SENTENCIA DEFINITIVA CAUSA Nº 61351/2014/CA1 "GAROFALO, LUCIANO ALBERTO c/ OVOBRAND S.A. s/DIFERENCIAS DE SALARIOS" - JUZGADO N° 7-.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a **18/2/2020**, 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 Cañal dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia (ver fs. 176/177), que rechazó el reclamo inicial, se alza el actor, a fs. 178/181. Con réplica de Ovobrand S.A., a fs. 184/188.

Por su parte, la perito contadora apela la regulación de sus honorarios, por considerarla reducida (fs. 182).

El juzgador de anterior grado, entendió que si bien correspondía "*dilucidar si al trabajador se le adeudan diferencias salariales, con motivo de haber percibido un salario básico inferior al de su compañero de trabajo de apellido Acuña, ello pese a que este último se desempeñaba en la misma categoría de aquél, o sea, como "oficial de mantenimiento" y realizaba las mismas tareas*", lo cierto es que consideró que el accionante no dio *"estricto cumplimiento con lo impuesto por los arts. 65 inc. 4º L.O. y 330 inc. 4º C.P.C.C.N., toda vez que, no narra ni describe, en modo alguno, no solo las tareas que el demandante prestaba, sino tampoco aquéllas cumplidas por su compañero el Sr. Acuña, con quien se compara para reclamar como lo hace*".

En consecuencia, el juzgador rechazó la demanda e impuso las costas a cargo del actor.

II.- La parte actora se queja, por el rechazo del reclamo por diferencias salariales devengadas en razón de una discriminación salarial ilícita.

Entiende que se aplicaron incorrectamente los arts. 65 inc. 4º L.O. y 330 inc. 4º C.P.C.C.N. Destaca que la parte demandada no planteó la

"*falta de alegación suficiente…, violando de ese modo el principio de congruencia*".

Sostiene que en el escrito de inicio, sostuvo que "*Garófalo era quien realizaba tareas como oficial de mantenimiento y que Acuña llevaba a cabo las mismas labores*", como que también dio cuenta de "*la discriminación salarial invocada y los fundamentos de la misma*".

Por otra parte, se queja de que se omitiera valorar la prueba, en especial la testimonial, que diera cuenta de la violación de "igual remuneración por igual tareas".

III.- Así, previo a resolver las cuestiones planteadas, me permito reseñar algunos aspectos de la causa, que considero relevantes para la solución del presente conflicto.

En el escrito de inicio (ver fs. 3/9), el actor manifestó que ingresó a trabajar para Ovobrand S.A. el 06-01-2012 como "oficial de mantenimiento", conforme CCT 582/10 –hoy nº 678/13-.

Indicó que la demandada se dedicó a la producción de huevos y derivados.

Manifestó que en los primeros 12 meses, fue "*registrado como trabajador semicalificado rural bajo la órbita de la Ley 26.767 -trabajo agrario- y se me abonó una insuficiente suma*".

Así, destacó que desde su ingreso siempre cumplió trabajos de oficial de mantenimiento. Sin embargo, recién en enero de 2013, se registró el vínculo con su verdadera categoría, pese a que sus tareas jamás variaron.

Denunció, que la empleadora "*no abonó los mismos sueldos a todos los trabajadores que realizábamos las mismas tareas*". Agregó, que al Sr. Alejandro Acuña, compañero de trabajo, se le abonó un básico mayor, como también, sumas "a cuenta de futuros aumentos" y un "plus ovobrand".

Ello, repercutió en las sumas pagadas por horas extras y nocturnas, las cuales se calculan sobre el básico.

Por su parte, a fs. 24/27, contestó demanda Ovobrand S.A., efectuando la negativa ritual, y sosteniendo que "se dedica a la actividad rural, a través de la siembra, compra y venta de semillas, a la cría y venta de pollos vivos, a la producción de huevos, y también una parte de la actividad… se encuentra enfocada al procesamiento del huevo". Todas estas actividades son realizadas, "dentro de un campo de 1.300 hectáreas".

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

Aclaró que su personal, según la tarea que desarrolla, se encuentra encuadrado, ya sea rural -en UATRE- o alimentación -en STIA-. Así, sostuvo que "*aquellas personas que por sus tareas realizan actividades relacionadas con el procesamiento del huevo para la venta a otras industrias, se encuentra encuadrado dentro de la actividad de alimentación, en cambio aquellas personas que se encuentran avocadas a la realización de tareas agrícolas… o productos agrarios se los ha encuadrado dentro de la actividad rural*".

Incluso, afirma que el personal que desarrolla tareas en ambas actividades, se le aplica la convención más favorable.

Con relación al actor, y al Sr. Acuña, destaca que las tareas eran diferentes.

Expresamente, reconoció que "***el actor ingresó revistiendo la categoría de oficial matriculado de mantenimiento***". Agregó, que el mismo "*comenzó en el sector de talleres, realizando reparaciones de copa de la quebradora. Asimismo, realizaba apoyo a otros compañeros en el cambio de motores. Si bien* ***ambos se desempeñaban en el sector de mantenimiento y muchas de las actividades*** *es posible que* ***sean en común****, lo cierto es que entre ambos hay claras diferencias en cuanto a la capacitación de cada trabajador. El Sr. Acuña, realizaba tareas de empostura, mantenimiento preventivo y correlativo de la cinta transportadora de huevos, precisando para dicho puesto mayor capacitación que el Sr. Garófalo*" (destacado, me pertenece).

IV.- Así, antes de analizar la prueba, cabe tener presente, que la propia demandada reconoció que desde el ingreso el actor se desempeñó en la categoría de oficial matriculado de mantenimiento, como también que el actor y el Sr. Acuña se desempeñaron en el mismo sector y realizaron tareas iguales, pero este último, también hizo "*tareas de empostura, mantenimiento preventivo y correlativo de la cinta transportadora de huevos, precisando para dicho puesto mayor capacitación que el Sr. Garófalo*".

Ahora bien, corresponde aclarar que el CCT nº 678/2013, cuya aplicación no se encuentra controvertida, en su artículo 4º describe las distintas categorías de los trabajadores que "***desempeñan tareas de mantenimiento y prevención en todos los equipos mecanizados de la planta industrial****, como así también todo tipo de controles en equipos de fríos, calderas, grupos electrógenos, piletas y/o sistemas de tratamiento de afluentes y efluentes, etc…*" (destacado y siguientes, me pertenecen).

Así, dispone cuáles son las “categorías contempladas en las plantas industrializadoras de huevo”:

“*OFICIAL MATRICULADO Y/O ESPECIALIZADO: Son aquellos trabajadores que* ***deben contar con matrículas oficiales*** *entre otras de gasistas, calderistas, digestores, técnicos electromecánicos e industriales, etc. y/o especializado en mecánica de refrigeración y compresores, equipos frigoríficos, mecánico Diesel especializado, máquinas de usinas, piletas y/o sistemas de tratamiento de efluentes o en el rubro alimenticio.* ***Actuarán en tareas de mantenimiento preventivo de todos los equipos de la planta****. Realizando también tareas de registro e informe acorde a su sector*”.

“*OFICIAL DE MANTENIMIENTO: Son los trabajadores que comprendidos en esta categoría* ***han adquirido un oficio determinado y ejecutan con precisión y eficacia cualquier trabajo dentro de las diferentes especialidades*** *como ser: soldaduras generales, plomería, herrería, electricidad, reparación de todos los equipos del sistema productivo de la planta, control de calderas, grupos electrógenos, sistemas informáticos de automatización del proceso industrial, trabajos dedicados de mantenimiento de edificio, etc. Realizando también tareas de registro e informe acordes a su sector*”.

Luego, el art. 8, capitulo 3 dispone el salario básico de las distintas categorías.

Cabe destacar, que curiosamente, **la categoría que la propia demandada indicó que el actor desempeñaba** -oficial matriculado de mantenimiento- (desde un comienzo de la relación), **tiene un básico superior al que el propio actor indicó en su demanda** - oficial matriculado-.

Luego, el propio convenio al diferenciar ambas categorías, hace sólo hincapié en estar matriculado, puesto que la categoría de oficial matriculado, expresamente dispone que puede ejecutar con “precisión y eficacia cualquier trabajo dentro de las diferentes especialidades”.

Ahora bien, resta verificar si en el caso existió algún justificativo para que el Sr. Acuña cobrara más que el actor, quien denunció que hacían las mismas tareas, pero que cobraba injustificadamente menos.

Sobre esta base, cabe reflexionar que el art. 14 bis de nuestra *carta Magna*, prescribe 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.

A su vez, cabe recordar que la ley 23.592 prevé, en su art. 1º, que "*quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo, menoscabe el pleno ejercicio sobe 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 discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*".

Cabe tener en cuenta que el tema del onus probandi en materia de discriminación, ha sido debatido jurisprudencialmente, en donde las reflexiones precedentes se dieren cita, formulándose la pregunta: ¿quién tiene la carga de la prueba?.

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).

Tal principio evolucionó jurisprudencial y legalmente. Ello fue analizado por la suscripta en un artículo de su autoría que data del año 1989 ("Igual remuneración por igual tarea", Publicado en: DT1989-B, 1767).

Allí expresé que: (…) Hay quienes entienden que es mucho más difícil para el trabajador probar el abuso del derecho por parte del patrón, que para éste, probar la justa causa, siempre que verdaderamente exista, "donde no hay un derecho, no puede haber abuso de éste" (si bien este argumento se dirige más directamente al supuesto de los despidos y posteriores reincorporaciones discriminatorias (KATZ, Ernesto, "La obligación de tratar de un modo Igual a los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo"; Rev. D. T., t. 1958, ps. 694/698.). Según esta corriente, el trabajador debe demostrar que se encuentra en un estado de igualdad efectiva con otro, y el patrón, su derecho a un tratamiento desigual (KATZ, Ernesto, "El principio del tratamiento igual de los iguales, en iguales circunstancias, en el derecho del trabajo". Rev. D. T., t. 1961, ps. 5/14). Compartimos esta postura, la que la propia Corte recogiera más tarde. Precisamente, en un fallo del 23/8/88, in re "Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes, S. A." (Rev. D. T., t. 1989, p. 580), revocó una sentencia de la sala VII de la Excma. Cámara de Apelaciones del Trabajo que siguiera la doctrina sentada en "Ratto", discutiendo, nada menos que el tópico del *onus probandi*. Dice allí la Corte Suprema que "resulta inadecuado sostener hoy, respecto de la evaluación de tareas o del desempeño, que constituyen una materia reservada por entero a las autoridades de la empleadora sin que pueda cuestionarse su razonabilidad, o que, en la práctica, la prueba del mérito de los dependientes es para su principal, muy sutil y difícil e inequitativa su exigencia. Ello así...porque implica desconocer los progresos producidos en el ámbito de las relaciones industriales. Existe hoy la posibilidad cierta y concreta de que la empresa... utilice métodos objetivos de evaluación de tareas con criterios comunes a todos los puestos... El trabajador deberá acreditar sus 'circunstancias', y quien se excepciona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancia de bien común, debe acreditar estas afirmaciones" (…)”

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 Nº 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

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. (Mayoria: 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. Nº 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).

A mayor abundamiento, en el artículo ya mencionado (“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), manifesté que “(…)El 14 de diciembre de 1964, la sala V de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, falla en la causa "Ratto, Sixto c/

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

Productos Stani, S. A.", (Rev. D. T., t. 1966, p. 449) en el sentido de que en el supuesto de autos, hubo trato discriminatorio al haberse abonado con un "plus" a unos operarios en detrimento de otros, cuando realizaban tareas en identidad de situaciones".

"Adquiere particular relevancia -más tarde se verá por qué- un párrafo del voto del doctor Seeber: "Acepto por ello la facultad indiscutible que tiene el empresario de premiar a unos o establecer diferencias, pero a condición que se demuestren, -por quien lo alega- que el mayor salario obedecía a mayor eficiencia, contracción o aptitud para el trabajo".

"Por su parte, el doctor Fleitas -en minoría- señaló que la naturaleza programática del art. 14 bis limitada a evitar discriminaciones por sexo, raza y religión convierte en impropia su proyección a otra esfera "en forma de que interfiera derechos potestativos que, como el de bonificar o premiar al margen de toda disposición de la ley o de la convención, están librados a la exclusiva voluntad de su titular y que..., no pueden ser coartados en tanto nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, como reza el art. 19 de la Constitución Nacional". Postura esta seguida por otros doctrinarios (16) y dos años más tarde por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación."

"Efectivamente, en fallo del 26 de agosto de 1966, el Procurador General, de la Nación dirá que "la cláusula de referencia (art. 14 bis) tomada en su estricta literalidad, aparece enderezada a proscribir de nuestro concreto ordenamiento legal preceptos que de cualquier modo impongan o autoricen discriminaciones irrazonables entre quienes desempeñan una misma labor, y conduzcan, por esa vía a privar a alguien, o a algunos, de la remuneración estimada justa para los demás ocupados en idénticas tareas". Siguiendo esta opinión, y en razón de que los actores en su totalidad habrían cobrado lo que por convenio les correspondía, entendieron los ministros que no tenían derecho para reclamar en su favor la sobreasignación que la empleadora otorgara a otros dependientes."

"Y he aquí lo fundamental del fallo: "Que no puede privarse al empleador de su derecho de premiar, por encima de aquéllas remuneraciones -se refiere a las estipuladas en los convenios colectivos- a quienes revelen méritos suficientes. De lo contrario, no habría manera de estimular el trabajo, la eficacia y la lealtad, con grave detrimento de la justicia y con respecto al interés de la comunidad, que en esta cuestión no puede dejar de computarse, es patente el efecto nocivo de una igualación forzosa al más bajo nivel. Que el derecho del empleador de premiar aquellos méritos no puede sujetarse a la prueba, en la práctica muy sutil y difícil, de que ellos existen; deben quedar librada a su prudente discrecionalidad, pues de lo contrario se desvirtuaría su ejercicio".

"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).

Efectuadas estas consideraciones preliminares, veamos, en consecuencia el resultado de la prueba rendida.

V.- A propuestas de Ovobrand S.A., declararon los testigos Alfredo Javier Ratti (fs. 59/60), Marcelo Javier Penna (fs. 119), Ricardo Adrián Natalicchio (fs. 120) y Víctor Omar Barbagallo (fs. 123).

El primero, manifestó que "*ha trabajado en la demandada en dos periodos desde el año 2010 al año 2012 y desde fines del año 2012 hasta fines del año 2014*". Aclaró que, en la segunda etapa, se desempeñó "*como supervisor de mantenimiento en general para toda la planta…era supervisor directo del actor*".

Con respecto a las tareas del accionante dijo que "*el* ***actor hacia mantenimiento electromecánico*** *más asociado a la mecánica. El actor* ***reparaba y mejoraba tableros eléctricos, reparaba piezas específicas de máquina, mantenimiento preventivos***"

Agregó, que "*las* ***tareas del Sr. Acuña*** *era de* ***mantenimiento electromecánico*** *con mayor orientación a la electricidad y a la electrónica. Acuña* ***trabajaba en la parte de postura****. Acuña trabajó hasta octubre de 2014. En postura* ***se hace mantenimiento general tanto electrónico como mecánico, preventivo*** *y mejoras continuas*".

Asimismo, reconoció que "*el Sr.* ***Acuña tenía capacidad para resolver****. El* ***actor también tenía capacitación para resolver*** *más asociada a la parte mecánica por su experiencia lo que no quiere decir que pudiera el actor hacer electricidad. El sr. Acuña tenia capacitación para electricidad general y mecánica general por su experiencia trabajos de media tensión.* ***El***

actor y el sr. Acuña hacían las mismas tareas *pero de desarrollaban en distintos sectores en su mayoría de tiempo*".

Marcelo Javier Penna, gerente de servicios dentro del área de mantenimiento, sostuvo que "*el actor ingresó como empleado básico de mantenimiento con orientación electromecánica, pero sus habilidades eran más mecánicas que electromecánicas*".

Agregó, que "*el actor ingresó haciendo tareas básicas, mantenimiento preventivo, limpieza de equipos, reparación de máquinas básicas, mantenimientos preventivo y correctivo de una máquina, una de las cosas que hacía era atender una máquina quebradora, una quebradora de huevos, que asistía a otros compañeros suyos con más conocimiento como ayudante, en reparaciones en general, en mantenimiento preventivo, tenía una escases en la parte eléctrica muy importante así que se lo ponía para asistir a otro compañero, que escases en la parte eléctrica implica para el dicente que no tenía bien formados los conocimientos*".

Reconoció, que "***el actor tenía formación de estudios electromecánicos*** *pero tenía una fuerte experiencia en la parte eléctrica y electrónica*".

Luego, indicó que "*cuando el actor pasó a procesamiento de huevos tenía como punto principal la quebradura porque se había desempeñado muy bien en el ambiente y luego el mantenimiento preventivo en el resto de la planta*".

Con respecto al Sr. Acuña, el testigo indicó que "entró cuatro o cinco meses después que el actor, a mitad del 2012 y al poquito tiempo lo pasaron a postura porque tenía ya una impronta diferente del otro personal".

Ricardo Adrián Natalicchio, trabaja en RR.HH., y afirmó que al comienzo vio al actor hacer "reparaciones de las copas de las quebradoras". Agregó que "*a partir de noviembre de 2014, se lo cambia de tareas y empieza a hacer tareas de mantenimiento preventivo*".

Manifestó, que "el actor es **Oficinal matriculado y/o especializado** del convenio de la alimentación, que esta categoría la tiene desde noviembre de 2014".

Con respecto a Alejandro Acuña, relató que "*fue empleado de mantenimiento de la empresa, ingresó en mayo de 2012 y realizaba tareas de mantenimiento en el sector postura, hacía el mantenimiento predictivo y correctivo de las cintas de extracción de guano, de la cinta de alimentos, reparaba las cadenas de alimento, la iluminación, la parte eléctrica de*

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

iluminación, la parte eléctrica de tableros, motores de ventilación, lubricación de cintas, control de dispositivos de agua, reparaciones de dispositivos de alimentos, que ***en la parte de postura estaba el Sr. Acuña, si alguna vez necesitaba alguna ayuda para desarmar, pudo haber ido el Sr. Garófalo***".

Por último, testimonió Víctor Omar Barbagallo, quien afirmó que el accionante "*comenzó con tareas de ayudante en el taller, que lo sabe porque el dicente le tomó la entrevista del ingreso y había trabajado en un hospital con una experiencia mínima en nuestra actividad, que el actor ingresó en enero de 2012 realizando actividades básicas, que entre paréntesis se puede aclarar que ahí reparaba unas piezas, que son copas de separación de una máquina quebradora, y ayudaba en el desmontaje de algún motor cuando necesitaban, que esa tarea la hizo hasta fines del año 2014, y en esa fecha se lo fue capacitando durante el segundo semestre del 2014*".

Aclaró, que "el actor actualmente es oficial matriculado".

Con respecto al Sr. **Acuña**, expresó que "***comenzó*** *como* ***operario semicalificado****, lo sabe todo esto porque también era empleado del sector donde yo estoy y la información me la pasaba la oficina de personal, el dicente esta en sector mantenimiento, a Acuña en el año 2013* ***se lo recategorizó*** *y pasó* ***a ser oficinal matriculado****, que la diferencia entre oficial matriculado y operario semicalificado no la sabe formalmente, entiende que el primero es el escalón más básico y el segundo es el que le sigue, pero para hacer la cambio de categoría, se realiza un análisis de la capacitación del operarios, el tiempo que lleva en la tareas, aptitudes personales del operario, y que eso lo lleva a que pase a ser oficial matriculado, que lo define la oficina de personal y luego se lo comunica al dicente, Acuña ingresó en mayo del año 2012, sabe que Acuña traía experiencia a nivel industrial de otras fábricas, los sabe porque el dicente leyó el curriculum y le tomó la entrevista*".

A propuestas de la parte actora, declararon los testigos Alfredo David Touzon (fs. 61/62), Leonardo Luciano Arias (fs. 63), Hugo Abraham Aguirre (fs. 65/66) y Nicolás Hernán Duarte (fs. 68/69).

Alfredo David Touzon, indicó hacer mantenimiento eléctrico y mecánico en todos los sectores de la planta, como también ser delegado. Declaró que "*el actor y el dicente hacen las mismas tareas*". Agregó que "*siempre las tareas del actor fueron las de mantenimiento eléctrico y mecánico*".

Afirmó que "***el actor ha ganado menos que el dicente*** *en una categoría inferior con dos compañeros de trabajo en la misma categoría que el actor. El* ***actor*** *primero* ***estaba en la categoría de oficial de mantenimiento*** *con dos compañeros que eran Martin Sosa y Alejandro* ***Acuña*** *que* ***cobraban***

más *que la categoría superior que es oficial matriculado o especializado. Esa es la categoría que ahora tiene el dicente*".

Manifestó, que "*Sosa y* ***Acuña*** *hacían tareas de mantenimiento eléctrico y mecánico en todos los sectores. Era el* ***mismo trabajo que hacia el actor****…* ***no tiene conocimiento que*** *los Sres.* ***Acuña*** *y Sosa* ***tuvieran alguna capacitación distinta a la que tenía el actor***". Aclaró, que "*sabe las tareas que hacían todos los nombrados porque ha compartido turnos con ellos*".

Denunció que "***en la categoría del actor no había ningún sueldo que fuera igual a otro****,* ***solo*** *el de* ***Acuña*** *y el de Sosa* ***y los demás estaban todos por debajo*** *y a la vez eran todos diferentes*". Justificó sus dichos, por ser representante de los trabajadores.

En similar sentido, testimonió el Sr. Arias, quien afirmó que realiza tareas de mantenimiento integral, tanto eléctrico como mecánico, en todo el establecimiento, y el actor realiza las mismas tareas que el declarante.

Precisó que "*la diferencia se originó por los* ***distintos básicos en las mismas categorías****... existía gente como Alejandro* ***Acuña*** *que* ***realizaba la misma tarea que el actor y cobraba una diferencia en el básico con la misma categoría***".

También, Hugo Abraham Aguirre sostuvo hacer las mismas tareas que el actor: "*hacen desde armar o reparar problemas eléctricos en toda la planta de alimentos balanceados, en las plantas de cría, en la planta de postura, en la planta de producto y en lo que es sala de máquinas y calderas*".

Incluso, relató que si bien "**todos hacían el mismo trabajo**", "***tenían diferentes básico de sueldo***"

A su vez, dio cuenta de que "***Acuña hacia las mismas tareas que el actor*** *y el dicente y en general como todos*".

El testigo Duarte, en similar sentido afirmó que hacía las mismas tares que el actor, "*como cambiar rodamiento de un motor o parte eléctrica. Durante seis meses el actor y el dicente trabajaron juntos compartiendo turnos…* ***toda la gente de mantenimiento hace las mismas tareas***".

Incluso, remarcó que "*el Sr.* ***Acuña ingresó a la demandada después que el actor cobrando más que el actor que tenía más antigüedad****. El Sr.* ***Acuña hacia lo mismo que los demás*** *mantenimiento mecánico. El dicente trabajaba con Acuña también. No sabe el dicente porque motivo ganaba más el Sr. Acuña. El Sr.* ***Acuña no tenía ni título ni***

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

capacitación mayor que el resto era técnico como los demá**s. El dicente sabe esto porque **vio el recibo del sr. Acuña** que tenía **$8.800 de básico** y el dicente había ingresado un mes después que Acuña y tenia de básico $4.800 **y el actor cerca de $5.600".

Culminada la precedente síntesis, advierto que las declaraciones de todos los testigos ofrecidos por ambas partes, fueron impugnados por la parte contraria, ver fs. 71, 91/92, 125 y 126.

La parte demandada, destacó que los testigos Arias y Touzon, tienen juicio pendiente, y Aguirre manifestó ser amigo del actor.

Ahora bien, cabe considerar en principio, que los testimonios son válidos siempre y cuando resulten contestes y concordantes, entre si y con los escritos introductorios.

De todos modos, no escapa a mi análisis, que los testigos Ratti, Penna, Natalicchio y Barbagallo, son empleados de Ovobrand S.A. Pero lo seguro, es que esta circunstancia por sí sola no invalida sus declaraciones. 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.

Este criterio, lo he seguido invariablemente como Juez de primera instancia, en la lógica de que, siendo la comunidad de trabajo prácticamente cerrada, si un mismo factor la aqueja, prácticamente todos sus miembros se verán afectados por la misma. Porque, del mismo modo, si el motivo de impugnación hubiese sido por tener juicio pendiente, se colocaría al trabajador en la situación de no poder encontrar quienes depongan por su parte. ("Arcardini, María Ana c/ Travelclub SA y otro s/ despido" expte. 15599/02, entre varios otros, del registro del Juzgado Nº 74).

Lo mismo pasa con los compañeros de trabajo para la dependiente y aún para los ex compañeros con juicio pendiente (situación que ocurre específicamente en estas actuaciones), dado lo cerrado de la comunidad de trabajo.

En estos casos, se tendrá que verificar con mayor estrictez a esta clase de declarantes, teniendo en cuenta, como lo señalara, la coherencia

con los escritos introductorios y la de los testigos de la parte entre sí (en sentido análogo sentencia Nro. 2434, del 2002, dictada como Juez de primera instancia, del Juzgado Nacional del Trabajo Nro. 74, en autos "Cantero, Francisca c/ Tolosa, Lía Raquel s/ despido", y SD Nro. 92513, del 19.04.11, dictada en la causa Nro. 24.323/2008, autos “Fernández Weiler Alcira Stella María c/ Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires s/ diferencias de salarios”, del registro de esta Sala).

Asimismo, cabe destacar que el testigo Aguirre (propuesto por la parte actora) no manifestó tener una “amistad íntima” con el actor. Sin perjuicio de ello, señalo que aun cuando los testigos tuviesen tachas por ser amigos de la parte que los presente, -lo que tornaría dudosos sus testimonios-; esta circunstancia por sí sola, no invalidaría sus declaraciones, dependiendo de otras apreciaciones.

Efectivamente, he dicho en los autos “Quirelli, Cristian Franco C/ Socorro Medico Privado S.A. S/Despido” de fecha 13/07/2016, que “en juicios, en donde se debaten cuestiones de tipo laboral, 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. Luego, desestimarlos, por ser amigos, sin atender al contenido de la declaración y su relación con los demás, y los escritos introductorios, resultaría arbitrario”.

“De hecho, que es muy difícil distinguir un amigo, de un amigo íntimo, toda vez que quedan 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”.

Agrego, que de otro modo, privilegiaríamos la mentira para descubrir la verdad: los testigos del trabajador, en una gran cantidad, deberán negar que el tiempo los convirtió en amigos, lo encuentro inadmisible.

Lo dicho es enteramente aplicable al caso.

Así, en la especie, no surge la condición de “amistad íntima”, del testigo Aguirre.

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.

Luego, analizada la prueba testimonial rendida, a la luz de estos criterios, y de la sana crítica, con todas las reflexiones formuladas supra,

estimo que las declaraciones producidas a instancias de la parte actora, fueron coherentes entre sí y con el escrito de inicio (art. 386 CPCCN).

Digo así, porque todos fueron coincidentes en afirmar que el actor hacía las mismas tareas que el Sr. Acuña, pero que ganaba menos que él. Así, se sostuvo que no había motivo alguno para que se lo retribuyera de distinta manera. Incluso, dicha persona ingresó con posterioridad al resto del personal.

A su vez, de los testigos de la parte demandada, el testigo Ratti fue coincidente con los testigos propuestos a instancias del accionante. Dado que manifestó que el actor y el Sr. Acuña hacían los mismos labores.

En cambio, el resto de los testigos de la accionada no fueron coincidentes con la postura de la demandada al contestar la acción. Digo así, puesto que la propia empleadora reconoció que desde el ingreso, el actor se desempeñó como oficial matriculado de mantenimiento. Por lo que cabe desestimar las afirmaciones de que el actor ingresó como “empleado básico” (Penna) y “realizando tareas básicas” (Barbagallo), o que recién en el año 2014, se desempeñó en la categoría “oficial matriculado” (Natalicchio).

Por lo tanto, reconozco plena eficacia probatoria a los testigos ofrecidos por la parte actora, que refirieron el trato discriminatorio salarial que recibió el Sr. Garófalo, pues dieron suficiente razón de sus manifestaciones, y fueron coincidentes con el testigo Ratti –propuesto por la parte accionada-, en cuanto a que el actor hacía las mismas tareas que el Sr. Acuña (art. 90 de la LO, arts. 386 y 456 del CPCCN)

Ahora bien, más allá de que los dichos de los testigos de la parte actora avalen lo expuesto en el escrito de inicio, son los propios actos de la accionada los que la perjudican.

Digo así, dado que en la pericial contable (ver fs. 128/143), observo que la perito contadora, en el anexo c (ver fs. 132), calculó las diferencias salariales del actor comparado con el Sr. Acuña, desde mayo 2012 (mes que ingresó este último, hasta octubre 2014, mes hasta el cual trabajó Acuña).

Así, da cuenta la existencia de diferencia salarial del sueldo básico por $ 33.717,38; del rubro “a cuenta de futuros aumentos” de $1.092; y del “plus ovobrand” por $ 17.917,87. Lo que totaliza una diferencia de $ 52.727,25.

Asimismo, en el anexo “D” (ver fs. 133) la auxiliar de justicia, realizó el cálculo de diferencias salariales por horas extras al 50% y 100%, en

el supuesto de equiparar el salario del actor al salario del Sr. Acuña. Por horas extras al 50% le correspondería $ 354,01 y por horas extras al 100% $ 310.

Reitero que en la especie, lejos de acreditar la parte demandada la justificación para retribuir de forma diferente al actor del Sr. Acuña, se suma la prueba directa del trabajador, en su beneficio.

En consecuencia, corresponde tener por acreditada la discriminación en la remuneración del actor.

Así, y por los fundamentos hasta aquí expuestos, deviene probados los hechos afirmados en la demanda, relacionados con el trato salarial discriminatorio, por lo que el agravio esgrimido por la apelante en este aspecto, tendrá favorable acogida.

Todo lo circunstanciado, atenta contra lo regulado en el artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, que prevé la “igualdad de trato” que el empleador debe dispensar a todos los trabajadores, que resulta una norma consonante con lo estatuido por el artículo 16 de la Constitución Nacional, que regula que “todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que su idoneidad”.

Asimismo, se coincide, según lo mencionado por la OIT, en que la eliminación de la discriminación, tanto en la legislación como en la práctica, presupone ineludiblemente promover la igualdad de oportunidades y de trato (OIT: La hora de la igualdad en el trabajo, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo, 91.ª reunión, Ginebra, 2003.).

A su vez aquella, norma establece que el tratamiento desigual, no será considerado discriminatorio cuando “responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

Reparo, en que la demandada no probó que la discriminación salarial respondiera a tales fines.

En tales condiciones, corresponde revocar lo decido por el juez de anterior grado, y en consecuencia, es pertinente condenar a Ovobrand S.A.

VI.- Con respecto a la “dispensa” de la prescripción, observo que el art. 3980 del Código de Vélez invocado por el actor en su escrito inicial prescribía que: “Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están

autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses. Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo".

En el mismo sentido el artículo 2550 del CCyCN establece que "*el juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos*".

Adelanto, que en el caso particular "la dispensa de la prescripción" prevista en dichas normas resulta de plena aplicación, pues el fundamento, por demás atendible, en que el actor funda su articulación, radica en la imposibilidad fáctica de accionar oportunamente por temor al despido represalia.

En apoyo de su postura, el Sr. Garófalo sostuvo que pudo iniciar la presente acción, en reclamo de las diferencias salariales generadas por la falta (o insuficiencia) de pago de los rubros "a cuenta de futuros aumentos" y "plus ovobrand", una vez que la entidad sindical que representa a los trabajadores de la actividad de la alimentación, garantizó los puestos de trabajo, habilitando con ello el reclamo de los empleados en igual situación. En tal contexto, argumenta que recién en ese momento pudo accionar concomitantemente con el resto de los trabajadores afectados, de modo de superar la hiposuficiencia negocial individual, que lo exponía al despido, de haber entablado un reclamo en soledad.

Así, una vez más, la postura de la demanda es la que da cuenta del relato de los hechos invocados por el actor.

Lo afirmo, toda vez que, no obstante negar en forma genérica que el actor desempeñare tareas como Oficial Matriculado de Mantenimiento desde su ingreso, y que hubiere sido categorizado como trabajador rural semiclasificado, funda su postura en que de haber sido cierto el relato del actor, habría estado representado por "UATRE" y no por "STIA". Ello, denota la verosimilitud de los hechos descriptos por Garófalo; ya que es al sindicato vinculado a la actividad de alimentación a quien correspondía efectuar el reclamo por el estricto cumplimiento, en igualdad de condiciones a todos los trabajadores, de las cláusulas convencionales de las cuales se desprenden de los rubros "a cuenta de futuros aumentos" y "plus ovobrand" por las cuales el actor acciona. En ese orden de ideas, es la entidad sindical representativa de la actividad de la alimentación quien portaba un interés en el correcto

encuadramiento convencional y por lo tanto, es aquella a quien correspondía, tal cual fue expuesto por el actor “asegurar los puestos de trabajo” que ponía en riesgo el reclamo individual.

Se suma a lo dicho, que es la propia demanda quien con el objeto de impugnar la declaración testimonial brindada por los deponentes Touzón y Arias ofrecidos por el actor, arrima al proceso copia de las demandas entabladas por otros compañeros de trabajo del actor, en los mismos términos (ver fs. 73/91). Así, nuevamente, se torna verosímil el relato del Sr. Garófalo referido a la existencia de reclamos sucesivos, de otros compañeros de trabajo que se encontraban en igual situación, entablados, recién cuando fueron asegurados los puestos de trabajo por la entidad sindical nucleada en la actividad que fue parte en la negociación colectiva, cuyas cláusulas se exigen aplicables sin discriminación alguna. A su vez, da certeza al relato referido a existencia de varios reclamos en el mismo sentido y con la finalidad de evitar el despido represalia.

De tal suerte, las afirmaciones y material probatorio aportado por la demanda permite reconstruir el relato del actor, datándolo de veracidad.

Así, una vez más destaco que al investigarse un acto de discriminación (en el caso, salarial), asumen relevancia las directivas contenidas en el art. 163, inc. 5º) del CPCCN, en tanto autorizan al juez a tener en cuenta las presunciones no establecidas por la ley que “constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción, según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”, éstas son las presunciones hominis o judiciales, cuyas consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de la existencia de hechos (indicios) reales y probados. “El énfasis en materia indiciaria subraya la actividad de deducción del juez al elaborar su sentencia, situación que explica el tratamiento de la categoría dentro de la norma en examen. Se trata de un procedimiento lógico al que apela el sentenciador, y que se resume en la inferencia de un hecho desconocido de otro hecho conocido” (cfr. FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo 1, 2ª edición actualizada y ampliada, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 603 y sgtes.)

Es así que, dentro del régimen de presunciones existen las legales, es decir, las impuestas por la voluntad legislativa, y las denominadas judiciales, simples u hominis que se forman por la experiencia y permiten aceptar como verosímil la relación entre un hecho y sus efectos, fundándose en razonamientos basados en la relación de causalidad. Trátese de una prueba vicaria, pero prueba al fin. A la cual, en la especie, también apoyan pruebas directas.

A su vez, para la resolución del caso que trata respecto de la acreditación de las diferencias salariales devengadas en virtud de un trato salarial discriminatorio, tengo en cuenta lo prescripto en el art. 17 bis de la LCT, incorporado a través de la Ley 26592 (BO 21/05/10), en cuanto establece una discriminación positiva al regular que "Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación", esta norma recepta la justificación constitucional del trato preferente y la especial tutela hacia el trabajador; sobre esto sostiene la doctrina que en relación a la prueba "... es sabido que hay rubros laborales cuya procedencia sustantiva depende de circunstancias de muy difícil comprobación directa, en tanto vinculadas con ingredientes anímicos del empleador que, en tanto disvaliosos, ameritan consecuencias específicas y más gravosas...." (cfr. MACHADO, José Daniel en "La igualdad procesal. La igualdad por compensación y la protección del débil", XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Para repensar el proceso, revisemos los principios, Libro de Ponencias generales, Santa Fe, junio 2011, pág. 267 y sgtes.)".

Además, el análisis de la cuestión remite a principios basales como el de irrenunciabilidad y su nexo con la imposibilidad expresa de la norma (art. 58 de la LCT) de considerar el silencio del trabajador como presunción en su contra, tal como fuera planteado por el actor.

Tengo dicho con anterioridad a la reforma del artículo 12 de la LCT, que en su antigua redacción, debía entenderse que, aún cuando libremente el dependiente haya querido acordar una cláusula, la misma carecerá de efectos cuando “suprima o reduzca los derechos previstos en la LCT, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción” (art.12 LCT).

Es que cuando “negocia” las condiciones de su contrato, así como a las modificaciones del mismo, el trabajador solo “adhiere” a los términos impuestos por el empleador.

Ahora bien, ¿cuáles derechos resultan irrenunciables?. Hasta “Bariain” (CNAT, Sala VI, sentencia del 14 de mayo de 1985, in re “Bariain, Narciso Teodoro c/ Mercedes Benz Argentina S.A. s/ despido”) aparecía como la interpretación mayoritaria del artículo 12 la que lo entendía relativo a cierto tipo de cláusulas y de determinada fuente. Por lo tanto, solo eran irrenunciables los mínimos derivados de la ley, los estatutos y las convenciones colectivas (Etala, Carlos Alberto. “El orden público laboral, la revisión del contrato y el vicio de lesión”. LT, XXXIII, pág.561).

A mi juicio, una interpretación como ésta implicaría dos vicios diferentes. Por una parte el de redundancia, puesto que no es posible concluir

que el artículo de marras es la sanción del antecedente que reza “el orden público laboral es indisponible”, previendo la nulidad para quien así lo acuerde, puesto que esta función ya le fue reservada en forma expresa al artículo 7 cuando prohíbe el pacto de condiciones “menos favorables” para el trabajador que las previstas en la ley, convenciones y laudos con fuerza de tales.

Por lo tanto, cuando en la lectura de la LCT, se llega al artículo doce, ya se conoce qué se entiende por orden público laboral y a qué ha de atenerse quien lo viole, razón por la cual no podría estarse refiriendo a la misma cuestión.

De este modo, uno se encuentra con el segundo vicio: circularidad. Si se entiende que dicho artículo prohíbe todo acuerdo contrario al orden público laboral cuya violación, a su vez está prohibida, no se estaría agregando nada nuevo. Por el contrario, en “Bariain” la Sala VI de la CNAT interpretó que también eran irrenunciables los derechos que estaban por encima del mínimo pero que tenían por origen el contrato de trabajo, retocando así la teoría, tanto en relación con la fuente, como en la naturaleza de los derechos.

Una interpretación como esta no puede admitir convalidación a posteriori, por lo cual el hecho de que el trabajador afectado no intime ni haga denuncia de su contrato, no podría implicar su novación. Esta fue la razón por la cual se falló en forma favorable en aquélla causa y en la más novedosa, “Velazco” (CNAT, Sala VI, sentencia Nº 49959, del 14.10.98, in re “Velazco, Héctor Domingo c/ Celulosa Jujuy S.A. s/ despido”, del voto de la mayoría Dres. De la Fuente y Fernández Madrid).

Para así resolver, entiendo que opera el art. 58 de la LCT, el que no admite presunciones en contra del trabajador, lo que se compadece en un todo con el contenido del mentado art. 12. Por lo tanto, concluyo que la primera regla es que la carga de la prueba pesa sobre el empleador.

Ello, en razón de que el mero silencio no puede ser prueba válida, en especial ante el marco económico que a todos envuelve. El propio art. 58 orienta al decir que nada puede presumirse del silencio, solo de actos que impliquen un comportamiento inequívoco. ¿Podrá entonces la patronal invocar útilmente que el trabajador consintió, puesto que, disminuido el salario, permaneció trabajando?. Entiendo que no.

Aquí la interpretación se torna también muy farragosa y no puede ser realizada en forma aislada, tanto del Código Civil, cuanto de la propia LCT. En el código se receptan dos formas de manifestar el consentimiento (art.1145), la expresa y la tácita. En el primer caso, se cuentan la manifestación verbal, por escrito o por signos inequívocos; en el segundo los

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo “excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de voluntad”, o que las partes hubiesen estipulado alguna formalidad a tal fin.

Por lo tanto, los actos o hechos del trabajador no pueden ser considerados “inequívocos” sin más, presumiendo desde ellos una aceptación, cuando la ley exige una manifestación expresa de la voluntad. Y es aquí donde complementa el análisis la ley de contratos, reclamando precisamente este tipo de expresión: el art. 15 de la LCT nos dice que todo acuerdo transaccional, conciliatorio o liberatorio sólo será válido cuando medie intervención de la autoridad judicial o administrativa, así como resolución fundada que evalúe la justa composición de derechos e intereses (CNAT, Sala IV, sentencia Nº 83.649, del 30.4.99, in re “Kraisman, Alejandro Gabriel c/ Vilguad S.A. s/ despido”, del voto del Dr. Lasarte, en mayoría).

La jurisprudencia ha dicho que “el fallo plenario 137, “Lafalce, Angel c/ Casa Enrique Schuster S.A.”, que fue dictado hace más de cuarenta años, tendría que ser revisado a la luz de las disposiciones de la ley de contrato de trabajo cuyo nombrado art. 15 establece exigencias precisas para la conciliación y de toda una normativa que fortifica el orden público laboral y que impide la renuncia de los derechos” (CNAT, Sala VI, Sentencia Nº 50.257, del 18.11.98 in re “Panelo, Héctor Armando c/ YPF s/ accionario obrero”. Dr. Fernández Madrid, por la minoría.

Hay que mirar el fenómeno de la renuncia desde sus dos frentes. En el caso de Velazco, durante casi veinte años la empresa armó su esquema en base a su reajustado contrato, sin que aquél hiciese ningún reclamo, por lo que era lógico suponer que a su egreso nada podría reclamar en relación con aquélla pretérita situación.

Pero, entiendo que si se enfoca la cuestión desde el lado del trabajador (en lo que la naturaleza protectoria de nuestro derecho nos obliga), también se puede ver que la opción en la que se encuentra el trabajador es diabólica, pues si no acepta una rebaja salarial a cambio de una compensación, como ser la reducción del horario laboral, se expone a perder el trabajo (CNAT, Sala III, in re “Casterán, Gustavo y otro c/ Raña de Veloso”, 30/8/85).

Por lo cual, se llega a un punto en donde este “do ut des” leonino no debe ser sospechado, sino que es explícito. Así se pretende que tenga plenos efectos un acuerdo de rebaja salarial, sin que sean disminuidas ni las obligaciones ni la carga horaria, a cambio de una promesa de estabilidad que, de no ser cumplida, no tenía prevista ninguna sanción adicional (CNAT, Sala III, Sd.78.965, del 26/5/99 in re “Groba, María Andrea c/ Instituto Independencia S.R.L. s/ despido”).

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

Considero que si bien la “autonomía de la voluntad” debe tener como regla interpretativa la buena fe de las partes, es en el derecho del trabajo (para el cual la primacía de la realidad es un principio capital) donde resulta en particular relevante considerar lo que “verosimilmente entendieron o pudieron entender los firmantes, obrando con cuidado y previsión, art. 1198 Cód. Civil y art. 63 y concordantes de la LCT, Sala IX CNAT, sentencia del 17.9.98, in re “Maller, Gustavo Sergio y otros c/ YPF s/ accionario obrero”). Porque no siempre la hipótesis es de que el trabajador “no ha comprendido los alcances del acuerdo”, muchas veces uno se encuentra con empleados superiores de alta capacitación, como en la especie, donde el trabajador comprende perfectamente que si no acepta, pierde la fuente de trabajo y la posibilidad de percibir una indemnización integral.

En este mundo globalizado es razonable presumir que el trabajador no obra siempre con su libre voluntad, sino que la misma está viciada por la necesidad de preservar su empleo por lo que “resulta innecesario abundar sobre las dificultades que se presentan en la actualidad y desde hace tiempo en el mercado laboral, y resulta de toda lógica que quienes lo han logrado se allanen a requisitorias indebidas para mantener su fuente de trabajo (conf. Sala VIII de esta Cámara, Sentencia Nº 27136, in re “Marini, Patricia c/ Indicom S.A. y otro s/ accidente”, del voto del Dr. Billoch Caride, por la mayoría).

Por lo cual, me pregunto ¿Cómo evaluar entonces los acuerdos?, ¿cómo definir que sus términos resultan justos y equitativos, que han sido efectivamente queridos por el trabajador? y ¿cómo interpretar el silencio a lo largo del tiempo?.

En relación con los contenidos, entiendo que la regla del perjuicio es clara (CSJN, Z.275.XXXII, recurso de hecho, “Zorzin, Víctor Rubén c/ YPF S.A.), pues como en todo planteo de nulidad es fundamental su invocación y prueba, traducida en la desproporción de lo obtenido a cambio por la renuncia. Así, una rebaja -que siempre respete los mínimos inderogables- que se vea compensada con otro beneficio puede ser aceptable, pero nunca puede ser prenda de cambio la continuidad del vínculo laborativo, o el “cobrar algo antes que nada”. Y es en este punto en el que se deben extremar los cuidados, y en donde se ve con toda claridad la necesidad de que los acuerdos sean celebrados ante una autoridad que los evalúe.

Muchas veces la situación desventajosa es tolerada por el trabajador para no perder el empleo, sin estar de acuerdo con la modificación implementada discrecionalmente por la empresa.

La parte que dice: “tiempo suficiente para entender que la situación ha sido consentida” (CSJN, fallos:255:117), tampoco es solo una cuestión “temporal” -valga-, pues concluyo que también debe ser considerada en relación con la naturaleza del intercambio acordado y sus circunstancias.

Sabiamente el legislador, en claro reconocimiento de las diferencias propias de la contratación laboral, ha previsto un plazo prescriptivo corto que acuerda movilidad a las vinculaciones (art. 258 de la LCT), pero que a su vez permite que el trabajador reclame cuando su fuente de trabajo no corre riesgos.

Por lo tanto, considero que no sería dable interpretar asertivamente su silencio antes de agotada la bianualidad (CSJN, 12/3/87, LT XXXV, pág.699, in re “Padín Capella, Jorge D. C/ Litho Formas S.A). Esto convierte en indiferente el tiempo transcurrido en ejercicio de las condiciones minoradas, solo relevante una vez que el vínculo ha concluido, así como el tiempo que el trabajador se tome para conculcar el “acuerdo”. En el primer caso, mientras permanece el vínculo vigente mal podría aceptarse la tesis de que, si tuvo el tiempo suficiente para consultar a un abogado, su silencio debe ser interpretado como una aceptación, puesto que esto no necesariamente significa “estar de acuerdo” con las nuevas condiciones, sino con la conveniencia de no perder el empleo por no aceptarlas.

En una posición aún más protectoria se entendió que la excepción de “comportamiento inequívoco” a la que alude el artículo 58 de la LCT, solo podría estar referida a la renuncia al empleo (conf. Justo López, Centeno y Fernández Madrid, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada” T.I. pág. 339, año 1978, Buenos Aires, Ediciones Contabilidad Moderna), de modo que las novaciones objetivas del contrato de trabajo nunca podrían ser ratificadas de este modo.

Todo lo dicho encuentra amparo a la luz de los artículos 229 y 241 de la LCT. Concluyo que tanto para la cesión del personal cuanto para la extinción del contrato por voluntad concurrente, reclaman formalidades. Por la primera, la aceptación por escrito y expresa del trabajador destacando la jurisprudencia que la misma no puede ser concluida por inferencias o presunciones, solo salvable por confesión judicial expresa (conf. Sala X de esta Cámara, Sentencia Nº 5431, del 28.12.98, in re “Marucci, Norberto César c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Suipacha 1359 s/ despido). Por la segunda, la formalización mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo, aunque acepta un “comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación”, que sería la hipótesis del artículo 58.

Finalmente, quiero resaltar que la brecha interpretativa fue cerrada mediante la reforma del 29 de diciembre de 2009, producida por la ley 26574, que introdujera expresamente en el texto del artículo 12 de la LCT, el criterio anticipado, relativo a que, entre los derechos adquiridos, se encontraban los emergentes del contrato de trabajo.

En síntesis, los estrechos vínculos entre la pérdida de derechos "irrenunciables" para el trabajador, entre los que sin lugar a dudas queda comprendido el derecho a percibir sin discriminación alguna el salario que a su tarea corresponde, y la imposibilidad legal de asumir su silencio, o aquella situación asimilable, su inacción de reclamar judicialmente como presunción en su contra, implica, concluyo, revisar a la luz de principio de realidad la operatividad de la dispensa de prescripción invocada.

Desde esta perspectiva, merece la pena destacar las advertencias que sobre la temática referida a la imposibilidad real del trabajador de accionar oportunamente, hiciere el "Grupo de Expertos en Relaciones Laborales" creado en julio de 2005 en el ámbito de la Unidad Ministros del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación, mediante la Resolución MTEySS nº502, presidido por Oscar Valdovinos, e integrado por Eduardo Oscar Álvarez, Carlos Aldao Zapiola, Mario Elfman, Jorge Elías, Beatriz Fontana, Jorge Rodríguez Mancini, Jorge Sappia, Julio Cesar Simón y Pablo Topet, con el objeto de *"elaborar un informe en el que se identifiquen los principales problemas que enfrenta el sistema argentino de relaciones laborales y se sugieran los lineamientos generales de las acciones conducentes a resolverlos, propendiendo a crear las condiciones necesarias para el establecimiento y la consolidación del paradigma de TRABAJO DECENTE" (cfr. Grupo de Expertos en Relaciones Laborales. Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008).*

Así, aquel elenco de juristas integrado por representantes de la comunidad académica de diversa orientación coinciden en su informe sobre puntos fundamentales para abonar la resolución del caso en el sentido que lo he adelantado.

Destacan en el referido dictamen técnico, que la verificación en las relaciones laborales de lo que dieron en denominar "hiposuficiencia para reclamar" adicionada a la ya conocida "hiposuficiencia negocial", consistente en la dificultad del trabajador para recurrir a los mecanismos de tutela legal, la que por falta de capacidad de acción del beneficiario, pierde toda su efectividad.

Al respecto señalan que "*aquellos empresarios que procuran eludir el orden público laboral gozan de un margen muy amplio de libertad para elegir la forma como habrán de regular la relación con sus dependientes, así*

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

como para decidir acerca de cuáles obligaciones cumplir y cuáles no. Ello a sabiendas de que habrá una muy limitada capacidad de reacción por parte de sus dependientes, la que en todo caso habrá de aparecer con todo vigor luego de operada la ruptura del contrato de trabajo…" Esta afirmación con basamento en un análisis del estado de realidad de las relaciones laborales, comprende el caso de autos, en cuanto evidentemente la decisión relativa a la debida categorización laboral así como la de abonar los rubros salariales que con la tarea se corresponden y sin discriminación alguna, queda reservada a la mera voluntad del empleador frente a la limitación del trabajador para reclamar su cumplimiento, en vigencia de contrato de trabajo.

De la importancia de atender a la inacción del trabajador, el transcurso del tiempo y la pérdida de derechos, también da cuenta el informe de grupo de expertos, cuando señala que *"una abrumadora mayoría de los juicios ante los tribunales de la especialidad laboral está referida a contratos de trabajo ya extinguidos, y es en esas acciones en las que se acumulan otras pretensiones relativas a obligaciones originadas durante la vigencia de vínculo, incluso algunas tan pretéritas o con tanto tiempo de inacción como para quedar abarcadas por la prescripción liberatoria." (ver pág. 177ob. cit.).*

A la par advierten que *"…siendo que el trabajador recién dispone de la suficiente libertad como para accionar en pos de obtener la reparación del daño sufrido por esa alteración del contrato una vez operada la ruptura del mismo. Esta situación remite a una revisión de los plazos y requisitos de la prescripción."* (ver pág. 178, ob. cit).

En efecto, la comprobación fáctica de la "hiposuficiencia para reclamar" del trabajador en vigencia del contrato de trabajo, que conduce fatalmente a la renuncia de derechos indisponibles por el mero paso del tiempo, impone la recepción de los mecanismos legales que brinda el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Así, de acuerdo a lo que llevo dicho y acreditada la imposibilidad de accionar del Sr. Garófalo, la dispensa de prescripción invocada en la demanda resulta un instrumento legal atendible. De otro modo configuraría un contrasentido reconocer por una parte la "hiposuficiencia para reclamar" en vigencia del contrato de trabajo, una vez producido el despido, y no hacerlo preventivamente, cuando se acciona tardíamente con igual fundamento frente a la misma consecuencia de la pérdida de derechos indisponibles por el paso del tiempo, existiendo herramientas legales para evitarlo.

Más aun, la superación del escollo que imposibilitaba al Sr. Garófalo a accionar se fundó en la intervención de la organización sindical con representatividad en la actividad de la alimentación y en la interposición de la

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

acción judicial concomitante del grupo de trabajadores afectados, con el objeto de evitar el despido represalia.

Esa descripción encuentra su lógica en la necesidad de la existencia misma de las organizaciones sindicales y del instituto de la tutela sindical. A su vez, el vínculo entre la frustración del derecho de reclamar individualmente y la superación mediante la acción colectiva también, ha sido receptada por el referido "Grupo de Expertos" al recomendar entre las propuestas tendientes a obtener una mejoría en los niveles de garantismo, la ampliación de la legitimación para reclamar en materia de derecho individual de trabajo a favor de los sindicatos quienes, según postulan, podrían promover acciones de carácter declarativo y preventivo destinada a dar apoyo y certeza a los trabajadores. Así, refieren puntualmente, en cuanto al caso de autos interesa, a las situaciones en que los trabajadores no perciben la remuneración que legalmente les corresponde, obteniendo los sindicatos una sentencia declarativa con efecto sobre las relaciones laborales del conjunto de los trabajadores afectados, interrumpiendo la prescripción y evitando que pueda presumirse el consentimiento del trabajador para con esos actos".

En ese orden de ideas, advierto que si bien se ha asentado el criterio de que la dispensa de prescripción debe ser de interpretación restrictiva y en su aplicación, ponderarse – en cada caso en particular- las dificultades o imposibilidades de hecho con relación a la persona del demandante (CSJN 20/08/91), observo que el relato de los hechos descriptos en el escrito de demanda, da cuenta de un contexto fáctico y de obstáculos, a los que se enfrentan los trabajadores, señalado por el Grupo de Expertos como una falencia del sistema que sobrepasa el temor potencial a la pérdida del empleo a consecuencia del régimen de "estabilidad relativa" y que en el caso, solo pudo ser superado mediante la acción colectiva de la entidad sindical, que justifica en definitiva el tardío accionar.

Es decir, en el caso, la dispensa de prescripción viene a dar respuesta a la necesidad de "*revisión de los plazos y requisitos de la prescripción."* a la que llama a reflexionar el Grupo de Expertos.

Revisión de los plazos, en cuanto el instituto de dispensa supone que no pueda comenzar a computarse el plazo de prescripción, sino cuando se sorteen los obstáculos previstos en el art. 3980 del Código Civil como "imposibilidades o dificultades de hecho" (vale aclarar, sin ningún otro condicionamiento).

En cuanto hace a la revisión de los "requisitos de la prescripción" ya me he pronunciado en otra oportunidad en términos absolutamente aplicables al caso de autos cuando señalé que:

"La prescripción liberatoria es el instituto en virtud del cual se extingue la acción derivada de un derecho subjetivo, como consecuencia de la inacción de su titular durante el tiempo señalado por la ley.

De esta forma, para que se configure la prescripción, deben darse dos requisitos: a) transcurso del plazo legal, que comienza a correr respecto de cada crédito, a partir del momento de su exigibilidad e, b) inacción o silencio del trabajador acreedor durante dicho plazo.

Ahora bien, estos recaudos de validez formal, deben ser analizados armónicamente, junto con las restantes normas laborales y teniendo en cuenta que, el Derecho del Trabajo se funda en principios que, en muchos aspectos, se apartan de aquellos que informan al Derecho Civil o al Derecho Comercial, basados en el clásico principio de la autonomía de la voluntad (art. 1198 del CC), que tiene en esta específica disciplina jurídica, un campo de actuación restringido, porque, en virtud de la conocida situación de hiposuficiencia en la que normalmente se estructura el trabajador frente al empleador, el Estado (por medio de las leyes) o la autonomía colectiva (mediante los convenios colectivos de trabajo), determinan de antemano, con carácter heterónomo e imperativo, todas aquellas condiciones fundamentales del trabajo que se les debe reconocer.

Esta especial naturaleza de las normas de fondo (de carácter tuitivo o protectorio), es la que justifica la existencia de normas procesales que imperativamente deben adaptarse a aquéllas.

Por ello, considero que, en el ámbito del Derecho del Trabajo, la interpretación de las normas que regulan el instituto de la prescripción adquiere una especial dimensión, que hace que deba ser valorada en cada caso, con criterio restrictivo.

De esta forma, corresponde analizar si hubo o no una auténtica inacción por parte del trabajador, pues de lo contrario, no existiría en el caso uno de los mencionados condicionamientos a los que se encuentra sujeta la validez de la excepción de prescripción." (del Registro de esta Sala, SD del 10/09/2014, en la CAUSA Nº: 8.144/2012 "ZURITA JONATHAN DAVID C/ AVE CAESAR S.R.L. S/ DESPIDO").

Dentro de tal contexto, debe especificarse cuál es el valor que cabe acordar a la voluntad del trabajador de guardar silencio sin reclamar a la empleadora el registro y abono de la verdadera remuneración que se corresponde con la tarea desempeñada en igualdad de condiciones con respecto a otros compañeros de trabajo.

A tal efecto, debe ponderarse la desigualdad que se da en la relación en cuestión, teniendo en cuenta la situación de inferioridad socio económica en la que se encontraba el trabajador durante la vigencia de la relación laboral, que impide otorgar pleno efecto a su voluntad salvo que, se le acuerde u otorgue condiciones que no lo perjudiquen, o bien que lo beneficien.

Así, realmente no puede válidamente concebirse que el trabajador haya consentido recibir una remuneración inferior aun cuando desempeñare la misma tarea que otros de sus compañeros de sector. Resulta evidente que esa actitud pasiva, silenciosa e inactiva del trabajador, estaba condicionada por la necesidad de mantener su fuente de ingresos, forzado por su situación de inferioridad jurídica y económica que lo obligaba a optar por el mal menor, frente a otros que se le ocasionarían en caso de no acceder a la imposición de la empleadora, como podrían ser las represalias disciplinarias o, incluso, el despido.

De esta forma, la falta del reclamo de las diferencias salariales por parte del trabajador durante la vigencia de la relación laboral, no puede producir en el caso efectos jurídicos en orden a la prescripción, dado que la decisión patronal no puede ser convalidada por la conformidad de aquél, menos aún expresada de un modo tácito en razón del comportamiento pasivo del trabajador durante la vigencia de la relación laboral, en la que, su voluntad se encontraba condicionada o viciada, por la necesidad de conservar el trabajo, que representa su fuente de ingresos y subsistencia, propia y de su familia. Esta pasividad del trabajador, frente a la conducta incumplidora de la empleadora de no abonar la remuneración devengada conforme la real tarea desdempeñada, hizo que dejara transcurrir el tiempo, sólo para poder conservar su empleo y evitar así perjuicios mayores, hasta tanto se dieran las condiciones adecuadas para poder accionar.

Esta situación de desequilibrio en la capacidad de negociación de las partes de este tipo específico de contrato, es la que se encuentra contemplada en esta especial rama del derecho, que dio origen al principio de irrenunciabilidad, que establece el art. 12 de la L.C.T., y que responde al protectorio de raigambre constitucional (art. 14 bis de la C.N.).

En resumen, esa necesaria especificidad de la prescripción en el derecho del trabajo viene impuesta por el principio de irrenunciabilidad de las normas laborales.

En virtud de lo expuesto, no es posible renunciar expresamente a las normas del derecho del trabajo (art. 58 de la L.C.T.), ni puede ser válida la

renuncia tácita que, en esencia, es la prescripción en tanto inacción mantenida por el plazo que establece la ley.

En otras palabras, en la cuestión que aquí se plantea se encuentran en pugna dos elementos jurídicos yuxtapuestos que, por ende, deben analizarse armónicamente en el caso y teniendo primordialmente presente que la aplicación del instituto de dispensa de prescripción concierne a diferencias salariales que obviamente se devengaron durante la plena vigencia de la relación laboral (y no de créditos derivados de una extinción contractual).

Y por esta situación fáctica, el trabajador del caso vio condicionada o viciada su voluntad de no exteriorizar sus pretendidas diferencias salariales ante el temor de perder el empleo. Por el contrario, cumplió entonces con el principio de mantenimiento del contrato de trabajo como así exige el art. 10 de la L.C.T.

Frente a este contexto, parece forzoso considerar que, en realidad, no se dio en el caso uno de los dos requisitos antes indicados relativos a la prescripción, pues no pudo configurarse una auténtica y voluntaria inacción por parte del trabajador, quien –reitero- dada la situación de inferioridad socioeconómica en la cual se encontraba durante la vigencia de la relación laboral, esa situación de subordinación condicionaba su voluntad y le impedía exteriorizar su reclamo. De allí que la defensa genérica y sin argumento que esgrime la accionada en su escrito de contestación de demanda cuando alega “no cumplirse con los plazos dispuestos en la norma invocada por el actor al procurar la dispensa de prescripción…” (ver fs. 26 vta.) no puede ser atendida desde que, conforme los fundamentos que desarrollé más arriba, los plazos a que refiere la demandada si quiera pueden comenzar a computarse cuando no se cumplen uno de los requisitos de la prescripción (verdadera inacción).

En conclusión, las falencias del sistema tutelar que fue observado por el Grupo de Expertos y se verifican en el caso de autos considero encuentran respuesta en el mecanismo de dispensa de prescripción regulada en el Código Civil y Comercial en su actual artículo 2250, en similares términos que los que fueran receptados en el Código de Vélez en el invocado artículo 3980.

Por lo tanto, a fin de determinar el quantum por el cual progresará la acción, estaré a lo informado por el perito contador a fs. 135 según el cálculo efectuado en el anexo “F”, que comprende las diferencias salariales por todo el período reclamado (enero 2012 a agosto 2014) y que asciende a la suma de $56.440,45.

Resta analizar el momento a partir del cual, deben computarse los intereses. El art. 1748 del C.C.C.N. que dispone que “el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”.

Por lo tanto, al momento de efectuar la liquidación del art. 132 LO, se calcularán intereses desde que cada suma es debida, hasta una fecha provisoria en la cual haya podido consentir el giro, que en caso de ser posterior a la que resulte, se reintegrará a la demandada lo depositado de más.

VII.- Con respecto a la actualización monetaria y los intereses, corresponde realizar una serie de aclaraciones.

En primer lugar, corresponde diferenciar el coeficiente de actualización salarial RIPTE, la actualización monetaria y los intereses, que se interconectan a la hora de tratar la actualización monetaria y la aplicación de intereses, pudiendo generar confusiones conceptuales, al momento de resolver sus aplicaciones.

La **indexación**, es un método de ajuste de una deuda dineraria a través de índices que, fundado en la realidad económica, intenta mantener el valor real de la deuda. El **RIPTE**, es uno de los índices que sirven para actualizar un crédito, como también podría ser: el índice de la construcción; el de precios al consumidor, etc.; o la variación del dólar.

Por su parte, el **interés** es la ganancia o beneficio que produce un capital, se encuentra condicionado al importe del mismo y al tiempo por el cual se está privado de su utilización.

Ahora bien, los intereses pueden ser **compensatorios** (art. 767 del CCyCN), en razón de que compensa al acreedor por el no goce del capital durante un determinado tiempo, después del vencimiento de la obligación), **moratorios** (art. 768 del CCyCN) son los debidos por la mora imputable al deudor), o **punitorios** (art. 767 del CCyCN), que son los agravados por una sanción, por ejemplo temeridad y malicia).

A su vez, cabe señalar que sin perjuicio de conceder actualización monetaria, también corresponde aplicar intereses a ese monto, y desde el momento del perjuicio. De lo contrario, únicamente se ajustaría la deuda de valor, y no se repararía la productividad frustrada, ni se castigaría la mora del deudor.

Ahora bien, cabe preguntarse qué tipo de interés corresponde aplicar a una deuda, que se va a expresar a valores “actuales”.

El acta 2658 (Tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación) es una tasa de interés **variable, que de forma prácticamente diaria va cambiando su cuantificación** (ver http://tasas.cpacf.org.ar/cam/vertasas/22). Resulta ser "random", dado que por ejemplo el día 11/11/2018 estaba en 77,37%, y al día siguiente ascendió a 131,95%, rondando el 130% hasta el 03/12/2018, para luego descender bruscamente en más de un 53% a 77,19%. Actualmente, desde abril de 2019, "oscila" entre el 70% y 90%.

Luego, ante tamaña variabilidad, la tasa de interés a aplicar debe encontrarse guiada por un criterio de razonabilidad.

Por eso, si al crédito se lo actualiza, y se le aplicara un acta de interés, no solo variable, sino desproporcionada, el juez deberá morigerarla. Precisamente el art. 1747 del CCyCN, otorga la facultad de morigerar el resarcimiento del daño moratorio y compensatorio, cuando resulte abusivo.

Ahora bien, cabe señalar algunas críticas al método de aplicación del RIPTE al capital. Actualmente, el último índice publicado se encuentra "desactualizado" (octubre 2018, es decir más de medio año del último índice), a su vez, contempla **únicamente** los **salarios registrados** de los trabajadores estables, y no considera la situación particular del reclamo en sí (puede suceder por ejemplo, que los ramos de camioneros o marítimos tengan sueldos muchos más altos que el promedio de los trabajadores).

Por lo tanto, considero que debe aplicarse una tasa "pura" a un crédito que se actualiza, para arribar a una solución justa y adecuada a la realidad económica.

Para establecer la tasa "pura", se debe tener en cuenta que el acreedor **sufre un daño que debe presumirse** (dado el carácter alimentario de los montos debidos y la insatisfacción de la deuda). Como también, que la función del interés sea reafirmar en el deudor la obligación del cumplimiento (persuadir del incumplimiento).

Así, para determinar el interés, corresponde apartarse de las actas 2601, 2630 y 2658, dado que las mismas, podrían no ser superiores a la pública y notoria inflación que vivimos, aunque cierto es, que la tienen en cuenta (de forma insuficiente) para paliar los efectos inflacionarios.

Sin embargo, el objetivo de la tasa de interés, debe ser otro, dado que contamos con el instituto de la actualización monetaria para hacer frente a la grave inflación que vivimos (teniendo en cuenta la realidad económica en la que vivimos, la inflación de abril 2019 ascendió al 3,4%, y la interanual a 55,8%).

En definitiva, entiendo que al actualizar el crédito mediante un índice, corresponde aplicar un interés razonable, el cual no puede ser tan variable como resulta ser el del acta 2658. Podría aplicarse un interés del 1,5% mensual (18% anual), para castigar la mora y compensar la insatisfacción de la deuda, la que debe ser otorgada a valores actuales, contemplando así el principio de una reparación justa y plena. Siempre con la salvedad, de tener en cuenta las situaciones particulares, pudiendo aumentarse o disminuirse esa tasa de interés, con el fin de lograr efectividad en el cumplimiento de la obligación (así, si el demandado resulta ser una pequeña pyme, el interés podrá ser reducido a 6% o 12% anual, en cambio, si resulta ser una empresa de magnitud, se necesitará que el interés tenga un verdadero carácter disuasorio en el incumplimiento, pudiendo incrementarse al 24% o 36% anual).

VIII.- En virtud de lo referido en el punto anterior, la suma del considerando VI, deberán ser abonada al actor, por la demandada (pyme), en el plazo y con más un intereses del 12% anual.

Por otro lado, debe procederse a realizar la actualización de los créditos, de manera oficiosa, empleando el índice RIPTE del mes en que se apruebe la liquidación. En caso de que no se encontrara publicado dicho índice deba analizarse otra pauta de ajuste vigente en el mercado.

Entre otros índices, contamos con el CAC – índice de costos de la construcción- que publica la Cámara Argentina de la Construcción; el IPC –índice de precios al consumidor- que publica el INDEC; y desde el mes de marzo de 2016 el índice UVA – utilizado para los préstamos hipotecarios- que informa el Banco Central de la República Argentina.

Así, de acuerdo a la información recabada sobre los diferentes índices mencionados, al presente entiendo que el que más se ajusta a las variaciones del valor de la moneda es el UVA. Además, a los efectos prácticos la actualización es diaria según el registro que puede visualizarse en la página de referencia. (http://www.bcra.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Principales_variables_datos.asp?serie=7913&detalle=Unidad%20de%20Valor%20Adquisitivo%20(UVA)%A0(en%20pesos%20con%20dos%20decimales,%20base%2031.3.2016=14.05)

Entonces, a efectos de ajustar el valor real de la indemnización entiendo procedente aplicar el coeficiente RIPTE. Este es el cociente que se obtiene de dividir el índice correspondiente al mes de la última publicación -octubre de 2018-, y desde noviembre de 2018 a la fecha de la liquidación en la etapa del art. 132 de la LO, el coeficiente UVA que se calcula en la página del BCRA reseñada.

Dichos coeficientes, se calcularán sobre el monto de condena que llega firme con más el interés del 12% anual, dispuesto. Ello, a fin de reparar la productividad frustrada por la indisponibilidad del capital, castigar la mora en el pago, y no menos importante, disuadir a los deudores en el incumplimiento de las normas –en definitiva lograr los dos extremos de la eficacia del derecho, a través de la sanción impuesta judicialmente lograr el acatamiento de las normas jurídicas a fin de disminuir la litigiosidad-.

Es importante reseñar, en relación a la fórmula de cálculo del RIPTE, tal como fuera manifestado en los autos "Godoy Diego Maximiliano C. Mapfre Argentina P/ Accidente" (Expte. Nro. 4.235), dictado por la Cámara Séptima del Trabajo de Mendoza el 12 de noviembre de 2012 "…es la fórmula correcta de ajustar las prestaciones dinerarias de la ley, tal como se "actualizaban" los créditos laborales con anterioridad a la Ley de Convertibilidad 23.928 y no tal como lo propician algunos operadores jurídicos, esto es, sumando uno por uno los índices RIPTE de cada mes. Ello así, porque los que proponen tal sistema de cálculo no advierten lo siguiente: a) El RIPTE así calculado parte del mes Julio 1.994 (ver página web M.T.S.S. b) El índice porcentual correspondiente al mes inferior lo es con relación al mes superior, luego, si se suman en forma directa los porcentajes de cada uno de los índices, se está produciendo un incremento indebido del índice por el efecto de "arrastre" que este sistema provoca, toda vez que, de esta forma, se suma un porcentaje al porcentual acumulado del mes anterior desde Julio 1.994 hasta el mes en que se efectúa el cálculo. c) Existe una suerte de pseudo "anatocismo" porcentual dado que se van sumando índices RIPTE con el porcentual acumulado del mes anterior. d) La forma correcta de realizar el ajuste al que se refiere la norma legal en estudio, entiendo, es la practicada en ese decisorio, tal como normal y habitualmente, se efectuaba para "actualizar" los créditos durante los tiempos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 23.928 y sus respectivas prórrogas hasta la actualidad…".

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 el punto.

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

X.- En atención 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 18.345, arts. 6, 7, 8, 9, 22 y conc. de la ley 21.839, modificados por la ley 24.432, arts. 3 y 6 decreto ley 16638/57 y demás normas arancelarias vigentes, propongo regular los honorarios de los letrados

del actor, demandada y para la perito contadora en los respectivos porcentajes de 13% (trece por ciento), 12% (doce por ciento), y 9% (nueve por ciento), respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses.

En cuanto a esta alzada, propongo regular los honorarios del letrados intervinientes de los profesionales firmantes de fs. 178/181 y 184/188, en 35% (treinta y cinco por ciento) y 25% (veinticinco por ciento) respectivamente, de lo que -en definitiva- les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder (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 de la adición del Impuesto al Valor Agregado a los honorarios, esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27.9.93, 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 definitiva y por lo que antecede, auspicio I.- Revocar el fallo de primera instancia, y por ende hacer lugar a la demanda por la suma de $ $56.440,45 (cincuenta y seis mil cuatrocientos cuarenta con cuarenta y cinco centavos), que deberá ser abonado por Ovobrand S.A., al actor. Dicha suma, deberá ser depositada en autos dentro del quinto día de haber quedado firme la liquidación del artículo 132 de la L.O., con más un interés desde la exigibilidad del crédito, conforme un interés anual del 12%, con más actualización monetaria; II.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida; III.- Regular los honorarios de la representación letrada de los letrados del actor, demandada y perito contadora, por sus trabajos en la instancia previa, en los respectivos porcentajes de 13% (trece por ciento), 12% (doce por ciento), y 9% (nueve por ciento), respectivamente, a calcular sobre el monto de condena más sus intereses; IV.- Regular los honorarios del letrados intervinientes de los profesionales firmantes de fs. 178/181 y 184/188, en 35% (treinta y cinco por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que le corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado; V.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto

en el artículo 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Nº 15/2013.

El doctor Alejandro H. Perugini dijo:

Si bien comparto los aspectos sustanciales del voto que antecede y adhiero a los argumentos que llevan a mi colega preopinante al reconocimiento de diferencias salariales por desigualdad en el pago de la remuneración del actor, he de disentir con ella en tanto propone la admisión del planteo relativo a la dispensa de la prescripción y a la actualización de los créditos mediante índices RIPTE y UVA.

En cuanto al primer aspecto, no advierto que el planteo haya sido objeto de expreso requerimiento en el marco de los agravios, lo que a mi modo de ver obsta a su consideración en esta instancia (arts. 271 y 277 CPCCN). No obstante, aun cuando pudiera entenderse que, a falta de tratamiento en la sentencia de origen, ello no impediría su análisis por este tribunal, no sólo es mi criterio que la mera manifestación del trabajador de tener temor a perder el empleo no configura, por si misma, la hipótesis prevista en el art. 3980 del Código Civil Ley 340 (art. 2550 del Código Civil y Comercial vigente), sino que, en lo que refiere al caso concreto, considero que la expresión de la demanda relativa a la intervención del sindicato “STIA” para garantizar los puestos de trabajo no permite tener por configurados los presupuestos que habilitarían la aplicación de la dispensa, no solo porque no se identifica cual habría sido la índole de tal intervención ni su relación con los reclamos formulados en la causa, sino también, fundamentalmente, porque ni siquiera se señala la fecha en que tal “aseguramiento” habría tenido lugar, impidiendo toda valoración del cumplimento de los propios plazos establecidos en la norma para efectuar el reclamo.

Respecto del segundo de los aspectos señalados como objeto de discrepancia, la cuestión ha sido materia de expresa consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que sobre el punto ha señalado no sólo que "aun cuando el derecho de propiedad pudo tener en la actualización por depreciación monetaria una defensa eficaz de los derechos patrimoniales en determinados periodos, su perduración sine die no solo postergaría disposiciones constitucionales expresas como las del arto 67, inc. 10, de la Constitución Nacional-hoy arto 75, inc. 11-, sino que causaría un daño profundo en la esfera de los derechos patrimoniales todos, al alimentar esa grave patología que tanto los afecta: la inflación" (Fallos: 333:447, considerando 150), sino también que la decisión de invalidar una norma legal comporta la última ratio del orden jurídico a la que sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía (Fallos: 312:2315; 330:855, 5345)(CSJN, 8/11/2016 “Puente Olivera, Mariano e/ Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/despido" (CSJ 536/2013 (49-P)/CSI), perspectiva desde la que no se advierte un agravio de entidad suficiente para proceder a la descalificación de la previsión con la que el artículo 4 de la ley 25.561 modificó los artículos 7 y 10 de la ley 23.928

manteniendo la prohibición de proceder a actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, desde que los intereses sugeridos por la Excma. Cámara, explícitamente orientados a mantener el valor económico de los créditos y cuya aplicación he de proponer en el caso, mitigan en forma suficiente los efectos negativos del transcurso del tiempo y la desvalorización monetaria sobre el monto a percibir por el trabajador.

Consecuente con lo expuesto, de prosperar mi voto, la sentencia de primera instancia ha de ser revocada admitiéndose el reclamo de las diferencias salariales liquidadas por la perito contadora a fs. 135 correspondientes al período no prescripto (agosto de 2012/agosto de 2014; conf. Acta Seclo fs.2), lo cual arroja un total de $ 46.808,37 que devengará los intereses previstos en las Actas 2601 y 2630 de la CNAT, desde que cada una fue debida hasta el 30 de noviembre de 2017, y a partir de allí las establecidas en el Acta 2658/17 de la CNAT.

Las costas del proceso, en ambas instancias, estarán a cargo de la demandada, vencida en lo sustancial (art. 68 CPCCN).

Los honorarios de actora, demandada y perito contadora por las tareas de primera instancia serán valoradas en el 16%, 12% y 8%, respectivamente, a calcular sobre el monto de condena mas intereses, mientras que los honorarios de esta instancia, para la representación de la actora y de la demandada, serán del 30% y 30%, respectivamente, de lo que deban percibir por las tareas cumplidas en la anterior, en todos los casos mas el IVA de corresponder.

Por lo expuesto, **VOTO POR: I.-** Revocar el fallo de primera instancia, y en consecuencia hacer lugar a la demanda por la suma de $ 46.808,37 (PESOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHO CON TREINTA Y SIENTE CENTAVOS), que deberá ser abonado por el demandado Ovobrand S.A. al quinto día de haber quedado firme la liquidación del Art 132 de la LO, con más los intereses previstos en las Actas 2601 y 2630 de la CNAT, desde que cada una fue debida hasta el 30 de noviembre de 2017, y a partir de allí las establecidas en el Acta 2658/17 de la CNAT. **II.-** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 CPCCN). **III.-** Regular los honorarios de actora, demandada y perito contadora por las tareas de primera instancia serán valoradas en el 16%, 12% y 8%, respectivamente, a calcular sobre el monto de condena más intereses. **IV.-** Regular los honorarios de Alzada para la representación de la actora y de la demandada, en el 30% y 30%, respectivamente, de lo que deban percibir por las tareas cumplidas en la anterior, en todos los casos más el IVA de corresponder. **V.-** Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1ro de la ley 26.856 y con la Acordada 15/2013 de la CSJN.

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125

El doctor Miguel O. Pérez dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Alejandro H. Perugini

Por ello, **el Tribunal RESUELVE: I.-** Revocar el fallo de primera instancia, y en consecuencia hacer lugar a la demanda por la suma de $ 46.808,37 (PESOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHO CON TREINTA Y SIENTE CENTAVOS), que deberá ser abonado por el demandado Ovobrand S.A. al quinto día de haber quedado firme la liquidación del Art 132 de la LO, con más los intereses previstos en las Actas 2601 y 2630 de la CNAT, desde que cada una fue debida hasta el 30 de noviembre de 2017, y a partir de allí las establecidas en el Acta 2658/17 de la CNAT. **II.-** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 CPCCN). **III.-** Regular los honorarios de actora, demandada y perito contadora por las tareas de primera instancia serán valoradas en el 16%, 12% y 8%, respectivamente, a calcular sobre el monto de condena más intereses. **IV.-** Regular los honorarios de Alzada para la representación de la actora y de la demandada, en el 30% y 30%, respectivamente, de lo que deban percibir por las tareas cumplidas en la anterior, en todos los casos más el IVA de corresponder. **V.-** Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1ro de la ley 26.856 y con la Acordada 15/2013 de la CSJN.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

Miguel O. Pérez	**Alejandro H. Perugini**	**Diana R. Cañal**
Juez de Cámara	**Juez de Cámara**	**Juez de Cámara**

ante mí: **María Lujan Garay**
19 **Secretaria**

Fecha de firma: 18/02/2020
Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA
Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA

#24267696#255657946#20200218133851125