

**SENTENCIA DEFINITIVA CAUSA N° CNT 10562/2016 CA1 "BRITO ORLANDO JAVIER C/ FOOD SERVICE AMERICA SA Y OTRO S/ DESPIDO". JUZGADO N° 51-**

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a \_\_\_\_\_, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación:

**La Dra. Diana R. Cañal dijo:**

I- Arriban las presentes actuaciones a la Alzada en atención a los escritos recursivos interpuestos por las partes actora y demandada (fs. 178l/ 180lvta y fs. 183 l /184vta, respectivamente), con sendas réplicas (fs. 187/vta y fs. 188/189vta). Asimismo, apela la regulación de sus honorarios el perito contador (fs. 182vta).

Así, la parte actora cuestiona que no hayan prosperado los reclamos relativos a las diferencias de salario relativas a la categoría registrada, el despido discriminatorio y en consecuencia el daño moral, y también se agravia por la imposición del 20% de las costas.

Luego, la accionada objeta el rechazo de la causal del despido, y correlativamente, la condena por los importes indemnizatorios y las multas del art. 2 de la Ley 25323, y del art 80 LCT.

II- Inicialmente, en la consideración de un orden metodológico, encuentro propicio iniciar el análisis de las diferencias salariales en atención a la categoría laboral.

La parte actora, expresa que la demandada lo registró como "ayudante de cocina" cuando en realidad, se desempeñaba como "cocinero". Denuncia el Convenio Colectivo de Gastronómicos, CCT N° 389/04.

Manifiesta que la demandada Food Service, es una empresa dedicada a brindar servicios de elaboración de comidas para comedores de diferentes empresas, clínicas y sanatorios.

El actor menciona que las tareas propias de cocina eran el preparado, la cocción y la dirección de las actividades para realizar, a diario, los menús que estuvieran indicados.

Afirma, que en numerosas oportunidades hizo los reclamos al respecto sin respuesta de su empleadora, manteniendo el vínculo con las irregularidades.



Al respecto, la empresa FOOD SERVICE se limita a negar genéricamente que al actor le corresponda la categoría reclamada. Manifiesta que el convenio aplicable es el CCT 401/05.

Por su parte, el Magistrado de la primera instancia rechaza la pretensión por considerar, que "no se demostró fehacientemente que el actor se encontrase indebidamente registrado o que realizase tareas distintas a las establecidas para la categoría de "ayudante de cocina", según CCT 389/2004.

Prioritariamente, tengo en cuenta que la demandada al contestar el escrito inicial, debe dar su versión de los hechos, a fin de cumplir con las exigencias del art. 356 del CPCCN. De lo contrario, se crea una presunción favorable a las afirmaciones vertidas en la demanda.

Al respecto, he sostenido que la contestación de demanda debe ajustarse en lo pertinente, a las pautas previstas en los arts. 65 de la LO y 356 del CPCCN. De tal modo, entre otros recaudos a satisfacer, incumbe al demandado la carga de expedirse en forma explícita, clara y circunstanciada, acerca de cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio.

Por ello, la respuesta negativa no puede quedar circunscripta a una mera fórmula, por categórica que sea su redacción; ella debe apoyarse en alguna razón que la justifique.

Sobre el punto, tal como lo explica Lino Palacios ("Derecho Procesal Civil", Tomo VI, Procesos de conocimientos –Plenarios– pág. 159, Editorial AbeledoPerrot), la negación, en otras palabras, debe ser fundada, sea mediante la alegación de un hecho contrario, o incompatible con el afirmado por el actor, o de algún argumento relativo a la inverosimilitud de ese hecho.

Así, el artículo 356 dispone que el demandado deberá oponer en el responde todas las excepciones o defensas de que intente valerse, y además en su inciso primero reza que deberá "reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda...su silencio, sus respuestas evasivas, o *la negativa meramente general* podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran..." (cursiva me pertenece).

Sabidamente el Legislador así lo dispuso, porque entendiéndose el proceso como un diálogo, quien se limita a decir "no", trunca toda comunicación y conspira contra el descubrimiento de la verdad, objetivo al que está destinada la producción de la prueba que de allí en más habrá de tener lugar (ver, en sentido análogo, la Sentencia Definitiva N° 1741, dictada como juez de primera instancia, el 29/11/2002, en autos "Domínguez, Ángel José c/ Vanguardia Seguridad Integral Empresaria y Privada S.A. s/ despido", del registro del Juzgado N° 74).



Por lo tanto y vista la postura asumida por la demandada, quien se limitó a negar, sin indicar por qué no era el cocinero, quién hacía dicha tarea en el turno de Brito, o mencionar cómo es el circuito en la producción del menú que se ofrece. Es la parte en mejores condiciones para ofrecer prueba y revertir la versión del actor. La mera negativa hace que en el caso, cobre operatividad una presunción a favor de las afirmaciones vertidas en el inicio.

Lo expuesto, me lleva a señalar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha identificado un principio de igualdad de armas como parte integrante del debido proceso legal, y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía. Este principio es sumamente relevante, por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los derechos sociales, suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto –trabajadores y empleadores- o entre el beneficiario de un servicio social y el Estado prestador del servicio. Esa desigualdad suele traducirse en desventajas en el marco de los procedimientos judiciales.

La Corte ha establecido que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. La Comisión Interamericana también ha remarcado, que las particulares circunstancias de un caso, pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de asegurar un juicio justo. Para la CIDH, esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación (ver CIDH. “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Resumen ejecutivo).

Agrego que, si tenemos en cuenta la denominada “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, propia de las nuevas y menos rígidas visiones del proceso judicial, es dable exigir que la prueba la aporte no sólo quien tenga la carga formal de hacerlo, sino -sobre todo- aquella parte para la cual la comprobación de un determinado hecho resulta más sencilla, fácil o accesible. En este caso particular, no cabe duda alguna que la demandada debió brindar los datos antes referidos (fecha de ingreso, jornada, tipo de tareas que realizaba el actor, condiciones laborales y ambientales, salario estimado como base salarial, etc).

Asimismo, obsérvese que el Código Civil y Comercial de la Nación recepta dicho principio en su art. 1735, disponiendo que "(...) el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla (...)". En efecto, el art. 377 del CPCCN, en el paradigma vigente, se complementa, necesariamente con el art. 1735 CCCN, pues el proceso debe ser un diálogo entre las partes.



No obstante a lo manifestado, el actor produjo prueba para acreditar su pretensión.

Así, a fs 72 y fs. 73, brindan su testimonio el Sr. Rubén O. Heredia y el Sr. Luis A. Espinoza Curilla, ambos propuestos por el accionante. El primero manifestó que "conoce a las partes (...) que conoce al actor porque el testigo trabaja en la empresa briston, que estaba en el sector de limpieza, que el actor estaba en cocina, que el actor hacía el servicio de la comida, la cena a los empleados de la empresa, que limpiaba también el salón y preparaba la comida para el otro día, que el testigo lo veía realizando esas tareas (...)".

Luego, el señor Espinoza manifestó que conoce a las partes, "que es amigo del actor (...) que conoce al actor porque el testigo era vigilador en la empresa en la cual trabajaban que era vition, que el actor era cocinero, que el actor trabajaba en el turno tarde y atendía a los empleados en el horario de la cena, que el actor hacía la comida, que lo veía cocinando al actor, que la empresa del testigo se fue en 2013 o 2014, de allí, y el actor siguió trabajando (...)".

La parte demandada cuestiona las declaraciones (fs.77/vta). En el caso de Espinoza, destaca que era amigo y pone en duda que en su calidad de vigilador, pudiera tener acceso a la cocina y ver por sus medios lo que hacía Brito, cuando debía cumplir con sus tareas de vigilancia. En el mismo sentido, cuestionó que Heredia pudiese constatar la tarea del actor, cuando cumplía sus labores de limpieza en espacios diferentes.

Tales cuestionamientos, no logran desvirtuar a los declarantes. En efecto, FOOD SERVICE preparaba la comida para los empleados de la empresa "briston", y Heredia era empleado de la misma, por lo tanto, es factible afirmar que comía en el comedor y tuvo contacto con quien cocinaba.

Luego, en el caso de Espinoza, la circunstancia de ser amigos, por sí sola no inválida sus manifestaciones. Así, desestimarlos sin atender al contenido de la declaración y su relación con los demás, resultaría arbitrario.

Ello, ya que en juicios en donde se debaten cuestiones de tipo laboral -y aún muchas veces los mejores testigos tendrán la característica o condición, de ser amigos - de las partes, ya que es altamente probable, que dicha relación se haya gestado precisamente en el lugar de trabajo. En igual sentido me he pronunciado respecto al caso de amigos íntimos, que comparten actividades fuera del lugar de trabajo.

De hecho, que es muy difícil distinguir un amigo, de un amigo íntimo, toda vez que quedan estos conceptos claramente encuadrados en la vaguedad del lenguaje. Sin embargo, existen algunas notas que nos acercan más al segundo que al primer concepto: antigüedad en el conocimiento y asiduidad en el trato.



Y aún en un caso como ese, tal y como lo manifestara previamente, muchas veces nuestros mejores amigos provienen de la cotidianeidad del trabajo. Lo que implicaría, una injusticia que el testigo "avezado" califique como compañero o conocido a quien en verdad, es su amigo íntimo, alejándonos de respuestas sinceras por parte de los declarantes.

Una lectura más lógica de la situación, atendiendo a lo razonable del origen de las amistades, sería como lo señalara, verificar el valor intrínseco y extrínseco de la testimonial así tachada, con mayor rigor.

Este criterio, lo he seguido invariablemente como Juez de primera instancia, en la lógica de lo cerrado de la comunidad de trabajo, en donde resulta que si los únicos testigos disponibles son los compañeros de trabajo, el actor nunca podría contar con declarantes, como tampoco la empleadora con los dichos de sus funcionarios, por iguales razones, como se presenta en el caso de autos.

En conclusión, la referencia a la calidad de "amigos", no invalida la veracidad del testimonio de Espinoza.

Asimismo, entiendo que, justamente, si el testigo era personal de vigilancia, debía tener individualizadas las personas que ingresaban al establecimiento, y cuál era su actividad allí, máxime cuando el actor se retiraba del lugar a las 2 AM (dato que llega firme). En efecto, es lógico pensar que la circulación de personas disminuye notoriamente durante la noche.

Ahora bien, en la pericia contable (fs. 63 punto 4), hay un dato que no fue impugnado por la demandada (ver fs. 69), que adquiere relevancia para sostener la credibilidad de los dichos del dicente.

Entre los puntos de pericia, la parte actora solicita que el profesional informe "*Si la demandada lleva planillas rubricadas con horario y lugar de trabajo y qué sistema de control de horarios utilizaba, indicando el que cumplió el actor (horario de ingreso y egreso)*". A la pregunta el perito informa: "*Se atiende por "sistema digital" tanto para la hora de entrada como la de salida. **En el caso del actor laboraba como "volante" y no fichaba. Su ingreso y egreso surgía de anotaciones del personal de seguridad de la empresa.***" (lo puesto de resalto me pertenece).

Ello, viene a constatar que el testigo Espinoza tenía información sobre la actividad que desarrollaba el actor, con independencia de su calidad de "amigo".

En este sentido, por la coherencia de ambos testimonios entre sí, y el escrito de demanda, sumados a la orfandad probatoria de la accionada (sobre quien pesaba la presunción en contrario) considero, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que las circunstancias y motivos señalados son conducentes para corroborar la fuerza de las declaraciones (art. 90 LO y cctes).



En conclusión, luego de todo lo expresado, cabe disentir con la decisión de la anterior instancia, y en consecuencia, revocar el punto y hacer lugar a la categoría de "cocinero" y a las diferencias salariales liquidadas por el perito contador, en la suma de pesos treinta y seis mil trescientos ochenta y cuatro con 72/100 -\$ 36.384,72- (fs. 64 punto de pericia nro. 13).

III- Seguidamente, es objeto de reclamo la causal del despido directo, por ambas partes, en el caso del actor se queja por descartarse el despido discriminatorio en razón de su salud, y la demandada, que se haya desestimado la aplicación del segundo párrafo, art. 212 LCT.

El accionante relata, que en octubre de 2013 el trabajador debió ser asistido por médicos de su obra social, por padecer un cuadro de estrés y ansiedad laboral. En el mes de enero de 2014, por prescripción médica es derivado a realizar un tratamiento psiquiátrico, indicándosele licencia laboral por 15 días.

Afirma que ese mismo día, deja en la empresa -en manos de Lucas Crespo- el certificado emitido por la doctora María de los Ángeles Peloso, profesional del Centro de Asistencia Psicopatológica.

Luego, expresa que con fecha 29 de enero 2014 en una nueva revisión, su psiquiatra extiende un certificado donde sugiere que retome sus tareas habituales hasta 4 horas diarias e indica que en 30 días debe regresar para una nueva evaluación.

Sostiene que en el momento en el que hace entrega del certificado a la empleadora, le informa que el horario de trabajo reducido era temporario, hasta su próxima evaluación.

Seguidamente, expresa que en varias oportunidades se comunica con la demandada para mantenerla informada acerca de su estado de salud. Así, el día 27 de febrero de 2014 el actor concurre a la entrevista médica donde la psiquiatra Peloso lo examina y considera que se encontraba en situación psicofísica para retomar sus tareas habituales, en jornada completa. Al día siguiente hace la correspondiente entrega del certificado a su empleadora, y esta, sostiene, en una actitud maliciosa le envía una carta documento fechada el mismo día 27 de febrero del 2015, donde le notifica que en virtud de lo normado por el artículo 212, segundo párrafo, de la LCT, estaba imposibilitada de otorgarle tareas compatibles con el alta médica, por lo que procedía a prescindir de sus servicios.

A continuación, manifiesta que ante la recepción de esta misiva, impugnó dicha causal por resultar carente de sustento fáctico y jurídico alguno, toda vez que ya había hecho entrega del correspondiente certificado donde constaba su aptitud psicofísica para cumplir con sus tareas normales en una jornada completa, solicitándole a FOOD SERVICE que reviera dicha situación, la cual, lejos de ello mantiene el despido.

~~Expresa que este no es un supuesto que encuadre~~  
en el segundo párrafo, artículo 212, de la LCT, toda vez que la empleadora



estaba en conocimiento –con la entrega del certificado médico- que se encontraba en condiciones de ser reincorporado a su puesto de trabajo, en una jornada completa.

Agrega que la extinción del contrato de trabajo obedeció a la intención de agraviarlo, o a un actuar imprudente ocasionándole un daño que pudo ser evitado, en caso de actuar con la diligencia exigida por las normas laborales.

De allí que considera que la actitud de la empleadora es discriminatoria, y decide el despido por el estado de salud del actor, ello en la transgresión de los artículos 14 bis, 16 de la CN, y principios consagrados en los Tratados Internacionales y las disposiciones de la Ley 23.592.

Luego, la parte demandada en su escrito de inicio expresa que, en octubre del 2013 el actor comienza con inconvenientes psiquiátricos, realiza un tratamiento con prestadores de su obra social, la cual renovaba las licencias laborales hasta que, finalmente, recibe el alta el 29 de enero del 2014, informándose, por indicación expresa de la doctora Peloso, que debía realizar tareas próximas a su domicilio y hasta 4 horas diarias.

Asimismo, sostiene que del intercambio telegráfico se infiere claramente que su actuación fue impecable. Pues, debió resolver ante la imposibilidad de reincorporar al actor con una jornada reducida. Sumado a ello, destaca que el certificado que prescribía el alta del demandante no llegó a su conocimiento es de fecha 28/02/2014, mientras que la CD que notificó el despido fue de fecha anterior, 27/02/2014.

De ahí que entiende haber cumplido satisfactoriamente con lo dispuesto en el art 243 de la LCT, en virtud del art. 212 de la LCT.

Así, la sentencia de la primera instancia analiza la motivación del despido expresada en la carta documento del 27 de febrero del 2014. Prioritariamente, indica que no fue acreditada por el actor la autenticidad del certificado médico que, según menciona, otorgó el alta médica en esa fecha, siendo que fue desconocido expresamente por la parte demandada. También indica que no se produjo probanza idónea sobre la efectiva entrega y recepción patronal del alta mencionada.

Por otra parte, señala que tampoco el empleador logra acreditar la imposibilidad de reincorporar al trabajador según la prescripción médica. Al respecto, indica que la demandada tenía la carga de acreditar la imposibilidad de otorgar tareas compatibles con el estado físico del dependiente, sin embargo no lo hizo.

El *A quo* no otorgó fuerza probatoria al testigo Ripoli ofrecido por la accionada, por ser su dependiente -gerente de recursos humanos-, lo cual condiciona su declaración.



Dicho esto, observo la prueba recolectada en autos.

Así, en la **Carta Documento N° 447615997** mediante la cual la demandada despide al actor expresa: "BUENOS AIRES, 27 DE FEBRERO DE 2014. ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE NUESTRA PARTE DE OTORGARLE TAREAS COMPATIBLES ACORDE SU ALTA MÉDICA, LAMENTAMOS DESPEDIRO, SEGÚN LO PRESCRIPTO POR EL ART. 212 (segundo párrafo) L.C.T., POR CAUSA NO IMPUTABLE A LA EMPLEADORA DEBIENDOLE ABONAR LA INDEMNIZACION PREVISTA EN EL ART. 247 L.C.T. CHEQUE DE SUS HABERES, LIQ. FINAL Y CERTIFICADOS LEY ACORDE PLAZO LEGAL. QUEDA USTED DEBIDAMENTE NOTIFICADO."

En respuesta a esta misiva, el actor expresa en **TCL 83503348 (CD 447407359)**: "TORTUGUITAS, 06/03/2014.- Rechazo su carta documento n° 447615997 por falsa e improcedente. En especial, rechazo la causal de despido invocada, ya que, conforme surge del certificado médico del 27/02/2014 expedido por la Dra. María de los Ángeles Peloso M.N. 130.424 (el cual fue entregado a la empresa) me encuentro en condiciones psicofísicas de retomar tareas habituales en jornada completa (...)"

Seguidamente, en **TCL 86540053 (CD 447445175)**, de fecha 19 de marzo de 2014, el actor notifica respecto a la notificación del despido: "(...) declaro la misma como un acto discriminatorio en los términos de la ley 23592 por lo cual debe hacer cesar el mismo nulificando el despido (art. 1044 CC) y reincorporarme al puesto laboral (Art. 1° Ley 23592 y Art 1083 CC), prueba de lo expuesto es la alta médica por la enfermedad que padezco, haciendo evidente que el motivo del despido se encuentra fundado en razones psicológicas. Así mismo, notifico a ud que daré intervención al INADI sobre el presente acto discriminatorio. Reservo derechos."

A ello, la demandada responde en **CD291065755**: "RECHAZAMOS SU TCL 86540053 POR TOTALMENTE FALSO, MALICIOSO E IMPROCEDENTE, USTED FUE DESPEDIDO ACORDE CD 447615997 DE FECHA 27/02/2014 ACORDE VUESTRO CERTIFICADO MEDICO DE FECHA 29/01/2014 FIRMADO POR LA DRA. MARIA DE LOS ANGELES PELOSO MEDICA PSIQUIATRA M.N. 130424 DONDE SE INDICA: "REINCORPORACIÓN A SUS TAREAS HASTA 4 HORAS DIARIAS EN LUGAR PROXIMO A SU DOMICILIO". NIEGO ACTO DISCRIMINATORIO ALGUNO YA QUE LOS MOTIVOS EN LOS QUE SE BASA LA APLICACIÓN DEL ART. 212 DE LA LCT ESTAN EXPRESADOS EN EL CERTIFICADO MEDICO ANTES INDICADO Y FIRMADO POR SU PSIQUIATRA TRATANTE (...)"

A raíz de la cual, Brito contesta en **TCL 83842722 (CD 463611588)**, del 22 de abril de 2014: "Rechazo su CD291065755 por improcedente, falaz y mendaz. Conforme certificado médico que obra en su poder, conforme fuera entregado a ud con fecha 27/02/2014, certificado médico de la Dra. María de los Ángeles Peloso MN 130424, la cual indicase: "Paciente en condiciones psicofísicas de retomar tareas laborales habituales jornada completa." Ahora intentando ud desconocer el mismo, y valerse de uno de fecha significativamente anterior. Razón por lo cual, no hace mas que ratificar



lo denunciado en anterior despacho de esta parte, y el cual se reitera en todos sus contenidos fácticos y jurídicos (...)."

A fs. 54 y fs. 84, el Correo Argentino constató la autenticidad de las CD N° 447615997; N° 291065755; y N° 447407359. Asimismo, los TCL N° 86540053 (CD 447445175), y N° 83842722 (CD 463611588), fueron reconocidos por la parte demandada en el escrito de inicio a fs. 26vta.

Posteriormente, la Clínica de Asistencia Psicopatológica/ Hospital de Día (CAP S.A.) en respuesta al oficio confirma que las copias de los certificados de fechas 27/11/2013; 11/12/2013; 23/12/2013; 30/12/2013; 13/01/2014 y 27/01/2014 se corresponden a los emitidos por la Dra. María de los Ángeles Peloso, Médica Psiquiatra MN 130424 (fs. 114). A su vez, remite copia de la historia clínica del trabajador, en cuyos registros surgen las entrevistas en las fechas mencionadas, en particular la del día 29/01/2014 y también figura la consulta del día 27/02/2014 (ver fs. 106).

En el caso del encuentro del día 29/01/2014 se apunta: "10:30hs: Paciente tranquilo. Se adjuntan fotocopias de estudios a la historia clínica. Persiste insomnio (...) conservada. Se trabaja sobre el tema. Mejoría significativa de la ansiedad. Se sugiere reincorporación a tareas laborales habituales hasta 4 horas diarias en lugar próximo a su domicilio. Igual plan psicofarmacológico. Cita en 30 días" Sellado y firmado por la Dra. Peloso. A continuación, figura consulta del día 27/02/2014, y se registra: "11:40 hs: Paciente tranquilo. Compensado. Se sugiere reincorporación a sus tareas laborales habituales. Jornada completa. Igual plan psicofarmacológico. Cita en 7 días". Sellado y firmado por la Dra. Peloso.

Por último, el testigo Jorge Héctor Ripoll, gerente de personal de Food Service, ofrecido por esta, manifiesta que conoce a la demandada porque era su empleadora, y al actor toda vez que él era quien manejaba los legajos de los trabajadores de la empresa. Expresa que el mismo ingresa en enero del 2011 y, que fue despedido en enero del 2014 en el marco del segundo párrafo, artículo 212, de la LCT.

Así, en su relato manifiesta "(...) que el actor era ayudante de cocina en un comedor de la empresa, la empresa atiende 250 comedores en todo el país y tiene casi 1000 empleados, es una empresa de servicios gastronómicos de alimentación (...) que trabajaba en el comedor de la firma Visteon en la zona de Gral Pacheco. Que en octubre de 2013 enviaron certificado médico psiquiátrico, licencia que se mantuvo hasta enero de 2014, **su médico le otorgó el alta pero en la junta médica que le hizo la empresa el actor mostró rasgos que no le otorgarían todavía alta definitiva entonces la empresa no tenía dónde ubicarlo ya que es una persona que maneja cuchillos decidió despedirlo** de acuerdo a lo normado al artículo mencionado (fs. 140/vta, lo puesto de resalto me pertenece).

Ahora bien, vale manifestar que no coincido con la desestimación del testimonio de Ripoll, toda vez que, la circunstancia de que



sea dependiente de la misma, por sí sola no invalida sus declaraciones, sino que, justamente, le otorga mayor valor.

Arribo a esta conclusión, toda vez que, de otro modo en juicios en donde se debaten cuestiones de tipo laboral, la empleadora se vería impedida de acompañar declaraciones de quienes son sus dependientes y/o funcionarios, justamente, como sucediera en autos, lo que violentaría su derecho de defensa en juicio. Esta circunstancia, solo obliga a un análisis más cuidadoso de los mismos, a fin de verificar contradicciones con los otros declarantes y con el escrito de inicio de la parte que lo ofreciera.

**IV-** Como punto de partida, resalto que el marco específico de este instituto del derecho del trabajo sobre la regulación en caso de que el trabajador sufra de una enfermedad y/o un accidente inculpable, tiene como punto de partida el principio de conservación de la relación laboral, y que el trabajador sea contenido en el ambiente laboral poniendo en cabeza del empleador el deber de darle tareas acordes a su situación de salud.

En consecuencia, resulta primordial el esfuerzo del empleador para reubicar al trabajador, y ello "no significa que la compañía esté obligada a crear un nuevo puesto de trabajo que atienda las necesidades del dependiente" como lo alega la parte demandada, sino que esta debe asegurarse de realizar los intentos -y demostrarlo- para reubicarlo en un puesto que le permita continuar trabajando, sin agravar la situación de salud.

Por lo tanto, es prioritario tener presentes los requisitos de los artículos 356 CPCCN, y 1735 CCCN, pues caso contrario, si no se logra, se crea una presunción favorable a las afirmaciones vertidas en la demanda, tal como lo desarrollé anteriormente.

Asimismo, en materia de discriminación ha sido un tema de debate quién tiene la carga de la prueba.

Así, en relación al *onus probandi* se ha sostenido, en un criterio que comparto y he aplicado desde mi función de Juez de la primera instancia, que "no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto los indicios suficientes en tal sentido (conf. Art. 163 inc. 5 CPCCN). En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. Desde tal perspectiva, la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que "... quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.) deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada..." (sent. 93623 7/7/05 "Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios"; Del voto de la Dra. González, en mayoría; CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/



acción de amparo”; Expte N° 27.987/09 Sent. Def. N° 92.820 del 19/10/ 2011 “Sosa, Mariela Agustina c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/despido”, y Expte N° 36.803/08 Sent. Def. N° 92.910 del 22/12/ 2011« Militello, Yesica Karina c/ Casino Buenos Aires CTE S.A. UTE s/juicio sumarísimo”, ambos del registro de esta Sala).

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo”; - de fecha 07/12/2010; CSJN-Fallos, 333:2306-, en “Pellejero, María Mabel s/ Amparo s/ Apelación” –en fecha -07/12/2010; CSJN Fallos, 333:2296; y en autos “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo” –fechado el 15/11/2011; P N° 489, L. XLIV-

En el último supuesto, expresó que “(...) En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. (“Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo” –fechado el 15/11/2011; P N° 489, L. XLIV- Mayoría: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni).

También se refirió a la valoración de la dinámica probatoria el emblemático fallo de la Sala V, en autos “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06), donde se manifestó que “(...) en estos casos, el *onus probandi* quedaría articulado de la siguiente manera. El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos, que debe llevar al tribunal a la convicción que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.” (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

Tales pasajes jurisprudenciales, no hacen más que referirse a la existencia de “indicios” que nos conduzcan a acreditar el hecho sujeto a prueba. Por lo que, para “los presupuestos de la ley 23592 que



penaliza con la nulidad los actos discriminatorios, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada. Una vez alcanzada dicha verosimilitud, imprescindible en el ámbito procesal en que se encauzara la pretensión, habrá de ponderarse si el demandado asumió la finalidad de desvirtuarla, a través del aporte de elementos aptos para corroborar que su decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado” (CNAT Sala IX Expte n° 15443/06 sent. 14360 27/6/07 “Yacanto, Claudio c/ Radiotrónica de Argentina SA y otro s/ sumarísimo”; Expte N° 27.987/09 Sent. Def. N° 92.820 del 19/10/2011 “Sosa, Mariela Agustina c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/despido”, del registro de esta Sala).

Queda así claramente evidenciada la corriente antinómica: ¿sobre quién pesa la carga de la prueba de la existencia de los elementos "objetivos", justificativos de la discriminación?”

“El fallo supra analizado aparece receptado en la modificación del art. 89 de la antigua ley de contrato de trabajo, resultando reemplazado por el art. 81 (Rev. D. T., t. 1976, p. 238) que especifica más claramente los supuestos de discriminación agresiva (al decir de Krotoschin): sexo, religión o raza; admitiendo en cambio los que respondan a principios de bien común: mayor eficiencia, laboriosidad o contracción a las tareas.” (“Igual remuneración por igual tarea”, Autora: Cañal, Diana, Publicado en: DT1989-B, 1767, y coincidentemente en el artículo “La discriminación en el derecho del trabajo y el valor de los principios”, Autora Cañal, Diana; DT 1998-B, 1815).

Es por lo que la OIT incentiva la responsabilidad de las empresas en los llamados Programas de Responsabilidad Social de la Empresa (RSE), a fin de que adopten políticas que incentiven la lucha contra la discriminación asegurando la igualdad de trato.

Tales programas surgieron en respuesta a la expansión de los mercados de empleo globales, como “reflejo de la manera en que las empresas toman en consideración las repercusiones que tienen sus actividades sobre la sociedad, y en la que afirman los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos, como en su relación con los demás actores. Aunque ésta no puede sustituir la función del gobierno, encierra el potencial de mejorar el cumplimiento de las normas del trabajo y de hacer progresar los programas sobre la no discriminación y la igualdad. Diríase que, con la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y otras iniciativas se ha logrado que la RSE **sensibilice a las empresas de la importancia que para su funcionamiento reviste la no discriminación**. Según un estudio reciente, muchas de las 500 empresas más importantes del mundo señalan que en sus políticas y sus prácticas de gestión abordan en parte las cuestiones de no discriminación y la igualdad. El resultado de ese estudio hubiera sido improbable hace tan sólo cinco años” (OIT: Iniciativa InFocus sobre Responsabilidad Social de la Empresa, Consejo de Administración, documento GB.295/MNE/2/1 marzo de 2006, y Conferencia



Internacional del Trabajo 96ª reunión, 2007 Informe I (B); [www.ilo.org/declaration](http://www.ilo.org/declaration). Lo destacado me pertenece).

Tal es así, que estos datos de la realidad motivaron al INADI, a llevar a cabo un estudio al efecto.

En dicho informe -“INADI: Discriminación en el acceso al trabajo”-, se mencionó que “la discriminación laboral constituye toda forma de discriminación que se manifiesta en el ámbito del empleo público o privado. Abarca tanto la etapa previa a la contratación –la búsqueda del puesto de trabajo propiamente dicha y las entrevistas de selección del personal–, como el período durante el cual se produce el vínculo laboral efectivo y las condiciones de finalización del mismo.”

“La discriminación disminuye las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial, sus aptitudes y cualidades y para ser remunerados en función de sus méritos. Asimismo, restringe la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran y tiene como producto final la inserción de los miembros de determinados colectivos en una situación de desventaja relativa. Así, al quedar los miembros de algunos colectivos excluidos del mercado de trabajo o aceptados únicamente en condiciones desfavorables, la discriminación y la segmentación del mercado de trabajo se convierten en poderosos mecanismos que generan y prolongan la pobreza” (Vera Rojas, Patricia, “La discriminación en los procesos de selección de personal”, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006. Citado en INADI, “Recomendación General N.º 6: contra la discriminación en la oferta de empleos” [en línea], Buenos Aires, 2009).

Para luego resaltar, que “La OIT tiene una participación activa para lograr la igualdad en el ámbito del empleo, especialmente a partir de 1960, cuando fueron aprobados el Convenio 111 y la Recomendación n.º 111. En 1975 la OIT emitió una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y trata para las trabajadoras, completada en 1985 con una Resolución sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo. Para hacer surtir efectos a esta Resolución, el Consejo de Administración adoptó en 1987 un plan de acción sobre el tema. Cabe también recordar que la Comisión de Expertos, al analizar lo dispuesto por el art. 1º, párr. 2, del Convenio 111, consideró que las exclusiones generales de ciertos empleos u ocupaciones del ámbito restringido que pretende resguardar la igualdad de trato, son contrarias al Convenio.”

Luego, la ley 23592 prevé, en su art. 1º, que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo, se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorias determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.



Es de destacar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha afirmado que la ley 23592, constituye una “reglamentación directa” de lo dispuesto en el art. 16 de la Constitución Nacional y también de las normas internacionales en materia de discriminación, acotando asimismo que dado su carácter federal, el tema que regula la ley, excede el interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad (fallos 320:1842; 322:3578; 324:382).

Pues, “el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que ha ingresado en el dominio del jus cogens, tesis consagrada recientemente por el Supremo Tribunal Federal” (conforme CSJN, A. 1023. XLIII, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA”).

“El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental inespecífico (cfr. Palomeque- López, Manuel Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo” conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo Universidad de Salamanca- Fundación MAPFRE, 11/11/91 pub en Actualidad Laboral n° 4, pág 37/44). El art. 14 bis de nuestra carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor. Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del “Protocolo de San Salvador” 1,2 y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica. Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes y una tutela constitucional específica. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo”).

Ver más al respecto en autos “Calviño, Rubén Osvaldo C/Benteler Automotive S.A. S/Despido”, SD Nro. 93711, de fecha 30.08.2013, del registro de esta Sala III.

En el caso, la demandada solo afirmó, que tenía la imposibilidad material de cumplir con la reincorporación en un lugar cercano al trabajador y por 4 horas, sin ofrecer prueba alguna. Además, contradictoriamente, desconoce el alta médica de fecha 27 de febrero de 2014, sin embargo apunta que según el sello de recepción por la empresa es del 28 de febrero de 2014 (ver fs. 26vta y fs. 27vta). Y más allá de ello, la parte nada dijo respecto de los hechos denunciados en el inicio, acerca de la solicitud del actor de ser reincorporado ante el alta médica, con independencia del



certificado que la misma reconoce del 29/01/2014, y acerca de este último, nada dice sobre la condición de provisionalidad y del alta final.

Obsérvese que, no responde a la carta documento **TCL 83842722 (CD 463611588)**, en la cual se pone en conocimiento el alta. La misma no fue respondida por la empleadora, tomando como definitiva, cuando no lo era, la reincorporación por 4 hs.

Señalo que en virtud de lo manifestado, el actor transitaba el primer mes de reserva de puesto previsto en el art. 211 de la LCT.

En este aspecto, sobre la orfandad de invocación y prueba acerca de la imposibilidad de reubicar al Sr. Brito, me remito a las palabras del testigo que la propia empresa ofrece. La empleadora, es una empresa de notoria envergadura, tiene a cargo proveer alrededor de "250 comedores en todo el país y tiene casi 1000 empleados", de hecho, la autopartista *VISTEON*, lugar de trabajo del actor, permite considerar el volumen de tales comedores. Sin embargo, no podía reubicarlo momentáneamente hasta la nueva entrevista médica que se llevaría a cabo en el plazo de 30 días, y tan solo transcurrido el primer mes -de 12- de plazo obligatorio de conservación del puesto de trabajo.

Al respecto, no ofrece prueba sobre la imposibilidad de derivarlo a alguno de los 249 comedores restantes, o intercambiar con alguna persona, de entre los restantes 999 trabajadores de los 1000 con los que contaría la firma. Se limita a manifestar su imposibilidad.

Además, como anticipara, el despido en este instituto, según se desprende de la concordancia entre los artículos, es la *ultima ratio*, máxime cuando según lo manifiesta la misma accionada, el actor notificó regularmente la situación de su estado de salud, con la entrega de los certificados respectivos, y ninguna queja tuvo respecto al desempeño de sus actividades.

Asimismo, un punto llamativo, es que la psicóloga que trataba al actor menciona en el diagnóstico "ansiedad y estrés laboral", sin embargo, no hay rastros de que la empresa diera intervención a la ART para que evaluara la salud psicológica del actor. Es decir, mantuvo una actitud pasiva frente a la situación.

Otro estándar en el comportamiento renuente de la empleadora es que, si bien afirma que el despido operó como consecuencia del certificado del 29 de enero que sugería la reincorporación por 4 horas, en un establecimiento cercano al domicilio del actor, FOOD SERVICE tardó un mes -27 de febrero- para responder, justo cuando se cumplía el mes para la evaluación del mismo, según constancia presentada por el trabajador que fue reconocida por la demandada.

Asimismo, en el intercambio epistolar, ante el **TCL 83842722 (CD 463611588)** en la cual el accionante menciona el alta médica y la posibilidad de ser reincorporado a su puesto de trabajo habitual, por parte del demandado la respuesta fue el silencio. Esto también conforma el espectro presuncional (art. 57LCT)



En efecto, vale destacar que en la **Carta Documento N° 447615997** en la que se notifica el despido, FOOD SERVICE se limita a mencionar "ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE NUESTRA PARTE DE OTORGARLE TAREAS COMPATIBLES ACORDE SU ALTA MÉDICA, LAMENTAMOS DESPEDIRO", sin precisar a qué se refería con tareas compatibles acordes al alta médica. Cabe preguntarse ¿a qué alta médica se refería?

Al respecto, es importante reseñar que, con independencia de cuándo fue notificada la empresa del alta médica, si el 27 o 28 de febrero, lo que a esta altura carece de importancia, considero que el actor logra acreditar que el 27 de febrero de 2014, tuvo la entrevista con la profesional tratante y la misma había otorgado el alta, el día en que es despedido.

Luego, otro extremo que queda en penumbras es que el empleador dispone de la facultad de designar un profesional que evalúe y controle el estado de salud del actor, al cual el trabajador está obligado a someterse (art.210 LCT).

Sin embargo, si bien oficialmente la empresa no ejerce su derecho, pues no existe evidencia documental de ello, la declaración del gerente de personal vislumbra que dicha evaluación unilateral, sin intercambio con la Dra. Peloso, ya había decidido no reincorporar a un trabajador enfermo. Según las manifestaciones del dicente Ripoll, **"su médico le otorgó el alta pero en la junta médica que le hizo la empresa el actor mostró rasgos que no le otorgarían todavía alta definitiva entonces la empresa no tenía dónde ubicarlo ya que es una persona que maneja cuchillos decidió despedirlo"** - lo destacado me pertenece-.

Obsérvese que, esa valoración "usaba cuchillos" como parámetro de peligrosidad que invoca el gerente de personal, si bien no fue invocada por la empleadora en su responde, tengo la certeza de que formó parte del juicio de la misma para decidir el futuro del trabajador, aunque sin sustrato material. En efecto, decidió despedirlo, aún cuando habría tomado conocimiento que el diagnóstico médico indicara que se encontraba en condiciones de retomar sus labores, lo que quería, definitivamente, era denunciar el contrato de trabajo.

Es más, no existe en la historia clínica, o por los dichos de la empleadora, algún antecedente violento provocado por el accionante durante el período de trabajo, sino que el estado que se describe es de ansiedad, estrés laboral. En las entrevistas, se lo describe siempre como "paciente tranquilo", por lo tanto, no media ningún indicio que permita justificar la decisión, sino que el despido fue una decisión a espaldas de la suerte del trabajador.

En efecto, los hechos acreditados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de un trabajador que padeció una disminución en su aptitud



psicofísica, que le imposibilitaría cumplir normalmente con sus tareas habituales, lo que permite calificar al desvinculamiento como discriminatorio.

Numerosa jurisprudencia asigna al supuesto del art. 212 inciso 2 invocada por el empleador, la potencialidad de encubrir un acto discriminatorio (ver recopilación en *El despido discriminatorio por enfermedad*, Olmos, Félix A., 21-nov-2016 Cita: MJ-DOC-10387-AR | MJD10387)

Vemos. *"En el examen de una causa en que existió una automaticidad y contemporaneidad entre el despido y el alta médica por un cuadro de estrés traumático, se resolvió que correspondía «admitir que existió un despido discriminatorio a raíz del cuadro de stress traumático que padecía la actora, -y que motivara una licencia remunerada por enfermedad inculpable-, puesto que la demandada admitió dicha circunstancia y tales hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de una trabajadora que padeció una disminución en su aptitud psicofísica que le imposibilitaba cumplir normalmente con sus tareas habituales. (...) Ante la existencia de la sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, vinculados a la enfermedad de la actora, su atención médica, la licencia por enfermedad, la reincorporación y el despido a los pocos días, es razonable juzgar que el despido de la actora obedeció verosímilmente a su incapacidad psicofísica para continuar desempeñándose como empleada de la demandada"*(CNAT, Sala V, «G. M. F. c/ GSSA y otro p/ despido», 1/10/2015, MJJ95550).

*"Cuando el empleador, casi inmediatamente después de tomar conocimiento de que el trabajador padece una enfermedad grave, o que por un accidente o enfermedad vio disminuida su capacidad, decide despedirlo, cabe presumir que su decisión obedece a razones discriminatorias, por lo que cabe condenarlo a pagar una indemnización al trabajador por daño moral, además de toda otra indemnización que correspondiera, como puede ser el lucro cesante o la pérdida de chances"* (Tribunal de Trabajo de Mar del Plata, 23/3/2012, «L. J. M. c/ Plunimar S. A. s/ reinstalación», MJJ71891).

*"En los despidos en los cuales el empleador invoca como los artículos 212, párr. 2° y 213 de la LCT, se suele encubrir un despido discriminatorio por razones de salud del trabajador. En la raíz de la segregación, está el concepto de que el disminuido no cumplirá con las tareas; o bien, si lo hace, implicará un esfuerzo demasiado gravoso para la empresa adaptarse. Precisamente es este el factor discriminatorio, y por lo tanto ilegítimo, al considerar que no es posible adoptar las tareas, estructuras, herramientas, modalidades, etc. a las necesidades del discapacitado"* (Cuarta Cámara del Trabajo: Primera Circunscripción de Mendoza, Sala Unipersonal Sr. Conjuez Dr. Julio Gómez Orellano, 7/9/2015, Expte. CUIJ N° 13-00844846-3 (010404-26753), «Aguilar, Alberto Gabriel c/ Falabella S. A.»).

*"El despido del actor invocando la situación del 2° párr., art. 212, de la LCT, cuando la empresa tenía tareas acordes para asignarle, encubrió un trato discriminatorio fundado en la condición social del*



*trabajador (su estado de enfermedad), contemplado por la Ley 23.592 y por los tratados internacionales incorporados al inc. 22, art. 75, de la CN. Dicha discriminación configura un acto ilícito. Por ello, acreditado el ilícito, no puede desconocerse la lesión en los sentimientos y el dolor que padeció el actor como consecuencia de haber sido objeto de discriminación, en razón de la cual la empleadora prescindió de sus servicios por la merma en su salud, por la prestación de tareas a sus órdenes."(CNAT, Sala IX, 28/12/2012, «Encina, Luis Alejandro c/ Bridgestone Argentina S. A. s/ Despido»).*

*"Es carga del empleador buscar y otorgar al trabajador tareas acordes a sus posibilidades psicofísicas, posibilidad que aumenta con el tamaño del establecimiento y la cantidad de trabajadores y multiplicidad de tareas que se realicen en él. Si contando con posibilidades prácticas y comúnmente usadas por la empresa para dar tareas al trabajador, decidió negárselas, su segregación en razón de su disminución es una conducta discriminatoria. Para justificar que la imposibilidad de cumplir el deber nacido del art. 212 de la LCT no le es imputable a la empleadora, no basta la mera invocación de que no existía necesidad ni posibilidad porque ya se habían otorgado tareas livianas a otras empleadas, pues tal fundamento remite más a una cuestión de conveniencia empresarial que a dar cabal cumplimiento a la norma en cuestión, que tiene raíces en el deber de solidaridad del empleador frente a la contingencia de incapacidad parcial y permanente" (CNTrab, Sala II, 12/6/2009, «Semino Gladys Noemí c/ Toso S. R. L. p/ despido», MJJ46918).*

Definitivamente, en las presentes actuaciones, con el cuadro de indicios y presunciones obtenidas, y suficientemente desarrollados, considero que se verifican las condiciones para poder afirmar que la demandada FOOD SERVICE ARGENTINA S.A. incurrió en un despido discriminatorio por motivos de salud del Sr. Brito.

En consecuencia, concluyo que debe indemnizarse el daño moral sufrido por el actor en la suma de \$ 170.000.

**V-** Consecuentemente, con la acreditación de la incorrecta registración corresponde el tratamiento de la multa del art. 1 de la Ley 25323, que fuera reclamado en TCL 83503348.

En efecto, el art. 1 de la ley 25.323, establece que "las indemnizaciones previstas (...) art. 245 LCT (...) serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido... esté registrada (...) de modo deficiente (...)".

De lo analizado precedentemente, surge que la demandada no materializó en los recibos y en sus registros la real categoría de cocinero. En consecuencia, concluyo que resulta ajustado a derecho hacer lugar a la indemnización establecida en el art. 1 de la ley 25.323, ya que procede la reparación contemplada en dicha normativa, pues conforme todo lo expuesto, quedó probado que el actor se encontraba registrado en forma incorrecta.



Consecuentemente, auspicio modificar el fallo de anterior grado en este punto, haciendo lugar a la multa del art. 1 de la ley 25.323.

**VI-** Respecto a la queja de la demandada en relación a la multa del art. 45 de la Ley 25.345, coincido con el Sentenciante de anterior instancia que el actor cumplió con los recaudos previstos en el art. 3 del decreto 146/01 porque, luego de haber transcurrido el plazo de 30 días corridos, a contar desde la extinción del contrato, sin que la empleadora haya hecho entrega de la certificación respectiva, requirió en forma concreta el cumplimiento de la obligación que establece la mencionada norma. Ello, sin que la requerida se aviniera a cumplir con la obligación a su cargo, dentro de los dos días hábiles posteriores (fs. 26vta).

De todos modos, cabe destacar que, en mi opinión, el decreto reglamentario N° 146/01 resulta inconstitucional, y así lo he sostenido como Juez de primera instancia en los autos "Velarde, Andrea Karina c/ Máxima AFJP SA s/ certificados art. 80 LCT" (sentencia N° 2449 del 29.2.08, del registro del Juzgado N° 74).

Ello, porque dicho decreto exige al trabajador esperar un plazo de treinta días corridos, a partir de la extinción del contrato de trabajo para que el empleador haga entrega de los certificados de trabajo. Dicha requisitoria, que se impone al trabajador, constituye un exceso reglamentario en relación con la norma superior que reglamenta (art. 80 LCT, conf. art. 45 de la ley 25.345), pues se encuentra en abierta contradicción con lo previsto en la materia por los arts. 28 y 99 inc. 2 de la C.N., y torna inconstitucional el mencionado art. 3 del decreto 146/01 (Del voto del Dr. Fernández Madrid, en mayoría, CNAT Sala VI Expte n° 30189/02 sent. 57061 del 31/3/04 en autos "Cuellar, Santiago c/ Inversiones y Transportes SA y otro s/ despido"; Sala VII Expte n° 19358/05 sent. 39717 9/11/06 "Daix, Odina c/ La Tortería SRL s/ despido"). En igual sentido, ver mi voto en autos "Righetti, Mario Alberto c/ Joaquín Brenta Alcalde SA", sentencia N° 92470 del 4.3.2011, del registro de esta Sala.

A su vez, la entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales al dependiente, en oportunidad de la extinción de la relación laboral, es una obligación de la empleadora, que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación. No hay razones, pues, para considerar que el cumplimiento de esta obligación dependa -en lo que se refiere a su aspecto temporal- de que el trabajador concurra a la sede de la empresa a retirar los certificados, sino que corresponde entender que, en caso de que así no ocurra, el empleador debe, previa intimación, consignarlos judicialmente (en sentido análogo, SD Nro. 83170 del 11.2.2002, "Fraza, María Aída c/ Storto, Silvia Noemí y otro", del registro de esta Sala).

El citado art. 80 LCT, en su último párrafo, establece que el empleador está obligado a entregar los certificados de trabajo cuando el trabajador lo requiere a la época de la extinción de la relación, y durante el tiempo de la misma, cuando medien causas razonables. Luego, otorga un plazo de dos días hábiles desde el día siguiente a la intimación fehaciente al empleador, sancionándolo con una indemnización especial, en caso de



incumplimiento, por lo tanto la demandada no cumplió, en tiempo y forma, con dicha obligación.

Reiteradamente, he sostenido que no puede considerarse cumplida la intimación a acompañar las certificaciones del art. 80 de la LCT, con la notificación de su puesta a disposición, pues la empleadora siempre tiene el recurso legal de la consignación (conf. Sentencia N° 2675 del 26.10.09, en autos "Camacho, Mario Javier c/ Establecimientos Metalúrgicos Becciu e hijos S.A. s/ despido", del registro del Juzgado N° 74).

Ahora bien, en el caso, la demandada expresa que los certificados estuvieron a disposición del trabajador en tiempo oportuno según lo mencionado en las misivas y en el Acta de Cierre emanada del SECLO que acompaña como prueba documental (ver fs. 22 y fs. 23/25).

Sin embargo, repasando la sucesión temporal de los hechos observo que, la demandada lo despide el 27 de febrero de 2014 y pone a disposición los certificados; el 11 de abril se lleva a cabo la primer audiencia en el SECLO (ver fs. 4), a la cual comparece el apoderado de la demandada y nada se manifiesta respecto a los certificados; el 24 de abril se celebra la segunda y última audiencia de conciliación en la cual ofrece al trabajador el certificado de servicios y remuneraciones Form. Anses PS 6.2, que el trabajador se niega a recibir por ser inexactos los datos consignados en el mismo; mientras que el mencionado formulario que se adjunta en autos fue certificado por el representante del Banco Industrial S.A. con fecha 14 de abril de 2014.

Por lo tanto, este formulario que, además no cumple con todos los certificados del artículo 80 LCT, estuvo a disposición 46 días posteriores a la fecha del despido.

Sumado a ello, resulta acreditado que los datos consignados en las certificaciones de fs. 20/21, no corresponden a la correcta categoría del actor. Dicha información deberá constar en los certificados del art. 80, que deberá entregar la demandada, tal como lo dispuso el A quo.

En consecuencia, considero que no asiste razón a la quejosa, por lo que propongo confirmar la sentencia de grado, en el sentido de acrecentar el monto de condena con la indemnización prevista por el art. 80 LCT.

**VII-** A partir de las consideraciones y conclusiones arribados en los considerandos previos, practico la siguiente liquidación considerando los rubros que llegan firme de la sentencia de la primera instancia, las modificaciones de la presente, y la practicada en la pericia contable de fs. 64: días descontados \$2693,49; diferencia salarial por categoría "cocinero" \$ 36348,72; vacaciones proporcionales 2014 más SAC \$ 842,12; aguinaldo proporcional primer semestre de 2014 \$1239,18; salario más integración del mes de despido más SAC \$ 8054,66; sustitución de preaviso más SAC \$ 8054,66; indemnización por antigüedad \$ 22.305,21 (\$ 7435,07 x 3); multa art. 1 Ley 25323 \$ 22.305,21; multa art. 2 Ley 25323 \$ 19.207,26; multa art. 45 Ley 25345 \$ 22305,21; daño moral \$ 170.000.



En consecuencia, el monto de condena arriba a la suma de **pesos trescientos trece mil trescientos cincuenta y cinco con 72/100 - \$ 313.355,72-**, con más los intereses que llegan firme de la anterior instancia.

**VIII-** Por otra parte, respecto a la indexación de los créditos laborales, a fin de tener en cuenta los argumentos de mi criterio, me remito a los autos “Balbi Oscar c/ Empresa Distribuidora Sur S.A –Edesur S.A s/ despido”, registrada el 10/10/17 y “Sánchez Javier Armando c/ Cristem S.A s/ Juicio Sumario” (causa Nro. 28.048/2011/CA1), del 01/12/14.

Así, si bien considero que corresponde aplicar la actualización monetaria, lo cierto es que llega firme su no aplicación, dado que la parte actora lo consintió. Por lo tanto, y ante la evidencia de que los colegas que conforman el Tribunal, no comparten la aplicación de la misma, voto por realizar un “*obiter dictum*” al respecto, a fin de arribar a un acuerdo con el Tribunal, con el objetivo de lograr posibles consensos.

Cabe recordar a tal fin, que el art. 125 de la L.O en su segundo párrafo dispone que: “(...) las sentencias de la Cámara se dictaran por mayoría de votos (...)”, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Rossi, Muñoz c/ Agencia Noticiosa Saporiti S.A” del 10 de abril de 1990 (T:313, 475), que establece “(...) la circunstancia señalada priva a la resolución de aquello que debe constituir su esencia; es decir una unidad lógica- jurídica, cuya validez depende no sólo de que la mayoría convenga en lo atinente a la parte dispositiva sino también ostente una sustancial coincidencia en los fundamentos que permitan llegar a una conclusión adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal (...)” -confr. Fallos: T304:590; 308:139, entre otros, ver asimismo Fallos: 273:289; 281:306 y causa B 85.XXII/”Brizuela, Gustavo Nicolás- casación- (autos: “Brizuela, Gustavo Nicolás c/ Antonio R. Karam y César R Karam-medidas preparatorias”); Fallos 302:320; 304:590; 305:2218; Fallo 330:331 causa “Piriz” de la CSJN de fecha 23 de marzo de 2010-.

Finalmente, dejo a salvo que, en caso de que modificar alguno de mis colegas su decisión al respecto, la suscripta revería la tasa de interés moratoria.

Todo ello, en la consideración de aplicar la mejor tasa al momento del cálculo, como reflejo de la realidad para cada período, ello en consonancia con la situación económica, protegiendo al sujeto de preferente tutela, y conforme el mandato del art. 9 de la L.C.T. y el principio de progresividad, y el art. 1748 del C.C.C.N.

**IX-** Ante el nuevo resultado del litigio que propicio, y lo normado por el art. 279 del CPCCN, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria, razón por la cual deviene abstracto el tratamiento de los agravios sobre estos puntos.



Propongo que las costas de ambas instancias, sean soportadas por la demandada, toda vez que ha sido vencida en lo sustancial del reclamo (art. 68 de la normativa procesal señalada).

En atención al valor económico de la contienda, al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18345, arts. 6, 7, 8, 9, 19, 37, 39 y conc. de la ley 21839, propongo regular los honorarios de los letrados de la parte actora, en el diecisiete por ciento (17%), por la representación letrada de la demandada, en el doce por ciento (12%), y del perito contador, en el ocho por ciento (8%), a calcular sobre el monto de condena con más la adición de intereses.

Finalmente, en cuanto a las actuaciones en la Alzada, propongo regular los honorarios por los trabajos en esta Alzada a la representación letrada de la parte actora en el treinta y cinco por ciento (35%), y de la representación de FOOD SERVICE ARGENTINA S.A. en el veinticinco por ciento (25%) de lo que le corresponda por su actuación en la anterior instancia (arts. 6, 7, 8, 9, 14, 17, 19, 22, 37, 39 y concs. de la ley 21.839, art. 38 de la ley 18.345 y demás leyes arancelarias vigentes).

Respecto del I.V.A. esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27 de septiembre de 1993 en autos “Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente – ley 9688”, que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto, grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación” (C. 181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo “que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto”.

En consecuencia voto por: **I.-** Modificar parcialmente la sentencia que fue motivo de recursos y agravios, y elevar el monto de condena a la suma de **pesos trescientos trece mil trescientos cincuenta y cinco con 72/100** -\$ 313.355,72-, con más los intereses y en la forma que llegan firmes de la anterior instancia. **II.-** Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida. **III.-** Regular los honorarios de primera instancia regular los honorarios de los letrados de la parte actora, en el diecisiete por ciento (17%), por la representación letrada de la demandada, en el doce por ciento (12%), y del perito contador, en el ocho por ciento (8%), a calcular sobre el monto de condena con más intereses. **IV.-** Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora en el treinta y cinco por ciento (35%), y de la representación de la demandada en el veinticinco por ciento (25%) de lo que le corresponda por su actuación en la anterior instancia. **V.-** Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

Fecha de firma: 14/04/2021

Alta en sistema: 03/05/2021

Firmado por: CHRISTIAN GABRIEL APARICIO, SECRETARIO DE CAMARA

Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS ANIBAL RAFFAGHELLI, JUEZ DE CAMARA



**El Dr. Alejandro H. Perugini dijo:**

Por compartir en lo sustancial sus argumentos y considerar que, en las particulares circunstancias del caso, se ha verificado un agravio al momento de despedir que presenta matices discriminatorios y no resulta contemplado dentro de los daños propios de la tarifa establecida en el art.245 de la LCT, he de adherir al voto que antecede.

No obstante, no encuentro razones para establecer la cuantía de dicha reparación en modo diferente a la que el propio actor ha evaluado como justa en su escrito de inicio, a la cual, por encontrarla razonable y adecuada a las circunstancias del caso, he de atenerme.

Consecuente con lo expuesto, el daño moral vinculado al matiz discriminatorio del despido será resarcido en la suma de \$ 35.000-, y el monto de condena alcanzará la de \$ 178.355,72.

En todo lo demás que ha sido materia de agravio, adhiero al voto que antecede.

Por lo expuesto, voto por: **I.-** Modificar parcialmente la sentencia que fue motivo de recursos y agravios, y elevar el monto de condena a la suma de PESOS CIENTO SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON 72/100 -\$ 178.355,72-, con más los intereses y en la forma que llegan firmes de la anterior instancia. **II.-** Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida. **III.-** Regular los honorarios de primera instancia regular los honorarios de los letrados de las parte actora, en el diecisiete por ciento (17%), por la representación letrada de la demandada, en el doce por ciento (12%), y del perito contador, en el ocho por ciento (8%), a calcular sobre el monto de condena con más intereses. **IV.-** Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora en el treinta y cinco por ciento (35%), y de la representación de la demandada en el veinticinco por ciento (25%) de lo que le corresponda por su actuación en la anterior instancia. **V.-** Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

**El Dr. Luis A. Raffaghelli dijo:**

Mis distinguidos colegas disienten en cuanto al monto que corresponde establecer en concepto de daño moral y al respecto, coincido con el voto del Dr. Alejandro H. Perugini.

En efecto, atendiendo las circunstancias fácticas del caso, el salario del trabajador y el monto total de la indemnización derivada a condena, considero que la suma reclamada por el actor en la demanda, en concepto de daño moral, luce adecuada. Así lo dejo propuesto.

Por ello, **el Tribunal RESUELVE:** **I.-** Modificar parcialmente la sentencia que fue motivo de recursos y agravios, y elevar el ~~monto de condena a la suma de~~ PESOS CIENTO SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON 72/100 -\$ 178.355,72-, con más



los intereses y en la forma que llegan firmes de la anterior instancia. **II.-** Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida. **III.-** Regular los honorarios de primera instancia regular los honorarios de los letrados de las parte actora, en el diecisiete por ciento (17%), por la representación letrada de la demandada, en el doce por ciento (12%), y del perito contador, en el ocho por ciento (8%), a calcular sobre el monto de condena con más intereses. **IV.-** Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora en el treinta y cinco por ciento (35%), y de la representación de la demandada en el veinticinco por ciento (25%) de lo que le corresponda por su actuación en la anterior instancia. **V.-** Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

**Luis A. Raffaghelli**  
**Juez de Cámara**

**Alejandro H. Perugini**  
**Juez de Cámara**

**Diana R. Cañal**  
**Juez de Cámara**

**Ante mí:** **Christian G. Aparicio**  
**10** **Secretario**

