

## Conflictos Colectivos De Trabajo Discriminacion Tutela Sindical Postulacion Delegado Gremial Prueba

### JURISPRUDENCIA

Conflictos colectivos de trabajo. Discriminación. Tutela sindical.

Postulación. Delegado gremial. Prueba Se revoca la sentencia que había ordenado la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo debido a un presunta discriminación laboral al postularse como delegado gremial, puesto que, a criterio de la sala interviniente, no todo despido arbitrario implica un acto discriminatorio, por lo que, no acreditada la discriminación, corresponde al empleador pagar solo la indemnización legal debida por el despido. Buenos Aires, 08 de septiembre de 2015. El Dr. ENRIQUE R. BRANDOLINO dijo: Luego de reseñar las probanzas arrimadas a la causa, la Sra. Juez ?a-quo? concluyó, en definitiva, que los testimonios rendidos a instancia del actor resultan ilustrativos de los hechos en cuanto a modo, tiempo y lugar de los hechos denunciados en la demanda, lo cual sumado a los restantes elementos muestran que Balmaceda intentó válidamente postularse como delegado gremial con pleno conocimiento de su empleadora y que su despido (sin invocación de causa) no sólo fue en represalia por sus intentos de ejercer sus derechos sindicales, sino incluso como un acto de muestra como ejemplo para que sus compañeros de trabajo, en lo sucesivo, no intentaran ejercer sus derechos sindicales. Consecuentemente, la ?sub júdice, calificó el despido del accionante como una violación a las garantías sindicales en el marco de los arts. 47 de la ley 23.551 y 1 de la ley 23.592, y declaró su nulidad, disponiendo la reincorporación del accionante, con más el pago de los salarios caídos y la suma de \$ .... Contra tal decisión recurre la demandada a tenor del memorial de fs. 147/52, debidamente contestado por su contraparte a fs. 164/82.

Se queja la recurrente, en síntesis, por lo que entiende una incorrecta valoración de la prueba rendida, por la ausencia de toda condición gremial del actor y de acto que evidencie un comportamiento discriminatorio a su respecto, y porque no se consideró en grado la percepción, por parte del accionante, de la indemnización por despido, cuya devolución no fue ofrecida. A todo evento, requiere su deducción y cuestiona la inclusión, en la condena, de una suma en concepto de daños y perjuicios que no fue requerida ni se explicó en qué habrían consistido. Aprecio conveniente, dada la índole de la cuestión en debate y la multiplicidad de citas doctrinarias y jurisprudenciales que se han expuesto en estas actuaciones y se reiteran, aún con mayor extensión, en controversias donde está (o se supone) en tela de juicio la libertad sindical y actos que se califican o reprochan como discriminatorios por violatorios de dicha garantía constitucional, señalar -aunque aparezca sobreabundante- que dispone el art. 1 de la ley 23.592 que ?Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas 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 ocasionado. 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?, y en cuanto a la aplicación de tales previsiones al universo de las relaciones laborales, en particular de orden gremial o sindical, cabe mencionar como precedentes jurisprudenciales, entre otros: C.N.A.T., Sala IX, del 29/10/07, ?Novile, Martín O. c. Fravega S.A.?; Sala VI, del 6/9/07, ?Méndez, Héctor H. c. Carrefour Argentina S.A.?; Sala VII, del 6/9/07, ?Ríos, Víctor D. c. Massalin Particulares S.A.?; Sala II, del 25/6/07, ?Alvarez, Maximiliano y ots. c. Cencosud S.A.?, La Ley, 23/8/07; Sala V, del 21/12/06, ?Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A.?; Sala IX, ?Greppi, Laura K. c. Telefónica de Argentina S.A.?, LL, 2005-F, 175; Sala VI, del 10/3/04, ?Balaguer, Catalina T. c. Pepsico de Argentina S.R.L.?, LL, 2004-C, 951; DT 2004, junio, pág. 775, TySS, 2004, pág. 689; Dictamen del Fiscal General ante la C.N.A.T. N° 25.980 del 12/11/98, en autos ?Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino c. Automóvil Club Argentino?, Exp. N° 35.823/96 del registro de la Sala II; Dictamen N° 40.702, del 28/7/05, en autos ?Castillo, Agustín I. c. Bachino S.R.L. s. Acción de Amparo? y Dictamen N° 44.403, del 15/5/07, en autos ?Alvarez, Maximiliano y ots. c. Cencosud S.A. s. Acción de Amparo?. Es cierto que, desde la sistemática de las fuentes, la norma de derecho común no puede aplicarse al derecho del trabajo cuando éste contiene una preceptiva que legisla la misma situación jurídica, es decir, cuando no hay ausencia de previsión legal en la disciplina especial. Y no la hay, por lo menos actualmente después de la derogación del art. 11 de la ley 25.013 (conf. art. 41, ley 25.877), con la norma antes transcripta, porque la legislación laboral no prevé de modo expreso las consecuencias aplicables a los despidos discriminatorios por motivos gremiales ajenos a la representación sindical prevista por la ley 23.551 (sólo prohíbe la discriminación -conf. arts. 17 y 81 L.C.T. to-), y porque el cese del acto discriminatorio sindical, en esas condiciones (nulidad del despido), no se contraponen con los principios del derecho del trabajo, ni aparece en pugna o incompatible la reincorporación del dependiente a la empresa, en situaciones como la presente, en que la empleadora es una sociedad comercial con un número importante de trabajadores y no una persona física, donde el espacio de

convivencia puede verse seriamente dificultado. La decisión patronal de despedir sin causa o de modo injustificado, o si se quiere, la ruptura del compromiso de dar ocupación efectiva hasta que el trabajador esté en condiciones de obtener la jubilación (conf. arts. 10, 90, 252 y conc. L.C.T. to), constituye un ilícito contractual (Justo López, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", t. II, pág. 1.566), por lo que no puede conceptualizarse como un derecho, aún en un régimen de estabilidad relativa como el adoptado por la Ley de Contrato de Trabajo, acudiendo a la facultad o derecho de no contratar (contracara de la cuestión) cuando es ejercido con fines discriminatorios. Ninguna garantía constitucional puede ser invocada para neutralizar otra de igual o superior relevancia, y así la garantía que exige el desarrollo de la libre empresa, la promoción de la industria, el ejercicio del comercio, la productividad de la economía nacional y el progreso económico que, vale la pena recordarlo, deben llevarse adelante con "justicia social" (conf. arts. 14, 75 inc. 18, 19 y conc. Constitución Nacional), no están por encima de la dignidad de las personas, que está ínsita en la ley 23.592. Cabe recordar, en abono de lo que vengo diciendo, que en el caso "Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo S.A.", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala H, 16/12/02), sostuvo que si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución no son absolutos, sino que están sujetos a leyes que lo reglamentan. A su vez, se consideró que la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer en el caso de discriminaciones directas, así como a rechazar aquellos otros criterios que aún cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso. En otras palabras, la ley 23.592, en su carácter de ordenamiento jurídico específico destinado a conjurar actos discriminatorios, prescribe la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable, lo cual está equiparado al acto jurídico de objeto prohibido (conf. art. 953 C. Civil), o incluso a la figura del abuso de derecho (conf. art. 1.071 C. Civil), de modo que el empleador no puede invocar el ejercicio de sus iniciativas rescisorias si su acto tiene por finalidad la discriminación. Como lo señala Oscar Hermida Uriarte en "Sindicatos en libertad sindical", todas las declaraciones internacionales incluyen con mayor o menor extensión la libertad sindical como uno de los derechos fundamentales, y así ha sido expresamente dispuesto en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la O.I.T. del año 1.998, en la que se consideraron fundamentales los derechos establecidos en el Convenio N° 98 que establece que, los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Según el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., dicha protección deberá ejercerse, especialmente, contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales. En tal sentido, sostuvo dicho organismo de control que "en ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que se pague la indemnización prevista por la legislación en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador incluso si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical mencionados en el Convenio N° 98 O.I.T. (Editorial Fundación Cultura Universitaria FCU, Montevideo, Uruguay, 1.999); y así también lo postula la Recomendación 143, que establece que una reparación eficaz del despido discriminatorio debe comprender el reintegro a sus puestos de trabajo (art. 6, numeral 2, literal d). Dicho esto, y ahora con especial referencia al aspecto de la carga probatoria en situaciones donde se invocan conductas discriminatorias, es criterio de esta Sala, que la parte que invoca un motivo discriminatorio corre con la acreditación de hechos que "prima facie" evaluados resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponde al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a la discriminación ( en este sentido, ver del registro de esta Sala S.D. 16.625 del 22/5/2009 en autos "Barboza Matiauda Joel Argentino c/ Transporte 1 de Septiembre S.A. s/ Juicio Sumarísimo"; SD. 19.356 del 30/12/2011 en autos "Di Leva Pablo Alejandro c/ Coordinación Ecológica Área Metropolitana Soc. del Estado CEAMSE s/ Juicio Sumarísimo"; SD 20.284 del 14/3/2013 en autos "Torres Rodríguez, Horacio Javier c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ Juicio Sumarísimo", entre muchos otros). En igual sentido, cabe tener presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo" (sentencia del 15/11/2011, Fallos 334:1387) en cuanto sostuvo en los casos en que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, "prima facie" evaluados, suministren indicios respecto de su existencia, supuesto en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. Ahora bien, los hechos en los que Balmaceda sustentó -lo que calificó- una política patronal persecutoria en su contra (para concluir en un despido discriminatorio) arrancan el 6/10/11, al no haberle permitido el Sindicato de Empleados de Comercio Zona Norte postularse como delegado; momento a partir del cual, según expuso, comenzó un hostigamiento continuo y degradante de la parte accionada (fabricó una sanción que luego dejó sin efecto, cambios continuos de sector y puestos de menor categoría, incluso para separar mercadería en mal estado, llamados de atención por hechos inventados), hostigamiento psicológico frente al resto de los compañeros

e invento de hechos perjudiciales para el legajo: llegadas tarde, faltas inexistentes, etc., por lo que empezó a responder todo y reunirse con los trabajadores en pequeñas asambleas, fuera del trabajo para no perjudicar a nadie (ver fs. 4). Excepto la postulación como delegado de personal (tema al que luego aludiré), ninguno de los testimonios rendidos en la causa da cuenta de una conducta de la empleadora que denote hostigamiento hacia el trabajador, o que pueda ser calificada como un trato degradante o, si se quiere, para ser más claro aún, que aquélla hubiera dispuesto algún cambio de sección o puesto de trabajo del accionante, o que lo hubiera sancionado por hechos inexistentes. Es más, a propósito de esto último, acoto que las medidas disciplinarias dispuestas por la accionada el 1/2/10 (inasistencia sin aviso ni justificación), 6/5/10 (reiteradas llegadas tarde), 4/1/11 (reiteradas llegadas tarde -ocho en total-) -ver fs. 28/30, rec. a fs. 69-, no fueron impugnadas (conf. art. 67 L.C.T. to), y también aparece consentida por el accionante la sanción dispuesta el 30/5/12 por llegar tarde los días 16, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 26 y 27 de ese mes (ver fs. 36, rec. a fs. 69). Además, como dato objetivo temporal, señalo que la demandada dispuso el despido de Balmaceda el 28/6/12 (ver fs. 39), y éste recién rechazó la medida el 27/7/12, o sea, un mes después alegando que se lo discriminaba por su actividad sindical (ver fs. 40), e inició la presente acción requiriendo la reinstalación a su lugar de trabajo el 30/8/2.013 (ver fs. 14), sin que resulte de ningún elemento de la causa que en ese extenso lapso de tiempo hubiera realizado gestión y/o reclamación a fin de retrotraer el despido. Expuesto tal cuadro de situación, advierto que no encuentro en las declaraciones brindadas por Juan M. Avalos (fs. 95/7), Norberto J. Barrios (fs. 91) y Luis A. Alegre (fs. 99/100) alusión alguna a actividad gremial y/o sindical del actor. Ni siquiera que se hubiera reunido con algunos trabajadores en asamblea, o que hubiera realizado ante la patronal alguna petición y/o reclamación en nombre de sus compañeros de trabajo; o sea, en alguna actividad vinculada a la ?representación? de todos o alguno de los trabajadores (conf. Convenio N° 135 OIT), o en un activismo ejercido aunque sea en forma colateral al que asumieron los delegados de personal (la demandada no es una empresa cuyo personal carecía de representación gremial -conf. declaraciones antes citadas-). Así, Juan M. Avalos declaró que ?se enteró que lo echaron al actor por intermedio de un jefe de nombre Celso Bracamonte, ya que nos agarró a un grupo de los que estábamos trabajando allí en el salón y nos dijo que dejaran de hacer política en la empresa porque sino iban a correr con la misma suerte del actor...que a un grupo se refiere a tres chicos Sebastián no recuerda el apellido, el otro Javier tampoco recuerda el apellido y el otro no recuerda el nombre...que en el 2.011 hubo elecciones, que sabe que hubo un quilombo porque se había adelantado la fecha...quilombo se refiere a que nadie quería votar porque no dejaron que se presente otra lista que había. Que lo dicho lo escuchó por los chicos que estaban ahí...que por ello se enteró que el actor integraba la lista para postularse como delegado, que lo sabe por comentarios...que el testigo le preguntó a Bracamonte que quería decir cuando manifestó dejar de hacer política y Bracamonte le confirmó en ese momento que al actor lo echaron porque se iba a postular como delegado...que ese día (en que Bracamonte les dijo) no estábamos haciendo política, sino que estábamos hablando de otra cosa. Agrega que ninguna de las personas aludidas hacíamos política?. Más allá de lo ilógico (ningún sentido tiene que un tal Bracamonte le hubiera dicho, según expuso, que dejaran de hacer política, cuando no hablaban de política ni hacían política), o de imprecisiones en las que incurrió Avalos (no recordó nombres ni fechas), es contrario a la sucesión normal de los hechos entender que al accionante lo despidieron ?porque se iba a postular como delegado?, cuando las elecciones para delegados habían tenido lugar el 5 de octubre de 2.011, el mandato de los que resultaron electos, cuanto mínimo era de dos años (conf. art. 42, ley 23.551 y 25 dec. 467/88), y el despido de Balmaceda ocurrió el 28 de junio de 2.012. Norberto J. Barrios egresó de la demandada el 18/8/11 y sabe porque el actor lo llamó y le comentó que lo despidieron porque se estaba moviendo para ser delegado; mientras que Luis A. Alegre, quien egreso en septiembre de 2.011, expuso que ?el actor dejó de trabajar por su actividad sindical, así se lo comentó él?. Vale al respecto, con prescindencia que se trata de personas que tienen juicio pendiente contra la accionada, lo dicho anteriormente, incluida la nula actividad sindical. Acoto, en esta suma de datos, que conforme emerge del informe brindado por el Centro de Empleados de Comercio Zona Norte, que el 12/9/11, en forma anticipada y sin existir hasta ese momento convocatoria alguna ni fecha de elección, el actor comunicó por telegrama su voluntad de postularse como candidato para ser delegado; comunicación que no cumplimentó con los requisitos correspondientes (ver fs. 138, no observado, conf. art. 403 C.P.C.C.N.). No es del caso discurrir aquí las razones expuestas por la entidad gremial para desestimar la postulación de Balmaceda, o si cumplimentó las exigencias de los arts. 40 y sptes. ley 23.551 y 25 del decreto citado, porque no es objeto de debate tal decisión (cuestión intrasindical), sino que ese dato lo traje a colación para señalar que, en realidad, el actor nunca integró ninguna lista (no se oficializó su candidatura), por ende tampoco podía ser asimilado a un candidato no electo (conf. art. 50 ley 23.551), ni llevó adelante ninguna actividad gremial o activismo sindical, como para suponer y/o inferir que su despido, ocho meses después del acto eleccionario (en el que, reitero, no participó) obedeció a un acto discriminatorio. Arbitrariedad y discriminación no son sinónimos, y la facultad del principal de denunciar el contrato de trabajo está sancionada, salvo circunstancias particulares, con una tarifa legal que constituye la protección constitucional contra el despido arbitrario (ilícito civil). En este caso, la accionada invocó como sustento de su decisión, el rendimiento laboral del actor y una reestructuración interna; extremos estos sobre los cuales se refirió Paula A. Kornuta (fs. 105/6), y si bien no se invocó

razón alguna para prescindir de los servicios de Balmaceda (ver fs. 39), de ello no se sigue que todo despido operado en esas circunstancias (sin expresión de causa) encubre un acto discriminatorio contra el expulsado de esa comunidad laboral, ni que -por esa circunstancia- el empleador que optó por no expresar una causal eximente de responsabilidad indemnizatoria, frente a una denuncia de discriminación, se vea impedido de explicar y demostrar las razones en que sustentó su decisión. Lo hasta aquí expuesto me lleva a propiciar la revocatoria de lo resuelto en grado y, consecuentemente el rechazo de la demanda, en todos sus términos, lo cual torna abstracto el tratamiento de los restantes agravios. Atendiendo, al nuevo resultado de la contienda y lo dispuesto por el art. 279 del CPCCN, corresponde dejar sin efecto la decisión de grado en materia de costas y honorarios. En virtud de la naturaleza de la cuestión debatida y la forma de resolverse la cuestión en ambas instancias, impónganse las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, del CPCCN). A fin de regular los honorarios de la representación letrada de cada una de las partes, por los trabajos profesionales cumplidos en la etapa anterior por la representación letrada de cada una de las partes, cabe dejar sentada la inexistencia de monto en la pretensión deducida en el inicio, por lo que a fin de establecer los emolumentos correspondientes debe estarse a las pautas señaladas por el art. 6° de la ley 21.839 (conf. CSJN U 94 XXXVI ?Unión Industriales de Quilmes c/ Estado Nacional y otros? 29/11/05 Fallos 328:4210). Consecuentemente, considerando la naturaleza y complejidad del asunto; el resultado obtenido; mérito, extensión e importancia de los trabajos cumplidos en grado; regúlense los honorarios de la dirección letrada del actor en la suma de \$... y los de la demandada en la suma de \$..., ambos a valores actuales (conf. art. 38 L.O. y arts. 6, incs. b, c, d; 37, 39 y concs. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432). A su turno, por la labor profesional desarrollada en esta instancia, regúlense los honorarios de la representación letrada de cada una de las partes, en el ...% lo establecido, respectivamente, por la instancia anterior (art. 14 ley 21.839). Por todo lo expuesto, voto por: 1°) Revocar el pronunciamiento de grado y rechazar la demanda interpuesta por Diego Sandro BALMACEDA contra MAYCAR S.A.; 2°) Dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios; 3°) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado; 4°) Regular los honorarios de la dirección letrada del actor en la suma y de la demandada, por los trabajos cumplidos en grado, en las respectivas sumas de \$... y \$... a valores actuales; 5°) Por la labor profesional desarrollada en esta instancia, regular los honorarios de la representación letrada de cada una de las partes, en el ...% lo establecido, respectivamente, por la instancia anterior. El Dr. GREGORIO CORACH dijo: Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. El Dr. DANIEL E. STORTINI no vota (art. 125 de la L.O.). Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: 1°) Revocar el pronunciamiento de grado y rechazar la demanda interpuesta por Diego Sandro BALMACEDA contra MAYCAR S.A.; 2°) Dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios; 3°) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado; 4°) Regular los honorarios de la dirección letrada del actor en la suma y de la demandada, por los trabajos cumplidos en grado, en las respectivas sumas de \$... y \$... a valores actuales; 5°) Por la labor profesional desarrollada en esta instancia, regular los honorarios de la representación letrada de cada una de las partes, en el ...% lo establecido, respectivamente, por la instancia anterior; y 6°) Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. Fecha de firma: 08/09/2015 Firmado por: ENRIQUE RICARDO BRANDOLINO, JUEZ DE CAMARA Firmado por: GREGORIO CORACH, JUEZ DE CAMARA 004121E