

En la ciudad de Santa Fe, a los 16 días de junio del año dos mil veintitrés, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Vocales que han integrado en el presente caso la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral, Dres. Sebastián César Coppoletta, Julio César Alzueta y José María Pfeiffer para resolver el recurso de apelación parcial puesto por la actora, y los recursos de nulidad y apelación parcial puestos por la demandada, contra la sentencia dictada por el Señor Juez de Distrito 1 de Primera Instancia en lo Laboral de la Segunda Nominación de Santa Fe, en los autos caratulados: 'S. D. A. C/ BOLSA DE COMERCIO DE SANTA FE S/ SENT. COBRO DE PESOS-RUBROS LABORALES' (CUIJ:21-04623413-5).

Acto seguido el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Procede el recurso de nulidad? SEGUNDA: En caso contrario ¿se ajusta a derecho la sentencia impugnada? TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Dispuesto el orden de votación, resulta: Coppoletta, Alzueta, Pfeiffer.

A la primera cuestión el Dr. Coppoletta dice:

Contra la sentencia que hace lugar en forma parcial a la demanda se alzan ambas partes: el actor lo hace mediante el recurso de apelación parcial que interpone indicando los rubros recurridos (daño moral, despido discriminatorio), y la parte demandada lo hace mediante los recursos de nulidad y apelación parcial que interpone indicando los rubros recurridos (los de condena).

Todos los recursos son concedidos por el A Quo.- Elevados los autos ante esta instancia, la parte actora expresa sus agravios, los que no son contestados por la parte demandada, quien, no obstante, cumple con su carga de expresar sus propios agravios. La parte actora contesta los agravios expresados por la parte demandada. Habiéndose decretado el pase de los autos a resolución, y estando consentida la integración del tribunal, quedan las presentes en estado de dictarse sentencia.

La demandada interpone recurso de nulidad, pero, en su escrito en esta Instancia, ninguna queja expresa sobre el tema. Por otra parte, no se advierten vicios que impusieran de oficio la anulación de la sentencia. A mi juicio pues, de acuerdo con las breves consideraciones expuestas, el planteo de nulidad ha de rechazarse.

En consecuencia, voto por la negativa.

A la misma cuestión el Dr. Alzueta dice:

Que expone las mismas razones vertidas por el Juez preopinante y, como él, vota por la negativa.

A la misma cuestión el Dr. Pfeiffer dijo:

Que advirtiendo la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión, de conformidad a lo establecido en el art. 26 Ley N° 10.160 (L.O.P.J.)

A la segunda cuestión el Dr. Coppoletta continúa diciendo:

En lo que respecta a los recursos de apelación por los cuales llegan estos autos a la Alzada, comenzaré tratando el sostenido por la parte demandada.

En primer lugar, se queja la recurrente sobre la decisión del A Quo de condenarla al pago de diferencias salariales por la categorización convencional.

Como expresa la propia recurrente, el A Quo tuvo en cuenta que la demandada no produjo la prueba respecto al acuerdo sindical en relación al encuadramiento, por lo cual no puede evaluarse una eventual regulación colectiva del conflicto planteado en la litis.

El argumento expuesto por la recurrente pasa por diferenciar los conflictos de encuadramiento sindical y convencional. En base a ello, sostiene que lo acordado entre las entidades sindicales para resolver el conflicto de encuadramiento sindical es irrelevante respecto de la litis sobre el CCT aplicable y las eventuales diferencias salariales devengadas. Por lo tanto, afirma que en Enero de 2013 se decide el encuadramiento sindical de los empleados de la demandada en URGARA y, a partir de allí, se aplica el CCT 407/05, pero ello no significa que el encuadramiento convencional efectuado antes de Enero de 2013 haya sido incorrecto.

A pesar de lo afirmado por el recurrente, la relación entre el encuadramiento sindical y convencional es motivo de un arduo debate en jurisprudencia y doctrina. Y así, si bien la aplicación del CCT, como norma jurídica, es potestad de los tribunales, la relación con el encuadramiento sindical es relevante pues la personería gremial determina el sindicato con capacidad de representación del colectivo de personas empleadas por la empresa. En este escenario se abren una serie importante de interrogantes. En primer lugar ¿la nueva representación sindical es declarativa o constitutiva? Luego, dada la nueva representación sindical ¿la parte empleadora está obligada a aplicar un CCT suscripto por esa entidad sindical pero en el cual no tuvo participación y representación en la negociación? ¿Está la empresa obligada a negociar un nuevo CCT con la nueva representación sindical? (ver: Slavin, Luis.

Encuadramiento sindical y convencional. Ed. La Ley. Año 2013). Todo esto también ha dado lugar a una gran importante actividad jurisdiccional, con fallos relevantes de la CSJN. Al respecto es destacable el aporte doctrinario de Leonardo Ambesi sobre un tipo de 'encuadramiento impropio' en su trabajo 'El caso 'Atento' y los conflictos de encuadramiento.' (DT2007 (febrero), 150. Cita: TR LALEY AR/DOC/4261/2006); y debo señalar a Julio Simón que, con su acostumbrada claridad y precisión jurídica, identificaba los problemas entre ambos encuadramientos en su trabajo 'Apuntes sobre el encuadramiento sindical en la Argentina' (DT2008 (noviembre), 947 Cita: TR LALEY AR/DOC/2702/2008). Ahora bien, y volviendo a los términos de esta litis, frente a la pretensión de la parte actora de cobro de diferencias salariales devengadas entre el CCT 130/75 y el 407/05, esto es, pretendiendo el reconocimiento de la aplicación del CCT 407/05 aún antes de la modificación del encuadramiento sindical, el Sr. Juez A Quo hizo lugar a la misma sin entrar en el análisis técnico jurídico del conflicto que yo me he limitado a reseñar, pero, en definitiva, resolviendo la litis a favor de la parte actora, lo cual implica, en definitiva, tomar partido por una determinada postura jurídica frente al conflicto. Por lo tanto, el Sr. Juez A Quo, en la solución dada a la litis, se ha pronunciado por la posibilidad jurídica de diferenciar los conflictos de encuadramiento sindical y convencional, y los efectos jurídicos que uno tiene sobre el otro, posibilitando de esta manera reconocer la posibilidad de aplicar el CCT 407/05 antes de resolver sobre la personería de la URGARA.

Frente a la decisión del A Quo se alza la demandada expresando como fundamento de su agravio que 'resulta irrelevante lo que se hubiera acordado con la URGARA, ya que en todo caso, aquel acuerdo refiere a un conflicto intersindical, que se sucediera entre el Centro Unión Empleados de Comercio y la URGARA, por la presentación de los trabajadores de la bolsa', afirmando luego que, entonces, es potestad de la jurisdicción determinar cuál es el CCT aplicable independientemente del encuadramiento sindical. Pero no observa la recurrente que precisamente es eso lo que ha decidido el A Quo, resolvió la litis diciendo cuál es el CCT

aplicable -el 407/05- y para así decidir asumió una posición jurídica respecto a la separación de los conflictos de encuadramiento sindical y convencional.

En este sentido, el argumento recursivo que sostiene la apelante debería ser exactamente el contrario al expuesto. Si la personería gremial correspondía al CUEC hasta que por acuerdo intersindical fue asumida por la URGARA, la pregunta es ¿podía la empleadora aplicar un CCT distinto al 130/75 durante el período de la representación sindical por el CUEC? Si, siguiendo la postura del recurrente que coincide con la del Juez A Quo, ambos encuadramientos no se vinculan, entonces ello sería jurídicamente posible y, en consecuencia, el A Quo ha decidido que el sueldo del actor se devengaba conforme el CCT 407/05 aún antes que la URGARA asumiera la representación sindical.

Por lo tanto, la recurrente debería sostener un argumento por el cual la representación sindical por el CUEC implicaba necesariamente la aplicación del CCT 130/75, hasta que esa representación sindical cambia, con lo cual también cambia el CCT aplicable. Este argumento pasa por vincular el encuadramiento sindical con el convencional, aplicando las consecuencias jurídicas del cambio de representación sindical al encuadramiento convencional.

Si bien en pura teoría jurídica yo podría no coincidir con la decisión dada por el Sr. Juez A Quo al caso, la reseña de doctrina y jurisprudencial que he realizado sirve para reconocer que este conflicto ha dado lugar a distintas interpretaciones jurídicas no pacíficas, todas con relevantes fuentes doctrinarias y jurisprudenciales. En este sentido, Hebe García Borrás afirma que: 'si bien no es un requisito indispensable el encuadramiento sindical previo al convencional, es evidente la estrecha interrelación existente entre ambos encuadres, lo cual me lleva a afirmar la conveniencia del encuadramiento sindical previo.

Amén de lo expuesto, debo admitir que se ha incorporado una nueva concepción de 'encuadramiento impropio o indirecto', en la cual los márgenes de ambos encuadres se tornan difusos. A esto se suma la evolución que ha tenido la jurisprudencia de la CSJN y los tribunales inferiores en el tratamiento del tema, incursionando en cuestiones relativas a la representación, aplicación de convenios colectivos de trabajo y el interés profesional. De todo ello concluyo que los originales y rígidos parámetros iniciales han cedido el paso a un nuevo concepto de encuadramiento.' (Introducción a los encuadramientos sindical y convencional.

Ed. Astrea. En prensa).

Por todo ello, si la parte recurrente no critica la posición jurídica del Juez A Quo sino que, por el contrario, asume la misma, no es posible revisar lo decidido por una mera discrepancia jurídica cuando no existe una violación al orden público. La ausencia de agravio impide la revisión del criterio jurídico sostenido por el A Quo.

En segundo lugar, se queja la demandada sobre la decisión del A Quo de considerar injustificado el despido directo del actor.

Es necesario situar jurídicamente la litis.

Debe considerarse que las partes están de acuerdo que la jornada del actor era de 7hs diarias, y 35hs semanales, por lo menos hasta Enero de 2013. Así, en la demanda expresa la parte actora que 'la jornada laboral desplegada por el dependiente bajo la dirección del hoy demandada, fue históricamente convenida entre las partes, pactándose una jornada laboral normal y habitual de 7:00 a 14:00 hs y de lunes a viernes, completando un total de 35hs semanales' (-sic- fs. 4), lo cual es admitido por la demandada al contestar la demanda, cuando

expresa 'es cierto que la jornada de trabajo mientras se aplicó el CCT 130/75 fue de 7:00 a 14:00 hs.' (fs. 20).

El actor comunicó a su empleadora una situación de enfermedad inculpable y, en virtud de ello, requirió una reducción de su jornada de trabajo (5hs diarias) mientras se encontraba en tratamiento médico. Ello fue negado por la parte demandada invocando en su CD de fecha 15/03/13 que esa situación no estaba contemplada en el art.212 LCT y que la profesional carecía de facultades para disponer esa reducción, intimando el cumplimiento de la jornada convencional (en relación al CCT de URGARA). La situación, luego de un intercambio epistolar, llevó a la demandada a comunicar el despido del actor invocando que 'su negativa a cumplir con la jornada establecida implica un grave incumplimiento a sus obligaciones laborales' (CD recepcionada en fecha 13/07/13).

La postura de la demandada es clara, cuando al contestar la demanda, luego de reconocer el pedido de reducción de jornada en base a prescripción médica de la Lic. Dávila (fs. 20), expresa que 'una licenciada en psicología no tiene facultades para indicar licencias laborales, ni médicas (art. 208 LCT), y tampoco para indicar la reducción de la jornada como pretende.

Pero además, el accionante pretende una reducción de jornada, que no está prevista en la Ley de contrato de Trabajo, así el art. 212 LCT, no prevé la obligación de reducir la jornada, sino de otorgar tareas acordes. Si el trabajador está en condiciones psicofísicas de realizar las tareas habituales, no existe obligación de reducir el horario.' (fs. 20vta).

Ahora bien, esta postura es jurídicamente errónea, pues el art. 212 LCT regula la situación en que una persona que ha sufrido un accidente o enfermedad inculpable recibe el alta médica, es decir, ha superado la situación patológica, pero ha quedado con una incapacidad que le impide volver a prestar normalmente sus tareas, por lo cual se requiere una readecuación del puesto de trabajo. Pero ello no era la pretensión del actor. Por el contrario, lo que ha comunicado era una pretensión de reducción de la jornada mientras se encontraba bajo tratamiento médico. Ello quita la situación fáctica del art. 212 LCT y la coloca en el art. 208 LCT.

En la regulación de los arts.208 y 209 LCT, la licencia con goce de haberes a que tiene derecho la persona que trabaja requiere, como carga, que 'de aviso' de su situación a la parte empleadora. No se requiere en el dispositivo legal de ningún certificado médico, por lo cual el argumento de la demandada de negar la posibilidad que un profesional de la psicología dispusiera una licencia es totalmente improcedente. Ahora bien, jurisprudencialmente se ha admitido que a los efectos de justificar de buena fe la extensión temporal de la licencia, para acreditar que ello no depende de un mero capricho de la persona enferma o accidentada, intervenga un profesional con conocimiento técnico que aporte un fundamento a esa extensión temporal. Y al respecto, el art. 210 LCT habilita el control por 'un facultativo' justamente porque no es necesariamente un/a médico/a sino que, por ejemplo, si lo que se invoca es una afección odontológica, lo apropiado -de buena fe- es que desde la parte trabajadora se presente algún certificado odontológico que acredite la extensión de la licencia y, a su vez, será propio por la parte empleadora que un/a profesional de la odontología sea quien realice el control. Y los/as profesionales odontólogos no son médicos. En este sentido, no hay inconveniente que un/a profesional de la psicología aconseje una determinada extensión en la licencia del art. 208 LCT.

Aquí entonces existe la relación entre los arts. 212 y 242 LCT, pues la demandada niega que el sistema legal de los arts. 208 a 213 LCT pueda generar una modificación en la jornada de trabajo pero, en la decisión del despido, no invoca el art. 212 LCT sino el art. 242 LCT. En

consecuencia, el despido no es comunicado en los términos del art. 212 párrafo 3 LCT, argumentando la empresa que no tiene un puesto de trabajo adecuado a las circunstancias de incapacidad denunciada por la persona, sino que se despide disciplinariamente en los términos del art. 242 LCT. Ello es radicalmente distinto, pues en los términos del art. 212 párrafo 3 LCT se discutiría la posibilidad o no de la empresa de acceder a las necesidades de readecuación del puesto de trabajo del actor, mientras que en el art. 242 LCT se debe juzgar si el incumplimiento que imputa la demandada es injuria suficiente para justificar el despido. La litis tiende a la confusión pues el incumplimiento que se imputa se refiere a la jornada de trabajo, y mientras la empleadora sostiene que el actor estaba obligado a cumplir la jornada legal/convencional, la parte actora sostiene que su jornada se encontraba reducida por prescripción médica. Llega firme a esta instancia que el actor pretendía cumplir, por prescripción médica y mientras durara su tratamiento, una jornada reducida de 5hs diarias, mientras que la demandada pretendía el cumplimiento de la jornada legal/convencional, primero de 48hs semanales y luego, por el cambio de CCT, de 44hs semanales (aún cuando el art. 16 CCT 407/05 dispone una jornada de 48hs semanales).

En definitiva, se debe decidir cuál era la jornada que el actor debía cumplir para juzgar si lo ha hecho o no.

Y ese es el otro argumento de la parte demandada, relativo a que no está obligada a aceptar la reducción de la jornada. Si bien su postura se relaciona erróneamente con el art. 212 LCT, debe tratarse el tema desde el art. 208 LCT.

En primer lugar, podría invocarse que si el actor puede suspender totalmente su prestación de trabajo en los períodos de los arts. 208 y 211 LCT, entonces podría reducir su jornada pues, quien puede lo más puede lo menos. No obstante, este argumento podría ser resistido por la demandada pues, en definitiva, esa potestad no surge expresamente de la ley y, entonces, se estaría afectando su poder de organización y dirección. Dando respuesta a ese hipotético argumento, los arts. 62 y 63 LCT disponen que las partes están obligadas de buena fe 'a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia' de la relación laboral. Por lo tanto, es preciso ahora determinar si en los términos de los arts. 62 y 63 LCT la empleadora estaba obligada a aceptar la reducción de la jornada que el actor imponía desde el art. 208 LCT.

He sostenido en mi obra 'las obligaciones implícitas en el contrato relacional de trabajo' (Editorial Tirant Lo Blanch, México -2022-) que en situaciones como la de la presente litis en que no existe una regulación legal expresa que gobierne el conflicto y, por lo tanto, debe determinarse en el caso concreto si existe o no una obligación implícita que asume esa regulación, esta determinación implica la aplicación en el caso concreto de un proceso de tres partes: 1) reconocer la existencia de una necesidad; 2) legitimación de la pretensión jurídica de la parte actora; y 3) razonabilidad de esa pretensión.

La nota de necesidad está dada en la medida en que la decisión sobre la existencia o no de una obligación viene a resolver un problema de asignación de riesgos no incluida en el consentimiento contractual de manera expresa ni para la cual hay una previsión regulatoria por medio de las distintas fuentes de Derecho. Las partes se enfrentan a una situación de conflicto, ante un riesgo surgido en su relación laboral que debe ser asumido por alguna de ellas en sus consecuencias negativas, sobre lo cual no hubo acuerdo expreso válido en el momento del consentimiento (en el escaso margen de actuación que el Derecho del Trabajo le reconoce al consentimiento contractual) ni el derecho supletorio (todas las fuentes de Derecho

que informan a la relación laboral) aporta norma alguna que designe quién ni de qué forma debe asumir ese riesgo y sus consecuencias.

La necesidad de discutir la existencia de una obligación implícita en los hechos está dada por la prevención de una conducta oportunista del contratante dominante -la empresa-, por la cual aprovechando la ventaja de su poder de negociación, coloque la asunción de todo riesgo no regulado en cabeza de la otra parte contratante -persona que trabaja-. Si así no fuera, entonces habría una única obligación implícita en los hechos: que la parte débil debe soportar todo riesgo no regulado en el contrato o en la legislación supletoria. De esta forma, la Teoría General aplicable al contrato de trabajo necesariamente debe considerar los efectos distributivos del acuerdo, para ser compatible con el principio protectorio que informa al Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, en el momento crítico de asignación de un riesgo en el marco del contrato relacional de trabajo, la consideración de una obligación implícita por los hechos que regule la situación es necesaria cuando deba prevenirse un comportamiento oportunista de la parte contractual fuerte -la empresa-, contrario al desarrollo cooperativo de la relación.

En lo que respecta a este primer paso, la situación regulada en el Capítulo I del Título X de la ley 20.744 es muy particular, pues se trata de distribuir dentro de la relación laboral la asunción de las consecuencias dañosas respecto a la normal prestación del trabajo que la incapacidad por el accidente o enfermedad inculpable generan. En este sentido, al ser la organización empresaria ajena en la relación causal que genera el daño sufrido por la persona que trabaja, entonces -y en principio- las consecuencias de la imposibilidad de la víctima de cumplir con normalidad su prestación debería ser asumidas por ella, pero el sostenimiento en el tiempo del desarrollo cooperativo de la relación laboral (art. 91 LCT) impone una solución distinta, distribuyéndose los daños entre las partes.

Esta necesidad se verifica en el caso pues, como lo afirma la demandada, la posibilidad de imponer una modificación de la jornada de trabajo como consecuencia del estado regulado en el art. 208 LCT no encuentra regulación normativa y, por lo tanto, debe decidirse cuál de las partes deberá soportar el daño que esa situación genera. La empresa ha intentado imponer el daño a la parte actora, sosteniendo que ante la falta de regulación jurídica expresa aquella no tiene capacidad de modificar la jornada de trabajo y, por lo tanto, su incumplimiento constituyó una injuria que habilitó el despido.

El segundo requisito implica considerar si la pretensión de la parte actora es un mero capricho o encuentra justificación en un hecho externo a su voluntad que, por lo tanto, la legitima jurídicamente como una pretensión.

Este requisito es importante en el proceso de reconocimiento jurídico de las obligaciones implícitas por los hechos ya que, si bien la relación laboral cooperativa a la que las partes se obligan implica una confianza mutua, no es directamente la confianza el interés protegido, pues esta puede ser una apreciación subjetiva y unilateral de la persona que trabaja en tanto confía que su conducta es conforme a la pretensión de la empleadora y que ella es correspondida con una conducta cooperativa en el desarrollo de la relación y, como tal, puede realmente no existir en los hechos; de tal modo, es necesario que esa confianza se exprese en expectativas legítimas, es decir, la confianza con sustento en hechos de la parte empleadora que habilite su existencia respecto de un determinado interés. Y, además, no puede sostenerse el reconocimiento de expectativas únicamente en la confianza pues ésta, como construcción unilateral, no encuentra en la relación de subordinación un ámbito natural

y proclive a su desarrollo, y por lo tanto, lo protegido es la confianza mutua, esto es, en el sentido bilateral generado no sólo por una expectativa de la persona que trabaja sino que la misma encuentra una justificación en la conducta de la parte empleadora que, de esa forma, le otorga un fundamento de legitimidad.

El dato importante aquí es que la misma situación recibe regulación jurídica si el interés en juego es el de la parte empresaria. Así, si el interés comprometido no es la salud de la persona sino la gestión económica y tecnológica de la empresa, el art. 66 LCT regula la potestad empresaria de variación unilateral de las condiciones en que la persona que trabaja debe prestar su débito laboral. Y ello implica una imposición unilateral de la empresa en las condiciones laborales de la persona que, si se respetan los límites regulatorios legales, deben ser aceptadas. Por lo tanto, esta posibilidad unilateral de imponer cambios en las condiciones en que se cumple la prestación laboral es reconocida a la empresa en el sistema jurídico laboral.

Ello, por lo tanto, legitima a la persona que trabaja que ante la necesidad de imponer un cambio en las condiciones laborales en atención a sus intereses protegidos por los Derechos Fundamentales (en este caso, su salud), va a encontrar por parte de la empresa la misma predisposición a aceptar el cambio que el art. 66 LCT le impone a la persona. La expectativa es la de encontrar una conducta cooperativa hacia el desarrollo de la relación laboral tal como la persona está obligada a ofrecer en los términos del art. 66 LCT. Por lo tanto, ante esta necesidad de la persona en función de sus intereses constitucionalmente protegidos, lo que se espera de la empresa es una conducta cooperativa hacia una 'razonable readecuación de las condiciones de trabajo' que posibilite la continuación de la relación.

Esta obligación empresaria de acceder a una razonable readecuación de las condiciones de trabajo ya ha comenzado a ser reconocida jurisprudencialmente, pudiendo citarse, sólo como ejemplos, los fallos dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el caso 'Belotto c. Asociación Bancaria' y por la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa 'Palmiotti c. Osplad'.

Como corolario, la expectativa del actor de imponer a la demandada la obligación de aceptar un cambio en la jornada de trabajo por razones de salud es legítima.

Por último, debe controlarse el requisito de razonabilidad. La expectativa debe ser razonable para ser considerada como una obligación implícita por los hechos. Y es razonable cuando esa expectativa -necesaria y legítima- hace al normal desarrollo de la relación cooperativa que es el objeto del contrato de trabajo, permitiendo resistir una conducta oportunista de una de las partes contratantes que no tenga en cuenta el desarrollo cooperativo de la relación.

Para que ello funcione de esa manera, el sistema jurídico tiene una cláusula de cierre: la obligación de obrar de buena fe (art. 63 LCT). Actuando como un filtro, las únicas expectativas necesarias y legítimas que tienen chance de ser consideradas razonablemente como cláusulas implícitas del contrato de trabajo son aquellas que hacen al desarrollo cooperativo de la relación. Dado que cada parte debe obrar de buena fe hacia su contraparte, las únicas expectativas que en base a la buena fe tienen chance de ser consideradas como un derecho jurídico son aquellas que hacen a aquel obrar. Y en el caso de autos, dado que la parte actora impone la reducción de su jornada de trabajo por razones médicas a los efectos de cumplir con el desarrollo de la relación, entonces esa pretensión de considerar un derecho en esa expectativa es razonable, pues hace al desarrollo cooperativo de buena fe de la relación laboral.

Por todo lo expuesto, debe rechazarse el agravio dado que la demandada estaba obligada a aceptar la reducción de la jornada de trabajo que el actor imponía por cuestiones médicas. Por el contrario, la conducta que asumió la demandada fue contraria a la relación, comportándose en forma oportunista y ante un vacío legal expreso intentó imponer a la parte actora los daños que eran consecuencia de la reducción de su jornada. De este modo, el despido del actor es injustificado.

Corresponde, en consecuencia, rechazar el recurso de apelación de la parte demandada.

Paso ahora a tratar el recurso de apelación sostenido por la parte actora.

En sus cuatro primeros agravios, la recurrente se queja sobre la decisión del A Quo de rechazar la calificación del despido como discriminatorio en razón de la salud. A lo largo de sus quejas, la parte actora objeta el tratamiento probatorio dado por el A Quo.

Para así decidir, el A Quo consideró que el despido dispuesto por la demandada 'tuvo por causa el incumplimiento de la jornada completa' (.) 'revelando que la cesantía de hecho, no respondió a una causa subyacente vinculada a la condición del dependiente.' Frente a ello se queja la parte actora.

Nuevamente entiendo que existe una confusión en el tratamiento de la causa de despido. Si bien la demandada despide al actor porque no ha cumplido la jornada completa que según la demandada se imponía desde la regulación legal, el actor por su parte tenía el derecho de reducir su jornada de trabajo en función de poder cumplir de buena fe con el desarrollo cooperativo de la relación (todo según lo expuesto). Por lo tanto, al juzgar la conducta de la parte demandada desde la acusación de discriminación no debe estarse al argumento expuesto (incumplimiento de la jornada) sino al interés resistido (reducción de la jornada). Si la demandada hubiere ajustado su conducta de buena fe al desarrollo cooperativo de la relación, aceptando la reducción de la jornada por las razones de salud del actor, entonces la causa de despido desaparece. En este sentido, la calificación de la conducta de la demandada en el despido del actor debe juzgarse con perspectiva de vulnerabilidad, teniendo en cuenta que conforme las Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables, se considera en esa condición a 'aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.' Una circunstancia absolutamente relevante es que la situación médica de la parte actora no integra la litis pues las partes están de acuerdo sobre ello y, por lo tanto, no es materia de prueba. En consecuencia, la litis pasa por juzgar la conducta de la demandada en relación a la protección que el estado de salud le confería al actor asumido como una categoría abstracta. Debe quedar en claro que, aun cuando la condición de salud no integra la litis porque fue expuesta por ambas partes, el juzgamiento de la conducta de la demandada no se relaciona con la especial circunstancia subjetiva del actor sino en cómo la empresa se comportó frente a la protección que la categoría abstracta de persona enferma impone como restricción a sus poderes empresarios.

Corresponde, entonces, en primer lugar, determinar la existencia de una categoría abstracta protegida. En este caso, el actor imputa a la demandada el trato discriminatorio en razón de la salud mental. Reitero nuevamente (y nunca es suficiente) que la condición subjetiva del actor no es relevante pues no se trata de probar si está enfermo o no (aunque en la litis eso ya se asumió) sino es considerar si existe una categoría en abstracto protegida y, en su caso, juzgar cómo o ha sido la conducta de la demandada respecto a ella.

En este caso, en particular, debe considerarse si la salud mental es una categoría en abstracto protegida, dado que el actor imputó a la demandada ese comportamiento en función de su diagnóstico médico y el consecuente pedido de reducción de jornada.

Este tema no es sencillo, pues si se observa, las fuentes normativas usuales en el campo jurídico laboral, ni el Convenio OIT n° 111 ni la ley 23.592 mencionan a la salud como un criterio expresamente protegido, más allá de las cláusulas abiertas de protección en referencia a 'cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación' en la norma internacional o la referencia al menoscabo de 'pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional' en la norma doméstica. Por lo tanto, la salud mental como categoría en abstracto protegida surge de su recepción específica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (ley 26.378, con jerarquía constitucional por ley 27.044), Convenio OIT n° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo -personas inválidas- (ley 23.462), y en la ley de salud mental (Derecho a la Protección de la Salud Mental) n° 26.657.

Existiendo esa categoría en abstracta protegida, la empresa está obligada a su reconocimiento y protección. Esa obligación surge tanto de su potestad de organización empresaria (que como tal no es un derecho sino una facultad en función de la comunidad empresaria) conforme los arts. 64, 65 y 75 LCT, como del compromiso internacional asumido por el Estado argentino y que, en definitiva, se traslada en su cumplimiento a las empresas que giran comercialmente bajo la regulación jurídica argentina. Esta obligación de acción positiva surge también de los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar' elaborados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, los que se aplican 'a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura.' Estos Principios no sólo están dirigidos a los Estados, sino que también se refieren directamente a las empresas, imponiéndose deberes de conducta en relación a la protección de los Derechos Humanos. Desde ya que estos no tienen la fuerza normativa de un tratado o convención internacional ratificable, sino que son pautas de orientación emitidas por los más altos organismos internacionales especializados en la materia, y en este sentido, como pautas de interpretación, sirven en casos como este para entender cuál debería haber sido la conducta de la empresa en función del respeto a los Derechos Humanos. Y en lo que interesa en esta litis, el Principio n° 15 impone a las empresas la necesidad de expresar un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los Derechos Humanos y disponer de un proceso de diligencia debida en materia de Derechos Humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos.

En este escenario, entonces, al juzgar la conducta de la empresa respecto a esa categoría en abstracto protegida y conforme a la cual debía observarse una conducta positiva hacia su reconocimiento en el caso concreto, debe partirse del sistema jurídico argentino de estabilidad laboral en el cual la empresa tiene la potestad jurídica de despedir arbitrariamente, reconociéndose constitucionalmente a la persona que trabaja una protección contra las consecuencias de esa decisión empresaria. Sin embargo, esa potestad de despido arbitrario no habilita una conducta discriminatoria (CSJN 'Caminos' -Fallos: 344:1336 -).

La diferencia entre el despido meramente arbitrario y el discriminatorio debe hacerse desde los daños que cada uno ocasiona en la persona que trabaja. El despido es arbitrario cuando los

daños que causa la conducta oportunista contraria a la relación cooperativa se encuentran limitados a la afectación de las expectativas generadas en la relación laboral. Así, la persona genera una expectativa al devengamiento salarial en función del contrato de trabajo, y la pierde como consecuencia del despido arbitrario. El interés afectado tuvo su origen en la propia relación laboral. Pero, por otro lado, la persona concurre a la relación laboral con derechos que le preexisten y que se generan por causas extrañas a la relación laboral. La dignidad de la persona humana es anterior, concomitante y posterior a la relación laboral. Y el despido será discriminatorio cuando la conducta oportunista de la empresa en contra del desarrollo cooperativo de la relación genere, además, daños sobre intereses ajenos a la relación laboral especialmente protegidos como Derechos Fundamentales porque hacen a la dignidad de la persona. Tomo de Viviana Dobarro la idea de que la discriminación es una conducta que busca segregar a la persona, transformándola en 'un distinto' que queda excluido por una característica que se le imputa.

En este escenario debe evaluarse la conducta de la empresa que negó al actor su derecho de imponer una reducción de la jornada de trabajo necesaria por razones de salud mental. Ya me he referido sobre la necesidad de determinar quién asume el daño dentro de la relación laboral cuando la persona que trabaja no puede cumplir adecuadamente su prestación laboral por motivos de salud. Los arts. 208 a 213 LCT se encargan de distribuir esos daños en función del contrato, creando el instituto de la 'suspensión' a los efectos de lograr mantener la relación. Pero nada dice la norma laboral sobre otros intereses generados fuera de la relación. Y a la regulación de ellos vienen distintas normas jurídicas de variada naturaleza todas referidas a la protección de la salud mental como categoría abstracta protegida y, específicamente en lo que refiere al principio de igualdad (no discriminación), ahora sí son invocables el Convenio OIT 111 y la ley 23.592. En materia laboral todo esto interesa en la medida en que se busca que la condición de persona vulnerable en razón del estado de salud mental no sea aprovechada oportunamente por la empresa.

Al final del primer agravio y en el comienzo del segundo, la parte recurrente se queja afirmando que el A Quo no consideró que el ejercicio disciplinario de la demandada en función del cumplimiento de la jornada coincidió con los problemas de salud. Y en eso le asiste razón, pues el A Quo se limitó a observar cuál era el argumento expuesto en la causa de despido, pero no se detuvo a analizar las circunstancias que concurrían a la discusión de la jornada.

En función de la aparente discusión sobre la jornada, la empresa segregó al actor, transformándolo en 'un otro', distinto al resto de los/as trabajadores/as pues no podía cumplir la jornada legal de trabajo.

Cuando la demandada estaba sancionando el incumplimiento de una jornada que pretendía debía cumplirse, en realidad estaba imponiendo al actor la asunción de las consecuencias laborales de su estado de salud mental, afectando los intereses que son especialmente protegidos en función de su dignidad. Por esta razón la conducta de la demandada es discriminatoria: en razón de una condición de salud (que no es necesario ser probada pero que en este especial caso no integró la litis) especialmente protegida para que la persona no sufra los daños que se generan en la relación laboral, la empresa asumió una conducta contraria a esa protección, imponiendo al actor los daños que ocasiona en la relación laboral su incapacidad de cumplir normalmente su prestación laboral por razones médicas, segregándolo respecto a las demás personas. Y esa conducta se exterioriza en la imposición de una jornada que el actor no puede cumplir por razones médicas y la posterior sanción en función de ello.

Usualmente se sostiene que en estos casos es carga de la demandada probar que su conducta no estuvo motivada por la discriminación de la persona, pero en el caso de autos, entiendo que esa conducta de la demandada es manifiesta, pues se exterioriza en la negación de la jornada que el actor reclama en función de su estado de salud mental. Más allá de mi opinión contraria a asumir 'Pellicori' como una presunción (Carga de la prueba y estándar probatorio de la parte actora en juicios por discriminación laboral. Revista de Derecho Laboral Procedimiento laboral-V. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe -2021-), lo cierto es que en este caso en concreto, siendo expresa la voluntad de la demandada de negar al actor la posibilidad de reducir su jornada por razones de salud, lo cual implica tanto como menoscabar el 'pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional' en los términos de la ley 23.592, la prueba de la conducta discriminatoria es manifiesta y expresa, sin necesidad de conocer la misma por medio de una presunción.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, modificando parcialmente la sentencia recurrida, calificar como discriminatorio el despido del actor en razón de la conducta oportunista de la parte demandada contraria a la protección de la salud mental como categoría en abstracto protegida que ha generado daños en la dignidad del actor y que, en consecuencia, escapan a los propios del despido meramente arbitrario.

Corresponde ahora, entonces, decidir sobre la indemnización correspondiente por daño moral por el despido discriminatorio sufrido por el actor.

La pretensión de la parte actora en su demanda es económica, pues descarta la opción de reinstalación, fijando la cuantía en 'la totalidad de los salarios devengados en el lapso de un año.' (fs. 11). Esta pretensión es análoga a otras reconocidas por el Derecho para el caso de discriminación, por lo cual debe juzgarse prima facie razonable. En consecuencia, la parte demandada deberá abonar al actor una indemnización que se liquidará en trece (13) veces el salario considerado como base salarial en la liquidación del art. 245 LCT. Dicha suma devengará intereses moratorios desde la fecha del despido a la misma tasa dispuesta por el Sr. Juez A Quo para los demás rubros de condena y deberá abonarse en el mismo plazo dispuesto por el A Quo para los demás rubros de condena.

En relación a las costas, y atento lo expuesto, corresponde modificar la sentencia de grado, imponiendo las costas en primera instancia en su totalidad a la demandada. Costas en la alzada a la demandada.

Por último, realizando el control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio que corresponde efectuar a cada Juez conforme la estructura difusa del mismo en el sistema argentino, no observo que existan normas jurídicas que por violación al bloque constitucional federal deban ser declaradas inconstitucionales de oficio.

Voto por la negativa.

A la misma cuestión el Dr. Alzueta dice:

Que expone las mismas razones vertidas por el Juez preopinante y, como él, vota en igual sentido.

A la misma cuestión el Dr. Pfeiffer dijo:

Que advirtiendo la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión, de conformidad a lo establecido en el art. 26 Ley N° 10.160 (L.O.P.J.)

A la tercera cuestión los Dres. Coppoletta y Alzueta dicen:

Que atento el resultado de las votaciones precedentes corresponde: 1) rechazar el recurso de nulidad de la parte demandada; 2) rechazar el recurso de apelación de la parte demandada; 3) hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, modificando parcialmente la sentencia de grado, hacer lugar a la pretensión de calificar como discriminatorio por razones de salud el despido del actor, condenando a la demandada al pago al actor de una indemnización que se liquidará en trece (13) veces el salario considerado en la liquidación del art. 245 LCT. Dicha suma devengará intereses moratorios desde la fecha del despido a la misma tasa dispuesta por el Sr. Juez A Quo para los demás rubros de condena, y deberá abonarse en el mismo plazo dispuesto por el A Quo para los demás rubros de condena; 4) las costas en ambas instancias se imponen a la parte demandada; 5) los honorarios profesionales por el trámite del recurso de apelación se regularán en el (.%) de lo que en definitiva se regulen en primera instancia.

A la misma cuestión el Dr. Pfeiffer dijo:

Que advirtiendo la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión, de conformidad a lo establecido en el art. 26 Ley N° 10.160 (L.O.P.J.)

Por los fundamentos y conclusiones del Acuerdo que antecede, la SALA II DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO LABORAL

R E S U E L V E:

- 1) Rechazar el recurso de nulidad de la parte demandada.
- 2) Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada.
- 3) Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y, modificando parcialmente la sentencia de grado, hacer lugar a la pretensión de calificar como discriminatorio por razones de salud el despido del actor, condenando a la demandada al pago al actor de una indemnización que se liquidará en trece (13) veces el salario considerado en la liquidación del art. 245 LCT. Dicha suma devengará intereses moratorios desde la fecha del despido a la misma tasa dispuesta por el Sr. Juez A Quo para los demás rubros de condena, y deberá abonarse en el mismo plazo dispuesto por el A Quo para los demás rubros de condena.
- 4) Las costas en ambas instancias se imponen a la parte demandada.
- 5) Los honorarios profesionales por el trámite del recurso de apelación se regularán en el (.%) de lo que en definitiva se regulen en primera instancia.

Resérvese el original, agréguese copia, hágase saber y oportunamente bajen.

Concluido el Acuerdo, firman los Señores Jueces por ante mí, que doy fe.

Dr. COPPOLETTA Dr. ALZUETA Dr. PFEIFFER (en abstención – art. 26 LOPJ)

Dra. Claudia Barrilis Secretaria