

Abogacía

2021



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

Nota a fallo

Derecho del Trabajo

“El fraude al orden público laboral en el mutuo acuerdo”

Mariano Raúl Avalos

Buenos Aires-Argentina

Sumario: I.- Introducción. II.- Premisa fáctica e historia procesal. III.- Decisión del Tribunal: obiter dicta y la ratio decidendi. Los votos. IV.- “Proyecto de vida”. Nuevo concepto, nueva fórmula. V.- Las tasas de interés Vs. Inflación. VI.-Las costas judiciales, ¿le cuestan al trabajador?. VII.- La duda: ¿quién prueba lo que alega?.- VIII.- Conclusión. IX.- Referencias.- X.- Fallo.-

I.- Introducción

El derecho del Trabajo es un desprendimiento más del Derecho Civil. El contrato de trabajo era un contrato más dentro de la gama de los contratos civiles.

No obstante con el tiempo, poco a poco esta rama del derecho tuvo distinciones propias que han hecho de la práctica laboral una especialización que requiere aplicar su propia técnica, por ello, en la actualidad no cabría realizar un análisis civilista a cuestiones de naturaleza laboral.

En el marco del Derecho del Trabajo se ha desarrollado la Teoría de la Real Hiposuficiencia la cual *“distingue e identifica en las relaciones del trabajo la relación dispar entre las partes y funda así el amparo protectorio de la normativa específica”*

El trabajador históricamente estuvo en desventaja con el empleador porque lo único que tendrá para generar riqueza es su propio cuerpo y tiempo. Tampoco puede negociar los términos de su contratación, por ende, solo puede aceptar o no, el empleo adaptándose a lo que le es ofrecido, aunque no le convenga debido a su estado de necesidad. Esto hace que el trabajador deba soportar los cambios en las condiciones del trabajo o renunciar a algunos de sus derechos, con tal de sostenerse a sí mismo como a su familia.

Es por ello que el Estado propende a garantizar y proteger los derechos de los trabajadores porque se parte del presupuesto de que estos están en situación de inferioridad y esto justifica que las partes de la relación laboral deban someterse a leyes de orden público laboral con el fin de asegurar mínimamente una convivencia social digna.

Este piso mínimo axiológico y normativo procura proteger situaciones abusivas dentro del marco de la relación laboral persiguiendo el fraude y las prácticas desleales.

En la Argentina impera en su régimen laboral como principio general, el de estabilidad impropia relativa. Esto quiere decir que el empleador tiene la facultad de efectuar el despido sin justa causa en cualquier momento de la relación laboral bajo pena de la reparación del daño al trabajador. O sea, es un acto jurídico eficaz pero ilícito, y esta ilicitud se grava con el pago de una indemnización al trabajador.

Este principio general reposa en dos extremos: en el art 90 de la LCT –establece la indeterminación del plazo - y en el art 245 de la LCT –establece la indemnización laboral-.

En el fallo seleccionado, se logra dilucidar un fraude. Se procura utilizar una figura legal para encubrir otra, en el caso concreto, un despido sin causa.

En el presente caso, la Dra. Assef dice que *“la postura impugnada afecta gravemente el principio de irrenunciabilidad de derechos receptado en el art 12 LCT, que es uno de los despliegues más importantes del principio protectorio que vertebra la materia, y lleva a convalidar la violación del orden público laboral consumada por la empleadora”*. Luego en el siguiente párrafo es donde infiere que hubo un despido encubierto porque *“(…) la existencia del pago de una “gratificación”, que si bien en principio no invalida un acuerdo en los términos del art 241 de la LCT, fue imputada a posibles reclamos futuros, prima facie no se compadece con tal modalidad de extinción, aportando un fuerte indicio a favor de mi posición la cláusula pactada de “nada más tendrá que reclamar”, donde se hace expresa alusión a los artículos 245 y 212 de la LCT”*.

El actor, de avanzada edad y con graves problemas de salud ocasionados por el stress laboral tuvo que tomarse varias licencias médicas para paliar su cuadro de salud y esto ocasionó que la empleadora forzara la extinción del vínculo laboral.

II.- Premisa fáctica e historia Procesal.

Premisa Fáctica

José Luis Rosso -parte actora- trabajó 27 años para el Banco Macro en el sector de Ventas hasta el momento del distracto que fue el 07/09/2012. La extinción de la relación laboral se instrumentó bajo las formas establecidas en el art 241 de la Ley 20744 mediante un mutuo acuerdo celebrado entre las partes ante escribano público y en el marco de un plan de retiro voluntario que ofrecía el Banco Macro.

Historia procesal

La empleadora en dicho acuerdo se comprometió a abonarle \$ 310.915,84 en concepto de: sueldo del mes, SAC 2do.Semestre, vacaciones pendientes de goce, SAC sobre dichas vacaciones, vacaciones no gozadas y "gratificación de egreso". A este último rubro se le imputó del total, la suma de \$ 286.062,87 y se estableció en la clausula tercera del acuerdo *“resulta compensable frente a cualquier reclamación que pudiere efectuar EL EMPLEADO originada en el contrato de trabajo y/o de su extinción, tales como diferencias salariales, recargos, adicionales, indemnizaciones, horas extras, comisiones, etc.”* , además, *“(…)que la mencionada compensación alcanza pretensiones reclamables judicial o extrajudicialmente y cualquier fuente que la origine (…)”* *“(…)cualquier reclamo indemnizatorio fundado en base a la relación*

laboral y especialmente las indemnizaciones previstas en los artículos 212 y 245 de la Ley 20744 o a reclamos indemnizatorios basados en la ley de accidente o daños y perjuicios y daño moral invocando las normas del derecho común, artículos 1078, 1109, 1113 y concordantes del Código Civil (...)"

Y por último en su cláusula quinta dice que el trabajado "*expresa que una vez percibida la suma pactada nada más tendrá que reclamar a LA EMPRESA por ningún concepto emergente de la relación laboral que los uniera*".

El actor dijo que fue "*presionado*" para firmar el acuerdo porque su estado de salud era cada vez peor y luego de varias licencias de él su empleadora ya no tenía intenciones de reincorporarla.

Por ello, inició acción de cobro de pesos contra Banco Macro y Swiss Medical ART SA reclamando horas extras por el período no prescripto, indemnización por daño material y por daño moral.

Ante el reclamo del actor, el Banco Macro negó que lo presionó para firmar el acuerdo y alegó que él conocía bien la política de los retiros voluntarios y además fue él quien pidió el retiro voluntario. Por otro lado, la codemandada (Swiss medical ART SA) opuso la excepción de falta de legitimación pasiva la cuál fue rechazada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de la Cuarta Nominación de Rosario, condenandolos además a abonar al actor las horas extras reclamadas por el período no prescripto, indemnización por daño material - \$ 50.000 - y por daño moral - \$10.000.-; con costas en un 30% a cargo del actor y en un 70% a cargo de las codemandadas.

La parte actora y demandada interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron concedidos y sustanciados ante la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Laboral.

III.- Decisión del Tribunal

El obiter dicta

La Dra. Assef apoya su razonamiento desde el criterio aportado por el Dr. José Daniel Machado. El indica que en estos tipos de acuerdos hay que analizar la real naturaleza de los mismos con el siguiente orden: 1.- de tipo estadístico-descriptivo. Parte de la *asociación intuitiva del "dato"*. Esto quiere decir que hubo en los años 90 una proliferación de estos tipos de acuerdos que buscaban evadir el orden público. 2.- la segunda, es que la jurisprudencia local admitió acriticamente este tipo de acuerdos provenientes del derecho común *olvidando el rol residual reservado por el Derecho del Trabajo a la "autonomía de la voluntad"*. 3.- que la "teoría de la voluntad" es defendida por la doctrina y la jurisprudencia perdiendo terreno la "teoría de la Real Hiposuficiencia" sin ser esto un elemento obstativo de la verdadera voluntad del trabajador para nulificar el acto.

Continúa con el lineamiento del Dr. Machado, donde opina que la “causa” del mutuo acuerdo debe buscarse *en la obtención de alguna ventaja comparativa*. Esta ventaja es aprovechada por la parte empleadora al manifestar su voluntad de reducir el personal y claramente esta ventaja no salva ni mejora el derecho del actor. Esto conlleva a entender que supone una *concertación ilícita elusiva al orden público* y que anticipa una *transacción o acuerdo liberatorio sobre los créditos derivados de la extinción injustificada* cuyo fin del acuerdo es realizarlo ante alguna autoridad competente para su homologación y no la certificación de la autenticidad de formal.

La Dra. Assef, trae a su base argumentativa la sentencia del Dr. Angelides en “Cardillo Sergio c/ SA Organización Coord. ART” Expte N° 67/2011, Ac. N° 77 del 24/04/2012 –entre otros fallos- para dar a entender que este tipo de acuerdo no debe realizarse por el art. 241 LCT sino más bien por el art 15 LCT.

Descarta la posibilidad de encuadrar este supuesto con la teoría de los vicios de la voluntad porque no la considera idónea para los pactos extintivos onerosos, porque no hay *voluntad suprimida, ni engaño, ni violencia, ni acto disimulado que habilite la trasposición de instituciones de un derecho común basado en la autonomía de las voluntades libres*.

Concluye que, el *punto nodal es que “el acuerdo extintivo oneroso, aunque voluntario, debe reputarse violatorio del orden público laboral (...) supone la liberación del puesto de trabajo*.

En el caso concreto la accionada encubrió mediante el mutuo acuerdo un despido incausado y con ello pretendió evitar un futuro reclamo por el trabajador y con ello pretender que renuncie a derechos consagrados y reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico con el fin de evadir el orden publico laboral.

En relación al despido discriminatorio planteado por la parte actora, la Dra. Assef le dio la razón sosteniendo que si bien son actos difíciles de probar estas situaciones pueden ser evaluadas con las reglas de la sana crítica apoyándose en diferentes tipos de pruebas (pericial, testimonial, informes médicos, etc) y además infiere que debe aplicarse la teoría de las cargas dinámicas de la prueba y que la demandada *le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado*. Se apoya en el fallo “Parra Vera” el cuál señala que “El distracto laboral no justificado por una causal de injuria suficiente, es siempre un acto ilícito injustificado que es sancionado por el ordenamiento jurídico”. Por ello la Dra. Assef, encuentra “*un indicio razonable*” para creer que el despido haya sido motivado por un acto discriminatorio.

La ratio decidendi

La extinción del vínculo laboral encubrió un despido incausado, porque la postura que se impugnó -la negación del mutuo acuerdo reclamado por la parte actora- **afecta el principio de irrenunciabilidad** receptado en el art 12 de la LCT.

El pago de una “gratificación” no invalida un acuerdo en los términos del art 241 de la LCT pero no se condice con tal modalidad cuando ello alude a los arts 245 y 212 de la LCT con cláusulas como “*posibles reclamos futuros*” y “*nada más tendrá que reclamar*” lo que aportó fuertes indicios de que hubo un despido incausado .

Considerando la desigualdad en la relación de poder entre las partes, el mutuo acuerdo celebrado entre las partes es sospechoso porque la parte más débil –el trabajador- no tiene opciones de negociar ante la decisión de la empleadora a desvincularlo de la empresa. Ante esto la Sala tiene en cuenta el principio de **primacía de la realidad** porque “*recurrir a un "acuerdo" carece de sentido en tanto (el trabajador) tiene disponibles alternativas más económicas y sencillas que van desde la renuncia hasta el liso y llano abandono fáctico de la relación*”. Además, el mismo principio aplica cuando la empleadora se opuso a que el establecimiento no encuadraba con el art 1113 del CC deslindándolo de que no es una “cosa” y dicho lugar fue nocivo y perjudicial para la salud del actor debido a la presión generada para vender productos y los continuos traslados de sucursales.

Ante la revisión de la doctrina clásica civilista se reconoció que “*la “causa” debe buscarse en la obtención de alguna ventaja comparativa*”, por ende, el instituto se corre del perfil de la gratuidad para trasladarse al de la contraprestación recíproca siendo este un negocio jurídico oneroso. Entonces, en el caso concreto no aplica la teoría de la voluntad para encuadrar la conducta que se reprocha porque no hubo vicio en la voluntad del actor sino que **existió un pacto extintivo oneroso**, cuya ventaja para la empleadora es la reducción del personal a un bajo costo.

Este el punto principal, porque **los pactos extintivos onerosos**, aunque sean voluntarios, **son violatorios al orden público laboral** porque “*supone la liberación del puesto de trabajo (como conveniencia o beneficio del empleador) en función de un pago que "cualquiera sea su nombre o denominación", resulte insuficiente desde la óptica del régimen indemnizatorio imperativamente aplicable.*”. Esto es un hecho antijurídico y defraudatorio a las normas del orden público laboral.

Le asiste razón a la actora también, cuando se queja de que el **despido** fue **discriminatorio** y que el a quo no analizó el caso en toda su extensión puesto que esto sucedió después de las licencias seguidas que necesitó el actor para paliar su estado de salud. Aplica al caso concreto la ley 23.592 (actos discriminatorios) y el antecedente “Pellicori” de la CSJN donde controvierte el motivo real de un ato discriminatorio en donde quien alega la discriminación debe probarla donde esto es difícil de probarlo y por ello modula la distribución de la carga probatoria sobre el demandado también quien produzca la prueba para justificar descartar el acto discriminatorio aludido por la contraparte.

Ante los actos discriminatorios y dudas de las pruebas opera el principio protectorio **in dubio pro operario** (art 9 LCT) donde deben señalarse tres situaciones: “*falta lisa y llana de la*

prueba; b) insuficiencia indudable de la prueba; y c) duda.” En el acto discriminatorio del presente caso hay una “duda insuperable” lo cual genera en el juez una duda razonable y puede generar convicción en él por lo que la ley le permite al juez utilizar su sano criterio y discernimiento.

Los votos

Coincidencias:

Los Dres. Assef, Mana y Angelides, votaron a favor y coincidieron en relación a lo expuestos a la extinción del vínculo laboral (las horas extras, la remuneración, el porcentaje de incapacidad, el daño, el nexo causal y la responsabilidad en los términos del art. 1113, CC, los montos resarcitorios, la tasa de interés y las costas.)

Disidencia parcial:

En relación al despido discriminatorio la Dra. Mana y el Dr. Angélices disienten con la Dra. Assef, en relación a las argumentaciones vertidas por la parte actora y coinciden con lo decidido por el a quo, por no aportar el actor elementos suficientes que actúen como indicios razonables

IV.- “Proyecto de vida”. Nuevo concepto, nueva fórmula.

Como producto de los accidentes laborales las personas que necesariamente deben poner a disposición su fuerza de trabajo y tiempo a favor de un empleador a cambio de una remuneración son las más afectadas. Para ello, se intenta compensar el daño ocasionado con dinero utilizando fórmulas matemáticas para su aplicación concreta pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorporó el concepto “Proyecto de Vida” donde dice que *“se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad”* y agrega, *“La determinación del monto de los perjuicios si bien no deben vincularse a cálculos matemáticos que so pretexto de objetivar el máximo el pronunciamiento, también pueden conducir a conclusiones apartadas de las circunstancias fácticas acreditadas en cada caso; esto no exime a los jueces de explicar tan siquiera mínimamente los elementos tenidos en cuenta para fincar su decisión”* (*“Alcances de la reparación civil de un accidente de Trabajo” (DT 2008-noviembre, p. 1054).*)”

Continuando ese criterio la CSJN ha dictaminado en *“Mosca c. Provincia de Buenos Aires”* (2007) *“el carácter independiente del mismo en relación al material, del que no debe considerarse accesorio, así como el amplio criterio del que gozan los jueces para su determinación*

*frente la particular naturaleza de las dolencias que se detecten, la envergadura de la afección, los padecimientos sufridos con motivo de su curación y las circunstancias personales de la víctima, no solo desde el punto de vista laboral, sino también social y familiar, que como antes dije se debe mensurar teniendo también en cuenta el potencial **proyecto de vida** al que puede aspirar la víctima.”*

V.- La tasa de interés vs inflación

La Sala modifica y mejora la situación del actor con respecto a la tasa de interés dándole la razón a su queja porque la misma debe adecuarse al contexto y circunstancias económicas y financieras del país donde nuestra moneda nacional se deprecia año tras año y por ende los intereses fijados en la sentencia judicial deben “afianzar la justicia” y proteger el derecho de propiedad consagrado en el art 17 de nuestra Carta Magna. Así lo dijo la CSJN en el fallo "Banco Sudameris c. Belcam" (DT, 1994-B, 1973) *“La determinación de la tasa de interés queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales.”*

Pero este criterio debe mantener la prudencia y consultar a los *“que saben”* utilizando las tasas bancarias informadas tanto por Banco de la Nación Argentina como así también los Bancos provinciales, dado que no vulnera el art 1 del CCCN pero a su vez con los límites de los principios de razonabilidad y proporcionalidad a fin de evitar enriquecer sin causa al actor *“ni hagan peligrar la fuente de empleo”*.

VI.- Las costas, ¿le cuestan al trabajador?

Las costas judiciales son los gastos que deben soportar las partes del proceso al judicializar su conflicto en procura de darle solución y finiquito a sus pretensiones por medio del juez que cumple la función de heterocomponerlo.

Ahora bien, en el caso concreto el actor es un trabajador y como tal goza del beneficio de gratuidad el cual se sustenta por el principio de acceso a la justicia porque como recordamos, por la teoría de la real hiposuficiencia se parte de la premisa de que el trabajador es la parte más débil de la cadena de producción y por ende, la que carece de mayores recursos materiales y económicos para afrontar los gastos en que se incurren por llevar su conflicto laboral a los juzgados nacionales o provinciales.

El actor se agravia de la sentencia de grado porque ordeno que las costas judiciales sean soportadas por el trabajador en un 30% y esto viola el derecho del beneficio de

gratuidad en favor del trabajador. Alega la parte actora que por no ser la vencida en el proceso quién debe soportar las costas judiciales es la parte demandada y la Sala le dio la razón, y modificó la sentencia de Primera Instancia las cuales fueron impuestas en su totalidad a los demandados.

VII.- La duda: ¿quién prueba lo que alega?

En el caso en concreto el aporte de la prueba en relación a los actos discriminatorios denunciados por la parte actora son difíciles de demostrar, por ello el juez a quo desestimó su pretensión por no aportar a la causa suficientes elementos probatorios con indicios razonables que generen convicción.

Según la teoría de las cargas probatorias dinámicas, indica que la carga de la prueba pesa en quién está en mejores condiciones de hacerlo. Según Gustavo de Jesus y Manuela Adroque “(...) *no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que ella falte (...)*”.

Como se indicó más arriba del presente trabajo, la parte accionada debe justificar que no le asiste razón a los hechos invocados por el actor sobre los actos discriminatorios denunciados.

La prueba testimonial es contundente al momento de demostrar hechos que suceden diariamente en un trabajo y que no son asentados en ningún documento por los usos y costumbres de cada lugar o bien por la dinámica del trabajo.

Las pruebas periciales, si bien no pudieron determinar que las afecciones a la salud del trabajador fueron causadas por su trabajo, pero indicaron que hubo grande posibilidades que así fuera.

Ahora bien, quién haya pasado por una entrevista laboral y realizado un test psico-físico sabe que no va a ser aceptado en algún trabajo con una enfermedad previa, las empresas no quieren asumir ese costo laboral. En ocasiones, el sentido común aplica en el derecho.

En relación al, mutuo acuerdo, fue tomado por el juez a quo como una “*liberalidad abosulta de la empleadora*” y esto puede dilucidarse desde un razonamiento de la buena fe aplicando la teoría de los actos propios esto gran parte de la doctrina y jurisprudencia acompaña, pero ¿podemos creer que el trabajador puede negociar un acuerdo? Habría que partir desde la Teoría de la Real Hiposuficiencia y alejarse de razonamientos civilistas en esta rama porque quién puede alegar su propia torpeza cuando siquiera puede ofrecer una ventaja comparativa a su favor; si el trabajador pierde su trabajo, pierde su única fuente de ingresos. En cambio quién posee una empresa puede prescindir de trabajadores y su negocio puede continuar generando ganancias con mayor o menor cantidad de trabajadores en sus filas.

Según la teoría de las cargas probatorias dinámicas, indica que la carga de la prueba pesa en quién está en mejores condiciones de hacerlo. Según Gustavo de Jesus y Manuela Adrogo “(...) *no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que ella falte (...)*”.

VIII.- Conclusión

En el presente fallo hemos visto el fraude al orden público laboral en el mutuo acuerdo que extingue la relación de trabajo.

El trabajador, con problemas de salud ha pedido varias licencias médicas producto del stress laboral debidamente acreditado en el expediente. La empleadora ofrecía el retiro voluntario para los casos de que el trabajador deseara terminar con la relación laboral y con ello lograba reducir los costos laborales.

El ritmo de trabajo era extenuante –rubro ventas de servicios bancarios- y debían cumplir objetivos de venta para no ser despedidos. Esta situación, según los testigos, llevó en los casos más extremos, al suicidio de algunos compañeros.

Por los problemas de salud, su edad, las licencias tomadas y ante la presión de la empleadora para que se retirara de la compañía, este optó por el retiro voluntario que se instrumentó mediante un mutuo acuerdo.

El problema con el acuerdo celebrado es que la Cámara de Apelaciones en lo laboral de Rosario lo cuestionó y dijo que se encubrió un despido incausado condenando a la empleadora a abonar indemnización por antigüedad, sustitutiva de preaviso y su SAC e integrar el mes de despido más daño moral.

El análisis del caso, parte del principio de irrenunciabilidad amparado en la ley de contrato de trabajo. Luego, la Cámara cuestiona las cláusulas aplicadas en el mutuo acuerdo y opinó obre su mala aplicación. No obstante, ello le demostró un indicio de que hubo un despido encubierto.

Escuchados a los testigos, se logró dilucidar que el ritmo de trabajo era sumamente estresante y que el lugar de trabajo fue realmente nocivo y perjudicial para el trabajador, aplicando el criterio de primacía de la realidad, sostuvo que el trabajador tiene otras opciones *más económicas* como renunciar o abandonar el trabajo.

Plantea la Cámara que hubo un *pacto extintivo oneroso* y que la empleadora manifestó su voluntad de reducir personal mediante el acuerdo celebrado porque entendió que hubo una contraprestación recíproca en el marco de un negocio jurídico: el trabajador a

cambio de su renuncia acepta los términos de la empleadora, que a su vez, necesita reducir costos y aumentar sus márgenes de ganancia. Esto entendió la Cámara, y consideró que es una ventaja comparativa a favor de la empleadora en detrimento de los derechos del trabajador.

El nudo de la cuestión radica que los pactos extintivos onerosos, son violatorios al orden público laboral.

En relación a que la Dra. Assef, con su voto disidente, planteó que el despido además fue discriminatorio, motivado por la situación delicada de salud del actor y su edad de casi 50 años, que si bien, no pudo acreditar con contundencia la discriminación, quedó asentado en la causa que el ritmo de trabajo, la presión constante por vender servicios bancarios y los traslados continuos de sucursales, hicieron que la salud del actor se desgastara al punto de llegar a la extenuación.

Esta duda razonable, generó convicción en el voto de la Dra. Assef siguiendo el criterio del principio protectorio *in dubio pro operario*.

El Dr. Angelides y la Dra. Mana, votaron en forma contraria a la Dra. Assef, confirmado la sentencia de grado en este punto ya que el actor no pudo demostrar los actos de discriminación denunciados.

Después de analizar el presente fallo, es convincente la postura de la Dra. Assef, más precisamente el tratamiento que le dio al despido incausado y el despido discriminatorio.

En relación al despido incausado, estos tipos de acuerdos entran en una “zona gris”, porque ¿Qué trabajador desea llegar a un acuerdo cuando puede renunciar o ser despedido?. Los principios protectorios del derecho laboral, si bien las personas legas saben que tienen derechos y que algo les corresponde por los años trabajados, terminan avasalladas en sus derechos elementales con estos acuerdos.

La labor doctrinaria y jurisprudencial se abrió paso al intentar equilibrar la parte más débil con las más fuerte. Así las cosas, con la teoría de la real hiposuficiencia se parte de esta premisa.

Como bien indica la Dra. Assef, la jurisprudencia toma teorías del derecho común y si bien el derecho laboral, se complementa con el derecho civil, tiene especificidad en su aplicación práctica, como por ejemplo, la interpretación de las normas es distinta al derecho civil. Entonces, ¿aplicaría la teoría de los actos propios en el derecho laboral? y en el caso de un mutuo acuerdo, ¿realmente se puede considerar que el trabajador obra de mala fe para luego atacar el acuerdo en sede judicial?. En consonancia con la Dra. Assef, considero que, en estos casos, debe prevalecer la primacía de la realidad analizando de manera integral los hechos

Estos acuerdos persiguen la defraudación y obtener una ventaja comparativa, pero no son convenientes celebrarlos. En cambio, es viable realizar acuerdos transaccionales conciliatorios o liberatorios porque requieren la intervención de la autoridad judicial o administrativa que homologan estos acuerdos, pero sin perjuicio de que los organismos de recaudación y de seguridad social accionen contra la parte empleadora para que regularice su situación.

En relación al despido discriminatorio, comparto la opinión de la Dra. Assef.

Es difícil demostrar los actos discriminatorios en un trabajo. Para hacerlo, por ejemplo, en los casos de mobbing, se recomienda enviar telegramas a la parte empleadora para poner de manifiesto esta situación, pero en la práctica, el trabajador sabe que puede ser despedido en cualquier momento y ello le acarrearía un juicio de 3 o 5 años y en su “mientras tanto” debe alimentarse y si tiene familia, su situación es más frágil aún. Por ello, es menester aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba para que quién alegue un hecho discriminatorio, la otra parte pruebe que lo contrario, así evitar procurar que la carga de esta prueba quede en cabeza únicamente de quien alegue, dado que esa prueba es para el bien común del proceso, y quién obstare o rehusare aportarla, cree una duda razonable a favor de la parte más débil.

IX.- Referencias

Chiti, S.M., (2016). El art. 241 de la LCT: ¿causal de extinción del contrato de trabajo o medio para extinguir derechos y obligaciones? Nota al fallo «Bissacco Acosta Rubén Oreste Juan c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ despido». *Microjuris, LJ*, MJ-DOC-9882-AR | MJD9882

I PROFESIONAL. (13, de 01 de 2015). Primero era empleada, luego «facturera»: la empresa la obligó a renunciar y fue condenada por fraude laboral. *I PROFESIONAL*. Recuperado de <https://www.cgcetucuman.org.ar/primero-era-empleada-luego-facturera-la-empresa-la-obligo-a-renunciar-y-fue-condenada-por-fraude-laboral/>

Pinacchio, A.C.M., (2017). Renuncias forzadas. *Microjuris, LJ*, MJ-DOC-11918-AR | MJD11918

Romualdi, E.E., (2012). Distracto expreso y tácito del contrato de trabajo. *Microjuris, LJ*, MJ-DOC-5702-AR | MJD5702.

X.- FALLO

Rosso José Luis c/ Banco Macro S.A. y otros s/ cobro de pesos

Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario

Sala: II

Fecha: 04 de marzo de 2020

En la ciudad de Rosario, a los cuatro días del mes de marzo del año dos mil veinte, se reunieron en Acuerdo las Sras. Juezas Dras. Lucía María Aseff y Adriana María Mana, Vocales de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral y el Sr. Juez de la Sala Tercera, Dr. Angel Félix Angelides, para resolver en autos: "ROSSO JOSÉ LUIS C/ BANCO MACRO SA Y OTROS S/COBRO DE PESOS" (EXPTE. N° 130/2019), venidos en apelación del Juzgado de Distrito de Ira. Instancia en lo Laboral de la Cuarta Nominación de esta ciudad.

La sentencia N° 1719 cuyo testimonio fue glosado a fs. 496/505, dictada el 17 de octubre de 2018 por el titular del Juzgado de origen, rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la codemandada Swiss Medical ART SA e hizo lugar parcialmente a lademanda, condenando a Banco Macro SA y a Swiss Medical ART SA a abonar al actor las horas extras reclamadas por el período no prescripto, indemnización por daño material - \$ 50.000 - y por daño moral - \$10.000.-; con costas en un 30% a cargo del actor y en un 70% a cargo de las codemandadas (art. 102, CPL).

Contra el pronunciamiento se alzaron todas las partes interponiendo recursos de apelación parcial, la actora a fs. 506, Swiss Medical ART a fs. 508 y Banco Macro SA a fs. 510, los que fueron concedidos a fs. 512 y 518, respectivamente.

Elevados los autos y radicados en esta Sala expresaron agravios: la actora a fs. 560/578 (conforme lo expuesto por decreto de fs. 580), Banco Macro SA a fs. 534/544 y la aseguradora a fs. 581/582, siendo debidamente sustanciados (cfr. fs. 541/544, 581/582, 589 y 591/593).Fecho lo cual, han quedado los presentes en estado de resolver.

Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1. ¿ES JUSTA LA SENTENCIA RECURRIDA?

2. ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dra. Aseff, Dra. Mana y Dr. Angelides.

A la primera cuestión: La Dra. Aseff dijo: Las quejas de la parte actora apuntan a cuestionar que el a quo: 1.- consideró que el vínculo contractual finalizó por mutuo acuerdo en los términos del art. 241 de la LCT; 2.- no reconoció la existencia de discriminación hacia el actor y la reparación reclamada; 3.- no determinó con precisión los períodos por los cuales corresponden las horas extras no abonadas; 4.- fijó como porcentaje de incapacidad el 25,5%; 5.- determinó montos en concepto de reparación del daño material y del daño moral que no representan una reparación justa, integral y plena; 6.- le impuso el 30% de las costas; 7.- no ordenó actualizar los créditos y fijó intereses que conllevan que los montos a pagar no arrojen una indemnización justa, integral y plena.

Por su parte, el codemandado Banco Macro SA se queja porque se lo condenó al pago de la indemnización por daño material y daño moral en base a la responsabilidad del art. 1113 del Código Civil. En tal sentido, sostiene que: 1.- las testimoniales rendidas no acreditan ciertamente el daño recepcionado, ni el nexo causal entre los daños padecidos y el trabajo; 2.- tampoco se encuentran probados por las periciales médica y psiquiátrica; 3.- se ha aplicado erróneamente el art. 1113 del anterior Código Civil, aplicable al presente, al entender que puede considerarse al establecimiento en sí como una "cosa" en los términos de la ley.

Finalmente, la aseguradora, Swiss Medical ART SA, cuestiona la tasa de interés impuesta porque la considera excesiva.

Trataré los agravios en el orden que considere metodológicamente más adecuado, adelantando que cotejada la sentencia de grado con la normativa de aplicación al caso en examen, las pruebas rendidas y las quejas vertidas, he arribado a la conclusión de que algunas de las esbozadas por la parte actora poseen suficiente entidad para modificar parcialmente el fallo recurrido.

1. La extinción del vínculo habido entre el actor y el codemandado Banco Macro SA
La parte actora se queja de que el juez haya considerado que el vínculo contractual con la codemandada Banco Macro finalizó por mutuo acuerdo de partes, en los términos del art. 241 LCT.

Sostiene que tal conclusión es arbitraria y contraria a la realidad de la causa, al derecho y a las propias consideraciones de la sentencia.

Refiere a los testigos y a otras desvinculaciones similares a las del actor, donde el objetivo del Banco era forzar el retiro de trabajadores con ciertas características, condiciones sociales, posición económica, con antigüedad en el trabajo, edad elevada y mayormente problemas de salud.

Hace alusión a la cláusula tercera del acuerdo de desvinculación que establece el pago de una "gratificación" que compensa todos los rubros a favor del trabajador, pero por un monto inferior al que le correspondía, y se agravia de que el juez no haya considerado tal circunstancia como relevante.

En definitiva, considera arbitraria y alejada de las constancias y circunstancias del caso la decisión del a quo.

La extinción del vínculo laboral habido entre el actor y el codemandado se formalizó ante Escribano Público, consignándose que se trataba de una decisión por mutuo acuerdo ".de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241 de la Ley de Contrato de Trabajo, a partir del 07 de septiembre de 2012 en el marco de un plan de retiro voluntario" (cfr. constancias de fs. 13/15, cuyo original se encuentra reservado en sobre en Secretaría).

En dicha oportunidad la empleadora se comprometió a abonar la suma de \$ 310.915,84.- comprensiva de: sueldo del mes, SAC 2do.Semestre, vacaciones pendientes de goce, SAC sobre dichas vacaciones, vacaciones no gozadas y "gratificación de egreso". A éste último rubro se le imputó la suma de \$ 286.062,87.-, y se estableció como cláusula tercera que la misma ".resulta compensable frente a cualquier reclamación que pudiere efectuar EL EMPLEADO originada en el contrato de trabajo y/o de su extinción, tales como diferencias salariales, recargos, adicionales, indemnizaciones, horas extras, comisiones, etc.

Se destaca, asimismo, que la mencionada compensación alcanza pretensiones reclamables judicial o extrajudicialmente y cualquier fuente que la origine, como puede ser la legislación vigente o los convenios colectivos o estatutos, así como que dicho monto se imputará a valores constantes al momento del supuesto pago, y cualquier reclamo indemnizatorio fundado en base a la relación laboral y especialmente las indemnizaciones previstas en los artículos 212 y 245 de la Ley 20744, o a reclamos indemnizatorios basados en la ley de accidente o daños y perjuicios y daño moral invocando las normas del derecho común, artículos 1078, 1109, 1113 y concordantes del Código Civil, como imputable también a cualquier actualización o intereses de crédito laboral alguno que se pretenda".

Asimismo, en la cláusula quinta se estableció que el trabajador ".expresa que una vez percibida la suma pactada nada más tendrá que reclamar a LA EMPRESA por ningún concepto emergente de la relación laboral que los uniera".

En la demanda, el actor ataca la validez de dicha extinción y sostiene que fue presionado para firmar, ya que luego de reiteradas licencias por enfermedad, con una salud

cada vez más deteriorada, la empleadora no tenía intenciones de reincorporarlo sino de despedirlo.

Por el contrario, al contestarla, Banco Macro negó que el actor hubiera sido presionado, dijo que Rosso conocía la política de los retiros voluntarios para empleados y que fue él mismo quien lo solicitó, ya que estaba cansado de trabajar con problemas de salud que eran ajenos al Banco.

Sostiene la validez del acto y hace alusión a lo establecido por el art. 241 de la LCT.

El juez, por un lado, entendió que el pago efectuado por la empleadora era una liberalidad absoluta pero que la fórmula utilizada por el convenio en la cláusula tercera no la liberaba del pago de cualquier rubro que legalmente pudiera corresponder de ser debidamente acreditado. Y por otro, que no se encontraba acreditado en autos que la voluntad del actor hubiera sido viciada y, por ende, cuestionable la validez del acuerdo firmado en los términos del art. 241 de la LCT. Por lo que la inexistencia de puntos litigiosos entre las partes hacía innecesaria la intervención de la autoridad administrativa o judicial a fin de que se expidiera sobre si se había arribado a una justa composición o no de los intereses de las partes, Y rechazó los rubros indemnizatorios reclamados (art. 245 LCT, preaviso, SAC sobre preaviso e integración del mes de despido y su SAC).

Desde ya disiento con la decisión del a quo, dado que considero que la empleadora, mediante la extinción del vínculo en las circunstancias relatadas y las que se reseñarán luego, en rigor de verdad encubrió un despido incausado.

Tal como me he pronunciado en numerosos fallos de esta Sala, entre ellos "Bolcato c. Acindar" -Acuerdo N° 402/06-, "Ross c. HSBC" -Acuerdo N° 237/08-, "Battistoni c. Telecom Argentina SA" -Acuerdo N° 193/10-, "Gómez c. YPF Gas" -Acuerdo N° 449/18-, entiendo que la postura impugnada afecta gravemente el principio de irrenunciabilidad de derechos receptado en el art. 12 de la LCT, que es uno de los despliegues más importantes del principio protectorio que vertebró la materia, y lleva a convalidar la violación del orden público laboral consumada por la empleadora.

Es que la existencia del pago de una "gratificación", que si bien en principio no invalida un acuerdo en los términos del art. 241 de la LCT, fue imputada a posibles reclamos futuros, prima facie no se compadece con tal modalidad de extinción, aportando un fuerte indicio a favor de mi posición la cláusula pactada de "nada más tendrá que reclamar", donde se hace expresa alusión a los artículos 245 y 212 de la LCT.

En este tipo de asuntos, invariablemente he seguido la posición del distinguido colega José Daniel Machado expresada en su texto "Los acuerdos extintivos y el orden público laboral", que expuso en las XXIX Jornadas de Derecho Laboral II evadas a cabo por la

Asociación de Abogados Laboralistas (Rosario, 23, 24 y 25 de octubre de 2003) -trabajo luego publicado en la obra colectiva "Por la adecuación constitucional de las instituciones laborales", Editorial Nova Tesis, Buenos Aires, 2003, p. 187/201- por coincidir con el análisis tanto jurídico como sociológico que allí despliega, mediante el cual, con la solvencia jurídica que lo caracteriza, ha desnudado la real naturaleza de estos acuerdos - a menudo celebrados al amparo del art. 241 de la LCT, tal como ocurre en el caso - otorgándoles el adecuado encuadre legal.

Inicia su reflexión afirmando que tres circunstancias de distinto orden justifican su empeño en la elaboración de su ponencia:

1. La primera de ellas es de tipo estadístico-descriptivo y parte de la asociación intuitiva del "dato" - consistente en la proliferación en grado y variedad de los "consensos extintivos" - con la tendencia generalizada a la evasión del orden público. Registra así una primera ola desencadenada en los años 90 a raíz de los llamados "retiros voluntarios", y otra posterior, que

se produjo a partir de la pseudo prohibición de despedir sin causa que estableció el art. 16 de la ley 25.561- prohibición ya extinguida - que, en rigor, dispuso una indemnización agravada mientras duró la emergencia ocupacional. ("Segunda" ola aparentemente ya concluida, al menos en la dimensión antes alcanzada, si tenemos en cuenta la fecha en que se celebró el

distracto en este caso).

2. La siguiente se origina "en la preocupante tendencia doctrinaria jurisprudencial en favor de la admisión de este tipo de acuerdos con base en la sola concurrencia de sus formas tasadas y soslayo de su finalidad ilícita, todo lo cual parece provenir de una traslación asistemática y acrítica de principios y normas de derecho común, olvidando el rol residual reservado por el Derecho del Trabajo a la "autonomía de la voluntad".

3. La tercera se relaciona con la defensa de la invalidez de estos acuerdos, reaccionando contra la elaboración clásica fundada en la teoría de los "vicios de la voluntad", porque, sostiene, ha perdido popularidad la idea, antes aceptada, de que la necesidad o hiposuficiencia del trabajador constituya en sí misma un elemento obstativo de la voluntad en la medida requerida por el Derecho Civil para conducir a la nulidad del acto.

Alude seguidamente a la doctrina clásica que adjudica a esta clase de acuerdos una naturaleza contractual que conduce a suponer un encuentro de voluntades coincidentes y cooperativas justificadas por la conveniencia recíproca (tal la cita de Messineo, perteneciente a su obra "Doctrina general del contrato") en virtud de la cual, "al igual que lo ocurrido con la renuncia, se ha destacado desde siempre que en tanto acto jurídico quedaba sujeto a la teoría general de las nulidades provenientes tanto de la existencia de vicios de forma como de

vicios de la voluntad que, en cuanto tales, debían ser demostrados por el interesado", agregando más adelante: "Más allá de subrayar las dificultades probatorias, una larga tradición permitió cuestionar los actos que estructuralmente podrían agruparse del siguiente modo: a) actos gratuitos obtenidos mediante injustas amenazas; b) actos onerosos obtenidos mediante promesas incumplidas; c) actos onerosos obtenidos mediante promesas cumplidas, pero violatorios del orden público", casos estos últimos donde "pagos contemporáneos aparecían bajo la forma de liberalidades o "compensaciones" en montos inferiores a los impuestos por el derecho necesario".

En efecto, el derecho necesario en el caso que nos ocupa hubiera impuesto ante un despido incausado el cobro de la indemnización por antigüedad, sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido (con sus SAC respectivos). Más en las cláusulas segunda y tercera del acuerdo de autos se le concedió al actor una suma, complementaria a los rubros de la liquidación final, en concepto de "gratificación por egreso", cuyo monto es cercano a lo que le correspondería, según la antigüedad y remuneración denunciada y reconocida en el mismo acto, solo en concepto de indemnización por antigüedad, lo que hace que no se advierta la necesidad de aludir en el acuerdo a los rubros indemnizatorios antes mencionados.

"En síntesis - sigue diciendo el autor - en lo que he llamado "doctrina clásica" han convivido una caracterización casi "naif" del acuerdo extintivo, como mero reverso de la potestad contractual constitutiva basada en la libertad y sólo limitada por restricciones formales, con cierto recelo jurisprudencial hacia su utilización, que permitió "voltarlo" toda vez que un convergente haz de indicios condujera a presumir un vicio de la voluntad", recelo que en el mutuo disenso laboral no aparece como prejuicioso ni exagerado - para demostrar lo cual se interna en un análisis de dicho acto como contrato desde el punto de vista de la "causa-fin" - dado que para el trabajador, explica, con impecable lógica y sentido común, "recurrir a un "acuerdo" carece de sentido en tanto tiene disponibles alternativas más económicas y sencillas que van desde la renuncia hasta el liso y llano abandono fáctico de la relación".

Y en este sentido considero que resulta indispensable tener en cuenta el principio de primacía de la realidad. Estas evidentes contradicciones condujeron a una revisión de la doctrina clásica, a partir de la cual, prosigue, "para superar este sin sentido inherente al "mutuo" se ha terminado por reconocer que en realidad su "causa" debe buscarse en la obtención de alguna ventaja comparativa" - tal como lo señala Héctor Scotti, en su artículo "Extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo" (publicado en Revista de Derecho Laboral, No. 2001-1, p. 43 y ss., Rubinzal Culzoni) -con conceptos que, mutatis mutandi son de aplicación al presente- lo que en definitiva ha traído "un desplazamiento nada sutil en la configuración doctrinaria del instituto que, así, abandona su perfil de gratuidad (esto, cuando se alude a los acuerdos con sustento en el art. 241 de la LCT) para involucrarse en la

ponderación causal por la vía del análisis de las contraprestaciones recíprocas", donde se deja el escenario de las voluntades concordantes en el fin común de abandonar la relación "para introducirnos en el de un negocio jurídico en que la medida de la prestación ajena ocupa el lugar de la motivación determinante para prestar la conformidad propia en su celebración", donde la otra parte integrante del convenio - o sea, la empleadora - persigue "nada menos que la ventaja de obtener una reducción de personal (o, en su caso, la sustitución de un trabajador indeseado) con un pago atenuado que no encuentra otra explicación que el alejamiento del trabajador", sinceramiento que tiene el valor de considerar - por regla y no por excepción - que estamos en presencia de un "negocio jurídico oneroso" - situación que en el presente es ostensible por los rubros abonados al actor - al que, según este autor, cabe adjudicarle alguna de estas posibilidades:

"1. O las ventajas reconocidas al trabajador dejan a salvo sus derechos de orden público, incluso pueden mejorarlos (caso en que, a la inversa de lo que dijimos oportunamente respecto del trabajador y su renuncia, no se advierte qué razón tendría el empleador para adoptar esta modalidad trabajosa en vez de despedir y pagar lo mismo); 2. O ellas son inferiores a las consecuencias necesarias del desvínculo injustificado y, por ende, suponen una concertación ilícita elusiva del orden público (que es lo sucedido en el presente); 3. O, en última instancia, anticipan una transacción o acuerdo liberatorio sobre los créditos derivados de la extinción injustificada que, en cuanto tal, requerirá la intervención de la autoridad competente no ya a meros fines de certificar su autenticidad formal sino con funciones homologatorias." Hago un paréntesis en la cita de este artículo para traer a colación que en asuntos similares, el distinguido colega de la Sala Tercera, Dr. Angelides, tanto en "Cardillo Sergio c/ S.A. Organización Coord. Art.", expediente N° 67/2011, Acuerdo N° 77 del 24.04.2012, como en "Soengas Norberto José c/ Nuevo Banco de Santa Fe", expediente 144/2011, Acuerdo 151/2012, expresó que en estos casos se estaría en presencia de "un acuerdo transaccional liberatorio" que como tal debió ser homologado por ser aplicable al mismo el art. 15 de la LCT y no el art. 241. Lo que, forzoso es señalar, no sucedió en el caso venido en revisión., Retomando la cita: El primer supuesto no merece reproches y en cuanto al segundo de ellos, la doctrina favorable a su aceptación (desde el doble punto de vista de su validez extintiva y de los efectos liberatorios) entiende que si el trabajador puede renunciar al empleo sin percibir nada a cambio por ello, no habría motivos para impedirle que acuerde con el empleador la atribución de alguna ventaja patrimonial dada y recibida bajo algún título liberal ("compensación" o "gratificación") cuyo importe no necesariamente refleje lo que se debería en caso de despido, tal como lo exponen Julio Caballero y Guillermo Comadira en su artículo "Extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes" (publicado en el número de la Revista de Derecho Laboral antes citada, páginas 59 y ss.) posición a la que Machado se refiere en estos

precisos términos: "Este curioso artificio para transmutar en generoso beneficio una "disponibilidad individual peyorativa", aunque ingeniosa y sobriamente expuesto, hace agua por todos lados", explayándose seguidamente en los fundamentos de su crítica.

En cuanto al tercer supuesto, o sea el de concebir el acuerdo oneroso estandarizado por Scotti como una transacción o acuerdo liberatorio de naturaleza prospectiva, considera el autor que se permanece aún con más fuerza que en el anterior en el escenario de un acuerdo extintivo esencialmente oneroso.

En el caso estamos, además, ante un acto celebrado privadamente entre las partes, en la sede de la empleadora y sin que el trabajador cuente con asistencia letrada, lo que hace más manifiesta su indefensión. Y, en la medida en que lo percibido por éste fue una suma menor a la que le hubiera correspondido si se tenía en cuenta la remuneración y antigüedad que se le reconoció en el mismo acto y los términos, causas y efectos de la desvinculación, descartando para el futuro todo tipo de reclamos a la demandada derivados de la relación de trabajo y/o su extinción, e incluso de accidentes del trabajo, no cabe sino concluir que este arreglo vulnera el orden público.

Agrega el autor, ".mientras la teoría de los vicios de la voluntad es apta para encuadrar ciertos supuestos concretos de maniobras engañosas en contra del trabajador, no es idónea ni necesaria para el tratamiento de las hipótesis de los "pactos extintivos onerosos".

No es idónea porque, en rigor, no hay voluntad suprimida, ni engaño, ni violencia, ni acto disimulado alguno que habilite la transposición de instituciones de un derecho común basado en la autonomía de las voluntades libres.

No es necesaria porque, aceptados los axiomas de nuestro ordenamiento, el orden público se expresa con toda su impronta objetiva (que prescinde desde luego de la indagación cuasi filosófica sobre si el trabajador quiso o no quiso una consecuencia vedada) determinando que sobre ciertos contenidos necesarios está privado de su libertad de elegir", cuestión que lo introduce en la problemática ideológica suscitada por la crítica liberal al Derecho del Trabajo encuya senda transitan, afirma, Caballero y Comadira, sobre la que no habré de detenerme por no ser necesario para el tratamiento de este caso, no obstante compartir las críticas que les formula.

El punto nodal a destacar es que "el acuerdo extintivo oneroso, aunque voluntario, debe reputarse violatorio del orden público laboral en tanto resulte de sus propios términos que el cambio contractual supone la liberación del puesto de trabajo (como conveniencia o beneficio del empleador) en función de un pago que "cualquiera sea su nombre o denominación", resulte insuficiente desde la óptica del régimen indemnizatorio imperativamente aplicable." En este entendimiento, prosigue Machado, "el eje del cuestionamiento prescinde ya de la valoración del "haz de indicios" de simulación porque la

simulación no existe aquí como vicio de la voluntad y se desplaza en cambio a la consideración del negocio extintivo como contrato con causa ilícita".

Sea que se adopte una posición causal subjetivista (Mosset Iturraspe) o causal objetivista (Gherzi), hay coincidencia en que la causafinalidad no puede constituir un hecho antijurídico ni implicar una defraudación a las normas de orden público, lo que en casos como el presente implicaría que pesa sobre el empleador la carga de persuadir acerca de las ventajas comparativas concretas que para el trabajador tuvo la celebración del acuerdo extintivo previstas por las circunstancias del caso, de tal modo que permitan arribar a la conclusión de que el resultado del acto no frustra el orden jurídico imperativo Y por lo que hasta aquí llevo analizado y lo que desarrollaré luego, es claro que no hubo en este acuerdo ventaja comparativa alguna para Rosso sino para su empleador.

Finalmente, en cuanto a las cláusulas del tipo "las partes nada más tendrán que reclamarse.", en la medida en que se han eludido los recaudos propios del art. 15 de la LCT y no puede derivarse de estas manifestaciones que el acuerdo trasluzca una "justa composición de los derechos e intereses de las partes", el autor asevera que las mismas "no inhiben la reclamación de las diferencias por los rubros que aparezcan allí imputados (art. 260 LCT) o la demanda de los no previstos como lisa y llanamente impagos." E insiste, con argumentos que comparto, "las escrituras públicas no hacen fe sino de las circunstancias que describe el art. 993 del Código Civil en los límites de la competencia del interviniente para certificar ciertos hechos, sin que pueda confundírsele con la presunción de autenticidad del art. 994 ni mucho menos con la autoridad homologatoria que resulta de la ley laboral". En lo que aquí interesa, concluye su análisis expresando: "Ante la obvia inconsistencia del intento, se razona desde la "buena fe" y desde la doctrina de los "actos propios", como así también desde el principio de "inescindibilidad de las transacciones", a fin de sostener que el trabajador sería una suerte de aprovechado que, sabedor de la ineficacia del acto, lucra con la percepción inmediata del "pájaro en mano" para luego reclamar los 99 que "quedan volando", lo que lleva a la paradoja de que "el acto con causa ilícita por defraudación del orden público transmuta aquí en torpeza invocable por quien contribuyó decisivamente a plasmarlo".

Afirma entonces que "con el solo límite del "enriquecimiento sin causa" que resultaría de ordenar pagar dos veces con el mismo motivo jurídico, no pueden traerse a colación los argumentos moralizantes del ordenamiento a propósito de validar un acto sustancialmente ilícito en que, precisamente, porque las transacciones son inescindibles (punto de vista que sostuve en este trabajo - dice - para explicar por qué la causa-fin de una cláusula extintiva no es sino el pago de una suma insuficiente) no puede considerarse que ha tenido "buena fe" quien ahora la invoca en su provecho".

En igual sentido a la conclusión arribada se pronunció mi colega, la Dra. Mana, en

una causa de esta Sala de destacadas aristas en común, desde que se trata de la misma demandada y sucursal aquí involucradas, sosteniendo: "En tal entendimiento y luego del examen de las pruebas rendidas en el juicio, concluyo que el acuerdo extintivo celebrado entre las partes es un acto simulado que encubrió la existencia de un despido sin causa por parte de la empresa, lo cual fue ajeno a la decisión del actor. Ello así por cuanto, y tal como lo expuso el sentenciante, tanto la similitud de la suma abonada en concepto de gratificación con la indemnización que lo hubiera correspondido al actor tras 18 años de trabajo y el preaviso (estipulación segunda) conjuntamente con la cláusula tercera que imputa dicha suma a futuros reclamos por diversos rubros (incluso referentes a enfermedades y accidentes de trabajo), me convencen del ropaje que se le dio a un verdadero despido y a la consecuente nulidad de las cláusulas que afectan los derechos irrenunciables del trabajador en virtud del art. 12 de la LCT" ("Farrugia, Marcelo c. Banco Macro SA s. Cobro de Pesos", Acuerdo N° 161/2016).

Y en cuanto a aquello que se concede como gratificación, también he de traer a colación lo expresado por mi colega en "Corvalán José O c. Acindar SA s/ Demanda Laboral", Expte. 182/2011. "Cabe señalar que el retiro voluntario configura un sistema de desvinculación de la relación de trabajo e implica la exteriorización de la voluntad del empleador de reducir su personal y la manifestación del empleado de su aceptación de abandonar el empleo en las condiciones que le son ofrecidas. (C. Civil, Com. y Laboral, Reconquista, noviembre 14-996 "Tanino de Enz, Nilda H. c. Telecom Argentina Stet- France Telecom S.A.") DT, 1997- B, 1570.

"Se entiende por gratificación todo pago espontáneo y discrecional del empleador que responde a un criterio exclusivamente subjetivo de su parte.

"En este contexto, cabe señalar que son variadas las posturas que se han adoptado acerca de las gratificaciones otorgadas al trabajador. Así se ha buscado desde la doctrina identificar a que rubro se imputa claramente la gratificación. En tal sentido, Fernández Madrid considera que "La gratificación suele ser entregada con motivo del cese sin sujetarla a condicionamiento alguno y a posteriori pretender que se impute a algún rubro remuneratorio o indemnizatorio que resulte adeudado (desconocido en el momento de la entrega de la gratificación y reclamado después). A este respecto el empleador que ha expresado su voluntad en un sentido: el de gratificar, no puede a su voluntad dar otra imputación al pago, por ejemplo atribuirle título indemnizatorio." (Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo II, 1990, La Ley Bs. As. pág. 1285).

"Puede entenderse que en este tipo de convenios de retiros voluntarios normalmente el trabajador tiene en consideración la suma de dinero que bajo el nombre de gratificación se entrega, pero contemplando su situación actual. "En este orden de ideas cuando el

trabajador pacta recibir el dinero al suscribir el acuerdo no corresponde sostener que su intención sea razonablemente abdicar eventuales derechos económicos futuros, específicamente las indemnizaciones derivadas de una incapacidad laboral y que al momento de suscribir desconoce.

"La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en posición que comparto - y mutatis mutandi resulta de aplicación al presente - ha sostenido que ".si lo que se abona es una "gratificación", dicha suma posee, por decir así, "autonomía propia", esto es se basta a sí misma y, por lo tanto, sólo puede ser imputable a ese concepto, es decir a una gratificación; dicho de otro modo: si el principal abona una gratificación (que no es otra cosa que una retribución tendiente a recompensar o galardonar pecuniariamente un trabajo o un servicio, expresamente regulada por la ley laboral: art. 104 LCT) parece evidente que no puede atribuírsele el efecto de cancelar, anticipadamente, lo que posteriormente se compruebe como adeudado en concepto de la indemnización prevista en las leyes de accidente de trabajo. Más aun de otorgársele esa condición, se daría la cruel paradoja que resultarían mejor "gratificados" aquellos trabajadoressanos que quienes por encontrarse disminuidos en su capacidad laborativa con motivo de la relación laboral formalizaran alguna acción en tal sentido. En el primer caso, toda la suma recibida será propiamente una "gratificación"; en el segundo, lo percibido sería no ya una recompensa sino, e n definitiva, el pago, parcial o total de lo que le es debido por el infortunio o la dolencia sufrida". (CNAT, sala X Brito, José c. Grafa S.A. 18/07/1997, publicado en La Ley Online. Cita online: AR/JUR/5990/1997).

"Lo contrario implicaría la renuncia de los derechos adquiridos por el trabajador que suscribió el convenio con el fin de recibir una suma de dinero en concepto de gratificación especial y voluntaria pero que a la postre intenta encubrir la posibilidad de un futuro reclamo, es decir pretender lo opuesto es convalidar anticipadamente la renuncia del trabajador a derechos que la misma ley le reconoce y que por lo tanto no puede válidamente negociar con el empleador como para quedar vinculado con la firma de la cláusula cuando reitero, el fin perseguido por el dependiente al momento de la suscripción del convenio fue lógicamente otro."

Esclarecida que ha sido, entonces, la verdadera naturaleza del acuerdo celebrado entre las partes al momento de extinguirse el vínculo, cabe concluir que estamos en presencia de un despido incausado (encubierto), motivo por el cual he de receptar el agravio de la parte actora y, en consecuencia, hacer lugar a los rubros: indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), sustitutiva de preaviso (art. 232, LCT) y su SAC e integración del mes de despido (art. 233, LCT) y su SAC.

2. El despido discriminatorio El juez de grado al rechazar la existencia de un despido incausado desestimó también el reclamo por despido discriminatorio. Se agravia de ello la

actora porque entiende que el a quo omitió analizar el expediente como un todo a la luz de la sana crítica, aludiendo fundamentalmente a la prueba testimonial y a las pericias de autos.

Sostiene que la desvinculación del actor tuvo como causa su condición de trabajador con problemas de salud, capacidad disminuida y en edad adulta que implicaba que no habría recuperación; y que la instrumentación del acto discriminatorio hacia trabajadores con problemas de salud se materializa en los supuestos acuerdos de desvinculación como el presente.

Y le asiste razón.

En el conocido precedente "Pellicori" de la CSJN de fecha 15.11.2011, dijo el Alto Tribunal que el corpus juris elaborado por los comités internacionales de derechos humanos ".se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio.

Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto", partiendo ambas reglas de un dato realista que consiste en ". las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo." Lo que más adelante lo conduce a sostener que "las reglas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que una vez que el reclamante hubiese acreditado "prima facie" que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que lo justifique" En el Considerando 7° de "Pellicori", luego de referirse al examen que sobre este tema ha llevado a cabo la OIT, también se explica como uno de los supuestos más frecuentes, que la discriminación es difícil de demostrar ".tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación", lo que ha permitido en algunos países que la legislación o la jurisprudencia inviertan la carga de la prueba o al menos la flexibilicen.

Luego de reseñar lo decidido en tribunales de otros países y las normas internacionales que sustentan su posición en relación a la prueba exigible a cada una de las partes a fin de equilibrar una balanza que, en términos tradicionales, se presentaría como desfavorable para el trabajador, la CSJN concluye su fallo, en el Considerando 11°, afirmando que "La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica",

advirtiendo, en el párrafo siguiente, que "Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción institucional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que éstos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de la prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímelmente 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".

Y en el caso venido en revisión, el actor no solo acreditó su estado de salud sino también cómo habían repercutido en otros compañeros de trabajo las crecientes exigencias de la empleadora, su falta de controles periódicos para verificar el estado de salud de sus dependientes y toda medida de prevención de su parte que, luego del fallecimiento de dos de sus empleados todavía jóvenes por motivos que bien podían obedecer a una situación generalizada de estrés -que comenzó a partir de los sucesos acaecidos a partir del año 2002, por todos conocidos, y por lo visto no fueron tenidos en cuenta a futuro, incrementándose las exigencias de venta de los productos del banco así como las horas de trabajo - lo llevaron a desprenderse de los empleados de mayor edad y compromiso de salud, mediante acuerdos espurios cuya verdadera naturaleza ya he analizado al referirme al de desvinculación que suscribió el actor sin asesoramiento legal alguno, respecto del cual surge con claridad de las constancias de autos: -Que el actor sufría problemas de salud vinculados con cuestiones psíquicas que fueron adecuadamente descriptos y evaluados tanto en la pericial psiquiátrica como en la pericial médica, con suficiente grado de ponderación de los factores desencadenantes. -Que al contestar la demanda la empleadora adujo que fue el propio actor quien pidió el retiro voluntario por los problemas de salud que atravesaba, no relacionados con el trabajo. -Que, sin embargo, tan dirimente aserto no fue siquiera sumariamente acreditado. -Que ambos peritos entendieron como altamente factible que sus dolencias estuvieran relacionadas con el trabajo realizado a las órdenes de la demandada. -Que una situación similar surge del dictamen de la Comisión Médica N° 7 que luce a fs. 410/443 donde admiten la existencia de una incapacidad que mensuran en el 20,90% pero le deniegan la jubilación por invalidez por no llegar con ese porcentaje al mínimo legal exigido en estos casos. -Que no consta que la ART demandada haya llevado a cabo medida alguna de prevención directamente relacionada con la actividad desempeñada por el actor. Que no se le hicieron los controles periódicos mediante los cuales se hubieran podido detectar y mejorar sus dolencias físicas y psíquicas, porque era más fácil y económico forzar un despido encubierto mediante una maniobra de disolución por mutuo acuerdo, que ninguna persona

enasas condiciones y a esa edad razonablemente hubiera aceptado si hubiera tenido otras alternativas. -Ello así, no solo porque fue el modus operandi del banco con otros empleados según lo declaran los testigos que depusieron en autos, sino también porque forzoso es preguntarse quién encuentra fácilmente un trabajo después de los 50 años, con 27 años ininterrumpidos de servicios en la misma actividad y en estas condiciones; y sabemos que la respuesta es negativa y condiciona la aceptación de condiciones aun desfavorables por parte del trabajador. -Que el detallado relato que se hace en la demanda fue corroborado con similar minuciosidad por los testigos Farrugia y Garneró (ver fs.384/386), dando circunstanciada cuenta de que el ambiente de trabajo era tenso y estresante, y que muchos compañeros habían sufrido distintos problemas de salud por tal motivo.- Que abundaban los cursos de capacitación cada vez que el banco cambiaba de dueño - lo que sucedió varias veces - pero no existía medida alguna de prevención en salud para los empleados, cada vez más sometidos a mayores exigencias de ventas. -Obviamente que el objeto de una entidad bancaria es ganar dinero y ello no es en sí mismo reprochable - tanto es así que ha sido una de las escasas actividades que se han visto beneficiadas aun en épocas de crisis, como es público y notorio - pero, siempre y cuando no sea a costa de la salud de los trabajadores. - Razones todas que, en función de lo actuado en autos y lo resuelto en "Pellicori", proporcionan indicios más que razonables y suficientes que me persuaden de que el actor sufrió un despido discriminatorio por razones de edad y de enfermedad.

Al comentar el fallo 'Parra Vera', Sebastián Coppoletta expresó que 'la consideración en un juicio de la causa del despido como acto discriminatorio tiene dificultades relacionadas a la prueba del acto discriminatorio y a la calificación del acto como discriminatorio'. Y con respecto a este último señaló que 'El distracto laboral no justificado por una causal de injuria suficiente, es siempre un acto ilícito injustificado que es sancionado por el ordenamiento jurídico.

La intensidad de la sanción impuesta por el sistema dependerá si la causa del distracto está motivada en una distinción o en una discriminación.' "Asimismo, y en materia de prueba del despido discriminatorio, hizo referencia a lo sostenido por el Dr. Zas en dicho decisorio en relación a un sistema probatorio estructurado de la siguiente forma: '1) en principio, la carga probatoria está en cabeza del actor; 2) esa carga probatoria no se satisface con una mera alegación del acto discriminatorio; 3) el actor para satisfacer su carga probatoria debe aportar 'un indicio razonable' de que el acto del empleador se encuentra motivado en un criterio discriminatorio; 4) este 'indicio razonable' sobre el motivo discriminatorio que debe aportar el actor debe ser suficiente como para crear en el juzgador una creencia racional sobre la existencia del acto denunciado; 5) la satisfacción de la carga probatoria del actor crea una presunción judicial respecto de la existencia del acto discriminatorio que, por efecto propio de las presunciones, invierte la carga probatoria

trasladando la misma al demandado; 6) el demandado debe probar que los motivos reales de su decisión son distintos a la discriminación denunciada; 7) los motivos de la decisión del empleador deben ser objetivos, razonables y

proporcionados en lo que hace a la explicación de su decisión de despedir. (Coppoletta, Sebastian, 'La calificación y prueba de la causa del despido como acto discriminatorio', DJ 16/08/2006, 1075, LL AR/DOC/2756/2006)".

Y en el caso venido en revisión no encuentro "un indicio razonable" de que tal acto se encuentre motivado en un criterio discriminatorio sino varios - todos aquellos que anteriormente consigné que superan la decena - que no habré de reiterar en mérito a la brevedad, más allá de que no se hayan precisado ni acreditado las licencias médicas previas a la firma del documento rescisorio a las que se alude en la demanda, porque hay una situación general de sobre exigencia que proporciona el marco adecuado para la aparición de estas dolencias.

Porque como sostuvo la perito psiquiatra Travesani a fs.145, "De acuerdo al examen psiquiátrico efectuado y el análisis de la documental aportada se puede afirmar que el actor se encontraba psíquicamente enfermo al momento de su retiro laboral, sin recursos subjetivos acordes para enfrentar sus responsabilidades plenamente.

La desvinculación laboral lo deja sin defensas frente a las dificultades de su vida.(porque). la presencia de un ingreso estable y una cobertura médica le permitían ejercer su vida cotidiana en un marco de aparente seguridad y contención externa." Todos estos indicios me llevan a concluir que en autos correspondía la inversión de la carga de la prueba, desde que "corresponderá a la víctima afectada demostrar el umbral mínimo probatorio de conexidad para generar con ello la inversión de la carga probatoria, debiendo, en tal caso, el denunciado como discriminador acreditar la existencia de razones objetivas (que pueden ser funcionales, económicas, de perfil, etc.) que desactiven dicha presunción." (Toselli, Carlos Alberto, "La discriminación originada en causas o motivos de salud", Cita: RC D 2444/2012, Revista de Derecho Laboral, Tomo:2008 2, Discriminación y violencia laboral - I), lo que en modo alguno llevó a cabo la demandada- más allá de la negativa puntual de cada una de las afirmaciones y reclamos contenidos en la demanda - y sí el actor, alcanzando con creces ese umbral mínimo probatorio de conexidad que menciona el distinguido colega.

Finalmente, para terminar de zanjar la cuestión, he de traer a colación lo decidido en los caratulados "Molina, Mario Javier c/ Supermercados Coty s/ cobro de pesos" (Expte. N° 267/2012), donde, también acompañando a la Dra. Mana como Vocal preopinante a fin de justificar la aplicación del art. 9 de la LCT, dijimos: "En la aplicación del principio in dubio pro operario consagrado en el art. 9 de La LCT, Antonio J. Barrera Nicholson señala que se

analizan tres situaciones: a) falta lisa y llana de la prueba; b) insuficiencia indudable de la prueba; y c) duda.

"Con respecto a los primeros dos casos se coincide en que no hay aplicación posible del in dubio; y con respecto al tercero sería el único caso en que el mismo resultaría aplicable." "Para estos casos sostiene Justo López que "la razonabilidad de esa limitación se funda. Precisamente en la situación de duda. Ello exige. la existencia efectiva de una duda insuperable luego de agotado el estudio de la causa e, incluso, si fuere el caso, de agotados los medios de investigación que la ley le permite usar al Juez".

Agrega, citando a Miguel Angel Maza que, "no toda duda en la valoración de la prueba puede caer bajo este recurso técnico provisto por el legislador. Solo puede. resolverse mediante la invocación de la regla del Art. 9 LCT una duda insuperable, profunda. una duda en la que la producción probatoria está casi a punto de producir convicción, no lográndolo sólo por muy poco. No debe confundirse una situación de pruebas producidas que generan dudas con aquellos supuestos de falta de pruebas, ni con la endeblez probatoria o con pruebas que no convencen". (Cf. Libro de Ponencias - XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Ciudad de Santa Fe - 8 al 10 de junio de 2011- Comisión de Procesal Laboral - "El espacio de la duda en la apreciación de la prueba en el proceso laboral".) Postulo, entonces, la recepción del agravio.

Y en la medida que en la demanda, la determinación de su monto se dejó librada al criterio judicial, propicio, en este caso, que la indemnización por despido discriminatorio sea equivalente a trece sueldos, similar a otras indemnizaciones agravadas contempladas en el derecho laboral sustantivo.

3. Las horas extras Al respecto se agravia la parte actora de que no se hayan determinado con precisión los períodos por los cuales corresponden las horas extras no abonadas. Señala que en tanto la codemandada no planteó la prescripción, debe entenderse que su parte al hablar de "meses no prescriptos" no limitó el reclamo cuando, en rigor, sí lo hizo.

Su queja, entonces, carece de asidero.

La sentencia hizo lugar al reclamo de horas extras "por el período no prescripto" (cfr. fs. 499vta.) conforme fue reclamado en el escrito de demanda, donde se consignó que se reclamaban las horas extras "en los meses no prescriptos", sin precisión alguna, tal como era su carga hacer conforme al art. 39 del CPL.

Desde ya, tampoco era necesario que la demandada planteara prescripción alguna en tanto el reclamo del actor se encontraba limitado - al contrario de lo aquí pretendido - sin que pueda dejar a un lado aquello que integró la litis.

Postulo, sin más, el rechazo de la queja.

4. La remuneración Asimismo se agravia el accionante de que no se haya determinado cuál

es la remuneración base para el cálculo de los rubros adeudados.

En tal sentido considera que la misma asciende a la suma de \$11.026,71.-, reconocida por la empleadora en el acto de desvinculación y que surge de los recibos de haberes, más \$2.004,80.- por las 20 hs. extras al 50% que indica la sentencia de baja instancia, según las escalas salariales remitidas por el Sindicato.

También esta queja carece de sustento, por lo que postulo su rechazo.

En primer lugar, porque la remuneración del actor no estuvo en discusión, y según surge del acto de extinción del vínculo y de los recibos acompañados, asciende a la suma señalada por éste (\$11.026,71.-).

A la misma, claro está, se le deberá adicionar la correspondiente a las horas extras otorgadas por el a quo - por el período no prescripto - cuya recepción llega firme a esta sede.

En efecto, el juez de grado no cuantificó la remuneración total del actor a los fines de determinar la base de cálculo, pero al receptar las horas extras -en la cantidad denunciada en la demanda, 20 hs. mensuales- ordenó que "A los fines de la determinación del monto deberá estarse a los salarios que surgen informados por la Perito Contadora" (cfr. fs. 499 vta.).

Por lo que su cuantificación, que se practicará al momento de la ejecución de la sentencia, deberá ser realizada conforme lo ordenado por el juez de grado.

5. El porcentaje de incapacidad del actor Se agravia el actor del porcentaje de incapacidad del 25,5% receptado por el a quo.

Considera arbitrario que se haya tomado como válida la incapacidad psiquiátrica determinada por el perito médico en lugar de la de la perito psiquiatra, ya que se privilegia la opinión de un generalista por sobre la de un especialista.

Sin embargo, coincido con la determinación de incapacidad fijada por el juez de grado, en tanto si bien la psiquiatra es especialista, la pericia médica luce más comprensiva e integral del daño padecido por Rosso.

La misma comprende no solo la neurosis, también detectada por la experta en psiquiatría - aunque en distinto grado - sino también la patología "hipertensión arterial".

En tal sentido considero razonable que el a quo haya tomado el porcentaje de incapacidad total determinado por el perito médico a fs.407 vta., sin que la parte actora convenza de lo contrario.

En cuanto a la valoración por el juez del dictamen de los peritos, Devis Echandía

expresa que el juez "es libre para valorarlo mediante una sana crítica", y que "si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle el conocimiento sobre los hechos, como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones" (en "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por AAVV, 1ª. reimp., Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo II, 2007, p. 112/113).

Postulo el rechazo del agravio.

6. El daño, el nexo causal y la responsabilidad del Banco Macro SA en los términos del art. 1113 del CC La codemandada se agravia de que se haya hecho lugar a la indemnización por incapacidad por daño material y moral en base a la responsabilidad objetiva del art. 1113 del CC, y que el a quo haya considerado acreditado el daño y el nexo causal en base a los testimonios de autos.

Manifiesta que las testimoniales de Garnero y Farrugia no logran probar ciertamente el daño, ya que son vagos e imprecisos, y que de ellos no puede inferirse que los padecimientos sufridos por el actor provengan del ambiente de trabajo y de su trabajo en sí. Expresa que no puede sostenerse que la sola existencia de muchos clientes y de exigencias para lograr la venta de productos del Banco y el cumplimiento de metas puedan generar la incapacidad reclamada.

Ataca las pericias de autos, médica y psiquiátrica, las que considera que tampoco logran acreditar la existencia de un daño que sea producto del trabajo realizado por el actor.

Por otro lado, se queja de que se le haya atribuido responsabilidad objetiva conforme el art. 1113 del CC.

Alega que dicha norma fue aplicada erróneamente al considerar el juez que el establecimiento en sí puede ser considerado "cosa" en los términos de la ley.

Entiende que el edificio-banco-establecimiento no se ha comportado como un "elemento participante en la generación del daño" tal como lo exige la jurisprudencia.

Adelanto que no le asiste razón desde que sus críticas no resultan idóneas para desvirtuar la conclusión arribada en este punto por el juez, ni para descartar las pruebas de autos que, contra lo que pretende, sí logran acreditar el daño y el nexo causal entre el mismo y el trabajo desarrollado por el actor a las órdenes de la demandada.

En la demanda, Rosso relató que sus tareas fueron cambiando en el prolongado lapso que se desempeñó para la codemandada (1985-2012), encontrándose a cargo el último tiempo de la sección de ventas de productos del Banco, en la categoría de "jefe de sección" (CCT 17/1975).

Describió las condiciones de trabajo y distintas situaciones que fueron desencadenándose sobre todo a partir de la crisis económica del año 2001, en apretada síntesis, como largas jornadas de trabajo, la realización de mayores tareas para cubrir

puestos, la pérdida física de compañeros, viajes a los fines de mantener a los clientes, y la incertidumbre reinante generada ya sea desde dentro de la empresa como también con los clientes.

Dijo que a medida que pasaban los años las metas de ventas eran mayores y cada vez más y más estrictas; y que a pesar del deterioro progresivo de la salud del trabajador y sus compañeros de trabajo, el Banco nunca bajó el nivel de exigencias, ni realizó exámenes periódicos, ni adoptó medidas para el cuidado de la salud de sus trabajadores.

Hizo referencia a una internación por neumotórax en el año 2002, a un tratamiento psiquiátrico y a un cuadro de hipertensión arterial.

En definitiva, denunció que el cuadro de estrés e hipertensión arterial padecido era consecuencia del ambiente laboral y por tanto la empleadora resultaba responsable en los términos del art. 1113 CC.

Con respecto al daño y al nexo causal entre el mismo y el ambiente de trabajo en el que se desempeñaba Rosso, adquieren relevancia las testimoniales de Granero y Farrugia y las periciales de autos.

El perito médico informó que "El actor fue tratado y controlado por su cuadro de estrés laboral así como también por hipertensión arterial, de acuerdo a los elementos aportados. Debe señalarse asimismo que la serotonina plaquetaria es un marcador biológico utilizado en el diagnóstico de trastornos depresivos. El actor evidenció valores por debajo de las cifras de referencia en las tres mediciones aportadas"; y concluyó en que Rosso padece de neurosis de angustia grado II-III e hipertensión arterial grado II (fs. 407 vta.) con una incapacidad parcial y permanente del 25,5% de la t.o. -factores de ponderación incluidos -.

También la pericial psiquiátrica evidenció el cuadro de neurosis padecido por el actor: ". De acuerdo al examen psiquiátrico efectuado, el análisis de la documental aportada se puede afirmar que el actor se encontraba psíquicamente enfermo al momento de su retiro laboral [...] Cursa un cuadro depresivo severo con ansiedad y temores hipocondríacos con desasosiego, irritabilidad, ansiedad y vivencia de perjuicio, con incremento de actitudes defensivas, trastornos del sueño y dificultades en la vida en relación. Dicho cuadro correlaciona con un desarrollo vivencial anormal neurótico con manifestación depresiva [...] El cuadro está generado por la vivencia subjetiva de sentirse en riesgo, exigido, mal evaluado a nivel de rendimiento en forma sostenida en el tiempo. El cuadro no cesa con su desvinculación laboral" (fs. 145/146); "El actor presenta un desarrollo vivencial anormal neurótico con manifestación depresiva con rasgos de ansiedad e hipocondriasis con repercusión en todas las áreas de desempeño grado III, conforme Baremo Ley 24557" (fs. 146).

Más allá de las consideraciones de la quejosa que reflejan esencialmente su

disconformidad con la decisión del a quo, considero que ambas pericias, practicadas de acuerdo a las reglas de la ciencia que dominan los expertos, logran acreditar el daño invocado en la demanda, así como su origen laboral y que sus conclusiones son claras y convincentes.

Es que las testimoniales dan cuenta del ambiente laboral y la presión que sufrían los trabajadores de la sucursal en la que se desempeñaba Rosso, confirmando por otra vía el adecuado nexo causal que se establece en ambas pericias.

Garnero (fs. 384/385) corroboró la realización de horas extras: “. generalmente, siempre, hacíamos horas extras, salíamos a veces a las 18, a veces 17 hs, a veces 16 hs. No había un horario fijo. El actor también, siempre trabajábamos en grupos. (tercera pregunta); “. No las pagaban [.] En épocas del corralito trabajamos hasta las 20 hs, en situaciones como explico, de corralito, situaciones especiales, cuando hubo cambio de banco, cambio de sistema." (cuarta).

Preguntado sobre cómo era el ambiente y ritmo de trabajo dijo "Era complicado, era estresante. Había mucha afluencia de público de gente [.] a todos nos pasaba lo mismo, era bastante desgastante. A raíz de eso, no sé si cabe aclarar, varios como yo tuvimos problemas de estrés o de otras enfermedades relacionadas con el trabajo, por la cantidad de horas y las presiones que teníamos comerciales. Nosotros en esa sección al tener tarjetas y préstamos teníamos metas que cumplir cada uno de los que estábamos allí [.] dentro del tema de las ventas se agravaba la situación porque teníamos que cumplir con las metas y hacer el trabajo administrativo, que en otros casos está dividido, es casi imposible hacer las 2 cosas. Con respecto a las ventas, las presiones eran semanales, te llamaban personalmente para decirte que no estabas cumpliendo las metas, que ibas lento." (sexta); "En mi caso debido al estrés estuve con problemas de tipo psiquiátrico, desde 2010 en adelante, me fui del Banco teniendo ese problema. Tuve varios períodos de licencia, incluso hasta 6 meses que se iban renovando mes a mes. Por el problema estaba complicado, y el Banco me ofreció indemnizarme para irme, más por el problema del banco por mis faltas por problemas de salud que por otra cosa.

En un momento compañeros míos también estuvieron en tratamientos psiquiátricos, problemas estomacales, arritmias. Marcelo Farrugia por ejemplo tuvo un infarto trabajando en la caja, ahí en el banco. El otro cajero, Ariel Menicetti tenía problemas de presión. El mismo José Luis sé que tenía problemas de presión arterial. Otro fue Gabriel Rossetti tuvo también problemas y atención psiquiátrica." (séptima).

Farrugia (fs. 385vta. /387) también confirmó la realización de jornadas en exceso: "El primer día el gerente me dijo que tenía horario de entrada, pero no de salida, y después lo cumplió textualmente [.] la temática siguió con todos los gerentes [.] nunca salimos antes de 16:30 o 17:00 hs como temprano.

Había situaciones. Cómo en cada cambio de nombre de Banco, que aparte cuando salíamos a la tarde, teníamos que ir con legajos y hacer en la casa de ellos clientes firmar toda la papelería. Quizás salíamos y estábamos hasta las 21:00 haciendo firmar los clientes toda la papelería nueva (tercera pregunta); "Cuando cambio de banco bisel a Nuevo banco bisel, quese fue la mitad del personal, tuvimos que ir a suplir las vacantes, en ese período, un tiempo fui a Cañada Rosquin, a 40 kilómetros de mi localidad, y por un mes viajé todos los días a las parejas, a 100km de mi localidad. Rosso también en esos horarios, los horarios eran para todo el personal, entrábamos todos juntos y nos íbamos todos juntos [.]" (cuarta).

Asimismo declaró: ".a mí me dio un infarto trabajando en el Banco de cajero [.] entonces estuve un año con licencia médica y no me podía reintegrar al trabajo, fui a plantear esa situación para ver si podía tener una tarea pasiva, y me dijeron que no, si estaba enfermo era un problema mío. Me dijeron que el Sr Lizzio, que era el gerente de RRHH en ese momento si tenía un problema de salud era un problema mío, que al Banco le interesaba la parte de números. Entonces yo le dije que bueno, que en esa situación tenía que renunciar y cobraba la indemnización, yo había hecho el cálculo y eran \$300.000. Lizzio me dijo que el Banco tenía una partida para pagar a los empleados pero que no llegaba a ese número, que me ofrecía

\$160.000 y que lo considerara porque de lo contrario o me reintegraba en la situación que estaba bajo mi responsabilidad o renunciaba y no cobraba nada." (primera); "El ritmo de trabajo era vertiginoso, y el ambiente era muy estresante, muy tenso. Era vertiginoso porque siempre fue poco personal para la cantidad de actividad que había. Y estresante porque con las continuas metas y todo generaba que uno fuera con mala voluntad a trabajar" (sexta). Preguntado sobre si sabía de otros trabajadores de la sucursal con problemas de salud dijo que "Todos. Rosso tomaba tranquilizantes. Gustavo Garneró tenía atención psiquiátrica. Yo estaba tomando tranquilizantes básicamente todo el plantel tomaba, te tengo que nombrar básicamente todo el plantel, todos tomábamos alguna medicación por problemas relacionados con el estrés [.] me enteraba de lo que les pasaba a los compañeros porque faltaban o me contaban cuando volvían, pero yo estaba más metido con mis problemas de salud." (séptima); "No le interesaba al banco, de hecho, en ninguna oportunidad nos hizo examen médico, ni cuando fuimos cambiando de firma de Banco, pasamos de Carlos Pellegrini a Bisel, de Bisel a Nuevo Banco Bisel, de Nuevo Banco Bisel a Bisel de Macro, y después Macro, y en ninguno de esos pasos nos hicieron exámenes médicos sabiendo que sufríamos esos cambios, cambios de sistema cursos de capacitación, hacer toda la papelería nueva con la firma de los clientes" (octava).

Tales declaraciones no aparecen vagas ni imprecisas, por el contrario corroboran lo denunciado en extenso en el escrito inicial. Y no debe soslayarse que los testigos compartieron su lugar de trabajo con el actor y han participado de la misma comunidad de

trabajo, con contacto directo con las tareas realizadas, lo que los convierte en testigos necesarios para poder acreditar los hechos que se relatan en la demanda, siendo de destacar que sus declaraciones son precisas, circunstanciadas y razonablemente concordantes entre sí.

Asimismo, ambos expertos han dado claras y convincentes razones en torno a que las dolencias que padece el actor son consecuencia del ambiente de trabajo al que se encontraba sometido.

Así, el galeno sostuvo que “. en base a la evaluación y el examen físico realizado, que las patologías que presenta el actor se encuentran en relación con el antecedente laboral referido.”(fs.407Vta.).

Y la perito psiquiatra preguntada sobre si “. las tareas descriptas en la demanda, así como los hechos relatados en relación a la vinculación del actor como empleado bancario desde el año 1985 hasta su desvinculación, así como el resto de los datos consignados, no influyeron en la salud del actor, en especial como causa de incapacidad" dijo que "Sí influyeron" (fs. 146).

Por lo que, la realización continua de horas extras, la presión generada por la realización de ventas de productos, los continuos traslados a sucursales del banco, la exigencia de la gente y el principio de primacía de la realidad, indican que la prestación laboral dentro de una entidad bancaria en esas condiciones, conlleva un grado de presión de gran magnitud en virtud del ambiente nocivo y perjudicial para un trabajador que realizaba tareas como las de Rosso.

Respecto a la aplicación del art. 1113 CC, las quejas de la codemandada respecto a que el establecimiento no es una "cosa" en los términos de la ley tampoco tendrán favorable acogida.

María Paula Lozano en "El derecho humano a la reparación de los daños derivados de las enfermedades laborales" (La Ley, 21.04.08, 9/ 2008-C, 8), comentando un fallo de la Sala V de la CNAT del 24.09.07, "Utge Aguilar c. Internacional Health Services Argentina", al referirse al riesgo de la cosa o actividad riesgosa aborda con profundidad el tema explicando: "El concepto de "cosa", previsto en el art. 2311 del Código Civil no debe interpretarse desde un punto de vista literal, estático, fetichista, porque de ese modo se estaría retornando a la antigua concepción romana, ampliamente superada por el desarrollo del moderno derecho de daños.

"Cincuenta años después de la sanción de la primigenia ley de accidentes de trabajo, el desarrollo de la actividad industrial y la generación de riesgos vinculados a la producción de bienes y servicios fueron los factores que coadyuvaron a la reforma del Código Civil del año 1968. Aunque la redacción final no fue del todo clara, ya que se establece "el riesgo o vicio de la cosa", el objetivo reformista fue dar respuesta al desarrollo creciente y a la

complejidad del tejido social, en donde la generación de daño muchas veces obedece a los riesgos creados por el uso de determinados bienes o realización de actividades que afectan a terceros, sin que exista dolo ni culpa del agente.

La mirada se fue colocando más sobre el daño que sobre la ilicitud o no del mismo.

"Si el empresario es quien se apropia de la ganancia y la actividad económica es la que genera el riesgo, la misma no puede realizarse a costa del daño a la salud del sujeto más débil de la estructura productiva. En este caso el derecho perdería su primordial función social, que es garantizar la convivencia humana a partir de la protección del más vulnerable, aquel que se encuentra en una situación desigual frente al poder.

"La coacción vital y social, lleva al prestador de trabajo a incorporarse a la esfera de riesgos del dador de trabajo, asumiendo peligros y la posibilidad de un hecho dañador, compromete al empleador, que en forma lícita, permitida, crea riesgos o los pone en actividad. La cuestión del fundamento de la reparación no radica en la antijuridicidad de la actividad del empleador, ni tampoco se encuentra en la imputación de determinado riesgo, sino en las exigencias de la justicia conmutativa. Quien persigue su propio interés aún lícito y daña el derecho de otro debe indemnizar al perjudicado".

"Lo mismo sucede en otras ramas jurídicas, por ejemplo, en el derecho ambiental. No existen derechos absolutos, los mismos deben armonizarse en pos de garantizar la coexistencia pacífica. El derecho de ejercer una industria lícita, consagrado en el art. 14 de la CN debe armonizarse con los derechos sociales y humanos fundamentales, no puede constituirse en una licencia para dañar".

Asimismo, jurisprudencia que comparto ha señalado: ". La normativa civil habla de "riesgo de la cosa" y no de "cosas riesgosas", por lo que debe entenderse, en tal sentido, que "cosa" no es una determinada maquinaria o aparato, ni un objeto concreto susceptible de ocasionar un daño. Puede ser todo un establecimiento, explotación, empresa o incluso también actividad - como en el presente caso- en el que se da la posibilidad de que en un gerente bancario la presión crónica y excesiva que le demanda su labor llegue a provocarle o agravarle una enfermedad determinada" (CNAT, Sala VII, "R., L. A. c. H.S.B.C. Bank Argentina S.A. s/ despido", 12/11/2012, LL 21/03/2013,4; AR/JUR/68265/2012).

"Si el padecimiento psíquico padecido por el trabajador deviene de las circunstancias estresantes a las que se encontró sometido en el desarrollo de sus labores como chofer, ello torna viable la responsabilidad atribuida a la empleadora, pues cuando el ambiente de trabajo - labores realizadas- es susceptible de producir daños en la salud del dependiente ocasionando una efectiva incapacidad, ese ambiente debe ser considerado como el riesgo o vicio de la cosa al que se refiere el art. 1113 Cód. Civil" (CNAT, Sala x, 22/10/2015, "Caldez, Jorge Antonio c. Transporte Automotor Plaza SACI", DT 2016-abril) También traigo a colación el criterio de la SCJBA cuando dice que: "A la hora de realizar la

interpretación operativa que funcionalmente nos corresponde, atendiendo a la textura abierta que presenta el lenguaje del derecho (al respecto, puede verse especialmente Genaro Carrió, "Notas sobre el derecho y el lenguaje", Abeledo Perrot, 3° Ed. comentada, Buenos Aires, 1986), he de sostener que el vocablo "cosa" se extiende para abarcar, en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y la actividad laboral toda. Si a ello se agrega que cuando esas tareas pueden generar un resultado dañoso, deben ser incorporadas al concepto de riesgosas, de donde se deriva que deben ser incluidas en las previsiones del art. 1113 del Código Civil" (Acuerdo del 29-9-04 en autos: "Ferreyra, Gustavo Raul c/ Benito Roggio e Hijos S.A. y Otra s/ Indemnización por Daños y Perjuicios", Causa L. 80406).

En el caso, la actividad llevada a cabo en las condiciones gerenciadas por el empleador, que fueran antes señaladas -jornadas extensas, presión patronal, cambios continuos, etc.- hacen de la misma una actividad riesgosa y aplicable, por tanto, el art. 1113 del CC.

Por todo lo expuesto, postulo el rechazo de los presentes agravios.

7. El monto de la reparación Al respecto expresa agravios la parte actora y la codemandada Banco Macro.

La empleadora entiende exagerado el monto total de \$60.000.- fijado por el juez, y solicita se disminuido "considerablemente" en virtud de que se encuentra acreditado que no es la "cosa" solamente la que ha provocado los daños negados en el actor.

Por su parte el actor considera que las sumas determinadas en concepto de daño material y daño moral no representan una reparación justa, integral y plena.

El a quo, citando el fallo "Arostegui" de la CSJN y advirtiendo de la necesidad de valorar al trabajador como un ser integral, y no sólo como un productor de resultados económicos, cuantificó el daño material sufrido por el actor en la suma de \$ 50.000.- y el daño moral en \$ 10.000.-.

En relación a la cuantificación del daño, conforme ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ".no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres" y ".que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos. No conforman pautas estrictas que quien juzga deba seguir inevitablemente pues que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social." (CSJN, 21/9/2004, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Accidentes Ley 9688" A.2652.XXXVIII y "Recurso de Hecho Arostegui, Pablo Martin c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L. A 436 X.L, del 8/4/2008).

Señala Mario Fera, en referencia al fallo "Arostegui", que "La Corte consideró que el fallo era susceptible de varios reproches. Principalmente, reprochó que, "so color de restitutio in integrum, se había estimado el resarcimiento por el daño material del derecho civil también mediante una tarifa, distinta en apariencia de la prevista en la LRT, pero análoga en su esencia pues, al modo de lo que ocurre con ésta, sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada 'total obrera' y de su repercusión en el salario que ganaba al momento de los hechos proyectado hacia el resto de la vida laboral de aquélla." Agregó que tal "criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste." Al respecto, recordó la doctrina constitucional de la Corte según la cual "el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales".

También se refirió a lo expresado en diversos pronunciamientos propios en el sentido de que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste "un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.", y que,

por el otro, "debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de (la) actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable". Y agregó que, en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera. Finalmente, advirtió que, al limitar su examen a la ya recordada comparación, la sala dejó de atender al carácter desmembrado de la forma de percepción de la reparación prevista en la LRT (renta periódica), con cita del precedente "Milone".

"El contenido del fallo, situado en el marco del derecho civil (no tarifado), permite sostener que la sobrestimación de las fórmulas nos pone en el riesgo de anticipar un criterio general que tiende a "cerrar" la posibilidad de obtener una justa indemnización. Podría afirmarse entonces que la utilización de fórmulas no puede pasar por alto la necesidad de estimar puntualmente en cada caso la magnitud de los daños y su traducción dineraria a efectos de determinar el resarcimiento. Sobre la base del hecho incontrastable de que ningún caso derivado de un infortunio es igual a otro (aunque tenga similitudes), estimamos que a partir de lo afirmado por la Corte en "Arostegui" se relativiza el valor de las "fórmulas" como método anticipado de cuantificación precisa y última del daño. Ello no obsta a su valor como método orientativo, que nos sitúa frente a ciertos parámetros típicos, pero necesariamente sujetos a la adaptación al caso según las diversas circunstancias que lo caractericen" ("Principales aspectos de la "ley de riesgos del trabajo", publicado en informacionlegal.com.ar - Cita Online:AR/DOC/3027/2008).

Por su parte Horacio Schick, al comentar el fallo "Medina c/ Heredia" (del 02.06.2008, Sala IX de la CNAT), se refiere en similar sentido en cuanto a lo dicho por la CSJN en "Arostegui", señalando que "De acuerdo a estas pautas cabe señalar que a los fines de la valuación monetaria del daño material para el resarcimiento de la pérdida de ganancia es necesario determinar la entidad de ese daño para justificar la indemnización. En este sentido debe tomarse en consideración las condiciones personales de la víctima, como: la edad, el sexo, la profesión, los ingresos, el tipo de dolencia y —primordialmente— el grado de minusvalía laborativa. Pero asimismo, en la acción judicial fundada en el derecho común no deben contemplarse exclusivamente los daños laborales sino los otros efectos del perjuicio que se proyectan en la vida social, personal y familiar a más del daño moral, que tendrá reparación autónoma.

"También, para evaluar la pérdida de incapacidad física, debe atenderse a las aptitudes de la víctima y a la repercusión que la secuela postraumática tiene o puede tener sobre la

personalidad del damnificado. Es decir, que debe repararse no sólo la incapacitación laborativa sino también la disminución de la aptitud genérica del trabajador.

"El Dr. Emilio E. Romualdi al respecto sostuvo que: "(.) las fórmulas basadas en salario son profundamente injustas. No sólo por los aspectos destacados en el precedente "Arostegui" sino también porque quien menos gana más necesita la utilización de su cuerpo para su vida cotidiana tanto en el aspecto laboral como en los de relación. Para graficar la idea quien gana \$ 1000 viaja en colectivo, pinta su casa, hace los arreglos de plomería o albañilería o corta el pasto. Quien gana \$ 10.000 viaja en auto, lo que conlleva mayor confort para soportar la discapacidad o el dolor y terceriza la mayor parte — si no todas - de las tareas antes mencionadas.

"Por dicha razón es que la Corte Suprema ha reiterado que la determinación de la indemnización no se realice a través de fórmulas matemáticas o financieras y, a tal fin, introdujo un nuevo concepto: 'proyecto de vida'.

"El Superior Tribunal ha definido este concepto al indicar: "Tal como lo ha juzgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos '(el) 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la paridad de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

"Claro que también, para no incurrir en arbitrariedad, el Juez debe expresar las pautas objetivas que se han tenido en cuenta para evaluar el valor vida, como son la edad de la víctima, las circunstancias personales y su capacitación; su condición social, su formación y la gravedad de las lesiones; la totalidad de los ingresos, las posibilidades de ascenso en la carrera profesional vedadas por las secuelas del infortunio y las cargas familiares; sin verse obligado a limitarse a fórmulas matemáticas.

"Así la Corte Suprema también había señalado que "La determinación del monto de los perjuicios si bien no deben vincularse a cálculos matemáticos que so pretexto de objetivar el máximo el pronunciamiento, también pueden conducir a conclusiones apartadas de las circunstancias fácticas acreditadas en cada caso; esto no exime a los jueces de explicar tan siquiera mínimamente los elementos tenidos en cuenta para fincar su decisión" ("Alcances de la reparación civil de un accidente de Trabajo" (DT 2008-noviembre, p. 1054).

Ahora bien, en cuanto al daño moral la CSJN ha refrendado en "Mosca c. Provincia de Buenos Aires" (2007) -también en "Baeza c. Provincia de Buenos Aires" (2011), entre otros fallos- el carácter independiente del mismo en relación al material, del que no debe considerarse accesorio, así como el amplio criterio del que gozan los jueces para su determinación frente a la particular naturaleza de las dolencias que se detecten, la envergadura de la afección, los padecimientos sufridos con motivo de su curación y las circunstancias personales de la víctima, no solo desde el punto de vista laboral, sino también social y familiar, que como antes dije se debe mensurar teniendo también en cuenta el potencial proyecto de vida al que puede aspirar la víctima.

En suma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en coherencia con el pensamiento plasmado en fallos anteriores (Aquino, Castillo, Milone, Díaz, Llosco, Soria, Galván, Silva y Arostegui), ratifica el derecho constitucional del trabajador a obtener una reparación integral por los daños sufridos como consecuencia de un accidente o enfermedad laboral.

Asimismo, la Corte de nuestra Provincia sostuvo en "Suligoy" que ".el lado subjetivo de la personalidad moral se encuentra integrado por aquellos bienes personales que los sujetos poseen en virtud de su individualidad biológica y psíquica como son las afecciones legítimas, la seguridad personal e integridad física, la intimidad, el derecho moral del autor sobre su obra, el valor de ciertos bienes (Brebba, Roberto, "La lesión al patrimonio moral", publicado en "Derecho de Daños", primera parte, Buenos Aires, 1991, pág. 236)"; y que "la importancia reconocida al daño moral debe plasmarse en una actividad jurisdiccional que a la hora de estimar el daño no se desentienda de su alto cometido de decidir en cada caso conforme a las circunstancias que tiene ante sí, contemplando de manera individualizada los alcances que reviste para cada sujeto el menoscabo inferido a su patrimonio moral" ("Suligoy c. Provincia de Santa Fe", 29/12/1993, A y S T. 105, p.171/191).

Desde tal perspectiva, en virtud de las pautas y criterios reseñados, considero que si bien el aquo al momento de cuantificar el daño hizo referencia a "Arostegui" y a las condiciones de la víctima, los montos determinados lucen un tanto exiguos, tal como lo entiende la parte actora, por lo que corresponde la recepción de su agravio y la revocación de la cuantificación efectuada en baja instancia.

En cambio, corresponde rechazar sin más el de la demandada, que, contrariamente, entiende que lucen excesivos. Ello en tanto se limitó a solicitar que sean disminuidos "considerablemente", sin siquiera proponer qué sumas distintas a las otorgadas considera

razonables, ni brindar elementos en concreto o pautas específicas que contribuyan a sustentarse su queja y, eventualmente, a satisfacer su pretensión, dado que expresa su agravio en términos genéricos sin dotarlos de contenido preciso alguno.

En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos, esto es: a) la edad de Rosso al momento de la extinción del vínculo -septiembre de 2012- (51 años), b) la incapacidad receptada (25,5%), c) el carácter de las patologías padecidas y la repercusión que las mismas podían proyectar en su vida personal y profesional, d) las dificultades que se pueden presumir al momento de conseguir un trabajo en iguales o similares condiciones que el que desarrollaba para la codemandada, e) sus condiciones personales, f) y también la remuneración que percibía en aquél momento \$ 11.026,71.- (sin contar las horas extras receptadas en sede judicial) que, resulta oportuno aclarar, atento la categoría que revestía el actor se encontraba muy por encima del salario mínimo vital y móvil (que ascendía en aquella época, para trabajadores mensualizados que cumplían la jornada legal de trabajo, a \$ 2.670.-).

Considerando lo solicitado al respecto en la demanda (cfr. fs.24), es que considero razonable elevar los montos indemnizatorios fijados en la instancia anterior, postulando determinar el daño material reclamado en la suma de \$150.000.- (pesos ciento cincuenta mil) y en concepto de daño moral el monto de \$ 50.000.- (pesos cincuenta mil).

8. La tasa de interés La aseguradora se agravia porque el juez aplicó una tasa de interés excesiva y diferenciada. Sostiene que la fijada es irrazonable, confiscatoria y se aparta de los parámetros establecidos por la Corte de la Provincia en "Gudiño" y "Olivera". Solicita se aplique la tasa activa del Banco Nación por aplicación de la modificación efectuada por la ley 27348 art. 12, ap.3, de la LRT.

Por su parte, el actor sostiene que los intereses fijados por la sentencia conllevan que los montos a pagar no constituyen una indemnización justa, integral y plena. Hace referencia -en síntesis- a la inflación, al contexto económico y compara la aplicación de distintas tasas activas del BNA, concluyendo en que la aplicación de dos veces y media logra mantener el valor inicial del crédito del trabajador aunque no llega a comprender un adecuado resarcimiento por la privación del uso del capital.

Ahora bien, el capital de condena incluye rubros laborales derivados del despido del actor y la reparación integral como consecuencia de las patologías detectadas.

El juez ordenó aplicar al capital debido total desde el 07/09/2012 -dies a quo que llega firme a esta sede- hasta el 31/03/2016 la tasa activa sumada del BNA para descuento de documentosa 30 días, y a partir del 01/04/2016 hasta el efectivo pago dos veces dicha tasa, con capitalización en caso de incumplimiento.

En esta queja le asiste razón al actor.

Durante varios años esta Sala siempre había distinguido las épocas que económica y financieramente atravesó el país, a fin de establecer una tasa de interés diferenciada y adecuada al crédito del trabajador, en función de las variaciones temporales acontecidas.

Así lo expresamos -con extensos fundamentos a cuya lectura remito en mérito a la brevedad-en "Díaz c. Charge", Acuerdo N° 122/06 y en "Blanco c. Asociart", Expte. N° 4/2014, por lo que en función de lo allí decidido en casos como el presente modificábamos la tasa de interés fijada en la sentencia de grado como sigue: desde que cada rubro se tornó exigible y hasta el 31/12/2013 aplicando al crédito reconocido al trabajador la tasa activa promedio mensual sumada que fija el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de préstamo. Y desde el 1° de enero de 2014 hasta el momento de su efectivo pago una vez y media la tasa activa promedio mensual sumada de la misma entidad para descuento de documentos a 30 días.

Mas los cambios experimentados desde el 10 de diciembre de 2015 en adelante -e incluso poco antes- y la inflación que generaron (y siguen generando en forma exponencial) en la mayor parte de los rubros que integran los consumos y gastos básicos de una familia, nos llevaron a modificar el criterio que hasta entonces veníamos aplicando, como lo hicimos a partir de "Fernández c. La Segunda ART S.A.", Acuerdo N° 323/16, a cuyos argumentos también remitió en mérito de la brevedad, donde fuera Vocal preopinante la Dra. Mambelli, que entonces expresó: ". que no podía perderse de vista ". que respecto del antecedente de la Corte de la Nación 'Massolo', el Dr. Petracchi señaló que teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y procesales de la causa -validez de un acuerdo civil referido a un conflicto de daños-, no correspondía '.aplicar el reajuste equitativo previsto por la ley 25.561 y el decreto 214/2002 para las obligaciones de dar suma de dinero pactadas en moneda extranjera' y en su considerando 19, sostuvo que '.lo anteriormente señalado no impide que si una vez practicada la liquidación definitiva sobre la base del convenio que debe ejecutarse y de las pautas fijadas por la cámara en su sentencia, para el demandante se hubiese producido una marcada desproporción que vulnerase la integridad de la condena y con ello su derecho de propiedad, pueda recurrir a los instrumentos incorporados al Código Civil por el derecho moderno —teoría de la imprevisión, abuso del derecho y frustración del fin del contrato— a fin de preservar la equidad de la prestación al tiempo de su cumplimiento".

"Siguió diciendo (Considerando 20) que '. tanto el Tribunal (conf. Fallos: 315:158, 992 y 1209) como la doctrina especializada han reconocido en la tasa de interés un remedio para dicha situación, lo que deberá ser también evaluado por los jueces de la causa como una

alternativa para evitar que los efectos de la depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera, incidan solamente sobre quien fue la víctima del daño, tema para el cual los magistrados deben ponderar los antecedentes del caso y las circunstancias económicas del momento para determinar con criterio prudencial el interés aplicable' (CSJN, 'Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.', 20.04.2010, Cita Fallos Corte: 333:447; Cita online:AR/JUR/7507/2010).

"Sobre este voto se ha dicho que 'la 'depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera incida solamente sobre quien fue la víctima del daño' (citando las palabras del juez Petracchi) significa consagrar consecuencias legales inequitativas para el caso a juzgar, que, entendemos, no deben admitirse en nombre de una potestad estatal en virtud de la cual aquél crea y determina el valor monetario, con exclusión del control judicial. Parece no resultar razonable dejar caer todo el peso de la depreciación de la moneda en cabeza del damnificado laboral y beneficiar con ella a la compañía de seguros' (Borda, Guillermo J. (h), 'Inflación y equidad', LA LEY 07/06/2010, 7, AR/DOC/4604/2010)".

Y así se decidió la aplicación de la tasa de interés equivalente a dos veces el promedio de la tasa activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

Desde su dictado ese ha sido el criterio que he sostenido en cuestiones de cobro de pesos derivados del vínculo laboral.

Ahora bien, respecto a reclamos por accidentes y enfermedades del trabajo he sostenido, desde el reciente dictado de "González Luciano c. Provincia ART" (Acuerdo N° 442/19), que la aplicación de una tasa de interés a todos los casos por igual puede pecar por exceso o defecto en los distintos casos, provocando así resultados injustos.

Por lo que a los fines de su determinación traigo a colación lo dicho por esta Sala (por mayoría, en su anterior integración) en "Viña" (Acuerdo N° 147/2018): "La Corte Nacional, en "Roses y Cía. SRL c. Laurent, Karin B.", 1977, Fallos 298:466, dijo que "cuando el equilibrio de las prestaciones se altera a causa del proceso inflacionario, que al resentir el poder adquisitivo de la moneda disminuye su valor real, es necesario el reajuste de la deuda, que procede para cumplir el propósito de 'afianzar la justicia' que incluye el Preámbulo de la Constitución Nacional y proteger el derecho de propiedad". En el mismo sentido, "Vera, Oscar F. c. SanidadSA", 1978, Fallos 300:655, entre otros, dijo que "para no frustrar el propósito de 'afianzar la justicia' que incluye el Preámbulo de la Constitución Nacional y preservar el derecho a la propiedad que consagra su art. 17, el reajuste de los créditos debe ser admitido cuando mediamora culpable del deudor".

"Es cierto que la finalidad de las tasas de interés no es la de compensar el paso del tiempo conjuntamente con la incidencia de la inflación, pero, igualmente, los jueces han tenido que echar mano de aquéllas a fin de "afianzar la justicia".

Desde que en 1994 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en "Banco Sudameris c. Belcam" (DT, 1994-B, 1973), quedó claro que ". La determinación de la tasa de interés. queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales." cobrando plenitud la interpretación que pudo hacerse del entonces art.622 del Código Civil (hoy arts.768 y 769, CCC), como de la doctrina creada en torno a la norma.

Es así que los jueces tienen la más amplia libertad para resolver la forma de liquidar los intereses sin otro límite que el buen criterio".

En el marco de tal facultad, la Corte Suprema de Justicia de nuestra Provincia ha considerado en "Olivera" que ".resultaría prudente que los jueces se remitan a las tasas bancarias por ser las establecidas por entidades expertas en el manejo de las correspondientes ecuaciones y serlas de uso y costumbre en el ámbito de la adjudicación judicial (adviértase que el Código Civil y Comercial en su artículo 1 dispone que los usos, prácticas y costumbres son vinculantes en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho). (. Por otra parte, es importante señalar que la suma de intereses moratorios no debe ser excesiva o abusiva y debe mantenerse constantemente dentro de límites razonables y prudentes, respetando los principios consagrados en los artículos 9, 10 y 771 del nuevo Código Civil y Comercial, que orientan y condicionan al juzgador en la selección de una tasa" y que la potestad de los jueces de fijar los intereses "no escapa a los cánones de razonabilidad y proporcionalidad porque de no ser así podríamos envilecer la suma adeudada o estar generando un capital enriquecido sin causa" (CSJSF, 31/10/2017, "Olivera c. Supermercado San Jorge SRL y otros", A. y S. t. 278, p. 295/308).

Asimismo, la Corte de la Nación señaló en "Bonet c.Experta ART S.A." (del 26.02.2019): ". impone a los magistrados el deber de ponderar de manera concreta el resultado al que se arribará mediante la aplicación de la tasa de interés contenida en las Actas que corresponda aplicar.

Que esta Corte tiene establecido que el desempeño judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos, y ha desechado la admisión de soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin, propio de la labor de los jueces, de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes en las causas concretas a decidir (Fallos: 253:267; 271:130; 315:672; 318:912 y 320:158)".

[.] 9) Que, si bien la tasa de interés a aplicar queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa, los arbitrios a utilizar no deben lesionar garantías constitucionales. Ello acontece en el sub lite toda vez que se verifica ese menoscabo dada la suma exorbitante que quedó evidenciada -como producto de una mecánica aplicación de una tasa- que ha arrojado un resultado notablemente superior a los valores a sustituir".

En consonancia con tales premisas, recientemente la Corte de nuestra Provincia en tres pronunciamientos dictados el mismo día revocó la aplicación de la tasa activa doble promedio mensual fijada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta días (en "Borda" y "Córdoba") y dejó firme, rechazando la queja interpuesta, dos veces y media la tasa establecida en la Resolución 414/99 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (en "Pasquet").

Así, sostuvo que: ".si bien la fijación de los intereses es tarea propia de los jueces de la causa, en dicha tarea debe primar la razonabilidad en atención a las circunstancias concretas de la causa, buscando un equilibrio, de forma tal que por exiguos no vulneren los derechos del trabajador, ni por excesivos generen un enriquecimiento sin causa y hagan peligrar la fuente del empleo." ("Borda c. Provincia de Santa Fe" del 06/08/2019, A. y S. T. 291, pág. 270/276 y en igual sentido "Córdoba c. Provincia de Santa Fe", A. y S. T. 291, pág. 277/281).

Y en "Pasquet c. Experta ART SA" tuvo en cuenta que: ".sus alegaciones [las de la aseguradorarecurrente] al respecto resultan insuficientes para desvirtuar lo argumentado por la Alzada en un examen que realizó de la realidad económica imperante y las particulares circunstancias de la causa, en sintonía con la normativa aplicable y los lineamientos trazados por esta Corte provincial ("Ojeda", "Olivera") y por el Más Alto Tribunal ("Espósito").[.] lo decidido giró en torno a las circunstancias que se evidenciaban de las constancias de la causa, la normativa aplicable y la doctrina y jurisprudencia imperante en relación a la tasa de interés, materia que resulta propia del ámbito reservado a los jueces ordinarios de la causa, sinque, por su parte, la impugnante logre desmerecer la valoración fáctica e interpretación normativa en que el Sentenciante fundó su decisión".

Desde tal perspectiva, teniendo en cuenta las premisas reseñadas, se impone analizar qué tasa sería razonable aplicar en el caso concreto a los fines de arribar a una justa y adecuada reparación de los daños sufridos por el trabajador, respondiendo a su reclamo con la debida suficiencia, que es la finalidad perseguida en casos como el presente.

En tal faena considero que la situación de zozobra económica y financiera por la que está pasando el país, con sus altos índices de inflación, atenta contra la cristalización de una

posición férrea, tal como lo adelanté.

Por lo que resulta importante, entonces, fijar una tasa de interés que permita, con criterios de justicia y equidad, mantener incólume el crédito del trabajador, teniendo en cuenta que en el caso de autos se tratan de valores históricos calculados al momento de la extinción (septiembre de 2012).

A los fines de su determinación considero razonable la propuesta de ponderación que mi colega, el Dr. Marchionatti, ha aplicado en diversos precedentes de esta Sala (tales como "Borsani c. Interacción", Acuerdo N° 305/19, entre otros).

Esto es, realizar un análisis comparativo de los valores de la inflación (IPC elaborado por el Instituto de Estadísticas del Gobierno de la Provincia de Córdoba) y la Tasa Activa del Banco de la Nación Argentina sumada en 1 vez, 1 vez y media, 2 veces, y 2 veces y media, como también las tasas diferenciadas por el a quo.

Así, si tomamos la fecha de inicio para el cómputo de intereses fijada en baja instancia - que llega firme a esta sede -: 07/09/2012 y como fecha de finalización el 31/10/2019 (último publicado cuando se comienza a estudiar esta causa, pero cuyos cálculos resultan igualmente ilustrativos para el fin comparativo perseguido), y a un valor de referencia de \$100 le aplicamos el IPC y las tasas antes mencionadas, tenemos como resultado lo siguiente: Por lo tanto, un valor de \$100 actualizado según el IPC arroja como resultado la suma de \$738,95.-, por lo que se advierte, por un lado, que la aplicación de la tasa de "Fernández" resulta más beneficiosa que las tasas diferenciadas impuestas por el a quo; y por otro, que dos veces y media la tasa activa es la que se acerca más al valor de la inflación por el período señalado (arrojando un monto de \$641,5.-) aunque no llega a cubrirlo.

Respecto de la tasa pretendida por la aseguradora, debe ser rechazada en tanto pretende la aplicación de una ley (27348) que no resulta aplicable en autos, no solo porque no estamos frente a un reclamo tarifado del sistema de la LRT sino que la misma no resulta aplicable a siniestros ocurridos con anterioridad a su vigencia.

Por lo que la aplicación de dos veces y media la tasa activa es la que, a mi criterio, postularía una más justa y adecuada reparación de los daños sufridos por el trabajador, respondiendo a su reclamo con una mayor suficiencia, que es la finalidad perseguida en casos como el presente.

Sin embargo, no se me escapa que de aplicar tal criterio, por considerarlo el más justo y adecuado para la reparación debida al trabajador siniestrado, teniendo en cuenta los criterios de mi colega de segundo voto y del vocal que integró la Sala en estos autos, la cuestión se debería resolver mediante la conformación de un tribunal integrado, con el riesgo de que se decida el

otorgamiento de una tasa inferior a la que considero más adecuada e incluso a la que aplica mi colega de la Sala, lo que podría terminar redundando en un perjuicio eventual pero cierto para el trabajador.

Es por ello que, teniendo en cuenta no solo los criterios que se aplican en esta Cámara - que refieren a tasas más bajas que la que aquí propongo- sino, decisivamente, que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional, y que con sostener mi posición en estos obrados podría llegar a perjudicarlo, es que postulo se aplique en los presentes dos veces la tasa activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a 30 días, con capitalización semestral en caso de incumplimiento, practicada que fuere la planilla correspondiente (arts. 767, 770 inc. c), CCCN).

Ello también teniendo en cuenta que el capital debido se encuentra integrado con rubros laborales, a los que generalmente aplico el criterio de "Fernández" que aquí postulo.

Aclarando que mi decisión en este caso se fundamenta en razones de orden pragmático y de celeridad y economía procesal, antes que por convicción.

Postulo, entonces, la recepción del agravio de la actora en los términos expuestos y el rechazo del expresado por la demanda.

9. Las costas Se agravia la parte actora de la imposición a su parte del 30% de las costas. Sostiene que si un trabajador resulta condenado en costas, aún si resultare vencido, parcial o totalmente, ellos sería contrario a la Constitución Provincial y al beneficio de una justicia laboral gratuita que otorga a los trabajadores.

Solicita la inconstitucionalidad de toda norma legal que habilite imponerle al actor costas por violación de los principios protectorio, de igualdad y no discriminación, gratuidad y reparación justas, y asimismo la inconstitucionalidad del tope dispuesto por el art. 277 de la LCT conforme la ley 24432.

Por otra parte, dice que es evidente que la demandada resultó vencida, lo que considera que se tornará más evidente con la recepción de sus quejas y cita el art. 102 del CPL.

En cuanto al cuestionamiento efectuado por el quejoso relativo a la imposibilidad de imponerle costas a los trabajadores conforme el principio de gratuidad, corresponde señalar que "El beneficio cesa cuando finaliza el juicio con una decisión adversa al dependiente y resurge el principio que establece que las costas son soportadas por el vencido. Queda así evidenciado que la gratuidad atiende a un efectivo acceso a la justicia, pero no libera de sus consecuencias cuando el trabajador es vencido en sus pretensiones. O sea, lo gratuito es el acceso a la justicia, pero no sus consecuencias, ya que el beneficio de gratuidad no es sinónimo de impunidad ni protege la defensa del derecho infundado" (Girardini Enrique en "Código Procesal Laboral de la

Prov. de Santa Fe Comentado", Director José Daniel Machado, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, Pag.124).

Y respecto al art. 277 de la LCT (texto según ley 24.432), lo cierto es que, en el caso, no existe aún regulación de honorarios profesionales, por lo que no corresponde ingresar al tratamiento de este agravio desde que no existe lesión que amerite su análisis.

Ahora bien, el discernimiento de costas responde, en nuestro sistema, al principio general de carácter objetivo que las impone siempre al vencido por revestir ese solo carácter tal como lo establece imperativamente el art.101 del CPL.

También, cuando existen vencimientos recíprocos, pueden compensarse o distribuirse prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido, salvo que la reducción de las pretensiones de una de las partes no superase el 20 % o dependiese legalmente del arbitrio judicial o dictamen de perito, en cuyo caso se impondrán en su totalidad al vencido, como lo autoriza el art. 102 del CPL, siendo doctrina judicial consagrada que la distribución que se haga debe responder a criterios tanto aritméticos cuanto jurídicos.

Conforme a estas normas, y atento la suerte corrida hasta aquí por los agravios de las partes, teniendo en cuenta la trascendencia y monto de lo admitido y desestimado, considero que la imposición de costas decidida por el juez de grado debe ser modificada e impuestas en su totalidad a los codemandados (cfr. art. 102 CPL).

Teniendo en cuenta que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la resolución del litigio (cfr. Fallos, 272:225; 274:113; 276:132, entre otros) las razones hasta aquí expuestas me conducen a propiciar el rechazo de los agravios esbozados por ambas codemandadas y la recepción parcial de los expresados por la parte actora, en los términos precedentemente expuestos.

Determinados los extremos que anteceden y en relación al interrogante sobre la justicia del fallo voto, pues, por afirmativa parcial.

A la misma cuestión: La Dra. Mana dijo: Coincido con las conclusiones arribadas por mi colega, la Dra. Aseff, respecto de la extinción del vínculo habido entre las partes -aunque con la aclaración que a continuación desarrollaré-, las horas extras, la remuneración, el porcentaje de incapacidad, el daño, el nexo causal y la responsabilidad en los términos del art. 1113, CC, los montos resarcitorios, la tasa de interés y las costas.

Aunque disiento con lo decidido en torno al despido discriminatorio invocado por la parte actora.

1. En cuanto a la extinción del vínculo, coincido con la decisión propuesta respecto de la verdadera naturaleza del acuerdo celebrado entre Rosso y su empleador, Banco Macro, y, por tanto, con la concesión de los rubros indemnizatorios individualizados.

Sin embargo, para arribar a tal solución remito a lo que sostuve oportunamente al dictar el precedente "Farrugia c. Banco Macro" (citado en el primer voto): ".el texto del art. 241 de la L.C.T. admite la posibilidad de que las partes, por mutuo acuerdo, rescindan el contrato de trabajo en cualquier momento de la relación, aludiendo a un modo de extinción típicamente consensual que reconoce antecedente doctrinario en el principio de derecho común que establece que, si la voluntad de las partes puede dar origen a una relación, puede igualmente poner fin a ella. (Aurelio Fanjul en "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", T° 2, Edit. Astrea, 1981, pag. 419/420).

Este acto jurídico, según Raúl H. Ojeda, se compone de dos elementos: 1.- el material, de forma ad solemnitatem, compuesto por: a) la instrumentación por acto público y b) la presencia personal del trabajador y cuyo objeto es garantizar la autenticidad y evitar la consumación de fraudes en perjuicio del trabajador y 2.- el inmaterial: que es que aquella expresión de la voluntad se realice con discernimiento, intención y libertad (art. 897 del C.C.). (aut. cit. en "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y anotada" Vazquez Vialard, Director; Raúl H. Ojeda, Coordinador, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Tomo III, pag.323 y sgtes.)". En el caso de autos, tal como ocurrió en el precedente citado, se observan cumplidos los requisitos formales materiales establecidos por la ley para validar tal modalidad de finalización del vínculo laboral, sin embargo, no ocurre lo mismo con el análisis del elemento inmaterial antes aludido.

La lectura de las cláusulas insertas en el instrumento rescisorio, la suma abonada en concepto de "gratificación por egreso", la antigüedad y remuneración reconocida en dicho acto, y la imputación realizada en la cláusula tercera, tal como fue señalado por mi colega, convence de que, en rigor de verdad, en el caso de autos se trató de un acto simulado que encubrió la existencia de un despido sin causa por parte del Banco, ajeno a la decisión y voluntad del actor.

Traigo a colación lo resuelto por la CNAT en autos "Leiva Quiroga, Hernán E. c. Alcatel S.A." respecto a que: "Es procedente la demanda a fin de obtener las diferencias originadas en virtud de lo percibido en el acuerdo extintivo de la relación laboral, que las partes formalizaran ante escribano público, toda vez que se configuró un claro fraude a la ley en razón de la presencia de un vicio en la causa del acto jurídico, en tanto no se trató de una disolución por mutuo acuerdo, sino de un despido arbitrario, intentando utilizar la figura del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo (DT, t.o. 1976-238) a fin de evitar la aplicabilidad del art. 245 de la citada norma y no soportar sus consecuencias" (Sala VII, 12/12/2006).

2. Ahora bien, respecto al despido discriminatorio, disiento con lo postulado por mi colega y, por el contrario, entiendo que corresponde rechazar el agravio de la parte actora y confirmar el rechazo decidido por el a quo.

Es que entiendo que en el caso de autos no fueron aportados elementos concretos suficientes que actúen como indicios razonables como para desplazar la carga probatoria de la discriminación invocada por la trabajadora hacia la empleadora.

Al respecto, y en consonancia con lo sostenido por la Dra. Mambelli en autos "Celiz, Maria Luisa c/ Perinat S.A.", Acuerdo Nro. 46/2015,: "Coincido con la opinión del Dr. Coppoletta quien al comentar el fallo 'Parra Vera' expresó que 'la consideración en un juicio de la causa del despido como acto discriminatorio tiene dificultades relacionadas a la prueba del acto discriminatorio y a la calificación del acto como discriminatorio'. Y con respecto a este último señaló que 'El distracto laboral no justificado por una causal de injuria suficiente, es siempre un acto ilícito injustificado que es sancionado por el ordenamiento jurídico.

La intensidad de la sanción impuesta por el sistema dependerá si la causa del distracto está motivada en una distinción o en una discriminación.' "Asimismo, y en materia de prueba del despido discriminatorio, hizo referencia a lo sostenido por el Dr. Zas en dicho decisorio en relación a un sistema probatorio estructurado de la siguiente forma: '1) en principio, la carga probatoria está en cabeza del actor; 2) esa carga probatoria no se satisface con una mera alegación del acto discriminatorio; 3) el actor para satisfacer su carga probatoria debe aportar 'un indicio razonable' de que el acto del empleador se encuentra motivado en un criterio discriminatorio; 4) este 'indicio razonable' sobre el motivo discriminatorio que debe aportar el actor debe ser suficiente como para crear en el juzgador una creencia racional sobre la existencia del acto denunciado; 5) la satisfacción de la carga probatoria del actor crea una presunción judicial respecto de la existencia del acto discriminatorio que, por efecto propio de las presunciones, invierte la carga probatoria trasladando la misma al demandado; 6) el demandado debe probar que los motivos reales de su decisión son distintos a la discriminación denunciada; 7) los motivos de la decisión del empleador deben ser objetivos, razonables y proporcionados en lo que hace a la explicación de su decisión de despedir. (Coppoletta, Sebastian, 'La calificación y prueba de la causa del despido como acto discriminatorio', DJ

16/08/2006, 1075, LL AR/DOC/2756/2006)".

Si bien en autos se concluyó en que la extinción del vínculo no obedeció a un retiro voluntario ni a un mutuo acuerdo, sino que el empleador encubrió un despido sin causa, lo cierto es que no observo que exista "un indicio razonable" de que tal acto se encuentre motivado en un criterio discriminatorio, dado que, además de que el acuerdo extintivo no fue atacado por parte del actor por algún vicio de la voluntad, no encuentro acreditado que al momento de la extinción el empleador tuviera conocimiento fehaciente del estado de salud de Rosso, y por lo tanto haya sido despedido por tal motivo.

Es que si bien la parte actora en la demanda refiere a que se tomó ciertas licencias médicas, las que serían previas a la firma del documento rescisorio, ello fue negado por la empleadora sin que exista prueba en autos que acredite en efecto las mismas, que ni siquiera se extrae del libelo inicial cuándo en concreto fueron tomadas.

Si bien el perito médico en su dictamen refiere a dichas licencias, no se advierte de dónde surge tal información, ni tampoco que hayan sido concedidas las mismas, desde que consigna que "fueron solicitadas"; tampoco surge ello de los tres recibos de sueldo acompañados.

Asimismo, si bien la pericial contable acompaña en copias escrituras públicas de extinción del vínculo correspondientes a otros trabajadores, de igual tenor a la de Rosso, no es posible saber si esos empleados se encontraban en igual condición que el actor.

Por lo que la ausencia de indicios me lleva a concluir que en autos no corresponde la inversión de la carga de la prueba, desde que "corresponderá a la víctima afectada demostrar el umbral mínimo probatorio de conexidad para generar con ello la inversión de la carga probatoria, debiendo, en tal caso, el denunciado como discriminador acreditar la existencia de razones objetivas (que pueden ser funcionales, económicas, de perfil, etc.) que desactiven dicha presunción." (Toselli, Carlos Alberto, "La discriminación originada en causas o motivos de salud", Cita: RC D 2444/2012, Revista de Derecho Laboral, Tomo: 2008 2 Discriminación y violencia laboral - I). Postulo, entonces, el rechazo del agravio esbozado en tal sentido por la parte actora. Así voto.

A la misma cuestión: El Dr. Angelides dijo: Efectuado el estudio pertinente, en cuanto a los puntos de los agravios en los que las colegas preopinantes votan en forma absolutamente concordante, me abstengo de emitir opinión (art. 26, ley 10160).

En cuanto al agravio referido a la imputación a la demandada Banco Macro S.A. de discriminación, coincido con los fundamentos de la Dra. Mana (punto 2 de su voto), votando en su mismo sentido.

A la segunda cuestión: La Dra. Aseff dijo que, de acuerdo a la votación que antecede, corresponde: I.- Rechazar los recursos de apelación deducidos por ambas codemandadas; II.-Receptar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia,: a) receptar los rubros: indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), sustitutiva de preaviso (art. 232, LCT) y su SAC e integración del mes de despido (art. 233, LCT) y su SAC respectivo; b) elevar los montos de los rubros daños material y daño moral a las sumas de \$ 150.000.- y \$ 50.000.- respectivamente; c) modificar la tasa de interés y ordenar se aplique al capital debido desde el 07/09/2012 hasta el efectivo pago dos veces la tasa activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a 30 días, con capitalización semestral en caso de incumplimiento, practicada que fuere la planilla correspondiente (arts. 767, 770 inc. c), CCCN); d) imponer las costas en su totalidad a las codemandadas (art. 102 CPL); III.- Confirmar el pronunciamiento recurrido en lo demás que ha sido materia de revisión; IV.- Imponer las costas por el trámite cumplido en esta sede a las codemandadas (art.102, CPL); V.- Fijar los honorarios de los profesionales actuantes en el (%) de los que, en definitiva, les sean regulados en primera instancia.

A la misma cuestión: La Dra. Mana y el Dr. Angelides dijeron: Corresponde votar el voto propuesto por la Dra. Aseff, así votamos.

A mérito del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Laboral; RESUELVE: I.- Rechazar los recursos de apelación deducidos por ambas codemandadas; II.- Receptar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia,: a) receptar los rubros: indemnización por antigüedad (art. 245, LCT), sustitutiva de preaviso (art. 232, LCT) y su SAC e integración del mes de despido (art. 233, LCT) y su SAC respectivo; b) elevar los montos de los rubros daños material y daño moral a las sumas de \$ 150.000.- y \$ 50.000.- respectivamente; c) modificar la tasa de interés y ordenar se aplique al capital debido desde el 07/09/2012 hasta el efectivo pago dos veces la tasa activa, sumada, que publica el BNA para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a 30 días, con capitalización semestral en caso de incumplimiento, practicada que fuere

la planilla correspondiente (arts. 767, 770 inc. c), CCCN); d) imponer las costas en su totalidad a las codemandadas (art. 102 CPL); III.- Confirmar el pronunciamiento recurrido en lo demás que ha sido materia de revisión; IV.- Imponer las costas por el trámite cumplido en esta sede a las codemandadas (art. 102, CPL); V.- Fijar los honorarios de los profesionales actuantes en el (%) de los que, en definitiva, les sean regulados en primera instancia.

Insértese, hágase saber y oportunamente bajen. (Autos: "ROSSO JOSÉ LUIS C/ BANCOMACRO SA Y OTROS S/ COBRO DE PESOS" - EXPTE. N° 130/2019).-

Votos:

ASEFF (en disidencia parcial)

MANA

ANGELIDESNETRI