

Contrato De Trabajo Despido Discriminacion Actividad Gremial Carga Dinamica De La Prueba

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Despido. Discriminación. Actividad gremial.

Carga dinámica de la prueba Se hace lugar a la demanda por despido discriminatorio iniciada, dado que la parte actora acreditó la existencia de indicios de que su actividad gremial fue la casual real de su despido. Para así decidir, el tribunal interviniente tomó la doctrina de los fallos de la CSJN ?Pellicori? y ?Sisnero?, que pone en cabeza del empleador la carga de probar que el despido se produjo por causas ajenas a las alegadas como discriminatorias. En la Ciudad de Buenos Aires, 6-7-15, para dictar sentencia en los autos ?NOTO, HÉCTOR JOSÉ C/ CASINO BUENOS AIRES S.A. COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE ENTRETENIMIENTOS S.A. U.T.E. S/ DESPIDO? se procede a votar en el siguiente orden: El Dr. Álvaro E. Balestrini dijo:

I.- Contra la sentencia dictada en primera instancia, que admitió en lo sustancial el reclamo articulado al inicio, se alza la parte demandada a tenor del memorial obrante a fs. 373/381, presentación que mereció la respuesta de la contraria a fs. 383/390. II.- A modo de síntesis, puede señalarse que los agravios de la apelante se dirigen a cuestionar la valoración de la prueba efectuada en la instancia anterior y las consecuencias que de ella se derivan; esto es, el progreso de las indemnizaciones de los arts. 245, 232 y 233 de la LCT, así como del daño moral por ?despido discriminatorio?, circunstancias que también objeta. Finalmente, cuestiona su condena en los términos del art. 80 de la ley 25.345 y del art. 2º de la ley 25.323, así como la distribución de las costas y la regulación de los honorarios practicada en favor de los profesionales intervinientes, pues la entiende elevada. III.- Adelanto que, de prosperar mi voto, la pretensión recursiva no obtendrá favorable recepción y en tal sentido me explicaré. Liminarmente, he de destacar que no considero que hubiese mediado arbitrariedad alguna en la valoración de la prueba efectuada en grado, pues pese a lo alegado en el escrito recursivo para convencer al Tribunal acerca del error de juicio de la sentenciante, considero que la ponderación de los distintos elementos probatorios ha sido correctamente realizada conforme los lineamientos impuestos por la sana crítica (art. 90 de la L.O., y arts. 386 y 456 del C.P.C.C.N). Por lo demás, se advierte que el pronunciamiento atacado -más allá de su acierto o error- ha sido debidamente fundado y argumentado en las constancias probatorias arrimadas al litigio y en el derecho positivo aplicable al caso, lo que deja sin ningún sustento a este segmento del recurso y lleva a su desestimación. IV.- Sentado lo expuesto, me interesa poner de relieve que en la especie se halla en discusión la legitimidad del despido directo decidido por la patronal el 23/09/11, en los siguientes términos: ?... se le comunica que habida cuenta que 1) Con su negativa injustificada e infundada en los días 19/09/11 y 20/09/11 de presentarse en el turno de trabajo que le corresponde conforme rota -de 19 hs. A 7 hs.- pese a las comunicaciones que se le efectuaran fechas 11/09/11 - previo al goce de francos- y fecha 19/09/11 - reiteratoria de la notificación antes mencionada-: a) generó inconvenientes en el sector en el cual cumple sus tareas; b) obligó a su empleador con su incorrecto proceder y para cubrir su turno, a efectuar cambios en rotas a fin de cubrir las necesidades de la operatoria del buque; 2) Los antecedentes laborales obrantes en su legajo personal; 3) Ud. ha demostrado claramente con lo señalado precedentemente, un total desinterés por dar cumplimiento a las disposiciones legales vigentes y CCT aplicable, resultando infructuosos los esfuerzos de esta parte a fin que revirtiera su actuar y enderezara su conducta laboralmente indebida; 4) Por lo expuesto y su conducta detallada en el punto ?1? de la presente, hecho que por su gravedad constituye una injuria de tal magnitud que impide la normal continuidad del contrato de trabajo, esta Empresa en uso de las facultades previstas por los arts. 67 y 68 de la LCT ha dispuesto despedirlo con justa causa en los términos del art. 242 de la LCT a partir del día de la fecha...? (v. comunicación glosada a fs. 41 y lo informado por el Correo Oficial a fs. 140). La parte actora, al promover el presente reclamo, niega la veracidad del hecho imputado por la patronal con el argumento de que no sólo no cumplía horarios rotativos desde nueve meses atrás sino que tampoco se desempeñaba por la noche, por lo que mal podrían endilgarle aquellas ausencias. Agrega que -desde su óptica- el distracto obedeció a su reciente actividad gremial en la lista opositora del Sindicato Obrero Marítimos Unidos (SOMU). Por medio de una fundada decisión, la Dra. Carambia recepta la postura inicial, en tanto estima, en primer término, que de la prueba testimonial, documental y contable adunada a la causa surge no sólo que al momento del despido el Sr. Noto no se desempeñaba por la noche sino también que la empresa conocía las dolencias que le impedían, precisamente, cumplir tareas en ese horario. Agrega que las sanciones obrantes a fs. 33 y 34 no guardan relación con la causal invocada y que pierden su significación ante el diploma por ?presentismo perfecto? otorgado al trabajador por la propia empleadora (v. anexo N° 2380); todo ello sin perjuicio de que nunca lo intimó a que justificase sus inasistencias de modo previo al despido. La recurrente discrepa con dicha conclusión, pero lo cierto es que los argumentos que vierte en este sentido, a mi modo de ver, distan de constituir una crítica concreta y razonada de los fundamentos brindados por la sentenciante, pues se limita a disentir, dogmáticamente, con lo decidido, reiterando la posición esgrimida al contestar demanda, sin

ningún sustento en elementos probatorios aptos para revertir la solución dispuesta, falencia que impide establecer concretamente el interés recursivo y, en consecuencia, acceder al examen revisor pretendido (arg. cfr. art. 116 L.O.). Repárese, a modo de ejemplo, que la apelante afirma que "...el actor no concurrió a cumplir con su débito laboral pese a que fuera intimado a hacerlo..." (v. fs. 374) sin reparar, siquiera, en lo afirmado en sentido contrario por la judicante, y sin indicar -por lo demás- el sustento fáctico de dicha intimación, la que le resultaba exigible de acuerdo a los principios de continuidad del contrato y de buena fe que rigen las relaciones laborales (arg. cfr. arts. 10, 62 y 63 LCT). Resultan igualmente inatendibles las consideraciones vertidas en torno a la supuesta negativa del perito contador a revisar la planilla de horarios, reticencia que - supuestamente- habría sido informada a la magistrada de grado en oportunidad de impugnar el correspondiente dictamen, pues al margen de que se trata de un planteo desprovisto de cualquier viso de verosimilitud, lo cierto y relevante es que la recurrente nunca cuestionó el informe presentado por el auxiliar (v. fs. 304/318 y fs. 323/324). He de aclarar, asimismo, que coincido con la valoración de la prueba testimonial efectuada en primera instancia, no sólo por las conclusiones adoptadas por la Dra. Carambia (las cuales comparto y hago mías), sino porque, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, se advierte que la testigo Álvarez (v. fs. 261), no sólo no mantiene juicio pendiente contra la demandada, sino que se desempeñó junto al actor, en el mismo horario, a bordo del buque "Princess", circunstancias que desmoronan la crítica dirigida a poner de resalto la inidoneidad de los testigos por mantener juicio pendiente con la empresa o por trabajar en otro buque. A ello debe agregarse que de todas las declaraciones rendidas en autos (Iglesias -fs. 250-, García -fs. 253-, la mencionada Álvarez, Bonnet -fs. 265- e, incluso, Ferrari y Nuñez Roldán - quienes declararon a propuesta de la recurrente, v. fs. 289 y fs. 293-) surge que la demandada contaba con un sistema de fichaje electrónico (molinete digital) a fin de controlar el ingreso de los trabajadores, sin que se hubiesen acompañado a la causa las constancias emitidas por dicho dispositivo, cuya existencia -por lo demás- fue soslayada de plano en el responde (v. fs. 80/97). Tal omisión, valorada en sana crítica, no puede más que perjudicar a la apelante, en tanto aquellas coadyuvarían, de modo indudable, a la determinación del horario cumplido por el reclamante al momento del despido y, en su caso, a la verificación de las invocadas inasistencias de un modo objetivo y certero (arg. cfr. arts. 163, inc. 5° y 386 C.P.C.C.N.). Así, en virtud del escenario fáctico planteado en autos, al que se adiciona la falta de prueba idónea que me acerque convicción para opinar de manera contraria a lo decidido en la anterior instancia, es que propicio el rechazo de la queja a estudio y la confirmación de la sentencia de grado en este punto de apelación. Así lo voto (arg. cfr. art. 386 C.P.C.C.N.). V.- No correrá mejor suerte el embate formulado en relación con la atribución de carácter "discriminatorio" al despido decidido por la patronal y la consecuente procedencia de la reparación del daño moral causado al trabajador, en tanto los argumentos expuestos por la recurrente, nuevamente, lindan con la deserción, en tanto lejos de constituir una crítica concreta solo trasuntan su disconformidad con lo decidido, sin ningún sustento fáctico (arg. cfr. art. 116). Repárese que la magistrada, luego de explayarse acerca de las dificultades probatorias que afectan a los trabajadores que intentan reclamos como el que nos convoca, entendió acreditada, a partir del relato de los testigos Álvarez (fs. 261), Bonnet (fs. 265) e Iglesias (fs. 250), la realización de actividad gremial por parte del reclamante y el "disgusto" de la patronal respecto de dicha situación, extremos que sin duda constituyen el cuadro indiciario al que alude la judicante con fundamento en el art. 163, 5° párrafo del C.P.C.C.N. Desde ya, no comparto las vagas consideraciones vertidas en torno a la idoneidad de los deponentes, en tanto, a mi modo de ver, no son "... compañeros de aventura..." ni sus relatos constituyen "... meros comentarios..." -como adjetiva la apelante- pues se trata de trabajadores de la empresa que se desempeñaban junto al actor y percibieron, de modo directo y por medio de sus sentidos, las actividades gremiales por aquél desplegadas (arg. cfr. arts. 90 L.O. y 456 C.P.C.C.N.), las que resultan confirmadas -a todo evento- por el relato de Nuñez Roldán, quien -reitero- fue propuesto por la propia recurrente (v. fs. 293/4). Por análogas razones, cabe desestimar el cuestionamiento dirigido a poner de resalto el "poco tiempo" que habría tenido el actor para cumplir tales actividades debido a sus licencias, no sólo en razón de la evidente inconducencia del planteo sino por su absoluta orfandad fáctica (arg. cfr. art. 116 L.O.). Sentado lo expuesto, considero que el análisis debe efectuarse de acuerdo a las reglas de apreciación de la prueba trazadas por nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo" del 15/11/11, en el cual estableció que en los casos en que se invoque la existencia de un supuesto de discriminación peyorativa "...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá 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 toda discriminación". Luego, continúa "...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado." No debe perderse de vista que dicha doctrina ha sido ratificada por el Alto Tribunal en los autos "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva S.R.L. y otros s/amparo", S. 932. XLVI., recurso de

hecho del 20/05/14. En mi opinión, es desde tal perspectiva que deben analizarse las posturas asumidas por las partes y los alcances de las pruebas producidas cuando se invoca -como en el caso- la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y a no sufrir persecuciones o represalias en el ámbito laboral. Tal conclusión sella la suerte adversa del planteo de la recurrente, quien en modo alguno cuestiona este reparto de las cargas probatorias y -en definitiva- este aspecto del pronunciamiento de grado. En efecto, existiendo -como queda claro de la lectura de los párrafos precedentes- indicios razonables que permiten inferir la existencia de un acto discriminatorio al momento de despedir, fundado en el quehacer o la opinión gremial del trabajador, corresponde entonces y conforme reiterado criterio jurisprudencial al que adhiero, trasladar a la demandada la carga de acreditar que el móvil del distracto no fue la alegada actitud discriminatoria que le endilga el pretensor desde el inicio. No obstante, si tenemos en cuenta que la accionada ni siquiera demostró en autos la causal invocada al momento de resolver el vínculo -punto sobre el cual, insisto, la orfandad probatoria ha resultado palmaria-, no cabe sino inferir que la motivación argumentada por la empresa en tal oportunidad no resultó objetiva ni suficiente para desvirtuar el carácter ?discriminatorio? del despido decidido, por lo que no puedo menos que coincidir con la magistrada de grado y confirmar no sólo dicha calificación sino también la consecuente procedencia del daño moral reclamado por el trabajador (arg. cfr. art. 1° de la ley 23.592). Debo señalar -tal como lo hice al emitir pronunciamiento en los autos ?Castro Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. s/ Juicio Sumarísimo? (SD N° 16.920 del registro de esta Sala IX, del 11 de abril de 2011), que este criterio que sugiero adoptar no se contrapone con lo expresado por el suscripto en otras oportunidades en las que tuve que emitir opinión respecto de despidos que han sido tildados de ?discriminatorios?, tal como ocurrió en los autos ?Arias Hector O. y otro c/ Spicer Ejes Pesados S.A. s/ acción de amparo? del registro de esta Sala del 31/07/2009 (SD N° 15.731) toda vez que, más allá de tratarse de situaciones de hecho disímiles, lo cierto y relevante es que en aquellos supuestos no se encontraban verificados los ?indicios? a los que me referí anteriormente. VI.- Igual suerte correrán los agravios referidos a la procedencia de los recargos indemnizatorios contemplados por los arts. 45 de la ley 25.345 y 2° de la ley 25.323. Digo ello pues la apelante no se hace cargo de los argumentos expuestos por la magistrada que me precedió en cuanto a que el actor cumplió con los requisitos formales exigidos para la procedencia de la multa mencionada en primer término por medio de la misiva impuesta el 07/11/11, acompañada por la propia quejosa en calidad de prueba instrumental (v. fs. 48), de la cual surge evidente la temporaneidad del emplazamiento, en tanto se encuentra fuera de discusión que el despido operó el 23/09/11 (arg. cfr. art. 3° del Dto. 146/01). Aclarado tal extremo, entiendo que los argumentos vertidos en la presentación bajo estudio no resultan suficientes para contrarrestar lo decidido en grado, en tanto si bien se advierte que la empleadora comunicó la puesta a disposición de la documentación ?...en el plazo legal...? al momento de dar a conocer el distracto y mantuvo tal propuesta lo largo del intercambio telegráfico (v. fs. 41, fs. 44, fs. 47 y fs. 50), lo cierto y relevante es que fue confeccionada de modo extemporáneo, pues de la Certificación de Servicios y Aportes (Formulario P.S. 6.2) obrante a fs. 30/31 y su complemento de fs. 39 datan, respectivamente, del 30/11/11 y del 10/02/12, por lo que mal pudieron encontrarse a disposición del trabajador dentro del plazo de ley. A ello debe agregarse que la firma inserta en el certificado de trabajo glosado a fs. 35/36 no ha sido debidamente certificada (por lo que tampoco resulta posible constatar el momento de su efectiva puesta a disposición) y que, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, no se ha acompañado elemento de juicio alguno que dé cuenta de su intención de ofrecer los instrumentos al reclamante en la instancia ante el S.e.C.L.O., pues tales circunstancias no surgen del acta obrante a fs. 3 (v. fs. 376, primer párrafo). Por todo ello, sugeriré la confirmación del progreso de la multa bajo análisis. Tampoco resultan atendibles las consideraciones argüidas por la apelante en torno a la supuesta inaplicabilidad del art. 2° de la ley 25.323 al caso de autos, pues contrariamente a lo sostenido en la presentación bajo análisis y como he sostenido en casos anteriores, la finalidad de dicho incremento es justamente la de evitar que el trabajador tenga que iniciar acciones judiciales o cualquier instancia administrativa previa -tal como el reclamo ante el SECLLO (cfr. art. 1° ley 24.635)- para la percepción de las indemnizaciones que por ley le corresponden (arg. cfr. ?Mariani Malvina Soledad c/ Citibank N.A. y otro s/ Despido" del 18/07/14, S.D. N° 19.564, del registro de esta Sala, entre otros). Luego, lo cierto es que no encuentro motivos para hacer uso de la facultad que concede la segunda parte de dicha norma, en tanto no se configuran en autos causas justificantes de la conducta morosa del empleador para reducir el monto del recargo ni para eximirlo de su pago: nótese que la quejosa ni siquiera individualiza las causas que ameritarían tal proceder, en tanto sólo alude a causales ?...notorias y evidentes...? (v. fs. 379), planteo que no reúne los recaudos exigidos por el art. 116 de la ley 18.345. Repárese que aun cuando se entendiese que con ello la recurrente intentó aludir a que el recargo solo resulta exigible luego de se haya determinado, en sede judicial, la improcedencia de la injuria invocada por su parte para extinguir el vínculo, se desnaturalizaría el propósito de la norma, en tanto para eludir su pago, bastaría con que el empleador se valga de cualquier causa falsa para despedir. Desde dicha perspectiva, toda vez que arriba firme a esta Alzada que el trabajador intimó oportunamente a su empleadora con el objeto de obtener las indemnizaciones que le correspondían y, al no obtener respuesta favorable, se vio obligado a iniciar la presente causa para

percibir las, considero se encuentran reunidos los requisitos necesarios para la procedencia del incremento en cuestión, por lo que corresponde confirmar lo decidido en la instancia anterior también en este punto. VII.- Resta analizar la queja dirigida a cuestionar la tasa de interés que se ha fijado en la sede de origen y en relación al tópico, advierto que en el caso particular, la decisión adoptada por la magistrada de grado, con el fin de paliar, de algún modo, los efectos de la desvalorización monetaria en el momento actual, luce ajustada a derecho, por lo que debe ser confirmada. Repárese, incluso, que con posterioridad a la sentencia de primera instancia la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha dictado el Acta N° 2601, por medio de la cual dispuso que la tasa de interés que debe aplicarse en el fuero desde el 21/05/2014 es la T.N.A. para préstamos personales "Libre Destino" del Banco de la Nación Argentina, por lo que en este caso particular, donde la cuestión ha sido introducida en la Alzada únicamente por la apelante, sin que la contraria hubiese esbozado cuestionamiento alguno sobre el tema al promover la acción ni en esta etapa procesal, corresponde mantener lo decidido en la instancia anterior, en tanto lo contrario implicaría una resolución "in pejus" para la recurrente. Por las razones expuestas, reitero, sugeriré la confirmación de lo decidido sobre el punto en la instancia anterior. VIII.- Como corolario de todo lo expuesto, entonces, propiciaré la confirmación de la sentencia de primera instancia en todo cuanto hubiese sido objeto de apelación y agravio, incluso, en lo atinente a la distribución de las costas y a las regulaciones de honorarios allí practicadas (las que arriban apeladas por altas), pues la demandada ha resultado vencida en lo principal (cfr. art. 68 C.P.C.C.N.), mientras que los emolumentos lucen ajustados a derecho, y -en mi opinión- resultan adecuadamente remuneratorios (art. 38 de la L.O., Decreto - Ley 18.835/57 y Ley 21.839). IX.- Costas de la Alzada a cargo de la parte demandada que resulta vencida (art. 68 C.P.C.C.N.), a cuyo fin sugiero regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la parte demandada en el ... % para cada uno de ellos, que se calculará sobre lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia de origen (art. 38 L.O.). El Dr. Roberto C. Pompa dijo: Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede. El Dr. Mario S. Fera no vota (art. 125 de la L.O.). Por lo expuesto, EL TRIBUNAL RESUELVE: 1) Confirmar el pronunciamiento atacado en todo lo que decide y ha sido materia de recursos y agravios; 2) Costas de la Alzada a la parte demandada (arg. cfr. art. 68 C.P.C.C.N.); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la parte demandada en el ... % de lo que le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior. Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.- Roberto C. Pompa Juez de Cámara Álvaro E. Balestrini Juez de Cámara

003158E