



# COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

## DISCRIMINACION EN EL DESPIDO<sup>1</sup>

### CAPITULO 4: MATERIAL DE APOYO. JURISPRUDENCIA

Claudio Eduardo Andino<sup>2</sup>

#### MATERIAL DE APOYO

#### *I - ACOSO MORAL EN EL TRABAJO. CORRESPONSABILIDAD ENTRE EL EMPLEADOR Y LOS DEPENDIENTES ACUSADORES*

#### **CNAT. SALA IIIª. SENTENCIA Nº 88.908, CAUSA Nº 22.012/05, “VEIRA, MONICA PATRICIA C/ EDITORIAL PERFIL S.A. S/ DESPIDO”**

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a 12/07/07, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar los recursos deducidos contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

#### **El Doctor Guibourg dijo:**

<sup>1</sup> Material de apoyo del curso impartido por el autor en Noviembre 2007 para abogados del Colegio de Morón, adaptado a los fines del presente. (Revisión Nº 3, Mayo 2019).

<sup>2</sup> Abogado, especializado en Derecho Laboral 1969-1996. Magister en Sociología, Universidad Católica Argentina. Juez de los Tribunales del Trabajo Nos. 5 (1996-2008) y 2 (2008-2011) de La Matanza. Presidente (1978-1982) del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Morón. Consejero del Consejo Superior (1978-1992) del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Integrante de la Junta de Gobierno de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (1978-1982), en su carácter de Presidente del Colegio de Abogados de Morón. Co-redactor de la Ley 8904 (Buenos Aires) de Aranceles Profesionales de Abogados (1976-1977). Coautor de las obras: "Ruido y Vibraciones, enfoque técnico, médico y jurídico", Ed. Círculo Carpetas", Buenos Aires, 1998 y "Tratado de Medicina Legal", 6 tomos, Ed. Proa Editores, Buenos Aires, 2009, Capítulo: "Salud Laboral, aspectos jurídicos". Publicó alrededor de 80 trabajos jurídicos en revistas especializadas.

Dictó alrededor de 70 cursos y conferencias de posgrado para abogados y delegados sindicales, 34 de ellos en el Colegio de Abogados de Morón.

Contra la sentencia de primera instancia se alzan ambas partes mediante los memoriales de fs. 636/639, fs. 643/644 y fs. 645/655, con réplica a fs. 660/665 y fs. 667/668. A fs. 632 y fs. 634 los peritos contador y psicólogo, respectivamente, apelan sus honorarios por bajos.

La actora se queja por el monto que se otorga en concepto de daño moral, porque no se condena a los codemandados Tarrio y Piro y porque se rechaza el daño psíquico.

Los codemandados Piro y Tarrio se quejan por la imposición de costas.

La codemandada Editorial Perfil S.A. se queja porque no se valora la declaración de los testigos ofrecidos por su parte, porque se considera válida la causal invocada por la actora para considerarse en situación de despido, porque se la condena a pagar las indemnizaciones fundadas en las leyes 25561 y 25323, el daño moral y las multas de la Ley de Empleo y por la imposición de costas.

Para un mejor orden expositivo, analizaré en primer lugar la queja deducida por la codemandada Editorial Perfil S.A.

La accionada se queja por la valoración de la prueba testimonial. Sin embargo, con la mencionada prueba quedó acreditado que la actora sufría hostigamiento en su trabajo por parte de los codemandados Tarrio y Piro, quienes acosaban moralmente a la trabajadora.

En efecto, los testigos han sido contestes en declarar que los accionados hacían comentarios sobre el desempeño laboral de la demandante, la trataban de inútil y de lenta, criticaban las notas que hacía, por ejemplo decían “viste que mierda la nota de Maradona” cuando todos sabían que esa nota la había escrito la actora (ver declaraciones de Dieguez a fs. 375/381, de Amato a fs. 384/391, de Peralta a fs. 401/406, de Iglesias a fs. 107/412).

En cambio, los testigos propuestos por la demandada no aportan nada al litigio, ya que Conte (fs. 452/453) no sabe cómo era el ambiente de trabajo de la actora; Moretti (fs. 485/488), vicepresidente y apoderado de la demandada, trata de minimizar los hechos ocurridos y manifiesta que ofreció a la actora cambiar de lugar de trabajo y

Capandeguy (fs. 566/567), si bien declara que recibió quejas de la actora por los malos tratos sufridos, nada aporta a la causa, ya que no hace mención de la reunión que tuvo con el personal (todos los testigos aportados por la actora dicen que estuvo presente en representación de la empresa), donde pudo advertir uno de los hechos violentos hacia la trabajadora por parte de la codemandada Tarrio, lo que dio motivo a que enviara correos electrónicos advirtiendo que no iba a tolerar ningún tipo de abuso de poder emanado de las jerarquías internas.

El acoso moral en el trabajo consiste en “cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad psíquica o física de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo” (conf. Marie-France Hirigoyen, “El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana”; Ed. Paidós, Buenos Aires, 2000, p. 48).

En autos quedó acreditado que la actora sufría de acoso psicológico, ya que los testigos mencionados precedentemente han sido coincidentes en la persecución laboral que sufría la trabajadora y en cómo este comportamiento incidió en su estado físico, ya que comenzó a adelgazar y se la veía temblorosa y muy angustiada.

En tales condiciones, considero ajustada a derecho la solución arribada por el sentenciante, ya que el acoso moral sufrido por la trabajadora provocó una continua y creciente aflicción y parecía tener por finalidad hacer insostenible la continuidad de la relación laboral, por lo que debe mantenerse lo decidido en origen.

La queja por la indemnización prevista en el artículo 16 de la ley 25561 tampoco puede prosperar. En un caso de aristas similares he sostenido que la circunstancia de que el estatuto del Periodista Profesional prevea un régimen indemnizatorio por despido sin causa distinto del establecido en la Ley de Contrato de Trabajo, no justifica su exclusión pues el art. 16 de la ley 25561 (según redacción vigente al momento del despido) dispone, para los casos de despidos sin causa justificada, el pago de un incremento sobre las indemnizaciones que correspondiese percibir al trabajador “de conformidad a la legislación laboral vigente”, sin establecer exclusiones respecto de tales normas laborales (SD 87361 del 6.12.05 en autos “Chamorro, Matías c/ Telearte S.A. s/ despido” del registro de esta sala).

Asiste razón a la recurrente en cuanto a la queja por el agravamiento de las indemnizaciones por despido que prevé el art. 2º de la ley 25.323. Esta cuestión ha sido zanjada por el fallo plenario N° 313 del 5.6.07, donde se sentó la siguiente doctrina: “El recargo previsto en el artículo 2º de la ley 25.323 no se aplica, en las relaciones regidas por la ley 12908, a las indemnizaciones dispuestas en el artículo 43, incisos b) y c), de esta última ley. Asimismo, tampoco se aplica a la indemnización dispuesta en el inciso d) del mismo artículo”.

También asiste razón a la recurrente en cuanto a la indemnización prevista por el artículo 1º de la ley 25323, pues si bien la actora la incluyó en la liquidación practicada a fs. 78 vta./79, la norma dispone que el agravamiento indemnizatorio no será acumulable a las indemnizaciones previstas por la Ley de Empleo.

En consecuencia, debe descontarse del monto de condena la suma de \$ 15.972 (\$ 7.260 art. 2 ley 25323 + \$ 8.712 art. 1 ley 25323).

La queja por el daño moral será analizada conjuntamente con la queja de la actora y, a mi criterio, no pueden prosperar. Este Tribunal ha dicho que la indemnización por daño moral es susceptible de dos enfoques: el contractual y el extracontractual. Si se trata del contractual, es preciso señalar que en el ámbito del contrato de trabajo todo daño moral se encuentra normalmente incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho a una indemnización tarifada siempre que sea invocado oportunamente en los términos del art. 242 de la L.C.T. Desde el punto de vista extracontractual, el daño moral procedería en los casos en que el hecho que lo determina fuese producido por una actitud dolosa del empleador.

En el caso que nos ocupa se trata de conductas ilícitas de las cuales fue víctima la actora durante el desarrollo del vínculo laboral, protagonizadas por quienes, por sus funciones jerárquicas, representaban al empleador en el lugar de trabajo; y los daños ocasionados resultan resarcibles por aquél por los hechos del dependiente, aun en ausencia de un vínculo contractual por los hechos del dependiente (art. 1113, 1º párrafo, del Código Civil). (1)

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19 de la ley Fundamental, conf., en autos “Santa Coloma, Luis I. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos “ del 5.8.86); y aún más explícitamente ha sostenido que “...los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo

consagran el principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de la reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (conf. “Fernando Raúl Günther c/ Nación Argentina”, del 5.8.86, CSJN, Fallos 308:1118; SD 82787 del 10.10.01 en autos “Michelin, Juan Carlos c/ Cemtex S.A. s/ daños y perjuicios”, del registro de esta sala) **(2)**.

Conviene recordar que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional dispone: “...El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor...”. Según Sagüés esta norma constitucional es plenamente operativa, por lo que, a su criterio, tiene vigencia y exigibilidad por sí misma; por consiguiente, debe asegurarse el respeto a la dignidad del trabajador sin admitir situaciones de hecho que puedan provocar algún desmedro físico o moral o que atenten contra la calidad humana del trabajador (Sagüés, “Constitucionalismo social”, en Vázquez Vialard, Antonio (dir) “Tratado de Derecho del Trabajo”, t. 2, p. 809).

En consecuencia, al haberse acreditado que la actora fue víctima de acoso moral, considero procedente la reparación por daño moral, pues se configuró una situación ilícita por parte de empleados superiores de la empresa que afectó la dignidad de la trabajadora y que le causó un perjuicio moral que debería ser resarcido aun en ausencia de relación de trabajo **(1)**.

La actora apela porque entiende que es exigua la suma fijada por el sentenciante por dicho concepto.

En mi opinión no le asiste razón: el Juez fijó como reparación un año de salarios, lo cual estimo apropiado a las circunstancias personales de las partes y a las características del caso, en especial teniendo en cuenta que dicho parámetro resulta análogo al criterio adoptado por la Ley de Contrato de Trabajo al fijar las reparaciones para los casos de despido por causa de matrimonio o de embarazo (arts. 178 y 182) **(3)**.

En conclusión, también en este punto propicio que se confirme el pronunciamiento apelado.

Debe mantenerse lo decidido en cuanto a las multas previstas por la ley 24013. En efecto, el artículo 15 de la mencionada norma legal establece que la duplicación de las indemnizaciones tendrá igualmente lugar cuando fuere el trabajador el que hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa. Y respecto de la multa prevista por el artículo 9, si bien la intimación fue realizada el 6 de enero de 2005 y el distracto se produjo el 24 de enero del mismo, por lo que el plazo otorgado por la norma aún no se hallaba vencido, dado que la demandada negó el reclamo (según c.d. 000887387 AR) es evidente que no tenía intención de registrar en debida forma la relación laboral.

La queja por las costas será analizada luego de tratar la queja de la accionante.

La actora se queja porque no se condena en forma solidaria a los demandados Tarrio y Piro. Funda su reclamo en los artículos 1072 y 1109 del Código Civil y alega que con sus conductas son los causantes directos del daño ocasionado.

Asiste razón a la recurrente por los motivos que paso a exponer.

En autos quedó acreditado que los autores del acoso moral fueron los demandados Tarrio y Piro, ya que los testigos han sido contestes en describir los malos tratos que tenían hacia la actora.

El Código Civil establece que el deber de respetar los derechos y libertades de los demás no se agota en la mera abstención de ejecutar una voluntad dañina (artículo 1072 del Código Civil), sino que se extiende al deber de guardar cierto cuidado o prudencia en los comportamientos para evitar la expansión innecesaria del riesgo al que, con nuestros actos, exponemos a las demás personas (artículo 1109 del Código Civil). En tal entendimiento, todos tenemos derecho a un cierto cuidado por parte de los demás o a demandar una indemnización por la omisión de ese deber (artículos 1077, 1078 y 1109 del Código Civil).

La C.S.J.N. ha decidido que “quizás no resulte evidente la conexión entre la libertad individual negativa, consagrada en nuestra Constitución histórica y el derecho a obtener un resarcimiento de los daños sufridos por la acción ilícita de otro. Sin

embargo, esta vinculación es poderosa; si el daño ha sido una interferencia ilícita en la libertad (o integridad física) de la víctima y la ausencia de detecho a la reparación obliga a que esa víctima soporte las consecuencias económicas del acto que la daña, el ordenamiento jurídico que aquí lo consagra no está en realidad prohibiendo la interferencia legal, sino subsidiándola.” (CSJN, en autos “Díaz, Timoteo F. C/ Vaspia S.A.” del 7.3.06, pub. en La Ley, 18.9.06, B).

Sobre la base de lo expuesto, considero que los codemandados Tarrio y Piro deben ser condenados en forma solidaria respecto de la condena por daño moral, con costas a cargo de estos últimos (artículo 68 del CPCC), por lo que deviene abstracto el tratamiento de la queja deducida sobre este punto por los mencionados accionados.

Respecto al daño psicológico, debe mantenerse lo decidido en la anterior instancia. El perito psicólogo informa que Veira no tiene un cuadro psicológico actual que sea consecuencia de los hechos relatados en autos, pues sus defensas psíquicas han sido suficientes para resolver los conflictos que pudieran haberse generado a raíz de los hechos mencionados (ver fs. 600).

La codemandada Editorial Perfil S.A. se queja por la imposición de costas. Sin embargo, no advierto ningún elemento que me lleve a apartarme del principio general consagrado por el artículo 68 del CPCC, por lo que debe mantenerse lo decidido por el Juez anterior.

En atención a todo lo expuesto, debe modificarse el monto de condena y fijarlo en \$ 72.237,28.

Ante el nuevo resultado del litigio y en virtud de lo normado por el art. 279 CPCC, corresponde dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria, por lo que resulta abstracto el tratamiento de las apelaciones deducidas por el perito contador y la perito psicóloga.

Teniendo en cuenta el monto de condena, los intereses, la calidad y la extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales y por los expertos intervinientes y lo dispuesto por las normas arancelarias vigentes, propongo regular los honorarios de primera instancia para la representación y el patrocinio letrado de las partes actora, demandada en su conjunto y para los peritos contador y psicólogo en 16 %, 14 %, 5 %, y 6 %, respectivamente, a calcular sobre el monto de condena con los intereses.

Se hará saber al obligado al pago de los honorarios de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, deberá adicionar al honorario el monto relativo a la contribución prevista en el inciso 2) del art. 62 de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3) del citado art. 62, todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CASSABA (art. 80, ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II, Acordada CSJN Nro. 6/05).

En relación con la adición del I.V.A. a los honorarios regulados, esta Sala ha decidido en la Sentencia Nro. 65.569 del 27 de septiembre de 1993, en autos “Quiroga, Rodolfo c/Autolatina Argentina S.A. s/ accidente-ley 9688”, que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Compañía General de Combustibles S.A. s/recurso de apelación” (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993), al sostener “que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto”.

Ante lo expuesto, en caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional.

Voto, en consecuencia, para que se confirme la sentencia en lo principal que decide y ha sido materia de recursos y agravios. Propicio modificar el monto de condena y fijarlo en \$ 72.237,28, con más los intereses dispuestos en la anterior instancia, y extender la condena a los codemandados Marcela Tarrio y Carlos Piro, sólo respecto del daño moral. Propongo dejar sin efecto la imposición de costas y la regulación de honorarios e imponer las primeras, por ambas instancias, a los demandados vencidos y regular los honorarios de primera instancia para la representación y el patrocinio letrado de las partes actora, demandada en su conjunto y para los peritos contador y psicólogo en 16 %, 14 %, 5 %, y 6 %, respectivamente, a calcular sobre el monto de condena con los intereses. También propongo regular los honorarios por los trabajos



en esta alzada, a los presentantes de fs. 636/639, 643/655 en 25 %, para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por los trabajos realizados en la anterior instancia. Se hará saber al obligado al pago de los honorarios de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, debe adicionar al honorario el monto relativo a la contribución prevista en el inciso 2) del art. 62 de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3) del citado art. 62, todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CASSABA (art. 80, ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II, Acordada CSJN Nro. 6/05).

**El Doctor Eiras dijo:**

Que compartiendo los fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por todo ello, **el Tribunal RESUELVE:** I.- Confirmar la sentencia en lo principal que decide y ha sido materia de recursos y agravios. II.- Modificar el monto de condena y fijarlo en \$ 72.237,28 (pesos setenta y dos mil doscientos treinta y siete con veintiocho centavos) con más los intereses dispuestos en la anterior instancia y, extender la condena a los codemandados Marcela Tarrio y Carlos Piro, sólo respecto del daño moral. III.- Dejar sin efecto la imposición de costas y la regulación de honorarios e imponer las primeras, por ambas instancias, a los demandados vencidos y regular los honorarios de primera instancia para la representación y el patrocinio letrado de las partes actora, demandada en su conjunto y para los peritos contador y psicólogo en 16 %, 14 %, 5 %, y 6 %, respectivamente, a calcular sobre el monto de condena con los intereses. IV.- Regular los honorarios por los trabajos en esta alzada a los presentantes de fs. 636/639 y 643/655 en 25 %, para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por los trabajos realizados en la anterior instancia. V.- Hacer saber al obligado al pago de los honorarios de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, debe adicionar al honorario el monto relativo a la contribución prevista en el inciso 2) del art. 62 de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3) del citado art. 62, todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CASSABA (art. 80, ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y punto II, Acordada CSJN Nro. 6/05).

Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

**Nota:** Obsérvense las contradicciones de razonamiento lógico, la mezcla de institutos doctrinariamente distintos y la radical indeterminación en el desarrollo del Derecho aún en juristas de reconocida trayectoria, prestigio y versación como es el magistrado que lleva el primer voto. Si la responsabilidad por el daño es extracontractual (argumentos señalados por {1}), no puede estar fundada en el hecho del dependiente, que es una responsabilidad legal por el hecho de tercero, de naturaleza objetiva.

Por otra parte, la CSJN ha dicho en “Aquino, Isacio” (21/09/04; Fallos 327:3753), que es inconstitucional toda reparación que no fuere integral de un daño causado, complementando lo establecido en el argumento citado como (2). Sin embargo, incomprensiblemente, la Sala se inclina por una indemnización tarifada (un año de salarios), independientemente del daño causado (3). No hay mención alguna a discriminación respecto de la actora, objeto de dstringos irrazonables de trato respecto a los demás. Cosas veredes Sancho, que non crederes...

00000000000000

**II- DESPIDO DISCRIMINATORIO: TRABAJADOR QUE SE ATREVE A RECLAMAR POR SUS DERECHOS. (Aunque el actor lo planteó como un despido injustificado simple).**

**TASA DE INTERESES: DISCRIMINACION EN PERJUICIO DEL TRABAJADOR (Voto de la Minoría).**

**AUTOS: TESTA CAMILLO, JOSE MARIO c/ S.T. CUEROS S.R.L. s/ DESPIDO**

**EXPTE. Nº 2.729.**

Acto seguido, reunidos los Sres. Jueces del Tribunal del Trabajo Nº 5 de La Matanza, en su Sala de Acuerdos, para dictar el Veredicto correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 44 inc. d) de la Ley 11653, resolvieron plantear y votar por separado previo sorteo, en este orden: Dr. Claudio E. Andino, Dr. Ramiro J. Vázquez y Dra. Silvia Mabel Magherini, las siguientes

**CUESTIONES:**

**PRIMERA CUESTION:** ¿Se acreditó la naturaleza del vínculo existente entre las partes litigantes?

**SEGUNDA CUESTION:** En caso afirmativo a la pregunta anterior: ¿Surgen de autos las modalidades esenciales del contrato habido entre Testa Camillo y S.T. Cueros ?

**TERCERA CUESTION:** ¿Inscribió la demandada el vínculo laboral del actor efectuando los respectivos aportes?

**CUARTA CUESTION:** ¿Está acreditada la causal invocada para poner fin al vínculo habido entre las partes?

**QUINTA CUESTION:** ¿Surgen abonadas las sumas reclamadas por el actor en su demanda?

**A LA PRIMER CUESTION:** El Sr. Juez Dr. Andino dijo:

En cuanto a la existencia de un vínculo de naturaleza laboral habido entre las partes, no hay discrepancia entre las mismas, pues ambas lo reconocen en sus escritos constitutivos de la litis (demanda fs. 28/31 y réplica fs. 73/7). Discrepan, eso sí, en cuanto a sus características fundamentales, tales como fecha de ingreso, tareas, salarios, jornada, etc.

En consecuencia, tendré por cierto que el actor trabajó como dependiente de S.T. Cueros S.R.L., con las modalidades que se precisan en la Cuestión Segunda.

En consecuencia, he de responder por la AFIRMATIVA a esta primera Cuestión (art. 44 inciso d, Ley 11653). Así lo Voto.

A LA MISMA CUESTION: los Sres. Jueces Dres. Ramiro J. Vázquez y Silvia M. Magherini dijeron que por compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez preopinante, votaban en el mismo sentido. ASI LO VOTAN.

**A LA CUESTION SEGUNDA,** el Sr. Juez Dr. Andino dijo:

El actor indica en su presentación inicial que ingresó a laborar para la demandada, empresa de la industria del cuero, con fecha 01/03/1985 y que cesó el 08/10/1998, realizando tareas de mantenimiento, con un horario de Lunes a Viernes de 7 a 17 horas en un establecimiento ubicado en Villa Madero, de este Partido de La Matanza, percibiendo \$ 1.000 mensuales de salario real. La accionada le dio de alta a los efectos legales y previsionales recién el 01/04/1994 y le documentaba un salario de \$ 275,87 en recibos formales.

La contestación de la accionada de fs. 73/7 sostiene que previo al ingreso real del 01/04/1994 el actor realizó trabajos esporádicos de changas, postura que reafirma a fs. 76 cuando formula la siguiente posición: A LA SEGUNDA: Que efectuó changas para la demandada antes de incorporarse en forma efectiva. De tal modo y por el llamado principio de adquisición (MORELLO y otros, Códigos Procesales, I-619 y V-B-52), cada posición importa para el ponente el reconocimiento del hecho a que la misma se refiere; de lo que debe inferirse que la demandada afirma que el actor trabajó para la demandada con anterioridad al 01/04/1994.

Para establecer las características esenciales de las labores del actor hay que estar a dos tipos de acreditaciones: a) Las presunciones legales derivadas de la falta de cumplimiento de las cargas probatorias puestas en cabeza del demandado (art. 23 y 55 LCT; 39 Ley 11653); b) Las pruebas producidas en esta litis.

En el supuesto mencionado en el acápite a, (reconocimiento de servicios aunque invocando figuras total o parcialmente no laborales), es doctrina legal del Superior que: *"Si en la contestación de demanda se admitió el hecho del trabajo (o por lo menos que el actor fue a trabajar), pero se negó la relación laboral argumentando la existencia de un contrato de locación de obra, a la accionada incumbía la prueba de la alegada inexistencia de tal vínculo en virtud de lo dispuesto por el art. 375 del CPCC..."* (SCBA, L. 41849, 28-11-89, AyS 1989-IV-329). Lo mismo rige para el empleo de cualquier otra figura como el trabajo eventual (SCBA, L. 35492, 18-02-86, AyS 1986-I-34, **Idem** L. 37357, 16-06-87, AyS 1987-II-391; **Idem** L. 55653, 12-09-95, AyS 1995-III-554) o institutos no laborales como la sociedad (SCBA, L. 32808, 29-05-84, LT XXXII-B-743; **Idem**, L. 33119, 10-08-84, JUBA B-3861; NNF 84010054; **Idem**, Ac. 52303, 20-09-94, AyS 1994-III-729), la locación de servicios (SCBA, L. 50658, 10-12-92, AyS 1992-IV-499) o, simplemente, causas extralaborales genéricas (SCBA, L. 46051, 28-05-91, AyS 1991-I-884). *"...De no hacerlo así, y a la luz de lo normado por el art. 23 de la LCT resulta razonable sostener la existencia de un vínculo laboral*

*subordinado entre las partes."* (**SCBA**, L. 46051, 28-05-91, AyS 1991-I-884; **Idem**, L. 55207, 09-05-95, AyS 1995-II-289).

De tal modo era la demandada, por invocar las modalidades de eventualidad y transitoriedad de tales prestaciones de tareas, quien debía soportar la carga de acreditarlas (arts. 63 Ley 11653 y 375 CPCC; 23 LCT t.o.; **SCBA**, 21/03/1989, AyS 1989-I-422). Ello no ha sucedido en manera alguna (prueba del carácter eventual de las labores del actor anteriores a Abril de 1994).

Al reconocimiento de tareas de parte de la demandada (art. 23 LCT) se suma la constatada ausencia de libros y registros (arts. 39 Ley 11653 y 55 LCT; ver fs. 133 informe pericial contable-, fs. 134 intimación del Tribunal a poner libros a disposición del Perito Contador- y fs. 139 el Tribunal hace efectivo el apercibimiento del art. 39 del Rito-), me hace tener por no probado el carácter de eventual del vínculo del actor y por acreditado su naturaleza laboral permanente previa a su alta formal de 1994.

*\* "La actitud evasiva o indiferente de la parte accionada no puede revertirse en perjuicio del demandante imponiéndole las consecuencias negativas de no haber acreditado lo que en verdad no estaba a su cargo, atento las respectivas alegaciones de las partes en el proceso."* (**SCBA**, "Maturano E.S.D. c/ Subpga S.A.", 30-07-91; **Este Tribunal**, in re "Fernandez Cowper, Horacio c/ Inst. Alfonsina Storni s/ despido", Expte. 1446, voto Dra. Magherini), porque

*0\* "Las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés. A los actores le incumbe la obligación de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invocan y al demandado los extintivos, impeditivos o modificatorios que impone a aquellos."* (**SCBA**, 29-04-86, Carpetas DT 2784, res.1; 27-03-79, Carpetas DT 510 y 02-07-91, Carpetas DT 3520, res.2; etc.)

*\* "La alegación de un hecho negativo no releva de prueba a quien lo aduce, si aquél es presupuesto de actuación de la norma que esa parte invoca a su favor."* **SCBA**, Ac. 25443, 05/07/78, DJBA 116-345, citado por FENOCHIETTO-BERNAL CASTRO-PIGNI, "CPCCBA Comentado", p.402)

Además, y a tenor del juramento prestado por la parte actora a fs. 31 en los términos del art. 39 Ley 11653 y la ausencia de toda registración laboral por parte de la obligada, sumados a las siguientes doctrinas legales y jurisprudenciales al respecto:

*\* "Discutidos judicialmente el monto y cobro de las remuneraciones que debió percibir el trabajador, se opera en favor de éste la inversión de la carga de la prueba siempre que en el caso se encuentren verificados los hechos que dan sustento a la presunción legal, como ser: la existencia del contrato de trabajo, el lapso de su duración y la naturaleza de las tareas desarrolladas por el trabajador" (SCBA, 03-08-82, DT 1983-A-813; idem L. 32690, 08-06-84, DT 1984-B-1597).*

*\* "Habiéndose acreditado la existencia de la relación de trabajo subordinado, su lapso de duración y la naturaleza de las tareas desempeñadas por el trabajador, resulta de aplicación respecto del monto y al cobro de las remuneraciones, la inversión de la carga probatoria que consagra el art. 39 L.O., de modo tal que no habiendo aportado el empleador prueba alguna que desvirtúe las afirmaciones formuladas en el escrito de demanda, debe considerarse como válido el específico y detallado cálculo de los importes que se formulan en el escrito inicial"; SCBA, L.34494, 09-04-85 en SOSA AUBONE, "Ley de Proc. Laboral", p. 715), habré de tener por acreditadas las siguientes modalidades laborales:*

a) **Fecha de ingreso**, 01/03/1985;

b) **Tareas realizadas**: es abstracto pronunciarse sobre las mismas pues ningún reclamo se efectúa en la demanda por deficiente categorización;

c) **Salarios**: \$ 1.000 mensuales a Mayo 1998 (juramento del art. 39 Ley 11653 prestado a fs. 31 y presunción art. 55 LCT);

d) **Jornada de labor**: del mismo modo que con las tareas, no se reclama en la liquidación cifra alguna con base en la diferencia de jornada, por lo que considero abstracto cualquier pronunciamiento sobre el particular.

Con los alcances precitados habré de responder por la AFIRMATIVA a la presente Cuestión (art. 44 inc. d, Ley 11653). Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION: los Sres. Jueces Dres. Ramiro J. Vázquez y Silvia M. Magherini dijeron que por compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez preopinante, votaban en el mismo sentido. ASI LO VOTAN.

**A LA CUESTION TERCERA**, el Sr. Juez Dr. Andino dijo:

Por las conclusiones elaboradas en las Cuestiones anteriores y la ausencia de libros y registros a cargo del dador de tareas, tengo por cierto que el vínculo de Testa no estaba debidamente registrado con las características del art. 7 de la Ley 24013.

Con los informes de la A.F.I.P. obrante a fs. 48, el Contable de fs. 133 y la resolución del Tribunal de fs. 139 teniendo presente el juramento de Testa en los términos del art. 39 del Rito, tengo por no acreditado que la demandada retuviera e ingresara oportunamente los aportes correspondientes al actor, no obstante haber ella reconocido el vínculo y hallarse en actividad frente a los organismos recaudadores.

Respondo entonces por la NEGATIVA a la Cuestión bajo respuesta (art. 44 inc.d, Ley 11653). ASI LO VOTO.

A LA MISMA CUESTION: los Sres. Jueces Dres. Ramiro J. Vázquez y Silvia M. Magherini dijeron que por compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez preopinante, votaban en el mismo sentido. ASI LO VOTAN.

**A LA CUESTION CUARTA**, el Sr. Juez Dr. Andino dijo:

Con las piezas postales agregadas a fs. 4/9, cuya autenticidad está reconocida a fs. 74, 123 punto 3 y 171/7, se prueba que:

\* Con fecha 19/01/98 el actor remite a la demandada la CD 05.937.854.3 (fs. 4), que ésta recibe el 20/01/98 (fs. 177) donde le manifiesta: *Intimo plazo 48 hs. abone haberes adeudados, SAC, vacaciones proporcionales, diferencias salariales conforme lo pactado. Acredite aportes previsionales atento negativa y atípica anomalía, conforme art. 11 de la Ley Nacional de Empleo, registre relación laboral desde mi fecha de ingreso Marzo/85 con haber mensual de \$ 1.000 bajo apercibimiento de considerarme despedido su culpa.*

\* La respuesta de la accionada obra a fs. 5 (22/01/1998; CD 05.937.869.3): *Rechazo su carta documento de fecha 19/01/98 por falsa, improcedente y maliciosa. Niego adeudarle haberes, SAC, vacaciones proporcionales, diferencias salariales y/o cualquier otro concepto. **Aportes previsionales a su disposición.** Niego su pretensión de ingreso de Marzo del 85, y el haber mensual de \$ 1.000 que Usted erróneamente consigna. Usted efectivamente ingresó a laborar con fecha 01-04-94, habiendo percibido como haber en Diciembre/97 \$ 240,68 (Valor Jornal \$ 1,20) según recibo en nuestro poder. Intimo a Ud. cese con su actitud injuriosa, bajo apercibimiento de despedirlo por su exclusiva culpa, conforme L.C.T.*

\* Tras un largo intervalo sin interpelaciones, el actor remite a la empleadora su CD 05.859.493.0 (fs. 6, 29/09/98): *Intimo a Ud. plazo 48 hs. abone haberes adeudados desde Mayo de 1998 hasta la fecha, SAC, diferencia de vacaciones y entregue recibos de sueldos por los mismos. Asimismo reitero carta documento Nro. 059378543AR de fecha 19-01-98, e intimo mismo plazo registre relación laboral desde mi real fecha de ingreso en el mes de marzo de 1985, con haber mensual de \$ 1.000, bajo la categoría de tareas generales, bajo apercibimiento de considerarme incluido en lo dispuesto por la Ley 24013 y aplicar las multas allí prescritas. Todo ello bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales tendientes al cobro de los mismos. Esta intimación cumple razonablemente los requisitos del art. 11 Ley 24.013.*

\* El 08/10/1998 (fs.7), S.T. Cueros S.R.L. envía al actor la CD 05.391.686.2 donde afirma: *Rechazo su carta documento por falsa, improcedente y maliciosa. No se le adeuda haber por mes alguno, ni SAC ni diferencia de vacaciones. Siempre se le entregó recibo de sueldo conforme a legislación laboral vigente. Ud. está registrado desde su fecha de ingreso. Niego que haya percibido un haber mensual de \$ 1.000. Niego la categoría mencionada. Por último, niego que pueda estar incluido en lo dispuesto por la Ley 24013, en consecuencia, que corresponda aplicar multa alguna. No tiene acción para cobro alguno, ya que nada se le adeuda por ningún concepto. Consideramos su actitud un serio agravio laboral, y en consecuencia queda Ud. despedido su exclusiva culpa (conf. L.C.T.). Liquidación final y demás documentación a su disposición. Interrumpimos intercambio cablegráfico.*

En consecuencia, tengo por acreditado que en fecha 08/10/1998 el actor fue objeto de un despido directo por parte de la demandada. Respondo por la AFIRMATIVA a la presente Cuestión (art. 44 inc. d Ley 11653). Así lo Voto.



A LA MISMA CUESTION: los Sres. Jueces Dres. Ramiro J. Vázquez y Silvia M. Magherini dijeron que por compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez preopinante, votaban en el mismo sentido. ASI LO VOTAN.

**A LA CUESTION QUINTA**, el Sr. Juez Dr. Andino dijo:

No surgen de autos constancias de haberse abonado al actor, mediante recibos con las formalidades legales, las sumas por éste reclamadas en la liquidación de la demanda. Sobre la procedencia de cada rubro y monto me expediré en la parte correspondiente del Decisorio.

Respondo por la NEGATIVA a esta Cuestión (art. 44 inc. d, Ley 11653). Así lo Voto.

A LA MISMA CUESTION: los Sres. Jueces Dres. Ramiro J. Vázquez y Silvia M. Magherini dijeron que por compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez preopinante, votaban en el mismo sentido. ASI LO VOTAN.

Con lo que finalizó el Acuerdo, firmando los Señores Jueces ante mí, doy fe.

-----

## **S E N T E N C I A :**

En la Ciudad de San Justo, a los 20 días del mes de setiembre de 2001, se reúnen los Sres. Jueces del Tribunal del Trabajo No.5 de La Matanza, en su Sala de Acuerdos, a fin de dictar Sentencia en estos actuados, en virtud de los siguientes

## **A N T E C E D E N T E S :**

A fs. 28/31 se presenta el actor Dn. **JOSE MARIO TESTA CAMILLO**, con patrocinio letrado, demandando por indemnizaciones derivadas del despido, salarios adeudados y asignaciones de la Ley de Empleo por deficiente registración contra la firma que gira en plaza bajo la denominación de **“S.T. CUEROS S.R.L.”** Invoca con la demandada una relación laboral dependiente en carácter de personal de mantenimiento para una industria de procesado de cueros que la accionada poseía en

DOMINGO MILLAN 1197, VILLA MADERO. Indica haber ingresado el 01/03/1985, percibir \$ 1.000 mensuales de los cuales se documentaban únicamente \$ 275,87 y cumplir una jornada de Lunes a Viernes de 7 a 17 horas. Relata haber sido registrado defectuosamente recién en Abril de 1994, lo que le motiva en Enero de 1998 a reclamar regularización del vínculo y pago de haberes atrasados, lo que es negado por la demandada. Reitera su petición en Octubre del mismo año, siendo objeto de un despido directo en fecha 08/10/1998.

Practica liquidación, ofrece prueba, presta el juramento del art. 39 del Rito, solicitando prospere su reclamo con intereses, costas y actualización monetaria.

A fs. 73/7 contesta la demandada S.T. Cueros S.R.L. reconociendo el intercambio epistolar, que el actor efectuó changas de manera esporádica antes de incorporarse a la empresa en forma efectiva y que lo hizo de esta última forma desde el 01/04/1994 realizando funciones menores (sic) tales como limpieza de fábrica y tareas de mantenimiento. No indica horarios de labor, salarios ni ninguna otra característica esencial de las labores de Testa. Ofrece pruebas y solicita el total rechazo de la demanda con costas.

A fs. 45 obra el informe de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, a fs. 48 el de la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fs. 87/99 responde la Municipalidad de La Matanza, a fs. 108/16 contesta la Inspección General de Justicia.

A fs.123/4 se abren a prueba las presentes actuaciones; a fs. 133 se agrega el Informe pericial contable; a fs. 134 el Tribunal intima a la demandada a poner sus registraciones a disposición del Perito Contador y ante el resultado negativo del anterior a fs. 139 se tiene presente el juramento prestado por el actor en los términos del art. 39 del Rito; a fs. 154/8 y 161 responde la A.N.Se.S.; a fs. 171/7 Correos informa acerca del intercambio telegráfico de autos; a fs. 178/9 obra informe Pericial médico; a fs. 181/7 Crovara Salud adjunta copia de la Historia Clínica del actor; a fs. 193/8 Orígenes A.F.J.P. que con fecha 26/12/00 se otorgó al actor beneficio previsional por un 70% V.O.T. de incapacidad para el trabajo y a fs. 218/9 se da cuenta de la celebración de la Vista de la Causa, quedando los presentes en estado de pronunciar la Definitiva, por lo que el Tribunal resuelve plantear y votar por separado en el mismo orden guardado para el Veredicto, las siguientes

#### **C U E S T I O N E S :**

**PRIMERA:** Es procedente la demanda?

**SEGUNDA:** Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTION:** El Sr. Juez Dr. Andino dijo:

En virtud de las conclusiones de mi voto en el Veredicto, propongo el tratamiento de la siguiente temática:

**a) Injuria por promoción de reclamos o acciones judiciales contra el empleador:**  
Siguiendo a Fernandez Madrid ("Tratado Práctico", Tº II, pp. 1656/7) resulta obvio que la reclamación de un derecho que se cree tener y cuyo reconocimiento se persigue ante la Administración de Justicia no puede configurar un ilícito invocable para justificar la ruptura del contrato.

*En forma terminante la jurisprudencia ha establecido que no configura injuria que justifique el despido el hecho de iniciar un juicio contra el empleador, reclamando un determinado beneficio, cualquiera fuese el fundamento de esa reclamación (CNAT, S.IIª, 16-05-68, DT 28-629).*

*En este caso el Dr. Justo López dijo: "La potestad de derecho público constitucional de accionar en justicia no puede ser, en mi opinión, limitada ni directa ni indirectamente, como consecuencia de un negocio jurídico privado, en el caso, el contrato de trabajo. Lo veda una expresa y clara garantía reglada en el art. 18 de la Constitución Nacional: **es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.**"*

*Si pudiera entenderse que el accionar del trabajador en justicia, con fundamento en obligaciones que entiende integrantes de la relación jurídica de trabajo -a cargo del empleador- constituye un incumplimiento del contrato de trabajo ("injuria"), se estaría transgrediendo la garantía constitucional, pues de ese modo se limitaría indirectamente la potestad de accionar en defensa de los derechos, declarada "inviolable" por la norma precedentemente citada de la Constitución Nacional.*

*Por lo dicho, no es pertinente examinar si la pretensión deducida por los actores en el juicio fue o no justa, porque en éste no se juzga esa cuestión (sometida a un tribunal*

de otra jurisdicción), sino el hecho de deducirla -haya sido o no injusta- puede configurar "injuria". Y de lo que acabo de decir se deduce, con absoluta necesidad, que no puede configurarla." (op. cit).

A mayor abundamiento hay una imposibilidad apriorística de soslayar los dictados constitucionales. Como norma liminar creo oportuno recordar que de acuerdo al art. 57 de la Constitución de nuestra Provincia, *Toda ley, decreto u orden contrario a los artículos precedentes* (se refiere a los incluidos en la "Sección Primera" de la misma, esto es "Declaraciones, Derechos y Garantías") *o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces*"..., regla que es coincidente con la establecida en el art. 3o., 1er. párr. Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CPBA 94): *"En ningún caso y bajo ninguna circunstancia las autoridades provinciales pueden impedir la vigencia de esta Constitución"*..., so pena de responder con su patrimonio por los perjuicios causados (art. 57 CPBA 94, 2a. parte).

En similar sentido se expresan los Tratados internacionales complementarios y pertinentes al respecto: *"Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración"*... (art. 30, Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, 10-12-48 -DUDH 48- ); ...*"No podrá admitirse restricción o menoscabo alguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado"*... (art. 5, párr. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19-12-66 -PIDCP 66- y 5o. inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 19-12-66 -PIDESC 66-); ...*"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son*

*inherentes al ser humano o que se derivan de la forma representativa de gobierno y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza..." (art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22-11-69 -CADH 69-).*

Tales mandatos coinciden en lo sustancial con el art. 36, 1º párr. de la Constitución Nacional reformada (en adelante CN 94), o sea que *"Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos..."*

Yendo al punto concreto de acceso irrestricto e igualitario al sistema judicial debemos puntualizar que este principio queda expresados en el art. 18 Const. Nac. 1994 (*"Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos..."*); art. 15 Const. Prov. Bs.As. 1994 (*"La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia... y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial..."*); art. XVIII DADDH 48 (*"Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos..."*); art. 10 DUDH 48 (*"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos..."*); arts. 8 inc.1 y 25 inc. 1 CADH 69 (*"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral... o de cualquier otro carácter" ...aún cuando las violaciones de derechos "fueren cometidas por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".*); en similar sentido art. 14 inc.1 PIDCP 66.

Por ello, siendo un derecho de los actores acceder a los tribunales de Justicia, su conducta cae dentro de los principios interpretativos que emanan de las siguientes prescripciones del derecho común, a falta de normas específicas de nuestra disciplina:

- a) Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes (art. 1066 Cód. Civil);
- b) El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto (art. 1071, 1er. párr., ídem)

Así lo ha entendido la jurisprudencia: "*No puede considerarse injurioso en los términos del art. 242 LCT el hecho que un dependiente, equivocado o no, reclame en forma correcta lo que considera su derecho, aún llegando a la instancia judicial*" (CNAT, S.IV<sup>a</sup>, 24-12-82, DT 1983-A-681)

En consecuencia, juzgo injustificada la actitud rescisoria del vínculo efectuada por la demandada respecto del actor en fecha 08-10-98 (arts. 10 y 245 LCT, 1 Ley 23592, normas y jurisprudencia precitadas). Así lo resuelvo.

**b) Normatividad aplicable a las indemnizaciones por despido:** Luego de la entrada en vigencia de la Ley 25013, el ámbito de aplicación material y temporal del artículo 245 LCT en su anterior redacción ha quedado limitado a los despidos sin justa causa derivados de contratos de trabajo por tiempo indeterminado celebrados con anterioridad al 03/10/1998, fecha en que entró a regir la mencionada ley (art. 5° Ley 25013; ETALA, Contrato de Trabajo, 2ª. ED. 1999, p. 573). En consecuencia, habrá de aplicarse al respecto el art. 245 LCT según el texto redactado por la Ley 24013, art. 153). Así lo Voto.

**c) Indemnizaciones por despido:** A tenor de lo consignado supra, considero procedentes que prosperen los rubros siguientes:

c.1.) **Indemnización por antigüedad mas anuo.** (SCBA, 03-06-1986, Carpetas DT 2585, res.2). Acorde al salario tenido por percibido y la antigüedad del actor, la condena por este rubro procederá:  $(\$ 1000 \text{ div. } 12) + \$ 1000 \} \times 14 = \$ 15.166,67$  (art. 245 LCT).

c.2.) **Indemnización sustitutiva del preaviso más anuo** (arts. 232 y 123 LCT t.o.):  $[(\$ 1000 \text{ div. } 12) + \$ 1000] \times 2 = \$ 2.166,67$ .

**d) Salarios adeudados.** No existiendo recibos cancelatorios en autos, prosperarán los siguientes rubros reclamados en la liquidación de la demanda:

d.1.) **Sueldos Febrero/Mayo 1998** (art. 260 LCT):  $(\$ 1.000 - \$ 275,87) \times 4 = \$ 2.896,52$ .

d.2.) **Sueldos Junio 1998/Enero 1999** (art. 260 LCT):  $\$ 1.000 \times 8 = \$ 8.000$ ;

d.3.) **SAC 1998** (art. 121 LCT): **\$ 1.000**;

En cuanto a la indemnización reclamada del art. 212 4to. párrafo L.C.T., la misma resulta improcedente atento haber sido el actor objeto de un despido directo, como vimos (arts. 245 LCT y 499 Código Civil), por lo que propicio su rechazo. Así lo Voto.

**e) Indemnizaciones Ley 24013:** En virtud de lo consignado en el Veredicto (prestación laboral no registrada e intimaciones telegráficas), entiendo procedente la condena al pago de las siguientes sumas:

1) *Indemnización art. 9 y 11, último párrafo L.E.:*  $(\$ 1.083,33 \times 24 \text{ meses}) \times 0,25 = \$ 6.499,98$ ;

2) *Indemnización arts. 10 y 11 último párrafo L.E.:*  $(\$ 1.000 - \$ 275,87) \times 26 \text{ incidencia SAC-} \times 0,25 = \$ 4.706,84$

3) *Indemnización art. 15 L.E.:*  $(\$ 15.166,67 + 2.166,67) = \$ 17.333,34$

Propongo asimismo que de acuerdo a la situación de registración deficiente del vínculo que dan cuenta las probanzas de autos, se libre oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), como organismo de contralor de los aportes previsionales, con los recaudos de los arts. 17 Ley 24013 y 6 Dec. 2725/91, a las resultas de la presente Sentencia.

**f) Intereses a tasa activa:** Sobre este punto y tras un profundo reexamen de la cuestión, y analizando nuevos elementos de juicio no merituados anteriormente, creo oportuno modificar la postura sostenida a partir de mi voto en autos: "Segobia, Isabel c/Di Cerbo Luis s/Despido y otro", Expte. Nº6 de este Tribunal.

Coincido sin reservas con la solución dada en el siguiente precedente: "El trabajador no es un inversor financiero que puede invertir entre prestar dinero a un banco o prestárselo a su empleador. Es una víctima del incumplimiento de éste último, ha sido privado por éste de la capacidad de elegir el destino de los fondos que no ha recibido y debe ser resarcido en la exacta proporción del perjuicio sufrido. Este perjuicio no se mide subjetivamente, si no de acuerdo con parámetros generales. Tales parámetros dependen de las leyes del mercado y se expresan en la tasa activa de interés conforme la Resolución 6/91 de la Cámara Nacional del Trabajo." (CNAT, S. IIIª, 31-

10-91; Carpetas DT 3427, Res.3), postura que considero más justa y equitativa respecto de los derechos del trabajador y el principio de tuitividad que debe ser esencia de este Fuero.

Se dice como un principio o lugar común en la doctrina jurídica que uno de los fundamentos del Trabajo y de la existencia de una justicia especializada laboral radica en la hiposuficiencia económico- social de los trabajadores, que obliga a crear una legislación y un sistema procesal tuitivo, es decir particularmente protectorio con los dependientes.

En el caso concreto de la tasa de interés laboral, la actitud tuitiva de los tribunales inferiores fue dejada sin efecto, tanto por la Corte Nacional como por la bonaerense en sendos fallos obligatorios (CSJN, 03/03/1993 en Carpetas DT 3413 y SCJBA, 26/04/94 en Carpetas DT 3821), imponiendo que los trabajadores víctimas de incumplimientos patronales reciban por sus créditos impagos una tasa bancaria pasiva (la menor del mercado), equivalente en Julio de 1997 al 0.45 mensual no acumulativo (apenas al 5,4 % anual).

En cambio, las partes en el mercado pueden pactar "libremente" intereses varias veces superiores. Por ejemplo, los bancos cobran tasas de financiación de las tarjetas de crédito que oscilan entre el 35,89 y el 59,61 anual, según lo publicado por Clarín el 06-07-97, pág. 20 (entre 6,65 y 11 veces más de lo que se compensa a un trabajador común).

Tal desigualdad recibe convalidación de nuestros tribunales provinciales según la siguiente doctrina: "A partir del 1º de Abril de 1991 los intereses moratorios serán liquidados exclusivamente sobre el capital reajustado (art. 623 del Código Civil), conforme a la tasa pactada por las partes en el documento respectivo, si existe convención al respecto (arts. 8 Ley 23928; 621 y 1197 Código Civil)", en fallo de la S.C.J.B.A. del 20-12-1994 registrado en su publicación oficial "Acuerdos y Sentencias", 1994, TºIV, pág. 470.

Resulta así discriminatorio, por tanto, y contrario a diversos principios constitucionales que se enunciarán brevemente a renglón seguido, que una compañía de tarjetas de crédito o un banco vea convalidada por el sistema judicial la facultad para pactar libremente tasas en el mercado en *quantum* varias veces superiores a la inflación anual, mientras que un trabajador -cuando recurre a los tribunales en



demanda de protección ante la mora del principal- se le “proteja” con la tasa más baja del mercado, no obstante su reconocida condición de hiposuficiente (arts. 20 LCT y 22 ley 11653), frente a la mayor posibilidad socioeconómica del empleador. Tal doctrina entiendo, con todo respeto, pugna a mi criterio con el principio de no discriminación protegido como bien jurídico tutelado en la Ley 23592 y del principio de igualdad ante la ley del art. 16 Constitución Nacional.

Otros principios que estos fallos preterizan, a nuestro entender, son:

\* De igualdad ante la Ley. Contenido en el art. 16 CN 94 (“...Todos los habitantes son iguales ante la ley...”; 11 CPBA 94 (“...y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución...”; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948 - DADDH 48-; 1ª y 7ª parte. DUDH 48; 24 de la CADH 69 y 26, 1ª parte PIDCP 66 (“...En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”).

\* De no discriminación. Consecuencia directa del principio anterior, se lo encuentra en el art. 16 CN 94 (“...La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales...”; 11, 2da. parte CPBA 94 (“...la Provincia no admite distinciones, discriminaciones ni privilegios...Es deber de la provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades...”; 2 inc. 1 y 7, 2ª parte DUDH 48 (“...Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de... origen social, posición económica ...o cualquier otra condición...Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación...”; Art. 1, inciso 1 CADH 69; art. 2 inciso 2 PIDESC 66; arts. 2 inciso 1 y 26 2ª parte PIDCP 66.

Sin perjuicio de la autoridad final que posee la Corte Suprema Nacional como intérprete de la Constitución, el máximo Tribunal ha reconocido la incuestionable libertad de juicio que dententan los jueces inferiores en el ejercicio de sus funciones (in re "Santín, Jacinto I.", Fallos 212:59), sobre todo cuando el apartamiento de un juez respecto de los criterios de la Casación se funda en nuevos argumentos no considerados por aquélla cuando definió su doctrina jurídica (Sagüés, op. cit., Tº I, p. 182/3). Corresponde, en esta inteligencia, hacer lugar al pago de intereses desde que cada suma fuere debida, según la tasa activa. ASI LO VOTO.

A LA MISMA CUESTION: El Sr. Juez Dr. Ramiro J. Vázquez dijo:

Por compartir en lo fundamental los argumentos del voto precedente, adhiero al mismo excepto en lo que respecta a los intereses devengados por el monto de la condena, que estimo por razones de seguridad jurídica y economía procesal deben calcularse según lo tiene reiteradamente dicho la SCJBA a la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario y con igual tasa (art. 8 Ley 23928, SCBA L. 49809, 7-7-92; id. L. 48569, 7-4-92, entre varios más). ASI LO VOTO.

A LA MISMA CUESTION: la Sra. Juez Dra. Silvia M. Magherini dijo:

Que por compartir los fundamentos expuestos por el Sr. Juez votante en primer término, votaba en el mismo sentido, con excepción de la tasa de interés a aplicar en la cual adhiero al voto del Sr. Juez de segundo término. ASI LO VOTO.

\*\*\*\*\*

#### ***ANEXO JURISPRUDENCIAL sobre “DESPIDO DISCRIMINATORIO”***

***I - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Boletín temático de Jurisprudencia: Despido por discriminación (Julio 2007)***

**Contenido: 1.- Configuración. 2.- Prueba. 3.- Nulidad del acto. Reincorporación. 4.- Indemnizaciones.**

##### **1.-Configuración.**

##### **Despido. Acto discriminatorio. Tutela del trabajador.**

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental

inespecífico (cfr. Palomeque-Lopez, Manuel Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo” conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo Universidad de Salamanca- Fundación MAPFRE, 11/11/91 pub en Actualidad Laboral n° 4, pág 37/44). El art. 14 bis de nuestra carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor. Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del “Protocolo de San Salvador” 1,2 y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica. Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes y una tutela constitucional específica. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)*

#### **Despido. Acto discriminatorio . Amparo. Procedencia.**

La acción de amparo resulta una vía procesal idónea para reclamar en casos como el presente, en los que se encuentra en juego la dignidad humana, la discriminación y la libertad sindical, se trata de una acción expedita y rápida cuya justificación se deriva de la naturaleza de los derechos en juego; vale decir, la acción de amparo debe posibilitar un proceso rápido y una respuesta judicial adecuada y en tiempo oportuno. Es por ello que el art. 43 de la CN alude a “...siempre que no exista otro medio judicial idóneo...”.

*CNAT Sala VI Expte n°33975/02 sent. 56971 10/3/04 “Balaguer, Catalina c/ Pepsico de Argentina SRL s/ sumarísimo” (FM.- de la F.-)*

#### **Despido. Acto discriminatorio . Empleado que padece cáncer terminal.**

El despido del actor es particularmente disvalioso por padecer de una enfermedad terminal, pues la segregación laboral en semejantes circunstancias violenta el principio general de no discriminación amparado por la CN en sus arts. 14 bis y 16. A su vez, tal conducta es repelida por la LCT - que en su art. 17 prohíbe cualquier tipo de

discriminación entre los trabajadores y por la ley 23592- referida expresamente a los actos discriminatorios.

*CNAT Sala V Expte n° 17064/02 sent. 67602 6/5/05 “Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA s/ despido” (GM.- B.)*

**Despido. Acto discriminatorio . Invocación del art. 17 LCT. iura novit curia. Improcedencia.**

La conversión de una pretensión basada en el art. 17 de la LCT en una fundada en la ley antidiscriminatoria excede los límites de la regla iura novit curia, ya que los presupuestos son diferentes en cada caso. En efecto, el art. 1° de la ley 23592 excede el marco de la relación de trabajo y ofrece una acción tendiente a obtener que se deje sin efecto un acto del tipo de los que describe y que se indemnicen los daños que su ejecución haya producido, no un suplemento de otras indemnizaciones.

*CNAT Sala VIII Expte n° 1771/03 sent. 32293 17/12/04 “Caballero, Adolfo c/ Transporte Metropolitano Gral Roca SA s/ despido” (M.- L.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Portador de HIV.**

El ordenamiento laboral vigente no contiene una norma protectora contra quienes padecen discapacidades, enfermedades infectocontagiosas u otras patologías que pudieran derivar en actos discriminatorios de los empleadores al momento de la formalización del contrato, su desarrollo y extinción, como sí existe para los supuestos de maternidad, matrimonio y representantes gremiales, creando en cada caso presunciones legales que favorecen la actividad probatoria del trabajador afectado y un marco de protección contra cualquier acto que pudiera afectar su condición. Esta circunstancia debe llevarnos a reflexionar sobre el tópico , sobre todo teniendo en cuenta que la maternidad, el matrimonio y el ejercicio de actividades gremiales constituyen circunstancias ocasionales en la vida de una trabajador, mientras que las discapacidades y además enfermedades crónicas lo acompañan, seguramente, a lo largo de toda su vida, provocándole un sinnúmero de frustraciones que, en lo relativo al ámbito laboral, se manifestarán en imposibilidad de acceder a un desarrollo pleno de sus capacidades productivas y, en caso de lograr su incorporación al mercado, estará latente la posibilidad de su cercenamiento a causa de su condición. En tal sentido, “el riesgo de discriminación con relación al sidótico se produce en los dos extremos de la relación de trabajo, ya que al ser positivo le es tan difícil obtener empleo, como fácil que lo echen. En tal sentido, los portadores de HIV y los sospechosos de serlo constituyen un grupo de riesgo laboral posible de ser

discriminado" (conf. Sala X sent. del 31/5/96 "I, O.E. c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA" Pub DT 1997-A-496).

*CNAT Sala II Expte n° 23109/03 sent. 93816 21/9/05 "I., N. E. c/ Lamartine SA s/ despido" (G.- R.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Ley 23592. Comportamiento antisindical.**

La ley 23592 presenta un matiz que la diferencia del art. 47 de la ley 23551, porque mientras éste impone el "cese inmediato del comportamiento antisindical", aquella permite dejar sin efecto el acto discriminatorio. El ordenamiento específico destinado a conjurar las conductas discriminatorias prescribe la posibilidad cabal de declarar la ineficacia del acto reprochable, que estaría equiparado, en alguna medida, a un acto jurídico de objeto prohibido (doct. art. 953 del C. Civil) y que, si responde al ejercicio de un derecho, podría ser asimilable a la figura de abuso, que incorpora la reforma de la ley 17711 en el art. 1071 del citado código. En síntesis, una empleadora no podría invocar la eficacia del ejercicio de sus naturales facultades rescisorias si el acto tiene por teleología la discriminación y hasta sería admisible desactivar el pacto comisorio implícito de todo contrato si su motivación real se remite a consagrar una desigualdad por motivos análogos a los que se describen en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23592. (Del dictamen del Fiscal General ante la CNAT n° 37426 del 12/2/04, al que adhiere la Sala).

*CNAT Sala V Expte N° 8129/03 Sent. 66890 17/2/04 "Failde, Carlos C/ Telefónica De Argentina S.A. S/ Sumarísimo" (GM.- M.- Rodríguez.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Ley 23592. Comportamiento antisindical.**

Una respuesta de ineficacia tan intensa, como es la nulidad del despido, que se vincula a una conducta que el ordenamiento juzga reprochable, requiere una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados (Ver dictamen n° 25980 del 12/11/98 "Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino C/ ACA". Expte n° 35823/96 de la Sala II), toda vez que se trataría de dejar sin efecto un acto con apariencia plena de ejercicio regular de un derecho y es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación porque está en tela de juicio la libertad de contratar que lleva implícita la posibilidad de rescindir contratos. En tal contexto, y teniendo en consideración las particularidades del caso, no es posible inferir la presencia de una discriminación antisindical cuando existen otros elementos, como ser la prisión preventiva del trabajador por imputación de robo agravado y tenencia de arma de fuego, que es lógico pensar que incidieron en la conducta de la empleadora, en un momento de la

relación laboral en el cual no había obstáculo para un despido sin invocación de causa e indemnizable en los términos del art. 245 de la LCT. (Del dictamen del Fiscal General ante la CNAT n° 37426 del 12/2/04, al que adhiere la Sala).

*CNAT Sala V Expte N° 8129/03 Sent. 66890 17/2/04 "Failde, Carlos C/ Telefónica De Argentina S.A. S/ Sumarísimo" (GM.- M.- Rodriguez.-)*

#### **Despido. Acto discriminatorio. No configuración.**

Toda vez que no hay dudas de que al momento de la desvinculación del trabajador, la empresa no había sido notificada de su candidatura o postulación para ocupar un cargo gremial, no está en juego la garantía específicamente prevista por los arts. 48 última parte, 49, 50 y concordantes de la ley de asociaciones profesionales. Además, en el caso, no existe prueba fehaciente de que la empleadora estuviera en conocimiento de las actividades sindicales desarrolladas por el actor y tampoco de las invocaciones de la actora en cuanto a los impedimentos y obstaculización de la libertad sindical por parte de la empresa. Por lo que no puede concluirse que el despido sin causa del accionante se debiera a un comportamiento discriminatorio por su actividad sindical. (Del voto de la Dra García Margalejo, en minoría).

*CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 "Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo" (GM.- S.- Z.-)*

#### **Despido. Acto discriminatorio. Prevalencia de la legislación específica.**

No es posible recurrir a la ley general antidiscriminatoria (ley 23592) cuando, como en el caso, existe un régimen protectorio específico (ley 23551). Así, al configurarse el despido sin causa el actor, motivado por su actividad sindical en la empresa (candidatura a delegado suplente), le corresponde la protección instrumentada a través de los arts. 48 a 52 de la ley 23551, que debe interpretarse en forma amplia, pues el fuero sindical, aún antes de la instrumentación legal, nace en nuestro país en función de lo establecido en el art. 14 bis de la CN y también en la exigencia que en tal sentido contiene el art. 1° del Convenio 98 e la OIT. (Del voto del Dr. Simón, en mayoría).

*CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 "Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo" (GM.- S.- Z.-)*

#### **Despido. Acto discriminatorio. Conducta antisindical.**

En el caso, quedó firme y consentida la decisión de la juez a quo en cuanto a que la designación del actor como delegado suplente no le había sido notificada por escrito a la empleadora al momento de despedirlo sin causa, y por tanto el dependiente no

gozaba de la tutela sindical prevista en los arts. 48 a 52 de la ley 23551. Sin embargo, por ser pública y notoria su actividad sindical, y teniendo en cuenta la prueba testimonial, cabe concluir que se trató de un despido discriminatorio por motivos antisindicales. En tal caso, el trabajador tiene derecho a demandar judicialmente que “se deje sin efecto el acto discriminatorio”, lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo. De no admitirse la invocación de la ley 23592 por parte de un trabajador afectado por un acto discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles. En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre “todos”, son titulares el referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

*CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (GM.- S.- Z.-)*

**Despido. Discriminación. Ley 23592. “iura novit curia”. Facultad de los jueces.**

**Calificación jurídica de los hechos. Procedencia.**

Aun no existiendo cita concreta en la demanda de la ley 23592, al alegarse una discriminación arbitraria, se trata de un supuesto de “iura novit curia”, con lo que el remedio para conjurarla queda dentro de la facultad judicial en torno a la calificación jurídica de los hechos y su pertinente aplicación normativa, máxime si se tiene en cuenta que los accionantes hicieron referencia puntual al art. 16 de la CN, que consagra el principio de igualdad. En tal sentido, es menester referir que en la demanda se aportaron la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitan el encuadre del caso concreto en la ley antidiscriminatoria, y además se demostró en autos, la vinculación existente entre las decisiones rupturistas cuestionadas y la filiación sindical de los reclamantes en su calidad de miembros de la comisión directiva de un sindicato recientemente inscripto. (Del voto de la Dra. González, en mayoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

**Despido. Discriminación. Principio “iura novit curia”. Improcedencia.**

No se verifica una cuestión encuadrable en el instituto “iura novit curia” cuando no se trata de la invocación inadecuada del derecho aplicable. En el caso concreto los actores no invocaron en momento alguno haber sido víctimas de un acto e

discriminación susceptible de ser encuadrado en dicha norma ni ejercitaron una acción tendiente a obtener el cese de un acto de esa naturaleza. Por el contrario, sólo dijeron que el despido afectaba el derecho a la libre asociación gremial, y que por tal razón solicitaban su anulación y la reposición en los cargos (para no perder contacto con los afiliados), en los términos de la ley 23551. Es necesario recordar que dicho principio, si bien faculta a la aplicación del derecho no invocado por los litigantes, en modo alguno autoriza a los jueces a introducir a la litis hechos que no fueron invocados en sustento de la pretensión, pues ello implica afectar la garantía al debido proceso adjetivo (art. 18 CN) y el principio de congruencia (art. 34 y 163 inc. 6 del CPCCN). (Del voto del Dr. Piroló, en minoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

### **Despido. Discriminación. Principio “iura novit curia”. Procedencia.**

Toda vez que en el escrito de inicio se denunció un hecho concreto consistente en la conducta antisindical de despedir a los trabajadores que constituyeron una nueva asociación profesional y con el objetivo de destruirla, aunque en la demanda no se calificó explícitamente tal comportamiento como discriminatorio, parece obvio y por ello excusable la omisión de tal calificativo, bastando con la descripción del factum objetivo, para que luego el Tribunal lo califique y lo juzgue con la norma correspondiente. Por ende, invocada aún tácita o implícitamente una conducta patronal antisindical discriminatoria y pedida su remoción en virtud de la ley 23551, no resulta incorrecto resolver el caso con la ley de alcance general 23592 si se entiende, como lo han hecho los magistrados precedentes, que aquella primera no otorga protección a los demandantes por no haber obtenido todavía la asociación profesional cuyos cuerpos directivos integran, la personería gremial. En consecuencia, la aplicación de la no invocada ley 23592 de oficio y por la regla “iura novit curia”, se justifica como deber jurisdiccional de calificar los hechos denunciados y probados en el expediente, sobre todo si la prueba demuestra en el caso una grosera violación intencional de la libertad sindical que no puede ser consentida por un excesivo apego a las normas rituales previstas para garantizar el derecho de defensa pero no para facilitar que quienes cometen este tipo de hechos quedan impunes. (Del voto el Dr. Maza, integrante de la mayoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*



**Despido. Discriminación. Integrantes de una asociación simplemente inscripta. Reinstalación.**

La demandada cuestiona que se admita la reinstalación petitionada por los integrantes de una asociación sindical simplemente inscripta cuando la tutela de la ley 23551 sólo ampara la actividad gremial desarrollada por los sindicatos con personería gremial. Tales alegaciones no logran conmover la decisión que, en el caso, básicamente se sustenta en la ley 23592 y en el principio de no discriminación garantizado a nivel constitucional y suprallegal. No se trata de hacer valer, en este caso, una garantía de estabilidad especial (como acontece en el marco de la ley de asociaciones sindicales) sino de establecer las consecuencias que se derivan del acto ilícito de despido de quienes resolvieron integrar una asociación sindical y que permiten considerarlo ineficaz aún en el marco de un régimen que con carácter general regula un sistema de estabilidad relativa e impropia; y ello así, por imposición de la prohibición que con carácter absoluto rige respecto de toda acción discriminatoria y, como tal, lesiva de la libertad y dignidad de la persona del trabajador. (Del voto de la Dra. González, en mayoría) .

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

**Despido. Discriminación. Entidad sindical que no cuenta con personería gremial. Reinstalación. Improcedencia.**

Toda vez que la entidad sindical de la que formaban parte los actores no contaba con personería gremial, en el marco de lo previsto por los arts. 48, 49 y 52 de la ley 23551, no resulta viable la reinstalación que solicitan. Ello así, por cuanto el art. 47 de la ley 23551, tal como lo afirma el Dr. Álvarez en su dictamen, no permite considerar que los trabajadores que están incluidos en el régimen común de protección contra el despido arbitrario, queden amparados por una especie de “prohibición temporal” de despido como consecuencia de su actividad sindical porque los propios términos de la norma no autorizan a inferir que esté orientada a la anulación o ineficacia de un acto resolutorio cuyo objeto no fue expresamente prohibido (en igual sentido CSJN 13/11/90 “Borda, Ramón y otro c/ UTGRA”). (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

**Despido. Discriminatorio. . Reinstalación. Improcedencia.**

Aún cuando se admita que el despido se originó en un acto discriminatorio (que, en el caso no fue invocado como tal) vinculado a la actividad gremial que intentaban

desplegar los actores, en el esquema de nuestra CN y de las leyes dictadas en su consecuencia, en el ámbito de las relaciones regidas por el derecho privado, no resulta jurídicamente admisible que, junto con la anulación del acto de despido, la consiguiente condena a la reinstalación en el puesto de trabajo no prevea una limitación temporal a su ejecución compulsiva ni una sanción definitiva para que, frente a la eventual resistencia del empleador a efectivizar la reincorporación, la sentencia pueda ser cumplida de un modo que no implique consagrar la vigencia indefinida de un vínculo contractual cuando, una de las voluntades que es inherente a su formación, ya no concurre para su mantenimiento. No se encuentra comprendida en estas condiciones la tutela contemplada en la ley 23551 que es la que los actores invocaron en sustento de su pretensión. En efecto, la protección a la estabilidad que garantiza la LAS se encuentra temporalmente limitada al año posterior al vencimiento del mandato que le hubiera sido otorgado al representante o delegado gremial, por lo que la aplicación del sistema de reinstalación previsto en el art. 52 no supone el restablecimiento por tiempo indefinido de la relación contractual. (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

### **Despido. Discriminación. Reinstalación. Improcedencia.**

La directiva que emana del art. 1° de la ley 23592 referida a la alternativa de que sea dejado sin efecto el acto discriminatorio, si bien es plenamente aplicable en el ámbito de las relaciones de trabajo, cuando su cumplimiento implique la anulación del acto de despido, debe ser compatibilizada con normas de orden superior, como el art. 14, el art. 14 bis, el art. 17 y el art. 33 de la CN; y ello requiere que se analice no sólo si es materialmente posible tal anulación sino -además- si es jurídicamente exigible en forma compulsiva el restablecimiento de un vínculo de naturaleza contractual, sin que la condena prevea la posibilidad que la resistencia del empleador sea sancionada de un modo que no implique el mantenimiento forzoso y por tiempo indefinido de una relación que, por ser de naturaleza contractual, necesariamente, debe derivar de la autonomía de la voluntad. Las claras directivas que emergen de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la CN obstan decisivamente a que se considere jurídicamente posible la invalidez de un despido sin causa en el ámbito del empleo privado, cuando la condena al restablecimiento del vínculo no prevé una limitación temporal a su ejecución compulsiva si el modo en que, ante la eventual resistencia del empleador a la orden de reincorporación, pueda llegar a ser cumplida la decisión judicial sin que implique la

imposición de la vigencia indefinida de un vínculo contractual. (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

**Despido. Discriminación. Trabajador sin mandato gremial. Reinstalación. Improcedencia.**

Si se admitiera que -al margen de la ley sindical- un trabajador que no tiene mandato gremial ni plazo alguno de tutela, con motivo de un despido discriminatorio derivado de su actividad sindical, pudiera resultar beneficiario de una sentencia que, además de anular el despido, condenara a su reinstalación sin una limitación temporal a su ejecución compulsiva y sin prever la sanción definitiva a la que podría dar origen la resistencia del empleador a la orden de reincorporación, (para que el cumplimiento de la decisión judicial no implique imponer la vigencia indefinida de un vínculo contractual), podría darse la paradoja de que llegue a tener una protección superior a la que cualquier delegado o representante sindical porque la tutela otorgada a quienes están amparados por la ley sindical tiene un plazo de vencimiento, operado el cual pueden llegar a ser despedidos sin consecuencias. (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

**Despido. Discriminación. Leyes 23592 y 23551. Alcances.**

Las leyes 23592 y 23551 se articulan, en orden a la protección contra los actos discriminatorios, en una relación que va de lo general a lo particular, de manera que la primera norma procura una tipificación abierta, genérica y omnicomprendensiva de todo comportamiento que impida, obstruya, restrinja o menoscabe el ejercicio de derechos y garantías constitucionales; mientras que la ley 23551 solo se ha ocupado de algunos casos peculiarmente típicos y peculiarmente tenidos en consideración por el legislador de 1988 (arts 48 y 50). Aún en la postura doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que interpreta restringidamente el art. 47 de la ley de asociaciones sindicales, los casos no previstos especialmente en la ley 23551, sea por imprevisión o decisión política del legislador de 1988 o por no haberlos considerado típicos de la vida sindical argentina, resultan capturados por la norma general posterior sancionada en la ley 23592 que, por su redacción amplia y sin fisuras no parece dejar fuera supuesto alguno, siquiera aquellos no contemplados por las leyes anteriores. (Del voto del Dr. Maza, integrante de la mayoría).

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que es despedido por afiliarse al sindicato. Improcedencia de la indemnización del art. 52 ley 23.551. Reparación por daño moral.**

Habiéndose probado en la causa que el motivo del despido del trabajador fue su afiliación al sindicato respectivo (aún sin llegar a ser delegado gremial), debe considerarse la conducta del empleador como un acto contrapuesto al principio de no discriminación contemplado en el art. 16 de la Constitución Nacional y por las Declaraciones y Convenciones Internacionales a las que el art. 75, inc. 22 de la CN otorga jerarquía constitucional. La decisión, además, resulta violatoria de disposiciones de derecho interno como la ley 23.592, y el art. 17 de la LCT por lo que se configura un ilícito contractual (concomitante al despido) que, necesariamente, provoca una agresión de índole moral a la otra parte y cuyas consecuencias no se encuentran contempladas en los límites de la tarifa legal. Aún cuando no corresponde asimilar dicha reparación a la prevista en el art. 52 de la ley 23.551, limitada sólo a trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40,48 y 50 de la ley de asociaciones sindicales, corresponde abonársele además de la indemnización tarifada por el despido incausado, una suma en concepto por daño moral.

**C.N.A.T. S.II.** S.D. 94.575 del 26/10/2006. Exp. 5.086/05. *“CHIAPPARA ARROYO Mario Andrés c/TRANS AMERICAN Air Lines S.A”.* (P.-G.).

**Despido. Acto discriminatorio . Improcedencia. Protección de las personas y bienes.**

No se enmarca dentro de un acto discriminatorio, de los contemplados en el art. 11 de la ley 25013 y art. 1° de la ley 23592 el despido dispuesto por la empresa, del trabajador adicto a las drogas, que se desempeñaba como chofer de colectivos, toda vez que la fundamentación de que tal rescisión obedecía a proteger a los pasajeros y a los bienes de la empresa, antes de una mera excusa, aparece como una razón atendible dada la naturaleza de las tareas cumplidas por el dependiente.

*CNAT Sala X Expte n° 16599/00 sent. 11741 26/5/03 “Lazarte, Víctor c/ Empresa Mariano Moreno SA s/ despido” (S.- C.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Improcedencia. Transferencia a otra empresa.**

La sola existencia de cambios en la estructura laboral de una empresa traducidos en la circunstancia de que muchos trabajadores que eran compañeros de uno con portación de HIV, siguieron trabajando y otros nuevos fueron incorporados, mientras aquél fue transferido a otra empresa en los términos del art. 225 y conc. de la LCT, ni implican que se haya actuado a su respecto con discriminación.

*CNAT Sala I Expte n° 5683/01 sent. 83435 28/2/06 "P., J.A. c/ American Cargas SA y otro s/ despido" (V.- P.-)*

## **2.- Prueba.**

### **Despido. Discriminación. Ley 23592. Prueba.**

No corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto los indicios suficientes en tal sentido (conf. Art. 163 inc. 5 CPCCN). En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. Desde tal perspectiva, la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que "... quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc) deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada..." (sent. 93623 7/7/05 "Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios"). (Del voto de la Dra. González, en mayoría) .

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo" (G.- P.- M.-)*

### **Despido. Acto discriminatorio . Prueba. Cargas dinámicas probatorias.**

La carga probatoria que se impone al empleador en los casos en los que se alega discriminación, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que "quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc), deberá, en primer término, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos del hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que

funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada, y ello por cuando, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de los hechos negativos...” (Maza, Miguel “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas” LNLSS 2004-546 y ss).

*CNAT Sala II Expte n° 25648/02 sent. 93623 7/7/05 “Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios” (G.- R.-)*

#### **Despido. Acto discriminatorio. Prueba.**

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación (Conf. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Estudio General de 1988 sobre Igualdad en el Empleo y Ocupación).

*CNAT Sala II Expte n° 13596/05 sent. 94609 17/11/06 “Scognamillo, María c/ Dadone Argentina SA s/ despido” (P.- Gui.-)*

#### **Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente.**

Tal como quedó trabada la litis y de conformidad con lo dispuesto en el art. 377 del CPCCN se encontraba a cargo de la parte actora demostrar los hechos invocados en la demanda y en lo que se sustenta la pretendida reincorporación. Entre ellos, obviamente, que el despido del reclamante fue consecuencia directa de su actividad sindical. En este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral se requiere para su procedencia, la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados. Ello así por cuanto está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que sostuvo este Tribunal, con la integración anterior, en el caso “Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina SA” (sent. 66890 del 17/2/04). (Del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

*CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (GM.- S.- Z.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Prueba. Apreciación.**

La libertad de contratación, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos y que compromete el derecho de propiedad, no es absoluta, su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales, traducidas e concretas restricciones que tienen en miras el orden público y el bien común como valores trascendentales que deben guiar la actividad estatal. Los valores constitucionales en juego, en el caso la discriminación y la libertad sindical, en modo alguno pueden influir en perjuicio de la actividad probatoria de quien invoca un acto discriminatorio, ya sea para imponer una carga probatoria extra o una valoración más estricta o que sugerir que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para tener por acreditado cualquier otro dato de la realidad. Ello, claro está, sin perjuicio de señalar que para el caso del trabajador contratado también existen derechos constitucionales involucrados. Por ello, en materia de carga probatoria en estos supuestos, corresponde aplicar el criterio sostenido en la causa “Parra Vera, Máxima c/v San Timoteo SA” (sent. 68536 del 14/6/06 del registro de esta Sala). (Del voto el Dr. Simón, en mayoría. El Dr. Zas reitera los fundamentos expresados en el antecedente “Parra Vera”).

*CNAT Sala V Expte n° 10522/05 sent. 69131 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (GM.- S.- Z.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente.**

El art. 1 de la ley 23592 permite dejar sin efecto el “acto discriminatorio” o sea, en el caso, declarar la ineficacia del proceder reprochable, que estaría equiparado a un acto jurídico de objeto prohibido (doc. Art. 953 del C. Civil) y, asimismo, se ha dicho que si responde al ejercicio de un derecho podría ser asimilable a la figura del abuso que incorpora la reforma de la ley 17711 en el art. 1071 del C. Civil. Ahora bien, una respuesta de ineficacia tan intensa, que se vincula a una conducta que el ordenamiento juzga reprochable, requiere de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados y así lo ha interpretado este Ministerio Público, en casos similares. Adviértase que se trata de dejar sin efecto un acto con apariencia plena de ejercicio regular de un derecho, y que es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación, porque está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita, obviamente, la posibilidad de rescindir contratos, y esta ha sido la posición de la Sala V en supuestos

similares (ver “Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina SA s/ sumarísimo” dictamen 37426 del 12/2/04). (Del dictamen del Fiscal General n° 41918 del 17/3/06, al que no adhiere la mayoría de la Sala).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente.**

No basta que se encuentren acreditados en la causa el desarrollo de actos gremiales y sindicales de la actora para tornar viable la pretensión, sino que debe demostrarse en forma clara que el despido dispuesto ha sido con motivo de esa actividad gremial, tal como lo señaló la juez a quo. La carencia, en este caso, de elementos de prueba en el sentido señalado, no puede suplirse por el solo hecho de que la demandada dispusiera el despido de la accionante, sin alegar causa alguna. No debe perderse de vista que la LCT establece un sistema de estabilidad relativa impropia (al decir de de la Fuente, citado por Fernández Madrid en “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” Tomo II, 2° edición actualizada, pág 1679) y que, en la especie, la demandada depositó la indemnización correspondiente en la cuenta bancaria de la actora. (Del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Desplazamiento de las reglas tradicionales en la distribución de la carga de la prueba.**

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, sino que ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental. (Del voto el Dr. Zas, en mayoría).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)*



**Despido. Acto discriminatorio. Articulación del onus probandi.**

En materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales, es necesario tener en cuenta las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes y recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de los organismos de control de la OIT, tendientes a introducir “factores de compensación o corrección que favorezcan la igualdad de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como procesal “. Por ello, en estos casos, el onus probandi quedaría articulado de la siguiente manera. El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos, que debe llevar al tribunal a la convicción que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Carga de la prueba. Legislación internacional. Aplicación.**

Quien debe probar que el acto por el cual se rescinde la relación laboral no es discriminatorio es la propia empleadora. En el caso no logró hacerlo, toda vez que el despido de la actora fue “por reestructuración”, tal como adujo la empresa y sin embargo ella fue la única despedida. Por otra parte, y tal como los señalara la CSJN en “Simón, Julio y otros” (14/6/05) el art. 75 inc. 22 de la CN, refiere a las condiciones de vigencia de los diversos tratados internacionales, y pretende que se interpreten y se apliquen tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional (Con cita en el caso “Girolodi”, Fallos 328:514), ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina, tal como funcionan en el orden internacional incluyendo la jurisprudencia de dicho ámbito

relativa a esos tratados. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional (Del voto del Dr. Simón, que adhiere al del Dr. Zas).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo" (GM.- Z.- S.-)*

#### **Despido. Discriminación. Prueba. Indicios.**

El más claro ejemplo de violencia laboral es el que surge de la discriminación como forma de lograr que otro cambie lo que no puede o no tiene por qué cambiar, violencia que se viene enseñoreando casi solapadamente y que genera en las personas un estado de crisis, entendiéndose ésta como la latencia entre el peligro y la oportunidad. En rigor de verdad se trata de distintas formas de discriminación hostil que van desde el acorralamiento paulatino constituido por pequeños actos descalificantes, hasta hechos únicos instantáneos y definitivamente descalificantes. Procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar, tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba.

*CNAT Sala VII Expte n° 2512/05 sent. 40175 8/6/07 "Rybar, Héctor c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido" (F.- RD.-)*

#### **Despido. Discriminación. Prueba. Indicios razonables.**

En cuanto a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la ley 23592 que penaliza con la nulidad los actos discriminatorios, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada. Una vez alcanzada dicha verosimilitud, imprescindible en el ámbito procesal en que se encauzara la pretensión, habrá de ponderarse si el demandado asumió la finalidad de desvirtuarla, a través del aporte de elementos aptos para corroborar que su decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado.

*CNAT Sala IX Expte n° 15443/06 sent. 14360 27/6/07 "Yacanto, Claudio c/ Radiotónica de Argentina SA y otro s/ sumarísimo" (P.- B.-)*

### **3.- Nulidad del acto.**

**Despido Acto discriminatorio. Ruptura que excede el marco del sistema de estabilidad relativa. Acto nulo.**

La actora fue despedida, en el caso, por enviar un e mail a sus compañeros de trabajo instándolos a solidarizarse, con medidas pacíficas, con el personal de Aerolíneas Argentinas. Dicho despido, resulta comprendido en el art. 1° de la ley 23592 pues constituye una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar las ideas (art. 14 de la CN). Asimilado por el influjo del citado art. 1 de la ley citada el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 del C. Civil), y en consecuencia el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema.

*CNAT Sala IX Expte n°22537/02 sent. 12488 31/5/05 "Greppi, Laura c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido" (P.- B.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Ley 23592. Procedencia. Reincorporación del trabajador.**

La ley 23592, que protege frente a las conductas discriminatorias, tiene por objeto sancionar el trato desigual (en cualquier ámbito que se trate, incluso el laboral) fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir, el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo "subjetivas" (nacionalidad, raza, sexo, religión, caracteres físicos, ideas políticas, religiosas, sindicales etc). De manera que protege al trabajador en un espectro más amplio que la tutela que confiere la ley 23551, pues sanciona cualquier trato desigual fundado en diferentes circunstancias, incluso las ideas o la actividad sindical. Por ello el despido discriminatorio en el régimen de la ley citada y en los Tratados Internacionales con jerarquía de tales (confr. art. 75 inc. 22 C.N.) tiene como rango distintivo que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia. (Del voto del DR. Fernández Madrid) .

*Cnat Sala VI Expte N° 33975/02 Sent. 56971 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico De Argentina Srl S/ Sumarísimo" (FM.- De La F.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Ley 23592. Procedencia. Reincorporación del trabajador.**

El acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 C. Civil) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C. Civil), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083 del C. Civil). El damnificado tiene derecho, ante todo, a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se le reparen los daños materiales y morales ocasionados. El régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales. (Del voto del DR. Fernández Madrid) .

*Cnat **Sala VI** Expte N° 33975/02 Sent. 56971 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico De Argentina Srl S/ Sumarísimo" (FM.- De La F.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador.**

Resultan suficiente fundamento de la propuesta las normas específicas que castigan la conducta antisindical, en especial los ilícitos laborales previstos en los inc. e) (adoptar represalias contra trabajadores por su actividad sindical) y j) (practicar trato discriminatorio) del art. 53 de la ley 23551. Por existir un régimen protectorio especial resulta innecesario, en este caso, remitirse a la ley general antidiscriminatoria, cuya aplicación resulta dudosa, sobre todo si se tiene en cuenta que la ley 25013 -aún cuando no rija en el caso- ha optado por mantener para los despidos discriminatorios, el régimen de estabilidad impropia, si bien, agravando las indemnizaciones correspondientes (art. 11). (Del voto del DR. De la Fuente).

*Cnat **Sala VI** Expte N° 33975/02 Sent. 56971 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico De Argentina Srl S/ Sumarísimo" (FM.- De La F.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador. Régimen de estabilidad impropia.**

La ley 23592 permite dejar sin efecto el acto discriminatorio, aún cuando, como en el caso concreto (se trata de un empleado del Anses que se rige por las normas de la LCT), se trate de un despido dispuesto en un régimen de estabilidad impropia. Es que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución (art. 16) y por la ley (art. 1 de la ley 23592) y por lo tanto tiene un objeto prohibido (art. 953 C. Civil) y entonces es

nulo (art. 1044 idem), es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1 ley citada, art. 1083 del C. Civil).

*Cnat Sala X Expte N° 17520/00 Sent. 9679 29/6/01 "Stafforini, Marcelo C/ Ministerio De Trabajo Y Seguridad Social. Anses S/ Amparo" (Sc.- C.- S.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador. Nulidad de la rescisión.**

Concretado un despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que “se deje sin efecto el acto discriminatorio”, lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo. El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado arbitrariamente, amparado por normas de jerarquía constitucional y supralegal y por el jus cogens, razón por la cual la garantía plena y eficaz de ese derecho es la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo. De no admitirse la invocación de la ley 23592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles. En la medida en que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre “todos”, son titulares del referido derecho en cualquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida, en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo" (GM.- Z.- S.-)*

**Despido. Discriminación. Reinstalación. Salarios caídos. Procedencia.**

Al nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, debe ordenarse el pago de los salarios caídos, como derivación de lo resuelto en torno al acto extintivo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos de los normado en el art. 103 de la LCT. Si como en el caso, la demandada había depositado las sumas correspondientes a la indemnización por los despidos, al resultar éstos ineficaces, no habilitan el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, por lo que tales sumas deberán computarse como pago a cuenta de los salarios devengados desde el acto nulo y hasta la efectiva reincorporación . (Del voto de la Dra. González, en mayoría) .

*CNAT Sala II Expte n° 29545/06 sent. 95075 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-)*

#### **4.- Indemnizaciones.**

##### **Despido. Discriminación. Daño moral. Improcedencia. Conducta personal de un gerente de la demandada.**

No resulta procedente la indemnización por daño moral reclamada por el actor, derivada del trato discriminatorio que argumenta, toda vez que él mismo en su demanda reconoce expresamente que “la contratación del personal de esta empresa - se refiere a la demandada Arcos Dorados SA- se da a través de la oficina de personal que sigue las políticas internacionales de Mc Donald’s, políticas públicas y notorias que se basan principalmente en el reconocimiento de las minorías”, mientras que la discriminación denunciada ha sido proferida por el “gerente” del local donde el actor prestaba tareas, quien actuó a título personal y no como representante de la demandada. Por ello, el actor erró al elegir al sujeto pasivo de su pretensión. Tal vez la sociedad demandada podría haber incurrido en alguna responsabilidad si aquél hubiera denunciado los actos discriminatorios de los que se queja y ella hubiera omitido ponerles remedio. Pero no es lícito responsabilizarla por actitudes de dependientes que, según los términos de la propia memoria de agravios, actuaron espontáneamente y en violación a las reglas expresas por ella establecidas en materia de relaciones de trabajo.

*CNAT Sala VIII Expte n° 796/04 sent. 33133 31/3/06 “Frasch Verón, Gonzalo s/ Arcos Dorados SA s/ despido” (M.- L.-)*

##### **Despido. Discriminación. Daño moral. Procedencia. Imputación de homosexualidad.**

Corresponde reconocer derecho al trabajador despedido a una indemnización por daño moral si el acto rescisorio se apoyó en la acusación de prácticas homosexuales no acreditadas en autos. El calificativo utilizado perjudica la imagen del trabajador frente a los demás, con la consiguiente carga emocional negativa que ello trae aparejado para la persona que recibe el agravio.

*CNAT Sala VII sent. 26/5/93 “T., C. c/ OGA SRL y otro s/ despido” (L.-B.-)*

##### **Despido. Discriminación. Daño moral. Procedencia. Empleado que padece cáncer.**

En principio, el resarcimiento tarifado cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, resultando procedente la reparación civil en aquellos casos excepcionales

en que el despido vaya acompañado por una conducta adicional que justifique claramente que el empleador excedió las necesidades y límites impuestos por la LCT, configurándose un daño civilmente resarcible. Así, el despido del trabajador que padece un cáncer terminal supone una conducta discriminatoria por parte del empleador que debe cargar con las consecuencias extracontractuales que ocasionó su proceder.

*CNAT Sala V sent. 67602 6/5/05 "Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA s/ despido" (GM.- B.-)*

#### **Despido. Discriminación. Portador de SIDA.**

Si la demandada conoció o pudo conocer de un modo u otro, total o parcialmente, los resultados de los estudios médicos practicados al accionante, de los que se desprendería que este último era portador positivo de HIV, y contemporáneamente con este hecho, fue despedido sin alegarse un motivo real, debe concluirse que se desconoció el principio de no discriminación y procede consecuentemente la indemnización correspondiente (conf. Ley 23592).

*CNAT Sala IV Expte n° 13114/01 sent. 89902 30/8/04 "O., E. c/ Falabella SA s/ despido" (M.- G.-)*

#### **Despido. Discriminación. Portador de Sida.**

Debe considerarse discriminatoria la actitud de la empresa empleadora del actor, portador de Sida, que una vez vencidos los plazos de la licencia prevista por los arts. 208 LCT y 211 LCT fue renuente a los pedidos de otorgamiento de tareas livianas por parte del dependiente, dilatando su decisión y supeditándola a la necesidad de que se le practicasen controles médicos (art. 210 LCT). Lo que debió hacer, por el contrario, fue cumplir con las previsiones del art. 212 LCT y admitir el reingreso del trabajador con base en las constancias médicas que aquél ponía a su disposición. Ello, sin dejar de lado los recaudos que pudiera tomar para tornar más segura la tarea, tanto para el enfermo como para las restantes personas que pudieran estar involucradas, con cuidado de no afectar el derecho a la intimidad del enfermo.

*CNAT Sala VII Expte n° 10366/03 sent. 39706 3/11/06 "C., R. A. c/ Marofa SA s/ despido" (RB.- F.-)*

#### **Despido. Discriminación. Trabajadora epiléptica.**

Resulta discriminatorio el despido de una trabajadora que padece epilepsia, a la que luego de una recaída la accionada le informa que no tenía tareas livianas para asignarle (tareas administrativas que no requirieran prolongada deambulaci3n).El

cuadro padecido por la actora está especialmente excluido de todo acto discriminatorio y especialmente protegido por la ley 25504.

*CNAT Sala VI Expte n° 13463/04 sent. 59275 15/11/06 “Toro, Dora c/ SPM Sistema de Protección Médica SA y otro s/ despido” (FM.- S.-)*

**Despido. Discriminación. Impedimento de realizar horas extras.**

Se configuró una discriminación antijurídica al verificarse que la empleadora actuó con improcedente discrecionalidad arbitraria al privar infundadamente al accionante de la utilización de los instrumentos materiales y la posibilidad de realizar horas extras cuando se le concedían tales derechos a los demás trabajadores que se desempeñaban en idéntica categoría y área. Por ello y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1 de la ley 23592, corresponde reparar el daño moral ocasionado con una suma de dinero diferida en concepto del perjuicio patrimonial implícito.

*CNAT Sala IX Expte n° 7012/00 sent. 9102 23/10/01 “Campos, Juan y otro c/ Telefónica de Argentina SA s/ sumarísimo” (P.- B.-)*

**Despido. Acto discriminatorio. Nulidad. Reincorporación del trabajador. Daño moral. Indemnización. Efectos.**

Al ser el despido discriminatorio padecido por la actora un acto nulo de objeto prohibido, es procedente declarar su nulidad y condenar a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. Arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y conc. del C. Civil; art. 1 ley 23592). La reparación del daño material se fijará en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación, la que será calculada por el perito contador en la etapa de ejecución (conf. Arts 165 CPCCN y art. 1° ley 23592). Por otra parte, los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual (art. 1050 C. Civil); de allí que los salarios deben abonarse desde ese momento como consecuencia de la vigencia del contrato, en tanto el derecho a la remuneración se adquiere por la mera circunstancia de que la actora puso su fuerza de trabajo a disposición de la demandada (conf. Art. 103 LCT), tratándose de una acción de cumplimiento fundada en el art. 505, inc. 1° C. Civil y que la acción judicial, en este caso, fue interpuesta en forma casi inmediata al despido. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

*CNAT Sala V Expte n° 144/05 sent. 68536 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (GM.- Z.- S.-)*



\*\*\*\*\*

## **II. REINSTALACION Y NULIDAD DE DESPIDO POR PRACTICA ANTISINDICAL**

**TRIBUNAL DEL TRABAJO Nº 2 DE SAN ISIDRO**

**IGLESIAS FEDERICO c/ AUTOPISTAS DEL SOL S.A s/ Amparo**

**Expte. nº 36.641.**

### **VEREDICTO**

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los **22 días del mes de septiembre de 2006**, reunidos en la Sala de Acuerdos los Señores Jueces Doctores CARLOS ALBERTO STORTINI, GONZALO MIGUEL NIETO FREIRE e IRMA EDITH CARNERO, en autos IGLESIAS FEDERICO C/ AUTOPISTAS DEL SOL S.A S/ Amparo , Expte. Nº 36.641 donde se procedió a practicar el sorteo establecido por el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, resultando que en la votación debía observarse el orden siguiente: STORTINI - NIETO FREIRE - CARNERO

acto seguido se procede a plantear y votar las siguientes:

### **CUESTIONES**

A las cuestiones planteadas el Dr STORTINI, dijo:

#### **I CUESTION**

¿Que se reclama en las presentes actuaciones?

Viene el actor solicitando ser reinstalado en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos en la inteligencia que su despido ha sido nulo por ser una práctica antisindical y por haber sido víctima de un acto discriminatorio (ver demanda).-

#### **II CUESTION**

¿Medió entre las partes un contrato de trabajo y en su caso, bajo que circunstancias?

Con los reconocimientos efectuados por la legitimada pasiva al contestar la acción y con lo informado por la perito contadora a fs 134, tengo por acreditado que entre el actor y la empresa demandada ha mediado un contrato de trabajo, que este contrato dió inicio el 1 de septiembre de 2003, que la categoría detentada es la de cajero peajista y que prestaba servicios los viernes, sábados y domingos de 14.00 a 22.00 horas (arts 28, 29, 37 y 63 de la ley 11.653; art 354 inc 1º del CPCC).-

### **III CUESTION**

¿Como se disolvió el contrato de trabajo?

Ambas partes son contestes y así surge del telegrama obrante a fs 3 que el contrato de trabajo que uniera a las partes se disuelve por despido directo sin invocación de causa el 19 de enero de 2006 (arts 28, 29 y 63 de la ley 11.653; art 354 inc 1º del CPCC).-

### **IV CUESTION**

¿Tenía el actor actividad gremial?

Estando la totalidad de la documental acompañada al respecto por la parte actora impugnada por la demandada y no habiendo efectuado prueba supletoria acerca de su autenticidad, debo concentrarme en la prueba testimonial rendida en la audiencia de vista de la causa para responder a este interrogante.- Para ello meritúo lo declarado por Martín Guillermo Arnold, Sergio Nicolas Valdez y Adriana Valeria Santillan, testigos estos que me impresionaron como veraces y que de sus dichos extraigo las siguientes conclusiones: 1º) que el actor se encontraba fuertemente vinculado con el sindicato informando a sus compañeros fundamentalmente de la marcha de las negociaciones acerca de la firma del Convenio Colectivo de Trabajo; 2º) que el actor integró conjuntamente con la testigo Santillan la comisión de Higiene y Seguridad del Trabajo conformada en el seno del sindicato y que confeccionaba informes escritos y efectuaban reclamos al respecto durando esta comisión aproximadamente seis meses, 3º) que el actor era un referente del sindicato y que colaboraba activamente con el delegado Ron y 4º) que existieron movilizaciones y reclamos exigiendo la reincorporación de Iglesias luego de ser despedido.- No tengo en cuenta las declaraciones restantes y fundamento.- En el caso de Rodolfo Alberto Ron, advierto un marcado interés en la resolución de este conflicto, al punto de enviar comunicaciones

postales, -ver fs 8, 10, 12 y 14-, de cuyos textos se desprende el evidente interés del citado testigo en el resultado de este litigio.- En el mismo sentido, Roberto Lavalle en su calidad de jerárquico de la empresa también tiene un importante grado de participación en los sucesos que tiñe de parcialidad su relato en cuanto a la participación del actor en la actividad gremial.- En cuanto a las declaraciones de Omar Alejandro Moledo, Augusto Fosati y José Armando Tagliarino solo se limitaron a expresar que el actor no tenía actividad gremial sin dar mayores precisiones al respecto.- Consecuentemente y teniendo en cuenta la valoración en conciencia de los testimonios arriba expuesta, tengo por acreditado que el actor ejercía una importante actividad gremial (arts 35, 36, 44 y 63 de la ley 11.653; art 375 del CPCC).-

## **V CUESTION**

¿Se convocó a una asamblea informativa el 19 de enero de 2006?

De los testimonios rendidos por la totalidad de los testigos surge que se convocó a una asamblea informativa para el día 19 de enero de 2006 y que su realización fue prohibida por la empresa conforme surge de la documental obrante a fs 38 (arts 28, 29, 35, 36 y 44 de la ley 11.653).-

## **VI CUESTION**

¿Existió alguna causa que motivara el despido del actor?

La demandada despide al actor sin invocar causa alguna conforme surge del telegrama de fs 3.- Al contestar la acción alega que si bien formalmente el despido es incausado, justifica este accionar en el hecho que el actor tenía cargas de familia y con el fin de evitar una contienda judicial, en realidad el actor cometió una grave injuria consistente en ingresar en una cabina de peaje, fuera del horario de trabajo y en compañía de un menor desconocido y efectuar roturas en el mobiliario de la misma (ver fs 81 vta).- Sin perjuicio de la validez de la causal invocada al contestar la demanda, entiendo que el hecho alegado no ha podido ser probado en autos toda vez que el único testigo que depuso con conocimiento de causa sobre este suceso fue Omar Alejandro Moledo y refirió una situación diferente, ya que este declaró que el actor ingresó a la estación de Pilar y que se dirigió, en compañía de un menor, al comedor y que cuando el testigo ingresó en el mismo vió que una cartelera estaba abierta.- De allí que entienda que no se ha logrado acreditar que el actor ingresara a

una cabina de peaje y destruyera mobiliario y aún mas, ni siquiera se acreditó que el actor hubiese sido quien abrió la cartelera, toda vez que nadie lo vio haciendo esto en un lugar al que cualquier persona tenía acceso (arts 35, 36, 44 y 63 de la ley 11.653; art 375 del CPCC).-

## **VII CUESTION**

¿Se iniciaron actuaciones administrativas ante el despido del accionante?

Con lo que informa el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación de fs 143 a fs 206 tengo por acreditado que se labraron actuaciones administrativas donde se denuncia el despido del actor y se solicita la reincorporación del mismo y que la empresa declina la instancia administrativa alegando que la judicialización del conflicto impide el tramite ante esa dependencia (art 41 de la ley 11.653).-

## **VIII CUESTION**

¿Se despidió a algún otro trabajador en la época del distracto del actor?

No surge de las constancias de autos ni de los testimonios rendidos en el acto de la audiencia de vista de causa que se hubiera despedido a otros trabajadores a la época de la frustrada asamblea a realizarse el 19 de enero de 2006 (arts 375 del CPCC, art 63 de la ley 11.653).-

## **IX CUESTION**

¿Se produjo prueba confesional en las presentes actuaciones?

En la audiencia de vista de la causa absolviéron posiciones el actor y el representante legal de la accionada quienes básicamente se mantuvieron en los dichos expuestos en los escritos constitutivos de la litis y por dicho motivo nada aportan a la solución del litigio.- Con relación a la cuestión suscitada respecto a la segunda ampliación del pliego de la parte actora, estimo que, mas allá de no ser un hecho reconocido por la parte demandada, surge de las constancias de autos que se reclamo la reincorporación del trabajador, por lo que es inoficioso expedirse al respecto (art 34 de la ley 11.653).-

Lo expuesto es el resultado de la apreciación objetiva y en conciencia de la prueba producida y demás constancias de autos que informan mi íntima convicción (art. 44 inc. \*d\* de la ley 11.653). ASI LO VOTO

A la totalidad de las cuestiones planteadas, los Dres. NIETO FREIRE y CARNERO dijeron: que adhieren a las mismas por sus fundamentos.

Acto seguido y de conformidad con la votación, el Tribunal RESUELVE:

Téngase por veredicto a las conclusiones que anteceden, hágase saber y vuelvan los autos al Acuerdo para dictar sentencia.

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Señores Jueces por ante mí, que doy fe.

REGISTRESE CONJUNTAMENTE CON LA SENTENCIA.

-----

## **ACUERDO**

En la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los días del mes de de dos mil seis, reunidos en la Sala de Acuerdos los Señores Jueces Doctores CARLOS ALBERTO STORTINI, GONZALO MIGUEL NIETO FREIRE e IRMA EDITH CARNERO, en autos: IGLESIAS FEDERICO C/ AUTOPISTAS DEL SOL S.A S/ Amparo Expte. Nº 36.641, donde se dispuso que debía observarse en la votación el orden ya establecido en el veredicto que antecede y luego del exámen de los autos que realizan los Señores Jueces, me indican que deje constancia de las siguientes:

## **CUESTIONES**

1º ¿Es procedente la demanda instaurada?

2º ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

## **VOTACION**

A la primera cuestión, el Dr STORTINI, dijo:

### **I) LOS ANTECEDENTES:**

Se presenta a fs 56/63 el Dr Guillermo Pérez Crespo, en nombre y representación de Federico Iglesias promoviendo una acción de amparo por despido manifiestamente discriminatorio y antisindical contra la empresa Autopistas del Sol SA.-

Sostiene el presentante que su mandante comenzó a prestar servicios en favor de la demandada el 1 de septiembre de 2003 desempeñando funciones de cajero peajista en la Autopista Panamericana Ramal Campana cumpliendo un horario que se extendía de 19.00 a 22.00 horas los viernes, sábados y domingos percibiendo una remuneración mensual de \$ 990,96.-

Manifiesta que el actor es afiliado a UECARA y que en marzo de 2005 participó del Primer Congreso de la Militancia de dicha entidad siendo designado como coordinador de la Comisión de Seguridad e Higiene, teniendo como funciones el relevamiento de las condiciones de trabajo en los distintos ramales y estaciones de peaje.- Esta comisión es disuelta pocos meses después por presiones de la empresa.-

Señala que en agosto de 2005 un sector de trabajadores se opone a la firma del convenio colectivo de trabajo por entender que había sido negociado a sus espaldas e incluso plantean la nulidad del mismo luego de presentado este en diciembre de 2005.-

Así se intenta juntar firmas para oponerse al convenio citado, siendo el actor un activo colaborador en esta tarea y se fija una asamblea para el 19 de enero de 2006 en el horario de cambio de turno y en el comedor de la empresa.- Siempre estando al relato de la parte actora, el 18 de enero aparecen volantes prohibiendo la realización de esta asamblea, lo que motiva al Delegado Ron y al actor a concurrir a reclamar por esta hecho siendo agredidos por el funcionario de la empresa, Roberto Lavalle que les prohíbe el ingreso a la empresa al mismo tiempo que el actor es despedido sin causa.-

Relata que este despido motivo la solidaridad del resto del personal de la empresa la que se tradujo en firmas solicitando la reincorporación de Iglesias, quien solicita se

deje sin efecto la medida dispuesta por la patronal y que se proceda a reinstalar al trabajador en su puesto y a que se abonen los salarios caídos.-

Seguidamente funda en derecho, sostiene la nulidad del despido como acto antisindical como así también la nulidad del despido como acto discriminatorio, ofrece prueba y solicita el andamio de la acción instaurada.-

Corrido el traslado de ley, se presenta a fs 76/96 el Dr Hector Alejandro García, con el patrocinio letrado del Dr Daniel Carlos Lucio Funes de Rioja contestando la demanda instaurada.-

Reconocen la existencia del contrato de trabajo aunque niegan que el actor tuviera actuación sindical o que participara activamente en la vida de la asociación gremial o que tuviera algún tipo de representatividad en ese sentido.-

Sostienen que el caso traído a resolver es consecuencia de un problema intrasindical al cual su representada resulta ajena y que el mismo es fogoneado y utilizado políticamente por el delegado Sr Ron.-

Manifiesta que el actor fue despedido sin invocación de causa y que le fue depositada la indemnización correspondiente en su cuenta sueldo.- Reconoce que la entidad sindical amenazó con medidas de acción directa si no se reincorporaba al actor pero se mostró sorprendida cuando en el Ministerio de Trabajo, en una audiencia celebrada con el fin de solucionar este diferendo, se anotició de la existencia de este pleito.-

Señala que la vía del amparo no corresponde ya que la norma citada, el art 47 de la ley 23.551 no protege la estabilidad de estos trabajadores, que el actor al no ser representante sindical carece de la protección que sí alcanza a estos por imperio del art 51 y 52 de la citada ley, acotando que tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional mira con disfavor todo tipo de estabilidad absoluta citando fallos que refieren en ese sentido.-

Argumenta contra la pretendida discriminación sosteniendo que esta no ha existido y que la decisión patronal fue en ejercicio del poder de dirección que la propia ley le otorga y finalmente sostiene que la anulación del despido es improcedente.-

Seguidamente la parte demandada ofrece prueba y solicita el rechazo de la acción deducida.-

A fs 97 se procede a la apertura a prueba de la causa, a fs 134 la perito contadora presenta su informe, a fs 142 se fija la audiencia de vista de la causa, a fs 180, 199 y 228 obras las contestaciones de oficio remitidas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, a fs 287/289 obra el acta donde consta la celebración de la audiencia de vista de la causa y a fs 300 se ordena el pase de las actuaciones al Acuerdo para el dictado del veredicto y de la sentencia.-

## **II) LOS HECHOS:**

El Tribunal dicta a fs el veredicto, señalando las circunstancias fácticas a las que habré de referirme a los efectos de la aplicación del derecho.-

## **III) LAS RECLAMACIONES:**

Viene el actor reclamando su reincorporación en el en puesto de trabajo que tenía en la empresa demandada alegando que el despido fue un acto antisindical, por lo que solicita el amparo previsto en el art 47 de la ley 23.551 y que el mismo resulta nulo por configurar un acto discriminatorio en los términos previstos en el art 1 de la ley 23.592.-

A su turno, la legitimada pasiva desconoce la actividad gremial alegada por el actor y sostiene que a pesar de haberlo despedido sin causa, la realidad indica que fue despedido por ingresar a una cabina de peaje y destrozar mobiliario descartando cualquier tipo de discriminación.-

Surge del veredicto que antecede que se acreditó en autos que el actor estuvo vinculado con la demandada por un contrato de trabajo, que este contrato se disuelve por decisión de la patronal sin invocación de causa y que el actor, sin llegar a ser representante sindical, se encontraba fuertemente vinculado con el gremio, siendo un activista importante con funciones dentro de la misma entidad, como ser la de coordinador de una comisión interna referente a la higiene y seguridad del trabajo, a la vez de haber sido uno de los referentes de la oposición formulada por un grupo de trabajadores a la firma del convenio colectivo de trabajo.-



Así expuestos brevemente los hechos mas salientes que hacen a la litis, veamos si alguna de las vías elegidas por el accionante son procedentes para acceder a la pretensión de ser reinstalado en su puesto de trabajo.-

Fundado en el art 47 de la ley 23.551, el actor pretende que por esta vía de amparo se considere a su despido como un acto antisindical el cual pretende que el Tribunal haga cesar y así lograr el reingreso a la empresa.-

La norma en cuestión dispone que todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por esa ley podrá recabar su amparo ante el tribunal judicial competente, conforme procedimiento sumarísimo, a fin que este disponga el cese inmediato del comportamiento antisindical.-

Ahora bien, ¿se puede por esta vía lograr la reinstalación en el empleo?.- Una seria corriente doctrinaria, con prestigiosos juristas como Capon Filas y Vazquez Vialard se inclinan por otorgarle a cualquier dependiente afectado por una práctica antisindical que se traduzca en su despido, la posibilidad de acceder a la reinstalación por esta vía.-

Por mi parte, coincido con la postura asumida por el Dr Hector Scotti, quien al respecto ha señalado que: Una cosa es imponerle, -en el caso al empleador-, por medio de un pronunciamiento judicial una conducta negativa con relación a determinados extremos y otra muy diferente ordenar el reestablecimiento de un nexo que, -en principio-, carece de estabilidad, al menos de lo que se ha dado en denominar estabilidad absoluta ... frente a la omisión de toda referencia en orden al restablecimiento de un vínculo que no posee, en nuestro derecho, vocación de estabilidad propia, entendemos que resultaría injustificado y contra legem invalidar el ejercicio de facultades propias de todo dador de trabajo sin la presencia de una norma específica que así lo dispusiese (Scotti Hector; La Protección de la actividad gremial ; Derecho Colectivo del Trabajo pag 374).-

Es así que siguiendo a este prestigioso jurista, entiendo que no puede por esta vía lograrse la reinstalación en el puesto de trabajo ya que si esto fuera posible se estaría protegiendo de igual forma al representante gremial, el cual tiene estabilidad absoluta consagrada por la ley, del trabajador que no ostenta cargo representativo alguno,

consagrándose así un régimen de estabilidad absoluta para casi la totalidad de los trabajadores cuando la ley no lo prevee.-

Coincido además con el autor arriba señalado en el sentido que si existiera norma jurídica que autorice la reinstalación de cualquier trabajador vinculado con el sindicato por la vía prevista en el art 47 de la ley 23.551, no sería ello cuestionable, pero al no existir esta norma se estaría actuando sin base legal alguna, por lo que considero que no ha de accederse a la reinstalación por la vía del amparo.-

He de analizar seguidamente la procedencia de la pretensión de la parte actora consistente en invalidar el acto del despido por considerar al mismo discriminatorio.-

El art 1 de la ley 23.592 obliga a quien cometa impida, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional a que deje sin efecto este acto.- Considera la norma en forma particular los actos discriminatorios determinados por, entre otros la opinión política o gremial.-

La parte actora sostiene a este respecto que su despido obedeció a su actuación como activista gremial y que la falta de causa de su despido trasunta la discriminación de la cual fue objeto.-

Ahora bien ¿sobre quien pesa la prueba del acto discriminatorio?.-

Si bien alguna jurisprudencia sostiene que la carga probatoria se encuentra en cabeza de quien la invoca, en el caso el trabajador,- como por ejemplo la Sala 8º de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos Castia Ricardo c/Alto Paraná SA, entiendo que ello no ha de ser así toda vez que se debe tener en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional y que cuando el trabajador se siente discriminado por cualquier circunstancia, quien debe probar la inexistencia de discriminación es el empleador.-

Esta postura no debe entenderse como una mera inversión del onus probandi lo que atendería contra elementales principios del debido proceso ya que el sentirse discriminado , -actitud subjetiva-, no bastaría nunca para tener por configurado un ilícito civil como el que se analiza, y así se requeriría siempre hechos que demuestren ese sentir.- Ello significa en resumidas cuentas que, para no violar de esta manera las

previsiones contenidas por el art 375 del CPCC, aplicable al fuero por la remisión contenida en el art 63 de la ley 11.653, que quien se considera víctima de un acto discriminatorio deberá en primer término acreditar que posee las características que considera motivantes del acto que se ataca, por ejemplo en el caso de autos ser un miembro activo y altamente participativo de la asociación sindical y los elementos de hecho o la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de este, quedando entonces en cabeza de la demandada la carga de acreditar que el despido dispuesto tuvo una motivación distinta de la animosidad alegada.-

Y considero que esto es así toda vez que ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es al empleador al que le compete aportar los elementos que excluyan la tipificación enrostrada, toda lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentre en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar.-

Siguiendo al Dr Miguel Angel Maza, entiendo que: En este tipo de cuestiones, la moderna doctrina procesal sobre el onus probandi y el principio de no discriminación involucrado llevan a colocar en cabeza del empleador la carga de acreditar, -siquiera sumariamente-, que, aunque insuficiente para justificar el despido, mediaron hechos imputables al trabajador o bien circunstancias objetivas que resultaron ser la única y auténtica razón del distracto, desplazando así la sospecha de un actuar discriminatorio... (Maza Miguel Angel; El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas ; RDLSS; 2004 A; pag 129).-

En el mismo sentido la Dra Andrea Garcia Vior, en un lúcido trabajo al respecto ha sostenido que: Deben extremarse los recaudos ante la evaluación de los despidos sin causa (es decir en que no se alegara siquiera una motivación insuficiente o meramente discrecional), cuando se afectara a un sujeto particularmente protegido si pudieren existir indicios basados en la relación temporal de los acontecimientos o en cualquier otra circunstancia que pudiera constatarse objetivamente que lleven a vincular alguno de los aspectos contemplados en la legislación prevencionista de la discriminación con el cese dispuesto.... (Garcia Vior Andrea; Discriminación por motivos sindicales. Prueba. Estabilidad impropia y nulidad del despido RDLSS, 2004 B, pags 1308/1309).-

Yendo ya a la situación planteada en autos, surge del veredicto que antecede que se acreditó que el trabajador era un activista gremial destacado, llegando incluso a formar parte de comisiones internas, que fue uno de los referentes del movimiento que se gestó en contra de la firma del convenio colectivo de la actividad y que se realizaron gestiones a nivel sindical para lograr la reincorporación del mismo.- Así también se acreditó que el despido del actor se produce al mismo tiempo en que se prohíbe la realización de una asamblea y para cuya convocatoria el actor tuvo marcado protagonismo.-

Así, y en razón de lo arriba expuesto, entiendo que el legitimado activo ha probado los extremos requeridos en cuanto a sus calidades personales y ha presentado fuertes indicios que la medida dispuesta pudiera llevarlo a sentirse discriminado , máxime si, como quedó acreditado en el caso de autos, el fue el único despedido de los activistas mas reconocidos.- Nótese que que no se procedió igual con ninguno de los demás trabajadores que participaron de las protestas en contra de la firma del convenio colectivo de trabajo, como por ejemplo Adriana Valeria Santillan, quien integró la comisión con el actor y que participó del movimiento contra la firma del convenio al igual que el accionante.-

Así, entiendo que era la accionada la que debió probar que el despido no tuvo como motivación oculta la actividad sindical del actor y que medió otra causa que desplace la sospecha de discriminatorio del acto.-

La accionada arguye en su contestación de demanda que despidió sin causa al actor tomando en cuenta que tenía cargas de familia y con la intención de evitar un conflicto judicial, pero que en realidad Iglesias cometió una grave falta consistente en ingresar con una menor desconocida a una cabina de peaje y destrozar mobiliario.-

Mas allá de considerar que formalmente no resulta válido argumentar en la contienda judicial una causa motivante del despido en el responde cuando esta no ha sido válidamente alegada en la ruptura, entiendo que dadas las especiales características de este pleito, debo detenerme en este punto.-

Entiendo, y así lo exprese en el acto procesal previo, que la demandada no probó que el actor hubiese ingresado a una cabina de peaje y que hubiera destruido el mobiliario, ya que el único testigo que declaró al respecto solo señaló que el actor ingresó al comedor de la empresa y que cuando este testigo ingresó a este lugar solo

vió una cartelera que estaba abierta siendo que el testigo era el único que tenía llave de la misma.-

Como ya expresé, esto ni siquiera acredita la autoría del accionante de la apertura de la vitrina, conducta que dicho sea de paso, no concuerda siquiera con la alegada en la contestación de demanda, con lo cual ninguna inconducta del accionante se acreditó para desplazar la sospecha de discriminatorio del acto.- Es mas, pareciera que esta imputación está dirigida solo a ocultar la verdadera intencionalidad del despido decretado, lo que refuerza mi convicción de que el despido dispuesto fue un acto de discriminación contra el accionante por su actividad gremial militante.-

Consecuentemente, la obligación de reponer al trabajador en su puesto de trabajo nace de la nulidad del despido en función de su manifiesta ilicitud en los términos de los arts 953, 1044 y 1083 del Código Civil, no por violar meramente una prohibición legal sino por constituir un acto atentatorio de claras y expresas garantías constitucionales que hacen al goce efectivo de los llamados derechos fundamentales.-

Frente a ello, el derecho a la no discriminación en todos sus aspectos, debe ser considerado como parte de los derechos humanos, cuya regulación es al mismo tiempo nacional e internacional y de allí que nada impide la declaración de nulidad de aquel acto jurídico cuyo objeto sea una conducta discriminatoria y consecuentemente la reinstalación del trabajador en su puesto para así retrotraer las cosas al estado anterior a este comportamiento ilícito.-

Por ello considero que debe hacerse lugar al reclamo formulado por el actor, declarar la nulidad del despido dispuesto por Autopistas del Sol SA, la cual deberá, una vez firme la presente sentencia, reinstalar al Sr Federico Iglesias en su puesto de trabajo bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento injustificado (art 666 bis del Código Civil).-

Asimismo, y dentro del décimo día de notificada la sentencia, deberá la accionada abonar los salarios caídos desde la fecha del distracto.- Va de suyo que las eventuales indemnizaciones que por despido arbitrario dice haber depositado la demandada deberán ser reintegradas a la misma o bien, si así lo creyera conveniente la legitimada pasiva, ser compensadas con los salarios a los que en la presente se condena.-

En cuanto a las costas, estimo que toda vez que la demandada pudo válidamente sentirse con derecho a obrar como lo hizo, las mismas deben ser impuestas en el orden causado, regulándose los honorarios del Dr. Guillermo Enrique Perez Crespo en la suma de pesos (\$) ; Dra. Marta Elena Perez Crespo en la suma de pesos (\$) ; Dr. Hector Alejandro Garcia en la suma de pesos (\$) ; Dr. Daniel Carlos Lucio Funes de Rioja en la suma de pesos (\$) ; Dr. Guillermo Fernando Perego en la suma de pesos (\$) ; Perito Contadora Patricia Monica Bure en la suma de pesos (\$) .

Por los fundamentos expuestos VOTO POR LA AFIRMATIVA

A la misma cuestión, los Dres. NIETO FREIRE y CARNERO dijeron: que adhieren al voto precedente, por sus fundamentos.

A la segunda cuestión el Dr STORTINI, dijo:

Atento al resultado recaído al votarse la cuestión anterior corresponde hacer lugar a la demanda promovida por FEDERICO IGLESIAS y consecuentemente deberá la demandada AUTOPISTAS DEL SOL S.A., una vez firme la presente, reinstalar al accionante en su puesto de trabajo bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento injustificado.- Asimismo deberá en el plazo de diez días abonar los salarios caídos desde el distracto hasta la presente, debiendosele reintegrar a la demandada las eventuales sumas depositadas en favor del actor en concepto de liquidación final e indemnizaciones por despido o bien, en caso de considerarlo conveniente la demandada, compensar estas sumas con los salarios debidos al actor.-

Propongo imponer las costas en el orden causado (art. 19 ley 11.653), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes en la forma y proporciones indicadas en la cuestión precedente (arts 14, 14 bis, 16, 75 inc 22 y conc de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales; Convenio 110 de la OIT; art 9 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur; arts 17, 62, 63, 81, 103 y conc de la LCT; arts 666 bis, 953, 1044, 1088 y conc del Código Civil; arts 1 y conc de la ley 23.592; art 47 y conc de la ley 23.551, arts 28, 29, 34, 35, 36, 37, 41, 44, 63 y conc de la ley 11.653; arts 354 inc 1º, 375 y conc del CPCC y demás fundamentos dados al votarse la cuestión anterior).- ASI LO VOTO

A la misma cuestión los Dres. NIETO FREIRE y CARNERO dijeron: que adhieren al precedente voto, por sus fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo firmando los Señores Jueces por ante mí que doy fe.

## **S E N T E N C I A**

San isidro, de octubre de 2.006.

Por ello, y demas fundamentos dados en el Acuerdo que antecede, el Tribunal FALLA:

1º) Hacer lugar a la demanda promovida por FEDERICO IGLESIAS y consecuentemente deberá la demandada AUTOPISTAS DEL SOL S.A., una vez firme la presente, reinstalar al accionante en su puesto de trabajo bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento injustificado.- Asimismo deberá en el plazo de diez días abonar los salarios caídos desde el distracto hasta la presente, debiendosele reintegrar a la demandada las eventuales sumas depositadas en favor del actor en concepto de liquidación final e indemnizaciones por despido o bien, en caso de considerarlo conveniente la demandada, compensar estas sumas con los salarios debidos al actor.-

2º) Imponer las costas en el orden causado (art. 19 ley 11.653), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes Dres.... REGISTRESE-NOTIFIQUESE.

00000

### ***DISCRIMINACION POR EMBARAZO. APLICACIÓN LEY 23592.***

#### ***a) TRIBUNAL DEL TRABAJO N° 3 LA MATANZA***

Acto seguido, reunidos los Sres. Jueces integrantes del Tribunal del Trabajo Nro.3 del Departamento Judicial de La Matanza en la Sala de Acuerdos, a efectos de dictar el correspondiente Veredicto que establece el art.44 de la Ley 11653, en sus inc.d y e] en autos **"CORREA Valeria del Carmen c/ CARI SRL s/ DESPIDO"** Expte. **7158**, conforme lo determina el art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires resuelven plantear y votar por separado, previo sorteo que resultó en el siguiente

orden: Dr. Luis A. RAFFAGHELLI, Dr. Guillermo CONTRERA y Dra. Cristina A. LÓPEZ las siguientes:

## **CUESTIONES DE HECHO**

**PRIMERA:** Se acreditó que haya existido la relación laboral invocada entre actora y demandada. En su caso fecha de ingreso, categoría profesional y remuneración de la actora?

La existencia de la relación laboral no se encuentra controvertida. La demandada la reconoce pero cuestiona la extensión temporal denunciada por la accionante y su remuneración. En efecto a fs.41 vta. reconoce que la actora laboró en la empresa pero que luego de un alta temprana anterior - cuya fecha no detalla -se materializó su ingreso el día 10 de junio de 2002 y que la relación laboral duró *tan solamente 18 días* ( fs. 43 vta.).-

El informe pericial contable de fs. 87 vta punto 3º corrobora fecha de ingreso y egreso reconocido por la demandada luego de compulsar su documentación laboral. Ante la impugnación efectuada por la actora analizaré la prueba restante y fundamentalmente la producida en la audiencia oral.

Del alta temprana adjuntada a fs.33 por la demandada surge como fecha de inicio de la actora el 11 de febrero de 2002 no coincidiendo con los dichos de aquella.-

El Jefe de planta Roberto Montes ofrecido como testigo por Cari SRL, preguntado por el Tribunal estimó que la actora había trabajado al menos un trimestre. Dijo que integraba un equipo de trabajo conformado por aproximadamente diez a doce operarias, de una línea de producción.

La documental y testimonial citados forman convicción que me permite ab initio apartarme de la formalidad de los libros laborales en que basó su responde la empleadora y del informe contable que los refleja.

La testigo Sofía Lorena SEQUEIRA dijo haber trabajado en CARI desde el 23 de abril de 2001 al 6 de julio de 2002 como envasadora y empaquetadora al igual que la actora bajo condiciones de clandestinidad por una remuneración mensual de \$ 360/400 y que fue registrada dos meses antes de su despido. Cuando la testigo ingresó a trabajar dijo que ya estaba Valeria Correa trabajando y que su salario era el mismo que el de ésta.

La testigo Miriam Ruiz Díaz comenzó a trabajar en CARI el 5 de diciembre de 2000 y que Correa ingresó prácticamente con ella que trabajó también hasta julio de 2002. Dijo no haber sido registrada laboralmente coincidiendo con Sequeira que la



remuneración mensual era de \$ 350/400. Tanto Sequeira como Ruiz Díaz figuran en la nómina del personal ( fs.86) informada por el perito contador, con fecha de ingreso 8 de mayo de 2002 muy posterior a su ingreso a la empresa.-

Estos testimonios resultan coincidentes con el de María Eva Martínez quien dijo haber trabajado en el establecimiento de CARI desde febrero de 2000 hasta diciembre de 2001, sin haber sido registrada nunca y que laboró casi un año junto a la actora. Los dichos de las citadas testigos me impresionaron como veraces y se toman en consecuencia como prueba de mérito para fundar la conclusión.

En materia laboral los tribunales del fuero tienen facultades privativas en la apreciación de la prueba de testigos y en la consideración de las tachas relativas que pudieren disminuir la fuerza de sus dichos. SCBA, L 33046 S 26-6-1984, Juez SALAS (SD) CARATULA: Echavarría, José María c/ Forja San Martín S.A.I.C. s/ Despido

Concluyo entonces que Valeria del Carmen CORREA laboró efectivamente para CARI SRL desde el 5 de diciembre de 2000 hasta el distracto en calidad de envasadora, en su establecimiento de elaboración de galletitas, sito en Ramos Média Partido de La Mantaza, habiendo ascendido su mejor remuneración mensual normal y habitual a \$ 400.-

Voto por la AFIRMATIVA [art.44 inc.d Ley 11653]

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.

**SEGUNDA:** se acreditó el modo de extinción de la relación de trabajo entre actora y demandada?

La relación laboral se extinguió por decisión de la empleadora comunicada a través de la CD nº 453315872 del 28 de junio del año 2002 ( obrante a fs.7 de autos) con el siguiente texto: Por intermedio de la presente notificamos extinción de relación laboral notificado por ( art. 92 bis LCT notificado por art.1 Ley 25250) Liquidación final a su disposición. Buenos Aires, 28 de junio de 2002.-

*Si bien el texto contiene errores de redacción, no se modifica el sentido de su texto y puede colegirse que cuando dice notificado por art.1 Ley 25.250 debiera leerse y*

*entenderse modificado ya que dicha norma es precisamente la que reformó la Ley 25.013 en cuanto a la extensión del período de prueba.-*

**Voto por la AFIRMATIVA** [art.44 inc.d Ley 11653]

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.

**TERCERA:** Se acreditó la causal de despido invocada por la demandada?

La demandada sostuvo en su conteste que la actora al momento de decidirse su desvinculación estaba contratada a prueba y que el plazo no se encontraba vencido. El texto que establece la extinción de la relación laboral dice: Por intermedio de la presente notificamos extinción de relación laboral notificado por ( art. 92 bis LCT notificado por art.1 Ley 25250) Liquidación final a su disposición. Buenos Aires, 28 de junio de 2002.-

Sin embargo quedó probado por las conclusiones de la cuestión primera que la actora laboró desde el 5 de diciembre de 2000 hasta el 28 de junio de 2002, excediendo largamente los 18 días reconocidos por la demandada y por ende el período de prueba alegado como vigente al momento de extinguir la relación.-

La demandada sostuvo en su responde que a fines de junio de 2002 las expectativas productivas de la empresa se habían esfumado al punto que tuvo que dar de baja a varias empleadas, incluida la actora, con lo cual pareciera introducir una nueva causal, económica, como fundamento del despido de la actora, la que me eximo de tratar por no estar articulado en el texto del despido cuya invariabilidad establece la ley.-

A. Aún cuando algunos de los testimonios ( Ruiz Díaz) recogidos en la vista de causa señalaron que hubo antes y después del despido de la actora, otros despidos grupales, todos coincidieron en que la actora fue despedida en forma individual, y ello tiene relevancia para el particular caso de autos.-

B. Formo convicción entonces, que no surge acreditado que la actora se encontrara al momento de su despido en periodo de prueba laboral, conforme el plazo establecido legalmente. El periodo registrado por la empleadora no obedece al efectivo tiempo de prestación de servicios que se tuvo por probado en la cuestión primera del veredicto. Por ende el contrato a prueba resulta nulo y configura un intento de hacerlo valer en fraude a los derechos laborales irrenunciables e imperativos de la trabajadora.-

**Voto por la NEGATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**CUARTA:** Se acreditó el pago de los haberes a la actora del mes de junio 2002; SAC proporcional del año 2000; del año 2001 y proporcional año 2002 e indemnización sustitutiva de vacaciones no gozadas proporcional al año 2002?

Controvertido el cobro de las remuneraciones la prueba contraria a la reclamación corresponde a la parte patronal (SCBA L.61.267 S 28-10-97 FERRIB Carlos c/ BUGIOLACHI Ricardo s/ diferencias salariales e indemnizaciones ).-

La prueba del pago de haberes es el recibo respectivo conforme el art. 138 de la LCT y su pago la principal obligación del empleador. No hay en autos elemento probatorio alguno respecto de éstos rubros. El propio perito contador a fs. 88 señala que no encontró recibos de haberes para verificar la constancia de la liquidación de los haberes de junio de 2002, SAC proporcional e indemnización sustitutiva de vacaciones no gozadas 2002.-

**Voto por la NEGATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**QUINTA:** Se acreditó que la actora se hubiese desempeñado en condiciones de clandestinidad registral total o parcial en algún aspecto de la relación con la demandada, conforme se denuncia en demanda?

De acuerdo a las conclusiones de la cuestión primera la actora trabajó desde el 5-12-00 al 28-6-02 con una mejor remuneración mensual que ascendió a \$ 400. Sin embargo la empleadora recién la registró varios meses después a partir del 10 de junio de 2002 con una retribución horaria de \$1,42 ( fs.44 vta) sustancialmente inferior a la que se tuvo por probada.-

**Voto por la AFIRMATIVA** [art.44 inc.d Ley 11653]

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.

**SEXTA:** Se acreditó que la actora al momento del cese de la relación laboral se encontrara embarazada y que la empleadora conociese tal circunstancia?

La demandada reconoce en su responde ( fs.42) que la actora el día 25 de junio de 2002 concurrió al Hospital Durand y que un día después presentó un certificado médico justificativo de su ausencia al trabajo en la fecha citada emanado de ese nosocomio, certificado que obra a fs. 80 de autos.-

Del informe oficial remitido por el Hospital General de Agudos Carlos G. Durand obrante a fs. 123/148 surge precisamente ( fs. 123) que en ese día 25 de junio de 2002 le fue practicada a la actora una ecografía determinándose un embarazo con una edad gestacional de 10,3 semanas.-

Si la actora entregó en la empresa el certificado médico que justificó su atención no resiste el menor análisis lógico que no se le hubiese requerido sobre la causa de dicha atención médica.-

Ésta conclusión surgida del sentido común, se corrobora ampliamente por los dichos de dos de sus compañeras de trabajo: Sequeira dijo saber que Correa estaba embarazada al momento del despido y que lo sabían todas las chicas incluida la encargada del turno Yolanda Ramírez.-

Ruiz Díaz dijo haberse enterado en junio de 2002 del embarazo de Correa y que toda la fábrica lo sabía . Mencionó que la encargada Yolanda Ramírez comentó que el encargado de personal lo sabía.-

Estas declaraciones que podrían ser relativizadas deben ubicarse en el contexto de un establecimiento constituido en un 65% por mujeres de una plantilla de alrededor de 70 personas ( fs.86) que trabajan muchas horas juntas, con equipos de trabajo de 10/12 operarias, donde es usual que las noticias familiares se comenten y difundan rápidamente.-

Además refuerza mi convicción el hecho de que el Jefe de Planta que declaró en la audiencia Roberto Montes manifestó que era anoticiado de las novedades del personal a través de las encargadas de líneas que identificó como Yolanda Ramírez y Lucía Fuse, cuyos nombres figuran en el listado del personal adjuntado por el perito contador a fs. 86 de autos.-

**Voto por la AFIRMATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**SÉPTIMA:** Se probó que el despido producido por la empleadora fuera notificado a la trabajadora dentro del plazo de siete y medio meses anteriores a la fecha probable del parto?

La fecha probable del parto conforme el certificado de fs.124 fue fijada para el día 18 de enero de 2003, ergo el despido notificado el día 28 de junio de 2002 se produjo seis meses y 20 días antes de la fecha probable del alumbramiento.-

**Voto por la AFIRMATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**OCTAVA:** Se acreditó el salario básico convenido por la actora y que el mismo diera lugar a las diferencias salariales reclamadas entre los meses de diciembre del año 2000 a mayo de 2002?

En demanda se señala a fs. 13 vta. que la remuneración de la trabajadora ascendía a \$445 mensuales de los cuales ella percibía un importe neto de \$ 365.-Que la diferencia entre ambas cifras era para retenciones legales y las reclama por el periodo laborado.-

Ningún testimonio acreditó ésta aseveración. Las compañeras de trabajo de la actora manifestaron que percibían entre \$ 350 y \$ 400 mensuales sin registración alguna. Tampoco produjo la actora prueba informativa acerca de un salario básico de la actividad superior a lo percibido por Correa y que se tuviera por probado en la cuestión primera del presente.-

**Voto por la NEGATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**NOVENA:** Se acreditó que la actora hubiese trabajado horas suplementarias durante la relación laboral con la demandada?

De acuerdo a pacífica jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense, el trabajo se presume ordinario y en jornada normal de trabajo.-

La actora reclama horas suplementarias por el periodo diciembre de 2000 a noviembre de 2001.

De los testimonios obtenidos en la audiencia oral quedó demostrado que durante el primer período de la relación laboral hubo un turno de trabajo en la empresa demandada de doce horas en el que temporalmente coincidieron el trabajo de la accionante y de las testigos.-

En efecto, quedó probado con los dichos de las tres testigos ( Sequeira, Ruiz Díaz y Martínez) que en ese período ellas y la actora laboraban en un turno de 1800 a 6:00 de la mañana, de lunes a sábado, es decir una jornada de 12 horas diarias en los días citados.-

**Voto por la AFIRMATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**DECIMA:** Se acreditó el pago de horas en exceso de la jornada legal a la actora en el período diciembre 2000 a noviembre 2001 incluido?

Controvertido el cobro de las remuneraciones la prueba contraria a la reclamación corresponde a la parte patronal (SCBA L.61.267 S 28-10-97 FERRIB Carlos c/ BUGIOLACHI Ricardo s/ diferencias salariales e indemnizaciones ).-

La prueba del pago de haberes es el recibo respectivo conforme el art. 138 de la LCT y su pago la principal obligación del empleador. No hay en autos elemento probatorio alguno respecto de éstos rubros.

**Voto por la NEGATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**DECIMA PRIMERA:** Se acreditó la existencia de daño material sufrido por la actora como consecuencia del despido en estado de embarazo sufrido?

El despido produjo la ruptura del vínculo laboral.-

Quedó probado en autos que la actora solo fue registrada por la empleadora por 18 días cuando la relación laboral en la realidad se extendió desde el 5-12-00 al 28-6-02 es decir un año, seis meses y 23 días.-

Ello permite deducir que si hubiera estado registrada correctamente le hubiera correspondido una prestación por desempleo de cuatros meses ( art. 117 Ley 24013), provocando éste daño adicional.-

Asimismo que el despido impidió la posibilidad de gozar la asignación por maternidad durante el plazo legal, a la actora.-

**Voto por la AFIRMATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**DÉCIMA SEGUNDA:** Se acreditó en que fecha remitió la accionante el requerimiento fehaciente de entrega del certificado de trabajo y servicios?

A fs. 4 obra el telegrama 05048238 de fecha 10 de julio de 2002 por el cual la actora reclama a la demandada en el plazo de 48 horas la entrega del certificado de trabajo y aportes previsionales, es decir doce días después de concluida la relación laboral.-

**Voto por la AFIRMATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

**DECIMA TERCERA:** Se acreditó que la actora hubiese intimado fehacientemente el pago de las indemnizaciones de los art. 6 y 7 de la Ley 25013?

Al contestar el telegrama de despido obrante a fs.7 la actora solicita la revisión de la medida y su registración correcta ( telegrama de fs. 6).Cuando la demandada rechaza su pretensión y ratifica la medida ( fs.5) la actora con el telegrama de fs.4 reclama la entrega del certificado de trabajo y aportes previsionales.-

**Voto por la NEGATIVA** (art.44 inc.d Ley 11653).-

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ a la misma cuestión de hecho planteada por compartir los fundamentos, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.-

#### **SENTENCIA:**

//San Justo, a los días del mes de mayo de 2004 reunidos los Sres. Jueces que integran éste Tribunal del Trabajo Nro.3 del Dto. Judicial de La Matanza a fin de dictar SENTENCIA en los presentes autos conforme al orden ya establecido en el Veredicto: Dr. Luis A. RAFFAGHELLI, Dr. Guillermo CONTRERA y Dra. Cristina A. López se procedió a votar la siguiente:

#### **CUESTION DE DERECHO**

Que pronunciamiento corresponde dictar?

#### **I- ANTECEDENTES**

A fs. 50 se presenta el Dr. Pascual Antonio FINELLI en nombre y representación de la Sra. Valeria del Carmen CORREA a mérito de la carta poder obrante a fs. 2 iniciando demanda por cobro de pesos en concepto de indemnización por despido y otros conforme liquidación que practica contra CARI SRL con domicilio en calle Magallanes 754 de San Justo, Partido de La Matanza.-



Refiere que su mandante trabajó bajo relación de dependencia para la demandada en la dirección denunciada, en un establecimiento dedicado a la elaboración de galletitas, con fecha de ingreso el 6 de diciembre de 2000 habiéndose desempeñado como operaria envasadora de los productos elaborados.-

Sostiene que la jornada de trabajo desde el inicio hasta noviembre de 2001 fue de lunes a sábado de 18 a 6 hs. y luego horario rotativo de 6 a 14 y de 14 a 22 hs. de lunes a sábado.-

Que la remuneración de la trabajadora ascendió a la suma de \$ 445 mensuales, percibiendo como netos \$ 365 y la diferencia para retenciones legales según le manifestara la empleadora .-

Denuncia que no le fueron abonadas las horas suplementarias trabajadas.-

La relación laboral no fue registrada por la accionada y bajo estas características manifiesta que se desarrolló hasta fines de junio de 2002. Con fecha 25.06.02 la actora dice haber concurrido al Hospital Durand donde se le practica una ecografía determinándose un embarazo de 10 semanas aproximadamente.-

Afirma que comunica verbalmente a sus empleadores y compañeros la novedad, no haciéndolo de otra forma por temor a perder el empleo.-

Sostiene que sin embargo la reacción de la demandada fue el despido que lo comunica a través de la CD nº453315872 del 28-6-02 ( obrante a fs.7 de autos) con el siguiente texto:

Por intermedio de la presente notificamos extinción de relación laboral notificado por ( art. 92 bis LCT notificado por art.1 Ley 25250) Liquidación final a su disposición. Buenos Aires, 28 de junio de 2002.-

El actor rechaza la citada carta documento remitiendo a su vez la nº449941932 del 1-7-02 ( fs.6) considerándola improcedente y discriminatoria, impugnando la causal de despido invocada, la existencia del contrato a prueba intimando se le otorguen tareas bajo apercibimiento de despido y reiterando una vez mas su estado de gravidez con fecha probable de parto el 1801.03 advirtiendo por discriminación en los términos del art.11 de la Ley 24013, intimando al mismo tiempo a registrar la relación laboral detallando las circunstancias verídicas de la relación y bajo apercibimiento Leyes 24.013 y 25.323.-

La demandada a través de la CD 29.443.232 5 del 4-7-02 ( fs.5) procede a rechazar la petición de la trabajadora y ratificando su primera comunicación y por ende el despido. Niega que el despido tenga algo que ver con el supuesto estado de gravidez con la extinción del vínculo decidido por la empresa, y afirma...*debiéndose ésta decisión únicamente a circunstancias económicas que son de público y notorio conocimiento.* Rechaza a su vez los términos de la intimación de registración laboral cursados por la actora afirmando que la fecha de ingreso es el 10 de junio de 2002 y la remuneración \$ 1,3 la hora, negando también el horario de trabajo.-

La actora contesta a su vez con la CD 29443232 5 del 10-7-02 ( fs.4) considerando al despido injustificado y originado en estado de gravidez. Intima plazo 48 hs. se le entregue el certificado de servicios conforme art.80 LCT conforme su real antigüedad.-

La demandada contesta con la CD obrante a fs.3 del 22-7-02 volviendo a ratificar el despido y reiterando que la actora jamás denunció su estado de gravidez, poniendo a disposición a partir de la misma fecha el certificado de trabajo y servicios reclamados.-

La actora plantea la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley 25013 y pide la aplicación al caso de la Ley 23592 solicitando la reparación del daño material y moral por la discriminación de que fuera objeto por parte de la demandada.-

Introduce asimismo planteo de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la Ley 23928 y de la Ley 24432.-

Alega que el despido es por causa de embarazo solicitando la reparación del art.178 de la LCT.-

Reclama horas suplementarias en la cantidad y valores que detalla.-

Practica liquidación, funda en derecho, adjunta documentación, ofrece prueba y solicita el progreso de la acción con costas.-

A fs. 39 se presenta el Dr. Sergio Pascual como apoderado de CARI SRL procediendo a contestar la demanda instaurada, con una negativa pormenorizada de las afirmaciones de la actora, inicialmente y proporcionando su versión de los hechos litigiosos después.-

Afirma que la actora concurrió en reiteradas oportunidades a Cari SRL donde trabajaban muchas de sus amigas con expectativas de obtener un puesto de trabajo.-

Señala que pese a las difíciles circunstancias del país a mediados de 2002 y ante la perspectiva de un incremento de la producción en el mes de febrero solicitó el alta temprana de la actora y en el mes de mayo se le comunicó que existía una perspectiva de ingreso requiriendo su presencia el día 15 de dicho mes para realizar el examen médico pre-ocupacional materializándose el ingreso el día 10 de junio de 2002.-

Dice que a fines de junio de 2002 las expectativas productivas de la empresa se habían esfumado al punto que tuvo que dar de baja a varias empleadas, incluida la actora.-

Queda en claro en su parecer que el despido de la actora se produjo en pleno período de prueba, no resultando procedentes sus reclamos indemnizatorios.-

Afirma que por ello resulta irrelevante que la actora hubiese comunicado su situación de embarazo, aunque niega terminantemente que hubiese existido tal notificación.-

Manifiesta adjuntar certificado médico que presentara la actora de haber sido atendida en el Hospital Durand con un texto que no da cuenta del embarazo de fecha 25-06-02, afirmando que no notificó ni acreditó el embarazo durante la vigencia de la relación laboral.-

Ratifica que el despido de la actora se produjo durante el periodo de prueba y que en tal supuesto no procede la indemnización agravada y que sin perjuicio de ello jamás supo la empleadora del embarazo mientras duró la relación, que fue de tan solo dieciocho días.-

Impugna la liquidación planteada por la actora y rechaza los planteos de inconstitucionalidad introducidos.-

Funda en derecho, ofrece prueba y pide el rechazo de la demanda con costas.-

A fs. 48 la actora contesta el segundo traslado de la ley ritual desconociendo el examen médico pre-ocupacional su autenticidad, contenido y firmas y la constancia de aceptación del alta temprana.-

Aclara que la inclusión de la indemnización del art. 178 de la LCT en el daño material lo es para el caso que no se considere acreditado la situación prevista por el art. 177 de la LCT.-

A fs. 49/50 se abre la causa a prueba, recepcionando las ofrecidas por las partes y teniendo por reconocida la documental adjuntada por la actora de fs. 3/7 telegráfica y se tiene presente el desconocimiento de fs.48.-

A fs. 67 obra acta de reconocimiento por la actora de su firma inserta en el documento de fs.35 de autos.-

A fs. 73 obra informe de ANSES.-

A fs. 81 obra informe del Hospital DURAND respecto a la autenticidad del certificado médico de fs.34 que indica que la actora fue atendida en dicha Institución el 25-6-02 a las 10,30 hs.-

A fs. 87/91 obra el informe del Perito Contador Nilo Marcos Salvador CONVERSO sorteado en autos observado por ambas partes y que resulta evacuado a fs.98.-

A fs. 148 obra informe del Hospital Durand agregando la historia clínica de la actora N° 254.730.-

A fs. 153 la AFIP informa que no se encontraron relaciones laborales de CORREA Valeria del Carmen con la Empresa CARI SRL.-

A fs. 165/166 obra acta de la audiencia de Vista de Causa celebrada el día 26 de abril de 2002 compareciendo las partes y sus letrados, absolviendo posiciones la actora y el representante legal de la demandada Gustavo Antonio Badini.- Declararon los testigos Sofía Lorena Sequeira, Roberto Montes, Myriam Victoria Ruiz Díaz y María Eva Martínez.-

A la única **cuestión de derecho** planteada el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI dijo:

## **II- LA LITIS:**

### **a) La relación laboral y sus características.**

Entabla Valeria del Carmen CORREA demanda en procura del cobro de indemnizaciones por despido, diferencias salariales y demás rubros que surgen de la liquidación que practica, manifestando que trabajó por tiempo indeterminado bajo relación de dependencia de la demandada CARI SRL, y que lo hizo como operaria en su establecimiento dedicado a la elaboración de galletitas, sito en San Justo, Partido de La Matanza, extremos que se tuvieron por acreditados por el Tribunal reunido en Acuerdo, en la cuestión primera del veredicto al igual que su fecha de ingreso el 5 de diciembre de 2000.-

El Tribunal formó convicción asimismo frente a la controversia de las partes, basado en dichos de testigos directos que la mejor remuneración mensual normal y habitual de la actora ascendió a la suma de \$ 400 mensuales.-

Sostuvo que la jornada de trabajo desde el inicio hasta noviembre de 2001 fue de lunes a sábado de 18 a 6 hs. y luego horario rotativo de 6 a 14 y de 14 a 22 hs. de lunes a sábado y ello quedó también probado conforme conclusiones de la cuestión novena del veredicto.-

La relación laboral fue registrada parcialmente y en un muy breve lapso de tiempo por la accionada: solo 18 días, cuando la realidad de la relación indicó que la misma se extendió desde principios de diciembre de 2000 hasta fines de junio de 2002, en que acaeció el distracto.-

Cabe un párrafo aparte respecto de la conducta reprochable de la empleadora, ya que afirmó en su contestación de demanda que la actora laboró para ella solo 18 días, desde el 10 de junio de 2002 al 28 del mismo mes en que la despido.-

Adjuntó como prueba un formulario de alta temprana del cual surge como fecha de ingreso el 11 de febrero de 2002, es decir cuatro meses anteriores a la fecha por ella denunciada, constitutivo de un claro proceder ilícito.-

#### **b) La extinción de la relación laboral**

La relación laboral se extinguió por decisión de la empleadora comunicada a través de la CD nº453315872 del día 28 de junio de 2002 ( obrante a fs.7 de autos) con el siguiente texto:

Por intermedio de la presente notificamos extinción de relación laboral notificado por ( art. 92 bis LCT notificado por art.1 Ley 25250) Liquidación final a su disposición. Buenos Aires, 28 de junio de 2002.-

Si bien el texto contiene errores de redacción, no se modifica el sentido de su texto y puede colegirse que cuando dice notificado por art.1 Ley 25.250 debiera leerse y entenderse modificado ya que dicha norma es precisamente la que reformó la Ley 25.013 en cuanto a la extensión del período de prueba.-

La causal articulada por la accionada no fue probada en modo alguno. Por el contrario quedó en evidencia su falsedad ante la prueba palmaria de que la relación se desarrolló por espacio de mas de dieciocho meses, cuando el periodo vigente de prueba al momento del distracto de autos era de tres meses. De la propia documentación emergente de la empleadora ( alta temprana) surge que la relación laboral fue superior al plazo legal previsto para el denominado periodo de prueba.-

### **c) Los reclamos de la actora: créditos salariales**

Efectuaré un análisis individualizando los reclamos de la actora, separando los de naturaleza salarial con los indemnizatorios.-

#### **c.1- Horas suplementarias periodo mes 12/00 al 11/01:**

De acuerdo a pacífica jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense, el trabajo se presume ordinario y en jornada normal de trabajo.-

Toca a quien afirme la producción de una circunstancia extraordinaria correr con su onus probandi. En éste caso conforme conclusiones del veredicto ( cuestión 9na. ) la actora acreditó el sustento fáctico de su pretensión de horas suplementarias por el periodo diciembre de 2000 a noviembre de 2001.

De los testimonios obtenidos en la audiencia oral quedó demostrado que durante el primer período de la relación laboral hubo un turno de trabajo en la empresa demandada de doce horas en el que temporalmente coincidieron el trabajo de la accionante y de las testigos.-

En efecto, quedó probado con los dichos de las tres testigos ( Sequeira, Ruiz Díaz y Martínez) que en ese período ellas y la actora laboraban en un turno de 1800 a 6:00 de la mañana, de lunes a sábado, es decir una jornada de 12 horas diarias en los días citados.-Consecuentemente debió probar la accionada y no lo hizo, que hubiese abonado dicho trabajo suplementario, ni como simple ni con el recargo del 50% que atento los días trabajados le corresponde en virtud de lo normado por el art.201 de la LCT-to.-

#### **c.2- Diferencias salariales:**

Reclama el actor diferencias salariales sobre el sueldo básico para el periodo trabajado entre el mes de diciembre de 2000 y el de mayo de 2002. En demanda se señala a fs. 13 vta. que la remuneración de la trabajadora ascendía a \$445 mensuales de los cuales ella percibía un importe neto de \$ 365.-Que la diferencia entre ambas cifras era para retenciones legales que no se ingresaron y las reclama por el periodo laborado.-

Ningún testimonio acreditó ésta aseveración. Las compañeras de trabajo de la actora manifestaron que percibían entre \$ 350 y \$ 400 mensuales sin registración alguna. Tampoco produjo la actora prueba informativa acerca de un salario básico de la actividad superior a lo percibido por Correa conforme los dichos de sus compañeras directas de labor. Consecuentemente el reclamo no puede prosperar por carecer de causa ( art. 499 Código Civil Argentino).-

El principio *rector de la carga de la prueba* ( art. 375 CPCC) que establece la obligación de las partes de aportar las pruebas de sus afirmaciones o en caso contrario soportar las consecuencias de omitir dicho imperativo y por el cual *el actor* debe probar los hechos constitutivos del derecho que invoca y *el demandado* los extintivos, impeditivos y modificativos que opone a aquellos, no resulta una regla absoluta. La carga de la prueba está determinada también por la actitud que asume el demandado en el proceso quien debe probar las negativas calificadas.-

Observan Morello, Sosa y Berizonce que el principio *no es absoluto* en virtud del deber de colaboración que pesa sobre las partes para el esclarecimiento de hechos decisivos para la suerte de la litis, vgr. en supuestos de simulación o fraude laboral o si se debaten derechos que genéricamente pueden denominarse *sociales*.-

c.3- sueldo anual complementario (art.122 y 123 LCT).-

Quedó acreditado conforme cuestión cuarta del veredicto que la demandada no abonó a la actora el sueldo anual complementario proporcional al año 2000 segunda cuota conforme su fecha de ingreso; el del año 2001 completo y el proporcional al año 2002 1ra. cuota. El reclamo procede.-

c.4- Haberes mes de junio de 2002 ( art. 74 LCT)

Quedó probado en la cuestión primera y segunda del veredicto que la actora laboró en el mes de junio de 2002, inclusive reconocido por la demandada y que en ese mes se extinguió la relación el día 28 por decisión de la empleadora.-

A fs. 88 el perito contador informa que no encontró el recibo de haberes de dicho mes para su verificación por lo que el reclamo es procedente.-

d) Las indemnizaciones.

d.1- sustitutiva de vacaciones no gozadas (art 156 LCT ).-

Conforme la cuestión cuarta del veredicto no acreditó la empleadora haber abonado a su dependiente Valeria del Carmen Correa la indemnización sustitutiva de vacaciones no gozadas proporcional al tiempo trabajado durante el año 2002.-

d.2- sustitutiva del preaviso (art.6 Ley 25013).-

El despido dispuesto por la accionada conforme comunicación obrante a fs.7 de autos, lo fue sin preaviso, por lo que corresponde la indemnización sustitutiva prevista en el art.6 inc.b) de la Ley 25.013 conforme la antigüedad que se tuvo por acreditada de la actora, correspondiéndole una indemnización equivalente a 30 días de remuneraciones.-

d.3-por antigüedad o despido (art.7 Ley 25013)

En la cuestión 3ra. del veredicto se contestó negativamente el interrogante acerca de si la empleadora logró acreditar la causal de extinción del contrato de trabajo articulada en su comunicación de fs.7. El despido por ende debe ser considerado como dispuesto *sin justa causa* por lo que debe abonar la indemnización contemplada en el art. 7 de la Ley 25013 equivalente a una doceava parte de la mejor remuneración mensual normal y habitual del último año trabajado por cada mes de servicio o fracción mayor de diez días.-

En el caso de autos la empleadora no probó que la actora se encontrara dentro del período de prueba instituido por el entonces vigente art.1 de la Ley 25250.-



Empero aún si la actora hubiera estado dentro del periodo de prueba, la empleadora, ante el estado de embarazo de aquella, por su especial protección, ve acentuada la exigencia de probar de forma objetiva en que consistió el incumplimiento en la prueba, para que no opere la presunción del art. 178 de la LCT - tal como lo expresa la doctrina -y tampoco lo hizo.-

La jurisprudencia acompaña este criterio al sostener que el contrato de trabajo a prueba no puede entenderse como consagratorio de un “bill de indemnidad” a favor del empresario, ni como favorecedoras de prácticas discriminatorias, socialmente disvaliosas.-

La Sala VI de la CNAT ha señalado que cuando el ejercicio de las facultades conferidas a las partes durante el periodo de prueba ( art. 92 bis LCT) colisiona con la protección especial que el ordenamiento jurídico garantiza a la mujer embarazada aquéllas deben ceder frente a las normas de rango superior tal el caso del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales que en virtud del art. 75 inc.22 han adquirido jerarquía constitucional así como ante las previsiones de los arts. 178 y 182 de la LCT.-

La indemnización del rubro debe calcularse conforme doctrina del Superior Tribunal:

*La base para calcular la indemnización en los casos de despido sin justa causa por cada año de antigüedad es la mejor remuneración mensual percibida durante el ultimo año o durante el plazo de prestación de servicios, no pudiendo ser superior al equivalente de tres veces el salario mínimo vital mensual. (hoy sería el promedio de las remuneraciones del CCT aplicable) Una vez determinada la indemnización por cada año, debe calcularse el monto total de la indemnización, la que no puede ser inferior a dos meses de sueldo, considerando, a tal efecto, **la mejor remuneración mensual, sin límite máximo** ( SC Buenos Aires marzo 14-978 Astuto Amelio J. Y Otros c/ SOMISADT 1978-767. LT 1978 XXVII-B, 945 y 110. T y SS 1978-408. En el mismo sentido in re Fierro Juan D. C/ Club Atletico Tigre Asoc. Civil DT 198I-B 1365.-*

Asimismo debe computarse el sueldo anual complementario para el calculo de la indemnización por despido procediendo para establecer la base que permita determinar su monto conforme inveterada doctrina del Superior ( SCBA 16-982 Helmann Raul Alberto c/Rigolleau SA LT 1983 XXXI-B) .-

d.4-Incremento monto indemnizatorio por relación laboral deficientemente registrada (art. 1 Ley 25323).-

Quedó acreditado en autos conforme cuestión quinta del veredicto que la actora trabajó la mayor parte del periodo de la relación laboral bajo condiciones de clandestinidad, desde su ingreso el día 5-12-00 al 10-6-02 en que fue registrada.-

Por ende corresponde aplicar el incremento indemnizatorio dispuesto por el art.1 de la Ley 25323 equivalente a la duplicación del art.7 de la Ley 25013.-

d.5- Incremento monto indemnizatorio por inicio acción judicial (art.2 Ley 25323).-

Esta norma pone en carga del trabajador la intimación fehaciente al empleador para que le abone las indemnizaciones por antigüedad o despido y sustitutiva del preaviso y para el caso que cumpla tales obligaciones, lo obligare a aquel a iniciarle acciones judiciales, lo castiga con un incremento de las mismas en un 50%.-

No quedó probado conforme cuestión 13 del veredicto que la actora hubiese intimado fehacientemente el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 6 y 7 de la Ley 25013, por ende el reclamo no prospera.-

d.6- Duplicación monto indemnizatorio por violación suspensión despidos sin causa justificada (art. 16 Ley 25561).-

El despido de la actora se produjo el día 28 de junio de 2002 estando en vigencia la Ley 25.561 ( BO 7-01-02) de Emergencia Económica, que suspendió por el plazo de ciento ochenta días los despidos sin causa justificada, debiendo los empleadores en caso de producirse despidos contraviniendo ésta manda, abonar a los trabajadores perjudicados el *doble de la indemnización* que les correspondiese de conformidad a la legislación laboral vigente, comprendiendo todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo, tal como lo establece el art. 4 del Decreto 264/02 (BO 11-2-02), normas que no han sido objeto de cuestionamiento alguno por las partes.-

Se incluye en la duplicación la indemnización sustitutiva del art. 156 de la LCT que debe abonarse a la actora con motivo de la extinción del contrato de trabajo tal como lo prescribe el art.4 del citado Decreto 264/02, ya que se encuentra fuera de toda discusión el carácter indemnizatorio que constituye para el trabajador el periodo

correspondiente de descanso proporcional a la fracción de año trabajada, en éste caso de 2002, frustrado su goce por el despido y por ende compensada por el equivalente al salario correspondiente a dicho periodo.-

**A.**

*B.El despido del actor que se consideró arbitrario y por ende carente de la causa alegada por la empleadora es alcanzado por el refuerzo protectorio establecido en éstas normas, justificadas por las gravísimas circunstancias de la emergencia vivida. -*

Debe tenerse en cuenta que dichas normas fueron instrumentos sancionados por el Gobierno Nacional ante una crisis in precedentes, y constituyen lo que se llama normas de emergencia contando con toda una doctrina basada en precedentes de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Fue una herramienta sancionada por el legislador para establecer un dique de contención a la ola de despidos inminentes que se producirían en tal situación.

Es cierto que también el sector empresario sufrió y padece la crisis, pero en éste caso frente al derecho de propiedad ilimitado reclamado por el peticionante el legislador dictó una norma para proteger el hiposuficiente de la relación laboral, reforzando la tutela contra el despido arbitrario.-

En el caso de autos por la antigüedad de la actora se aplican las ya menguadas indemnizaciones de la Ley 25013 que modificaron los arts. 232 y 245 de la LCT y eliminaron los salarios de integración del mes del despido por lo que no me parece que resulte abusiva ni violatoria de garantía constitucional alguna la duplicación establecida por la Ley 25561.-

Entiendo que la legislación atacada no ha violado la doctrina de la emergencia.-

Al respecto la SCBA en la causa Sallas Hortensia c/ Instituto de Prev. Social de la Prov. de Bs. As. Dijo:

Las razones han sido dadas en numerosas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y tiene como substrato fáctico la grave emergencia económico financiera por la que atraviesa el País, y que la misma actora da cuenta y hace saber en su escrito de reclamo.

La Constitución y el derecho en general son consecuencia, de ordenar las relaciones humanas en situaciones de normalidad. No obstante, el orden político, social y económico diseñado en tal esquema, afronta ciertos cambios no productos de la normalidad, del devenir de los acontecimientos y de razones de carácter excepcional. La doctrina en general, no sólo la mas reciente, enfrentan el tratamiento de la cuestión. Jurisprudencia nacional y comparada atienden al estado de emergencia, de necesidad y los ordenamientos jurídicos reconocen estas situaciones en su legislación positiva a través de sus decisiones (vrg. Donoso Cortés, Proyecto de ley sobre estados excepcionales'; Madrid, pág. 598; Hutchison, Obra colectiva, Reforma del Estado, Ley 23.69611, págs. 57 y .,-siguientes).

Así ha dicho que su declaración se debe ajustar a determinados requisitos, a saber: a)Debe ser declarada por Ley; b)La declaración de emergencia debe perseguir un fin público; c)Las restricciones excepcionales de derecho deben ser transitorias y por plazo determinado; d)Los medios elegidos por el legislador para superar la emergencia deben ser adecuadamente proporcionales al fin perseguido; e)Las restricciones no pueden afectar a personas individuales o grupos determinados de ellas, debiendo ser generales e indeterminadas.(v. causas: Ercolano c/Lanteri de Renshaw, Sentencia del 28-422, Fallos, T. 126:161; Avico c/De la Pesa Sentencia del 7-12-34, Fallos , T. 172:21; Peralta Luis y otros c/Gobierno Nacional Sentencia del 12-90, Fallos, T. 313:1513, Guida Liliana cl Poder Ejecutivo Nacional, Sentencia del 2 de junio del 2000, Fallos T. 323:1566, entre otros).

Esto significa que no se, dispense del cumplimiento de la Constitución en situaciones de emergencia. El derecho de excepción surge como una posibilidad constitucional, así ha sido reconocida incluso en la Constitución Nacional en su reforma de 1994 (art. 76 y 99).

La Corte Suprema de Justicia en la causa Peralta ha dicho que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella (Fallos, T. 313:1.513). Asimismo como principio, ha expuesto el Máximo Tribunal de Justicia que la interpretación de la norma y su aplicación al caso, debe ser favorable a su validez, privilegiando la solución que mejor respete la respuesta dada a la emergencia por el legislador, siempre que tal interpretación o aplicación no resulte manifiestamente contradictoria con la Constitución (Doct. C.S.J.N., in re: Cocchia, Fallos, T. 316:2624)

Se discute en doctrina dado que aún no se conocen pronunciamientos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, cuales son los rubros que deben ser duplicados, y particularmente si la indemnización por despido por maternidad debe también duplicarse.-

El texto del art. 16 de la Ley 25561 ha sido muy cuestionado por parte de la doctrina , reprochándole su poca claridad. Ello en tanto establece que los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese **de conformidad a la legislación laboral vigente”** .-

Quizás advirtiendo las dificultades interpretativas futuras que acarrearía tan amplio texto el legislador dicta el Decreto 264/02 y de sus considerandos se desprende su tésis: *haber dictado una norma general de fuerte contenido protectorio para los trabajadores cuya fuente de trabajo se encuentre en peligro”* para lo cual, según Arese prefiere la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la ley ( Fallos: 252:262) señalando que *sostener lo contrario implicaría llevar adelante distinciones o innovaciones reglamentarias que el texto legal no contempla no correspondiendo hacer decir a la ley lo que ella no dice”*.-

El art. 4 del Decreto 264/02 establece que la duplicación prevista en el art. 16 de la Ley 25561 comprende todos los rubros indemnizatorios *originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo*.-

Ello permite deducir como lo ha resuelto éste Tribunal que las indemnizaciones no surgidas de la extinción del contrato de trabajo no deben incluirse en la duplicación, sobre todo aquellas originadas con motivo del contrato de trabajo y sus particularidades, entre las que podemos mencionar las de los arts. 8,9 y 10 de la Ley 24013; art. 1 y 2 de la Ley 25323, despidos por causas económicas.-

Distinto es el caso de la indemnización agravada del art. 182 de la LCT sub examine, ya que tiene el mismo origen previsto por el art.4 del Decreto 264/02, no obstante que pueda admitirse prueba en contrario, que en el caso de autos no se ha producido en modo alguno. A la inversa quedó demostrada la falacia de la causal invocada por la empleadora para despedir.-

Es cierto que parte de la doctrina plantea una morigeración de la norma opinando que el despido de la mujer embarazada o de un delegado ....”tienen su sanción extraordinaria especial la que no debería quedar comprendida dentro de éste régimen sancionatorio”. Empero dejando a salvo su respetabilidad me inclino en la interpretación amplia de la norma, en su carácter fuertemente protectorio y

sancionatorio, como en la naturaleza del origen del despido por embarazo directamente ligado a la extinción del contrato y por ende, a incluirlo en la duplicación.-

d.7- Indemnización por omisión entrega del certificado (art. 80 LCT to. art. 45 Ley 25345).-

Conforme se lo resolvió en la cuestión 11º del veredicto se tuvo por probado que la actora remitió el telegrama nº05048238 con fecha 10 de julio de 2002 obrante a fs.4 reclamando a la demandada en el plazo de 48 horas la entrega del certificado de trabajo y aportes previsionales, es decir doce días después de concluida la relación laboral, con lo cual incumplió lo dispuesto por el art. 3 Decreto 146/01, ya que ésta norma reglamentario del art. 45 de la Ley 25345, habilita al trabajador para remitir el requerimiento fehaciente de entrega del certificado de trabajo cuando el empleador no hubiese cumplido tal obligación dentro de los treinta días corridos de extinguido el contrato de trabajo. En el caso de autos ese plazo fenecía el 28 de julio de 2002 y recién a partir de vencido éste plazo podía intimar por dos días hábiles la entrega de tales certificaciones para, en el caso de incumplimiento hacerse acreedor a la indemnización especial que contempla de tres remuneraciones mensuales. Por ende el presente reclamo no prospera.-

e) El despido por embarazo.

Afirma la actora con esfuerzo dialéctico que la decisión de la ruptura del contrato de trabajo tuvo su única y exclusiva razón de ser en el estado de embarazo que ella le comunicara a su empleadora ( fs. 16 vta.). En función de ello desarrolla su pretensión indemnizatoria con base en la Ley 23592 y la presunción establecida en el art.178 de la LCT.-

Por su parte la empleadora rechaza terminantemente el planteo de la trabajadora, niega haber tenido conocimiento de su embarazo y acusa de temeridad y malicia a su contraparte por las indemnizaciones pretendidas.-

Dice que la relación laboral solo duró 18 días ufánándose de haber cumplido las disposiciones registrales en la materia, aunque como ser probara en la cuestión primera ésta defensa se vio superada por el principio de primacía de la realidad.-

Difícil tarea, la de los jueces del trabajo en éstos días, en éste sufrido país, cuando el patrono no cumple sus obligaciones registrales y transita los carriles de la informalidad laboral, no por maldad intrínseca quizás, sino por los avatares de la economía y las presiones de la competencia. O cuando el trabajador tampoco recorre los caminos que la ley establece para exteriorizar su situación y hacer valer sus derechos, como es el caso de la mujer embarazada que debe notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo, y probablemente lo hace también informalmente por temor a la reacción patronal que la deje en la calle, sin trabajo, sin salario, sin protección para el hijo por venir.-

Es entonces cuando el Juez debe evaluar las pruebas que las partes hacen llegar a su estrado y decidir con la aspiración de estar haciéndolo de acuerdo a la verdad material de los hechos.-

En el caso de autos, la empleadora se escuda en la inexistencia de una comunicación formal sobre el embarazo de la actora. Formalidad que como empleadora no respetó en otros aspectos de la relación laboral al registrarla muy tardíamente, y escudarse en un contrato a prueba que según conclusiones del veredicto cuestión tercera resultó nulo y un burdo intento de hacer valer una figura legal ( art. 1 Ley 25250) en fraude de los derechos de la trabajadora ( art. 14 LCT), ya que de acuerdo al tiempo de prestación de servicios que se tuvo por probado, excedió largamente los reconocidos y registrados por la principal.-

El Juez del Trabajo en el procedimiento laboral bonaerense no se encuentra limitado por cortapisa alguna que no sea el absurdo en la valoración de la prueba y por ende alejado de tarifas, consejos y/o pautas orientadoras legales es que hemos realizado una operación de análisis combinado de la prueba documental, pericial y oral producido en autos, al resolver la cuestión sexta y séptima del veredicto teniendo por probado que la demandada tuvo conocimiento del embarazo de la actora antes de disponer su despido y que el mismo cae dentro del plazo de presunción legal establecido en el art. 178 de la LCT.-

La demandada reconoció haber justificado la ausencia de Correa a su trabajo del día 25 de junio de 2002, ( tres días antes del despido) y que ésta le entregó el certificado médico obrante a fs. 34 de autos. Parece una cuestión surgida del más elemental sentido común, que al entregar el certificado se le requiriera a la actora qué problema de salud tenía.-

Podría asimilarse la situación a los que son las máximas de experiencias, las que se componen de juicios lógicos, pautas o guías a cuya formulación se ha arribado, a través de la observación y análisis de los hechos y de su repetición en un mismo sentido, cuando se dan determinadas condiciones o circunstancias, por constituir sus consecuencias normales, según se las ha definido.-

Ferreyros sostiene que *...la felicitación del empleador por el estado de embarazo efectuada públicamente, los comentarios generales en presencia del empresario, etc, resultan circunstancias que cumplen con la finalidad de la ley, que es el conocimiento del hecho por parte de quien decide el despido.-*

Pero aún si esta conclusión luciera poco razonable se vio corroborada por los dichos de dos testigos declarantes en la audiencia de vista de causa y compañeras de trabajo de la actora: Sequeira dijo saber que Correa estaba embarazada al momento del despido y que lo sabían todas las chicas incluida la encargada del turno Yolanda Ramírez.-

Ruiz Díaz dijo haberse enterado en junio de 2002 del embarazo de Correa y que toda la fábrica lo sabía . Mencionó que la encargada Yolanda Ramírez comentó que el encargado de personal lo sabía.-

Dije en el veredicto que estas declaraciones que podrían ser relativizadas, deben ubicarse en el contexto de un establecimiento constituido en un 65% por mujeres de una plantilla de alrededor de 70 personas ( fs.86) que trabajan muchas horas juntas, con equipos de trabajo de 10/12 operarias, donde es usual que las noticias familiares se comenten entre sí y difundan rápidamente.-

Es decir que las conclusiones del veredicto aprobadas por el tribunal se asentaron en lo que Fassi denomina *pruebas corroborantes* para arribar a la verdad que se presentó ante sus estrados.-

La prueba testimonial sigue constituyendo una de las vías clásicas y más frecuentadas para la dilucidación de las diversas versiones de los hechos litigiosos.-



El gran procesalista Hernando Devis Echandía, enseña que en el proceso típico civil, jamás debatimos sobre verdades morales o lógicas sino sobre verdades históricas, lo que hace imposible suponer un grado de certeza que se aparte de las probabilidades.-

El maestro Piero Calamandrei, afirmaba que...

todo el sistema probatorio civil está preordenado, no solo a consentir, sino directamente a imponer al juez que se contente, al juzgar acerca de los hechos, con el subrogado de la verdad que es la verosimilitud. Aún para el juez más escrupuloso y atento, vale el límite fatal de relatividad propio de la naturaleza humana: lo que vemos, solo es lo que nos parece que vemos. No verdad, sino verosimilitud: es decir, apariencia (que puede ser también ilusión) de verdad.-

Coincido con el Dr. Mario Elfman cuando afirma que cuando juzgo sobre un hecho, juzgo sobre la verosimilitud de que el hecho haya acaecido así, y mi juicio de certeza no deriva de que en el momento de sentenciar intervenga en mi conciencia una especie de iluminación, un *acto de fe* que transmute probabilidad en certeza. Lo que ocurre es que la relativa incerteza no deja habitualmente huellas en la sentencia, porque ésta es generadora de lo que Calamandrei da en llamar 'certeza jurídica', para distinguirla de la psicológica y de la sociológica. (El fallo, dice el Maestro, una vez separado del espacio del proceso, pasa a poseer resistencia jurídica).

Chiovenda, en sus Institución, lo decía de un modo más crudo:...

los hechos continúan siendo lo que fueron, y el ordenamiento jurídico no pretende que sean considerados como verdaderos aquellos que el juez toma como base para su decisión; él, incluso, no se cuida en modo alguno por saber cómo ocurrieron realmente las cosas & se limita a afirmar que la voluntad de la ley en el caso concreto es lo que el juez afirma ser la voluntad de la ley.

El efecto de la cosa juzgada no recae sobre la veracidad de los hechos sino sobre las relaciones jurídicas. Y, en relación a ese juicio limitado de verosimilitud, la apreciación según la sana crítica se emparenta necesariamente con las máximas de experiencia y los juicios acerca de la posibilidad o imposibilidad de un hecho, de una secuencia de hechos, o de la fuente de información sobre el hecho: el *quod plerumque accidit*. Y más aún si tenemos en cuenta que el modo de apreciación de las pruebas en

nuestro sistema procesal es el de las *libres convicciones* que otorga al juzgador soberanía axiológica limitada solo por el absurdo.-

El tema es más complejo en el proceso laboral: no solo porque se dispone habitualmente de menor diversidad de medios probatorios diversos y documentados, sino también porque muchas veces el testimonio es la única vía de contradicción de actos jurídicos falsamente documentados.

El conflicto judicial laboral adolece de asimetría respecto del conflicto judicial civil, porque éste es un conflicto emergente de otro conflicto estable y permanente, que resulta de las desigualdades y de las relaciones de poder. Y , aún prescindiendo de hipotéticas deshonestidades o falseamientos de la propia experiencia, los testigos tienden a ‘ver’ retrospectivamente los hechos con cierto ajuste a su ‘standard’ de ubicación en ese espectro en el que se enciman la conflictividad singular y la social. El testigo en juicio laboral es raramente ajeno o extraño a los hechos sobre los cuales declara, emocionalmente despojado de presiones o de anteojeras. Coincide, por ejemplo, De Diego cuando concluye su breve análisis de la prueba testimonial sobre el salario diciendo que: *“Salvo excepciones, en general la mayoría de los testigos responde a una u otra parte, generalmente la que los propone y recibe previamente una versión de los hechos que no siempre es la que se produjo en la realidad”*.-

Se tuvo por acreditado en autos que la fecha probable del parto conforme el certificado de fs.124 fue fijada para el día 18 de enero de 2003, por lo que el despido notificado el día 28 de junio de 2002 se produjo seis meses y 20 días antes de la fecha probable del alumbramiento, dentro del plazo de presunción legal establecido por el art. 178 de la LCT.-

Si la presunción opera plenamente debió la accionada destruirla para legitimar su pretensión de que el despido no obedeció *a razones de maternidad o embarazo* como reza la norma legal citada. Por el contrario la causal de despido invocada fue rápidamente desestimada al probarse que la actora laboró mucho más de lo previsto para el periodo de prueba según el art. 1 de la derogada Ley 25250 vigente al momento del despido.-

La doctrina sistémica del derecho laboral aplicada en la jurisprudencia al respecto ha establecido:

La protección a la maternidad, obrante en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la misma RCT, impide que la madre trabajadora sea despedida por el empleador con falsos argumentos o con razones no probadas (lo que muestra oblicuamente que el despido se basa en la situación familiar)

Sala VI CNAT AUTOS:"AMPLO ANDREA FABIANA C/ARMANDO AUTOMOTORES S.A. s/DESPIDO" Sentencia 56862 Buenos Aires, 20 de febrero de 2004 ( voto del Dr. Rodolfo Capón Filas).-

Probada el conocimiento del hecho del embarazo por la accionada y no habiéndose desactivado la presunción hominis establecida por el art. 178 de la LCT, en tales condiciones da lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de la misma ley.-

Recordemos que cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario (en este caso la admite), está exento de prueba y tal es, como señalan los procesalistas, el objeto de las presunciones. La presunción no es prueba, sino exención o dispensa de prueba, en este caso para la trabajadora, quedando la carga pertinente de acreditar la existencia de otra causal en cabeza de la demandada.-

La doctrina legal al respecto establece:

DESPIDO POR EMBARAZO - PRESUNCION.

Acreditado que el principal tuvo conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora en forma idónea con anterioridad a la consumación del despido, debió en todo caso modificar su decisión extintiva de conformidad con el mandato legal; o en su defecto acreditar debidamente en el proceso las motivaciones enunciadas al disponer el despido y que llevaran a considerarse como suficientes para no retractar la medida.

SCBA, L 72381 S 20-12-2000, Juez SALAS (SD)

CARATULA: Cotella, Andrea Fabiana c/ Saga Tex S.A. s/ Despido

TRIB. DE ORIGEN: TT0300QL

DESPIDO POR EMBARAZO - NOTIFICACION DEL EMBARAZO.

La ley impone a la trabajadora embarazada la obligación de notificar su estado de gravidez a la patronal a fin de garantizar su estabilidad en el empleo. Tal comunicación no implica otra cosa que el fehaciente conocimiento por el empleador del estado de embarazo de la empleada para evitar precisamente que durante el mismo adopte medidas que puedan significar la rescisión del contrato de trabajo lo cual justifica el recaudo de acreditar dicho estado de gravidez o bien la facultad de la mujer de solicitar ser reconocida clínicamente por el médico patronal.

SCBA, L 65951 S 6-10-1998, Juez SALAS (SD)

CARATULA: Padrón, Laura G. c/ Rutamar S.A. s/ Indemnización por despido, etc.

MAG. VOTANTES: Salas-Hitters-Pettigiani-Negri-de Lazzari-Laborde

TRIB. DE ORIGEN: TT0200BB

f) El despido discriminatorio.

f.1 la prueba del hecho discriminatorio

Por lo delicado y trascendente del tema corresponde tratar pormenorizada y prudencialmente la denuncia de **discriminación** que formula la trabajadora.-

Ferreyros en el mismo trabajo citado supra sostiene también que la prueba del hecho se encuentra en cabeza del discriminado si de aplicar la Ley 23592 aunque esto es mucho más discutible porque otra parte de la doctrina a la que adhiero sostiene que por las características del hecho que se ventila debería pensarse en una carga de la prueba dinámica, a partir de indicios y presunciones, cuyo objetivo sería la búsqueda de soluciones justas para evitar caer en estructuras rígidas, no pudiendo apartarse los jueces de un criterio realista de la sociedad.

Quedó probado en autos que la demandada tuvo conocimiento del estado de embarazo de la actora y que tres días después de concurrir la trabajadora al hospital donde aquel se le constató, la despidió alegando que se encontraba en periodo de prueba.-

Se probó que el argumento fue falaz, que el despido fue individual y separado de otros despidos anteriores supuestamente por causas económicas según lo esbozado en contestación de demanda pero no incluido como causal en el texto notificadorio.-

Por ende al haber tomado la iniciativa rescisoria la empleadora asumió una gran responsabilidad probatoria, y es además quien estaba en mejores condiciones para acreditar como lo sostuvo confusamente que no hubo razones subjetivos en el despido. Debía por ende acreditar la existencia de causas **objetivas** en su decisión desvinculadas por completo de la situación de maternidad de la actora que es lo mismo que decir de su condición de mujer, o de sexo. Pero no lo hizo y por ende debe asumir esa responsabilidad.-

Como lo señala Peyrano durante un largo lapso se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo *estático* contraviniendo la idea de James Goldschmidt quien concebía la teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales.-

El texto del art. 377 del CPCN ( 375 del CPCBA ) ya incorpora un concepto más amplio de la carga probatoria en relación al estatismo tradicional ligado a diferencias los hechos constitutivos, modificativos, impeditivos y extintivos.-

Pero afirma acertadamente Peyrano que ésta visión no resulta idónea en todos los casos, *para indicar con acierto quien debe soportar desde una correcta perspectiva axiológica la carga de probar ciertos hechos controvertidos*.-

Para ponderar adecuadamente las circunstancias del caso y así servir mejor a la justicia del mismo, corresponde tener en cuenta desplazamientos hacia uno u otra de las partes de su carga probatoria, según la que se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba. En ello radicaría el carácter **dinámico** de la carga probatoria.-

La propia Corte Nacional ya desde la causa Piñeyro utiliza un criterio de merituación de la prueba judicial que uno podría calificar de sistémico...

De ahí que las conclusiones del tribunal sólo ponen de manifiesto que ha realizado un análisis aislado y parcial de los diversos elementos de juicio obrantes en la causa sin haberlos integrado ni armonizado debidamente en su conjunto, circunstancia que lo llevó a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios a que se ha hecho alusión en el considerando precedente (confr. Fallos: 308:112 Ver Texto , 584).

(Corte Sup. Nación, 08/06/1993 - Favilla, Humberto José y otra v. Piñeyro, José Ricardo y otros. ).Fallos 316:1213

En el caso de autos quien mejor estaba en condiciones de probar el carácter **objetivo** del despido *desligado de toda connotación discriminatoria* era la propia empleadora y no lo hizo. Por el contrario utilizó la argucia de un periodo de prueba falaz e intento valerse de un documento de alta temprana con abuso de derecho, ya que dio su alta en febrero e inscribió en junio a la trabajadora.-

Una interpretación de las cargas probatorias como la que estamos analizando tiene recepción jurisprudencial en el fuero civil por la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal:

*Si se tiene en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas el onus probandi pesa sobre el empleador*

En sentida similar se ha expresado Miguel A. Maza compartiendo la postura doctrinaria y judicial, expresada muy claramente por Kiper que predica la posibilidad de decretar judicialmente la inversión del onus probandi ante una presunción de la existencia de una conducta discriminatoria cuando median indicios serios y precisos de un trato desigual nacido de un comportamiento discriminatorio, de modo tal que quien pretenda justificar su conducta *debe aportar elementos convictivos que validen su obrar.*-

Concluyo expresando mi convicción acerca de la existencia en autos del hecho discriminatorio sufrido por la actora en razón de su embarazo, configurativo de acto ilícito.-

## f.2) Basamento jurídico

La denuncia de la actora se fundamenta en el art. 1 de la Ley 23.592 ( BO 23.8.88) que obliga al autor de actos que menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. Considera en su párrafo segundo incluidos los

actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como.....**sexo**, y lo considera aplicable al caso de autos.-

Usualmente se utiliza el término discriminación con un sentido disvalioso o negativo. Pero este término no contiene en si mismo un sentido negativo ni disvalioso sino neutro. Discriminar significa separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra o una persona de otra. No obstante ello, cuando en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina se emplea la expresión abreviada "despido discriminatorio" se trata de una elipsis de la locución "despido motivado por una discriminación ilícita".

El arsenal de los Tratados Internacionales ratificados con contenidos antidiscriminatorios, que se afianzara en el derecho interno argentino con la ley 23.592, y con la vigencia del Convenio 111 OIT, se ha reforzado, sin duda, a partir de la reforma constitucional de 1994, tanto por la trascendencia de las garantías respectivas en el art. 43 como en los incisos 19, 22 y 23 del art. 75, en cuanto a:

La atribución de responsabilidad al Estado en la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna;

el mandato de promoción del desarrollo humano y del progreso económico con justicia social ... en lo relativo a la generación de empleo y a la formación profesional de los trabajadores;

la habilitación de la acción expedita y rápida de amparo contra cualquier forma de discriminación negativa o segregatoria, y

la constitucionalización del texto de prácticamente todos los tratados internacionales referidos a la materia ratificados por nuestro País.-

De conformidad con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN.) la Convención 111 de la OIT. integra nuestro ordenamiento jurídico. Este Convenio que regula en materia de discriminación prescribe en su artículo 1 cuáles diferenciaciones son inaceptables en materia laboral. Establece que no podrá hacerse diferenciación, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

En opinión de Elfman se trata de normas jurídicas de apariencia válida, pero que se configuren como distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas. Salvo que nos encontremos en la situación a la que se refiere la Opinión Consultiva

4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la admisibilidad de un tratamiento jurídico diferente que esté orientado legítimamente, que no conduzca a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas, o que no persiga fines arbitrarios, caprichosos, despóticos, o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

En la mucho más reciente Opinión Consultiva N° 18, emitida el 17/09/2003, la misma Corte ha precisado que:

Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales:

- a) El incumplimiento por el Estado, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional;
- b) El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general;
- c) En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dice en su Art. 1°:

*"A los fines de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"*

Y en su Art. 11- 2:

*A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:*

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil, b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales*



*comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales, c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, d) Prestar protección especial a la mujer, durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella,*

*3- La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda."*

En el Derecho del Trabajo surge entonces una necesaria correlación del Bloque Federal Constitucional, sobre todo en lo atinente a los artículos 16 y 14 bis de la Constitución, los convenios (OIT) 100 y 101, la ley 23592, y los artículos 17 y 81 de la ley de contrato de trabajo. Así como también los artículos 172, 180, 182 y concordantes del mismo cuerpo legal, el 7º de la ley 23551 y el 29 de la ley de empleo, en opinión de Ferreyros.-

El artículo 17 de la LCT. prohíbe al empleador que discrimine a los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, creencia religiosa, edad, ideas políticas o gremiales.

El artículo 81 de la LCT. prescribe que existe trato desigual cuando se produzcan diferenciaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza y obliga al empleador que, frente a idénticas situaciones, dispense igual trato a los trabajadores.

A su vez el artículo 11 de la ley 25013 (modif. por el decreto 1111/98) penaliza el despido discriminatorio originado en motivos de: raza, sexo, religión e ideología con una reparación económica tarifada.-

Los trabajadores comprendidos en la LCT, como el caso de la actora Correa despedidos por causa de embarazo tienen derecho a la indemnización especial tarifada prevista en el artículo 182 de dicha ley.-

f.3- La reparación del despido discriminatorio: daño **material** y **moral**.

Debo analizar además, si de acuerdo a las particulares circunstancias del caso, corresponde hacer lugar a la indemnización integral pretendida por la actora y en caso afirmativo con que alcance, con base en la discriminación denunciada.-

Usualmente se utiliza el término discriminación con un sentido disvalioso o negativo. Pero este término no contiene en si mismo un sentido negativo ni disvalioso sino neutro. Discriminar significa separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra o una persona de otra. No obstante ello, cuando en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina se emplea la expresión abreviada "despido discriminatorio" se trata de una elipsis de la locución "despido motivado por una discriminación ilícita".

Conforme con el Derecho Laboral y la Ley Antidiscriminatoria N° 23592, se puede clasificar el término discriminar, según su licitud, en discriminación lícita y discriminación ilícita.

La discriminación lícita es aquella permitida porque no contraría ninguna prescripción del Derecho Laboral ni de la Ley Antidiscriminatoria.

A contrario sensu, de las prescripciones del Derecho Laboral y de la Ley 23592 surgen cuáles diferenciaciones constituyen discriminación ilícita y que basamento jurídico tienen en nuestro ordenamiento.-

De conformidad con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN.) la Convención 111 de la OIT integra nuestro ordenamiento jurídico. Este Convenio que regula en materia de discriminación prescribe en su artículo 1 cuáles diferenciaciones son inaceptables en materia laboral. Establece que no podrá hacerse diferenciación, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

La misma válvula constitucional habilita la entrada de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR. a nuestro derecho positivo. Esta Declaración en su artículo 1 prohíbe las **distinciones o exclusiones de trabajadores** fundadas en razones de: raza, origen nacional, color, **sexo** u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar.-

Adelanto mi opinión respecto a que los despidos fundados en discriminación ilícita facultan al trabajador a reclamar una reparación económica tarifada, que en en nuestro ordenamiento antes de su derogación por la Ley 25877 ( BO 19-3-04) estaba contemplado en el art. 11 de la Ley 25013.-

Pero también al trabajador en tales supuestos le está permitido reclamar las indemnizaciones derivadas del derecho común.-

Esta facultad se encuentra consagrada en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 23592 que dispone que el damnificado por una diferenciación jurídicamente inaceptable puede reclamar se le repare moral y materialmente el daño.-

Por cierto, que la ésta ley incluye el ámbito laboral en todos sus alcances, toda vez que no la excluye expresamente.-

Del análisis del artículo 1 de la ley 23592 surgen categorías de discriminaciones ilícitas:

1- Las formuladas expresamente por la norma, éstas son las fundadas en: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, **sexo**, posición económica, condición social o caracteres físicos.

2- Las que no se hallan enunciadas expresamente por la norma. Para determinar esta categoría de discriminaciones ilícitas la ley 23592 se remite a las *diferenciaciones* no permitidas por normas de rango constitucional (Convenio 111 de la OIT. y Declaración Sociolaboral del MERCOSUR) en opinión de Vallejos.-

Mediante la aplicación del artículo 1 de la Ley Antidiscriminatoria el Juez se encuentra habilitado para proteger al trabajador que sufre una diferenciación que no se encuadra dentro de las discriminaciones previstas como antijurídicas por la LCT y la Ley 25013.-

La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, autoejecutable en virtud del art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional amplía la protección dispuesta por la LCT y la ley 23592. Esta Declaración en su artículo 1 extiende la prohibición de hacer **diferenciaciones** por las siguientes causas: color, orientación sexual, posición económica o cualquier otra condición social o **familiar**. En éste último supuesto encuadraría el caso de la actora.-

Los Dres. Moisés Meik y Roberto Pompa en una excelente monografía brindan argumentos que sostienen.... *la tesis sobre la exigibilidad de la Declaración Sociolaboral del Mercosur* afirmando:

*La Declaración contiene algunas cláusulas completas, auto ejecutables, como las que establecen la prohibición de toda forma de discriminación. De aceptarse la interpretación de que la Declaración tiene plena validez y eficacia jurídica por formar parte del orden público internacional, por constituir el bloque de constitucionalidad sobre derechos humanos ex-arts. 72 y 332 de la Constitución, o por la superioridad del Derecho Internacional, este tipo de cláusulas podrían ser aplicadas directamente por los tribunales o la Administración del trabajo. Es cierto que a menudo están limitadas - en su extensión - por la expresión "de conformidad con las legislaciones nacionales vigentes" o "de conformidad con la legislación y la práctica nacional". Pero esta remisión, si bien puede limitar el contenido del derecho reconocido, no empece su eficacia en tanto posibilidad de aplicación inmediata. Claro que, por otra parte, la legislación nacional en cuestión no podría contradecir el contenido de los Pactos, Declaraciones y Tratados a que se remite esta Declaración del Mercosur, haciéndolos parte de ella misma .*

En opinión de Ferreyros resulta claro para el observador que el legislador de la ley de contrato de trabajo ha advertido que la igualdad de trato es un principio en el que se asienta toda la disciplina, pero especialmente la vida del contrato de trabajo, su desarrollo, su vigencia y cómo la misma se va desarrollando en íntima relación con el principio de buena fe, que obliga a las partes a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo.

Las consecuencias de las conductas tenidas de discriminación arbitraria son las que corresponden a un acto prohibido por la Constitución Nacional; además de ser nulo en los términos del artículo 1044 del Código Civil, produce los efectos de un acto ilícito del artículo 1056 del mismo Código. Se sigue de ello que el perjuicio causado por dicha conducta debe ser reparado reponiendo las cosas a su estado anterior al del acto lesivo, si ello fuera posible de acuerdo a las circunstancias del caso, lo que no ocurre en autos.-

El daño que se produce necesariamente, ya que el daño es elemento esencial del acto ilícito y conlleva una connotación de perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, debe ser reparado, volviendo las cosas al estado anterior al acto lesivo. Allí es donde juegan los artículos 1067 y 1068 del Código Civil.

Por su parte la Ley 25013 introduce la figura del despido discriminatorio en su art.11 apartándose del modelo de la LCT en tanto no crea presunción alguna, simplemente pone la prueba del hecho en cabeza del discriminado, lo cual es de realización verdaderamente dificultosa y, por otra parte, la sanción cuantitativa no indica una verdadera reparación por el daño sufrido, ya que su cuantía no es importante.-

Me sumo a la corriente doctrinaria que sostiene que la creación de la nueva figura no empece a la utilización por parte de los damnificados de las leyes que también sancionan, pero en este caso más severamente, las conductas discriminatorias.-

Meik y Pompa señalan :

*Recordemos que en caso que una cuestión se encuentre regulada por más de un ordenamiento se debe aplicar el más beneficioso para el trabajador por la vigencia del principio de la norma más favorable que recepta el artículo 9º de la ley de contrato de trabajo y que el derecho del trabajo no se agota en la ley laboral, sino que debe hacerse una aplicación extra sistémica del derecho. Es más, no se trata de una facultad sino un deber impuesto a los legisladores y jueces derivado de la aplicación de la función de los principios del derecho del trabajo para que apliquen la norma más favorable, adecuen las normas internas a las superiores provenientes de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales y cumplan estrictamente sus disposiciones.*

En función de lo expuesto debo tener en cuenta la naturaleza del derecho conculcado, juntamente con la entidad del perjuicio producido.-

Al no destruirse la presunción iuris tantum del art. 178 de la LCT, el despido fue motivado por embarazo.-

No surgen de autos elementos probatorios, y no proporcionó la demandada los que estaba en condición de aportar respecto a que el despido no obedeció a una conducta

antidiscriminatoria respecto de la actora al despedirla, efectuando una interpretación dinámica de las cargas probatorias que surge del art. 375 del CPCBA.-

Ello que nos conduce a la conclusión de que el despido ha sido efectivamente discriminatorio.-

Respecto a la magnitud del daño **material** sufrido por la actora y su cuantía, como consecuencia del despido discriminatorio conforme se lo resolvió en la cuestión décimo primera, la actora se vio privada por el despido de gozar la prestación por desempleo que le hubiera correspondido si la relación hubiese sido registrada correctamente y de la prestación por maternidad.-

No hay prueba de otros daños sufrido por la actora.-

Como bien se ha sostenido cuando la ley 23592 sanciona con dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionado, no sólo ha ampliado el marco de posibles casos de agravio, sino que brinda al damnificado la posibilidad de obtener una reparación integral **que alcance inclusive el daño moral**.-

La jurisprudencia se ha expedido claramente al respecto...

*El acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 C.C.) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C.C.), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083 C.C.).*

*Ante un acto discriminatorio corresponde acoger el reclamo por **daño moral** toda vez que de conformidad a lo dispuesto por los arts. 14 bis y 16 dela Constitución Nacional , 81 de la LCT, 1 de la Ley 23592 y 1044 y 1056 del Código Civil ub acto discriminatorio produce los efectos de un acto ilícito*

CNAT Sala X Bs.As. 31.12.97 Monsalvo Jorge O. c/ Cafés Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos SA publ. en Derecho del Trabajo Vol- A 1998 pag. 1235 y ss.-

El art. 1078 del Código Civil Argentino establece que *la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización de pérdidas e intereses la reparación del agravio **moral** ocasionado a la víctima.-*

La doctrina legal legitima ésta decisión:

El reconocimiento del daño moral y su resarcimiento depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión.

SCBA, L 33545 S 31-8-1984, Juez SAN MARTIN (SD)

CARATULA: Saez, Mario Aníbal c/ Frugone & Preve Ltda. S.A. y otro s/ Despido.

PUBLICACIONES: AyS 1984-I, 612

La actora fue disminuida de bienes que tienen un importante valor en la vida de todo ser humano y que conceptualizan el daño moral como la paz espiritual, su estima como trabajadora, su posibilidad de sustentar a su futuro hijo, lo que debe ser compensado por el discriminador.-

Se reconoce de acuerdo al art.1 de la Ley 23592 como daño moral el monto estimado en la liquidación que infra se practica, por ajustarse a derecho y a los principios de justicia social, equidad y buena fe ( art. 11 LCT).-

Se resuelve el presente de conformidad a las pautas de la valoración en conciencia que el sistema procesal vigente acuerda a los jueces, ( art. 44 inc. d - Ley 11653) ponderando las particulares circunstancias del caso, hechos y pruebas producidas en el mismo.-

El acto discriminatorio cesó por imperio del despido producido, por lo que el presente tiene alcance reparatorio a diferencia de lo que sería un acto discriminatorio realizado de continuo en el que fuera necesario elucidar el cese de su realización, que obligaría al juzgador a merituar sistemicamente todo el conjunto fáctico y axiológico en juego.-

**III- Liquidación:** En conclusión la acción prospera por los rubros y sumas que se indican a continuación:

|                                                        |    |       |
|--------------------------------------------------------|----|-------|
| 1- <u>Haberes adeudados</u> mes de junio 2002: 28 días | \$ | 373.- |
|--------------------------------------------------------|----|-------|

2- Haberes adeudados por horas suplementarias

periodo 5-12-00 al 30-11-01

valor hora basica: \$ 2,08 al 50%= \$ 3,12

Horas semanales lunes a sabado: 20 hs. semanales

\$3,12 x 20 x 4= \$ 249,60 x 11,80 meses= \$2.945

incorporando SAC

\$ 3.191.-

3- SAC prop. 2000: del 5 al 31-12/00

\$ 28.-

4- SAC año 2001 dos cuotas

\$ 400.-

5- SAC prop. 2da. cuota 2002

\$ 198.-

6- Indemn. sust. de vacaciones no gozadas 2002:

\$ 400:25=\$16 x (178 d. x 14:365) 6,83 d.= \$109+ SAC=

\$ 118.-

7- Indemnización art. 6 L. 25013

\$ 400 + SAC=

\$ 433.-

8- Indemn. Art. 7 L. 25013:

mejor remuneración: \$ 400+\$250 ( inc. Hs. extras)

=650+SAC=\$704:12= 59\*18 meses y fracc.> 10 ds.

\$ 1.115.-

9- Indemnización art. 1 Ley 25.323.

\$ 1.115.-

10- Indemnización art. 16 Ley 25561

duplicación rubros 6,7, 8 y 11

\$ 6.861.-

11- Indemnización art. 178-182 LCT-to

\$ 400+SAC= \$ 433x12

\$ 5.196.-

12- Reparación despido discriminatorio

daño material :

prestación por desempleo \$300x4= \$ 1.200

asig. Por maternidad \$400x3= \$ 1.200



|                          |                    |       |
|--------------------------|--------------------|-------|
| <u>daño moral:</u>       | \$ 500             | TOTAL |
|                          | \$ 2.900.-         |       |
| <b>TOTAL liquidación</b> | <b>\$ 21.928.-</b> |       |

#### **IV- FUNDAMENTO LEGAL de la decisión:**

En los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 75 inc.22 y concs. CN; arts. 15, 36 inc. 4, 39 y concs. Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 6 y 7 Ley 25013; arts. 1 y cts.. Ley 25250; arts. 1 y 2 Ley 25323; art. 16 Ley 25561; arts. 11, 12, 17, 14, 74, 81, 122, 123, 138, 156, 178, 182, 201 de la LCT;art. 117 Ley 24013; arts. 1 y ss. Ley 23596; art. 1067, 1068, 1078 ss. y cts. del Código Civil; art. 44 inc. d ss. y cts.. Ley 11653; art. 375 del CPCBA Convenio 111 de la OIT; art. 1 Declaración Socio Laboral del MERCOSUR y demás normas legales citadas, doctrina de los autores y jurisprudencia reseñadas ut supra.-

Prospera parcialmente la demanda por la suma de PESOS VEINTIUN MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO (\$ 21.928.-) monto por el que propongo se condene al demandado y que llevará intereses desde el 28 de junio de 2002 y hasta su efectivo pago que serán calculados conforme el criterio adoptado por éste Tribunal a la tasa activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires por sus operaciones de préstamos y sobre los créditos devengados con anterioridad a esa fecha desde que fueron debidos siguiendo la doctrina de nuestro más alto Tribunal Provincial ["Lasa c/Schenk"] y sin perjuicio de mi opinión personal al respecto en base a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones de depósito a 30 días hasta el día 31 de diciembre de 2001. A partir del 1 de enero de 2002 y hasta su efectivo pago a la tasa activa que cobre para sus préstamos el Banco citado.-

El monto definitivo de condena deberá ser abonado dentro de los 10 días de notificada la presente sentencia mediante depósito judicial bancario a la orden de éste tribunal y como perteneciente a éstos autos en el Banco de la Provincia de Buenos Aires Sucursal San Justo.-

#### **V- Las Inconstitucionalidad planteadas**

a) art. 11 de la Ley 25013

La parte actora a fs. 18 de autos plantea a todo evento la inconstitucionalidad del art.11 de la Ley 25.013 en tanto el mismo acota los supuestos de discriminación y de tal manera violaría tratados y declaraciones de jerarquía constitucional que menciona.-

Es dable señalar que el actor funda su pretensión repartoria del despido discriminatorio en el art. 1 de la Ley 23592, lo que el Tribunal de acuerdo a las particulares circunstancias del caso, hechos y pruebas obrantes en el expediente ha acogido, con su particular interpretación con lo cual el planteo se torna abstracto y me eximen de entrar en su consideración, lo que así resuelvo con esa salvedad.-

b) Artículos 7 y 10 Ley 23.928 ( texto art.4 Ley 25561):

La actora a fs. 21/22 plantea la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la Ley 23928 señalando que crea un mecanismo arbitrario e injusto en perjuicio del derecho de propiedad e igualdad del actor en tanto pretende imponer la imposibilidad de indexar los créditos a partir del 1 de abril de 1991.-

No cumplimenta el recaudo establecido por la Corte de Justicia de la Nación de señalar clara y concretamente como lo agravia el texto legal citado en su situación particular en el caso de autos ni desarrolla la operación de la que surgiría la conculcación que denuncia.-

No hay una precisa alegación y posterior prueba que el fenómeno inflacionario se manifestara y afectara el crédito del actor afectando en forma sustancial las garantías constitucionales invocadas.-

El Tribunal tiene opinión sentada sobre la cuestión en reiterados pronunciamientos, con el voto de mi distinguido colega Dr. Guillermo Contrera se ha sostenido:

La ley de convertibilidad del austral ha vedado la actualización monetaria a partir del 1-4-91 por los sistemas de reajuste sobre la base de índices ( repotenciación) y prevé como medio para corregir las anomalías generadas en desmedro de las acreencias del accionante, la posibilidad que emerge del segundo párrafo del art. 8 de su Decreto reglamentario 529/91 que faculta en forma expresa a los magistrados a &mantener

incólume el contenido económico de la sentencia&que dicten a través de la tasa de interés a aplicar a partir del 1-4-91.- Se podrá disentir en cuanto a cual es el mecanismo más idóneo para lograr el objetivo perseguido de reparar el perjuicio que produce la mora, esto es, si la repotenciación de las deudas sobre la base de índices que reflejan la pérdida del valor adquisitivo del dinero o del sistema de tasa de interés pero no puede válidamente afirmarse que existan en uno u otro sistema objeciones constitucionales. Salvo que se alegare y probare en forma precisa y concluyente la afectación de garantías constitucionales.-

Dejando a salvo mi opinión personal respecto a la necesidad de que los créditos laborales deben mantener su valor real y actual atento su carácter alimentario no obstante por razones de economía procesal el Tribunal se ciñe a la doctrina casatoria al respecto.-

La Suprema Corte de la Prov. de Bs.As. ha establecido doctrina legal al respecto seguida por las Cámaras Civiles departamentales:

LEY DE CONVERTIBILIDAD - ORDEN PUBLICO.

Las disposiciones de la ley 23.928 son de orden público y el acatamiento de sus normas no es materia disponible para las partes (art. 13).

LEY 23928 Art. 13

SCBA, Ac 57057 S 5-9-1995, Juez HITTERS (SD)

CARATULA: Barrera, José Rubén c/ Jakim, Pedro s/ Consignación de alquileres

PUBLICACIONES: AyS 1995 III, 429

LEY DE CONVERTIBILIDAD - CONSTITUCIONALIDAD.

El planteo de inconstitucionalidad de la ley 23928 de convertibilidad del austral no puede ser acogida ya que no vulnera el art. 17 de la Constitución Nacional, pues no se afecta el patrimonio si se dan las condiciones esenciales de estabilidad monetaria.

LEY 23928 Art. 17

CC0001 SM 30071 RSD-21344- S 10-12-1991, Juez UHART (SD)

CARATULA: Welgandt A. E. y ots. c/ Rotondo H. s/ Daños y Perjuicios

I. Basado en éstos fundamentos se concluye que el planteo de la actora en el punto no tiene acogida.-

II.

III. Debo sin embargo señalar que éste Tribunal en un profundo análisis de las circunstancias económicas ocurridas en el país a partir luego de los acontecimientos del 19 y 20 de diciembre de 2001, y por los fundamentos que se expresan en el capítulo respectivo, que dio lugar a una nueva elaboración, decidió aplicar la tasa de interés activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de crédito para todo el tramo del reclamo de autos, y que conforme nuestra experiencia al compararla con los índices del costo de vida resulta suficientemente compensatoria, impidiendo que se quebrante el derecho de propiedad del acreedor de autos, el carácter alimentario de su crédito, con lo que en la praxis, su planteo cuestionatorio sobre la constitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la Ley 23928 devendría en abstracto.-

#### c) Inconstitucionalidad de la Ley 24432

La actora introduce a fs. 25 peticona se declare la inconstitucionalidad de la Ley 24.432, que incorpora al Código Civil art. 505 y al art. 277 de la LCT la limitación en cuanto a la responsabilidad por los honorarios profesionales.-

Esta cuestión tuvo dos tiempos en la jurisprudencia: inicialmente decidió con apoyo en normas constitucionales que hacen a la organización política en punto a las facultades delegadas por las Provincias al Gobierno Federal y Reservadas, que hacen a la competencia de los distintos poderes provinciales, tratándose de normas procedimentales contenidas en una ley de fondo, a la que todavía no ha adherido la Provincia de Buenos Aires, pese a la invitación formulada por el art. 16 de la ley 24432, no corresponde tener en cuenta las limitaciones impuestas en el agregado al art. 505 del Cod. Civil, por cuanto la Ley Arancelaria Provincial 8904 mantiene plena vigencia y es consecuentemente la normativa aplicable en materia de honorarios de abogados y procuradores (arts. 5, 75 inc. 12 y 121 C.N., art. 1 Const. Pcia. Bs. As.).-

Este criterio fue sostenido por la Doctrina legal de la SCBA mediante los votos de los Jueces Salas y Negri, al que adhirió el éste Tribunal en autos Miraglia Jorge c// SISE SRL s/ Despido 30-10-01 y otros con cita de jurisprudencia Civil ( Cámara Civil y Comercial Mar del Plata Sala 1, 2/11/95, Muñoz c/Padilla, entre otros).-

Posteriormente la doctrina legal incorporó la exigencia de demostración del desplazamiento del régimen arancelario provincial

Es inatendible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que afirma que el tribunal del trabajo debió aplicar el art. 277 de la Ley de Contrato de Trabajo, modificado por ley 24.432 sin demostrar previamente el eventual desplazamiento del régimen arancelario provincial.

LEY 20744 Art. 277(t.o.)<sup>3</sup> LEY 24432

SCBA, L 61943 S 25-2-1997, Juez PISANO (SD)

CARATULA: Ciuti, Américo c/ Encotesa s/ Despido

PUBLICACIONES: AyS 1997 I, 174

SCBA, L 60642 S 14-7-1998, Juez SALAS (SD)

CARATULA: González, Enrique de Jesús c/ Curtiembres Fonseca S.A. s/ Enf. accte.

SCBA, L 69074 S 17-11-1999, Juez HITTERS (SD)

CARATULA: Olazar, Claudio I. c/ Nestl Argentina S.A. s/ Despido

SCBA, L 70017 S 18-10-2000, Juez PISANO (SD)

CARATULA: More, Roberto del Carmen c/ Plus S.R.L. s/ Accidente de trabajo, art. 1113

SCBA, L 68046 S 10-4-2001, Juez PETTIGIANI (SD)

CARATULA: Fox, Héctor Raul c/ Siderca S.A.C.I. s/ Indemnización. Ley 9688

Vuelve a cambiar el criterio de la doctrina legal a través del voto de los jueces De Lazzari y Roncoroni que es el criterio que rige actualmente con virtualidad casatoria sobre los jeces a-quo:

COSTAS - REGIMEN LEGAL.

Los arts. 1 y 8 de la ley 24.432 que incorporaron un nuevo párrafo a los arts. 505 del Código Civil y 277 de la ley 20.744, por el carácter que revisten en razón de la sustancia de lo que regulan -responsabilidad en materia de costas por incumplimiento de la obligación principal- no requieren adhesión alguna, y resultan aplicables en la Provincia, sin que ello implique vulnerar en modo alguno la autonomía local.

LEY 24432 Art. 1<sup>3</sup> LEY 24432 Art. 8<sup>3</sup> CCI Art. 505<sup>3</sup> LEY 20744 Art. 270

SCBA, L 81838 S 10-9-2003, Juez DE LAZZARI (SD)

CARATULA: Macalusi, Jos Luis c/ Siderar SAIC s/ Daños y perjuicios

#### COSTAS - REGIMEN LEGAL.

La ley 24.432 posee normas que resultan operativas. En tal orden sitúo sus arts. 1 y 8 que incorporaron un nuevo párrafo a los arts. 505 del Código Civil y 277 de la ley 20.744 estableciendo un tope del veinticinco por ciento del monto fijado en la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, en concepto de costas.

LEY 24432 Art. 1<sup>3</sup> LEY 24432 Art. 8<sup>3</sup> CCI Art. 505<sup>3</sup> LEY 20744 Art. 277

SCBA, L 81838 S 10-9-2003, Juez PETTIGIANI (OP)

Por razones de economía procesal y dejando a salvo mi opinión personal contraria resulta aplicable al caso de autos la doctrina citada, ello sin perjuicio que en el sub-lite no se configura lesión alguna a las normas arancelarias de la Ley 8904 que regula los honorarios de los profesionales de la abogacía.-

#### VI- INTERESES: Tasa Aplicable

Este Tribunal tiene criterio formado acerca de la justicia de aplicar tasas de interés desde el nacimiento del crédito que mantengan incólume el contenido económico de la sentencia. Debe reconocerse no obstante que al haber sido casado por la Corte Provincial dichos pronunciamientos, y conforme el deber de los jueces inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte, por elementales razones de economía procesal se continuó aplicando la tasa de interés pasiva ya que de lo contrario perjudicarían aún más al justiciable por la dilación del trámite.-

La situación producida a partir de la grave crisis política y económica desatada a partir del 19 de diciembre de 2001 torna necesario un nuevo **reexamen** de la situación, pero siempre a la luz de los principios generales simbolizados como cuestión *de fondo* en la necesidad de mantener incólume el contenido económico de la sentencia, y como cuestión *procesal*, en la potestad del Juez de fijar tasas de interés acorde con aquellos principios sin lesionar garantías constitucionales en el espacio de la *razonable discreción* como jueces de la causa, aplicando la doctrina del caso **Sudameris**.-

Luego de los infaustos hechos del 19 y 20 de diciembre pasado en nuestro país, la realidad superó al derecho, y los contratos privados se vieron desbordados por la

crisis, la emergencia es brutal y del mismo modo puede calificarse la situación en que quedaron los consumidores y los asalariados frente a la devaluación del peso, sin hablar del despojo a que fueron sometidos los ahorristas.-

Continuar aplicando la tasa pasiva constituiría una invitación a la reticencia de los deudores a cumplir sus obligaciones para colocar su dinero en otros activos evidentemente más rentables del circuito financiero para sacar ventajas y luego cancelar en moneda envilecida el crédito laboral, lo que constituiría además un premio injusto a ese proceder contrario a la ética pero ajustado a derecho.-

Si la brutal devaluación y revisión de los contratos, violación del principio de autonomía de la voluntad se hizo para reposicionar nuestro potencial exportador; si la convertibilidad del peso cayó por las “*exigencias del mercado*” conforme textuales reconocimientos de las más altas autoridades actuales del país, es bien cierto que la JUSTICIA ( del Trabajo) no puede actuar como *serviente del mercado* sino que debe proteger el trabajo y velar por la equidad, la buena fe, la justicia social y los principios generales del Derecho del Trabajo como lo manda el art. 14 bis de la Constitución Nacional y el art. 11 de la LCT-to.-

Ello amén de su inequidad, redundaría también en un incremento de la litigiosidad y prolongación de las causas, que desnaturalizan la administración de justicia, máxime tratándose de créditos de naturaleza alimentaria, donde está el juego el orden público y que requieren rápida resolución.-

Así lo reconoció la Corte Nacional en el conocido precedente Camusso reiterado en **Valdéz c/ Cintoni** en épocas de inflación al sostener que&

*”respondió a un claro imperativo de justicia al eliminar los perniciosos efectos que la demora en percibir sus créditos ocasionaba a todos los trabajadores, atento a que las prestaciones salariales tienen contenido alimentario y que las indemnizaciones laborales se devengan, de ordinario en situaciones de emergencia para el trabajador...”*.-

También se ha expresado ajustadamente...

*” la naturaleza alimentaria de las prestaciones debidas al trabajador no se discute en doctrina y fluye naturalmente de considerar sobre bases de evidencia ajenas a toda polémica que el destino normal de aquellas es, para la generalidad de los asalariados el consumo. La causa típica del contrato de trabajo es, para el trabajador la obtención*

*del salario como medio de adquirir en el mercado los bienes necesarios para su subsistencia y la de su familia. En caso de mora del empleador deudor en satisfacer sus acreencias, su posición frente al sistema financiero no es la de un inversor frustrado en su expectativa de procurarse a través de la colocación de sus haberes, una renta, mensurada en consonancia con la tasa pasiva sino - supuesto su efectivo acceso a dicho sistema- la de un tomador de crédito compelido a sustituir, con los indicados fines de consumo, los ingresos dejados de percibir...”.-*

Los intereses de los créditos laborales tienen el carácter de compensatorios, ya que se priva al trabajador del uso y disfrute de un capital que le es propio y que el empleador no tiene derecho a retener para sí y moratorios por el retardo inexcusable para cumplir fundado en el carácter alimentario que posee el salario como en razones de equidad tal como agudamente señala Roberto García Martínez.-

Mediante el Acta 2157 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió, respecto a la tasa de interés aplicable a las sentencias, "acordar que, sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de diciembre de 2001, a partir del 1º de enero de 2002 se aplicará la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría General de la Cámara. Por las fracciones del periodo mensual que se halle en curso, se aplicará el promedio del mes anterior".

La resolución de la Cámara, si bien no tiene efectos vinculantes, exterioriza su criterio en la materia.-

Seguir aplicando una tasa de interés anual del 6% (0,5% mensual) importa producir un grave e irreparable daño a los derechos del trabajador litigante que verían notoriamente reducidos sus créditos, y además sirve de guía, ya que distintos jueces venían aplicando a partir del 1/1/02 diferentes tasas de interés, mientras que otros, a pesar de la suspensión de la convertibilidad y de la evolución de los precios internos, habían mantenido la tasa fija del 1% mensual, lo que a todas luces producía un serio desfase y no mantenía incólume el contenido patrimonial del pronunciamiento judicial.

Solo cabe recordar que en el período enero/abril 2002 la inflación llegó al 20% y la tasa de interés aplicada en la Provincia de Buenos Aires conforme la ya añeja doctrina



de la SCBA era la equivalente a la tasa pasiva muy inferior a la desvalorización operada.-

*El devenir de los años 2002 y 2003 si bien produjo la normalización y baja de los intereses bancarios, produjo corrimientos importantes en los precios de primera necesidad, sin equivalencia con los ingresos fijos, lo que no aconseja momentáneamente un cambio de la doctrina fijada por éste Tribunal en materia de interés aplicable. Circunstancia que se ha agudizado en las últimas semanas ( marzo 2004) con notorio aumento de la canasta familiar.-*

Por ello propicio la tasa pasiva de interes que abona el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos que recibe hasta el 31 de diciembre de 2001 y a partir de enero de 2002 la aplicación de la tasa de interés activa que percibe el mismo Banco para sus operaciones de préstamos, según los créditos de la actora caigan en uno u otro periodo.-

#### **VII- OFICIOS:**

Atento la situación de registración parcial de la relación laboral líbrense los oficios que corresponden cumplimentando el art. 44 de la Ley 25.345 y 17 de la Ley 24.013.-

#### **VIII- OFICIO ESPECIAL:**

Se ordenará librar oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos de la Nación haciendo constar que la demandada registró la relación laboral de la actora del 10 de junio al 28 de junio de 2002, pero la incorporó como alta temprana con fecha de inicio el día 11 de febrero de 2002, para lo cual se adjuntará fotocopia del citado formulario a los efectos dispuestos por el art. 6 y cts.. de **Resolución General 899/00** (AFIP) si correspondiente. En el mismo oficio se dejará constancia que el Tribunal tuvo por probado como fecha de inicio de la relación laboral de la actora con la demandada el día 5 de diciembre de 2000 con una remuneración mensual de pesos cuatrocientos.-

#### **VIII- COSTAS:**

Las costas serán soportadas por la demandada por resultar vencida [art. 19 Ley 11653] en la medida del progreso de la acción y por la actora en cuanto al rubro del rechazo.-

Proponiendo regular los honorarios de los profesionales intervinientes conforme al trabajo realizado y resultado obtenido en los siguientes porcentajes de condena:

Para el Dr. Pascual Antonio FINELLI el 18% con más el aporte legal de la Ley 8904 calculado sobre el capital de condena de los rubros que prosperan; para el Dr. Sergio Pascual NIRO el 12% sobre el capital de condena ( arts. 13,14,16, 21, 22,26, 28 inc.f 43 y 51 de la Ley 8904 con más el aporte legal del art.12 inc.a- y 21 de la Ley 10268).-

Para el Perito Contador Nilo Marcos Salvador CONVERSO el 4% sobre el capital de condena con más el aporte de ley.-

#### **ASI LO VOTO**

Los Dres. Guillermo CONTRERA y Cristina A. LÓPEZ por compartir los fundamentos que anteceden, votan en el mismo sentido que el Dr. Luis A. RAFFAGHELLI.

000000000000000000

#### **SUMARIO**

***CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO. ACTO DISCRIMINATORIO. DISCRIMINACIÓN COMO FORMA DE VIOLENCIA LABORAL. VALOR DE LOS INDICIOS COMO FORMA DE PROBAR LA DISCRIMINACIÓN***

La discriminación es una forma de violencia laboral, a través de la cual se busca que el otro cambie lo que no puede o no tiene por qué cambiar. Procesalmente debe tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir al hecho a acreditar. Ello no quiere decir que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación. En estos supuestos el trabajador tiene derecho a una reparación integral que comprende el aspecto material y también moral por el sufrimiento injusto al que ha sido sometido.

*La configuración del daño moral se tendrá por ocurrida por la sola producción del evento, que no necesita ser probado, por no ser autónomo y marchar de la mano de la discriminación producida, naciendo en consecuencia el derecho a la reparación. En el caso, el actor ha sufrido “un vaciamiento del puesto de trabajo”, por ausencia de precisión de tareas o encargo de tareas menores. A ello se suma que estando próximo a jubilarse, aparece como política de la empresa, un ofrecimiento constante de retiros voluntarios, y el hecho de ser rezagado en los ascensos. Estos indicios resultan*

conducentes a una presunción de discriminación que debió ser destruída por la demandada, la que en cambio guardó silencio ante la intimación del actor.

CNAT. Sala VII, 08/06/2007, “Rybar, Héctor Hugo c/Banco de la Nación Argentina s/despido”. (F.-RD.). Expte. N° 2.512/2005. S.D. 40.175. BJC NAT N° 270

(Citar : WebRubinzal bola 08-2007 2.2.22.r1)

---

## SUMARIO

### **CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO. DISCRIMINACIÓN. PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA”. PROCEDENCIA**

Toda vez que en el escrito de inicio se denunció un hecho concreto consistente en la conducta antisindical de despedir a los trabajadores que constituyeron una nueva asociación profesional y con el objetivo de destruirla, aunque en la demanda no se calificó explícitamente tal comportamiento como discriminatorio, parece obvio y por ello excusable la omisión de tal calificativo, bastando con la descripción del *factum* objetivo, para que luego el Tribunal lo califique y lo juzgue con la norma correspondiente. Por ende, invocada aún tácita o implícitamente una conducta patronal antisindical discriminatoria y pedida su remoción en virtud de la ley 23551, no resulta incorrecto resolver el caso con la ley de alcance general 23592 si se entiende, como lo han hecho los magistrados precedentes, que aquella primera no otorga protección a los demandantes por no haber obtenido todavía la asociación profesional cuyos cuerpos directivos integran, la personería gremial. En consecuencia, la aplicación de la no invocada ley 23592 de oficio y por la regla “*iura novit curia*”, se justifica como deber jurisdiccional de calificar los hechos denunciados y probados en el expediente, sobre todo si la prueba demuestra en el caso una grosera violación intencional de la libertad sindical que no puede ser consentida por un excesivo apego a las normas rituales previstas para garantizar el derecho de defensa pero no para facilitar que quienes cometen este tipo de hechos quedan impunes. (Del voto el Dr. Maza, integrante de la mayoría).

CNAT. Sala II, 25/06/2007, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/ acción de amparo” (G.- P.- M.-). Expte n° 29545/06. S.D. 95075. BJC NAT N° 270

**FALLO COMPLETO.**

***TUTELA SINDICAL. Candidato no electo. Arts. 50 y 52 de la Ley 23551. ABANDONO DE TRABAJO. DESPIDO. Omisión de acudir al procedimiento previo de exclusión de tutela. Nulidad del despido***

Eldial

2007-09-21

SD. 84594 CAUSA 24.604/05 - "Gomez Carmen Patricia c/A.A. Aerolineas Argentinas SA s/despido" - CNTRAB - SALA I - 16/08/2007

*"Teniendo en cuenta que la actora estaba alcanzada por la garantía prevista en los arts.50 y 52 de la ley 23.551 como candidato no electo, considero que la accionada no podía despedirla sin antes acudir al procedimiento previo de exclusión de tutela. Si bien la propia demandada reconoce que tal garantía vencía el 28 de abril de 2005 y la situación invocada de abandono de trabajo quedó configurada el 5 de abril de 2005 -es decir, veinte días antes del vencimiento de la misma-, lo cierto es que igualmente debió requerir la exclusión de la tutela de la Sra. Gómez para despedirla justificadamente. "*

*"En modo alguno, podía apartarse del procedimiento establecido en la ley 23.551 ya que en ningún momento la norma en cuestión lo prevé, sino que únicamente establece que podrán producirse despidos en los casos de cesación general de actividades del establecimiento o de suspensión general de las tareas del mismo -en cuyos casos no se podrá invocar estabilidad en el empleo (arg. Art.51 ley 23.551)-, circunstancias que no se verifican en el presente."*

*"En tanto la demandada dispuso la desvinculación de la actora dentro de los seis meses de protección que indica el art.50 de la ley 23.551 y al no haber entablado previamente la acción de desafuero, convirtió al acto en nulo en los términos de los arts.18 y 1044 del Código Civil y por tanto, ineficaz para producir un despido válido en los términos de la ley."*

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 16 días del mes de agosto de 2007, reunida la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para dictar sentencia en la causa del epígrafe y de acuerdo a la correspondiente desinsaculación se procede a votar en el siguiente orden:

EL DR PIRRONI DIJO:

I) Contra la sentencia de fs.331/336 apelan ambas partes: la demandada lo hace a fs.340/348 y la actora, a fs.350/352.

La accionada se queja porque la Sra. Juez de grado consideró "...que la actora estaba alcanzada por la garantía prevista en los arts.50 y 52 de la ley 23.551 como candidato no electo, por lo cual, no () podía despedirla sin antes acudir al procedimiento previo de exclusión de tutela...". Refiere que la supuesta garantía vencía el 28 de abril de 2005 y la situación objetiva de abandono de trabajo quedó configurada el 5 de abril, es decir, veinte días antes del vencimiento de la misma y, por ello, carecía de sentido realizar el procedimiento establecido en la ley 23.551 iniciando el desafuero. Asimismo se agravia porque se estableció como base de cálculo la suma de \$ 1.868 correspondiente a abril de 2004 cuando la misma incluye rubros que no son percibidos en forma mensual, normal y habitual. Apela la tasa de interés dispuesta y la forma en que fueron fijadas las costas. Cuestiona la falta de declaración de inconstitucionalidad del art.16 de la ley 25.561, así como la de los decretos que prorrogaron su vigencia. Se agravia, también, porque la Sra. Sentenciante hizo lugar al pago de vacaciones no gozadas y porque la condenó al pago de la indemnización prevista en el art.2 de la ley 25.323. Finalmente, cuestiona el monto final al que fue condenada a pagar en grado y apela los honorarios regulados a los profesionales intervinientes y al Sr. Perito contador, por considerarlos elevados.

Por su parte, la accionante se queja porque considera que los elementos probatorios colectados en la causa no fueron correctamente valorados toda vez que, según su criterio, fue acreditada la justificación de las ausencias con las correspondientes certificaciones médicas acompañadas a la causa y los testimonios brindados por los profesionales médicos intervinientes.

Los agravios presentados por la demandada merecieron oportuna réplica de la parte actora, según surge del memorial presentado por ésta a fs.362/363.-

II) Ante todo debo destacar que es conclusión firme del fallo apelado que la Sra. Gómez fue candidata en la demandada como Delegada General en las elecciones a realizarse el 28 y 29 de octubre de 2004, circunstancia que fue debidamente notificada a la accionada, y que se verifica a través de la comunicación cursada por la actora a la demandada, que fuera acompañada por la propia accionada al contestar la demanda (cf.fs.110).

III) Con relación a la queja planteada por la actora acerca de la legitimidad de la causa invocada, debo destacar, ante todo, que el recurrente cumple de un modo limitado con los recaudos exigidos por el art.116 LO en el sentido que no se formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo de grado. No obstante, con el fin de preservar la garantía constitucional de defensa en juicio y dar de este modo satisfacción al apelante, efectuaré algunas consideraciones.-

En primer lugar, cabe destacar que surge de las constancias de la causa que fueron reconocidas las justificaciones de las ausencias hasta el 24 de marzo de 2005. Sin embargo, existe controversia respecto de las inasistencias posteriores hasta el distracto. A tal fin, a mi juicio resulta determinante que el único certificado reconocido luego de tal fecha data del 6 de abril de 2005 -donde se prescribe reposo durante treinta días (fs.1, sobre de fs.4)-, cuando la desvinculación tuvo lugar con anterioridad -reitero, el 5 de abril de 2005-.

Cabe asimismo indicar que tal como bien surge del fallo de grado, el certificado médico de fecha 15 de marzo de 2005, si bien fue reconocido en autos, no prescribe reposo laboral alguno, sino que solo indica la necesidad de realizar tratamiento psicológico y psiquiátrico. Y, en igual sentido, tampoco la accionante acreditó en autos haber concurrido al servicio médico de la demandada luego de ser intimada a tal fin, resultando a mi juicio, insuficiente las meras manifestaciones vertidas por la Sra. Gómez de que fue atendida por el Dr.Allende, cuando el referido profesional no concurrió a prestar declaración a la causa, a pesar de haber sido ofrecido sólo por la demandada.

En definitiva y por los motivos señalados, comparto el criterio adoptado en origen en punto a que la actora no ha logrado demostrar que, ante la subsistencia de su dolencia, hubiera notificado en tiempo y forma a su empleadora mediante las certificaciones médicas pertinentes, antes de la intimación que cursara la demandada con tal finalidad el día 1 de abril de 2005. Por ello y ante la falta de respuesta a tal

intimación, estimo que la decisión de la accionada resultó legítima y se ajustó a derecho (arg.art.242 LCT).

IV) Respecto a la queja intentada por la accionada, advierto que la recurrente también cumple de un modo limitado con los recaudos exigidos por el art.116 LO en el sentido que no se formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo de grado. No obstante, con el fin de preservar la garantía constitucional de defensa en juicio y dar de este modo satisfacción al apelante, de igual modo efectuaré algunas consideraciones.

Sentado lo expuesto y teniendo en cuenta que la actora estaba alcanzada por la garantía prevista en los arts.50 y 52 de la ley 23.551 como candidato no electo, considero que la accionada no podía despedirla sin antes acudir al procedimiento previo de exclusión de tutela. Si bien la propia demandada reconoce que tal garantía vencía el 28 de abril de 2005 y la situación invocada de abandono de trabajo quedó configurada el 5 de abril de 2005 -es decir, veinte días antes del vencimiento de la misma-, lo cierto es que igualmente debió requerir la exclusión de la tutela de la Sra. Gómez para despedirla justificadamente.

Cabe también precisar que, en modo alguno, podía apartarse del procedimiento establecido en la ley 23.551 ya que en ningún momento la norma en cuestión lo prevé, sino que únicamente establece que podrán producirse despidos en los casos de cesación general de actividades del establecimiento o de suspensión general de las tareas del mismo -en cuyos casos no se podrá invocar estabilidad en el empleo (arg.art.51 ley 23.551)-, circunstancias que no se verifican en el presente.

Por ello, comparto el criterio expuesto en la decisión de grado en punto a que la demandada dispuso la desvinculación de la Sra. Gómez dentro de los seis meses de protección que indica el art.50 de la ley 23.551 y al no haber entablado previamente la acción de desafuero, convirtió al acto en nulo en los términos de los arts.18 y 1044 del Código Civil y por tanto, ineficaz para producir un despido válido en los términos de la ley. En consecuencia, tal como se resuelve en el fallo de Primera Instancia, la transgresión del procedimiento establecido en la ley permite considerar arbitraria la decisión adoptada y sujeta al pago de las indemnizaciones legales pertinentes. En definitiva, propicio desestimar sin más este aspecto de la queja intentada.

V) Con relación a la escueta queja intentada acerca de la base de cálculo tomada en grado, estimo que la misma tampoco debería prosperar atento que si bien del informe contable surge que la mejor remuneración percibida por la actora fue la correspondiente al mes de abril de 2004, que alcanzó la suma de \$ 1.868.-, lo cierto es que la demandada no arbitró los medios conducentes para demostrar que en la liquidación de "otros conceptos" estaban incluidos rubros que eran abonados en forma normal y habitual, tal como genéricamente invoca en su presentación, ni se adjuntaron los correspondientes recibos de haberes que justifiquen como estaría conformado el salario de la Sra. Gómez. De tal modo, considero corresponde desechar también este ítem de la queja intentada.

VI) Respecto al rubro diferido a condena por "vacaciones no gozadas" si bien es cierto que en principio, las vacaciones no son compensables en dinero (arg.art.162 LCT) dado que el propósito del instituto es higiénico, el recurrente soslaya que, frente a la ruptura de la relación y la imposibilidad de gozar efectivamente de las mismas, se produce una excepción a tal régimen. En este supuesto, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización por vacaciones proporcionales no gozadas (arg.art.156 LCT). En consecuencia, propongo desestimar este punto de la queja intentada.

VII) Distinta suerte ha de seguir la queja articulada por la accionada respecto de la multa prevista en el art.2 de la ley 25.323.

Ello así porque la multa impuesta con base en el art.2 de la ley 25.323 deviene improcedente teniendo en cuenta que, en el caso, no se verifican los presupuestos fácticos que determinarían la procedencia de la misma atento que no surge de autos la intimación fehaciente exigida por la norma (cfr.textos de misivas cursadas por la actora frente al despido dispuesto por la demandada, donde sólo se evidencia un claro rechazo de las razones denunciadas). Por ello, propongo descontar de la liquidación practicada en grado, la suma de \$ 12.541,67.- por tal concepto, alcanzando, de este modo, el monto definitivo de condena la suma total de \$ 61.032,42.

VIII) En cuanto a la queja vertida en punto a la validez constitucional del art.16 de la ley 25.561 y de los decretos que prorrogaron su vigencia, cabe recordar que el análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y sólo es practicable, en consecuencia, como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, entendiéndose que por la gravedad de tales exámenes, debe estimárselos



como la 'última ratio' del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad así lo requiera (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos 260:153, entre otros). Así, para que procediera eventualmente una declaración de inconstitucionalidad, quien la articula tendría que demostrar que, con la aplicación de la norma cuestionada, sufre un grave perjuicio a sus derechos personalísimos, en particular, al derecho de propiedad.

En el caso, debe reconocerse la validez constitucional de las medidas contenidas en la ley 25.561 pues la misma, en su art.16 sólo limita la facultad rescisoria del empleador por medio de un aumento de la tarifa y no impide, lisa y llanamente, la posibilidad de despedir como argumentan los recurrentes. Y en orden a la validez constitucional de los decretos que prorrogaron su vigencia, cuestionados por la accionada, cabe formular similar reproche que el esbozado respecto del sostenido contra la ley 25.561.

Asimismo, cabe destacar que, a mi juicio, en el presente no se cumplen ninguno de los requisitos para admitir la inconstitucionalidad solicitada. En efecto, el planteo formulado en el responde (ver fs.139vta/149vta) y reiterado en el memorial (cf.fs.341/346vta.), carece de fundamentación suficiente y sólo exhibe una dogmática y genérica disconformidad con la norma, sin vincularlo debidamente con las garantías que se invocan conculcadas. Por los motivos expuestos, propongo mantener en este punto, lo decidido en Primera Instancia y desestimar la queja intentada.

I X) En punto a la tasa de interés aplicada en Primera Instancia, advierto que la misma resulta exacta atento que el Tribunal, conforme lo dispuesto en el Acta 2357 del 7 de mayo de 2002 y su resolución aclaratoria nro.8 del 30 de mayo de 2002 resolvió que, a partir del 1 de enero de 2002, corresponde aplicar la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, tal como fuera expuesto en el fallo de grado. Por ello, propicio confirmar también este aspecto del fallo apelado.

X) Con relación a la forma en que fueron impuestas las costas de grado, más allá de la modificación parcial que se propone, no encuentro mérito suficiente que me permita apartar del principio general que rige en la materia y que las impone a quien resulte objetivamente vencido, propongo mantenerlas a cargo de la accionada (arg.art.68 CPCC).

XI) De conformidad con el mérito y calidad de los trabajos realizados en grado, valor económico del juicio, rubros que resultaron procedentes, resultado final del pleito y facultades conferidas al Tribunal, estimo que los porcentajes fijados en grado a favor de los letrados intervinientes, así como los dispuestos al Sr. perito contador, aunque bien deben referirse al nuevo monto de condena, no resultan desproporcionados, por lo que propongo sean mantenidos (art. 38 LO y normas arancelarias de aplicación).

XII) Estimo que las costas de Alzada deberían imponerse por su orden, atento la naturaleza de las cuestiones debatidas y los vencimientos obtenidos por las partes (arg.art.68, 71 y cc. CPCC), a cuyo efecto propongo regular los honorarios de los Sres. letrados firmantes a fs.340/348 y fs.350/352 - 355/357 en el 25% y 25% respectivamente de lo que a cada uno de ellos les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art.38 LO y normas arancelarias de aplicación).

De compartirse mi voto, correspondería: a) Modificar parcialmente el fallo de grado y, en su mérito, reducir el monto de condena a la suma de \$ 61.032,42.-, con más los accesorios dispuestos en origen;; b) Fijar las costas de Alzada por su orden, atento la naturaleza de las cuestiones debatidas y los vencimientos obtenidos por las partes; c) Regular los honorarios de los Sres. letrados firmantes a fs.340/348 y fs.350/352 - 355/357 en el 25% y 25% respectivamente de lo que a cada uno de ellos les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa.

EL DR. PUPPO DIJO: Por análogos fundamentos adhiere al voto que antecede.

-----

## **FALLO COMPLETO**

***DESPIDO DISCRIMINATORIO. Actividad sindical del trabajador. PRUEBA. Valoración de los indicios. Principio de la carga dinámica de la prueba. Indemnización del art. 1 de la Ley 23592***

SD. 40251 CAUSA 20917/2005 - "Jimenez, Hugo Oscar c/Jockey Club s/despido" - CNTRAB - SALA VII - 05/07/2007

*"Si la acción que el trabajador ha de intentar se basa en la Ley 23.592, ya nos apartamos de la tarifa y el discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que nos remite directamente a los*

*parámetros del Código Civil, y dicha reparación será efectuada por el Juez sobre la base de los elementos que se aporten en el proceso (ver mi trabajo "La indemnización pura y simple ante el despido arbitrario y la indemnización por discriminación en la legislación a la que puede acceder el trabajador", publicado en Errepar - DLE - Nº 221-Enero/2004 - T XVIII)."*

*"Señalé también que, procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar; tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba."*

*"Ello no quiere decir que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere. (ver trabajo completo "La discriminación como forma de violencia y de agravio a la inherente dignidad humana", publicado en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, LexisNexis, enero/2007)."*

*"Y bien, a mi juicio existen en autos indicios de que el actor ha sido despedido en virtud de la actividad "gremial" que venía desempeñando. Así, los testigos han sido coincidentes y precisos al señalar que, en tanto en Jockey Club no había agremiación para el personal jerarquizado, el actor y otros compañeros decidieron conformar un sindicato que los nucleara y varios integrantes de la comisión, como el Sr. Jiménez, fueron despedidos a raíz de ello."*

*"Como consecuencia de la existencia de esos indicios corresponde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, denominado así por la doctrina procesal moderna."*

*"En el presente caso, la dificultad del tema en estudio hace que la demandada estuviera en mejor posición para demostrar que no hubo discriminación, a pesar de los indicios. Ella misma es quien debió demostrar que el despido del actor, no obedeció a su actividad sindical y no lo ha hecho."*

*"Más allá de la actividad del representante legal, con protección especial, todo trabajador tiene derecho a la defensa de sus derechos, a organizar su sindicatura que*

*lo nucleee con sus compañeros, etc. Por consecuencia, considero que el actor resulta acreedor de una reparación, con fundamento en el art. 1º de la ley 23.592, la que, teniendo en cuenta todos los elementos de juicio aportados en el proceso, estimo justo fijar en la suma de \$ 30.000."*

En la ciudad de Buenos Aires, a los 5 días del mes de julio de 2007, para dictar sentencia en los autos: "JIMENEZ, HUGO OSCAR C/ JOCKEY CLUB S/ DESPIDO" se procede a votar en el siguiente orden:

LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO:

I.- En este juicio se presenta el actor e inicia demanda contra JOCKEY CLUB en procura del cobro de unas sumas a las que se considera acreedor (fs. 5/17)). Señala que se desempeñó en relación de dependencia con la demandada, en las condiciones y con las características que explica;; describe las irregularidades e incumplimientos en que incurriera aquélla, lo que genera el intercambio telegráfico que detalla, hasta que resulta despedido. Entiende que tal decisión obedeció a una actitud discriminatoria por el cargo que ocupaba (Secretario de Finanzas y Administración dentro de la Asociación Gremial). Relata que la demandada le abonó como "liquidación final" un monto que resulta insuficiente, en virtud de haber tomado como base una remuneración incorrecta por lo que viene a reclamar las diferencias generadas en consecuencia y a las que se considera acreedor. También pretende el cobro de la indemnización agravada del art. 52 de la Ley 23.551 (17 meses de sueldo) o la indemnización de la Ley 23.592, y el incremento previsto en el art. 2 de la Ley 25.323. Finalmente plantea la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo con la reforma de la Ley 24.013.

A fs. 27/34vta. responde JOCKEY CLUB. Desconoce los hechos descriptos en la demanda en particular el cargo sindical y la tutela de la entidad por encontrarse sólo simplemente inscripta y pide, en definitiva, el rechazo del reclamo.

La sentencia de primera instancia obra a fs. 160/168. En ella, el "a-quo", luego de analizar los extremos fácticos y jurídicos de la causa, decide en sentido parcialmente favorable a las pretensiones del actor.

Dos son los recursos a analizar: de la parte actora (fs. 178/179vta.) y de la parte demandada (fs. 172/177vta.).

II.- El actor manifiesta disconformidad con lo resuelto en la primera instancia en cuanto al rechazo de la indemnización agravada prevista en el art. 52 de la Ley 23.551 (o en su caso el reclamo fundado en el art. 1 de la Ley 23.592).

En relación al tema creo oportuno realizar primero algunas consideraciones: el art. 48 de la Ley 23.551, brinda el amparo a quienes ocupen cargos electivos o representativos "...en asociaciones sindicales con personería gremial" y a los representantes gremiales elegidos de conformidad con lo dispuesto en el art. 41, norma que requiere precisamente, estar afiliado a la asociación profesional con personería gremial. Como ha quedado declarado en el fallo y el actor admite en el recurso, al momento de ser despedido, la Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club no contaba con personería gremial.

En otro orden de ideas el actor tampoco probó haber sido elegido en el cargo gremial pretendido, de acuerdo a las pautas previstas por la ley, como para pretender la protección que prevé el art. 48 de la misma. Por consecuencia, corresponde sin más confirmar el fallo en este punto.

III.- Siguiendo iguales argumentos, el Sr. Jiménez adujo en la demanda que su despido obedeció lisa y llanamente a una actitud discriminatoria por las tareas gremiales que realizaba, y de ello no tengo la menor duda. En relación a este tema, he tenido oportunidad de señalar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza la protección contra el despido arbitrario. En orden a ello, se ha elaborado una doctrina que quedó plasmada en la Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas, que dispone una reparación tarifada que se presume abarcativa de todos los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado la decisión rescisoria. La consecuencia del despido sin causa es la indemnización tarifada que conlleva una función reparatoria.

Pero el ordenamiento legal argentino también contempla indemnizaciones agravadas en razón de actos discriminatorios por los cuales están condicionadas y se elevan cuantitativamente sobre la indemnización pura y simple.

Tanto la indemnización pura y simple por despido arbitrario, como las agravadas previstas en el ordenamiento laboral son indemnizaciones tarifadas, donde se tiene en

cuenta el salario, la antigüedad y en su caso la existencia de la condición que radica en la presunción legal (despido por maternidad, por matrimonio, etc.).

No obstante, si la acción que el trabajador ha de intentar se basa en la Ley 23.592, ya nos apartamos de la tarifa y el discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que nos remite directamente a los parámetros del Código Civil, y dicha reparación será efectuada por el Juez sobre la base de los elementos que se aporten en el proceso (ver mi trabajo "La indemnización pura y simple ante el despido arbitrario y la indemnización por discriminación en la legislación a la que puede acceder el trabajador", publicado en Errepar - DLE - Nº 221- Enero/2004 - T XVIII).

Señalé también que, procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar; tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba.

Así, es un ejemplo de indicio que un trabajador que se ha opuesto a aceptar una orden injusta sea cambiado de tareas o despedido en un lapso de tiempo inmediato. Ello no quiere decir que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere. (ver trabajo completo "La discriminación como forma de violencia y de agravio a la inherente dignidad humana", publicado en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, LexisNexis, enero/2007).-

Y bien, a mi juicio existen en autos indicios de que el actor ha sido despedido en virtud de la actividad "gremial" que venía desempeñando. Así, los testigos Godoy (fs. 77/82); Galfano (fs. 84/86) y Barbieri (fs. 87/90) han sido coincidentes y precisos al señalar que, en tanto en Jockey Club no había agremiación para el personal jerarquizado, el actor y otros compañeros decidieron conformar un sindicato que los nucleara y varios integrantes de la comisión, como el Sr. Jiménez, fueron despedidos a raíz de ello.

Dice Hernando Devis Echandía en "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo 2, que la voz latina "indicium" es una derivación de "indicere" , que significa indicar, hacer

conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto, entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

En el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba, pero también la relación lógica que existe entre aquél hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante una operación mental del sujeto que lo valora, es decir el argumento probatorio que permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo. Precisamente se habla de *argumentum* o *signum* para referirse al indicio.

En virtud de ese argumento probatorio que suministra el hecho indicador, el juez infiere con mayor o menor seguridad, es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que investiga: esa inferencia se conoce como presunción judicial, que es diferente del argumento probatorio que le sirve de causa (ver obra citada, pág. 601).

Y bien, como consecuencia de la existencia de esos indicios antes indicados corresponde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, denominado así por la doctrina procesal moderna. Este principio se expresa a través de un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba, que hace desplazar el *onus probandi* del actor al demandado, o viceversa según el caso apartándose de las reglas usuales "para hacerlo recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (ver Sala VII, en "Barbe José María c/ Metrovías SA", sent. 36.961 del 17-09-03;; "Rybar, Héctor Hugo c/ Banco de la Nación Argentina", sent. 40.175 del 08-06-07).

En el presente caso, la dificultad del tema en estudio hace que la demandada estuviera en mejor posición para demostrar que no hubo discriminación, a pesar de los indicios. Ella misma es quien debió demostrar que el despido del actor, no obedeció a su actividad sindical y no lo ha hecho. Es más, en el propio telegrama disolutorio indicó que lo despedía sin causa (v. telegrama en sobre de prueba acompañado con la demanda). Es decir, la demandada no logró demostrar que no discriminó al actor.

Por otra parte es bueno recordar que más allá de la actividad del representante legal, con protección especial, todo trabajador tiene derecho a la defensa de sus derechos, a organizar su sindicatura que lo nucleee con sus compañeros, etc. Por consecuencia, considero que el actor resulta acreedor de una reparación, con fundamento en el art. 1º de la ley 23.592, la que, teniendo en cuenta todos los elementos de juicio aportados en el proceso, estimo justo fijar en la suma de \$ 30.000.- y así lo voto.

III.- En primer término la demandada se agravia de que en el fallo se haya dispuesto la aplicación del tope previsto por Decreto MTE y SS 384/04, atento que al momento del despido del actor (el 22-05-04) aún no se encontraba vigente (fue publicado en el Boletín Oficial el día 3 de junio de 2004).

No encuentro razones para apartarme de lo dispuesto en la primera instancia. En efecto, en primer lugar señalo que tal argumento no ha sido introducido en el momento procesal oportuno, es decir al responder demanda, pues en dicha ocasión la reclamada sólo se limitó a afirmar que el monto indemnizatorio abonado al actor resultó adecuado así como también el tope aplicado (v. fs. 32).

No obstante ello, deseo señalar lo siguiente: el mencionado decreto, en su art. 1º expresamente reza: "Establécese que los topes indemnizatorios... que no hubiesen sido reajustados en virtud de lo establecido por el Decreto de Urgencia Nº 392 de fecha 10 de julio de 2003, quedarán determinados conforme se detalla en el ANEXO que forma parte integrante de la presente..." Luego, en dicho anexo se establece el aumento de los topes mes a mes, indicando en el mes de abril de 2004, que el tope vigente al mes de julio de 2003 es de \$ 672.

Desde esta perspectiva, no quedan dudas de que el tope vigente al momento del despido del actor (22-05-04) era el que se estableció en el fallo (\$ 1.873,17.- + \$ 672.- = \$ 2.545,17.- ). En consecuencia, propongo la confirmación del fallo en este punto también.

IV.- La demandada también se agravia de que se le haya condenado al pago del reintegro del débito bancario que se le efectuó al actor por una suma de \$ 1.634. Más allá de que le asista o no razón en su planteo, lo cierto es que este es un tema que no ha sido introducido por la apelante en el momento procesal oportuno, de modo que no



integró la controversia. En tales condiciones, corresponde la confirmatoria del fallo en este segmento.

V.- En razón de todo lo que he dejado analizado y expresado, el monto total de la condena ascenderá a la suma de \$ 92.171,21.- más los intereses que se indican en el fallo que no llegan cuestionados.

VI.- No encuentro razones para apartarme de lo resuelto en la primera instancia en materia de costas, las que han sido declaradas a cargo de la demandada en aplicación del principio objetivo de la derrota contenido en el art. 68 del Código Procesal. Propicio que las costas de alzada también se declaren a cargo de la demandada, y se regulen honorarios a su representación letrada y a la de la actora en el 25% y 35%, respectivamente, de los determinados para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores).

EL DOCTOR NÉSTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO DIJO:

Por compartir sus fundamentos adhiero al voto que antecede.

EL DOCTOR JUAN ANDRÉS RUÍZ DÍAZ: No vota (art. 125 de la Ley 18.345)

-----

## **SUMARIO.**

### ***DESPIDO. ACTO DISCRIMINATORIO. PERÍODO DE PRUEBA. COMUNICACIÓN DE EMBARAZO. GARANTÍA ESPECIAL EN FUNCIÓN DEL ESTADO DE GRAVIDEZ***

*El período de prueba no es un contrato en sí mismo, sino la fase inicial de la facultad que se le reconoce al empleador de extinguir dicho vínculo sin que tal decisión derive de la asunción de responsabilidad indemnizatoria. Empero, en el caso, al comunicar el embarazo, la trabajadora adquirió, "ex postfacto" una garantía especial, ello, en función de su estado. Y aún admitiendo, como lo hace buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, que no regiría la presunción del art. 178 de la L.C.T., hubo contemporaneidad entre la comunicación de la trabajadora sobre su estado al dador de trabajo y el inmediato despido dispuesto, por lo que cabe inferir que la ruptura dispuesta tuvo directa vinculación con la comunicación del embarazo, lo que conlleva a ver en ello, un acto discriminatorio (del voto del Dr. Catardo, en minoría).*

CNAT. Sala VIII, 29/06/2007, "Jimenez, Julieta María c/ Marcelo H. Pena S.A. s/ despido". (C.-M.-L). Expte. N° 5862/65. S.D. 34217. BJC NAT N° 270  
(Citar : WebRubinzal bola 08-2007 2.2.23.r1)

-----

## **SUMARIO.**

**DESPIDO. ACTO DISCRIMINATORIO. CHOFER DE FLOTA PESADA QUE INTEGRA EL PLANTEL DEL BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. DEDICACIÓN FULL TIME. FALTA DE PAGO DE PLUS ADICIONAL**

La accionada que no ha podido demostrar que la diferenciación establecida entre el actor y el resto de los choferes en cuanto a la forma de retribuir el trabajo extraordinario cumplido obedezca a causas objetivas o justificadas, deberá responder ante el reclamante. El argumento de que el actor no percibió el adicional por no estar en la planta a la época de haberse instituido el plus adicional no permite solucionar tal inequidad, pues otros choferes que ingresaron con posterioridad bastante a la puesta en marcha del adicional, igualmente por resolución correspondiente se los incluyó en el régimen mencionado. En el caso resulta aplicable lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Fernández Estrella c/Sanatorio Güemes S.A." el 23/8/88: "El tratamiento diferenciado para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de una pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus circunstancias y quien se exceptiona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, deberá acreditar tales afirmaciones". (El actor integraba la planta permanente de choferes del Banco Central de la República Argentina).

CNAT. Sala V, 29/08/2007, "Bignone Ruben Darío c/Banco Central de la República Argentina s/diferencia de salarios". (S.-Z.). Expte. N° 23.840/02. S.D. 69.961. BJC NAT N° 272

Citar : WebRubinzal bola 10-2007 2.2.17.r1

---

-

**SUMARIO.**

***DESPIDO. ACTO DISCRIMINATORIO. TÉCNICO DE VUELO. DENEGATORIA DE RENOVACIÓN DE LICENCIA. INTIMACIÓN A INICIAR LOS TRÁMITES JUBILATORIOS. PRESCINDENCIA DE LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD POR EJERCICIO DE CARGO GREMIAL***

Toda vez que la empleadora negara al actor, técnico de vuelo, el entrenamiento en el simulador de vuelo ante el vencimiento de su licencia alegando que contaba con cincuenta y nueve años y que por encontrarse pronto a su jubilación los costos de dicho entrenamiento serían estériles, y dejando de lado su carácter de delegado gremial lo intimó a que iniciara los trámites jubilatorios en los términos del art. 252 de la LCT, estamos en presencia de actos discriminatorios, ilícitos, hostiles e injuriantes (ley 23.592 y art. 1072 del Código Civil). En el caso, tenemos una doble discriminación: por edad y por ejercicio de la actividad gremial, ya que el último supuesto el art. 252 no le puede ser aplicado.

CNAT. Sala VII, 09/08/2007, "Méndez, Raúl Emilio c/Aerolíneas Argentinas S.A. s/despido". (F.-RB.). Expte. N° 16.373/2005. S.D. 40.306. BJC NAT N° 272

Citar : WebRubinzaI bola 10-2007 2.2.18.r1

---