

Enfermedad Laboral Incapacidad Absoluta

JURISPRUDENCIA

Enfermedad laboral. Incapacidad absoluta

Se consideró

legítimo el despido indirecto ante el desconocimiento por parte de la empleadora de la enfermedad inculpable que incapacitaba al actor de forma absoluta. En la ciudad de Mendoza, a los once días del mes de Febrero de 2015, se constituye la Excma. Cámara Segunda del Trabajo con los Dres. Norma Liliana Llatser, Dr. Jorge Guido Gabutti y el Sr. Conjuez Dr. Gustavo Alfredo Luquez de este Tribunal, con el objeto de dictar sentencia en los autos N° 45.943, caratulados ?DIAZ, FELIX C/BODEGAS Y VIÑEDOS RUBINO HNOS. S.A.C.I.F.A. P/INC.ABS.ENF.INC.?, de los que, RESULTA: A fs. 03/08vta., se presenta el actor Sr. FELIX DIAZ, por intermedio de su apoderado e interpone demanda contra BODEGAS Y VIÑEDOS RUBINO HNOS. S.A.C.I.F.A., por el reclamo de \$... en concepto de indemnización por incapacidad absoluta devenida de una enfermedad inculpable, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, con más sus intereses y costas.- Relata que ingresó a trabajar para la demandada el 18-03-82 en el establecimiento de viñedos que posee ésta en el Carril El Divisadero s/n de Tres Porteñas, Departamento de San Martín, cumpliendo tareas de ?obrero especializado de viñas? quedando regida la relación especialmente por el CCT 154/91. Refiere que a lo largo de sus 28 años de trabajo como obrero de viña, desarrollando éste en extensas jornadas laborales y en posturas antiergonómicas, sumado a otras patologías, fueron deteriorando su salud motivo por el cual la relación laboral se vio varias veces interrumpida por licencias. Señala que además de los problemas de lumbociatalgia, se le detectó un cáncer de pulmón en estado avanzado que le impide realizar sus tareas habituales, situación que fue comunicada a la accionada mediante TCL de fecha 30-09-10 indicándole que todas estas dolencias se encontraban certificadas por los médicos y que se encontraba a su disposición para que la empresa a través de su galeno efectuara una constatación de estas patologías e incluso denunció su predisposición para someterse a una Junta Médica a fin de corroborar lo denunciado, siendo portador de una incapacidad absoluta para el desempeño de sus tareas, solicitando en consecuencia la indemnización prevista por el art.212 4ºparr., de la LCT. Indica que la misiva fue contestada por la accionada el 08-10-10 rechazando la misma por no haber acreditado el trabajador la existencia de incapacidad absoluta y definitiva, motivo por el cual inter tanto no diera cumplimiento a los recaudos legales, la empresa continuará con la reserva de puesto, sin goce de haberes a los términos del art.211 de la LCT. Manifiesta que ante esta situación y a fin de evitar un desgaste jurisdiccional innecesario, realizó denuncia ante la SSTSS, acompañando las certificaciones médicas y los tratamientos a quimioterapia y radioterapia a los que se encontraba sometido, sin obtener respuesta alguna por parte de la demandada, otorgándose el correspondiente certificado de fracaso. Practica liquidación de su reclamo, ofrece pruebas, funda en derecho y solicita medida cautelar. A fs. 23 el Tribunal resuelve admitir la medida cautelar solicitada consistente en la realización de una pericia médica para constatar el estado de salud del actor atento al gravísimo estado en el que se encontraba y el peligro en la demora que podría ocasionar la procesalmente oportuna realización de la misma. A fs. 61 y vta., la perito médico presenta su informe. A fs. 64/66 la actora amplía demanda, ofreciendo prueba. A fs. 71 y vta., se denuncia el fallecimiento del actor acompañando partida de defunción. A fs. 81 y vta., la parte actora acredita la representación provisoria de la sucesión. Corrido el traslado de la demanda, a fs. 85/90 comparece la demandada y contesta demanda. En especial niega que el actor fuera portador de una incapacidad absoluta y definitiva, que hubiere acreditado las dolencias denunciadas, que el trámite administrativo sea idóneo para acreditar su condición de minusválido. Impugna la liquidación y desconoce la prueba documental acompañada. Reconoce la fecha de ingreso y categoría profesional pero desconoce que las patologías de origen lumbar lo incapacitaran de manera absoluta y definitiva para el trabajo, ello motivó el rechazo por CD de las dolencias esgrimidas señalando que se encontraba de licencia por enfermedad con goce de haberes en los términos del art.208 de la LCT. Indica que el actor nunca acreditó en debida forma las dolencias de origen oncológico, lo que hubiera posibilitado que su representada hubiera cancelado la indemnización prevista por el art.212, 4º parr., de la LCT. Señala que lejos de presentarse a la SSTSS y solicitar Junta Médica para acreditar la enfermedad de la que era portador, a fin de que participaran los médicos de la empresa y los del Organismo, directamente formuló denuncia contra ésta acompañando certificados médicos, no existiendo falta de diligencia alguna de su mandante actuando siempre de buena fe y en cumplimiento de la normativa aplicable. Ofrece pruebas, funda en derecho y hace reserva del caso federal. A fs. 95 y 98 se hacen parte los herederos del actor. A fs. 110/111 la actora contesta el traslado conferido por el art. 47 del C.P.L. A fs. 117 se dicta el auto de admisión de pruebas y se ordena la sustanciación de las mismas. A fs. 170/191 se agrega la pericia contable, la que resulta observada por la actora a fs. 194 y vta., y por la demandada a fs. 204/205vta., contestando el experto las impugnaciones a su informe a fs. 211/213vta. A fs. 215 obra certificación de caducidad de prueba de la demandada. A fs. 217 y vta., la perito médico acompaña copia de la pericia médica oportunamente elaborada en la

medida cautelar. A fs. 234/245 se incorpora el expediente administrativo de la SSTSS. A fs. 248/251 se incorpora informe del Hospital Lencinas. A fs. 279 se celebra la audiencia de vista de causa, desistiendo las partes de la prueba oral pendiente de producción. A fs. 282/283vta., se agregan los alegatos de la parte actora. A fs. 284/287 se agregan los alegatos de la parte demandada. A fs. 289 se procede al sorteo de ley, quedando la causa en estado de dictar sentencia. **CONSIDERANDO:** PRIMERA CUESTION: Existencia de la relación laboral.- SEGUNDA CUESTION: Rubros reclamados.- TERCERA CUESTION: Intereses y Costas.- A LA PRIMERA CUESTION EL DR. GUSTAVO ALFREDO LUQUEZ DIJO: El actor invoca en apoyo de las pretensiones deducidas a través de la presente causa, la existencia de una relación laboral, la extensión de la misma y una categoría profesional que constituyen en la litis, extremos legales fundantes que recaen como peso probatorio sobre el accionante.- Ninguno de estos extremos constituyen hechos controvertidos en la litis, habiendo sido reconocidos expresamente en su responde por la accionada, lo que además se encuentra corroborado con la prueba instrumental y pericial contable obrante en la causa, lo que me exime de mayores comentarios al respecto. En consecuencia y de conformidad con las normas de fondo y de rito, debo concluir que el actor se ha desempeñado como obrero especializado de viñas en la empresa BODEGAS Y VIÑEDOS RUBINO HNOS. S.A.C.I.F.A., desde el día 18-03-82, quedando regida la relación por la ley 20.744 y su modificatoria 21.297 y en lo especial por el CCT 154/91. (arts. 168 inc. 1º C.P.C., 45 y 108 C.P.L., 919 C.Civil) ASI VOTO.- Los Dres. JORGE GUIDO GABUTTI y NORMA LILIANA LLATSER dijeron que por sus fundamentos adhieren al voto que antecede. A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. GUSTAVO ALFREDO LUQUEZ DIJO: 1. En esta primera etapa del decisorio corresponde expedirme sobre la admisión del reclamo indemnizatorio perseguido por el actor ante la incapacidad laborativa que oportunamente denunciara padecer, sirviendo de soporte fáctico de sus pretensiones las dolencias de origen inculpable que le habrían ocasionado una incapacidad absoluta y definitiva para el cumplimiento de sus tareas a favor de la demandada, provocándole con posterioridad su deceso. A su turno la accionada desconoció las circunstancias alegadas por el actor, negando haber incumplido con la legislación vigente en la materia, argumentando que si el actor hubiera acreditado fehacientemente y en debida y legal forma las dolencias de las que era portador, su mandante hubiera abonado la indemnización prevista por el art. 212, 4º parr. de la LCT. En consecuencia, la materia a dilucidar, según los aspectos desconocidos y negados por la demandada queda circunscripta a la existencia de las lesiones denunciadas en la demanda lo cual da fundamento al reclamo indemnizatorio impetrado, ante el fallecimiento del actor. Para ello el Tribunal cuenta con la prueba incorporada a la causa. a.- Instrumental: 1) CD enviada por el actor el 30-09-10; notificando lo siguiente: ?Atento a mi crítico estado de salud cuyas constancias médicas he venido entregando a vuestra representada en tiempo y forma, así como mi actual patología oncológica (Cáncer Bronquial en estado avanzado), de carácter irreversible, habiéndose indicado tratamientos meramente paliativos (quimioterapia y radioterapia oncológica), conforme está documentado y determinado en mi historia clínica y certificaciones médicas expedidas por el Servicio de Neumología del Hospital J.N. Lencinas: Dr. Gustavo Torres Britos Mat. 5241, Dr. Ramón A. Alchapar: mat. 2875 y Sanatorio Privado ?AMANO?, Dr. García (Oncólogo), prestadores médicos OSPAV; entre otros, los mismos que ponemos a su disposición; todo ello sumado a mis anteriores patologías como EPOC (Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica) en estado avanzado y Lumbociatalgia que me venían imposibilitando a desarrollar tareas de esfuerzo determinan mi INCAPACIDAD ABSOLUTA para todo tipo de trabajo en forma definitiva. En tal sentido solicito a Ud: a).- Tenga a bien disponer una revisión médica exhaustiva y documentada por parte de su facultativo médico dentro de las próximas 72 horas sometién dome a los estudios complementarios y controles que resulten necesarios, a fin de constatar las patologías descritas y mi incapacidad laboral absoluta; b).- Disponga como consecuencia de lo anterior, se me otorgue con carácter de urgencia la indemnización por incapacidad laboral absoluta contemplada en el artículo 212, cuarto párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo, referido a enfermedades inculpables, que señala: ?...? lo que insisto a Ud. pueda instrumentarse en el más breve plazo atento mi estado de necesidad y valorando especialmente que me he desempeñado por casi 29 años en la empresa, habiendo brindado toda mi capacidad de trabajo a su disposición...?; 2) Certificado de defunción del actor de fecha 07-02-11 y cuya copia obra a fs. 68 de autos. 3) Estudios médicos de las dolencias de origen columnario y pulmonar. b.- Pericia médica realizada en forma de prueba anticipada el 29-12-10, obrante a fs.61 y vta., de autos informó que: ?...ANTECEDENTE DE ENFERMEDAD ACTUAL Y EXAMEN FISICO: el actor presenta antecedentes de LUMBOCIATALGIA con irradiación al miembro inferior izquierdo de evolución crónica con muy escasa evolución al tratamiento médico y fisioterapéutica, demostrada por Resonancia Magnética...cuyas conclusiones expresa: Horizontalización del sacro. Incipiente discopatía del tercer disco lumbar. Discopatía degenerativa del disco lumbosacro con protrusión posterior medial y parasagital derecha que impronta el espacio epidural anterior y el sector interdiscoapofisario...el paciente actualmente, además de su patología presenta un claro estado terminal con diagnóstico y estudios que lo evidencian: patología respiratoria con enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC). Se le realizó tomografía axial computada la que muestra imanen nodular sólida con contornos parcialmente delimitados y densidad heterogénea de apariencia neoplásica. La broncoscopia efectuada el 13/07/2010 informa parálisis de la cuerda vocal izquierda. Estenosis del bronquio

izquierdo concéntrica por compresión extrínseca, sangrante, adenopatías infartadas. El estudio anatomopatológico del 16/09/2010 informa Epitelioma bronquial carente de corión....El paciente ha estado y está en tratamiento con quimioterapia, conforme copia que se adjunta. Son innumerables todos los estudios que presenta...CONCLUSIONES: A.- El estado actual del actor es terminal. B.- Sí, por todos los estudios realizados y el examen físico el actor presenta incapacidad laboral total y definitiva...d.- Se realiza esta pericia con premura por el estado terminal del actor.? Tal como reza el art.212, 4° párr. de la LCT: ?...Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245 de esta ley...? En consecuencia, se requiere: a) a partir de un accidente o enfermedad inculpable (ajena a responsabilidad del trabajador y al trabajo desarrollado por éste), se revele una disminución en la capacidad laboral del mismo; b) que tal disminución resulte definitiva, esto es en términos de permanencia en el tiempo; c) que la incapacidad tenga el grado de absoluta, es decir que no pueda realizar las tareas que venía cumpliendo para su empleadora ni ninguna otra, como así también que quede imposibilitado de reinsertarse en el mercado laboral y por tanto de procurarse sus propios ingresos; d) que tal situación se haya manifestado vigente el contrato de trabajo. Ello así, la doctrina nos enseña que: ?...Para hacerse acreedor a la indemnización indicada la causa que provoca el cese es indiferente, pudiendo ser despido directo, indirecto o renuncia del trabajador, lo que se requiere es que se concrete la incapacidad estando el trabajador vinculado con su principal y ésta -la incapacidad- notificarse al empleador.? (Miguel Angel Sardegna, Ley de Contrato de Trabajo, Ed. Universidad, 2007, pág.476) Comparto en este sentido lo expuesto por Valentín Rubio en Derecho Laboral T. II, pág. 262/263, ?...que la indemnización del art. 212, párrafo 4° de la LCT indemniza la incapacidad laborativa del dependiente con independencia del motivo de la extinción del contrato, siendo requisito condicionante que la incapacidad absoluta se haya manifestado durante la vigencia de la relación laboral ya que no tendría derecho a tal indemnización el dependiente a quien, la incapacidad absoluta se le manifestara con posterioridad a la extinción del contrato de trabajo...? En este sentido el actor envía TCL a su empleadora el 30-09-10; notificando lo siguiente: ?Atento a mi crítico estado de salud cuyas constancias médicas he venido entregando a vuestra representada en tiempo y forma, así como mi actual patología oncológica (Cáncer Bronquial en estado avanzado), de carácter irreversible, habiéndose indicado tratamientos meramente paliativos (quimioterapia y radioterapia oncológica), conforme está documentado y determinado en mi historia clínica y certificaciones médicas expedidas por el Servicio de Neumología del Hospital J.N. Lencinas: Dr. Gustavo Torres Britos Mat. ..., Dr. Ramón A. Alchapar: mat. ... y Sanatorio Privado ?AMANO?, Dr. García (Oncólogo), prestadores médicos OSPAV; entre otros, los mismos que ponemos a su disposición; todo ello sumado a mis anteriores patologías como EPOC (Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica) en estado avanzado y Lumbociatalgia que me venían imposibilitando a desarrollar tareas de esfuerzo determinan mi INCAPACIDAD ABSOLUTA para todo tipo de trabajo en forma definitiva. En tal sentido solicito a Ud: a).- Tenga a bien disponer una revisión médica exhaustiva y documentada por parte de su facultativo médico dentro de las próximas 72 horas sometiéndome a los estudios complementarios y controles que resulten necesarios, a fin de constatar las patologías descriptas y mi incapacidad laboral absoluta..? La accionada le contesta la misiva en los siguientes términos el 08-10-10: ?...Rechaza...Ud. deberá acreditar la existencia de incapacidad absoluta y definitiva a la que hace alusión, en la forma prevista por legislación vigente. Motivo por el cual, e inter tanto Ud. dé cumplimiento a recaudos insoslayables, continuará con reserva de puesto, sin goce de remuneraciones a los términos del art. 211 de la LC.T.? Como corolario, puede afirmarse que la incapacidad absoluta del actor se manifestó encontrándose vigente la relación laboral. Resta por dilucidar si la incapacidad denunciada por el actor revistió el carácter de absoluta y permanente, conforme lo exige el precepto legal contenido en el art. 212 para dar paso a la pretensión indemnizatoria manifestada en autos. Para ello el Tribunal cuenta con la pericia médica incorporada a la causa, a la que me referí ut supra, la cual estimo que tiene suficiente fundamentación científica para ser acatada, pues la pericia es una declaración de ciencia que ilustra el criterio del Juez, no es una declaración de voluntad, tampoco es una declaración de verdad porque puede incurrir en error y se limita a comunicarle al juez su opinión personal sin importar a cuál de las partes beneficie o perjudique. Uno de los requisitos para la eficacia probatoria del dictamen es que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad y sinceridad. Si existieran antecedentes deshonestos del perito o de circunstancias que hagan dudar de la imparcialidad, importa que el Tribunal deba apreciar si ésta pone en tela de juicio su imparcialidad, si es el caso de negarle toda eficacia probatoria al dictamen o si debe considerarlo como prueba incompleta de acuerdo a una crítica rigurosa de su contenido. El juez es libre para valorar el informe mediante una sana crítica, basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, recordando que "el juez es perito de peritos" y advierto que a su entender, las partes critican el trabajo pericial presentado, que salvo a lo expresado al respecto por el juzgador, importa disconformidad subjetiva con su resultado, entendiendo que las pericias sólo pueden impugnarse en cuanto a la competencia técnica y profesional, principios científicos en que se funden y por las reglas de la lógica, ya que las desintelencias de los litigantes con las opiniones del perito son insuficientes si no se arriman evidencias capaces de convencer al Juez que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus

conclusiones son erradas, o que los datos proporcionados son equívocos o mendaces. En conclusión encuentro a la misma técnicamente aceptable. De tal manera, en mérito de la prueba rendida, resultando el informe pericial referenciado suficientemente fundado en principios científicos y técnicos, sumado a toda la prueba instrumental acompañada por el actor; me permiten concluir que evidentemente era portador de una enfermedad que lo incapacitaba absolutamente para el ejercicio de sus tareas u otras, de modo que resultaba imposible poder seguir prestando funciones para su empleador, siendo esta enfermedad que acusó el actor, la causante inevitable de su fallecimiento. En cuanto a la indemnización de la que resulta acreedor el actor, señalo que éste ha acreditado acabadamente con la prueba rendida, la incapacidad para el desempeño de sus tareas habituales u otras, de modo que resulta irrelevante que el certificado médico acompañado no haya determinado grado de incapacidad, pues así lo ha entendido la jurisprudencia que en mi opinión comparto, al decir que: "...El carácter absoluto de la incapacidad que prevé el párr. 4º del art. 212 LCT, debe valorarse en relación con las tareas que el trabajador desempeñaba y también con otras distintas -dentro o fuera de la empresa- que el mismo trabajador pueda cumplir tomando en cuenta sus circunstancias de salud, edad y grado de capacitación genérica, así como sus perspectivas en el mercado de trabajo." (CNAT, Sala III, Montenegro, Rafael v. Empresa Ferrocarriles Argentinos) No puedo dejar de merituar que, tan gravosa resultó la minusvalía de la que padecía el trabajador, que provocó su fallecimiento casi concomitantemente con el inicio de la presente causa. Seguidamente analizaré la responsabilidad endilgada a la demandada. Corresponde en primer término hacer referencia al distracto, ante la ausencia de la formalidad dispuesta por el art.243 de la LCT, comunicando la extinción del vínculo. Y en este sentido el Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse en los autos N°30.673 caratulados: "Marín, María c/ Laham S.R.L. p/Desp.", con el voto preopinante de la Dra. Norma Liliana Llatser, al decir que: "... El Tribunal debe merituar en el caso concreto la aplicación de la normativa para aplicarla con equidad, resulta claro que al ser emplazada la empleadora a registrar la relación laboral y el pago de salarios adeudados, lo rechaza y niega la existencia de relación laboral alguna. Exigirle a la actora el envío de una misiva para configurar el distracto, resulta innecesario frente a la contundencia de la negativa del vínculo... En este caso concreto, comparto la jurisprudencia que ha sostenido: "Ante el desconocimiento de la relación exigir que el trabajador comunicara el distracto a quien ha negado ser su empleador configura un exceso ritual manifiesto, del que nada podía obtener el actor y menos aún la demandada, cuya posición había sido claramente manifestada." (C.N.T. , sala 8º, 31/10/00 -Sedruk, vivian D v. Kennel's Card Argentina S.R.L. y otro - C.N.T., sala 7º, 19/5/1995 - Yavícoli, Anibal v. Sistemas Odontológicos SA- DT 1995-B-1411) Manual de jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social- ed. Lexis Nexis -2007, pag. 351...Asimismo nuestro Superior Tribunal, en causas similares expresó: "Pero lo cierto y real es que la relación jurídica entre las partes se rompió con el envío del telegrama emplazatorio?...?Por supuesto, el emplazamiento supone una decisión condicionada al no cumplimiento de las obligaciones patronales, pero verificado en el tiempo este incumplimiento, parece superabundante exigirle al obrero otra comunicación escrita reiterativa de la anterior?. (Autos N° 47.843, Carrera Carlos Antonio en J. 21.974 sosa Desiderio y otro c/Rect. Palumbarini s/inc. Cas.? - L.S. 223, pág. 73 y ss.).? En igual sentido en consecuencia entiendo que, la CD enviada por el trabajador comunicándole a su empleadora el estado de salud en el que se encontraba y que le impedía el cumplimiento de sus tareas en forma habitual generándole una incapacidad absoluta, y emplazando al pago de la indemnización prevista por el art.212, 4ºpárr. de la LCT, resulta suficientemente acreditativo de la voluntad del trabajador de extinguir el vínculo, sin que sea necesario el envío de un nuevo telegrama comunicando la ruptura de la relación laboral. Seguidamente, señalo que el argumento sostenido por la demandada referido a que el actor se encontraba de licencia paga por enfermedad inculpable y que frente a esa circunstancia el mismo aún no era acreedor de la indemnización prevista por el art.212 4ºparr. de la LCT, por no haber dado cumplimiento en debida forma a la legislación vigente, no habiendo acreditado la incapacidad alegada, se desmorona frente a la CD enviada por la accionada el 08-10-10 al reconocer expresamente que el reclamo formulado por el actor se rechaza, notificándole que se encontraba gozando del periodo de reserva del puesto sin pago de salarios. Otro argumento esgrimido por la demandada que también se desvanece es cuando alega que el actor directamente formuló denuncia en su contra sin haber concurrido al organismo administrativo pertinente solicitando una Junta Médica para que participaran de la misma los galenos del organismo como así también los de la empresa. Indico, que la demanda pretende invertir la carga probatoria para deslindarse de responsabilidad. Me explico, si el actor reclamó y denunció una enfermedad inculpable, acompañando certificaciones médicas que así lo acreditaban y la demandada consideraba que ello no era así, en primer término y de conformidad con lo dispuesto por el art.210 de la LCT, pudo desacreditar las dolencias esgrimidas a través de los propios galenos de la empresa, y ante la divergencia de criterios médicos, sosteniendo los del actor la enfermedad y negándola los de la accionada, era la empresa quien debió encausar esa disparidad solicitando Junta Médica ante el Organismo administrativo a fin de dilucidar la acreditación o no de la patología. Nada de esto efectuó la demandada en apoyo de su defensa. Finalmente, ante el reclamo obrero la empleadora optó por una actitud incompatible con los deberes esenciales impuestos por los arts 10,57,63,78,212 y concordantes de la LCT adoptando una conducta desaprensiva hacia el actor, debiendo responder por tal conducta. Considerado legítimo el despido

indirecto dispuesto por el actor, según los fundamentos expresados ut supra, resulta lógica consecuencia de ello la procedencia de los rubros indemnizatorios emergentes de la extinción laboral, según se detallan seguidamente. En cuanto a la remuneración a tener en cuenta como base de cálculo para los rubros indemnizatorios, corresponde tomar la que surge de los recibos de sueldo incorporados a la causa, como también la pericia contable, cuyas contestaciones a su informe obran a fs.211/213 de autos, y que determinó que la mejor remuneración normal, mensual y habitual ascendía a \$...; de tal modo que habiendo ingresado el actor a trabajar bajo las órdenes de la demandada el 18/03/82 y hasta la extinción del vínculo mediante CD del 30/09/10, el trabajador gozaba de una antigüedad de 29 años, en consecuencia esta indemnización asciende a la suma de \$... 2.Por otro lado, el actor reclama el incremento de la indemnización en base a lo dispuesto por el art. 2 de la ley 25.323 que aumenta en un 50% las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T. o en su caso las de los arts. 6 y 7 de la Ley 25.013, o en su caso las que en el futuro las reemplacen, cuando el empleador fehacientemente intimado por el trabajador no las abonare, y consecuentemente le obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para su percepción, requiriendo en este caso intimación fehaciente al empleador a tales efectos. Esta norma debe ser concedida con carácter restrictivo.

El último párrafo del artículo habilita a la interpretación restrictiva del mismo, por cuanto dispone ¿Si hubiera existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago?. De las constancias del despacho telegráfico cursado a fs.11, ha quedado demostrado que el empleador ha sido fehacientemente intimado al pago de la indemnización reclamada en autos y debió abonar los rubros indemnizatorios correspondientes a dicha extinción, no obstante lo cual, con su conducta obligó al trabajador, a tener que recurrir a esta instancia judicial a fin de obtener el reconocimiento de sus derechos, circunstancia fáctica contemplada en la norma citada y que hace procedente la indemnización allí prevista a favor del dependiente, sin que se observe causal alguna que justifique o amerite la reducción del incremento indemnizatorio. Otro elemento más convictivo de la solución que propugno está dado porque la accionada al contestar la demanda argumenta que, de haber actuado el trabajador correctamente acreditando la incapacidad absoluta alegada, hubiera abonado la indemnización correspondiente y cito textualmente lo expresado: ¿Si el demandante hubiere dado cumplimiento a lo requerido por mi parte, de inmediato se hubiere producido el distracto a los términos del art. 212, 4º apartado de la LCT, y en el término de ley mi parte le habría cancelado la indemnización prevista por dicha norma jurídica.? (ver fs. 86 de autos) Por lo expuesto, me expido por su procedencia en la suma de \$... 3.Por último, reclama el presentismo devengado durante los dos últimos años a la fecha de extinción del vínculo. En tal sentido anticipo que el mismo tendrá acogida favorable y paso a explicar por qué. Como enseñara Lanfranchi: ¿...no es ya el salario la contraprestación dada al trabajador por ser productor de riqueza que consume el empleador, sino la retribución que se debe en justicia al trabajador como persona humana, con derecho a constituir una familia y con la obligación moral de alimentar y educar a sus hijos?, concepto que fue receptado por nuestra legislación en el art. 103 de la LCT, consecuentemente aparecen retribuciones a cargo del empleador en situaciones en las que la ejecución del trabajo es imposible, reafirmandose que constituyen una garantía de ingresos participando de carácter remuneratorio. De tal modo existiría una garantía del nivel salarial en virtud de la cual la remuneración del actor durante su período de licencia por enfermedad, no debe ser inferior a la que le habría correspondido de haber prestado servicios y con fundamento en el art.208 de la LCT. Por lo expuesto, me expido por su procedencia en la suma reclamada de \$... De tal manera, la demanda prospera por la suma de \$... En cuanto a los acreedores legitimados para la percepción de la indemnización reconocida al actor, señalo que los hijos MARIA ROSA LOURDES DIAZ, ANA SILVIA DIAZ y CEFERINO MANUEL DIAZ, conforme las partidas de nacimiento acompañadas a la causa, resultan ser mayores de edad, por lo que se encuentran excluidos de la misma conforme la LCT, consecuentemente corresponde ésta a la viuda del actor Sra. MIRTA NOEMI LUCERO. A LA TERCERA CUESTION EL DR. GUSTAVO ALFREDO LUQUEZ DIJO: 1.Los intereses legales. Conforme lo previsto por el art. 82 del C.P.L. éste obliga al cálculo de intereses legales cuando la sentencia resulta condenatoria. La actora plantea la inconstitucionalidad de la Ley Provincial N°7.198 y al respecto entiendo que la declaración de inconstitucionalidad de esta ley se ha constituido en la primera ratio de las sentencias del fuero laboral, atento al carácter alimentario que tienen los créditos que se reclaman, conforme ello el juzgador no debe efectuar ningún esfuerzo ni compaginación alguna de la legislación vigente con el objeto de preservar la constitucionalidad de esas normas cuya inequidad es palmaria, pues hieren el sentido común. La declaración de inconstitucionalidad es uniforme y constante en el fuero y ha sido receptada afirmativamente por nuestro Superior Tribunal en Fallo Plenario del 28-05-09 caratulados: "Aguirre Humberto por sí y por su hijo menor en j: 146.708/39.618 Aguirre Humberto c/ OSEP p/ Ejec. Sentencia s/Inc.Cas.", resolviendo la inaplicabilidad de la ley 7.198, a cuyos argumentos me remito por razones de brevedad, disponiendo que corresponde aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.). Entonces, se aplica la tasa activa directa del Banco Nación desde el vencimiento de cada obligación y hasta el efectivo pago del crédito desde el 05-11-10. En consideración a las pautas detalladas, la liquidación a la fecha de esta

resolución arroja el 86,84% hasta el 11/02/2015. 2.Las costas del proceso. La imposición de costas, encuentra su tratamiento normativo, en nuestros códigos de rito en los artículos 31 del C.P.L. y arts. 35 y 36 del C.P.C. -de aplicación supletoria en el proceso laboral en virtud de lo dispuesto por el artículo 108 del CPL-. Dichas normas consagran, como principio general, el chiovendano de la derrota, por el cual, la parte que resulta vencida, debe soportar las costas de la misma. En consecuencia, las costas deberán ser soportadas por la demandada. ASI VOTO. Con lo que se dio por terminado el acto, pasándose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.- MENDOZA, 11 de Febrero de 2.015.- Y VISTOS: El Tribunal, RESUELVE: I.- Declarar en este caso concreto la inconstitucionalidad de la ley 7.198. II.- Hacer lugar a la demanda interpuesta por FELIX DIAZ en contra de BODEGAS Y VIÑEDOS RUBINO HNOS. S.A.C.I.F.A., en consecuencia se condena a ésta a pagar a la Sra. MIRTA NOEMI LUCERO (viuda) la suma de PESOS ... (\$...) incluidos intereses a la fecha de esta resolución, en concepto de indemnización por incapacidad absoluta, conforme lo expuesto en la Segunda y Tercera Cuestión de los Considerandos, en el plazo de CINCO DIAS de quedar ejecutoriada la presente. CON COSTAS A CARGO DE LA DEMANDADA.- III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Otto Arévalo Velásquez, en la suma de \$...; al Dr. Gabriel Abbruzzese, en la suma de \$...; a la Dra. Paola Gabriela Pedroza, en la suma de \$...; al Dr. Ricardo Benso en la suma de \$...; al Dr. Jorge Bulgheroni en la suma de \$...; al Dr. Armando Jimenez en la suma de \$...; al Perito Contador Alberto Orlando Salaceta en la suma de \$... y a la Perito Médico Dra. Clara Bernardi en la suma de \$...; teniendo en cuenta el mérito de la labor cumplida, su incidencia en la resolución de la causa, y la relación con los honorarios de los letrados (S.C.J. M : L.S. 378-143; L.S. 171-375; L.S. 170-68; L.S. 166-13; L.S. 215-345; L.S. 244-114; L.S. 253-274; L.S. 299-227; L.S. 316-38; L.S. 238-271; L.S.358-195; y L.S.359-81; arts 2,3,4,31 y conc. Ley 3641, s.t.o. Dec. Ley 13904/75). IV.- Emplazar a la demandada en el plazo de TREINTA DIAS al pago de la suma de \$... en concepto de Tasa de Justicia y en el plazo de DIEZ DIAS al pago de la suma de \$... en concepto de Aportes Jubilatorios Caja Forense y de \$... en concepto de Derecho Fijo Colegio de Abogados, debiendo acompañar oportunamente las boletas que acrediten su pago, bajo apercibimiento de ley. V.-Notifíquese a la Administración Tributaria Mendoza, Colegio de Abogados, Caja Forense. CUMPLASE, REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.- Dr. Jorge Guido Gabutti Dra. Norma Liliana LLATSER Dr. Gustavo Alfredo LUQUEZ 001857E