

## Contrato De Trabajo Responsabilidad Del Empleador Desaparicion Forzada De Personas Carga De La Prueba

### JURISPRUDENCIA

### Contrato de trabajo. Responsabilidad del empleador. Desaparición

forzada de personas. Carga de la prueba Por mayoría, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por la parte actora, producto de la desaparición forzada de un trabajador dentro de la empresa en la que prestaba tareas en el año 1976, puesto que de la prueba producida surge la complicidad del empleador en el secuestro y posterior desaparición del trabajador. En virtud de lo expuesto, se condena a la empresa demandada a indemnizar en los términos del artículo 1 de la ley 9688 vigente al momento del hecho.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 27 días del mes de febrero de 2015 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT dijo: Contra la sentencia de grado que rechazó la demanda se alza la actora sosteniendo que la postura del Juez de grado respecto al lugar de comisión del accidente es errada sobre todo teniendo en cuenta que la ley 9688 protegía al trabajador de todo infortunio que sufriera con motivo u ocasión del trabajo, resultando intrascendente el lugar físico donde se produjo la desaparición forzada del padre de la actora. En este punto, concuerdo con la demandada en tanto cuestiona la supuesta intrascendencia del lugar donde se produjo la detención y secuestro de I., como así también cuando en su escrito de conteste refiere que han pasado muchos años desde la comisión de los delitos denunciados hasta nuestros días. Sin embargo, el paso del tiempo no es óbice para calificar las declaraciones de los testigos que depusieron en la causa, exiguas o imprecisas, por cuanto de hacerlo, se estaría amparando desde la órbita judicial, la perpetración de esos delitos. Nótese que en este caso, el a quo centró su postura en el testimonio expedido por el Juzgado Civil y Comercial Nro. 2 de Zárate - Campana a razón del pedido de declaración de ausencia por desaparición forzada del Sr. I., para luego entender que las exposiciones hechas por los testigos B. y E. no acreditaban la versión expuesta en la demanda respecto a las circunstancias en que se produjo el secuestro de la víctima, en tanto los testigos de referencia conocieron los hechos por comentarios de la época. Adelanto que no coincido con la tesis esbozada en origen. En primer lugar porque de las actuaciones judiciales iniciadas por la madre del causante ante el Juzgado Civil y Comercial de Campana en el año 1997, surge que el testimonio de la Sra. M. tuvo por objeto la declaración de ausencia por desaparición forzada a los fines de certificar la fecha presuntiva de fallecimiento del día 5 de mayo de 1977. Allí la Sra. M. indicó que ese 5 de mayo su hijo y su nuera habían sido víctimas de secuestros y posterior desaparición del domicilio de la calle Dorrego ..., lugar físico donde cohabitaba la pareja. Sin embargo, los únicos testigos que fueron ofrecidos en la causa han relatado circunstancias disímiles respecto al momento en que detuvieron a I. de igual forma en que el Sr. P. (abuelo materno de la actora) denunció la desaparición de su yerno en los habeas corpus intentados. De esos documentos puede leerse que sólo el secuestro de su hija se produjo en el domicilio referido precedentemente en horas de la noche, mientras que en horas más tempranas acaeció la detención de su yerno mientras se encontraba cumpliendo sus funciones en la empresa para la cual trabajaba (ver fs. 413). Del testimonio del Sr. E. (fs. 214) surge que: "...el testigo trabajó del 75 al 80. Que en un momento dado I. no trabajó más... Que se enteró después de un tiempo que se lo habían llevado, que había desaparecido, que era uno de los tantos que había desaparecido. Que los militares fueron los que se lo llevaron, que no conoce las circunstancias, que no sabe si fue de día o de noche o de tarde. Que por comentarios le llegó que se lo llevaron de allí mismo, cosa que no le llamó la atención... Que no recuerda la fecha de desaparición de I. que cree fue en el 76... que no la recuerda porque por mucho tiempo no hizo memoria de todos los casos que pasaron en Campana. Que en ese período había gente con ropa de Dálmine que eran militares que trabajaban para los militares que llevaban y traían los comentarios que se hacían en el comedor sobre cuestiones gremiales y políticas, que para eso le pagaban y además era frecuente la presencia de militares en la fábrica en cualquiera de los turnos. Que al decir de allí refiere que se lo llevaron de adentro de la empresa... Que I. no estaba en su sector, que estaba en la parte de Techint...? Mientras que en igual forma sostuvo el testigo B. (fs. 211) "...por comentarios dentro de la planta (de Siderca) se llevaron personas dentro de las cuales estaba I.. Cuando dice de la desaparición de I. se refiere a que apareció un grupo en el cual se llevaron a ésta persona, desconoce si fue un grupo de paramilitares o civiles. Que el dicente no estaba presente cuando sucedió la desaparición.? Resulta obvio decirlo, de haber estado presente alguno de los testigos en el momento de la detención ilegal de I. por un grupo de paramilitares o civiles, en el contexto histórico en el cual se desarrollaron los acontecimientos relatados, no hubiera sido propuestos como testigos en la presente causa sino que formarían parte del conjunto de desaparecidos. En ese sentido, la prueba -superada la etapa de la prueba tasada - no implica la necesidad de una percepción determinada por parte del testigo respecto de un hecho individualizado exactamente. En primer término, como señala Nietzsche, es necesario desconfiar del dogma de la sagrada percepción.

Si se detecta una práctica habitual, aun así no se individualicen sus particularidades, esta debe ser tenida por probada pues parece lógico que el transcurso del tiempo y las razones expresadas por el Sr. E. para no recordar por mucho tiempo los sucesos ocurridos en Campana, impida la fijación exacta del recuerdo de esos hechos, máxime cuando hablamos de acontecimientos cargados de terror y turbación. Lejos de ser una causa para desestimar los dichos, la falta de precisión se adecua a lo que acostumbraría a suceder al intentar revivir un recuerdo traumático. No puede perderse de vista que, en el ámbito cerrado en que se desarrollaron las circunstancias relatadas, nadie conoce mejor los hechos de la causa que los dependientes o ex dependientes de la accionada. Podrá cuestionarse que no se trata de prueba sino de inferencia, pero este tipo de planteo sólo es compatible con la creencia metafísica en la posibilidad de la certeza, en que existe la posibilidad de una *adequatio intellectum ad rem*. Lamentablemente para el narcisismo del sujeto, los mortales no pueden hacer otra cosa que inferir pues los hablantes viven en un mundo de signos y el signo es, por definición, todo aquello con lo cual se puede mentir. En todos los casos los jueces se ven impelidos a decidir por imposición legal. Esto es, a elegir entre opciones distintas y contrarias y todo juicio que se emite es una hipótesis y nada más que una hipótesis sobre objetos y relaciones entre objetos a los que sólo es posible acercarse por signos (testimonios, documentos, informes, etc.). Nunca nada puede ser probado con la fuerza de la certeza (salvo supuestos de psicosis). El mortal debe conformarse con lo probable, con las huellas de un suceso y con las huellas de otros sucesos referidos al primero. En esa tópica de razón de sistema que impone el encuentro con los signos es posible el advenimiento de un mundo como nosotros lo conocemos. Se debe elegir una hipótesis en un juicio práctico, elección de la hipótesis más probable en las condiciones reales de semiosis limitada. Abstraerse de esto, lleva a la teoría probatoria de la inquisición, la de la prueba tasada. O, en todo caso, a creer en la posibilidad de un acceso noumenal a la verdad allende el fenómeno. Por supuesto, esta elección probable, esta creencia debe ser comunicable. Lo que nunca puede dejar de hacerse es dar razón razonable de las causas por las que se elige. El *ars inveniendi* no puede ser jamás para el juzgador republicano, una cuestión privada. Tampoco es posible que el juez presuponga que los testigos, por tener un determinado ánimo, mientan respecto de los hechos percibidos por sus sentidos o tengan alucinaciones pues el principio de inocencia impide aplicar la primera de esas presunciones y la presunción de habilidad de los adultos hasta su declaración de insania, la segunda. Si no existe prueba en contrario ni lo relatado contradice restricciones físicas o lógicas es deber de los jueces analizar la prueba ofrecida de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir de los imperativos que surgen del sistema jurídico, de las reglas lógicas y de la experiencia. La afirmación de la sana crítica no habilita al juez a sostener su prejuicio, sino todo lo contrario. En el fondo, sigue vigente la vieja afirmación de Ulpiano: *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. En el caso los testigos referidos abonan la existencia de una cadena de hechos, sin que se invoque una versión distinta con otro origen probatorio. Digo esto porque la prueba en la que se funda la sentencia de origen es la alusión que hizo la Sra. M. al domicilio de la pareja como lugar donde ocurrieron las detenciones al momento de solicitar la declaración de ausencia por desaparición forzada, versión que se contrapone, reitero, con la denuncia expuesta en el *habeas corpus* iniciado años antes por el Sr. P. (abuelo materno de la actora) y que fue desestimado por no encontrarse registros de esas detenciones en ninguna de las dependencias de la jurisdicción (ver. fs. 413/419). Es importante reseñar que M. comparece al sólo efecto de demostrar la ausencia con presunción de fallecimiento, en momentos en que aún no había sido declarada por el Congreso Nacional la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final y se encontraban vigentes los indultos dispuestos por el ex presidente que ejerció entre 1989 y 1999. Este hecho institucional es el que habilita la posterior declaración por la CSJN de la nulidad de las citadas normas. En este contexto ciertas diferencias se hacen excusables cuando se habla sobre la desaparición de una pareja ocurrida más de 20 años antes. Por otro lado, no puede soslayarse, que de la documental acompañada con el oficio contestado por la Secretaría de Derechos Humanos a fs. 516 la empresa Dalmine Siderca manifestó en una comunicación dirigida al Presidente de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas, que el Sr. R. I. ingresó a la empresa referida el día 10 de marzo de 1971 y renunció el 21 de mayo de 1973, datos que a la luz de los testimonios aportados en la causa resultan incongruentes con los elementos probatorios aquí reunidos. La alegación mecánica de la carga de la prueba tampoco puede ser de recibo. Como se ocupa de señalar Carbone: Es común leer y escuchar la pregunta ¿quién debería probar y no lo hizo? Por supuesto que no se debe probar nada, porque no hay ningún deber -ergo, ninguna sanción a su omisión- en ello respecto de las partes. Es hora de recordar que es una carga, un imperativo jurídico en el propio interés si no pruebo, no me sancionan, no me compelen patrimonialmente como sucede ante el incumplimiento de una obligación. Sólo pierdo dicha ventaja procesal. Tampoco se soluciona el intrínquilis preguntando ¿quién es el actor o el demandado? O, ¿quién tenía la carga de hacerlo? La cuestión es preguntarse ¿quién va a asumir las consecuencias de que determinado hecho controvertido no esté suficientemente probado? Estar claros en esto es de vital importancia, por cuanto una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erróneas y por tanto a una sentencia errada. En realidad, esta idea esencial en el tema nos demuestra que más que reglas de prueba, son reglas de decisión<sup>(1)</sup>. Precisamente porque estas reglas son reglas de decisión frente a la inexistencia de prueba capaz de producir convencimiento en el juzgador

intersubjetivamente explicitable, la norma preeminente respecto de la carga de la prueba no es la del artículo 377 CPCCN, sino la del artículo 386 CPCCN que impone al juzgador resolver respecto del material probatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Esto es, de acuerdo a las máximas de la razón y la experiencia. Mientras las reglas de la sana crítica son el instrumento teórico por el cual es posible aproximarse a los medios y objeto de prueba, la regla del artículo 377 tiene una función residual: determinar ante la ausencia de prueba de un hecho quién habrá de correr con las consecuencias de éste. Por este motivo la invocación a la norma del artículo 377 CPCCN que se hace al encabezar el análisis de la prueba de un expediente resulta errónea. Su invocación es adecuada sólo frente al agotamiento del análisis de la incidencia de los medios sobre el objeto de prueba. Indicar quién tenía la carga de la prueba previo al análisis de la prueba producida en la causa importa asignar posiciones probatorias fijas y olvidar que la prueba es adquirida para la causa con prescindencia de quien en definitiva haya de correr con la carga de la ausencia de medios adecuados. No hay un sujeto que deba probar. El análisis de la prueba requiere analizar qué hechos han sido probados y no quién debía hacerlo. Ello cambia la pregunta que debe realizarse respecto del objeto de prueba y, con ello, los requisitos a los que está sometida la respuesta. La pregunta no es ¿Quién probó? Sino: Frente al material probatorio existente y las posibilidades que abre la traba de la litis ¿Cuál de las hipótesis debe ser adoptada por el juzgador? Este cambio en la pregunta importa ya un deslizamiento semántico. En el primer caso la prueba adquiere una cierta consistencia ontológica incompatible con su carácter de juicio práctico. Algo falta para dar consistencia a la argumentación. En el segundo caso la decisión sobre el material probatorio y el objeto de prueba importa la necesidad de una apuesta racional que viene impuesta por la proscripción del non liquet para el juez. La pregunta pasa a ser entonces ¿Qué debo decidir frente a estas pretensiones y a este material probatorio? La tarea no es la de un comerciante o de un auxiliar contable que pesa la ?entidad probatoria? para ver si sobran o faltan cinco para el peso y así decir que el hecho ha sido probado o no. Estos son los resabios de la teoría inquisitorial de la prueba tasada que actúan sobre la práctica de jueces que, ideológicamente nada tienen que ver con ella, el suscripto incluido. Por este motivo encuentro cuestionable la valoración que se hace sobre los testigos en tanto han señalado que por comentarios se enteraron que: a I. se lo habían llevado, que había desaparecido, que era uno de los tantos que había desaparecido, que se lo llevaron de allí, de la empresa. Que los militares fueron los que se lo llevaron, que no conoce las circunstancias, que no sabe si fue de día o de noche o de tarde. Situación que, por otro lado, sólo podía estar expuesta directamente a los sentidos de un solo sujeto, el propio actor víctima del secuestro, y de ningún otro testigo por ser su accionar de carácter delictual. Por la vía de un empirismo extremo, de seguir la postura del a quo, gran parte de los delitos cometidos por la mano armada del terrorismo de estado resultarían imposibles de probarse afectando así el orden público de protección que tutela a los sujetos de una sociedad. Si no existe prueba capaz de cuestionar la convicción que surge de declaraciones testimoniales situadas en el momento histórico referido y que han relatado los hechos que fueron conocidos desde las coordenadas en las que los testigos dicen haber sabido de los hechos, debe existir una razón suficiente para descartarlos. Establecido que el principio que rige la evaluación de la prueba es el de la sana crítica, el ámbito de la norma del artículo 377, a su vez, se ve aún más restringido por efecto de las normas sustantivas que determinan la aplicación de concretas reglas que desplazan lo dispuesto por la norma y de normas que, teniendo en cuenta la situación del proceso, llevan a la apreciación dinámica de la carga de la prueba. Lorenzetti(2) distingue con precisión los principios de posición probatoria y el de distribución dinámica de la prueba. ... la distribución dinámica de la prueba es un principio interno del proceso, mientras que el de la posición probatoria es externo: se refiere a la accesibilidad que tiene un individuo respecto de la prueba que se le exige. De ahí que surjan las reglas sustantivas derivadas del principio protectorio que apuntan a mejorar la posición probatoria de quien no puede cumplir las cargas en condiciones de igualdad. Es una protección contextual como la que se instrumentaliza para el contratante débil. En este análisis de la posición probatoria Lorenzetti distingue un análisis ex ante, en el que se tiene en cuenta la relación entre la parte y la accesibilidad de la prueba, generalmente de origen legal y un análisis ex post, generalmente de origen judicial y que tiene en cuenta el comportamiento de las partes durante el proceso. Entre las reglas ex ante, Lorenzetti distingue la regla de la normalidad y las reglas derivadas del principio protectorio (principios pro damato, pro operario, de protección del económicamente débil y de la profesionalidad). La regla de normalidad importa que la carga se traslada de una parte a otra según el juego de las verosimilitudes, teniendo en cuenta el curso normal y ordinario de las cosas en materia de causalidad. Las reglas derivadas del principio protectorio establecen un régimen de presunciones en el que se tiene en cuenta las mayores dificultades en la obtención de prueba por parte de uno de los sujetos. El derecho laboral es rico en desplazamientos del principio de determinación de la carga probatoria que surge de la norma del artículo 377 CPCCN y que tienen preeminencia sobre éste. No solo se trata de la norma del artículo 9 RCT sino, para citar los de aplicación más común, la presunción de existencia de contrato de trabajo por el hecho de la prestación de servicios (artículo 23 RCT), el de la veracidad de los hechos contenidos en la intimación no contestada (artículo 57 RCT), la presunción simple que emerge de la irregularidad del libro (artículo 53 RCT) o la presunción juris tantum que emerge de la norma del artículo 55 RCT ante la falta de presentación del libro a requerimiento judicial o administrativo. La regla de la distribución dinámica de la prueba tiene en cuenta

aquello que va equilibrando las cargas probatorias en relación a las afirmaciones y probanzas que surgen de las pretensiones constitutivas y de los hechos conforme son asumidos en el proceso. En realidad, en el uso se utiliza el concepto de carga dinámica de la prueba tanto para englobar lo que Lorenzetti considera en el criterio de normalidad como aquellos hechos que surge de la dinámica interna del proceso. En definitiva, el análisis de la prueba debe utilizar la siguiente secuencia: 1. Determinación del objeto del thema decidendum propuesto por las partes sea en los escritos introductorios de la litis, sea en los memoriales recursivos. 2. Análisis de las declaraciones de los reconocimientos de las partes que surgen de los diversos escritos que emergen del proceso. En particular las confesiones que surgen de las afirmaciones o negaciones de hechos en los escritos constitutivos de la litis, alegatos o escritos recursivos. 3. Análisis del material probatorio de conformidad a la regla de la sana crítica (artículo 386 CPCCN) que determinará aquello que debe ser considerado probado, es decir, que permite realizar un discurso sobre los hechos de la causa con preferencia a otros discursos alternativos. 4. En el supuesto de insuficiencia del material probatorio debe analizarse a quien debe cargarse los efectos de la carencia. A tales fines, tiene preeminencia la posición probatoria, entendida como principio externo al proceso impuesto por la legislación de fondo sea por el principio protectorio, sea por el principio de normalidad. 5. Utilización del principio de carga dinámica en tanto principio interno del proceso conforme la clasificación de Lorenzetti. 6. Aplicación de la regla del artículo 377 CPCCN. En la contraposición entre los denominados ?garantistas? e ?intervencionistas? debe ser tenido en cuenta que la materia puede alterar la relación dialéctica entre los principios de tutela judicial efectiva y de defensa en juicio entre los cuales no puede ser planteada una preeminencia a priori. En este sentido comparto la postura que expresa Lorenzetti cuando dice: En nuestra opinión, en gran parte, hay un problema de campos de aplicación: 1. La regla general es el respeto de las reglas del proceso, y el rol del juez imparcial. Ello es ampliamente aplicable a los derechos disponibles por las partes, y es lo que dos personas racionales y razonables esperan de un juez. De este modo ajustarán su conducta a tales reglas, asumirán riesgos y establecerán posiciones procesales para luego arribar a soluciones transaccionales. 2. En el caso en que haya una disputa sobre derechos fundamentales el juez no puede mantenerse al margen, sino que debe ser conciente de las insuficiencias del acceso a la justicia, e intervenir para una rápida y efectiva satisfacción. Ello es consistente con lo señalado en cuanto a un contenido mínimo de los derechos fundamentales que está fuera de las adjudicaciones de mercado y con las garantías de contenido mínimo expresada en los capítulos anteriores. 3. Lo que no parece adecuado es aplicar cada una de las posiciones de modo exclusivo y generalizante o, peor aún, aplicar en un campo los principios de otro. Si en un proceso en que hay una disputa contractual entre dos empresas hay un juez que interviene y sustituye a las partes y no es imparcial, el resultado no será para nada bueno. Contrariamente, en un caso de una persona que solicita el amparo de la justicia para la tutela de los derechos fundamentales, el juez que se abstiene de intervenir se acerca mucho a la ficción formal con descuido de la tutela efectiva(3). En el caso debe decidirse entre dos postulaciones. La de la parte actora, que el delito de desaparición forzada se produjo dentro de las instalaciones de la empresa demandada y con la respectiva connivencia de la misma y, por otro lado, la postulación defensiva de la demandada, que el hecho no ocurrió en ese contexto. Ambas son postulaciones y entre ambas el juzgador debe elegir la hipótesis más probable. Ante la inexistencia de otro elemento que permita inferir algo distinto debo considerar como hipótesis privilegiada que el Sr. I. concurrió al trabajo el día de su detención y que al ser citado a la oficina de personal fue detenido ilegalmente por personal del Ejército que vestían uniforme para luego ser entregado a unas personas vestidas de civil. Esta conclusión trae aparejado el análisis que debe hacerse ex post de las conductas de las partes vinculadas a la posición probatoria de cada una. Digo esto porque la demandada, en cuya esfera de dominio se desplegó la gavilla encargada de las informaciones, incluso con uniforme del personal de la empresa, es quien debía descartar la presunción de materialidad que de ello se sigue. En concreto, mediante qué actuaciones podría excusarse del proceso de delación y secuestro ilegal denominado procedimiento de detención o, en su caso, indicar la imposibilidad de impedir la actuación de la gavilla que se desenvolvía libremente en el ámbito físico del establecimiento, para no ser considerada partícipe o cómplice del delito. Debo también resaltar que, una vez repuesto el estado de derecho con el avenimiento de la democracia, la accionada mantuvo silencio respecto a los hechos ocurridos en su ámbito de actuación y dominio, procurando ocultar los indicios del delito en tanto afirmó que el Sr. I. había presentado su renuncia en el año 1973. En este orden de ideas, el empleador sólo podría desligarse de la responsabilidad por complicidad reitero, si indicara que él también fue víctima del terror, para lo que debería haber demostrado en el caso circunstanciadamente quienes fueron los agentes que produjeron el vicio de la voluntad y en qué consistía la amenaza que obligó a la colaboración. Como fuera señalado en oportunidad de expedirme sobre el instituto de la prescripción en la presente causa, la acción civil por delito pesa sobre los autores, consejeros o cómplices, conforme lo dispuesto por el artículo 1081 del Código Civil. Encontrándose sobradamente acreditado que el padre de la actora fue secuestrado de su lugar de trabajo y luego desaparecido, resulta evidente la anuencia de la empresa, máxime la presencia en el predio de personal uniformado. La utilización de los métodos impetrados por el terrorismo de estado en provecho de las organizaciones empresarias que obtuvieron pingües beneficios implica la complicidad de las mismas en el delito de genocidio. Reitero, que la mayoría absoluta

de los detenidos desaparecidos del período iniciado en 1976 fueron trabajadores, muchos de ellos con inserción sindical. En este sentido, los beneficiarios de las políticas de genocidio como la implementación de los campos de concentración, trabajo esclavo o exterminio deben responder por las consecuencias civiles de sus actos. Así, y sin perjuicio de que la demandada debe responder al menos en términos de la obligación de seguridad contractual que pesa sobre todo contratante que es capaz de organizar la economía contractual e, incluso, en los términos de la complicidad en la agencia del delito de la que fue facilitadora, lo cierto es que en el presente se reclama exclusivamente en términos de la acción especial de la ley 9688 entonces vigente. Basta para ello, a fin de responsabilizar al empleador, que el daño se hubiera producido por el hecho u ocasión del trabajo. Extremo que, por supuesto reitero, se encuentra sobradamente acreditado. En resumen, desestimada oportunamente la prescripción y establecido el secuestro y posterior desaparición del causante, resta analizar la defensa esgrimida por el empleador de la víctima relativa a que se trataría de un supuesto de fuerza mayor extraña al trabajo. Precisamente sí, como relatan los testigos y surge acreditado por el modus operandi del sistema de desaparición forzada de personas que surge del informe de CONADEP, la desaparición en fábricas tenía como antecedente la intervención de grupos de tareas en el interior del establecimiento e incluso la realización de listas por parte de la administración de recursos humanos de las empresas, no puede hablarse de fuerza mayor extraña al trabajo pues el trabajo y los conflictos a él inherentes fueron la causa de la desaparición de los trabajadores sindicados por un líder político como ?guerrilla industrial?. Por el contrario, como se ha establecido precedentemente, la tolerancia de la presencia de los agentes del Estado Terrorista en el ámbito del establecimiento es precisamente complicidad. Por otro lado, no se puede alegar que la actora realizó una acción compensatoria como la que resulta de la sanción de las leyes 24.411 y 25.914 pues no hay reparación alguna del daño causado por quien es reputado cómplice del accionar delictivo. Conforme lo dispuesto precedentemente, existiendo la posibilidad de complicidad en la comisión de un delito penal imprescriptible, remítase copia certificada por Secretaría de las presentes actuaciones al Juzgado Federal con competencia en materia penal que corresponda por razón de lugar y turno a los fines que entienda corresponder. La cuantía de la obligación debe ser determinada en la oportunidad del artículo 132 LO teniendo en cuenta la ley vigente al momento en que ocurriera el secuestro del causante. Esta suma se actualizará conforme el artículo 276 RCT en la redacción vigente por regla paraestatal 22.311 y a partir del 10/11/1988 hasta el 1/4/1991 por ley 23.616. Por este período se devengará una tasa de interés del 15% anual. A partir de entonces llevará los intereses dispuestos por acta CNAT 2601 hasta su efectivo pago. Las modificaciones indicadas precedentemente ameritan la aplicación de lo normado por el artículo 279 CPCCN correspondiendo dejar sin efecto lo dispuesto en origen en materia de costas y honorarios. De conformidad con la forma en que fue trabado y resuelto el litigio, propongo imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 68 CPCCN). Teniendo en cuenta la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes, así como lo dispuesto por las normas arancelarias vigentes propongo elevar los honorarios por la actuación en primera instancia sobre el capital de condena más intereses de la representación y patrocinio letrado de la actora en el ...% y de la parte demandada en el ...% (arts. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 9, 11, 19, 37 y 39 de la ley 21.839 y art. 3 inc. b) y g) y art. 12 de la ley 16.638/57). Los honorarios de alzada se establecen en el ...% de lo que les fuera regulado para la instancia anterior (artículo 14 de la ley de aranceles). El DOCTOR OSCAR ZAS dijo: I) Considero que, con carácter previo, corresponde la medida que propondré seguidamente por las siguientes razones. De los términos del escrito de inicio surge inequívocamente que el causante habría sido víctima de un crimen de lesa humanidad: específicamente su desaparición forzada, y que la actora le imputa al respecto responsabilidad a la demandada, más allá del régimen jurídico invocado como fundamento de su pretensión resarcitoria. Dicha plataforma fáctica fue decisiva para que este Tribunal revocara la resolución de primera instancia que había declarado prescripta la acción incoada por la demandante, sin que ello implicara prejuzgamiento alguno acerca de la cuestión substancial (ver fs. 301/354). El informe emitido a fs. 201 por el titular del Juzgado Federal N° 2 de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires, da cuenta de la existencia de la causa n° 28.796, caratulada: ?M. de I., C. -denuncia desaparición de E. R., I.?, y que la misma se habría remitido por incompetencia al Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 2 de la ciudad de San Martín, provincia de Buenos Aires. Por otra parte, la actora manifiesta haberse incorporado en el año 2004 como parte de la querrela en la causa 5314 originariamente tramitada ante el Juzgado Federal de Campana y remitida con posterioridad al Juzgado Federal N° 2 de San Martín (ver fs. 443 vta.). En este contexto, podría existir la coincidencia fáctica requerida para la configuración de la prejudicialidad penal prevista en el art. 1101 y cons. del Código Civil, dado que el pronunciamiento definitivo a dictarse en esta causa se hallaría íntimamente vinculado al resultado del proceso criminal. Cabe recordar que es un imperativo de orden público aquel que tiene por objeto dar prioridad a la jurisdicción penal sobre la civil con el fin de evitar sentencias que con fundamentos en el mismo hecho podrían arribar a conclusiones contradictorias (C.S.J.N., Fallos: 292:493). En el mismo sentido, se ha señalado que la cuestión atinente a la prejudicialidad es de orden público (conf. Belluscio-Zannoni, ?Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado?, T. 5, p. 304 y sus citas, Ed. Astrea, 3ra. reimp., Buenos Aires, 2002) y, como tal, debe ser abordada aún sin petición de partes (conf.

Cifuentes-Sagarna, ¿Código Civil Comentado y Anotado?, 2ª ed. actualizada y ampliada, T. II, p. 463, ed. La Ley, Buenos Aires, 2008). Es decir, corresponde expedirse sobre aquélla en forma previa incluso aunque no haya sido materia concreta de agravio. El fundamento de las normas respectivas (arts. 1101, 1102 y 1103 del Código Civil) es el de evitar el dictado de sentencias contradictorias, en desmedro de la cosa juzgada y con el consiguiente escándalo jurídico (C.N.Civ., Sala H, 09/06/2011, ¿Contrera, Carlos Atilio c/Trenes de Buenos Aires S.A. y otros?, pub. en RCyS 2011-IX, 194, AR/JUR/37334/2011). Por las razones expuestas, y a fin de dilucidar si se configura en el ¿sub-lite? una cuestión prejudicial penal, propicio -en disidencia del primer voto- librar, con carácter previo a la sentencia definitiva, oficio al Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín, Provincia de Buenos Aires a fin de que informe si tramitan la causa n° 28.796, caratulada: ¿M. de I., C. -denuncia desaparición de E. R. I.?, la causa 5314 y/o cualquier otra donde se investigue la alegada desaparición forzada de E. R. I. y, en caso afirmativo, remita las mismas ad effectum videndi et probandi o, en su defecto, copia certificada de dichas actuaciones. EL DOCTOR LUIS ANIBAL RAFFAGHELLI dijo: Vienen los presentes actuados con el primer voto, que propicia resolver la cuestión de fondo y con el segundo voto, que con carácter previo propone una medida de prueba informativa. En mi criterio tales medidas contempladas en el art.122 de la LO son facultades del Juez de Cámara, pero atento como han sido formuladas, me obligan a expedirme sobre la cuestión así traída, y por razones metodológicas, en primer término: I. Adelanto mi opinión contraria a la medida de prueba propuesta...¿a fin de dilucidar si se configura en el sublite una cuestión prejudicial penal?, tal como lo funda el voto de mi distinguido colega Dr. Oscar Zas. La acción de autos se basó en el art.1 de la Ley 9688 que bueno es recordarlo estaba vigente al momento de la desaparición de la víctima y padre de la actora, pero no al momento del inicio de las actuaciones. De cualquier modo es indudable que se trata de una acción tarifada especial, contemplada tanto en aquella norma como en las subsiguientes. Señala el apoderado de la actora...¿se imputa responsabilidad exclusiva a la demandada en tanto y en cuanto la desaparición forzosa del padre de mi mandante se produjo en horario y días de trabajo siendo por ende responsable de los perjuicios causados durante la prestación de los servicios laborales conforme art 1 Ley 9688? (fs.12). La Ley 9688 en la parte pertinente de su art.1 establece... ¿Todo empleador será responsable de los accidentes ocurridos a sus empleados u obreros durante el tiempo de prestación de los servicios, ya sea por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo. El empleador será igualmente responsable del accidente cuando el hecho generador ocurra al trabajador en el trayecto entre su lugar de trabajo y su domicilio, o viceversa, siempre que el recorrido no haya sido interrumpido en interés particular del trabajador o por cualquiera razón extraña al trabajo. (Modificado por: Ley 18.913 Art.1; Antecedentes: Ley 15.448 Art.2; Decreto Ley 650/55 Art.1; Ley 12.631 Art.1; Decreto Ley 5.005/56 Art.1). Se trata de una acción típica, tarifada, de responsabilidad objetiva. El Dr. Oscar Zas en su voto sostiene que podría existir la coincidencia fáctica requerida para la configuración de la pre-judicialidad penal prevista en el art.1101 del Código Civil ¿dado que el pronunciamiento definitivo a dictarse en ésta causa se hallaría íntimamente vinculado al resultado del proceso criminal?. No comparto su respetable postura. La norma antes citada refiere a la precedencia - del lat. praecedentia - de la acción civil que no es el marco fáctico de estos autos. Me enrolo en la aplicación con sentido restrictivo de la pre-judicialidad penal al proceso laboral, circunscripta a la acción civil por daños y perjuicios provenientes de un delito(4), mientras en autos como lo he señalado supra el camino elegido por la derecho-habiente de la víctima ha sido la acción especial tarifada que tiene naturaleza y fundamentos muy distintos a la acción integral de reparación prevista en el derecho civil. Por lo expuesto, considero inconducente, en las particulares circunstancias del caso, la medida probatoria a los fines indicados. II. Sentado lo expuesto, abordaré el primer voto expresado por el Dr. Enrique Arias Gibert, adelantando que he de adherir a la solución propuesta en el mismo. Se agravia la actora en su memorial de fs.439/445 por cuanto el Sr. Juez de grado rechaza la demanda sucintamente arguyendo que no existe prueba en la causa que respalde el reclamo por resarcimiento impetrado con sustento en el art.1 de la Ley 9688, para lo cual se asienta en la causa civil sobre presunción por fallecimiento iniciada por la actora, y que en la misma surge que la víctima fue secuestrado del domicilio que ocupaba con su esposa I. P., también desaparecida. Considero que de la profusa prueba de las causas penales e informativa de los Organismos de Derechos Humanos surge que la Sra.P. fue secuestrada en el domicilio y el Sr. E. I., desde la fábrica. Discrepo con el criterio del sentenciante en la selección de las pruebas escogidas. Considero probado, con las particularidades del caso de autos, que el padre de la actora Sr. E. R. I. fue secuestrado en circunstancias vinculadas con su lugar de trabajo conforme surge de las constancias obrantes a fs.486 y del contenido del recurso de habeas corpus (fs.498) presentado por C. P., suegro de la víctima, quien denunció al juez interviniente la detención de su yerno, por un grupo de personas armadas, el 5 de mayo de 1977 aproximadamente a las 17,30 hs...¿al salir de su trabajo en la empresa Dalmine Siderca en la Ciudad de Campana? ampliación Obra Siderca en la cual Techint SA prestaba servicios y para la cual laboraba el padre de la actora, conforme los testimonios de fs.211/212 y 214/215 de autos. Otorgo relevancia a dichas pruebas, las que tienen una evidente contemporaneidad con los infaustos hechos, lo cual en mi criterio resulta decisivo para reconstruir la verdad histórica, ante el transcurso de tantos años de ocurridos. Agrego que, en mi criterio no se da el supuesto de

exención previsto en el art.4 inc.b de la L.9688 ya que el lugar de trabajo en el caso de autos resultó decisivo para el acaecimiento del secuestro y posterior muerte de I. No fueron a cualquier lado a buscarlo, no lo emboscaron en la calle como era habitual en esos días aciagos, sino que eligieron el lugar justo donde poder encontrar a la víctima, y ese lugar coincidía con el trabajo donde laboraba para la accionada. Ello me permite subsumir los hechos en la norma del art.1 de la ley antes citada, ya sea en el primer o segundo párrafo, interpretado de acuerdo a la norma del art.9 de la LCT tanto en el alcance normativo como en la apreciación de la prueba. La empresa debió cumplir respecto de la víctima con el deber de seguridad en la conceptualización amplia del art.75 de la LCT coincidente con la vigencia del principio de indemnidad, de la cual la empleadora no puede exonerarse. La responsabilidad emanada del art.1 de la Ley 9688 es la objetiva, aquella que Juan D. Pozzo ubicó también como la responsabilidad profesional frente a accidentes del trabajo ajenos a la industria, o con el nuevo fundamento dado por la doctrina del riesgo de autoridad<sup>(5)</sup>, o lo que primigeniamente dijo la doctrina judicial...?el principio que tiene el patrón deudor contractual de la seguridad del obrero?<sup>(6)</sup>. Resuelvo la presente de conformidad a los principios de interpretación y aplicación de la ley y el de irrenunciabilidad, consagrados por los arts.11 y 12 de la LCT. Lo dicho, se robustece con los principios arquitectónicos que ha diseñado la Corte Federal aplicables a la presente cuestión: 1ro. ?El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional?. (Casos ?VIZZOTTI?; ?AQUINO?; PÉREZ Aníbal R. c/ Disco?; ?ASCUA?). 2do. ?La justicia social en su más alta expresión con el norte de alcanzar el bienestar?.(Caso ?BERÇAITZ, 1973). 3ro. El de progresividad en tanto impone que toda medida estatal de carácter deliberadamente regresiva en materia de derechos humanos requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente, (cons.9º) con referencia a los precedentes ?AQUINO?; ?MADORRAN?; ?MILONE?; ?TORRILLO?; ?MEDINA Orlando c/ Solar Servicios on line?; ?SILVA c/ Unilever?; ALVAREZ Maximiliano c/ CENCOSUD SA s/Amparo-A.1023.XLIII; ?SÁNCHEZ María c/ ANSES? y cita de precedentes de la Corte IDH (caso ?ACEVEDO Buendía c/ Perú?). Este principio normativizado en el art.26 de la Convención Americana de Derechos Humanos es de gran relevancia frente a quienes predicán la reversibilidad del Derecho del Trabajo, según las coyunturas sociales y políticas. 4to. El deber - positivo- del Estado de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna (Corte IDH Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay? 17-06-2005). 5to. El compromiso - negativo - de respetar los mentados derechos, absteniéndose de adoptar medidas que interfieran en el disfrute del derecho al trabajo alcanzado por un empleado (Obs.Gral.18 PIDESyC). 6to. El principio ?pro homine? o ?pro persona? con dos manifestaciones hermenéuticas: la exigencia de adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías y en sentido inverso -restrictivo- si de lo que se trata es de limitar tales derechos, libertades y garantías (Corte IDH ?Condición jurídica y Derechos Humanos del niño? Opinión consultiva OC 17/2002 PIDESC y OC 06786). Se impone en definitiva, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten (Cons.10 causa citada). El deber de respeto, constituye una norma de conducta ?mundial? y significa que las empresas deben ?abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros? (Ppios. rectores, 11; Dirs. OCDE IV.1 y 37), y deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional. La obligación comprende los derechos humanos internacionalmente reconocidos, lo cual abarca, ?como mínimo?, los enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, i.e. la Declaración Universal de Derechos Humanos, y de los principales instrumentos en que ésta ha sido codificada: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ppios. Rectores, 12; Marco, 58; D. Tripartita, 8, Dirs. OCDE, IV.1 Y 39). También incluye a los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos para 1998, en la ?Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo? Los daños producidos deben ser reparados. Cuando una empresa ?detecta? que ?puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos que no haya sabido prever o evitar?, ya sea mediante el proceso de debida diligencia o por otros medios, ?debe emplearse a fondo, en virtud de su responsabilidad de respetar los derechos humanos para remediar esa situación, por sí sola o en cooperación con otros actores? (Ppios. rectores, 22; Dirs. OCDE, IV.6 y 46). A los impactos potenciales se ha de responder con medidas de prevención o mitigación, mientras que los impactos reales -los que ya se han producido- deben ser remediados (Ppios. rectores, 17; Dirs. OCDE, 14), lo cual puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sea penales o administrativas, p.ej., multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, v.gr., los requerimientos o las garantías de no repetición (Pcios. rectores, 25). En paralelo, según se sigue de lo señalado supra (1.1.1, A), a los Estados les corresponde adoptar las medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan que cuando se produzcan eses tipo de abusos en su territorio y/ o jurisdicción, los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces (Pcios. rectores, 25)<sup>(7)</sup>. La normativa procesal, no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, ?tiene como finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso?. (CSJN Fallos CSJN, Fallos 302-1611 -

Criterios del CLS y CEACyR - OIT caso A.Arg. c/ MTN 24.02.2009). En definitiva y como colofón del criterio expresado... ¿Es privativo de los jueces calificar las pretensiones de las partes subsumiéndolas en los preceptos jurídicos que las rigen con prescindencia de los fundamentos alegados, facultad que deriva de la regla iuria curia novit y cuyo ejercicio no comporta agravio constitucional en tanto no se alteren las bases tácticas del litigio, ni la causa petendi ni se admitan hechos o defensas no esgrimidas por los contendientes (cfr. Fallos: 322:2525- CSJN 2013/04/16 ¿CÓMOLI Daniel Alberto y O. c/ Banco de la Nación Argentina s/ Despido?). III. Por los fundamentos expresados y adhiriendo a la solución propuesta por el Dr. Enrique Arias Gibert se revocará la sentencia de grado haciendo lugar a la acción incoada, condenándose a la demandada a abonar a la actora la indemnización por muerte prevista en la Ley 9688, de conformidad a la determinación que se efectuara en la etapa prevista en el art.132 de la LO con más intereses conforme al ACT 2601/14 de la CNAT y costas a cargo de la accionada. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE : 1. Revocar la sentencia de grado en cuanto fue materia de agravios, condenando al demandado a abonar a la actora la suma a determinarse en la etapa de ejecución conforme las pautas de la sentencia según considerandos con más actualización e intereses. 2. Costas en ambas instancias a la demandada vencida. 3. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes del modo propuesto por el primer voto. 4. Remitir copias de las presentes actuaciones a la Justicia Federal en materia penal conforme primer voto. 5. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas C.S.J.N. 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.

Enrique Néstor Arias Gibert Juez de Cámara Oscar Zas Juez de Cámara Luis Anibal Raffaghelli  
Juez de Cámara Correlaciones: A., L. R. y otros - Cám. Fed. Salta - 23/08/2013 Notas:

[1:] CARBONE, Carlos Alberto, Cargas probatorias dinámicas: Una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción, en PEYRANO, Jorge W. (director) LÉPORI WHITE, Inés (coordinadora) Cargas probatorias dinámicas, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2008, página 203 [2:] LORENZETTI, Ricardo L., Teoría General de la Carga Probatoria, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13. Prueba -I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, página 65.

[3:] Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, páginas 159 y 160. [4:] Código Civil Anotado y Concordado. Director Belluscio, Augusto - Coordinador Zanoni, Eduardo pag. 300 y ss. Ed. Astrea, Bs.As.2002. [5:] Pozzo Juan D. Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Mario L. Deveali, pag.357 y ss.Vol.IV, pag. Ed. Feyde Bs.As. julio 1972. [6:] Cámara Federal. Bs.As. julio 4, 1916 JA T°1 pag. 366. [7:]Gialdino Rolando E. ¿Estado Empresas y Derechos Humanos? La Ley día 22.5.2012.

000429E