

Despido Discriminacion Tutela Sindical Delegado Carga De La Prueba Carga Dinamica De La Prueba Reinstalacion

JURISPRUDENCIA

Despido. Discriminación. Tutela sindical. Delegado. Carga de la prueba. Carga dinámica de la prueba. Reinstalación
reinstalación en su puesto de trabajo, salarios caídos y daño moral, puesto que el distracto tuvo fundamento en la actividad sindical del dependiente, configurándose un claro caso de despido discriminatorio en los términos de la ley 23592.

Se confirma la sentencia que hizo lugar al pedido del trabajador de

En la Ciudad de Buenos Aires, 07-08-15 para dictar sentencia en los autos caratulados "L. S. G. C/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS S/ JUICIO SUMARISIMO", se procede a votar en el siguiente orden: El Dr. Roberto C. Pompa dijo: I.- La sentencia de primera instancia de fs. 334/338vta. viene apelada en cuanto al fondo por la parte actora a fs. 340/341vta. y por la demandada a fs. 345/vta. con los agravios expresados, respectivamente, a fs. 352/354 y fs. 355/362. A fs. 363/364 y fs. 366/369 contestaron la demandada y la parte actora los agravios vertidos por la contraria. A fs. 378/381 dictaminó el Sr. Fiscal General ante esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. II.- Por razones de método trataré en primer término los agravios vertidos por la demandada y referidos a la calificación del distracto como discriminatorio y, por consiguiente, a la condena a reincorporar al actor con más los salarios caídos y el daño moral. Y, al respecto, teniendo en cuenta los términos de los escritos recursivos bajo examen, la forma en que quedó trabada la litis y aspectos del decisorio que han sido controvertidos, así como ponderados los elementos probatorios que se han producidos en la causa, a la luz de la sana crítica (art. 386 C.P.C.C.N.), señalo que: a) El argumento central del pronunciamiento apelado a los fines de receptar la acción interpuesta se funda en que finalizado el mandato que desempeñó el actor mantuvo el ejercicio de actividad sindical aún sin cargo formal y que el despido dispuesto a su respecto, por lo tanto, resulta un acto discriminatorio conforme las disposiciones que cita. b) En la apelación se formulan extensas consideraciones respecto de la falta de acreditación en la causa de la actividad sindical desplegada por el actor y, en particular, se cuestiona la ponderación de las pruebas obrantes en la causa. Ahora bien, en primer término, quiero poner de resalto que no se discute -más aún la propia recurrente lo admite en la presentación bajo análisis- que "... el actor fue despedido sin causa luego de haber vencido la tutela gremial...?" y que "No resulta verosímil que el actor estuviera haciendo las veces de "delegado de hecho" una vez vencido el mandato ..." (ver fs. 358vta. y fs. 359). Esta postura adoptada por la propia recurrente sumada a que la estabilidad sindical del actor venció -que reitero no se controvierte en autos- el 18/12/12 y el despido se dispuso sin invocación de causa mediante Res. D.E. Nro. 100/13 de fecha 30/1/13 (ver fs. 28) dan cuenta de una contemporaneidad entre el vencimiento de la estabilidad y el distracto que resulta significativa si se la vincula con el resto de los elementos probatorios aportados en la causa. Que, por su parte, los dichos de los testigos que declararon a fs. 211/212 (Grimaldi), fs. 221/222 (Pereyra), fs. 227/228 (Guarrielo) fs. 229 (Fiora) y fs. 230 (Jordán), todos ellos compañeros de trabajo del accionante, analizados a la luz de la sana crítica (art. 386 C.P.C.C.N.), los encuentro concordantes, coincidentes y convincentes en lo relativo a que aún vencido el mandato del actor -ante la imposibilidad material de convocar nuevas elecciones para la renovación de delegados-, continuó desarrollando actividad sindical de representación y si bien la demandada cuestiona en su recurso la entidad convictiva de tales manifestaciones, para ello invoca genéricamente la parcialidad de los declarantes o su personal interés en el caso, sin analizar siquiera mínimamente los dichos de los declarantes, ni controvertir sus afirmaciones a partir de otros elementos objetivos obrantes en la causa. Agréguese que la contundencia de los extremos que emergen de los elementos mencionados anteriormente no resultan conmovidos por la prueba informativa y documental que refiere la demandada que, en modo alguno, permiten arribar a una conclusión diferente a la que he señalado. c) Que, a partir del examen de los elementos obrantes en autos, arribo a idénticas conclusiones que la Sra. Juez de la instancia anterior. Y, sobre el punto, cabe señalar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional estipula la necesidad de garantizar la protección del trabajo "en sus diversas formas" asegurando al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial, como así también y con mayor vinculación al caso de autos, la protección de rango constitucional de las garantías necesarias para el cumplimiento de la gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. En el precitado contexto es que considero que, ciñéndonos al "thema ad decidendum" que motiva la intervención jurisdiccional en este caso y que tiende a obtener una declaración judicial que ordene la reinstalación en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que detentaba con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que motivaron la litis, pretensión que

ha sido introducida por la peticionante con sustento en las disposiciones previstas en la Constitución Nacional y las normas que sancionan las prácticas discriminatorias, la decisión final a la que se arriba en la sede de grado luce ajustada a derecho más allá de la consideración que se formulara -a mi juicio, sin acierto- respecto de que el trabajador no resulta alcanzado por la tutela prevista por la ley 23.551 sino que la empleadora ejerció las facultades conferidas por la ley laboral. Vale decir, las disposiciones que tutelan a la persona que trabajan y que obligan al empleador a no incurrir en actos o conductas discriminatorias y a resguardar la libertad sindical son aplicables al supuesto de autos, tal el caso de los arts. 14 Bis referido, 16, 19 y 75 inc. 23 C.N.; así como del art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2, 7, 12, 21, 23 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 11, 13, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1, 2, 3, 24, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fundamentalmente los arts. 1 y 5; la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 1 y 2; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, arts. 1 y 2; y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y de los Convenios de la O.I.T. Nro. 98, 100 y 111. A guisa de ejemplo se puede citar el art. 1º del Convenio Nro. 98 de la OIT que en su apartado 1 establece: ¿los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo? y en el apartado 2, inc. b) se prevé que ¿dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo?. Además, el actor invocó la existencia de prácticas discriminatorias y persecutorias y fundó su reclamo en las pertinentes normas legales, en especial, la ley 23.592 y, al respecto, el alto tribunal sostuvo que ¿... el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Así, por su carácter imperativo, rige en el derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, independientemente de que sea parte o no de un determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alia, el ejercicio de un deber especial de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que bajo su tolerancia o aquiescencia, crean, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. ... Luego, pesa sobre el Estado, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permiten que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. ...? (C.S.J.N., ¿Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo?, 7/12/10). También se ha dicho que ¿... la ley 23.592, reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional... sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con ¿fecundo y auténtico sentido constitucional?... y, por el otro, el trabajador es un sujeto de ¿preferente tutela? por parte de la Constitución Nacional...? (C.S.J.N., ¿Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo?, 7/12/10). d) Por su parte y con relación a las cargas probatorias en circunstancias como las que aquí se debaten el Máximo Tribunal, en el fallo ¿Pellicori? del 15/11/2011 (CSJN XLIV:489), determinó que frente a la dificultad probatoria originada en casos en que se invoca una situación de discriminación, ¿...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 verosíblemente 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.? Que ya he tenido oportunidad de expedirme sobre cuestiones análogas y he sostenido que detrás de la instrumentación formal de un despido sin causa hay siempre un motivo o hecho detonante real que promueve la decisión de romper el vínculo (¿Castro Erika Andrea c/ Casino de Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A.

U.T.E. s/ juicio sumarísimo?, SD N° 16.920 del 11 de abril de 2011, del registro de esta Sala). También, cabe observar que en general los supuestos de discriminación no se producen a la luz del día?, es decir nadie va a admitir que discriminó, sino que aparecen solapados, a veces utilizándose otras figuras o situaciones que persiguen encubrir situaciones de discriminación. Si esta es la realidad, en función de ese mismo principio debe aceptarse la tesis que propicia en esta materia la producción dinámica de la prueba, como la inversión de la carga probatoria luego de aportarse indicios que permitan tener por presuntamente configuradas situaciones de discriminación (cfr. Roberto C. Pompa, "Nulidad del despido discriminatorio. En camino a su consolidación?", Revista La Causa Laboral N° 41, p. 11). Además, en otra oportunidad también he dicho que la actuación sindical desplegada por la actora no debe ser manifiestamente evidente, desde que por ejemplo para la propia ley 23.592 basta una mera opinión gremial o política como tipificación de causa de la discriminación, debiendo otorgarse a este término un alcance amplio y evolutivo (cfr. "Mirabelli, Amelia Natali c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ Acción de Amparo", S.D. Nro. 18.000, del 12/7/12, del registro de esta Sala). e) En definitiva, de acuerdo al panorama probatorio señalado precedentemente no puedo sino concluir que el actor fue víctima de un acto discriminatorio como consecuencia de la actividad sindical desplegada. Acto que se exteriorizó mediante un despido que -en mi opinión- aparece como consecuencia de tal actividad de representación y, por tanto, violatorio de la libertad sindical, a la par que de la prohibición de incurrir en actos y conductas discriminatorias, es decir en el caso concreto entiendo -en sentido coincidente con el de la a quo- que se observa la vulneración de derechos fundamentales de la persona que trabaja, amparados por las normas citadas anteriormente. f) Con relación a la reinstalación dispuesta preventiva en el marco de la cautelar ordenada en el marco de la causa que corre por cuerda y que mediante la sentencia recurrida se convierte dicha reincorporación en definitiva, cabe observar que el alto tribunal también ha dicho, en el ya citado caso "Alvarez" que "... la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos ... El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado ... sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis C.N. llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación ... admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por el contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...?". g) Agréguese que, por las consideraciones expuestas precedentemente y las formuladas en la sentencia recurrida con relación a la conducta adoptada por la demandada respecto del actor, la condena a reinstalar en la forma dispuesta en el pronunciamiento de grado resulta inobjetable por constituir la vía más adecuada para alcanzar la restitutio in integrum?, tal como revolviera en otra oportunidad esta Sala, por los argumentos vertidos en el voto mayoritario de sus integrantes y a los que cabe remitirse, en las causas "Castro Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. s/ Juicio Sumarísimo", Sent. Def. Nro. 16.920 del 11/4/11; en "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ otros reclamos", Sent. Def. Nro. 17.830 del 28/5/12 y en "Almeida, Marcela Silvia c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Producción Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INDEC s/ Juicio Sumarísimo", Sent. Def. Nro. 18.635 del 10/6/13, del Registro de este Tribunal y entre otros); por lo que debe ser confirmada. h) Con relación a la condena del daño material y moral derivado del actor discriminatorio cabe observar que la solución a la que se arriba es la prevista por la ley 23.592 como sanción frente a un acto y conducta discriminatoria y que, en el caso de la declaración de nulidad del despido, tal como reiteradamente ha sostenido este Tribunal, es adecuado estimar el daño material en relación a los salarios que el dependiente se vio privado de percibir como consecuencia del despido discriminatorio cuya nulidad se dispone. Por lo que, en este punto, también cabe confirmar lo decidido por la a quo. III.- En cuanto al recurso interpuesto por la parte actora que -por una parte- se agravia por la calificación efectuada por la Sra. Jueza de la instancia anterior respecto de la condición de "activista sindical" y la consiguiente aplicación de las normas antidiscriminatorias, en lugar de considerarlo delegado sindical en los términos de la ley 23.551, observo que coincido con la fundamentación jurídica y la decisión a la que arriba la a quo. Me explico. Por un lado, porque no se discute que el cargo que "efectivamente" desempeñó el actor y para el cual fue "electo" finalizó el 18/12/11 y el año de estabilidad terminó el 18/12/12, por tanto al momento en que se dispuso el despido (30/1/13) -aún cuando se entendiera de aplicación al caso del actor la ley 23.551- la protección que emerge de los arts. 48 y 52 de la ley 23.551 ya no estaba vigente y tampoco era aplicable la que eventualmente nacería con una nueva designación como invoca la recurrente que ha sucedido a partir del 21/3/14. Pero -en mi opinión- que no resulten aplicables las mencionadas disposiciones de la ley 23.551 no obsta a considerar la actividad sindical desplegada durante ese lapso como alcanzada por las normas de rango superior que garantizan la libertad sindical y tutelan frente a los actos y conductas

discriminatorias, tal como se decidió en la sentencia de primera instancia en criterio que comparto. Pero por otro lado, no se puede soslayar el criterio sostenido por este Tribunal en el pronunciamiento dictado con fecha 29/6/12 en los autos ?Ministerio de Trabajo c/ UTERA s/ Ley Sindical?, Sent. Def. Nro. 17976) con respecto a la personería gremial pretendida por UTERA. Ahora bien, también se agravia la parte actora con relación al salario a computar a efectos de calcular los salarios caídos que como daño material se difieren a condena. En este punto, considero que asiste razón a la recurrente por cuanto la estimación que haga el perito contador, en la oportunidad prevista por el art. 132 L.O., deberá fundarse en la remuneración que el actor ?debió? percibir en caso que no hubiera sido privado ilegítimamente (discriminatoriamente) del puesto de trabajo, conforme su categoría profesional, antigüedad y demás circunstancias del caso. Por último, con respecto al daño moral y su cuantificación considero que en este punto la recurrente no aporta elemento alguno que muestre la insuficiencia del parámetro utilizado por la a quo, que -más allá de la existencia de otros criterios sobre el punto- no resulta en mi opinión inadecuado y, por tanto, no encuentro en el punto razones que justifiquen un apartamiento de lo decidido. IV.- Con respecto a la imposición de las costas de la instancia anterior -que recurre la demandada- cabe observar que lo decidido se ajusta al principio general que rige en la materia y a lo dispuesto por el art. 68 C.P.C.C.N. y, por ende, corresponde sea confirmado. En tanto que la regulación de los honorarios por los trabajos profesionales efectuados por la parte actora en la instancia anterior, teniendo en cuenta su naturaleza y extensión y las pautas arancelarias vigentes, el porcentaje establecido por la Sra. Jueza a quo me parece reducido y, por lo tanto, propongo que se eleven al ... % a calcular sobre el monto definitivo diferido a condena con más intereses. V.- Atento la solución que propongo y lo dispuesto por el art. 68 C.P.C.C.N., sugiero que las costas de esta Alzada se declaren a cargo de la demandada. Teniendo en cuenta la naturaleza y extensión de los trabajos profesionales efectuados en esta etapa por la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la codemandada, se fijan sus honorarios en el ... % y ... % de lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior. El Dr. Alvaro E. Balestrini dijo: Por compartir los fundamentos del voto precedente, adhiero al mismo. El Dr. Mario S. Fera dijo: no vota (art. 125 de la L.O.). A mérito del acuerdo que antecede y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, el TRIBUNAL RESUELVE: 1) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo que fuera motivo de perito contador en la oportunidad procesal prevista por el art. 132 L.O. de acuerdo a la remuneración que el actor ?debió? percibir en caso que no hubiera sido privado ilegítimamente (discriminatoriamente) del puesto de trabajo, conforme su categoría profesional, antigüedad y demás circunstancias del caso. 2) Modificar la regulación de honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, por las tareas cumplidas en primera instancia, que se fijan en el ... % a calcular sobre el monto definitivo de condena con más intereses. 3) Declarar las costas de esta instancia a cargo de la demandada. 4) Regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de demandada en el ... % y ... % de lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior. Cópiese, regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.- DR. ÁLVARO E. BALESTRINI JUEZ DE CÁMARA DR. ROBERTO POMPA JUEZ DE CÁMARA Correlaciones Karpiuk, Héctor H., ACTIVISMO GREMIAL Y DISCRIMINACIÓN, Compendio Jurídico, Tomo 88, Página 159, Setiembre 2014 T., M. L. c/K. & S. G. & C. K. A s/acción de amparo - Cám. Nac. Trab. - Sala VIII - 09/06/2014 003701E