión del veredicto).

Ahora bien, y como precise en veredicto cuestión sexta, la actora no curso las comunicaciones respectivas al modo indicado en los arts. 177 y 178 de la L.C.T., , sin embargo determinados elementos de juicio explicitados en el veredicto, denotaran que a pesar de ello, existió anoticiamiento y conocimiento idóneo respectivamente por parte de Hojalmar S.A. del embarazo que portaba la accionante desde el comienzo del contrato de trabajo, e incluso ya desde la realización del examen preocupacional, tal como se votara en la sexta, séptima y octava cuestión del veredicto, y lo explicitado en párrafos precedentes, respectivamente.

Ahora bien, y al respecto, se entiende que la exigencia del artículo 178 de la L.C.T., no se trata de una formalidad “ad solemnitatem”, sino que nos encontramos ante un requisito ad probationem, que admite diversos medios probatorios para acreditar el conocimiento del principal del estado de embarazo. (conforme Raúl Horacio Ojeda en su obra LEY DE CONTRATO DE TRABAJO comentada y concordada – Tomo II – Editorial Rubinzal – Culzoni Editores página 502).

El mismo autor indica que se ha aceptado que si la empleadora admite haber tenido conocimiento de que la trabajadora se encontraba embarazada, el requisito de notificación por escrito de dicho estado implica un exceso de rigor formal. En el mismo sentido, se ha resuelto que cuando el empleador conoce el embarazo de la trabajadora no puede alegar no haber sido informado de él para desligarse de la responsabilidad indemnizatoria especial, porque la finalidad de la carga informativa ha sido cumplida por otros medios. Del mismo se ha considerado que si bien el artículo 178 exige como requisito para que proceda la indemnización especial allí establecida que exista comunicación fehaciente del embarazo por parte de la trabajadora, cabe admitir como excepción el caso en que el estado de gravidez es tan notorio que pueda reconocerse a simple vista, en términos de elemental sentido común. (tal como sucede en la especie). También se ha afirmado que el principio de buena fe, impide que la falta de comunicación formal del embarazo de la trabajadora, cuando éste configure un hecho ostensible y, por ello, conocido por el empleador, sea invocado por el último para sustraerse de los efectos de la presunción establecida en el artículo 178 de la L.C.T. (mismo autor y obra – páginas 502 y 503).

En concordancia con ello, nuestro cívico Tribunal Provincial ha establecido como doctrina, que resulta de aplicación a ese Litis, que:

“Acreditado de manera fehaciente que al tiempo de ser intimado por el cumplimiento de diversas obligaciones contractuales el empleador estaba en conocimiento de la gravidez de su dependiente, dada -además- la inculcable notoriedad inherente a un embarazo avanzado, cabe afirmarse en la premisa de que el recaudo de la notificación fehaciente de dicho estado se traduce -en el caso- en una exigencia meramente formal, ya que su imposición -a la luz de los hechos comprobados- resulta contraria al principio general de buena fe que debe gobernar la conducta de las partes del contrato de trabajo (art. 63, L.C.T.), y a la propia télesis de los preceptos legales en cuestión (arts. 177 y ccs., ley cit.), definida por la protección de la maternidad, y ello de consuno con la inteligencia de que en la tarea de interpretar la ley no se puede prescindir de la finalidad perseguida por la norma de que se trate.” (SCBA LP L 93221 S 02/12/2009 – Carátula: Avila, Carina del Luján c/ Fernández, José Blas s/ Despido).

De esta manera, y de acuerdo a lo votado en la primera, tercera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto, considero que el despido directo sin causa comunicado por Hojmar a la trabajadora R. día 5 de agosto de 2010 (ver C.D. de fjs. 16) para consumarse el día 1° de septiembre de 2010, obedece a su condición de embarazo que llevaba al momento de la citada comunicación rescisoria -y que con anterioridad a ello la empleadora codemandada ya tenía conocimiento idóneo del mismo como se explicitara en veredicto y precedentemente - (conforme arts. 177, 178, 182, 243 y concordantes de la L.C.T.), y que precisamente y cómo surge de veredicto al momento de la notificación del distracto, la accionante se encontraba dentro del periodo de protección que establece el art. 178 de la L.C.T., de ahí que resultado ajustado a derecho el reclamo de cobro de la indemnización establecida en el art. 182 de la L.C.T.

Por su parte, y las circunstancias que sobreviniera el aborto del hijo por nacer de la actora, y en las circunstancias que se determinara en veredicto cuestión primera, sexta, séptima y octava, hecho este sucedido a partir del 26 de agosto de 2010 (séptima y octava cuestión del

veredicto), no exime a la empleadora codemandada del agravamiento indemnizatorio, pues precisamente la comunicación de despido sin causa se efectuó a R. cuando aún se encontraba embarazada, esto es el 5 de agosto de 2010 (ver C.D. de fjs. 16), e ingresando casi al sexto mes de embarazo, siendo que antes de comunicación de la rescisión del vínculo laboral, Hojalmar S.A. tenía idóneo y acabado anoticiamiento del embarazo que gestaba la demandante (primera, segunda, tercera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto) (art. 62, 63, 177, 178 y concordantes de la L.C.T.).

Distinta suerte han de correr los reclamos por cobro del S.A.C. proporcional 2do.Semestre del año 2010 como así también de las Vacaciones Proporcionales del mismo año.

En efecto, y de la propia instrumental que acompaña la parte actora, esto es recibo de pago de haberes de fjs. 18, ambos rubros consta abonados, como así también lo confirme la pericial contable de fjs. 287/296 (ver anexo de fjs. 287 columna 6 y 8 y fjs. 292) (cuarta cuestión del veredicto), de ahí que el reclamo debe ser rechazado (art. 138 y concordantes de la L.C.T., art. 726 del C.C.C.), con costas a la accionante (art. 19 y 22 de la Ley 11653).

Idéntico destino ha de ocurrir respecto del reclamo de la indemnización establecida en el art. 80 de la L.C.T., pues como se votara en la quinta cuestión del veredicto, no surge acreditado que en la presente Litis la actora reclamara por la entrega del certificado de trabajo que prescribe el art. 80 de la L.C.T., y sólo ello fue objeto de petición en el intercambio cablegráfico, pero no fue plasmado en la acción incoada (art. 26 y concordantes de la Ley 11653), de ahí que esta situación obsta claramente que prospere el reclamo indemnizatorio correspondiente a la norma ya citada, y de ahí que debe ser rechazado (art. 26 y concordantes de la Ley 11653, art. 726 del CCC y concordantes) con costas (art. 19 y 22 de la Ley 11653)

Por su parte, y respecto de la consignación deducida por la empleadora codemandada de la certificación de servicios y remuneraciones que efectúa en la contestación de la demanda y que agrega a fjs. 113/115, tal como se votara en la quinta cuestión del veredicto, no surge cumplida la exigencia que marca el art. 80 de la L.C.T., en cuando hace a la entrega del certificado de trabajo y de aportes que regula la norma en ciernes, instrumentos los cuales no consta que hubieran sido objeto de entrega y de consignación.

Al respecto la SCBA ha establecido como doctrina:

“El art.80 de la Ley de Contrato de Trabajo impone dos obligaciones instrumentales diferentes en cabeza del empleador. En primer lugar, el precepto consagra un deber que consiste en la entrega, a pedido del interesado, de una “constancia documentada” del ingreso de los fondos de la seguridad social y los sindicales a su cargo, requerimiento que puede concretarse durante la vigencia de la relación laboral (en tanto medien causas razonables), o bien, al tiempo de la extinción (sin ningún condicionamiento) (art. 80, 1er.º párrafo, segunda parte L.C.T.). En segundo término, la norma establece la obligación de otorgar un “certificado de trabajo” al momento de la disolución del vínculo, sin necesidad de que medie solicitud por parte del trabajador (art. 80, 2º párrafo, L.C.T.). Finalmente, el último párrafo del precepto (incorporado por el art. 45 de la ley 25.345) sanciona la falta de entrega de cualquiera de esas dos certificaciones, en los términos y condiciones reglados por la normativa de aplicación (art. 80, 3º párrafo, L.C.T.). (SCBA, L 98696 S 4-5-2011).

En igual sentido se dijo que:

La obligación instrumental del empleador establecida en el segundo párrafo del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo consiste en la entrega del certificado de trabajo y supone informar con veracidad acerca de los datos que la misma norma señala (tiempo de prestación de servicios, naturaleza de los mismos, constancias de sueldos percibidos y de aportes y contribuciones realizados con destino a la seguridad social) a los que debe agregarse la información que dispone el artículo sin número del capítulo VIII del Título II, incorporado a la Ley de Contrato de Trabajo por la ley 24.576. Pero con ella no se agota el contenido obligacional de la norma pues el empleador debe, además, entregar la constancia documental a la que precisamente alude el recurrente en la presentación bajo examen.

La ley no establece qué forma ha de tener el certificado y algunas empresas lo emiten en el formulario PS62 de ANSeS (como acontece en la especie), llamado "Certificación de servicios y remuneraciones". Sin embargo, aunque tales instrumentos contienen datos similares (no siempre coincidentes), sus finalidades son distintas; el previsto en la Ley de Contrato de Trabajo está destinado a su exhibición a los fines de la obtención de un nuevo empleo, mientras que mediante el restante se procura una prestación previsional.

Más allá del formulario escogido por la demandada para extender la certificación en cuestión, resulta evidente que la misma no abastece los requerimientos que la norma impone.

Tampoco se adjuntó la correspondiente constancia del ingreso de los fondos de la seguridad social y sindical (esto último si correspondiere), por lo que el recurso, en esta parte, debe prosperar. En consecuencia, debe revocarse la sentencia en ese tramo y ordenarse el cumplimiento de la entrega del certificado de trabajo en los términos previstos en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo y la constancia documentada referida (art. 80, 1º párr.). SCBA causa L. 100.241, "Sánchez, Jorge Alberto contra Jafer S.R.L. Despido". 26 de octubre de 2010

Conforme a ello y lo resuelto en veredicto cuestión quinta, la consignación efectuada debe ser rechazada (art. 726 del C.C.) sin costas (art. 19 de la Ley 11653).

LIQUIDACION:

A continuación procedo a practicar liquidación de los rubros que prosperan de este capítulo, teniendo en consideración lo votado en veredicto, el informe pericial contable de fjs. 287/296 y lo dispuesto en el art. 44 inciso e) segundo párrafo de la Ley 11653.

- 1) Indemnización sustitutiva del preaviso \$3769
 - 2) Integración del mes de despido (septiembre/10) \$3769
 - 3) SAC s/Preaviso e integración \$627
 - 4) Art. 2do. Ley 25323 \$4082
 - 5) Art. 182 LCT \$45228
- TOTAL \$57479

La suma de condena que propongo por los rubros derivados del despido, indemnización art. 182 LCT entre otras acreencias, y que deberá asumir su pago la codemandada HOJALMAR S.A., asciende a \$ 57.479 (PESOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE) a la que deberá adicionársele los intereses pertinentes desde la consumación del despido (fecha: 1 de septiembre de 2010) hasta el efectivo pago.

A esos fines y teniendo en consideración la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, lo dispuesto por su artículo 7° primer párrafo, y dado que aún a los efectos de establecer los intereses moratorios, el Banco Central no ha previsto aun las reglamentaciones sobre las tasas a aplicar (art. 768 inciso c) del CCN, corresponde en la especie proceder conforme la doctrina de nuestro más alto Tribunal Provincial sobre los intereses a aplicar, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme a las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (arts. 622 y 623 del Código Civil, arts. 7, 768 inciso c y 770 CCC, arts. 7 y 10 Ley 23928) (SCBA. B-62488 del 18 de mayo de 2016), con las aclaraciones que paso a señalar.

Y dado que en la propia página Web de la Suprema Corte de Justicia, existe una variante más favorable para los trabajadores, la tasa pasiva para los plazos fijos digitales a 30 días, soy de opinión que esa es la tasa que deberá aplicarse en el particular (SCBA, “ZOCARO, TOMAS ALBERTO C/ PROVINCIA A.R.T. S.A. Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (L-118615 del 11 de Marzo de 2015), doctrina que resulta de apoyatura evidente para lo anteriormente expuesto y me libera de mayores comentarios al respecto.

De esta forma los intereses en cuestión deberán calcularse con arreglo a la tasa pasiva digital desde que el capital resulta debido hasta su efectivo pago (SCBA, “ZOCARO, TOMAS ALBERTO C/ PROVINCIA A.R.T. S.A. Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (L-118615 del 11 de Marzo de 2015 y B-62488 del 18 de mayo de 2016). También se ha dicho recientemente por nuestro más alto Tribunal Provincial, que los intereses se calcularán, exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los periodos comprendidos; y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarfield; 7 y 768 inc. “c”, Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, Ley 23928 y modif.) (SCBA LP L 118587 Trofe, Evangelina Beatriz contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/Enfermedad Profesional del mes de junio de 2016).

COSTAS:

Respecto del tratamiento de esta cuestión, propongo se impondan a la codemandada HOJALMAR S.A. de aquellos rubros que prosperan (art. 19 de la Ley 11653), y de que aquellos que no proceden, se impondan a la parte actora (arts.19 y 22 de la Ley 11653), para lo cual en las respectivas regulaciones, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 14967 y lo establecido en la doctrina Morcillo c/Provincia de Buenos Aires de la SCBA, fallo del 8/11/17.

II.- DEL RECLAMO POR DAÑOS Y PERJUICIOS:

La parte actora reclama contra su empleadora codemandada y la respectiva A.R.T., como reparación integral y conforme las normas del derecho común, los daños y perjuicios derivados del aborto sufrido de su hijo por nacer, tanto en lo que respecta por la propia pérdida de su embarazo y las consecuencias incapacitantes psicológicas que de ello ha derivado, atribuyéndole a las accionadas responsabilidad objetiva y subjetiva en el hecho dañoso invocado según corresponda.

Reclamo con basamento en el Código Civil.

Ha sido conclusión del veredicto cuestión séptima, que la parte actora presenta actualmente un cuadro de un F43.20 Trastorno Adaptativo con Estado de Animo Depresivo (309.0) el cual se considera reactivo a lo sufrido y de carácter crónico, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la persistencia del cuadro, que le ocasiona una incapacidad psíquica del equivalente al 23% de la total obrera, en relación causal con la pérdida de su embarazo sucedida a partir del día 26 de agosto de 2010, toda vez que de entrevistas y estudios practicados no surgen elementos que permitan inferir la existencia de alteraciones psíquicas previas capaces de generar incapacidad. El mismo es compatible con un desarrollo reactivo moderado según el Baremo Neuropsiquiátrico para valorar incapacidades neurológicas y daño psíquico de Maria Castex & Daniel Silva. El inicio del mismo guarda relación causal con lo sufrido, ya que de las entrevistas, resultados de las técnicas administradas y estudios practicados, no surgen elementos que hagan inferir la existencia de alguna alteración previa.

El perito en su dictamen, al cual adhiero en los términos del art.474 del CPCC, considero que el accidente, esto el aborto de su hijo por nacer, le significó el atravesar un largo proceso de duelo en el cual se vio llevada a tener que reacomodarse a situaciones para el sujeto frustrantes. Agrego que la actora se haya atravesando un momento crítico, la prueba diagnóstica muestra indicadores de: ansiedad y repliegue. Indicando además el galeno, que la consecuencia que este episodio trajo en el sujeto es la vivencia que el mundo externo es hostil, amenazante y peligroso. Lo vivido como traumático no ha podido ser elaborado psíquicamente, por lo cual insiste en su tramitación, sin embargo al no poder hacerlo se producen síntomas y otras perturbaciones que determinan la síntesis diagnóstica antes expuesta.

El experto considero que la actora continúe tratamiento psicoterapéutico individual, paliativo, con el objeto de restablecer el equilibrio anímico y fortalecer al yo en sus funciones adaptativas. Se recomienda que el tratamiento tenga un frecuencia de una sesión por semana (el costo promedio con un profesional de acreditada experiencia es de entre \$ 300 y \$ 400 por sesión) y que su duración no sea menor de 12 meses y/o hasta la remisión de los síntomas más incapacitantes. Además de tratamiento psiquiátrico con medicación.

Incluso el citado galeno en la contestación a impugnaciones formuladas, agrego que la actora sufre de las alteraciones anímicas expresadas en el informe hasta la actualidad por la razón del destrato que dice haber sufrido en su trabajo (ver fjs. 354).

Como indicara, la pericia psiquiátrica y la contestación a las observaciones realizada a la misma no ofrecen, en principio, apartamiento (art. 474 del CPCC).

Por su parte la pericia médica de fjs. 403/407, a la cual también adhiero en los términos del art. 474 del CPCC, determinó que R. sufre de trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo, presuntamente a consecuencia de la pérdida del embarazo sufrido por la accionante. Lo dictaminado esta en coincidencia con la pericia psiquiátrica de fjs.328/341.

En dicho dictamen (ver séptima cuestión del veredicto), el señor Perito Médico, advierte sobre las precauciones que se debe tomar en un empleo en el caso de una mujer que este gestando un embarazo, tales como:

- 1)No realizar trabajos que supongan una sobrecarga, sea por estrés, porque deba hacer un esfuerzo físico importante, o porque tenga que permanecer en la misma postura mucho tiempo seguido.
- 2)Evitar cualquier trabajo que suponga esfuerzo muscular, sea por levantar pesos, sea por posturas forzadas y mantenidas en el tiempo.
- 3)Señala que hay que tener en cuenta que el cuerpo de la mujer embarazada ha sufrido unos cambios y que su columna ya está sobrecargada por el peso de abdomen, y que cualquier esfuerzo excesivo puede sobrecargarla más.
- 4)Levantar un peso continuamente representa un problema. Debe tener la precaución de no mover o arrastrar objetos pesados.
- 5)Subirse a escaleras para limpiar partes que implique esfuerzo físico.
- 6)Debe tener en cuenta su estado, si se trata de limpiezas industriales. Agacharse y levantarse continuamente.
- 7)Tampoco están indicados otros trabajos similares que requieran levantar pesos, limpiar lugares donde deba hacer un esfuerzo físico intenso.
- 8)Estar muchas horas sentada o pie sin periodos de descanso o agacharse y levantarse continuamente. En esos casos debe pedir un traslado de puesto de trabajo.
- 9)No conviene trabajar en turno de noche durante el embarazo.
- 10)Es malo permanecer todo el día de pie o sentada. Estas posturas, mantenidas durante más de dos horas, pueden influir en el estado físico, porque alteran la circulación de retorno.
- 11)La gestante debe hacer descansos periódicos y tener un lugar para ello.
- 12)No debe trabajar en cadenas de producción, ni estar mucho tiempo sentada o de pie.
- 13)Y, si está en peligro el embarazo, es posible pedir un cambio de puesto. De no ser factible, se contempla la baja maternal.

Al dictamen en cuestión adhiero en los términos del art.474 del CPCC.

En cuanto a la toma de conocimiento de la incapacidad psicológica que afecta a la accionante, y de acuerdo a lo votado en veredicto cuestión séptima, se adoptó como fecha la del 9 de septiembre de 2010, en la que consta la última atención de R. en la Policlínica Antonio Cholo

García luego de sucedido el aborto del hijo por nacer (ver fjs. 258), ello en coincidencia con lo determinado por el facultativo médico de dicho nosocomio el 29 de agosto de 2010 (ver fjs. 34), en razón que como consta en el historial clínico remitido y acompañado, es uno de los médicos que venía atendiendo en el embarazo de la actora (ver fjs. 256 vuelta y 258), de donde surge que la accionante presenta signos y síntomas depresivos, derivando a psiquiatría (art. 258 de la L.C.T., art. 3986 y cctes. Del C.C., art. 44 inciso 1ro. Última parte de la Ley 24557).

Resultado también de recibo que la actora ha nacido en fecha 8 de enero de 1990, lo cual a la toma de conocimiento de su incapacidad psicofísica contaba con 20 (veinte) años de edad (primera cuestión del veredicto).

Fue también objeto de probanza que la mejor remuneración percibida lo fue de \$ 3.479,94 mensuales correspondiente al mes de julio de 2010, mientras que el ingreso base mensual alcanzó al importe de \$ 3.477,46 (primera cuestión del veredicto).

Fue también objeto de acreditación, que entre Hojalmar S.A. y Liberty A.R.T. S.A., suscribieron el contrato de afiliación n° 48357, celebrado el 01/02/2001 y con vigencia hasta el 30/09/2011. A su vez y de acuerdo constancias de autos, surge probado que Liberty A.R.T. S.A., cambió su denominación por Swiss Medical A.R.T. S.A.

Ahora bien, quedo probado acabadamente como se ha resuelto en la primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto, que las variadas tareas impuestas a R.por Hojalmar S.A., y al modo en las condiciones que ellas se llevaron a cabo que demandaban posturas de trabajo antialgias, el desarrollo de importantes esfuerzos físicos y ergonómicos para las distintas labores impuestas, que eran contraproducentes en su condición de madre gestante y como lo determinó el señor Perito Médico en su dictamen de fjs. 403/407, y que como se resolviera en veredicto, las variadas tareas cumplidas a órdenes de su empleadora, fueron caracterizadas de penosas y peligrosas por su condición de embarazada, el horario nocturno impuesto y en exceso del legal en que fueron cumplidas, las constantes pérdidas que había tenido de su embarazo producto de lo antes indicado, sumado al denigrante, discriminatorio y mal trato diario y constante que ha recibido de su supervisora Escobar durante todo el tiempo de prestación de servicios, que ha generado alteraciones anímicas en la acción en razón de ese trato que sufrió en el trabajo, como así lo dictaminó el señor Perito Médico psiquiátrico a fjs. 454, como así también, y quedo probado según veredicto cuestión octava, la grave situación sucedida a la demandante el día 26 de agosto de 2010 a la hora 3 (tres) de la madrugada, cuando se encontraba trabajando en el establecimiento Hojalmar S.A., en que comenzó a sufrir importantes pérdidas de su embarazo en circunstancias que se encontraba limpiando una máquina luego de haber subido a una escalera, haciendo un importante esfuerzo físico y ergonómico para llegar a partes de difícil acceso para su limpieza, siendo que previo a ello había baldeado el sector de trabajo, fueron todos ellos, los motivos detonantes y causa fuente directa del aborto sufrido por R.de su hijo por nacer a partir del día 26 de agosto de 2010, en que fuera internada en la Clínica Dulce Espera, y que se le practicara un legrado, perdiendo definitivamente su bebe, que a ese momento llevaba 22 (veintidós) semanas de gestación, y el grave daño psicológico incapacitante que la afecta producto precisamente del aborto sufrido y la pérdida de su hijo por nacer, situaciones en todas las cuales me permiten

colegir habida cuenta de lo acreditado en veredicto, la clara e indudable existencia de responsabilidad objetiva y subjetiva en el hecho dañoso inferido por parte de las aquí demandadas a la accionante tanto en la pérdida de su hijo por nacer, como la consecuencia de la grave incapacidad psicológica que la afecta actualmente, y que tiene causa fuente directa en la circunstancia antes descripta conforme se determinara según corresponda en cada caso respectivamente a continuación (arts. 62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y concordantes de la L.C.T., arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1068, 1069, 1074, 1078, 1079, 1081, 1109, 1113 y concordantes del C.C., arts. 4 y 31 de la ley 24557, Ley 19587 y su decreto reglamentario 351/79, art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art. 10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Ahora bien, se parte de la base de entender, que conforme el examen preocupacional realizado a la actora por el servicio de medicina externo de Hojalmar S.A. (ver fjs. 285/286), pese a su situación gestante que portaba a ese momento, se la considero apta para el empleo. No obstante, tanto las diversas tareas otorgadas e impuestas, como las condiciones en que fueron llevadas las mismas, resultaban totalmente contraproducentes a la situación de embarazo que presentaba R. cuando inicio su contrato de trabajo y también durante su ejecución, como lo determinó el señor Perito Médico en su dictamen de fjs. 403/407. En ese sentido la empleadora codemandada no aportó prueba en contrario alguna tendiente establecer si supuestamente había o no concedido tareas acordes a su aptitud psicofísica, como así tampoco su A.R.T., aquí coaccionada, jamás visito el establecimiento empleador para dar cursos de capacitación general en materia de higiene y seguridad en el trabajo, y del propio puesto de labor de la actora, tanto sea para amenguar o prevenir el grave daño causado o sugerir un cambio de tareas. (Ley 19587, Dec. 351/79, arts. 4 y 31 de la L.R.T., Resol. SRT 037/10).

Por el contrario y como quedo probado en la primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto, se le impuso a la accionante laborar en horario nocturno, y en exceso legal del mismo, jornada nocturna de por si contraproducente por su estado de embarazo, como así lo dictaminó el señor Perito Médico en su informe de fjs. 403/407. Sumado a que como se probó en la cuestión primera y séptima del veredicto, además de exceder la jornada máxima legal en horario nocturno, R. debía cumplir horas extras (arts. 176, 195, 200, 201 y concordantes de la L.C.T.).

Por su parte R. tenía como tareas principales estar en línea de producción, esto es en el empaque de galletitas frente a una cinta transportadora, realizando estas tareas en posición de parada de manera permanente durante toda la jornada de labor. Pues bien la supervisora Escobar nunca le permitió sentarse para proseguir la tarea sentada como se lo requería constantemente la trabajadora, dado su condición de embarazo, o que en su defecto le otorgara algún pequeño descanso. Ni una cosa ni la otra, por el contrario la supervisora Escobar frente al pedido de su subordinada, le gritaba y la insultaba, tratándola de estúpida,

de estúpida, que no había ninguna silla para ella, que la única silla que hay es para mí, que estaba embarazada y no enferma. (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Al respecto de la postura de trabajo impuesta a la actora en la línea de producción, quedo acreditado como lo dictaminó el señor Perito Médico en su informe de fjs.403/407, que era contraproducente que R. por su estado de gestación, que no debía permanecer en la misma postura de trabajo mucho tiempo. Señalo el galeno que era malo permanecer todo el día de pie, pues esta posición de trabajo durante más de dos horas, podían en el estado físico, porque alteran la circulación de retorno, generar graves consecuencias en la situación de embarazo que presentaba R. Que la gestante debía hacer descansos periódicos y tener un lugar para ello. Sin embargo y como quedó probado en veredicto, jamás se le permitió a la actora realizar descansos diarios, que no había lugar para ello, y ni tampoco se le permitió adoptar otra postura de trabajo en la línea de producción. Ninguna prueba se aportó en contrario.

Como se ha dicho:”. debemos tener en cuenta que la estación vertical prolongada o postura en bipedestacion sostenida en el tiempo, acentúa las enfermedades del bajo vientre, sobre todo de la matriz, favorece el riesgo de aborto, produce perturbaciones en la circulación y trae como consecuencia fatiga y anemia.”

(fuente:<https://www.riesgolab.com/index.php/component/k2/item/955-ley-12-205-35-ley-de-la-silla>).

Por su parte, una ley aún vigente y de antigua data, esto es la Ley 12205 (LEY DE LA SILLA) en sus artículos 1 y 2 determina que: “.Artículo 1º) Todo local de trabajo en establecimientos industriales y comerciales de la Capital Federal, provincias y territorios nacionales, deberá estar provisto de asientos con respaldo en número suficiente para el uso de cada persona ocupada en los mismos. Artículo 2º) El personal de dichos establecimientos tendrá derecho a ocupar su asiento en los intervalos de descanso, así como durante el trabajo si la naturaleza del mismo no lo impide.”

En la especie se probó que eran muy escasas las sillas en el lugar de trabajo, no obstante el personal más antiguo en la línea de producción, a la que también estaba la actora, podía permanecer sentada realizando la tarea, y así también lo estaba la supervisora. (sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Queda pues queda bien claro, que no había asientos suficientes, ni tampoco se proveyeron asientos en la cantidad necesaria -además que a la accionante no se le permitía trabajar sentada en la cinta-, pues la actora tenía el derecho de ocupar los mismos en los intervalos de descanso (máxime su situación de embarazo) o durante el trabajo, pues como quedó probado también podía realizarse en esa postura laboral, el empaquetado de galletitas en la línea de producción (arts. 1 y 2 de la Ley 12205).

Cabe considerar que la “Ley de la Silla” no es sólo un derecho de todos los trabajadores de la Argentina; sino que se trata de un hito de la participación femenina en la historia de nuestro país. Es el resultado de la lucha de miles de mujeres que, unidas, decidieron cambiar el mundo.

La Ley de la Silla es parte de la llamada Cuestión Social que se desarrolló a principios del siglo XX por las pésimas condiciones laborales de los obreros, y como se observa en la presente Litis, se siguen repitiendo.

Queda claro que la empleadora codemandada no velaba en lo más mínimo por la protección especial que debía brindar a una mujer durante su embarazo, pues la forma de las condiciones de labor en la cinta de producción en permanente posición de pie, sin alternar esa tarea de manera sentada, o dándole descansos diarios, resultaban perjudicial para ella y el hijo por nacer. (arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1109, 1113 y concordantes del C.C., Ley 19587, Dec. 351/79, arts. 62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y concordantes de la L.C.T., Ley 12205 arts. 1 y 2)

Tampoco lo ha hecho la A.R.T. codemandada, pues jamás visitó el establecimiento empleador para capacitar a la actora en materia de higiene y seguridad en el trabajo en general, capacitarla en sus puestos de trabajo, efectuar recomendaciones a la empleadora frente a las tareas que R. podía efectuar dado su estado de gestación. Nada, pero nada hizo. Su deber preventivo y de control hasta de denuncia hubieran evitado la pérdida del hijo por nacer de R. y el grave daño en la salud ocasionado a R. por su conducta omisiva (arts. 4 y 31 de la Ley 24557, art. 1074 del C.C.)

Dice expresamente el inciso 2) apartado d) de la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, que:

“d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

En concordancia con ello, el empleador debe velar por la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, en salvaguarda de la función de reproducción (art. 11 inciso 1) apartado f) de dicha Convención).

En concordancia con ello también se estableció que:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un tiempo razonable antes y después del parto.” (conforme art. 10 inciso 2) del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES) “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.” (art. 25 inciso 1) de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS).

Esta protección también es dirigida al hijo por nacer, pues la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA) en su artículo 4° cuando habla del “Derecho a la vida”, dice en su inciso 1°:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

No cabe duda que el hijo por nacer de R., desde su concepción, tenía el derecho a que se respete su vida, cosa que como apreciamos no lo hicieron HOJALMAR S.A. ni la A.R.T. codemandada, ni con él ni con su madre gestante.

Surge probado también (cuestión primera, sexta, séptima y octava del veredicto), que cuando R. no empaquetaba en la línea de producción, de manera periódica, permanente y habitual, la supervisora Escobar le ordenaba: levantar, ordenar y acomodar cajas de galletitas de distintos pesos, como así también barrer y baldear los sectores de la fábrica, donde se ubicaban las máquinas, el patio y los baños, debiendo acarrear baldes de agua para efectuar el aseo industrial.

Sobre lo expuesto en párrafo precedente, quedo probado según el dictamen del señor Perito Médico de fjs. 403/407, que por su condición de futura madre, debían evitarse cualquier trabajo que suponga esfuerzo muscular, sea por levantar pesos, sea por posturas forzadas y mantenidas en el tiempo, evitar limpiezas industriales, agacharse y levantarse continuamente. Incluso se probó (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto) que a R. se le imponía realizar la limpieza de las maquinarias, tarea para la cual, debía subirse a ellas por medio de una escalera, para así llegar a lugares de difícil acceso de la máquina para efectuar el aseo de las mismas, labores que implicaban realizar distintos esfuerzos físicos, fuera de lo común, debiendo adoptar posturas ergonómicas antialgicas y con sumo esfuerzo. Precisamente estas tareas y otras ya descritas, fueron determinantes en lo sucedido a la actora el día 26 de agosto de 2010 a la hora 3 de la madrugada, cuando limpiaba maquinarias -luego de haber baldeado el sector de trabajo- subida a ellas por medio de una escalera para llegar a lugares de difícil acceso para efectuar su higienización, en que por el esfuerzo físico desplegado y la postura ergonómica antialgica que debió adoptar respectivamente, sobrevino una importante pérdida de su embarazo para luego perder a su bebe mediante el aborto que se le debió efectuar.

Sobre todas estas tareas que especifique en párrafos precedentes, y las que califique en veredicto como penosas -suficientemente probadas-, pues en los modos y formas en que fueron cumplidas y desarrolladas desde iniciado el vínculo laboral y a lo largo del mismo, teniendo en consideración su condición de embarazada, constituían un trabajo penosos, pues a la luz de lo probado, las distintas labores encomendadas, y en los modos realizados, resultaban inadecuados para su salud y la de su hijo por nacer, atento implicar un excesivo esfuerzo físico y perjudicial a sus circunstancias personales. Considere también, y debidamente acreditado, que las distintas tareas impuestas a R. durante la ejecución del contrato de trabajo con Hojalmar S.A., y en la forma en que eran desarrolladas, constituían un necesario riesgo en su ejecución, y que producían y aumentaban la inminencia de un daño física tanto en ella como en su hijo por nacer, y como así sucedió el día 26 de agosto de 2010, pues las distintas labores que llevó a cabo y las condiciones y formas en que se desarrollaron creaban un peligro inmediato y potencial a la maternidad y la capacidad de gestación. (arts. 62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y cctes. De la L.C.T., Ley 19587, Dec. 351/79, arts. 4 y 31 LRT., arts. 901, 902, 903, 904, 1074, 1109, 1113 y cctes. del C.C. ; art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de

Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Bien indicó el señor Perito Médico en su dictamen de fjs.403/407 acerca de las distintas labores que desarrollaba R. fuera de la línea de producción, que en la condición de embarazo que ella portaba, debió haberse evitado: tareas que impliquen una sobrecarga, esfuerzo físico importante, posturas forzadas, esfuerzo excesivo, subirse a escaleras para limpiar partes que implique esfuerzo físico, limpiar lugares donde deba hacer un esfuerzo físico intenso, tales como las maquinarias, baldear, barrer, etc.)

También quedó probado el grave hecho sucedido a la actora el día 26 de agosto de 2010 a la hora 3 de la madrugada, en circunstancias en que se encontraba limpiando a una máquina, subida a ella por medio de una escalera, para efectuar una limpieza bien a fondo en rincones inaccesibles desde el piso, lo cual debía adoptar difíciles posturas de trabajo, con sumo esfuerzo físico, consistente en estirar su cuerpo para así llegar con la limpieza a zonas de difícil acceso a la máquina, lo cual esa tarea se le dificultaba muchísimo por su estado de gestación, siendo que antes de ello debió baldear los sectores de trabajo, acarreando baldes de agua, debiendo agacharse y levantarse constantemente para efectuar el aseo industrial, partiendo de la base que cuando ingreso ese día a su turno debió estar en la línea de producción en permanente posición de pie, considerando además, que a ese momento su embarazo además de notorio, era avanzado pues estaba entrando en el sexto mes de gestación, y que diez días antes a esa fecha cuando realizó idénticas labores, que le demandó mucho tiempo, volvió a tener importantes pérdidas de su embarazo con fuertes dolores en su vientre, como había sucedido antes a poco de iniciado el contrato de trabajo, pese a que en reiteradas veces la actora le solicitara a la supervisora evitara tareas de limpieza de máquinas, aseo industrial, levantar y ordenar cajas, pues le implicaban un importante esfuerzo físico, y que podrían causar un grave riesgo a su embarazo, pues bien la Supervisora se desentendió de los ruegos de R., y por el contrario le gritaba delante del resto del personal, la maltrataba y la insultaba, repitiéndole que no estaba enferma que estaba embarazada, y que cumpliera con las tareas ordenadas (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Pues bien, y volviendo al relato de lo acontecido el 26 de agosto de 2010, cuando R. se encontraba limpiando una de las máquinas, se tomó del vientre, hacía gestos de dolor, descendiendo con dificultad de la máquina que se encontraba realizando la limpieza, y se dirigió a las cintas donde se encontraban sus compañeras: García y Acuña Torres (testigos declarantes en la causa), y ahí se largó en llanto, se tomaba del vientre, se quejaba de dolor, diciéndoles a sus compañeras que comenzó a tener muy abundante pérdida de su embarazo y que pedía por favor que la ayudaran porque estaba muy descompuesta, y que llamaran a una ambulancia como urgencia pues tenía temor de perder a su bebé (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Acuña Torres, quien la acompañó al baño comprobó que las pérdidas que tenía de su embarazo eran importantes, de ahí que pidió auxilio a la Supervisora Escobar y esta se negó, y que ante ello se dirigió al otro supervisor Esquibel para que llamara a una emergencia, pues en

el lugar de trabajo no había ni médico ni enfermero, sin embargo esperaron más de una hora y ninguna emergencia llegó. R. llamó a su obra social, y tampoco concurrió ambulancia alguna. Definitivamente se comunicó con la obra social de su padre y al tiempo concurrió una ambulancia, siendo llevada en la misma, acompañándola su compañera Acuña Torres. La emergencia la trasladó a la Clínica Dulce Espera de Avellaneda, y ahí quedó internada hasta el día 27 de agosto de 2010 inclusive, y frente al estado de situación, se le debió practicar un aborto quedando en reposo, perdiendo definitivamente a su hijo por nacer, el que a ese momento llevaba 22 (veintidós) semanas de gestación (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

No le quedan dudas a ese magistrado que el aborto del hijo por nacer sufrido por la actora a partir del 26 de agosto de 2010, tiene causa fuente directa en la variedad de tareas cumplidas de carácter penoso y peligroso por su estado de gestación, en las condiciones, modos y formas en que eran desarrolladas, el trato denigrante y discriminatorio recibido de su Supervisora Escobar, y a como también se precipitaron los acontecimientos el propio día 26 de agosto de 2010 tal lo detallado en párrafos precedentes y en veredicto, siendo que por iguales tareas cumplidas en esa jornada, diez días antes había tenido pérdidas en su embarazo. Y precisamente la pérdida del embarazo trajo en R. una grave dolencia incapacitante psíquica que padece actualmente, como se proba en veredicto (arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1074, 1109 y 1113 del C.C., Ley 19587, Dec. 351/79, arts. 4 y 31 LRT., arts. 62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y cctes. De la L.C.T. y tratados internacionales antes explicitados: art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art. 10 inciso 2), art. 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Como se resolviera en la primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto, quedó también debidamente probado, el mal trato denigrante y discriminatorio que R. recibió de manera constante y diariamente de su Supervisora Escobar a lo largo de toda la prestación laboral. No le permitía sentarse en la cinta de producción para proseguir las tareas, ordenándole que continúe parada, le decía que no había ninguna silla para ella, que la única silla que había era para la supervisora, le gritaba delante todo el personal, la insultaba, la trataba de inútil, de estúpida, le decía que no estaba enferma que estaba embarazada y que cumpliera las tareas que le ordenaba, la apodaba “la embarazada”, le negaba ir al baño, incluso cuando presentó pérdidas de su embarazo. Le ordenaba realizar tareas de limpieza industrial como barrer, baldear, levantar y ordenar cajas, limpiar las máquinas, para lo cual le indicaba que debía subirse a ellas por medio de una escalera para asear los rincones inaccesibles de las mismas. Frente a este tipo de tareas, y las pérdidas que tuvo desde el comienzo del contrato de trabajo, la actora le solicitaba a la supervisora Escobar evitara de darle ese tipo de labores pues implicaban un grave riesgo para su embarazo, que le diera descansos diarios, sin embargo la supervisora hacía caso omiso a los ruegos de R., y entonces procedía a gritarle e insultarla para que fuera a cumplir con las labores ordenadas, señalando que a ella no le importaba que estuviera embarazada, que ella odiaba a las embarazadas. El

propio Supervisor Esquivel que lo hacía en el mismo turno que Escobar, relató que constantemente le decía a la actora que “moviera las manitos” y que además le “gritaba” constantemente y a diario delante todo el personal. Quedado claro que el ambiente laboral y el trato recibido de su superiora era el menos indicado para su situación gestante. En ese sentido el señor Perito Médico en su dictamen de fjs. 403/407 indicó con total claridad que en la condición de embarazo que presentaba R., debía evitarse toda situación de estrés laboral. En concordancia con ello, el señor Perito Médico Psiquiátrico en su informe de fjs. 354 precisó que la actora sufre de alteraciones anímicas a la actualidad por la razón del trato de haber sufrido en su trabajo. (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Es indudable que este componente también desencadenó la pérdida de su hijo por nacer, pues la supervisora no sólo está para hacer cumplir órdenes e impartir disciplina adecuada y razonable, sino también para resguardar la integridad psicofísica de sus subordinados en las tareas impuestas, evitando tareas penosas y peligrosas habida cuenta la situación de embarazo que llevaba la actora, y además debe brindar el respeto y el trato adecuado y correcto a los que están bajo sus órdenes, evitando todo mal trato, actitudes discriminatorias y lesivas que son repudiables en todo ser humano, como aquí se han comprobado. Como impone el artículo 4to. De la L.C.T., antes del componente económico, el trabajo dependiente debe ser “HUMANO”, digno, decente y enaltecer el espíritu del trabajador, en contrario estaríamos volviendo a épocas de la revolución industrial donde el trabajo era una mercancía, un precio, sujeto al libre juego de la oferta y la demanda. Es evidente que Hojalmar S.A. nada hizo por evitar el comportamiento lesivo y denigrante que ha tenido Escobar con R., haciendo uso y abuso de su cargo superior, y menos aún la A.R.T. codemandada, que jamás visitó el establecimiento para cumplir con la manda que les impone los arts. 4 y 31 de la L.R.T. (arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1074, 1109 y 1113 del C.C., Ley 19587, Dec. 351/79, arts. 4 y 31 L.R.T., arts. 4, 68, 62, 63, 75 primer párrafo, 79, 176, 195 y cctes. De la L.C.T. y tratados internacionales antes explicitados: art. 1º Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4º, 5º apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art. 10 inciso 2), art. 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

De lo expuesto surge con claridad la responsabilidad objetiva y subjetiva en el hecho dañoso por parte de HOJALMAR S.A., pues quedó comprobada que las tareas impuestas a la accionante dada su condición de embarazo, y al modo en cómo estas debían cumplirse y desarrollarse, constituían una actividad riesgosa y peligrosa no sólo para la actora sino también para su hijo por nacer, cosa como así sucedió el 26 de agosto de 2010 (arts. 901, 902, 903, 904, 1113 y cctes. del C.C.). En ese aspecto se probó que las labores desarrolladas por R. por su condición gestante, eran penosas y peligrosas (art. 176, 195 y cctes. De la L.C.T.). A ello cabe sumar que el trato denigrante y discriminatorio recibido por R. por parte de su Supervisora Escobar, fue también uno de los componentes del grave daño ocasionado (art. 901, 902, 903, 904, 1113 y cctes. del C.C., en concordancia art. 1º Ley 23526 y normas concordantes antes explicitadas).

El grave daño inferido a la actora y al hijo por nacer de ella, sucedió en el establecimiento de la empleadora codemandada, y en las circunstancias, condiciones y modos explicitados en veredicto y precedentemente. En esa inteligencia, debo destacar que la SCJBA ha sostenido que: “No habiendo sido negada por la firma demandada la condición de dueña o guardiana de la cosa riesgosa corresponde atribuirle responsabilidad civil objetiva por el perjuicio patrimonial sufrido por la víctima de conformidad con la regla del art. 1113 del Código Civil” (SCBA, L 75820 S 12-2-2003).

En este caso específico, también es de aplicación lo determinado por nuestro máximo tribunal provincial al sostener que: “Producido el evento dañoso por un elemento cuyo carácter de cosa riesgosa o viciosa no se descarta, sin que pueda atribuirse responsabilidad a la conducta de la víctima, se configure un claro supuesto contemplado en el art. 1113, segundo párrafo del Código Civil en cuanto atribuye responsabilidad objetiva al dueño o guardián de la cosa” (SCBA, L 58462 S 12-5-1998).

Queda claro pues a la luz de lo resuelto en el veredicto, y precedentemente, surge acabada la responsabilidad objetiva en el hecho dañoso acaecido a R. por parte de la empleadora codemandada: HOJALMAR S.A. en los términos del art. 1113 del C.C. y concordantes.

Por su parte y a la hora de conocer qué medidas necesarias habría adoptado la empleadora codemandada: HOJALMAR S.A., que por el tipo de trabajo, la experiencia, la ciencia y la técnica exigían necesariamente para tutelar la integridad psicofísica de la dependiente y de su hijo por nacer, ninguna prueba aportó la coaccionada referente al cumplimiento de los débitos a su cargo en relación a la temática en cuestión y en especial en lo que respecta a la prevención y controles que correspondían a su carga habida cuenta el estado gestante de la accionante (arts.4, 5, 6, 7, 8, 9 y cctes. De la Ley 19587, Decreto 351/79, Resol. SRT 43/97, arts.512, 901,902,903,904, 1074, 1109 y 1113 del C.C., Ley 19587, Dec. 351/79, arts.62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y cctes. De la L.C.T.; art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos)

Como decíamos en veredicto y precedentemente, se parte de la base de entender, que la actora ingreso en óptimas condiciones de salud, como lo describe el examen preocupacional realizado por el servicio de medicina laboral externo de Hojalmar (ver fjs. 285), y que si bien se encontraba a ese momento: 26 de abril de 2010 gestando un embarazo, fue declarada “apto A”, no acreditándose en la oportunidad que tuviera algún riesgo de pérdida su embarazo a ese momento. En ese aspecto ningún tipo de prueba se acreditó en contrario (Ley 19587, Dec. 351/79 art. 204 y concordantes, Resol. SRT 037/10 y Anexos, art. 375 del CPCC.) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Se tuvo por probado que la accionante no recibió de Hojalmar S.A. ningún tipo de capacitación general en materia de higiene y seguridad en el trabajo. Tampoco recibió capacitación alguna - algo que de por si resultaba vital e indispensable para su salud y la de su hijo por nacer- de los

diferentes puestos de trabajo que ocupó a lo largo de su prestación laboral (Ley 19587 arts.4,5,6,7,8,9 y concordantes, Decreto 351/79 arts. 208, 209, 210, 211, 212, 213 y concordantes) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

En la condición gestante que se encontraba la trabajadora, era indispensable y vital la capacitación en los distintos puestos de trabajo, es decir al modo de cómo desarrollar las tareas, y evitar aquellas que significaran un riesgo para su embarazo. En ese sentido la empleadora codemandada tenía en cabeza de ella la obligación de brindar la protección adecuada a R. dado su estado de embarazo y evitar todo tipo de labor riesgosa, penosa y peligrosa. Sin embargo nada de ello hizo, partiendo de la base que desde la realización del examen preocupacional y de iniciado el contrato de trabajo, HOJALMAR S.A. tenía conocimiento de su estado de embarazo, muy por el contrario y desde iniciado el vínculo de trabajo y durante su ejecución la obligó a realizar diferentes tareas que resultaban totalmente contraproducente a su estado gestante, más en la forma, modo y condiciones en que se le ordenó realizar. Ninguna prueba aportó en tal sentido. ((arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9 y cctes. De la Ley 19587, Decreto 351/79, Resol. SRT 43/97, arts.512, 901,902,903,904, 1074, 1109 y 1113 del C.C., Ley 19587, Dec. 351/79, arts.62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y cctes. De la L.C.T.; art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art.25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) (primera, segunda, tercera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

También se comprobó que la actora no recibió elementos de protección personal alguno para el cumplimiento de las diversas tareas encomendadas, ni tampoco se le otorgó atento su estado de embarazo descansos diarios, adecuados y en los lugares correspondientes (arts. 4, 5,6,7,8, 9 y cctes. De la Ley 19587; arts. 51, 52, 53, 191, 137 y cctes. Del Decreto 351/79, Ley 12205 art. 1 y 2). En ese aspecto se acreditó que además de no permitírsele descansar sentada o trabajar en esa misma postura, las tareas en la línea de producción las debía hacer de pie de modo permanente, y en el caso las sillas que había para tomar asiento eran insuficientes, así lo afirmó el testigo de Hojalmar S.A., Sr. Esquivel supervisor en el turno noche, agregando que la cantidad de personal trabajando por turno era entre 30 y 40 personas, en su mayoría mujeres, sin perjuicio como dijera, nunca se le permitió por parte de la Supervisora Escobar, realizar las tareas de empaque en la cinta del modo sentada (cuestión primera, sexta, séptima y octava del veredicto).

También se comprobó que en reiteradas oportunidades durante la prestación laboral, e incluso el mismo día 26 de agosto de 2010, la accionante solicitó a su supervisora, tareas adecuadas, evitando labores que signifiquen un riesgo para su embarazo, y en ese sentido también fue objeto de acreditación que dicha supervisora se negó sistemáticamente a ello, incluso el mismo día 26 de agosto de 2010. En ese aspecto no surge prueba alguna acerca que la empleadora codemandada hubiera otorgado a R. acorde a su aptitud psicofísica, sabedora del estado gestante que portaba (arts. 4,5, 6,7,8, 9 y cctes. De la Ley 19587, arts.901,902,903,

904 y cctes. Del C.C.; arts. 176, 195 y cctes. De la L.C.T.; art.11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Como quedo comprobado con la pericial técnica de fjs. 346/401, no surge acreditado constancias de capacitación alguna a la actora en materia de higiene y seguridad en el trabajo de manera general y en los propios puestos de labor, tampoco surge medidas de control específico relacionados con la accionante que presuntamente se hubieran llevado a cabo. Tampoco se denunciaron los agentes de riesgos en los puestos de trabajo que habría trabajado R. (arts. 4,5,6,7,8,9 y cctes. De la Ley 19587), arts. 204, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213 y cctes. Del Decreto 351/79, art. 375 del CPCC).

Se probó que la jornada de labor cumplida por la actora, era de carácter nocturna, y cumplida de 2230 a 630 horas, lo que permite colegir que excedía la siete (7) horas establecida en el art. 200 de la L.C.T., acreditándose además el desarrollo de horas extras (art. 201 LCT.). En ese aspecto y como lo reseñó el Perito Médico en su dictamen de fjs. 463/467, por el estado gestante que portaba R., la empleadora codemandada como así también la propia A.R.T., debieron prevenir que ella cumpliera funciones dentro de ese horario, menos aún el desarrollo de horas suplementarias, dado que por su embarazo, era contraproducente, incluso hacerlo en una línea de producción como lo expresó el galeno en su dictamen.(arts.512, 901,902,903,904, 1074, 1109 y 1113 del C.C., Ley 19587, Dec. 351/79, arts. 4 y 31 LRT., arts.62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y cctes. De la L.C.T. y tratados internacionales antes explicitados: art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Todo lo que aquí se expuso y en veredicto, cuestiones primera, sexta, séptima y octava, pudo ser evitado si la empleadora codemandada hubiera actuado diligentemente con la trabajadora R. en tiempo oportuno, y como corresponde a todo buen empleador (art. 63 de la L.C.T.). Pues bien nada hizo para contrarrestar el grave daño ocasionado a la actora y a su hijo por nacer, que perdió a partir del 26 de agosto de 2010, con su accionar omisivo respectivamente. En ese aspecto ningún tipo de prueba arroja al proceso como correspondía a su carga (art. 375 del CPCC., arts. 901, 902, 903, 904 y cctes. Del C.C., art. 63, 75 primer párrafo y concordantes de la L.C.T.) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Claramente se observa que la conducta omisiva asumida por la empleadora codemandada, devinieron como condición necesaria para generar el grave daño ocasionado a R.y su hijo por

nacer, que la primera perdiera el 26 de agosto de 2010 en las circunstancias antes explicitadas, toda vez que de haber adoptado las prevenciones y medidas que emanan de las normas en materia de higiene y seguridad en el trabajo, sabedora del estado gestante de la accionante, incluso las que devienen de la propia L.C.T. arts. 62, 63, 75 primer párrafo, 176 y concordantes, y de las respectivas normas internacionales dado el estado de embarazo que portaba R. cuando se encontraba trabajando: art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y de las que pesan también en la propia A.R.T. codemandada, esto es prevención, control y denuncia, sin duda se hubiera evitado o amenguado el grave daño sucedido el día 26 de agosto de 2010 cuando R. mediante aborto perdiera a su hijo, y como consecuencia directa de ello, la grave incapacidad psicológica que la afecta actualmente producto de la pérdida de su hijo por nacer (Ley 19587, Dec. 351/79, arts. 4 y 31 de la Ley 24557 y cctes.).

En el plano de la responsabilidad subjetiva asignada (arts 75, LCT; 1109, Código Civil), es mi opinión que la parte actora ha demostrado -satisfaciendo todas las cargas – su configuración.

Cabe ante todo, un señalamiento, destinado a demostrar que no empecé a la admisión de la responsabilidad subjetiva por incumplimiento del deber de seguridad el nuevo contenido asignado a la norma del art.75 apartado primero LCT., en concordancia art.39 Constitución inciso 3ro., art. 14 bis C.N., arts. 7, 8 y cctes. Del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Al respecto, con sujeción a la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia corresponde admitir que ese dispositivo no regula una obligación nacida o creada en el contrato de trabajo, sino que impone un deber legal de conducta de no dañar a otros, configurando su violación el sustrato mismo de la responsabilidad civil extracontractual, en los términos del art. 1109 del Código Civil (SCBA, “Giménez, Paulo c/ Benito Roggio e hijos S.A. y otras”, sent. del 7/III/95, AS 1995-I-243; “Montiel, Francisca c/ Estancia La Adela S.C.A.”, sent. del 16/XI/93; “Ibarra, Carlos A. c/ Fábrica de Chacinados San Martín S.A. y otra”, sent. del 4/VII/89, AS 1989-II-627; “Pinilla Mella, Carlos Segundo c/ Mc. Kee del Plata S.A.”, sent. del 26/IV/88, AS 1988-I-736, entre otros precedentes).

Sin perjuicio de lo expuesto, la invocación del citado dispositivo de la Ley de Contrato de Trabajo se justifica, asimismo, y a todo evento, porque si el incumplimiento culpable de ese deber de seguridad debiese remitir, como lo dispone a partir de su reforma por la ley 24.557, a la aplicación de un diseño legal pasible de una fundada impugnación por inconstitucionalidad - en el sentido, por el motivo y con los alcances explicitados- ese dispositivo (el del art.49, Disposición Adicional Primera, de la citada LRT., que reformula su contenido para plasmar esa remisión), reitero, es obvio tampoco puede superar una impugnación de idéntico sustento.

Establecido ello, cabe reconocer que el contexto fáctico acreditado revela que la empleadora codemandada ha incumplido el deber legal de seguridad, siendo que los respectivos actos de incumplimiento han tenido eficiencia causal respecto del daño cuyo resarcimiento invoca la

actora, la incidencia en cada caso indicada en el veredicto (primera, sexta, séptima y octava cuestión).

De las consideraciones señaladas y lo determinado en veredicto cuestiones primera, sexta, séptima y octava, considero debidamente demostrada la responsabilidad objetiva y subjetiva en el hecho dañoso sucedido a R. y en la pérdida de su hijo por nacer, por parte de su empleadora codemandada: Hojalmar S.A. , omisiones que tuvieron causa adecuada y directa, y fueron los detonantes para generar el aborto del hijo por nacer, y como consecuencia directa de esto últimos, las lesiones incapacitantes psíquicas que afectan a la trabajadora al no haber adoptado Hojalmar S.A., los recaudos esenciales de prevención en materia de riesgos del trabajo respecto de la actividad laboral encomendada generadora del daño en ciernes, considerando el estado gestante que portaba la trabajadora desde que inició su contrato de trabajo. En ese aspecto ninguna prueba se aportó en contrario (arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1109, 1113 y concordantes del C.C., arts. 63, 75 primer párrafo, 79, 176, 196 y concordantes de la L.C.T., Ley 19587 y Decreto 351/79, arts. 4 y 31 LRT., 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts.3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 375 del CPCC) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Así lo propio ocurre con la codemandada: LIBERTY A.R.T. S.A. (hoy Swiss Medical A.R.T. S.A.), conforme a lo que surge de lo votado en la primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto, desde que tampoco ha acreditado que medidas de prevención, control y denuncia que tiene en cabeza adopto, desconociéndose también si implemento algún plan de mejoramiento, que controles e inspecciones habría efectuado para evitar el grave daño inferido a R. en la pérdida de su hijo por nacer, y las graves lesiones incapacitantes psíquicas que la afectan producto de la situación antes explicitada (art. 4 y 31 de la Ley 24557, Decreto 170/96, Ley 19587 y Decreto 351/79; arts. 512, 901,902, 903,904,1074 903,904,1074, 1109 y cctes. Del C.C.; 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 375 del CPCC).

Como quedó probado a través del testimonio de las testigos propuestas por la parte actora:Garcia, Acuña Torres y Sosa y el propio testigo ofrecido por Hojalmar S.A., en el acto de vista de la causa respectivo, jamás dicha ART codemandada en el tiempo que laboró la actora e incluso en el lapso que duró su contrato de afiliación, según afirmo en este último caso el testigo Esquivel, nunca hizo visita o inspección alguna al establecimiento empleador. Las testigos propuestas por la actora: Garcia, Acuña Torres y Sosa, indicaron que en el tiempo que ellas laboraron y que así fue lo propio con R., jamás A.R.T. alguna concurrió a realizar cursos de

capacitación en materia de prevención de riesgos del trabajo, y menos aún de las tareas específicas de los puestos de trabajo tanto de ellas como de R. Respectivamente. Indicaron que ni la testigo ni R. recibieron capacitación y/o que medidas de prevención debían adoptarse de manera general y en los puestos de trabajo. Lo expuesto fue ratificado por el propio testigo Esquivel, señalando que en el tiempo que duró la afiliación de la A.R.T. codemandada, nunca concurrió al establecimiento de Hojalmar S.A. Tampoco surge acreditado si la A.R.T. codemandada efectuó recomendaciones sobre los puestos de labor de la actora dado su situación gestante, que medidas de prevención y control adoptó sobre particular. Nada, solo la nada, pues como quedó probado, en el tiempo que laboró la actora y en el propio que duró la afiliación con Hojalmar S.A., jamás visitó el establecimiento empleador para cumplir y llevar a cabo los tres deberes básicos que le imponen los arts. 4 y 31 de la Ley 24557 en concordancia Decreto 170/96 y cctes.). Ninguna prueba idónea se aportó en contrario por parte de la ART codemandada como correspondía a su carga (art. 375 del CPCC.) (octava cuestión del veredicto).

Según el informe técnico, de fjs.403/407, no surge que la actora haya recibido capacitación en alguna en materia de higiene y seguridad en el trabajo, menos aun de sus respectivos puestos de trabajo, de los riesgos que pudieran existir en los mismos, no constando que la A.R.T. codemandada hubiera efectuado denuncia alguna a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo contra Hojalmar S.A., respecto de la situaciones comprobadas en veredicto: cuestión primera, sexta, séptima y octava.

Según aduce en su responde la codemandada LIBERTY ART S.A., hoy SWISS MEDICAL A.R.T. S.A., dice que recibió denuncia del hecho acontecido el día 26 de agosto de 2010 -cosa no probada (ver novena cuestión del veredicto-, pues bien, lo que ocurrió en esa jornada fue muy grave, y debió formular las investigaciones, recomendaciones y denuncias del caso tal como lo disponen los arts. 4 y 31 de la L.R.T. y el propio Decreto 170/96. Nada de ello hizo. Ninguna prueba aportó en contrario como correspondía a su carga (art. 375 del CPCC).

Es evidente que si la A.R.T. codemandada hubiera cumplido con sus tres deberes básicos que le impone la normativa: PREVENCIÓN CONTROL Y DENUNCIA (arts. 4 y 31 L.R.T.), se hubiera evitado el grave hecho sucedido a la actora el día 26 de agosto de 2010. La visita al establecimiento empleador, le hubiera permitido conocer el estado de embarazo que portaba R., las distintas labores que desarrollaba y al modo y condiciones que eran efectuadas: penosas y peligrosas atento su condición gestante, y en esa inteligencia, determinar que tareas podía o no podía realizar la trabajadora, y como debía desarrollarlas. Qué medidas de prevención debía adoptar la empleadora para no poner en riesgo el embarazo de la actora y su propia salud. Nada hizo. Nada realizó. Como quedó probado y en el tiempo que laboró la actora jamás visitó el establecimiento Hojalmar S.A., y ni tampoco lo ha hecho en el tiempo que duro su afiliación como lo expuso el testigo Esquivel en audiencia de vista de la causa. Claramente su accionar omisivo coadyuvó a la producción del daño de la pérdida del hijo por nacer de R., y por optima consecuencia la grave lesión incapacitante psíquica que afecta a la accionante, producto del aborto de su bebe que estaba en gestación. (arts. 512, 901, 902,903,904, 1074, 1109 y cctes. Del C.C., arts.4 y 31 LRT., Dec. 170/96, Ley 19587, Dec. 351/79, 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21

apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 375 del CPCC).

Queda claro pues la relación causa efecto entre las omisiones de la A.R.T. codemandada, y también las que incurriera Hojalmar S.A., y el grave daño sucedido a R. y a su hijo por nacer (arts.901,902,903,904, 1074, 1109 y cctes.C.C., art. 4 y 31 LRT, Dec.170/96).

La A.R.T. codemandada: NADA PREVINO, NADA CONTROLÓ Y TAMPOCO DENUNCIO, como quedó probado en veredicto. Ninguna prueba aportó en contrario (art. 375 del CPCC., arts. 4 y 31 Ley 24557).

Debemos decir que obligación de control incluso deviene de lo dispuesto en el Convenio 135 de la O.I.T.relativo a la seguridad y salud de los trabajadores adoptado el 22 de junio de 1981 y el Protocolo de 2002 relativo al convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, adoptado el 20 de junio de 2002 en Ginebra, en su artículo 1 inciso b) define como “enfermedad profesional”, a toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral”.

A su vez, el artículo 3 inciso c) del “Convenio” determina que “la expresión lugar de trabajo abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador”, mientras que el inciso e) “el término salud, en relación con el trabajo, abarca no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afecta a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo”.

De esta forma las normas citadas, constituyen una “ley supra legal”, de ahí que toda legislación subalterna, ha quedado derogada de pleno derecho.

De esta forma quedaba en cabeza de la ART codemandada la obligación de visitar el establecimiento empleador. Hacer las prevenciones del caso, tanto en las tareas cumplidas por R. habida cuenta su estado gestante, el modo y forma en que debía desarrollarlas, y cuales en el caso eran las adecuadas atento su situación de embarazo. Debía también efectuar un control de que medidas se adoptaron para prevenir un daño en la salud de R. y en su hijo por nacer. Y en última instancia formular las denuncias del caso. Sin embargo NADA HIZO, PUES NUNCA VISITO EL ESTABLECIMIENTO EMPLEADOR. Por su parte ninguna prueba aportó de ello en cuanto a su realización como correspondía a su carga (art.375 del CPCC). Sin ninguna duda, la realización de prevención y control permitido conocer a tiempo el estado de salud de la trabajadora y su condición gestante, y adoptar los recaudos del caso para prevenir un aborto del embarazo que llevaba y las graves lesiones psíquicas incapacitantes que la afectan. Nada de ello hizo. Tampoco ninguna prueba aportó en contrario. No quedan dudas que su conducta omisiva tanto en lo que respecta a los deberes de prevención, control y denuncia (arts. 4 y 31 de la L.R.T.), actuaron como factores desencadenantes del daño sucedido a R. y a su hijo por nacer, de ahí que quepa la responsabilidad subjetiva en la A.R.T. codemandada en el hecho dañoso (Arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1074, 1109 y cctes. Del C.C., arts. 4 y 31 de la L.R.T.,

Decreto 170/96, Ley 19587, Dec. 351/79). (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto)

Tampoco consta que durante el tiempo que transcurrió el contrato de afiliación con el empleador Hojalmar S.A. haya concurrido a su establecimiento para establecer planes de mejoramiento, o en su defecto formular ante las autoridades correspondientes las de nuncias del caso. Pues nada hizo. Ninguna prueba aportó en contrario ((Arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1074, 1109 y cctes. Del C.C., arts. 4 y 31 de la L.R.T., Decreto 170/96, Ley 19587, Dec. 351/79) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Surge evidente que no se adoptaron las medidas necesarias para resguardar la integridad psicofísica de la trabajadora ni la de su hijo por nacer que perdiera mediante aborto a partir del 26 de agosto de 2010. Ninguna prueba aportó en ese sentido la A.R.T. codemandada (art. 375 del CPCC). (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto) (arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9 y concordantes de la Ley 19587, Decreto 351/79, arts.4 y 31 de la L.R.T., Decreto 170/96, Decreto 658/96, Resoluciones SRT 43/97, 415/02, 310/03, 037/10 arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1074, 1109 y concordantes del Código Civil; art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

La conducta omisiva de la ART codemandada, devino también como condición necesaria para generar el daño de la pérdida del hijo por nacer de R., y por optima consecuencia y a causa de ello, la secuela incapacitante psíquica que hoy padece a causa de ello, toda vez que de haber efectuado los controles del caso sin duda hubiera evitado o amenguado el grave daño incapacitante que de manera causal padece el litigante, como así también evitado el aborto de su hijo.

De esta manera, quedo probado que los incumplimientos que hacen a la omisión de los deberes de control, prevención y denuncia que la Ley de Riesgo del Trabajo pone a cargo de la A.R.T.codemandada, como aseguradora de riesgos del trabajo de Hojalmar S.A., en el tiempo que laboró la actora para esta última, se vinculan causalmente con los graves daños sufridos por la trabajadora, tanto en la pérdida de su hijo por nacer y el consecuente daño incapacitante psíquicos, habiendo por tanto incurrido dicha aseguradora en responsabilidad subjetiva en el hecho dañoso, considerando que se ha verificado el carácter cuasi delictual de la obligación, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual en que incurre por omisión de los deberes legales a su cargo (arts. 4 y 31 LRT, Decreto 170/96, Ley 19587, Decreto 351/79, Decreto 170/96, 658/96, 49/14, Resoluciones SRT. Nros. 43/97, 037/10, arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1074, 1109 y concordantes del Código Civil, art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2)

apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Claramente surge acreditada la culpa de la A.R.T. codemandada, en el hecho dañoso por la omisión de los deberes a su cargo (arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1074, 1109 y cctes. Del C.C., arts. 4 y 31 de la L.R.T., Dec.170/96, Resoluciones 43/97, 037/10 y normas internacionales antes descriptas), sino que también la conducta asumida por la aseguradora durante los años que duró el contrato de afiliación con el empleador Hojalmar S.A., reflejan una conducta desaprensiva, negligente con total indiferencia de las obligaciones que la normativa de la Ley de Riesgos del Trabajo pone a su cargo en cuanto al deber de cumplir con los tres deberes básicos que la norma le impone que son: CONTROL – PREVENCIÓN Y DENUNCIA, tal como quedó probado en veredicto.

Es decir, la aseguradora ya por el propio contrato de afiliación asumía el compromiso de cumplir con los deberes legales que la L.R.T. pone a su cargo no sólo respecto del asegurado sino también de los trabajadores (cuestión primera del veredicto).

Pues bien nada hizo para prevenir el grave daño en la salud ocasionado a R. y a su hijo por nacer, de ahí que considero que su conducta omisiva, es sin duda deliberada, y claramente se aprecia la culpa en que incurrió en el hecho dañoso (arts. 502, 1074 y cctes. Del C.C., arts.4 y 31 de la L.R.T.

Como se probó en veredicto cuestión primera, sexta, séptima y octava, cuando la ART afilió a Hojalmar S.A., ni siquiera concurrió al establecimiento para saber en qué nivel de cumplimiento se encontraba (Decreto 170/96), jamás se inspeccionó la fábrica de la empleadora codemandada.

Ahora nos preguntamos porque la ART codemandada, no cumplió con los deberes básicos que le impone la L.R.T. en sus arts.4 y 31 y Decreto 170/96 para prevenir riesgos en la salud de la trabajadora y de su hijo por nacer, me pregunto PORQUE NO VISITO EL ESTABLECIMIENTO EMPLEADOR, EL LUGAR DE TRABAJO, PORQUE NO FORMALIZO MEDIDAS DE PREVENCIÓN, CAPACITACIÓN ADECUADA, CONTROLES PARA VERIFICAR PARA VERIFICAR LOS GRAVES INCUMPLIMIENTOS A LA NORMA DE HIGIENE Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO COMO SE HA COMPROBADO, Y POR ENDE DESARROLLAR LOS PLANES DE MEJORAMIENTO DEL CASO, Y DE ÚLTIMA FORMULAR LAS DENUNCIAS CORRESPONDIENTES ANTE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN (arts. 4, 31 LRT. Arts.506, 507, 512, 1073, 1074 y concordantes del C.C.).

Nada, nada, nada hizo. La orfandad probatoria es lo que caracteriza a esta causa.

Ahora bien, reiteradamente ha sido señalado que no existe obstáculo jurídico alguno para que, verificados los presupuestos legalmente establecidos en el Código Civil, las aseguradoras de riesgos del trabajo puedan ser responsabilizadas civilmente por los daños sufridos por los trabajadores como consecuencia del incumplimiento -o deficiente cumplimiento- de los deberes de prevención, seguridad y control de los riesgos del trabajo que el sistema de la ley 24.557 pone a su cargo, debiendo en tal hipótesis reparar integralmente los perjuicios originados (conf. C.S.J.N., causas P.685.XLV, “Pacheco, Antonio Manuel c/La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A. y otro s/accidente acción civil”, sent. del 23-III-2013;

T.205.XLIV, "Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro", sent. del 31-III-2009; S.1478.XXXIX, "Soria, Jorge Luis c/RA y CES S.A. y otro", sent. del 10-IV-2007; S.C.B.A., causas L. 114.411, "Díaz", sent. del 12-VI-2013; L. 103.810, "Montiel", sent. del 30-V-2012; L. 103.075, "Vallejos", sent. del 21-XII-2011; L.96.238, "M., B.", sent. del 9-XI-2011; L. 100.966, "Zapata", sent. del 14-IX-2011; L. 91.016, "L., R.", sent. del 6-VI-2011; L. 101.094, "Berthet", sent. del 27-IV-2011; L. 95.988, "Mereles", sent. del 6-X-2010; L. 101.137, "Brest", sent. del 14-VI-2010; L. 98.584, "Bordessolies de Andrés", sent. del 25-XI-2009; L. 96.124, "L., N.", sent. del 15-VII-2009; L. 92.370, "Dodds", sent. del 18-II-2009).

En tales precedentes se descartó la supuesta -y, en rigor, inexistente- imposibilidad de responsabilizar a las aseguradoras de riesgos del trabajo por reclamos planteados por fuera de la ley 24.557, señalando que en modo alguno puede sostenerse, con alcance general, que cualquiera fuese el incumplimiento en que incurran respecto de las obligaciones de prevención y control que la ley les impone, y aun de su eficiencia causal respecto del daño padecido por el trabajador, dichas empresas gocen de inmunidad proveniente de una suerte de exención - completa y definitiva- de responsabilidad civil.

Ello así, porque no resulta aceptable entender que las aseguradoras de riesgos del trabajo son meras espectadoras del hacer del empleador con el fin de prevenir los riesgos del trabajo, toda vez que, muy por el contrario, en el diseño normativo de la ley 24.557 se les ha otorgado un rol esencial para lograr los objetivos preventivos allí previstos. En consecuencia, cuando las aseguradoras de riesgos del trabajo incumplen o cumplen deficientemente -por acción u omisión- con los deberes de seguridad, prevención y control que la Ley de Riesgos del Trabajo pone a su cargo, y siempre que esos incumplimientos se vinculen causalmente con los daños sufridos por los trabajadores, no hay obstáculo alguno para responsabilizar a dichas empresas en los términos del derecho común. En tales supuestos, verificado el carácter cuasidelictual de la obligación y situados, por lo tanto, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual en que incurre la aseguradora por omisión de los deberes legales a su cargo, el resarcimiento debido queda ligado y determinado por los parámetros de integridad previstos por la normativa de derecho común y ajeno, por lo tanto, a las prestaciones de la ley 24.557, marco reparador extraño al fundamento y naturaleza de condenas como la aplicada en autos. (SCBA. causa L. 117.447, "E. , G. A. contra Municipalidad de Florencio Varela y otro/a. Accidente de trabajo-Acción especial" fallo del 29 de abril de 2015).

Debe tenerse presente que Producida la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los preceptos de seguridad e higiene como texto constitucional (arts. 75 inc. 22 C.N.; 2.2., 7 y 12.1 PIDESC), la aplicación del principio del art. 1074 C.Civ. se evidencia como un basamento jurídico complementario u operativo.

Resumiendo, por la directa responsabilidad derivada del daño causado por omisión en el cumplimiento de sus deberes a su cargo: PREVENCIÓN, CONTROL Y DENUNCIA (arts. 512,901,902,903,904, 1074, 1109 y ctes. Del C.C.; arts. 4 y 31 LRT, Dec. 170/96, Ley 19587, Dec. 351/79, Resol. 43/97 y normas concord antes e internacionales antes descriptas:), encuentro también responsable a LIBERTY A.R.T. S.A. (hoy SWISS MEDICAL A.R.T. S.A.), surge como causa adecuada y directa del grave daño inferido a R. y a su hijo por nacer, y de las graves secuelas incapacitantes psíquicas que desataron en la trabajadora, la pérdida de su hijo

por nacer, a tenor de la responsabilidad subjetiva de dicha aseguradora en el hecho dañoso que encuentro acreditada debidamente (arts. 502, 512, 901,902, 903,904, 1074, 1109 y cctes. Del C.C.) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto).

Conforme a las distintas consideraciones expuestas en esta cuestión, también lo resuelto en la cuestión primera, sexta, séptima y octava del veredicto, la excepción de falta de legitimación pasiva de la A.R.T. para responder en exceso de las prestaciones de la L.R.T. y de la excepción de falta de legitimación pasiva de la A.R.T. para responder por enfermedades no listadas, devienen totalmente improcedentes en razón a las consideraciones que de hecho y de derecho se imponen en este decisorio y en veredicto, con expresa imposición de costas a la A.R.T. codemandada (art. 19 de la Ley 11653), para lo cual en las respectivas regulaciones se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley 14967 y lo establecido en la doctrina "Morcillo" de la SCBA., fallo del 8/11/17.

Relativo al pedido que se habilite la repetición al Fondo Fiduciario, en el caso ocurra la A.R.T. por la vía que corresponda (art. 2° de la Ley 11653).

Reparación integral

DEL PEDIDO DE REPARACION POR DAÑO PSICOLOGICO:

Siempre sostuve que la posibilidad que la normativa civil otorga al juzgador de brindar al actor una reparación integral, si bien debía basarse en aspectos singulares del caso en análisis y de las condiciones particulares de la víctima, no debía estar sujeta a fórmulas matemáticas que podrían desvirtuar su esencia indemnizatoria.

No coincidí con aquellos que aplicaron la denominada fórmula "Vuotto". No coincidí con los que en la actualidad aplican la fórmula "Mendez" o sostienen que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta la idea de responsabilidad tarifada a través de fórmulas rígidas, que por ende imposibilitan al hermeneuta la adecuación al caso específico.

Estoy convencido que la CSJN ha receptado ese criterio en su pronunciamiento del 8 de abril de 2008, en autos: "Recurso de hecho deducido por Pablo Martín Arostegui en la causa Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.", sentencia que a mi entender debería haber sido el certificado de defunción del uso de fórmulas matemáticas, como las mencionadas precedentemente, en los casos de acciones con basamento en la vía de reparación integral, aunque de hecho no lo fue en todos los casos.

La reparación de los daños ocasionados por el accionar responsable de quienes deben velar por la integridad psicofísica de la trabajadora y de su hijo por nacer, como anticipé, comprende una integralidad, debiendo el juzgador incluir en la reparación tanto el daño emergente resultante de la incapacidad laborativa psíquica que afecta a la trabajadora producto de la pérdida de su hijo por nacer, como así también de los gastos de terapia y farmacológicos que deba afrontar a futuro para un tratamiento a fines de amenguar la grave lesión psíquica que presenta actualmente, y como lo determinara el señor Perito Médico Psiquiatra en su informe de fjs.328/341 y 354. También esa indemnización debe contemplar el lucro cesante producido a futuro, la incierta posibilidad de la inserción futura de la trabajadora dentro del mercado

laboral y sus dificultades de aprobar un examen preocupacional o de suficiencia, habida cuenta las lesiones incapacitantes psíquicas que presenta, teniendo en consideración la joven edad que tenía al momento de sucedido el daño, esto es 20 años.

Ha dicho la SCJBA al respecto que: “En materia de hechos ilícitos cabe la reparación integral del perjuicio experimentado por la víctima, por lo que la indemnización debe cubrir tanto el daño material derivado de la minusvalía laborativa ocasionada por un accidente de trabajo como el de índole moral”. (L 32846 S 21-12-1984), también que: “La acción por accidente de trabajo deducida por la vía civil procura la reparación integral de conformidad a los términos del art. 1069 del Código sustantivo y en consecuencia, deberán resarcirse todos los aspectos de la víctima en lo que se refiere a su personalidad integral y a su vida de relación (art. 1078, Código Civil)” (L 69930 S 24-5-2000), y que “A los fines de la reparación integral que dispone la normativa de aplicación, el resarcimiento debe contemplar también la posibilidad de la inserción futura del trabajador dentro del mercado laboral” (L 78064 S 22-12-2004), entre muchos otros fallos al respecto.

El principio de reparación integral debe merituar el menoscabo producido en la víctima, en ese sentido las lesiones incapacitantes psíquicas son más que elocuentes como así también las secuelas que podrían generarse a futuro (ver pericia médica y psiquiatra), la pérdida de ganancias e ingresos, en su vida útil (art. 19 inciso a) Ley 24241) y lo que percibía como remuneración mensual, normal y habitual durante el último año trabajado.

Sin embargo no sólo incumbe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afectan a la víctima, desde el punto de vista individual y social, lo que le confiere un contexto de valoración más amplio (CJSN. Fallos 310:1826 y 331:570).

La reparación debe ser una total integralidad en ella también se encuentra inmerso el daño incapacitante psicológico que tiene causa directa con las graves lesiones incapacitantes psíquicas, de las que HOJALMAR S.A. y la A.R.T. codemandada deben responder de manera solidaria (arts. 901, 902, 903, 904, 1068, 1069 y concordantes del C.C.).

Ese daño psicológico incapacitante que afecta a R. en un 23% de la t.o. de manera parcial y permanente, tiene adecuado nexo causal con la pérdida de su hijo por nacer sucedida a partir del 26 de agosto de 2010, aborto (SUCEÑO PERJUDICIAL) sucedido a consecuencia de las tareas penosas y peligrosas impuestas a la trabajadora, y a la forma, modo y condiciones que debieron cumplirse a lo largo del vínculo de trabajo y las propias sucedidas el mismo día 26 de agosto de 2010, y que las demandadas en momento alguno adoptaron los recaudos necesarios para prevenir dicha situación tal como se explicitara en este decisorio precedentemente y en las cuestiones primera, sexta, séptima y octava del veredicto (arts. 512, 901, 902, 903, 904, 1067, 1068, 1069, 1074, 1078, 1079, 1083, 1109, 1113 y concordantes del C.C., Ley 19587, Dec. 351/79, Resol. SRT 037/10, arts. 62, 63, 75 primer párrafo, 79, 176, 195 y concordantes de la L.C.T., arts. 4 y 31 de la L.R.T., Dec. 170/96, art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art. 10 inciso 2), art. 12 incisos 2)

apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Como lo indica Matilde Zavala de Gonzalez (Resarmiento de daños – 2ª Daños a las personas – Edit. Hammurabi – pág.193) el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente.

La misma autora refiere que comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, pero ya sea como situación establece o bien accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación.

El daño psicológico se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el medio social (CNEsp. Civ.y Com., Sala 5ta, 15/12/82, citado por Daray, Accidentes de tránsito, p. 481, n° 15).

En esa idea y a partir del sistema de causalidad adecuada que adopta nuestro Código Civil (art. 901 y siguientes) en cuya virtud se responde no sólo por las consecuencias inmediatas, sino también por las mediatas que sean objetivamente previsibles, conforme con el curso natural y ordinario de las cosas. Es decir, que la responsabilidad abarca inclusive los resultados que son el producto de la conjunción del hecho fuente (el suceso perjudicial) con otra situación o acontecimiento, con tal que éstos no sean anómalos, extraordinarios o excepcionales.

La pericia psicológica describe las graves secuelas psíquicas que afronta R. producto de la pérdida de su hijo por nacer (suceso perjudicial), que han actuado como efecto disparador y disolador en su psiquis, y que su empleadora codemandada y LIBERTY ART S.A. (hoy SWISS MEDICAL ART S.A., deben responder de manera solidaria teniendo en consideración lo acreditado en la primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto y lo resuelto precedentemente (arts.901,902,903,904, 1069, 1074, 1109 y cctes.Del C.C.).

Teniendo en cuenta la gravedad de la minusvalía psíquica y su repercusión en el proyecto de vida del damnificado, las fórmulas matemáticas, fueron descartadas por la CSJN por reduccionistas, pues resultan opuestas a la reparación integral, pues atienden a la persona en su faz exclusivamente laboral, sin ponderar los otros órdenes de la vida del trabajador que, en el sublite, se vieron afectados por el daño reconocido. Resulta dable observar que el valor de la vida humana no es susceptible de ser apreciado a través de un cálculo matemático (CJSN. S.C.P. 240, L. XLVIII Fallo del 24 de septiembre de 2015 “Picón Sergio Rafael c/Fundición San Cayetano S.A. y otros s/acción civil”

Sobre la base de todo lo hasta aquí expuesto y en consideración al valor vida estimado prudencialmente, en mérito a la edad del accionante a la fecha de la consolidación del daño, esto es el:9 de septiembre de 2010 (20 años) y los faltantes hasta alcanzar el máximo de vida útil (75) años como lo ha determinado la O.I.T., el hecho que haya cesado en su vínculo de trabajo el 1/09/2010, presentándose para ella un panorama incierto en lo que respecta a la

dificultad de aprobar un examen preocupacional o de aptitud o suficiencia en un nuevo empleo, compitiendo con otras personas que se encuentren en óptimas condiciones de salud, así como el porcentaje de incapacidad psicológica parcial y permanente que presenta (23 % de la t.o.) (primera, sexta, séptima y octava cuestión del veredicto), se determina que la reparación integral de daños materiales -daño emergente y lucro cesante y pérdida de chance en cuanto a la posibilidad incierta de insertarse en el mercado de trabajo y no poder aprobar un examen preocupacional o de suficiencia o de aptitud para un nuevo puesto de empleo que aspire, los gastos por tratamiento terapéutico y farmacológicos que deba efectuar según lo establecido en la pericia psiquiátrica y lo dispuesto en el art. 44 inciso e) segundo párrafo de la Ley 11653, asciende a la suma de \$ 300.000 (PESOS TRESCIENTOS MIL).

DEL DAÑO MORAL Y DE LA PERDIDA DEL HIJO POR NACER:

A la indemnización establecida por daños y perjuicios derivados de la incapacidad psicológica que afecta a R., corresponde se adicione la del daño moral, derivado de las secuelas incapacitantes que presenta la trabajadora, y de lo que corresponde contemplar por la grave pérdida que ha significado de su hijo por nacer frente a la interrupción del embarazo sucedido el 26 de agosto de 2010, situaciones ambas que se dan un mismo contexto, las cuales serán contempladas en un solo importe.

Para justipreciar, las sumas que corresponda adicionar por daño moral y la pérdida del hijo por nacer (arts.1078, 1079 y concordantes del C.C.), estableceré una suma mayor a la habitualmente concedida, pues entiendo plenamente justificable por las particulares características de la presente acción, y las graves omisiones de la normativa de higiene y seguridad del trabajo y en lo que hace la prevención de riesgos laborales que han sido los motores causantes del aborto del hijo por nacer sucedido a R. el 26 de agosto de 2010 y las graves secuelas incapacitantes psicológicas que dejó ese hecho que afectan a la trabajadora R., y las implicancias que tienen de su vida en relación dichas secuelas y la pérdida lamentable de su bebe por nacer, lo cual ha marcado desde joven en su vida en relación, y que de haberse tomado los recaudos de control y prevención del caso tanto por la empleadora codemandada -sabedora del embarazo de la accionante- como por parte de la ART codemandada, en cuanto no cumplió nunca con sus tres deberes básicos que son PREVENCIÓN CONTROL Y DENUNCIA, el evento dañoso no hubiera sucedido o hubiera sido menor.

En ese sentido se ha dicho como doctrina por la CSJN en el fallo dictado en fecha 4 de junio de 2013 en los autos “Visone Gloria Beatriz c/Hospital Vicente López y Planes s/accidente de trabajo” en cuanto se dispuso que en la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste.

Observemos que el daño moral, es el que surge de los inconvenientes, angustias, etc, entendiéndose como una modificación disvaliosa del espíritu de una persona, en el nuevo conocimiento de que la capacidad de entender, querer y sentir, que se produce en un modo de estar distinto del que se encontraba con anterioridad al hecho o acto antijurídico y anímicamente perjudicial.

En la especie han quedado acreditados los graves padecimientos y sufrimientos afrontados por la parte actora a consecuencia de la pérdida de su hijo por nacer y las lesiones incapacitantes psíquicas que ha generado ese hecho. También la índole del hecho generador de la responsabilidad.

Como dijimos anteriormente, la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA) en su artículo 4° cuando habla del derecho a la vida, precisa que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Concordante con ello, el artículo 70 del Código Civil establece en su parte pertinente que: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas.”

Como bien indican las normas citadas, desde la concepción, el hijo por nacer tiene derecho a que se respete su vida, es decir que no sufra un daño que interrumpa el alumbramiento a la vida.

Claramente está consagrado internacionalmente y localmente el derecho a la vida desde la concepción. Lapso que no significa vivir solamente un instante o período determinado, sino toda la vida, desde la concepción hasta la muerte. El derecho a la vida implica, fundamentalmente, el derecho a la continuidad de la vida. Incluye el derecho a oponerse a la interrupción de ella en cualquiera de sus extremos y en cualquier segmento (“desde la concepción hasta la muerte natural.”) (cf., art. 12 inciso 1° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), De ahí que se debe reconocer al concebido el derecho a la vida, de donde entonces surgirán, como consecuencia de su calidad de sujeto, los demás derechos, por ser éstos una derivación de aquéllos. Con la concepción empieza el ciclo de la vida, el cual se desarrolla ininterrumpidamente hasta producirse el desencadenamiento biológico de la muerte, entre cuyas etapas se encuentra el momento del nacimiento que, por importante que resulte para el individuo, no es más que una etapa del ciclo de la vida en permanente evolución. Desde la concepción ya hay criatura humana, ya hay un ser, aun cuando exista a expensas de la madre y sólo alcance autonomía de vida y existencia individual perfecta luego que ocurra el nacimiento. (cfe. Tinant, Eduardo Luis “Implantación de embriones criopreservados de la pareja pese a la oposición del marido” – LA LEY 26/10/2011- Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J – 2011-09-13- P.A.c/S.A.C. s/medidas precautorias”).

Precisamente el accionar omisivo de ambas codemandadas como se tratara en veredicto cuestión primera, sexta, séptima y octava y precedentemente, frente a la diversidad de tareas penosas y peligrosas a la que hora sometida la madre del gestante, la forma, modo y condiciones en que fueron impuestas, sin tomar los recaudos o prevenciones del caso, interrumpieron la etapa de vida del hijo por nacer, sin permitirle llegar al siguiente paso que es el nacimiento, siendo que la gestación era avanzada y casi en el orden de los seis meses. Pues bien, el hijo por nacer de R. no llegó al nacimiento habida la responsabilidad objetiva y subjetiva que en cada caso han tenido las aquí demandadas en el hecho dañoso.

No sabemos ni conocemos, como sufre un hijo gestante al cual se le interrumpe el derecho a la vida, el derecho nacer, pero si sabemos, como marca esto a R., madre del bebe que gestaba. El sufrimiento que ha tenido, y del cual no se va a poder reponer de por vida, cualquiera sea la suma indemnizatoria que se conceda, pues el derecho a la vida no tiene precio, no está tabulada en un sistema de reparación integral. El grave daño que ha significado para R. en sus sentimientos y en su vida en relación de su hijo que estaba en gestación.

Pensemos que la vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en sus hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte al menos, del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida

En ese aspecto la procedencia del daño moral por la pérdida del hijo por nacer, resulta indiscutible y no necesita demostración alguna. Como dice Jorge Mosset Iturraspe en su obra "El VALOR DE LA VIDA HUMANA" – Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 142/143: ".procede el resarcimiento por el daño moral sufrido por la pérdida del hijo pues su procedencia es indiscutible y no necesita demostración alguna. Las características del hecho que desencadenó en la muerte del hijo en forma inmediata han producido un desgarramiento moral indiscutible que debe ser resarcido. La procedencia del daño moral como rubro indemnizable no se discute, en nuestro derecho habiendo sido definido por la jurisprudencia como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor principal en la vida del ser humano que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los demás sagrados afectos, ya se caracterice al daño moral como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio pero que hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o espiritual o a los afectos legítimos, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas."

Por su parte también debe tenerse presente que debe diferenciarse el daño moral del daño psíquico -situaciones que las demandadas quisieron emparentar como una misma situación-, pues al decir de Cipriano (El daño psíquico – sus diferencias con el daño moral) – LL, 25/7/90, el daño psíquico constituye una categoría de la naturaleza o situación fáctica desplegada en el acontecer anímico (a semejanza, en lo físico, con la amputación de una pierna que impide caminar con normalidad), el daño moral, en cambio, versa sobre la expresión jurídica de ese menoscabo, su aprehensión no es propiamente psicológica, sino como concepto de derecho, cuya sustancia genérica es la alteración del equilibrio espiritual de la persona.

Digamos que el daño moral acontece prevalecientemente en el sentimiento, mientras que el daño psíquico afecta con preponderancia el razonamiento.

Hechas estas disquisiciones, propongo como indemnización por daño moral tanto derivado de las lesiones incapacitantes psíquicas que afectan a la actora como por la pérdida del hijo por nacer que ha significado a R., en la suma de \$ 400.000 (PESOS CUATROCIENTOS MIL) (art.44 inciso e) segundo párrafo de la Ley 11653).

De esta manera totalizó para la actora la suma total de \$ 700.000 (PESOS SETECIENTOS MIL) como monto de condena de los daños y perjuicios reclamados, que deberán asumir ambas demandadas: HOJALMAR S.A. y LIBERTY A.R.T. S.A. (hoy SWISS MEDICAL ART S.A.) de manera solidaria, y calculados a la fecha en que la accionante tomo conocimiento de sus lesiones incapacitantes psíquicas, esto es el 9 de septiembre de 2010, fecha desde la cual deberá adicionársele los intereses pertinentes a tasa pasiva digital, hasta el efectivo pago.

A esos fines y teniendo en consideración a hoy la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, lo dispuesto por su artículo 7° primer párrafo, y dado que aún a los efectos de establecer los intereses moratorios, el Banco Central no ha previsto aun las reglamentaciones sobre las tasas a aplicar (art. 768 inciso c) del CCN, considero en mi opinión mantener el criterio de la doctrina de nuestro más alto Tribunal Provincial sobre los intereses a aplicar (conf. Arts. 1, 2, 3 y concordantes del CCN. Y art. 11 de la L.C.T.), debiendo a ese efecto calcularse con arreglo a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a treinta (30) días, con las aclaraciones que paso a señalar.

Dado que en la propia página Web de la Suprema Corte de Justicia, existe una variante más favorable para los trabajadores, la tasa pasiva para los plazos fijos digitales a 30 días, soy de opinión que esa es la tasa que deberá aplicarse en el particular.

Un fallo reciente de la SCBA, “ZOCARO, TOMAS ALBERTO C/ PROVINCIA A.R.T. S.A.Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (L-118615 del 11 de Marzo de 2015), resulta de apoyatura evidente para lo anteriormente expuesto y me libera de mayores comentarios al respecto.hasta el efectivo pago, a calcularse con arreglo a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a treinta (30) días.

Se funda el presente decisorio en las disposiciones de la Ley 19587 y su decreto reglamento 351/79, arts. 4 y 31 de la Ley 24557, Decreto 170/96 , arts. 62, 63, 75 primer párrafo, 176, 195 y concordantes de la L.C.T., Resolución SRT. Nros. 43/97 y 037/10, arts. 506, 507, 512, 901, 902, 903, 904, 1069, 1074, 1078,1079,1083, 1109, 1113 y concordantes del Código Civil, art. 1° Ley 23526, art. 11 apartado 1) inciso f), apartado 2, apartado 3 y concordantes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 4°, 5° apartado 1), 21 apartado 1 y 2 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), arts. 3, 7 inciso a) apartado ii), incisos b) y d), art.10 inciso 2), art 12 incisos 2) apartado a) y b) y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 25 inciso 2do.) de la Declaración Universal de Derechos Humanos) y normas concordantes al efecto.

COSTAS:

Las costas del proceso respecto de los rubros en progreso correspondiente al reclamo por daños y perjuicios, deben imponerse de manera solidaria a las demandadas vencidas: HOJALMAR S.A. y LIBERTY A.R.T. S.A. (hoy SWISS MEDICAL ART S.A. (art. 19 Ley 11653), adecuándose las regulaciones a lo dispuesto en la Ley 24432, salvo las impuestas precedentemente respecto de las excepciones planteadas que se ajustaran a las normas arancelarias al caso, siendo consideradas separadas del juicio principal (art.47 de la Ley 14967).

A tal fin las regulaciones que se practiquen deberán tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 14967 y lo indicado por la doctrina "Morcillo", de la SCBA., fallo del 8/11/2017.

ASI LO VOTO

Los Sres. Jueces Dr. Miguel Angel Diaz Casas y Dra. Marina Leticia Lopez Bellot votaron en igual sentido por compartir los fundamentos.

Con lo que terminó el ACUERDO POR UNANIMIDAD firmando los Señores Jueces por ante mí de lo que doy fe.

Dr. Miguel Angel Diaz Casas

Presidente

Dr. Luis Alberto Gomez

Vicepresidente

Dra. Marina Leticia Lopez Bellot

Jueza

----- FALLO -----

Expte. Nº 11570

Lanús, 19 de junio de 2018.-

AUTOS Y VISTOS: Lo resuelto en el Acuerdo precedente, este Tribunal del Trabajo Nº 2 de Lanús, RESUELVE:

1.- Rechazar la excepción de prescripción deducida por la coaccionada LIBERTY A.R.T. S.A. (hoy SWISS MEDICAL A.R.T. S.A.) en atención a los fundamentos que de hecho y de derecho que se exponen en el decisorio, con costas (art. 19 de la Ley 11653) para lo cual y conforme a lo dispuesto en los arts. 43, 47 y concordantes de la Ley 14967, lo establecido en la doctrina "Morcillo" de la SCBA., fallo del 8/11/07, se regulan los honorarios profesionales de los Dres. JORGE DANIEL CONTARINO y JAVIER ENRIQUE GAROBIO en 9 (nueve) JUS arancelarios cada uno; los del Dr. ALDO VICTOR BONGIOVANNI en 18 (dieciocho) JUS arancelarios; y los de los Dres. FEDERICO NICOLAS SILVA, CAROLINA NATALIA CABEZAS, ANDREA ALEJANDRA NESSI, JORGELINA FERNANDEZ Y FEDERICO DARIO LANCHINI en 7 (siete) JUS arancelarios cada uno, con más el aporte legal previsional (Ley 10268) e IVA si correspondiere.

2.- Rechazar las excepciones la excepción de falta de legitimación pasiva de la A.R.T. para responder en exceso de las prestaciones de la L.R.T. y de la excepción de falta de legitimación pasiva de la A.R.T. para responder por enfermedades no listadas, deducidas por LIBERTY A.R.T. S.A.(hoy SWISS MEDICAL ART S.A.), en atención a las consideraciones que de hecho y de derecho se exponen en el decisorio, con costas (art. 19 de la Ley 11653) para lo cual y conforme a lo dispuesto en los arts. 43, 47 y concordantes de la Ley 14967, lo establecido en la doctrina "Morcillo" de la SCBA., fallo del 8/11/07, se regulan los honorarios profesionales de

los Dres. JORGE DANIEL CONTARINO y JAVIER ENRIQUE GAROBIO en 9 (nueve) JUS arancelarios cada uno; los del Dr. ALDO VICTOR BONGIOVANNI en 18 (dieciocho) JUS arancelarios; y los de los Dres. FEDERICO NICOLAS SILVA, CAROLINA NATALIA CABEZAS, ANDREA ALEJANDRA NESSI, JORGELINA FERNANDEZ Y FEDERICO DARIO LANCHINI en 7 (siete) JUS arancelarios cada uno, con más el aporte legal previsional (Ley 10268) e IVA si correspondiere.

3.- Declarar la inconstitucionalidad del art. 39 primer párrafo y 49 disposición adicional primera que modifica el art. 75 de la L.C.T., ambos de la Ley 24557 conforme a lo resuelto en el decisorio, sin costas.

4.- Declarar en abstracto y sin costas los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 4, 6, 8, 14, 15, 40, 49 cláusulas adicionales 3 y 5, todos de la Ley 24557, ello conforme a los fundamentos del decisorio.

5.- Rechazar parcialmente la demanda deducida por R. S. G. respecto de los rubros pretendidos por cobro de Indemnización por antigüedad más incidencia del S.A.C., S.A.C. y Vacaciones Proporcionales del año 2010 e Indemnización art. 80 de la L.C.T., todo ello conforme a las consideraciones que de hecho y derecho se exponen en veredicto y decisorio, (art. 726 del C.C.C.), con costas (art. 19 y 22 de la Ley 11653), para lo cual se practica la regulación de los honorarios profesionales teniendo en consideración las disposiciones de la Ley 14967 y lo establecido en la doctrina “Morcillo” de la SCBA., fallo del 8/11/17, los de los Dres. JORGE DANIEL CONTARINO, JAVIER ENRIQUE GAROBIO y ALDO VICTOR BONGIOVANNI, en 7 (siete) JUS arancelarios cada uno, con más el aporte legal previsional e IVA si correspondiere.

6.- Hacer lugar parcialmente a la demanda formulada por R. S. G., por cobro de las indemnizaciones sustitutiva de preaviso e integración con más incidencia del S.A.C., las del art. 2do. Ley 25323 y art. 182 de la L.C.T., condenando a la codemandada HOJALMAR S.A., a pagar a la actora dentro del décimo día de notificada la presente, y mediante depósito en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Lanús, a la orden del Tribunal y como perteneciente a la cuenta de autos, la suma de PESOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE (\$ 57.479), conforme a las consideraciones que de hecho y derecho se exponen en veredicto y decisorio, calculada a la fecha que se consumó el distracto laboral, esto es 1° de septiembre de 2010, y conforme la liquidación que se practica en el decisorio tomando en consideración los rubros antes explicitados que prosperan (Punto I.-), suma a la que deberá adicionársele los intereses pertinentes desde dicha fecha hasta el efectivo pago, a calcularse de acuerdo a la tasa de interés pasiva digital que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires respectivamente.

7.- La suma que resulte de la liquidación a practicarse conforme lo expuesto, deberá ser depositada por codemandada HOJALMAR S.A., dentro de los diez días de notificado el presente decisorio, en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Lanús, a cuenta de estos autos; caso contrario, se le impondrán a la incumpliente un interés punitivo del 3 % (tres por ciento) mensual, a contar desde el momento que la sentencia quede firme (artículo 769, 804 y cctes. del Código Civil y Comercial).

8.- Imponer las costas del proceso de los rubros que prosperan según lo indicado en los puntos 6 y 7 del presente a la codem andada HOJALMAR S.A., conforme el principio objetivo de la derrota y de los rubros en progreso (art. 19 Ley 11653).

Al respecto y teniendo en consideración lo dispuesto por la Ley 14967 y la doctrina Morcillo de la SCBA de fecha 8 de noviembre de 2017, los letrados que han intervenido por las partes citadas en este punto, y en las etapas que los han hecho, el monto que prospera y el resultado obtenido, lo dispuesto en la Ley 24432, conforme a ello, se regulan los honorarios profesionales de los Dres. JORGE DANIEL CONTARINO y JAVIER ENRIQUE GAROBBIO en 17 (diecisiete) JUS arancelarios cada uno; y los del Dr. ALDO VICTOR BONGIOVANNI, en 10 (diez) JUS arancelarios, con más respectivamente en cada caso, el aporte legal previsional e IVA si correspondiere.

9.- Rechazar la consignación de certificación de servicios deducida por HOJALMAR S.A., en atención a las consideraciones que de hecho y derecho se exponen en el veredicto y decisorio (punto I), sin costas.

10.- Hacer lugar a la demanda deducida por R. S. G. por cobro de daños y perjuicios referente al daño psicológico incapacitante, daño moral vinculado al daño incapacitante y de la pérdida de su hijo por nacer, condenando a HOJALMAR S.A. y a LIBERTY A.R.T. S.A. (hoy SWISS MEDICAL A.R.T.S.A., de manera solidaria, a pagar a la actora dentro del décimo día de notificada la presente, y mediante depósito en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Lanús, a la orden del Tribunal y como perteneciente a la cuenta de autos, la suma de PESOS SETECIENTOS MIL (\$ 700.000), conforme a las consideraciones que de hecho y derecho se exponen en el decisorio, calculada a la fecha de la toma de conocimiento de su incapacidad psíquica, esto es 9 de septiembre de 2010, y conforme la liquidación que se practica en el decisorio tomando en consideración los rubros antes explicitados que prosperan (Punto II.-), suma a la que deberá adicionársele los intereses pertinentes desde dicha fecha hasta el efectivo pago, a calcularse de acuerdo a la tasa de interés pasiva digital que fija el Banco de la Provincia de Buenos Aires respectivamente.

11.- La suma que resulte de la liquidación a practicarse conforme lo expuesto, deberá ser depositada por las codemandadas HOJALMAR S.A. y LIBERTY A.R.T. (hoy SWISS MEDICAL A.R.T. S.A.), de manera solidaria, dentro de los diez días de notificado el presente decisorio, en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Lanús, a cuenta de estos autos; caso contrario, se le impondrán a las incumplientes un interés punitivo del 3 % (tres por ciento) mensual, a contar desde el momento que la sentencia quede firme (artículo 769, 804 y cctes. del Código Civil y Comercial).

12.- Imponer las costas del proceso, de lo indicado en los puntos 10.- y 11.- del presente, y conforme lo resuelto en el decisorio, de manera solidaria a los codemandadas HOJALMAR S.A. y LIBERTY A.R.T. S.A. (hoy SWISS MEDICAL A.R.T. S.A. conforme el principio objetivo de la derrota y de los rubros en progreso (art.19 Ley 11653).

Al respecto y teniendo en consideración lo dispuesto por la Ley 14967 y la doctrina Morcillo de la SCBA de fecha 8 de noviembre de 2017, los letrados que han intervenido por las partes citadas en este punto, y en las etapas que los han hecho, el monto que prospera y el resultado

obtenido, lo dispuesto en la Ley 24432, conforme a ello, se regulan los honorarios profesionales de los Dres. JORGE DANIEL CONTARINO y JAVIER ENRIQUE GAROBBIO en 117 (ciento diecisiete) JUS arancelarios cada uno; los del Dr. ALDO VICTOR BONGIOVANNI, en 126 (ciento veintiséis) JUS arancelarios; los del Dr. FEDERICO NICOLAS SILVA en 126 (ciento veintiséis) JUS arancelarios; los de las Dras. CAROLINA NATALIA CABEZAS y ANDREA ALEJANDRA NESSI en 42 (cuarenta y dos) JUS arancelarios y los de los Dres. JORGELINA FERNANDEZ FROJAN y FEDERICO DARIO LANCHINI, en 7 (siete) JUS arancelarios cada uno, con más respectivamente en cada caso, el aporte legal previsional e IVA si correspondiere.

13.- Regular los honorarios de los peritos profesionales intervinientes tomando en consideración todos los rubros en progreso y lo dispuesto en la Ley 24432, a ese efecto se regulan los honorarios del Perito Contador, Cdora. CAROLINA MENENDEZ; del Perito Médico Psiquiatra Dr. EDUARDO HECTOR NAPOLITANI, del Perito Técnico Ingeniero RICARDO FRANCISCO FERNANDEZ y del Perito Médico Dra. MIRTAN A. SIMAHAN, en la suma de \$ 45.043 (PESOS CUARENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y TRES), a cada uno de ellos, con más el aporte legal previsional e IVA si correspondiere en cada caso particular.

14.- Practíquese por Secretaría la pertinente liquidación. REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.

Dr. Miguel Angel Diaz Casas

Presidente

Dr. Luis Alberto Gomez

Vicepresidente

Dra. Marina Leticia Lopez Bellot

Jueza