

Artículo 212 De La Ley 20 744 Inconstitucionalidad

JURISPRUDENCIA

Artículo 212 de la ley 20.744. Inconstitucionalidad Se

resuelve admitir el recurso de casación interpuesto por la parte actora, condenándose a la demandada a abonar a la actora los rubros: indemnización por antigüedad o despido; indemnización substitutiva por falta de preaviso e integrativo del mes de despido; sueldo anual complementario sobre preaviso e integración del mes de despido e incremento indemnizatorio del artículo 2 de la ley 25.323/2000 en forma total -50%-.

Santiago del Estero, 2 de marzo de 2016. Considerando: I) Que llegan los presente autos a este Tribunal en virtud del recurso de casación formulado por la parte accionante (fs. 245/249 vta.), en contra de la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Trabajo y Minas de Segunda Nominación (como Tribunal de Alzada), en fecha veintidós de marzo de dos mil trece, obrante a fs. 232/237 vta., por la que resuelve rechazar el recurso de apelación incoado por la parte actora, confirmando la sentencia de primera instancia (fs. 205/208) en cuanto rechaza la indemnización prevista en el art. 212 L.C.T. n° 20.744 y modif. y los rubros reclamados por despido injustificado; asimismo admite parcialmente el recurso de la contraria accionada, revocando la condena al pago de algunos rubros y confirmando la misma respecto de otros. Que tal recurso es concedido por el Tribunal por ante esta Excma. Sala Laboral del Superior Tribunal de Justicia y se ordena el trámite de ley, quedando a despacho para resolver. Acoto que a fs. 270/273 vta. obra responde de la recurrida. II) El Sr. Fiscal General del Ministerio Público, en su dictamen (fs. 276/277), interpreta que se debe rechazar el recurso incoado, básicamente, por cuanto no se acreditó por la recurrente la incapacidad absoluta, ni se instó pericial médica con tal fin, o sea no se demostró fehacientemente la disminución definitiva de su capacidad laboral, lo que torna injustificado su despido indirecto. En suma, por la falta de cabal demostración por el casacionista de los argumentos que sustentan su embate y por estimar el Sr. Fiscal la sentencia debidamente fundada, sin que advierta en la actividad desplegada por los juzgantes arbitrariedad en relación a la interpretación y aplicación del art. 212 L.C.T. N° 20.744 y modif. III) Que corresponde en este punto analizar la concurrencia de los requisitos exigidos por el Código ritual en orden a la admisibilidad del recurso de que se trata. Así, de las constancias de autos surge que, el mismo ha sido deducido contra una sentencia definitiva (arts. 181 y 183 CPL Ley N° 7049), por la parte trabajadora y la recurrente por ende se encuentra exenta del pago del tributo respectivo conforme lo normado por el ordenamiento legal (arts. 1, 33 y 189 CPL Ley N° 7049); de igual modo, el recurso resulta temporáneo al ser formulado en plazo de ley (art. 185 CPL Ley n° 7049, cf. fs. 240 y 249 vta.), sin que lo alcancen las limitaciones del art. 182 CPL Ley n° 7049 por lo cual estos aspectos resultan cumplimentados. El recurso resulta autoabastecido acorde al art. 186 CPL Ley n° 7049, por lo que se considera efectivizada su admisibilidad formal. Los requisitos establecidos por la legislación formal -vale denotar- para dar curso al recurso de casación son taxativos y su revisión no se puede soslayar bajo ningún aspecto, ya que lejos de constituir solemnidades innecesarias, su objetivo es evitar que se desvirtúe la naturaleza excepcional de esta vía procesal, constituyendo, por ende, una garantía para la seguridad jurídica. IV) Que en su escrito recursivo citado y de acuerdo a los antecedentes de la litis que exploya, el fundante casacionista critica y sostiene en lo esencial, que la sentencia dictada se formula con arbitrariedad sustancial y adjetiva, con carencia de debida fundamentación conforme a las normas aplicables, con errónea interpretación y aplicación del derecho, respecto del rechazo de los rubros pretendidos por despido indirecto, en especial la indemnización devenida del dispositivo del art. 212 L.C.T. n° 20.744 y modif., existiendo por el Tribunal a quo una falta de merituación debida de constancias de la causa, básicamente de la prueba documental. Así, evidencia infracción de la normativa legal sustancial y procesal, siendo la sentencia dictada contraria a derecho y por ende arbitraria en su deber de fundamentación e inobservancia de normativa concerniente, merced a inconsistente valoración probatoria, y en tal sentido señala que se ha interpretado incorrectamente la prueba anexada -especialmente la documental o instrumental de ambas partes-, al no reconocer la incapacidad crónica invalidante de la actora, ni dar preferencia al tratamiento de su médico tratante, que constituye el justificante de los rubros pretendidos, de acuerdo a lo que surge del art. 212 y conc. de la L.C.T. n° 20.744 y modif. Basado en dichos motivos, requiere se admita el recurso y se case la sentencia dictada en lo impugnado. V) El recurso en mi estima debe prosperar, conforme al criterio sustentado por la Sala en la causa: Resol. Serie ?B? N° 133, ?Zanino, Tomasa Adriana c. Orígenes A.F.J.P.?, fecha: 16/05/2012. A título de introito, indico que el Tribunal de origen, si bien ha enfocado el tema referente a la incapacidad parcial no acreditada en su definitividad de la actora, en consonancia con el art. 211 y 212 L.C.T. n° 20.744 y modif., la conclusión a la que arriba, no mensura otras situaciones y evidencias de la causa (que explayaré infra) en la acreditación del despido indirecto en que se colocara la demandante, lo cual torna arbitraria la sentencia, por no ser derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias concretas comprobadas de la causa. Partiendo de dichos parámetros, de lo vertido por el Tribunal de origen y la regla procesal que sintetiza el aforismo ?iura novit curia?, surge que asiste razón a la parte recurrente en

sus críticas, pues si bien los agravios referenciados, en principio sólo suscitan el examen de cuestiones de hecho y prueba, por referirse a lo vinculado a la extinción la relación laboral y la justificación de un despido, extrañas por ende a la vía del recurso de casación, cabe hacer excepción a dicha regla, cuando surge absurdo o arbitrariedad perspicuamente demostrado. En autos estimo que la arbitrariedad del fallo resulta, sin mayor aditamento, pues debe partirse de la base que el despido indirecto invocado, en que se colocara la actora (ver epistolar fs. 7 y 93, 08/03/2010 y con conocimiento conforme respuesta de la demandada fs. 06, 10/03/2010) se produjo durante el período de conservación del empleo -art. 211 L.C.T.- (cf. fs. 03/05 y 94/95, reserva desde el 16/12/2009), dentro del cual se pueden producir distintas alternativas respecto del estado de salud del trabajador: puede regresar al trabajo sin incapacidad, o con una disminución definitiva parcial y permanente de su capacidad y el empleador debe otorgarle tareas adecuadas (en consonancia con el art. 10 L.C.T. que privilegia la conservación del contrato); o no regresar por padecer una incapacidad absoluta que le impide continuar trabajando, o por haber fallecido. Estas posibilidades son tratadas detalladamente en el art. 212 L.C.T.. Resulta evidente (como considera el a quo) que en autos la actora acreditó la incapacidad parcial mas no en forma tajante su definitividad, que precepta la aplicación del art. 212 L.C.T.. Sin embargo, si acreditó la pretensión de reintegrarse a su trabajo -antes y dentro del plazo del art. 211 L.C.T.-, con la aquiescencia (ante evolución favorable al tratamiento) de su médico especialista personal tratante Dr. G. H. A. con indicaciones terapéuticas adecuadas a la graves patologías que perjudicaron su estado de salud y quien mejor conoce el estado y aptitud del trabajador (media jornada laboral con evaluación mensual de tolerancia) o sea labores acordes a su capacidad residual temporaria, con el pertinente certificado médico (fs. 39/42) de fecha 30/11/2009 y con conocimiento del mismo por la empleadora (cf. fs. 92) sin que ésta cumpliera con la intimación formulada de otorgar dichas tareas, más bien abroquelándose en la falta de alta médica y de acreditación de incapacidad definitiva parcial o total de la actora y según consejo de su médico de control (fs. 96/97). Denoto acá, que la parte trabajadora está obligada a someterse al control que requieran los médicos del empleador (art. 210 L.C.T. n° 20.744 y modif.). Estos controles médicos se limitarán a comprobar la enfermedad y a otorgar al trabajador un plazo para retomar las tareas. En caso de que vencido este plazo el trabajador siguiera enfermo, se realizará una nueva comprobación por parte de la empresa. Ahora bien, en nuestro régimen legal el trabajador víctima de una dolencia inculpable tiene total autonomía para la elección de su médico y, en consecuencia, de la terapéutica a aplicar en su curación, no encontrándose compelido, en ocasión del trabajo, a aceptar el tratamiento médico indicado por el servicio de medicina interna del empleador. No podemos dejar de mensurar que el médico patronal, es prácticamente un perito de parte, por lo cual, no hay razón para hacer prevalecer la opinión del médico designado por el empleador para la realización del control o al menos ello aparece como una actitud exorbitante a la luz del art. 63 y 10 L.C.T. Expone la doctrina en concordancia: "El mencionado plazo de un año previsto por el art. 211 de la L.C.T., debe interpretarse como un límite temporal máximo. En esa inteligencia, el dependiente puede abstenerse de prestar servicios mientras lo afecta el impedimento provocado por su accidente o enfermedad inculpable; pero si dentro del período de licencia paga (art. 208 L.C.T.), o bien durante el de reserva del empleo -o aún finalizado éste mientras el contrato no se hubiese resuelto- (art. 211 L.C.T.), el proceso nosológico se consolida de tal forma que aquél pueda volver a cumplir tareas -sean las que anteriormente realizaba por haber recuperado su estado normal de salud, u otras compatibles con su capacidad residual-, las partes pueden solicitarse recíprocamente el cumplimiento de sus respectivos débitos. Al cesar el impedimento y estar en condiciones de reintegrarse a sus tareas, debe presentarse de inmediato o dentro de un plazo prudencial, aún durante el lapso de reserva. Si no lo hace y el empleador toma conocimiento de tal circunstancia, podría intimarlo a reanudar el trabajo y, de persistir en tal incumplimiento, considerar esa conducta como una manifestación en el sentido de que no piensa seguir el contrato. Por su parte, el empleador está obligado a readmitir al trabajador en cuanto éste se presente a reanudar su labor aún encontrándose vigente dicho plazo de reserva, y aunque su estado de salud no le permita hacerlo en las mismas condiciones de antes; en cuyo caso deberá asignarle -si las tiene- otras tareas compatibles con su capacidad residual. No obstante que, como se apuntó precedentemente, el patrono no puede demorar dicha readmisión -requerida por el dependiente aún durante el plazo de conservación del puesto-, tiene la facultad para -previamente- someterlo al control médico que resulte necesario (art. 210 L.C.T.). Si -en cambio- aquél se opone a satisfacer su obligación de dar trabajo (art. 78 L.C.T.), previa constitución en mora por el trabajador, éste podrá considerarse injuriado y ubicarse en situación de despido indirecto (art. 242 y 246 L.C.T.), dependiendo el monto de la indemnización a pagar si el empleador tenía o no la ocupación requerida" (Revista de Derecho Laboral, 2003-1: "Las suspensiones en el contrato de trabajo", Directores: Antonio Vázquez Vialard y Valentín Rubio. Doctrina: "La guarda del puesto de trabajo en las enfermedades y accidentes inculpables", por Mario Ernesto Zuretti (h), págs. 423/424, Edit. Rubinzal Culzoni, 1ª edic. año 2003), y agrego: va de suyo que esa acreditación del puesto de trabajo corresponde al empleador. En suma, la accionada se posicionó en una actitud que soslaya el orden público laboral y la dignidad de la trabajadora (trabajo decente), al no cumplimentar con el art. 78 L.C.T. que prevé el deber de otorgamiento de ocupación efectiva y violentar los principios de probidad y buena fe (arts. 62 y 63 L.C.T.) y de continuidad del contrato laboral (art. 10 L.C.T.), quedando así configurada la situación de despido indirecto en que se

colocó la actora (arts. 242 y 246 de la L.C.T.). ¿Es un incumplimiento no excusable del deber contractual del empleador el no recibir la actividad que la actora ponía a su disposición, desde que su ejecución no sólo es un hacer obligatoriamente debido, sino también un derecho? (CN. Trab. de Zárate, 30/05/1984, D. T. 1985-A-362). Nos dice DE DIEGO, Julián Arturo en su ¿Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social?: ¿El principio de continuidad, expresamente incluido en la L.C.T. (ver art. 10), basado en el tracto sucesivo que caracteriza la relación laboral, es un medio de orientar al intérprete sobre la preferencia que se debe tener, frente a cualquier situación de dudas, en favor de la vigencia del vínculo. El intérprete, en este caso no es el juez, ya que si llega hasta él un caso determinado, es porque generalmente el contrato se extinguió por alguna causa. En efecto, en esta hipótesis el intérprete es quien debe cotidianamente aplicar la ley dentro del ámbito de las relaciones laborales? (Edit. Abeledo Perrot, 2da. edic.). Destaco también que en ¿Aquino? y ¿Madorrán? la Corte recuerda el caso Berçaitz, de 1974: ¿Tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad? (Fallos: 289,430,436; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 3º). La sentencia ¿Madorrán? sumó al principio de progresividad, el principio pro homine, pro persona o a favor del hombre con fuente en el DIDH igualmente referidos por ¿Aquino? y ¿Milone? y al que entiende como ¿connatural? con los documentos normativos supranacionales incorporados al derecho interno por vía del artículo 75 inciso 22 CN. Ambos principios, según la C.S.J.N., ¿determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana?. A ello debe sumarse la factibilidad del órgano jurisdiccional de la aplicación del principio ¿in dubio pro operario?, que a partir de la ley 26.428/08 se aplica ¿...Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador? Es decir, el dispositivo introducido por la reforma mencionada (art. 9º, 2º parte de la L.C.T., ley 26.428 -B.O. 24/12/2008-) plasma el principio protectorio y resulta operativo en supuestos en que la prueba rendida en un caso concreto conduzca a situaciones que generen una duda razonable e insuperable en el juzgador (en el caso las enfermedades inculpables y su índole incapacitante). Es más, a su vez, el agregado de un art. 17 bis por ley 26.592 a la L.C.T. n° 20.744, viene a enfatizar el carácter igualador, de las desigualdades compensatorias que crea la legislación laboral y justificar las decisiones judiciales así adoptadas en protección del trabajo. ¿Por eso el maestro Plá Rodríguez, señalaba como principios que deben estar en el proceso laboral y que no están en el proceso común o civil, los siguientes: la desigualdad compensatoria, la búsqueda de la verdad real y la indisponibilidad. Otro maestro uruguayo, Héctor Hugo Barbagelata, afirmó lo que verdaderamente caracteriza y define al derecho procesal del trabajo es la irrenunciabilidad de los derechos que constituyen el orden público social. De tal irrenunciabilidad, deriva una indisponibilidad procesal, que sitúa al proceso laboral sobre bases totalmente diferentes del proceso civil. Toda la cuestión de la prueba, desde a quien incumbe la carga, pasando por los medios y su actualización, hasta la apreciación de la producida, debe ser, reexaminada en función de esa circunstancia? (¿Reflexiones en torno a la apreciación de la prueba, en la reforma al art. 9 de la L.C.T.? por Hugo Roberto Mansueti y sus citas 16 y 17, 23 de Agosto de 2010, web eldial.com.ar - elDial DC1402. Id Infojus: DACF110022). Por otra parte, vale destacar que estos despidos (sean directos o indirectos, como devenir de la situación) encubren actos discriminatorios por motivos de salud y generan un serio daño en la vida del trabajador parcialmente incapacitado, ya que el trabajo es lo que hace que un individuo se encuentre dentro o fuera de la sociedad, por lo que una interpretación sesgada va en contra de los derechos de las personas con discapacidad y su discriminación, que surge de elementos legales (Ley núm. 23.592/05 y Decreto núm. 1086/2005) y supralegales dentro del ámbito laboral, a través del Convenio n° 159/1983 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Readaptación profesional y el empleo de personas inválidas -art. 1º y conc.- (Entrada en vigor: 20 junio 1985 y ratif. por R.A 13/04/1987); Convenio n° 111/1958 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación -art. 1º, inc. 1. a) y conc.- (Entrada en vigor: 15 junio 1960 y ratif. por R.A. 18/06/1968); la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (Resolución N° 3447 del 9 de diciembre de 1975); Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/1952, del 3 de diciembre de 1982); el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ¿Protocolo de San Salvador? (17 de noviembre de 1988); la Resolución OEA sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O/95); el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (Resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96); las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala) -art. 1º, punto 2- (En vigor: 14/09/2001, R.A. 08/06/1999, 28/09/2000, Dep. Arg. 10/01/2001 OEA y Ley 25.280/00, B.O. 04/08/2000); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados

mediante resolución A/RES/61/106 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 (art. 5°) y en vigor: desde el 3 de mayo de 2008, adoptado por Ley 26.378/2008, B.O. 09/06/2008, ratif. R.A. 09/02/2008; entre los más relevantes y que una vez que entran en vigor, son jurídicamente vinculantes para los Estados partes. Conviene rememorar que el art. 2° de la ley 22.431 dispone que se entiende por personas con discapacidad a aquellas que padecen una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que, con relación a su edad y medio social, implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. ¿Tal como lo destacó el Dr. Raffaghelli, el derecho al trabajo es un derecho claramente consagrado en el art. 6°, inc. 1 del PIDESC (ONU 16/12/1966), ratificado por ley 23.313. El Pacto establece que: ¿Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho?. El derecho al trabajo es un derecho fundamental, que es reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su art. 6°, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento. El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye, también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad tal como lo establece la Observación General N° 18 aprobada el 24/11/2005 sobre el art. 6° del PIDESyC, en línea con el preámbulo del Convenio N° 168 de la OIT, de 1988: ¿...la importancia del trabajo y del empleo productivo en toda la sociedad, en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden?. (Cám. Nac. Ap. Trab., Sala VI, ¿Pulice, Claudio Leonardo y otro c. Aguas Danone de Argentina S.A. s/cobro de salarios? - Sent. Def. N° 65.518, 06/08/2013)...Cabe señalar que las personas con discapacidad desde hace mucho tiempo vienen soportando actitudes sociales de segregación y discriminación, actitudes que, como se observan en el presente trabajo, no han terminado. Por ende, se debe intentar entender la realidad de las personas con discapacidad y, a su vez, acompañarlas en el camino de una mejor valorización de su persona, ya que sólo ellas pueden decirnos qué es lo que pueden hacer y de qué manera pueden lograr su cometido? (Claudia A. Priore, ¿La extinción del contrato de trabajo motivada en la discapacidad del trabajador?, pág. 139 y ss., Derecho del Trabajo Nro. 7. Extinción del Contrato de Trabajo. Directores: Mario Fera, Héctor Recalde. Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Año 2 N° 7, enero de 2014. ISSN: 2250-7612. Id. Infojus: RVDTR007, Base INFOJUS on line). VI) Rubros: Conforme lo expuesto supra, cabe hacer lugar al recurso de casación propugnado, casar parcialmente la sentencia dictada y en su efecto (amén de los ya concedidos y firmes en instancia de origen) admitir los rubros: indemnización por antigüedad o despido (art. 211, 212, 242, 245, 246 L.C.T. n° 20.744 y modif.); indemnización substitutiva por falta de preaviso e integrativo del mes de despido (arts. 246, 231, 232 y 233 L.C.T. n° 20.744 y modif.); sueldo anual complementario (SAC) sobre preaviso (a la indemnización substitutiva del preaviso debe sumársele la parte proporcional del aguinaldo, pues en caso contrario no sería completa, por tratarse esta última de un salario diferido) e integración del mes de despido (cf. Grisolia, Julio Armando, ¿Manual de Derecho Laboral?, pág. 437, Edit. Abeledo Perrot, 6ª edic. ampl. y act., 2010); e indemnización art. 2° Ley 25.323/2000. Acoto, ¿Toda vez que el calcular el monto de la indemnización substitutiva del preaviso, debe tenerse en cuenta la incidencia del SAC, igual criterio corresponde adoptar en relación a la integración del mes de despido? (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala 03, 24 de Octubre de 1996, ¿D'have, Víctor c. Organización Coordinadora Argentina Oca S/ Despido?, Magistrados: Guibourg - Eiras, Id Infojus: FA96040539); asimismo, que procede el incremento fijado por el art. 2 de la Ley 25.323/2000 (La norma incrementa el monto de las indemnizaciones debidas por el despido injustificado, cuando el empleador debidamente intimado no las haya abonado, obligando al trabajador a iniciar las acciones judiciales... y resulta aplicable -entre otros casos- al despido indirecto -cf. Grisolia, Julio Armando, ¿Manual de Derecho Laboral?, pág. 445/446, Edit. Abeledo Perrot, 6ª edic. ampl. y act., 2010) -ver fs. 7 y 93- conforme lo sentado por este Alto Cuerpo en autos ¿Acuña Dardo c. Heladería Cerecett?. Resol. Serie ¿B? N° 258, 14/08/2008 y ¿Pogonza Walter Amílcar c. Embalajes y Servicios S.R.L. y/u Otro?, Resol. Serie ¿B? N° 243, 24/08/2009, a cuyos fundamentos cabe remitirse por razones de brevedad y afecta los rubros de indemnización por despido, integrativo mes de despido, preaviso e incidencia del SAC sobre el preaviso e integrativo mes de despido. VI) Conforme lo expuesto, cabe admitir el recurso de casación propuesto, casar parcialmente la sentencia venida en recurso (puntos 1 y 2) y admitir los rubros referidos supra (indemnización por antigüedad o despido; indemnización substitutiva por falta de preaviso e integrativo del mes de despido; sueldo anual complementario (SAC) sobre preaviso e integración del mes de despido e indemnización art. 2° Ley 25.323/2000 en forma total -50%), con su correspondiente influencia sobre las costas del proceso en ambas instancias. A dichos rubros se le aplicarán los intereses, que deberán ser calculados por Contaduría del Trabajo, conforme a pautas de sentencia en la instancia de origen y en concordancia con el criterio fijado por esta Sala. Por todo lo expresado,

habiendo emitido dictamen del Sr. Fiscal General del Ministerio Público, doctrina y jurisprudencia reseñadas, Voto por: I) Admitir el recurso de casación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia definitiva dictada por la Excm. Cámara de Trabajo y Minas de Segunda Nominación (como Tribunal de Alzada), en fecha veintidós de marzo de dos mil trece, obrante a fs. 232/237 vta., conforme sus agravios. II) En su efecto, casar parcialmente la misma (puntos 1 y 2) y condenar a la demandada a abonar a la actora los rubros: indemnización por antigüedad o despido; indemnización substitutiva por falta de preaviso e integrativo del mes de despido; sueldo anual complementario (SAC) sobre preaviso e integración del mes de despido e incremento indemnizatorio del art. 2° Ley 25.323/2000 en forma total -50%-. A dichos rubros se le aplicaran los intereses, en la etapa procesal oportuna, que deberán ser calculados por Contaduría del Trabajo en concordancia con el criterio fijado por esta Sala y conforme a pautas de sentencia de instancia de grado, y abonados en el plazo fijado por la misma. III) Costas a la vencida (art. 62 CPL Ley 7049). IV) Costas en esta instancia, a la vencida (art. 62 CPL Ley 7049). A estas mismas cuestiones, el Dr. Llugdar dijo: Y Vistos: Para resolver en los autos del epígrafe el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la accionante a fs. 245/249 vta. en contra de la sentencia de la Excm. Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de Segunda Nominación de fecha 22 de Marzo de 2013, obrante a fs. 232/237 vta. Considerando: I) Que el Sr. Vocal que emite su voto en primer término, ha efectuado una adecuada relación de la causa y análisis de admisibilidad del recurso en estudio, a las que adhiero y me remito *brevis causa*, más me permito esgrimir algunas consideraciones y fundamentos en torno al art. 212 de la LCT y su aplicación al caso bajo estudio. Cabe señalar que conforme el ordenamiento constitucional, los juzgados y tribunales ya sean del fuero federal u ordinario, se encuentran facultados para efectuar un control de constitucionalidad, respecto a los actos emanados del poder administrador, aquellos emanados del poder legislativo e incluso de los actos administrativos no jurisdiccionales dictados por el poder judicial, si es que estos son contrarios a los principios y valores contenidos en la Carta Magna. Es más, a partir de la firma y ratificación de los tratados internacionales por parte de nuestro país y en especial de la incorporación de los mismos al plexo constitucional a partir del año 1994, conforme al art. 75 inc. 22 de la C.N., no sólo se debe realizar dicho control, sino que además se debe confrontar la norma cuestionada, en orden al contenido de las convenciones internacionales ya que estas también componen el contexto constitucional. El aludido control de convencionalidad, comprende la contemplación de los tratados sobre derechos humanos enumerados en el artículo constitucional mencionado, y también de aquellos que no lo están pero que cumplen con los requisitos impuestos por la parte final de dicho artículo, es decir que sean ratificados por una ley del Congreso y no se contrapongan a los principios enunciados en el bloque rígido de la Carta Magna. En este sentido se ha dicho: *“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también *de convencionalidad* ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”* (CoIDH, Fondo de Reparaciones, *“Caso Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros Vs. Perú”* Párrafo N° 128, Sentencia de fecha 24 Noviembre de 2006). En base a ello, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos *“Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y Otra c. Ejercito Argentino s/daños y perjuicios”* (27/11/2012) sostuvo que *“... tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente *“Mazzeo”* (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que *“la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que importa una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”* (considerando 20). Se advirtió también en *“Mazzeo”* que la CIDH *“ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”*. La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por*

consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango?. En el afán mencionado juega un rol esencial la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPCD), ratificada por ley 26.378 (06/06/2008) y elevada a rango constitucional por ley 27.044 (22/12/2014) junto con su Protocolo Facultativo, dictado en el ámbito de las Naciones Unidas (ONU), que dentro de una plano de igualdad está dirigida a promover, proteger y asegurar el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente. Asimismo en su art. 4 obliga a los Estados parte a velar porque esa protección y goce sea sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. En su art. 27 de la CPCD dispone que ?los Estados parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás en entornos laborables que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad?. En orden a ello ?los Estados parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, adoptando las medidas pertinentes?, incluida la promulgación de legislación, donde deberán: ?...prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo; y la continuidad en el empleo?. El instrumento internacional aludido impone proporcionar salvaguardias apropiadas y sobre todo efectivas con el fin de impedir abusos en contra de éstos, se respeten sus derechos, su propia toma de decisiones y preferencias en la medida de sus posibilidades, evitándose todo conflicto de intereses. El breve abordaje de los artículos pertinentes de la CPCD permite vislumbrar que el cumplimiento de la adecuada ordenación por los estados parte de los principios contemplados en la misma sobre el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás, es la base y condición sin la cual, el logro de los objetivos propuestos sería impracticable ya que la interpretación y el control de convencionalidad que deben efectuar los poderes administrativos y judiciales de los países que la han suscripto y ratificado su texto como garantes a nivel local del cumplimiento del mismo, sin una correcta hermenéutica llevaría llegado al caso, a generar la responsabilidad ante la comunidad internacional del país signatario y lo que es grave aun, se producirían perjuicios irreparables a los derechos fundamentales de los afectados con problemas de discapacidad funcional, ante la falta de medidas aptas para la protección de sus derechos. En vista a todo lo antes expresado, y estando fuera de discusión, que tanto las normas convencionales de Derecho Publico Internacional al igual que las Cartas Magnas de las Naciones, deben ser entendidas, no como una expresión semántica sino como una verdadera expresión de principios y valores esenciales para la consagración de los derechos fundamentales de las personas, impone un ejercicio interpretativo diferente al empleado respecto a las leyes y normas de jerarquía inferior. Lo antes expresado lleva en principio a sostener la inconveniencia de la aplicación de un criterio por parte de los tribunales para todos los casos que involucren a personas con discapacidad en la aplicación de principios fundamentales de derechos humanos, teniendo en cuenta que los principios y valores que la informan están conformados por fuertes contenidos éticos morales y sociológicos, por los que la decisión interpretativa al respecto, más que legal debe ser legítima, es decir dentro del marco de legalidad pero con eficacia real y ética en relación al contexto específico donde la misma se ejecutará. Tanto la Constitución de la Provincia en su art. 20, como la Constitución de la Nación en su art. 14 bis, consagran ?la protección integral del trabajo?. A su turno la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 17 pto. 1, proclama la obligación del Estado de tutelar la misma, como así también lo hacen otros instrumentos internacionales tales como el Convenio 159 (Sobre La Readaptacion Profesional y El Empleo) de la OIT. Así su Director General Juan Somavia sostuvo que ?El Trabajo Decente es el objetivo primordial de la OIT para todos, incluidas las personas con discapacidad. Cuando promovemos los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, promovemos el poder de decisión de los individuos, el fortalecimiento de las economías y el mejoramiento de las sociedades en general?. En orden a ello es importante destacar que la OIT viene trabajando desde hace muchos años por la promoción del trabajo decente para las personas con discapacidad atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades, igualdad de trato, integración y participación en la comunidad. El principio de no discriminación cobra cada día mayor prominencia ya que las cuestiones relativas a la discapacidad se consideran cuestiones de derechos humanos. Así en su art. 1 define como persona inválida a ?toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.? Para luego disponer como obligación a cada Estado parte de ?considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad... y de incluir medidas apropiadas para crear oportunidades de empleo en el mercado regular del empleo, incluidos incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas, así como a adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo...?.

No es de soslayar que el principio de igualdad y no discriminación son el sustento de todo el Corpus Iure Universal de los Derechos Humanos, y mas allá de la situación legal, en cuanto a la contemplación y protección otorgada, el caso venido a estudio nos lleva a sostener, que negar el derecho de reincorporación a su empleo a una trabajadora víctima de una enfermedad inculpable en orden a la acreditación de ?definitividad? de la disminución de su capacidad laboral, implica un trato discriminatorio incompatible con los estándares constitucionales y convencionales aludidos. En esa inteligencia la aplicación del art. 212 de la LCT, en el contexto concreto, en cuanto a impedir a la actora del derecho a reclamar de su empleador la reincorporación a su empleo por haber acreditado su incapacidad parcial pero no en forma tajante su definitividad, y en consecuencia privarle de la indemnización prevista por despido indirecto (art. 246 LCT), no se adecua a la protección integral del trabajo, consagrada como dignos de tutela por el art. 14 bis de la C.N. en conjunción con las normas supranacionales indicadas que también integran la Carta Magna Nacional, ni al deber de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, igualdad de oportunidades, igualdad de trato, integración y participación en la comunidad, ni al principio de no discriminación. Aplicados estos conceptos existen motivos suficientes para declarar la inconstitucionalidad en el presente caso del art. 212 de la LCT, respecto de la actora Rosana Marta Sottana y de este modo remover el obstáculo legal que le impide ser acreedora de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT por haberse negado su empleador (Supermat S.A.) a reincorporarla a su empleo acorde a sus capacidades residuales temporarias a pesar de la falta de definitividad de la incapacidad parcial que padece. Por todo lo expuesto y normas legales citadas, Voto por: I) Ha Lugar al recurso de casación interpuesto por el apoderado de la accionante a fs. 245/249 vta. en contra de la sentencia de la Excm. Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de Segunda Nominación de fecha 22 de Marzo de 2013, obrante a fs. 232/237 vta. II) En su efecto, casar parcialmente la misma (puntos 1 y 2) y condenar a la demandada a abonar a la actora los rubros: indemnización por antigüedad o despido; indemnización substitutiva de preaviso e integrativo mes de despido; sueldo anual complementario (SAC) sobre preaviso e integración mes del despido e incremento indemnizatorio del art. 2º Ley 25.323/2000 en forma total -50%. A dichos rubros se le aplicarán los intereses, en la etapa procesal oportuna, que deberán ser calculados por Contaduría del Trabajo, en concordancia con el criterio fijado por esta Sala y conforme a las pautas de la sentencia de grado, y abonados en el plazo fijado por la misma. III) Declarar la inconstitucionalidad e inconventionalidad de oficio del art. 212 de la LCT. V) Con costas en esta instancia a la vencida (art. 62 LPL). A las mismas cuestiones el Dr. Suárez, dijo: Que comparte los argumentos esgrimidos por el Vocal preopinante, Dr. Herrera, emitiendo su voto en idéntico sentido. A las mismas cuestiones el Dr. de la Rúa dijo: Que comparte los argumentos esgrimidos por el Vocal preopinante, Dr. Herrera, emitiendo su voto en idéntico sentido. En mérito al resultado de la votación que antecede, la Sala Criminal, Laboral y Minas del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, resuelve: I) Admitir el recurso de casación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia definitiva dictada por la Excm. Cámara de Trabajo y Minas de Segunda Nominación (como Tribunal de Alzada), en fecha veintidós de marzo de dos mil trece, obrante a fs. 232/237 vta., conforme sus agravios. II) En su efecto, casar parcialmente la misma (puntos 1 y 2) y condenar a la demandada a abonar a la actora los rubros: indemnización por antigüedad o despido; indemnización substitutiva por falta de preaviso e integrativo del mes de despido; sueldo anual complementario (SAC) sobre preaviso e integración del mes de despido e incremento indemnizatorio del art. 2º Ley 25.323/2000 en forma total -50%-. A dichos rubros se le aplicaran los intereses, en la etapa procesal oportuna, que deberán ser calculados por Contaduría del Trabajo en concordancia con el criterio fijado por esta Sala y conforme a pautas de sentencia de instancia de grado, y abonados en el plazo fijado por la misma. III) Costas a la vencida (art. 62 CPL Ley 7049). IV) Costas en esta instancia, a la vencida (art. 62 CPL Ley 7049). Protocolícese, expídase copia para agregar a autos, hágase saber y oportunamente archívese. Gustavo A. Herrera. Eduardo J. Ramón Llugdar. Armando L. Suárez. Pablo A. de la Rúa.

029146E