

## Cargas Dinamicas De La Prueba Despido Discriminatorio

### JURISPRUDENCIA

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 29

días del mes de abril de 2013, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden: EL DOCTOR LUIS ALBERTO CATARDO DIJO: I.- La demandada apela la sentencia de primera instancia que admitió las pretensiones expuestas en la demanda. La representación letrada de la parte actora postula la revisión de sus honorarios por estimarlos reducidos y, los de la parte demandada por altos. II.- El pretensor fue despedido con fundamento en el artículo 212, segundo párrafo, de la L.C.T., medida que rechazó por tratarse de un acto discriminatorio por su condición de activista gremial. Demandó la declaración de nulidad del despido, la reinstalación en su lugar de trabajo, el pago de salarios caídos y el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos, en los términos de los artículos 43 de la CN, 1° de la Ley 23.592, Ley 23.551, doctrina y jurisprudencia que cita, pretensiones que fueron recepcionadas por la señora Jueza "a quo". Tal decisión motiva los agravios de la demandada a tenor de la pieza recursiva de fs. 411/434. Para así resolver la sentenciante, con remisión a los testimonios que citó, y con el argumento de que no obra constancia en la causa que pruebe que el actor fue notificado de la decisión de la empleadora de rescindir el contrato de trabajo con anterioridad al envío por su parte del telegrama del 24.11. 2011 -reconocido a fs. 202 - mediante el cual notificara su voluntad de presentarse como candidato al cargo de delegado de su sector en las próximas elecciones que debía convocar el sindicato, formó su convicción, conforme a dichos elementos indiciarios, de que el despido portaba una motivación discriminatoria por la actividad gremial desplegada por Cisneros. Frente a dicho cuadro, colocó en cabeza de la demandada la tarea de acreditar que el despido no fue producto de un acto de discriminación. La Jueza a quo sostuvo que dicha circunstancia no logró probarla. En efecto, la empleadora en el acto de denuncia argumentó que el actor padecía una disminución definitiva de su capacidad laborativa por su enfermedad de carácter inculpable, extremo configurado por el servicio médico de la demandada que declaró dicha incapacidad y determinó que el actor no se encontraba en condiciones físicas de realizar las tareas que venía desempeñando (ver carta documento de fs. 156). Dicho diagnóstico fue descartado por la sentenciante ya que, adhirió a las conclusiones del perito médico, quien dictaminara que el actor está en condiciones de realizar sus tareas habituales y, que no presenta incapacidad ( fs. 347/351). Agregó, que aún en la hipótesis de admitir la postura de la demandada, esta tampoco acreditó que carecía de vacantes para otorgar a Cisneros tareas compatibles con su aptitud física sin disminución de su remuneración. En definitiva, concluyó que el despido del actor careció de justa causa, pues, la empleadora pretendió fundarlo con los alcances del artículo 212, segundo párrafo, de la L.C.T., cuyos presupuestos no fueron acreditados. Por ello, dicho acto obedeció a una motivación antisindical y, por ende, discriminatoria, sustentada en la condición de "activista sindical" del actor y, en su intención de postularse al cargo de delegado gremial. Por lo expuesto, decretó la nulidad del despido, la reinstalación de Cisneros en el mismo puesto de trabajo (respetando la antigüedad, remuneración y categoría), bajo apercibimiento de multa. Asimismo, condenó a la demandada a resarcir los daños y perjuicios derivados del acto antijurídico, en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del despido - 01.12.2011 - hasta la efectiva fecha de reincorporación y, estimó en \$ ... la reparación por el agravio moral sufrido por el actor. De comienzo, anticipo que, comparto el proceso de evaluación adoptado por la Jueza a quo, conforme las constancias que surgen de la causa, los fundamentos y las conclusiones que de ellos extrajo, para decidir como lo hizo (artículos 377, 386 C.P.C.C.N.). Sentado lo anterior, esta Sala se ha expedido en autos Cáceres Orlando c. Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s. Juicio Sumarísimo (sentencia 34.673 del 30.11.07), donde adherí al voto preopinante de la Doctora Gabriela A. Vázquez, en el sentido que en estas controversias, no puede soslayarse la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de prueba compartida, como expresión del deber de cooperación y buena fe procesales y, en tal contexto, asignar el "onus probandi" a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de probar un hecho (Conf. Peyrano, Jorge W., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas", LL, 1991-B, pág.1034), es decir, como lo ha dicho la Corte Suprema, hacer "recaer en quien se halla en mejor situación de aportar elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo" (Fallos 324:2689). Ello no se contradice con lo establecido en el artículo 377 del C.P.C.C.N., tal como la jurisprudencia de todo el país lo ha aceptado y receptado en códigos procesales locales (artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa de 1998. Véase acerca de esta norma, el comentario de José Pablo Descalzi en "Prueba", obra dirigida por Augusto Morello, Ed. La Ley, Bs. As. 2007, pág.23/35). Comparto también en este sentido lo sostenido al respecto por la Sala V de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en autos Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A" (Fallo en extenso: el Dial - AA 359 C)-sentencia del 14.6.2006 LL, 2006-D.217), en cuanto a que basta que el trabajador proporcione un cuadro indiciario que permita la sospecha del

acto discriminatorio para que se desplace hacia el empleador la carga de acreditar que su actuación obedeció a causas absolutamente extrañas a la vulneración de los derechos fundamentales ofendidos. En el caso, no me parece irrazonable tener por acreditado que el despido del actor, se motivó en sus actividades gremiales. Y este extremo no puede ser modificado por el hecho de que no revestía la calidad de delegado sindical o postulante a ese cargo. También es importante destacar, los fundamentos expuestos en el dictamen de fs. 464/468, que se comparten, y forman parte de este pronunciamiento. Al respecto el señor Fiscal dijo: "...a mi modo de ver, en el sub íudice el demandante acompañó elementos de juicio idóneos que permite inducir que el trato diferente que le imputa a la empleadora presentó indicios o "humo de discriminación". En efecto, los testimonios brindados por A. (fs. 276/279), V. (fs. 283/285), A. (fs. 302/304), S. (fs. 308/309) y B. (fs. 353/354) cuyas declaraciones - transcriptas en lo principal por la Sra. Juez a quo en su sentencia- se exhiben contestes y concordantes entre sí y coherentes con los hechos expuestos por el actor en el inicio, presentan suficiente convicción acerca de la participación individual y colectiva desplegada por Cisneros (conf. artículos 377 y 386 C.P.C.C.N.)." No se soslaya la impugnación que, sobre la valoración de aquéllos efectuó la demandada en la etapa procesal oportuna, respecto de las que se insiste en el memorial bajo examen, pero, pese al esfuerzo dialéctico del recurrente, los argumentos aquí esgrimidos no poseen entidad suficiente para conmovir los expuestos por la Judicante al evaluar dicha prueba (conf. Doct. artículo 265 del C.P.C.C.N.). En dicho marco, resulta llamativa, la ruptura del contrato de trabajo dispuesta por el demandado, con fundamento en lo normado en el artículo 212 2do. párrafo de la L.C.T., luego de que el trabajador le comunicara su intención de presentarse como candidato a Delegado del sector donde se desempeñaba (conf. C.D. del 24.11.2011 y C.D. del 01.12.2011, respectivamente, ver fs. 239, 241 y 157). Máxime cuando, del informe emitido por el Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino - inobservado por las partes- surge que "...la fecha de vencimiento de los mandatos de los delegados de personal de Bridgestone fue el 02.12.2011 y se prorrogó por el término de 180 días.." (ver punto 5 y sigs. de fs. 335), de modo que las intenciones esgrimidas por el trabajador-contrariamente a lo sostenido por el quejoso se exhibían contemporáneas al tiempo en el que habrían de llevarse adelante las correspondientes elecciones (ver asimismo, candidatos correspondientes a la Lista Marrón a fs. 334 aunque al tiempo de su comunicación Cisneros no pertenecía más a la empresa (ver fs. 158 y 159)." Tampoco obran constancias en autos, acerca de lo argumentado por la demandada -tal como lo expone en la mencionada carta documento del 01.12.2011- en orden a que la comunicación del despido constituía la reiteración de una comunicación anterior que habría tenido lugar con antelación a la carta cursada por el actor el día 24.11.2011, que desembocara en el despido dispuesto por la empleadora. En efecto, se advierte que no sólo no se especificó la fecha en la que ello habría ocurrido, sino que, de los términos de dicha misiva, fácil es concluir que es en dicha oportunidad y no otra, en la que la demandada pone fin al vínculo mantenido con el actor, y así lo expresó "...procedemos a la disolución del contrato..." (ver la citada C.D. in fine)". Por lo demás, el obrar de la propia empleadora abona la tesis que dejo aquí expuesta, favorable a la del accionante. Digo ello, porque con sustento en el estado de salud que padecía el actor - como consecuencia de un episodio ocurrido el 25.10.2011-. aquélla le asignó tareas livianas y, luego, con fecha 25.10.2011 le confirió una licencia con goce de haberes a la que, en la misiva de ruptura, calificó de "excepcional", por "...indisponibilidad de servicios en TAP..." (ver C.D. de fs. 156). Sin embargo, de los términos de la carta documento de fs. 155, en la que se le notificó dicha licencia, la empleadora no invocó fundamento alguno, no la calificó, de manera excepcional y, mucho menos, especificó su duración. Argumentos éstos que sólo aparecen con la comunicación del distracto, a poco más de un mes de la referida licencia y que, en el marco fáctico expuesto, aparecen para justificar y vincular la ruptura dispuesta a la invocada incapacidad laborativa del actor".

Finalmente, y tal como se concluyó en la anterior instancia, la pericia médica que se halla glosada a fs. 347/352 -elaborada sobre la base de los estudios médicos obrantes en autos (ver, en particular, resolución de fs. 265, consentida en dicho estadio procesal por la parte demandada conf. constancia notficatoria de fs. 346)-ilustra que el actor presentó "...una lumbalgia post esfuerzo que representó una baja laboral...Actualmente se halla sin incapacidad laboral...en condiciones de realizar sus tareas habituales..." (ver fs. 351). Sobre el particular, observo que no cabe atender la pretendida apelación articulada por el demandado en relación a la producción de la prueba, porque lo resuelto al respecto en la anterior instancia, de conformidad con lo normado en el artículo 498 del C.P.C.C.N., es inapelable. Por lo demás, tampoco cabe considerar la crítica esgrimida en esta instancia dirigida a cuestionar las conclusiones a las que arribó el Perito Médico porque constituyen una reiteración de las esbozadas en grado y que fueran fundadamente desestimadas por la Sra. Juez a quo (ver, fs. 394/394 vta.), y el interesado, en definitiva, no explica -concretamente- ante esta Alzada, por qué lo allí concluido en torno a la valoración que efectuó respecto de la pericia médica luce equivocado, o no se ajusta a derecho, circunstancia que- como adelanté- signa la suerte adversa de tal segmento del recurso (ver en particular, fs. 394/394 vta. del fallo de grado; conf. doct. artículo 265 del C.P.C.C.N.). En síntesis, y de acuerdo con los extremos puestos de resalto precedentemente, soy de la opinión que, los elementos obrantes en la causa resultan idóneos para deducir que el actor fue víctima de una discriminación prohibida..." Toda esta plataforma fáctica y probatoria permite inferir la existencia de indicios suficientes, precisos y concordantes (artículo 163 C.P.C.C.N.) que conllevan a presumir que el despido del actor se sustentó en su

intento de participar activamente en el plano gremial, cobrando operatividad la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas y en su marco, es dable afirmar que la demandada debió acreditar que el despido directo se debió a las motivaciones que esgrimiera. Nada probó sobre este aspecto fáctico y está claro que era ella quien habría podido, acercar pautas de convicción que permitieran dar crédito a sus afirmaciones que invocó para despedir. Dicha orfandad probatoria impide revertir la presunción de despido discriminatorio por motivos gremiales. ( ver en similar sentido sentencia 36.637 del 06.11.2009, en Verón, Julio Héctor c. Spicer Ejes Pesados S.A. s. Acción de Amparo, sentencia 36.847 del 11.02.2010 en Oviedo, Eduardo Fabián c. Cencosud S.A. s. Juicio Sumarísimo, del registro de esta Sala). En dicho marco de análisis, asiste razón al actor para requerir la declaración de nulidad del despido, por objeto prohibido, su reinstalación en el puesto de trabajo, el pago de los salarios caídos y la reparación de los daños y perjuicios causados (artículos 953, 1044, 1050 y 1056 Código Civil). Su reclamo se enmarca en las previsiones de la ley 23.592 cuyo artículo 1° establece: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos". Como fuera expuesto en el citado fallo "Cáceres", a cuyos extensos y elaborados fundamentos me remito en obsequio a la brevedad, la aplicación de las previsiones de la ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios al universo de las relaciones laborales ha sido admitida por numerosas de las salas que conforman este tribunal en casos atinentes a actos discriminatorios por motivos de índole gremial o sindical, (CNAT, sala IX, 29-10-2007, "Novile, Martín Olivo c. Frávega S.A.", LL Online; sala VI, "Méndez, Héctor Horacio c. Carrefour Argentina S.A." 6-9-2007; sala VII, "Ríos, Víctor Daniel c. Massalín Particulares S.A." 6-9-2007; sala V, 21-12-2006, "Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A.", LL, 2007-C, 390; sala IX, "Greppi, Laura K. c. Telefónica de Argentina S.A.", LL, 2005-F, 175; TySS 2005, 884; sala VI, 10-3-2004, "Balaguer, Catalina T. c. Pepsico de Argentina SRL", LL, 2004-C, 951; DT 2004, junio, Pág. 775, TySS, 2004, Pág. 689) y es también la opinión postulada por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, bien que probada de manera categórica la específica antijuridicidad (Dictamen N° 25.980 del 12-11-98, en autos "Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino c/ Automóvil Club Argentino", Expediente N° 35.823/96 del registro de la sala II; Dictamen N° 40.702 del 28-7-05 en autos "Castillo Agustín Ignacio c/ Bachino S. R. L. s/ Acción de Amparo", y Dictamen N° 44.043 del 15-5-2007, en autos "Álvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de Amparo"). A mayor abundamiento, deseo dejar sentado algunas consideraciones que ya expuse como Juez a cargo del Juzgado N° 54 en autos "Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino v. Automóvil Club Argentino" (sentencia del 24.02.98, sobre los alcances del término "discriminación". En su ponencia oficial al XV Congreso Mundial del Trabajo y la Seguridad Social convocada por la Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Septiembre de 1997, el Profesor Tadeusz Zielinski (Discriminación en el Empleo" Varsovia, 29 de abril de 1997) expresa que no existe acuerdo respecto de la definición del término "discriminación" y que prueba de ello son las grandes discrepancias sobre el significado del término en los informes a nivel nacional. De acuerdo con lo que solía ser una concepción común aunque muy simplificada, la discriminación es simplemente un trato desigual de la gente. En otras palabras, esto implica que la igualdad es un sinónimo de la "no-discriminación". La falta de exactitud de semejante interpretación del término "discriminación" se destaca, por ejemplo, en el informe francés presentado por Mme. Helene Masse-Dessen. El principio de igualdad, explica el profesor Zielinski, supone que los individuos que se encuentran en la misma situación de un aspecto específico (debido a un determinado criterio) deberían ser tratados de la misma manera, sin ninguna diferencia. La igualdad absoluta en el trato de la gente no siempre significa "no-discriminación". Por el contrario, en ciertas circunstancias, el trato igualitario puede ser un síntoma de real discriminación. Este punto de vista fue expresado en una opinión vertida por la Corte Internacional Permanente de Justicia de La Haya (respecto del caso de "Escuelas para Minorías de Albania", 1935, Corte Internacional Permanente de Justicia. Conforme la terminología latina, la palabra "discriminación" tiene el siguiente significado, que es el que puede encontrar en diccionarios y enciclopedias de diferentes países: "situación desfavorable o persecución de individuos o grupos sociales sobre la base de su condición racial, étnica o religiosa, nacionalidad, sexo u origen social. Con este criterio general, la discriminación no es "eo ipso" cualquier tratamiento desigual de cualquier individuo o grupo en comparación con otros, sino es la clase de tratamiento perjudicial o injustificado, de acuerdo con los principios de igualdad común o grupal. Por otra parte, la no-discriminación no es equivalente a la igualdad total ante la Ley, sino a la igualdad que se confiere a todo aquel que reúne los requisitos que cumplen otros en una misma situación. Y corresponde recordar al respecto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en su Art. 7 expresa un principio general de igualdad de todas las personas ante la ley "sin diferencia alguna". De acuerdo con esta disposición "todos tienen el derecho a la misma protección frente a

cualquier clase discriminación que se realice en violación de la Declaración y ante el riesgo de sufrir dicha discriminación. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 estableció una fórmula amplia de no-discriminación. El artículo 26 del Pacto establece que "todos tienen derecho sin diferencia alguna a igual protección ante la ley y que cualquier clase de discriminación en este sentido estará prohibida por la Ley y que la Ley garantizará que todos gocen de igual y eficiente protección contra la discriminación fundada en diferencias de raza, color, sexo, lengua, religión, ideología política y otras, nacionalidad, origen social, situación financiera, de nacimiento o de otro tipo". También pueden encontrarse indicaciones más detalladas referentes al tema en el Art. 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Diciembre de 1966. Uno de los derechos sociales previstos en el Pacto es el "derecho de trabajar" (Art. 6°) y "el derecho de gozar de condiciones laborales justas y adecuadas, que incluyen iguales oportunidades de promoción en el trabajo fundada sólo en los años de servicios e idoneidad" (Art. 7°). Y entre el grupo de pactos internacionales que nos facilitan la comprensión del concepto de no-discriminación, debe hacerse referencia al Protocolo de la Carta Orgánica Social Europea de 1961 que especifica "el alcance del derecho a acceder a iguales facilidades y recibir igual trato en el empleo y el trabajo, sin discriminación de sexo". Pero el contexto normativo más importante que establece los criterios de la no-discriminación es el Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, en lo que concierne a la discriminación en el empleo y en el ejercicio de la profesión. Estas normas son vinculantes en forma directa para los Estados que como nosotros ratificaron el Convenio. De acuerdo a la definición mencionada en el Art. 1.1. de la Convención, la discriminación en el empleo significa "cualquier diferenciación, exclusión o preferencia sobre la base de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, extracción social o nacionalidad, que tenga por resultado la eliminación o violación de oportunidades o trato igualitario con relación al empleo o en el ejercicio de la profesión". La razón es que la discriminación también incluye "cualquier otra diferenciación, exclusión o preferencia que tenga por resultado la violación o frustración de iguales oportunidades o trato respecto del empleo o del ejercicio de la profesión". Se desprende, entonces, de las normas internacionales citadas que la discriminación no es simplemente "diferenciación", es decir, la condición diferente de una persona o grupo con relación a otros, sino una diferenciación arbitraria sin justificación alguna, basada en la permanencia a un grupo social o categoría específica. Y es por ello que la diferenciación sobre la base de méritos personales, habilidades profesionales y aptitudes no constituye un acto de discriminación. Y lo que es realmente significativo para evaluar en el caso que nos convoca, si ciertas prácticas pueden ser consideradas "discriminatorias", no es el elemento de diferenciación injustificada en sí, sino también la interpretación subjetiva de que dicha diferenciación es perjudicial. En el caso, el actor alegó que lo despidieron, en síntesis, por ejercer actos gremiales, hecho respecto del cual la empresa tenía conocimiento, y como se expusiera *ut supra*, el despido invocado con fundamento en el artículo 212, segunda parte, LCT, el cual no se acreditó, encubría verdaderas motivaciones discriminatorias de naturaleza gremial como lo denunció el actor en su escrito de inicio. Por todo lo expuesto, cabe concluir que el hecho de que una decisión judicial disponga la reinstalación de un trabajador a su puesto, por haber decretado la nulidad de un despido calificado de discriminatorio por motivos gremiales, en el marco de la Ley 23.592 y de la normativa civil no coalisiona con la regla de la estabilidad relativa, es decir, dicha decisión no implica que el actor no pueda ser despedido sin causa o que se confiera a la relación de trabajo el carácter de estabilidad absoluta, sólo se pretende impedir la ilicitud de la conducta del empleador exteriorizada en el acto de denuncia, en el marco de las normas jurídicas analizadas. Por todo lo expuesto, cabe confirmar la nulidad del despido, la reinstalación de Cisneros en el puesto de trabajo, bajo apercibimiento de multa y, la condena a la demandada a resarcir los daños y perjuicios derivados del acto antijurídico, conforme a lo establecido en el decisorio de grado y, la reparación por el daño moral sufrido por el actor; al respecto, cabe señalar que la accionada no ofrece otros argumentos, fundados en parámetros de determinación que deban ser preferidos a los utilizados por Jueza a quo. (artículos 1° de la Ley 23.592, 1056 Código Civil, 165, 386 C.P.C.C.N.).

III.- Los honorarios regulados a la representación letrada de la parte actora lucen razonables conforme a las reglas de la legislación arancelaria y no deben ser objeto de corrección. De conformidad al resultado del litigio, carece de interés jurídico para cuestionar los honorarios fijados a la representación letrada de la parte demandada. IV.- Por las razones expuestas, oído que fue el Fiscal General, citas legales y argumentos propios de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos, propongo se la confirme en todo lo que fue materia de agravios; se impongan las costas de alzada a la demandada; y se regulen los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ...% de los que, respectivamente, les fueron regulados en origen (artículo 68 C.P.C.C.N., 14 de la Ley 21839). EL DOCTOR VÍCTOR A. PESINO DIJO: Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede. Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fue materia de agravios; II) Imponer a la demandada las costas de alzada; III) Regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ...% de los que, respectivamente, les fueron regulados en origen. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.- Luis Alberto Catardo Juez de Cámara Víctor A. Pesino Juez de Cámara Ante mí: Alicia E. Meseri Secretaria Correlaciones: Ley 23592 ? BO: 05/11/1998 Pellicori, Liliana Silvia

c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo - Corte Sup. Just. Nac. ? 15/11/2011

Cita digital: