



NEUQUEN, 19 de abril de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CASTRO JUAN DOMINGO C/ TRANSPORTE GABINO CORREA S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**", (JNQLA1 EXP N° 445818/2011), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. MEDORI** dijo:

I.- Vienen los presentes en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora y la co demandada Petrobras Argentina S.A contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2017 obrante a fs. 561/569.

Agravia a la demandada que la sentencia condene a la empleadora del actor a abonar una serie de indemnizaciones, con más la agravada por el art. 2 de la Ley 25323 al considerar que la demandada principal no ha acreditado, la imposibilidad de otorgar tareas al actor de acuerdo a su cuadro clínico; siendo que ello no es así dado que el actor reconoce su minusvalía e imposibilidad aparentemente definitiva de prestar las tareas que venia realizando con antelación al accidente.

Asevera que la empresa debe reubicar al trabajador en la medida de lo posible, no existiendo norma que lo obligue en tal sentido como tampoco obligación de generar un puesto de trabajo no existente ni quitar trabajo a otro empleado a fin de reubicar al trabajador disminuido. Y que, la prerrogativa del trabajador a ser reincorporado, carece de carácter absoluto y en el caso, es el mismo actor quien reconoce su incapacidad luego de gozar de una licencia médica paga y al no disponer de tareas acordes a su estado, se decidió su desvinculación.

Alega que la empresa carecía dentro de su estructura empresaria de puesto alguno para el señor Castro lo



que habilita la vía del inciso segundo del art. 212 de la L.C.T. esto es, el límite al derecho de incorporación; y sorprende que los testimonios de la señora Schiavoni y Casanoves fueron desechados por el a quo dado que son contestes en cuanto a la incapacidad del actor, imposibilidad de realizar las tareas para las que fue contratado y la inexistencia en la empresa de tareas para asignarle de acuerdo a su cuadro clínico y aptitudes profesionales; pide en consecuencia se revoque la sentencia en este punto, con costas al actor.

Luego, en relación a la inexistencia de solidaridad señala que quedó demostrado con la pericial contable obrante a fs. 459/461 que el objeto "empresarial" de su parte se ciñe a la extracción de hidrocarburos exclusivamente, siendo periférica la actividad de transporte de la empleadora; agrega que por ello no existe una unidad de ejecución como erróneamente indica el fallo apelado dado que la empleadora presta un servicio que en modo alguno se emparenta con el objeto propio.

Asevera que la interpretación de la solidaridad en materia laboral debe ser restrictiva por tratarse de una extensión de responsabilidad a un tercero que no intervino en la relación original ni tuvo posibilidad de controlar o intervenir en la misma. De allí quien pretenda la condena solidaria de empresas eventualmente contratistas de los servicios del patrono debe invocar y demostrar en forma fehaciente la configuración de los presupuestos a que se subordina la aplicación del art. 30 de la LCT cuestión que en el caso no acontece.

Acerca de la improcedencia del art. 2 de ley 25323 expresa que no ha existido una actitud reticente de la empleadora del actor ni de su parte, resultando equivocada la aplicación de la indemnización agravada en atención a la finalidad de la ley 25323 de regularizar las relaciones



laborales desalentando las practicas evasoras, sancionándolas al establecer una forma penal que tiene carácter taxativo y no susceptible de ampliación por analogía.

Respecto a las costas afirma que resuelto que sea el rechazo de la acción las mismas deberán imponerse al actor perdedor. No obstante, pide para el supuesto que se ratificara en todo o parte la sentencia de grado, la morigeración del principio de la derrota atento a como ha sido resuelta la cuestión considerando que deberían imponerse las costas en proporción al vencimiento parcial y mutuo que se ha registrado en la causa: la demanda ha prosperado por menos del 50% de lo reclamado por cuanto no existe fundamento alguno para hacer cargar con un universo de costas cuando quedo demostrado que no ha tenido injerencia ni responsabilidad alguna en los aventurados reclamos del actor; concluye que atento el carácter imperativo utilizado en la redacción de la norma, no queda margen a la duda es decir que en los casos en que el juicio, es parcialmente favorable a las partes, las costas se compensaran en proporción al éxito obtenido.

A fs. 585 se corre traslado de los agravios, que no son contestados.

II.- La actora se agravia porque en la causa se demostró que la demandada despidió al actor por el accidente de trabajo sufrido y las consecuencias derivadas de éste, y pudiendo asignarle un puesto acorde a su discapacidad atento contar con dicha posibilidad no lo hizo, el A quo rechazo la procedencia del despido discriminatorio y daño moral peticionados.

Asevera que el despido dispuesto por la patronal fue discriminatorio por enfermedad conforme Ley 23592 habiéndose enriquecido con el trabajo del actor quien se accidento laborando para ésta quedando incapacitado y luego, despedido e imposibilitado de contar con su obra social para continuar con los tratamientos médicos.



Alega que la ley 23892 es una norma que sanciona cualquier acto discriminatorio al permitir requerir judicialmente su cese, la nulidad del acto en si y el resarcimiento por los daños morales y económicos sufridos; y tratándose de una ley de carácter general la misma resulta de plena aplicación al ámbito de las relaciones laborales por lo que deviene arbitraria omitir su aplicación. Solicita en concepto de daño moral la suma de pesos cien mil (\$100.000).

Critica el rechazo al planteo expreso de la inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas efectuado, solicitando que las mismas integran el calculo indemnizatorio; invocando la plena operatividad del Convenio 95 de la OIT, art. 75 inc. 22 C.N. y art. 103 de LCT y remitiéndose a los fundamentos emitidos en el caso "Pérez c/ Disco S.A." (fallos 332:2043) y, "Giménez Patricia c. Blockbuster Argentina S.A. s/ Despido (DT 2009, CNAT Sala X.

Corrido el traslado de los agravios a las contrarias, no contestan.

III.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento resulta que la sentencia apelada hizo lugar a la demanda interpuesta contra las demandadas y las condenó a pagar al actor las indemnizaciones derivadas del despido por antigüedad (art. 245 LCT), la sustitutiva del preaviso y su SAC (art. 231/232 LCT), el aguinaldo proporcional, vacaciones no gozadas (art. 256 LCT), y la multa del art. 2º de la Ley 25323, con más los intereses, e impone las costas a cargo de las codemandadas vencidas (art. 17 ley 921 y art. 68 del CPCyC); ello con motivo del accidente de trabajo sufrido por el actor el 23 de Diciembre del 2008 en ocasión de descender por la escalera del tanque del camión cisterna, por el que fue intervenido quirúrgicamente, diagnosticándosele "lesión mango rotador hombro derecho"; y que con posterioridad al alta médica, intimó a su empleadora a que le readecue las tareas de conformidad con la incapacidad



padecida, recibiendo como respuesta la imposibilidad de hacerlo y la aplicación de lo dispuesto en los arts. 212 y 247 de la LCT.

Para así decidir, valoró que era carga de la empleadora la prueba de la comunicación en el distracto, quien no acreditó suficientemente que no existían tareas adecuadas para reinstalar al trabajador en el esquema productivo de la empresa, así como a tenor de las testimoniales rendidas, para concluir en la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 212 de la misma norma.

En cuanto al daño moral peticionado, entendió que el planteo no podía prosperar dado que la pérdida de la aptitud física para continuar con el contrato es un supuesto expresamente previsto en el art. 212 de la LCT, con consecuencias expresas establecidas en la norma, de modo que el despido de un trabajador con incapacidad física permanente, no encuadra en la norma del art. 1 de la ley 23.592 y tiene una regulación específica; agregó que las razones de salud o de capacidad, no integran la lista de razones que puedan ser consideradas de discriminación injusta, porque parece de toda lógica que el contrato de trabajo, para poder celebrarse o mantenerse vigente, requiera que quien va a prestar las tareas se encuentre en situación de capacidad física de hacerlo, o al menos el cumplimiento de la tarea no redunde en un riesgo o un perjuicio a su salud.

En punto a la solidaridad de la firmas demandadas, encontró que la documental agregada consistente en el contrato celebrado entre aquellas, resultan suficientes para tener por configurados los recaudos del art. 30 LCT al comprobarse que la prestación laboral se cumplió bajo las condiciones de una "unidad de ejecución" entendida esta como bajo las directrices y sujeción a órdenes del principal.



Finalmente adoptó la suma de \$7.872,24 como mejor remuneración mensual, normal y habitual, rechazando la incorporación de los adicionales no remunerativos en la base de cálculo de las indemnizaciones, señalando que "... al no explicar la actora cuáles son los rubros a los que se refiere específicamente y al no identificar la norma que les da origen como para poder definir si al rubro le es aplicable la mayoritaria jurisprudencia que se ha expedido en tal sentido, generando que al contestar el traslado de la demanda la firma "Gabino" responda haciendo mención a la constitucionalidad de los beneficios sociales, los que, por otro lado, no resultan de los recibos de haberes".

A tenor de lo resuelto y por razones metodológicas, se abordará en primer lugar los planteos de solidaridad de la co demandada, desde que su procedencia obstará a atender los restantes introducidos; y de corresponder, continuar con el recurso de la actora, por su incidencia en los rubros indemnizatorios; y finalmente, con el derivado de la imposición en costas que critica la primera.

A.- Que el juez de grado admitió la solidaridad con fundamento en que las prestaciones del actor a favor de su empleadora fueron cumplidas conforme las condiciones de "unidad de ejecución" que se extraen del contrato glosado a fs. 463/505 celebrada entre las co -demandadas de la que resulta la sujeción de aquella a un sistema de trabajo de la recurrente destinada a cumplir con su actividad principal de extracción de petróleo crudo y gas natural, tanto de las secundarias -entre otras- fabricación de productos de la refinación del petróleo, venta al por menor de combustibles para vehículos con motores y motocicletas, por surgir del mismo objeto del acuerdo que la contratista debía proveerle de camiones para el transporte de petróleo crudo, condensados, agua industria, agua de formación y camiones de vacío, además de piletas de almacenamiento de petróleo y contenedores, en



yacimientos indicados sitios en Neuquén Río Negro, Mendoza y La Pampa donde era titular de la concesión para la explotación de hidrocarburos, con el detalle de que ello incluía "realizar, en general, todas aquellas tareas que resulten necesarias para la realización de los trabajos encomendados" (OBJETO-fs. 463), además de gasolina estabilizada, condensados, contenedores para producción y equipos de perforación, pulling y work over (fs. 470), siendo la primera plenamente responsable de la operación de todo su equipamiento como así también de su traslado, movilización y montaje (fs. 464), reservándose la empresa principal la definición de la modalidad en la ejecución y un estricto control respecto del personal que lo concretaría (fs. 484/491 (habilitaciones, normas de seguridad, elementos de seguridad, cumplimiento de leyes laborales, estadísticas de accidentes, documentación seguros, riesgos del trabajo, etc)).

Y por otra parte, no se produjo prueba que desvirtuara lo afirmado por el actor y fundamentalmente los testigos (Orlando -fs. 373/374, Marchant -fs. 375vta, Maldonado -fs. 377vta, y Rodríguez -376vta), de la afectación exclusiva de aquel a las tareas categorizadas como Chofer del Primera del CCT N° 40/89, para el transporte de bienes de la contratista principal cumplidos en yacimientos de hidrocarburo y gas que tenía concesionados, sin evidenciar que de manera concomitante los cumpliera para otras empresas.

Que se comparte la conclusión del sentenciante conforme a que deriva de la aplicación del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo: "Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o



subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social”.

“Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo”.

“Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa”.

“El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”.

“Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la ley 22.250.”.

Además de coincidir incluso con el antecedente de la CSJN que cita la recurrente en “Rodríguez, Juan Ramón v. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro (Sent. 15/04/1993)”, atento a que cuando el Tribunal nacional delimita el concepto de “actividad normal y específica” a los fines de la aplicación del principio de solidaridad laboral previsto en la citada norma, sostiene que:



"2. Para que nazca la responsabilidad solidaria de una empresa por las obligaciones laborales de otra, en los términos del art. 30 de la ley de contrato de trabajo es menester que aquella empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al art. 6° del mismo ordenamiento laboral".

Que la prueba reseñada es contundente respecto a que las tareas aportaban al giro normal, habitual y específico de la co demandada, por estar relacionadas al proceso normal o ámbito de la actividad de explotación de petróleo, aportando a su ubicación a los lugares que indicaba aquella eran requeridos, no habilitando sostener que se tratara de una actividad accidental y menos accesoria; luego, pretender lo contrario importaba acreditar que el cumplimiento de la concesión a su cargo se agotaba con situar la producción al pie del pozo de extracción.

Lo reseñado en definitiva lleva a la misma conclusión obtenida en la sentencia respecto a la responsabilidad a la co demandada recurrente en base a la solidaridad legal, que se extiende incluso a los efectos de la extinción del contrato laboral con el actor.

B.- Que el agravio de la co demandada invocando la aplicación del inc. 2° del art. 212 de la LCT sobre la base de que el actor no podía realizar las tareas para las que fue contratado para pretender que se genere un puesto de trabajo que no existe, ni quitárselo a otro trabajador y proveérselo conforme a su capacidad disminuida, omite abordar y cuestionar el argumento central de la sentencia de grado que luego de analizar la prueba concluye que la empleadora no había cumplido con la carga legal de acreditar las actividades que desarrolla y, en tal contexto, hallarse imposibilitada de otorgarle tareas adecuadas considerando el nuevo estado de



salud del pretensor, a los fines de eludir el pago de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT.

Esencialmente, los agravios carecen del desarrollo argumental necesario para la comprensión de la queja y su debida fundamentación, que habilite la confrontación analítica con lo resuelto, en el control y revisión que le es propio a la alzada, con lo cual no reúne los mínimos recaudos legales exigidos por el art. 265 del C.P.C.C., lo que deja incólume la sentencia recaída en este punto, de conformidad a lo dispuesto en el art. 266 del mismo cuerpo normativo.

La jurisprudencia ha dicho en este sentido que: "Es insuficiente fundar el recurso de apelación con argumentos que se limitan a la mera transcripción de preceptos legales y a consignar su discrepancia con el criterio del juzgador, no constituyendo la crítica concreta y razonada que exige la normativa procesal para fundar el recurso (cf. CFCC. II, CAPITAL FEDERAL, 10-11-98 in re: "Villalba, H. C. c/ Caja Nac. de Ahorro y Seguro"; LL - 1999 C, 577 - 98916)". (Voto del Dr. Lutz). (STJRNCO: SE. <633/02> "V. M., M. O. y Otro s/AMPARO s/APELACION" (Expte. Nro. 17225/02 -STJ-), (29-10-02). LUTZ - SODERO NIEVAS - BALLADINI Nro. de sumario:23354-LDT).

"La norma imperativa del artículo 265 del CPCC, es clara y no admite duda y es que la ley exige que el debate se mantenga en un plano intelectual y no verbal, aunque en esta ocasión me permito la expresión verborrágico. Debe seleccionarse del discurso del magistrado aquel argumento que constituya estrictamente la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Incumbe luego al recurrente la tarea de señalar cuál punto del desarrollo argumental mismo constituye una errata en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica, que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, antes de tener éxito en su reclamo, se



disipan en una continuada contradicción respecto de todo el desarrollo expresivo del magistrado, haciendo tan fatigoso cual incompleto su reclamo y por ello cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada." (Olivera, Vicente Elvio c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa S STU0 RA 0000 000004 23/05/2005 MA Royer, STJCH, SD 5-SCA-97, publicada en Boletín Judicial N° 19; SD 14-SCA-99 Escola, "Tratado General del Procedimiento Administrativo", pág. 254 García de Enterría, "Curso de Derecho Administrativo -Civitas-", t. I, pág. 625; Cassagne, pág. 330, "La declaración de extinción del acto en sede administrativa"; pág. 358 y 359, pág. 365 M.M. Diez, "El acto administrativo", pág. 438 Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, pág. 287 y vta; pág. 281 y sig. Diez, "Derecho Administrativo", t. I, pág 134-LDT).

C.- El del actor cuestiona la sentencia pretendiendo la inclusión de las sumas no remunerativas en la base de cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido, con fundamento en que surgían de los recibos del último año trabajado que fueron acompañados y de la pericial contable que lo determinara en \$10.861,54, mientras el juez de grado adopta la suma de \$7.872,24, considerando que en la demanda no se habían identificado los rubros ni los fundamentos para otorgarle aquel carácter y que fueran ajenos a la calidad de beneficio social.

Que al reeditarse el planteo en esta Alzada se observa que se mantiene la imprecisión de los conceptos y su naturaleza remuneratoria para tenerlos por incluirlos en las previsiones del art. 103 de la LCT y del Convenio N° 95 de la OIT, obstando a su abordaje no haberse confrontado ello con el razonamiento del sentenciante centrado en que se omitió generar en la instancia de grado la controversia suficiente y el debate con la empleadora.



De todas formas, vale enfatizar que: "El relato de los hechos en que se fundan, tanto la demanda (acción) cuanto la contestación (defensa), deben ser expuestos con claridad (Arts. 330, inc. 4 y 354, inc. 3 del CPCC). Ello es así por constituir los que resulten controvertidos los únicos sobre los que será legítimo expandir la actividad probatoria de las partes (Arts. 358 y sig. del CPCC), y sobre los que se podrá hacer mérito jurisdiccional a la hora de dirimir la contienda, a fin de aplicar el derecho que corresponda con adecuación al principio de congruencia, en el que están comprometidas las garantías constitucionales al debido proceso y a la defensa en juicio (Arts. 34, inc. 4; 163, inc. 6 del CPCC y 18 de la Constitución Nacional)." (Referencia Normativa: Cpcb Art. 330 Inc. 4; Cpcb Art. 354 Inc. 3; Cpcb Art. 358; Cpcb Art. 34 Inc. 4; Cpcb Art. 163 Inc. 6; Con Art. 18, Cc0002 Sm 51107 Rsd-190-2 S, Fecha: 20/06/2002, Juez: Occhiuzzi (sd), Caratula: Bayon, Gabriel Alfredo C/ Empresa De Transporte Villa Ballester S.a.c.i.-linea 237- Y Otros S/ Daños Y Perjuicios, Mag. Votantes: Occhiuzzi-Mares-LDT).

En consecuencia, conforme se advirtiera al evaluar en el capítulo anterior la presentación de la co demandada, al no concretarse los presupuestos del art. 265 del CPCyC, procede hacer efectivo el apercibimiento establecido en el art. 266 del mismo cuerpo normativo, decretando la deserción del recurso en este punto.

D.- Evaluando la crítica que dirige el actor a la sentencia en punto a rechazar que el despido resulte alcanzado por la tutela específica de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 ("Adóptanse medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional") estimo oportuno citar que la discriminación es un acto que en tanto generador de lesiones a bienes patrimoniales y extrapatrimoniales que titulariza una persona humana,



constituye un ilícito contractual que impone su reparación (art. 1º de la ley citada), excediendo la tarifa legal que regula la ley de Contrato de Trabajo, limitada al perjuicio material por la pérdida del contrato de trabajo.

En este contexto, no todo despido es discriminatorio; por ende, cuando se invoca la existencia de tal agravante se requiere de la máxima precisión posible en el relato de los hechos de los cuáles surgiría la real razón de la ruptura del vínculo laboral, al involucrar la concurrencia de los recaudos que justifican la reparación del daño ilícitamente generado en el ámbito contractual.

Conforme lo reseñado y los términos en que quedó planteado el agravio, se debe resolver si la situación generada entre el actor y la demandada encuadra en las prescripciones de la Ley 23.592, de modo tal que habilite la condena a indemnizar con fundamento en esa norma legal y dejar sin efecto el acto discriminatorio.

En tal cometido, corresponde señalar que el actor luego de reseñar los alcances de la ley citada, convenios internacionales de derechos humanos incorporados por la Constitución Nacional, Convenios OIT, la Ley de Contrato de Trabajo y doctrina en la materia que define a los actos discriminatorios en las relaciones laborales, se remite al capítulo de los "HECHOS" para señalar que de allí surgía esa caracterización que hace procedente la indemnización por daño moral; allí explica que la causa del distracto fue el accidente que sufrió y sus secuelas incapacitantes, el enriquecimiento que obtuvo del trabajo del actor, la pérdida de su fuente alimentaria, no poder contar con su obra social para su tratamiento médico; agregó que el empleador no sólo debía acreditar la inexistencia de vacantes en las cuales pudiera asignar al actor tareas acordes, sino que quienes se encontraran realizándolas no pudieran desempeñarse en otras o la imposibilidad de efectuar una rotación que permitieran dar



las compatibles con su estado; señalan que un compañero de trabajo, y testigo propuesto, que tuvo un accidente similar, sí fue reubicado laboralmente por la patronal, brindándole un puesto acorde.

Que el intercambio epistolar evidencia la inicial intimación del accionante para que se le otorguen tareas readecuadas, recalificación profesional y capacitación, y que existían diversas tareas dentro de la empresa que podía desempeñar eficazmente, con lealtad, diligencia y buena fe (fs. 13), planteo que es respondido por la empleadora señalando la imposibilidad de otorgarle tareas adecuadas a su capacidad actual, en relación al accidente de trabajo sufrido, conforme a la evaluación del médico de la ART, procediendo a la aplicación del art. 212 y 247 de la LCT (fs. 14).

Luego, a fs. 531/533 luce el resultado de la pericia médica producida en la causa "CASTRO JUAN DOMINGO C/ PREVENCIÓN ART Y OTRO S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (EXTE. 431.879/10), donde se describe el accidente acaecido el 23 de diciembre de 2008 por el que bajando de la escalera del camión cisterna, cae hacia atrás y queda colgado del brazo derecho, produciéndose lesión en el manguito rotador, siendo operado el día 03.03.2009 por artroscopía glenohumeral y subacromial, con acromioplastías y resección del extremo externo de la clavícula, anclajes del labrum y supra espinoso; así como que "La ART brindó las prestaciones que le fueron solicitadas".

Al examen físico destaca que se desviste con limitación funcional, que posee dolor a la palpación muscular, dolor articular constante, presentando limitación funcional, con limitación para funciones vitales (higiene, vestirse); calcula la incapacidad según el decreto 659/96 en: Limitación funcional del hombro derecho: 42,0%, Miembro superior hábil derecho (5% de 42%): 2,1% Subtotal: 44,1%. Factores de ponderación. Tipo de actividad (chofer vehículo pesado. Alta 20% de 44,1%). 8,82%, Recalificación (amerita 10% de 44,1%:



4,41% Edad mayor de 31 años: 1,67%, haciendo un total de 59%. La reinserción laboral del actor es muy difícil por la secuela que es evidente al movilizarse o tratar de desvestirse, amén de la edad; el actor presenta trastornos psicológicos por la secuela al quedar con una limitación funcional importante en su miembro superior hábil.

Que a fs. 535/547 obra dictamen psicológico que informa que el actor presentaría síntomas que lo incluirían dentro de las "Reacciones Vivenciales Anormales Neuróticas con manifestación depresiva" según Baremo ART Decreto 659/96 en el marco de la Ley 24557, otorgando una incapacidad del 10%; señala su origen en el accidente sufrido que generó angustia aún no tramitada, con intensa preocupación por su cambio por lesión física que trae aparejada una lesión psíquica, que le produjo un desequilibrio en el estado anterior y consiguiente disminución de la autoestima; comprobándose como síntomas: estado de ánimo depresivo la mayor parte del día, disminución acusada del interés o de la capacidad para el placer en todas o casi todas las actividad, aumento del apetito casi cada día, insomnio, fatiga, sentimientos de inutilidad.

Que en casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como es la no discriminación y a no sufrir represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas para tener por configurado la infracción legal deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la Suprema Corte en la causa "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos 334:1387), resultando oportuno citar transcribiendo sus aspectos centrales:

"...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"

"...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado."

Reitera en la materia el Tribunal Cimero en "S., M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014, L.L. 10/06/2014, 7 P.q.-S, ED 01/07/2014, Sup. Const. 2014, 85, AR/JUR/15946/2014):

"Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y "la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7º)."

"Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente 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" (conf. considerando 11)."

"En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia..."

Que si bien esta Sala III ha seguido tal doctrina para concluir en la condena a la empleadora que incurre en actos discriminatorios en los autos "ELECTROMONTAJES BADIA S.R.L. C/ ALVAREZ JOSE FAUSTINO S/ CONSIGNACIÓN" (EXP N° 434356/2010-Sent. 21.12.2017), y aún reconociendo el esfuerzo argumentativo del recurrente, lo cierto es que el actor en el caso no logró evidenciar la existencia de aquellos indicios para activar la citada carga procesal de la empleadora, fundamentalmente en cuanto a que ésta debió prever en su organización la existencia de lugares de trabajo adecuados susceptibles de ser cubiertos por dependientes que se encuentren en la condición de salud aquí acreditada.

Que el principio de "prueba compartida" y la existencia de la carga de incorporar "indicios" cobran relevancia para quien debe analizar las probanzas existentes en los autos en los que se discute que se haya configurado un trato discriminatorio.

Mabel De Santos define al indicio como todo hecho conocido del cual se deduce, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o principios científicos o técnicos especializados, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido (La prueba judicial. Universidad. Buenos Aires - Argentina, 1994 p. 671).

Que a tenor del marco fáctico y jurídico esbozado, cabe partir de que la prueba colectada no desvirtuó la mecánica del accidente laboral tal como lo describe el perito médico, para inferir que su acaecimiento estuviera motivado en déficit alguno en las medidas adoptadas o falta de



elementos de seguridad, así como que la empresa ocultara el episodio demorando la oportuna asistencia médica, para atribuirle responsabilidad aún por negligencia.

Que en segundo lugar, aún cuando cuatro testigos hayan afirmado que al actor pudo ser destinado a operar una bomba (fs. 373/374), que la empresa tiene electricistas, jardineros, recorredores y tareas generales que puede "hacer cualquier persona" (fs. 375vta y 377vta), limpiar, lavar camionetas, manejar la bomba (376 vta), indudablemente se tratan de opiniones basadas en el nivel de exigencia para categoría profesional de chofer que detentaba el actor, más sin ajuste con lo informado en los dictámenes de los peritos ya transcritos, que probablemente desconocieran.

Que más allá de lo expuesto, no se comprueba el indicio susceptible de atribuirle el carácter de punto de partida del reproche a la empleadora, tratándose de un trabajador que se encuentra afectado de una incapacidad física que el médico legista evaluó en el 59%, y considera "muy difícil" su reinserción laboral por la secuela al movilizarse o tratar de desvestirse, amén de la edad, con trastornos psicológicos como depresión, disminución del interés en todas o casi todas las actividades la mayor parte del día, insomnio, fatiga -entre otros- por los que la licenciada en psicología estima una disminución psíquica del 10%, evaluaciones que obstan a generar certeza de poder concretar algunas de actividades detalladas por los testigos e, incluso, que en ello estar indemne de riesgos o de agravando su condición humana, e incluso, afectar a terceros.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que:

"En cuanto a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la Ley 23.592 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 encauzará 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" (Yacanto Claudio vs. Radiotrónica de Argentina S.A. s. Sumarísimo Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX; 27-jun-2007; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 3693/09). Citado por la "Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial" en autos "Figuroa Daniel Alberto c/ ENSI S.E. s/ cobro de haberes" Expte N° 427837/ 2010- Fallo 11/14 del 18/02/2014).

A tenor de las consideraciones expuestas, se habrá de rechazar el agravio en el que se pretende que el despido del actor constituyo un ilícito, al no haberse comprobado que haya tenido origen en una conducta calificable de discriminatoria por no otorgar tareas en razón de su condición de salud, conforme a que no se ha evidenciado como cierto el indicio de que aquel gozara de aptitud para concretar alguna de las tareas denunciadas, ni que pueda descartarse que al cumplirlas se generen otras afecciones o se agraven las limitaciones ya constatadas, despejándose así cualquier duda sobre la seriedad de la intención la empleadora a los fines de darle continuidad al contrato.

E.- En respuesta al tercer agravio de la co demandada, cabe destacar que la sanción indemnizatoria que prevé el art. 2 de la Ley 25.323 resulta procedente cuando, practicada la intimación allí regulada, el trabajador se ve obligado -ante la falta de cumplimiento del pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, a iniciar "... acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter



obligatorio para percibir las". De ello, se colige que la finalidad de la norma es justamente la de evitar que el trabajador tenga que iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa.

Con este mismo criterio me he expedido en la causa: "TEJADA GLORIA CAROLINA C/ DAS S.R.L. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" (Expte. N° 501120/2013), 18/11/2014 al expresar que: *"La ley 25323 mediante el art. 2 tiende a resarcir otro tipo de daños, distintos y autónomos de los que causa la cesantía en sí. La norma procura indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT y por la ley 25013; pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato en atención al carácter alimentario de sus créditos. La ley establece una indemnización tarifada pues parte del supuesto de que el trabajador que es obligado a litigar sufrirá una serie de perjuicios con una pérdida de tiempo útil y mayores gastos. De tal modo se desalientan las conductas dilatorias de los empleadores y podría inferirse que el legislador entendió que tales perjuicios no resultan suficientemente conjurados con los intereses moratorios, toda vez que se exige algo más que la mora del deudor, se requiere la circunstancia de que el acreedor laboral hubiera tenido que recurrir a la instancia conciliatoria o judicial para hacerse del crédito."* (Auto: Martínez, María c/ Kapelusz Editora SA s/despido". - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.- Sala: III.- Mag.: Eiras. Porta. Guibourg. - Porta. Guibourg. - Tipo de Sentencia: definitiva.- N° Sent.: 83713. - Fecha: 18/06/2002 - Nro. Exp.: 15851/01).

En igual sentido, en "PINILLA C/ SUR TOOLS S/ DESPIDO" (EXPTE. 345.267/6) sosteniendo: *"Que entiendo que con la aplicación del segundo supuesto de la ley 25323, que impone un incremento del 50% en las indemnizaciones establecidas en*



los arts. 232, 233 y 245 de la LCT cuando no son abonadas tempestivamente y conduce a que se deban iniciar acciones, se apunta al correcto y oportuno cumplimiento de aquellas por parte del empleador, evitando por un lado el daño que produce esta morosidad en el trabajador, y además un tratamiento diferenciado para aquel obligado que a tal fin recurre al transcurso del tiempo que genera el desarrollo de un proceso. Que en segundo lugar considero cuando la norma se refiere a la existencia de "causas que justifiquen la conducta del empleador" se debe entender que éstas no son otras que considera la ley común para el caso de incumplimiento de cualquier obligación, es decir el impedimento debe ser externo o ajeno a la relación o al riesgo del empleador. Que cabe interpretar que en la previsión normativa en análisis se combinan un aspecto punitivo dirigido a la conducta de incumplimiento, con una reparación especial y adicional aplicable a aquel empleador que omitió cumplir con sus obligaciones tempestivamente frente al trabajador".

En consecuencia, toda vez que en el caso concreto la empleadora y la demandada con fundamento en la solidaridad laboral fueron intimadas a abonar la indemnización en cuestión, presupuesto de la norma bajo análisis, conforme telegramas de fs. 17 y 19, ambos rechazadas según constancias de fs. 18 y 20, resulta insoslayable la procedencia de la aplicación del art. 2 de la Ley 25323, a tenor de los términos de esta acción judicial que el trabajador debió entablar para obtener su reconocimiento.

En consecuencia resulta acertada la decisión del juez de grado de imponer la multa, cuya extensión a la recurrente tiene base legal, precisamente el art. 30 de la LCT, conforme los términos que se analizara en el punto A.

F.- Que ante el planteo por el que se solicita se morigere la imposición en costas conforme el resultado del pleito, estimo que procede la confirmación del pronunciamiento



de grado que las cargó en forma total a las co demandadas, atendiendo a que a excepción del reclamo del daño moral, los rubros indemnizatorios y multa han prosperado.

Luego, el marco fáctico que derivó en un analítico desarrollo en los puntos B y D del presente, ha permitido evidenciar los límites difusos vinculados con la prueba que presentó el caso en relación a la procedencia de la reparación del daño por conducta discriminatoria más allá de la tarifa legal derivada del despido, y máxime tratándose de materia que aún doctrina y jurisprudencia controvierten, que habilitan concluir de que el trabajador pudo razonablemente estimar que le asistía derecho al reclamo.

A tenor de lo expuesto, resultando aplicable al actor la dispensa que habilita la segunda parte del art. 68 del CPCyC, se habrá de rechazar el agravio.

IV.- Conforme todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo el rechazo de los recursos interpuestos por las partes, y la confirmación del pronunciamiento de grado en todas sus partes.

V.- Atento a lo reseñado y decidido hasta aquí, estimo ajustado que las costas de la Alzada se impongan en el orden causado (art. 17 L. 921 y 71 del CPCyC), debiendo regularse los honorarios de Alzada en el 25% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 561/569, en todo lo que fuera materia de recursos y agravios.



2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (arts. 17 Ley 921 y 71 C.P.C. y C.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA