

Contrato De Trabajo Despido Contratacion O Subcontratacion Responsabilidad Solidaria Actividad Normal Y Especifica Discriminacion

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Despido. Contratación o subcontratación.

Responsabilidad solidaria. Actividad normal y específica. Discriminación

Se hace lugar a la demanda por despido promovida por el trabajador, dado que se acreditó que la extinción del vínculo laboral se produjo como represalia por la denuncia por hostigamiento laboral efectuada por el trabajador ante la autoridad administrativa.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 3 días del mes de abril de 2016 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT dijo: Contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda por despido apelan las partes, peritos calígrafo y contador según se expone a continuación.

En primer lugar, lo hace la demandada (TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.) a fs. 391-392 cuestionando el decisorio de grado atento la falta de valoración de los antecedentes disciplinarios del actor que afirma la parte resultan elementos relevantes justificantes del distracto; luego lo hace en atención a las evaluaciones que el a quo ha efectuado respecto de las declaraciones testimoniales; así como también, se agravia en razón de la certificación de servicios que su representada según refiere puso a disposición en audiencia conciliatoria; y finalmente se agravia en relación a la regulación de honorarios del decisorio por altos e imposición de costas, en este último sentido lo hace también IRSA Inversiones y Representaciones S.A.. Por otra parte, la actora apela el decisorio a fs. 396/403, frente al rechazo de extensión de responsabilidad a la empresa IRSA Inversiones y Representaciones S.A. en los términos del art. 30 RCT, horas extras y daño moral que advierte procedente por entender el despido como represalia. Finalmente, apelan a fs. 394 y 406 los peritos contador y calígrafo respectivamente sus honorarios por bajos.

En primer término he de analizar los cuestionamientos vertidos por la demandada, (TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.), a tenor de lo que se expone a continuación. En tal sentido, el argumento del demandado inherente al valor probatorio que la pericia caligráfica brinda a las sanciones y antecedentes disciplinarios del actor para validar el despido impuesto por falta de pérdida de confianza, resulta ser un elemento carente de fuerza para desvirtuar el decisorio de grado, ello en miras al contexto bajo el cual ha operado el distracto. Así, resulta probado en este caso, que a la fecha del despido (26/11/2009), el actor había dado debida cuenta de los motivos de sus ausencias (piezas postales e informes que validan las certificaciones médicas incorporadas a la causa), iniciado previamente un expediente administrativo ante la oficina de violencia laboral del Ministerio de Trabajo por hostigamiento laboral, y a su vez que las sanciones que resultan argumento de la demandada en el presente agravio no guardan relación alguna con el desencadenante final del distracto, por lo que no advierto motivo para apartarme del decisorio de grado en este aspecto, y coincidentemente, tengo por no probada la causal extintiva de la relación laboral y en ningún sentido revierte esta conclusión las sanciones y antecedentes disciplinarios que alega el demandado en su escrito de apelación.

Es de señalar que el despido es la expresión máxima del poder disciplinario conferido por el legislador al empleador (por definición dogmática todo poder normativo emana de la Constitución Nacional y, entre ellos, el poder disciplinario). Todo poder disciplinario o punitivo delegado debe ajustarse entonces a las pautas constitucionales de nuestro sistema Constitucional Republicano y Democrático. En este orden de ideas, no hay punición sin un hecho externo y el estado subjetivo del denunciante (la pérdida de confianza) no lo es. Por otra parte, si se entiende que la pérdida de confianza está en relación a un estado de sospecha que pesa sobre un grupo de trabajadores, ello tampoco consiste con los límites de ejercicio del poder en una sociedad democrática que exige la existencia de una atribución subjetiva individual. Nadie es sujeto de punición objetivamente (como en el régimen stalinista) o por culpa colectiva (todos pagan por uno) como en el régimen nacionalsocialista.

Por tanto, lo único que debe ser objeto de análisis es la existencia de un hecho subjetivamente atribuible al sujeto que, para custodiar el derecho de defensa debe ser delimitado tal como lo exige en particular la norma del artículo 243 RCT. Al faltar estas precisiones, teniendo en cuenta los límites de nuestro régimen constitucional, no advierto la posibilidad de existencia de la causal invocada como injuria por la demandada.

En el caso, como se señalara más arriba, la demandada en cuestión debió actuar con estricto acogimiento al principio de buena fe art. 63 RCT, ello en razón del contexto fáctico en el cual se venía desarrollando la relación laboral con el actor; lo que no hizo, cosa que en sentido contrario sí advierto de la conducta de la parte actora quien informó fehacientemente los motivos de sus ausencias por licencia médica a la empleadora y dio debida cuenta de ello en autos (fs. 124/125). Resulta integrante del presente análisis y conclusión arribada, el hecho de que la empleadora ha resultado notificada en fecha 26/11/2009 de la situación impeditiva de puesta a disposición de la fuerza laboral del actor a favor de su empleador, y resulta finalmente que en ese mismo día luego de tal notificación la parte empleadora decide extinguir el vínculo laboral por ?pérdida de confianza? - en coincidente sentido dan cuenta

los horarios de despacho de las respectivas piezas postales. En razón de lo supra expuesto, no advierto rebatible el decisorio de grado y habrá de confirmarse el mismo, y no tener por probada la causa del despido impuesto por TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.. Luego, en relación al cuestionamiento que la demandada invoca relativo a la ponderación que el a quo efectúa en su decisorio respecto de las declaraciones testimoniales de la causa, y específicamente del Sr. Marquez? por tener juicio pendiente, y no considerar las de ?Casto y Dagostino?; advierto que tampoco le asiste razón al apelante, ello por cuanto la demandada cuestiona la valoración de la testimonial por considerarla desigual. Entonces, se pregunta expresamente: ?¿por qué el juez de grado no hace mínima referencia a otras expresiones vertidas en la declaración del señor Casto y Dagostino, y que favorece a mi parte? La expresión de agravios en el punto expresa una mera disconformidad con lo resuelto sin dar razones suficientes que permitan considerar la valoración de la prueba testimonial como violatoria del principio de la sana crítica, ello además de no resultar objetivamente rebatible la declaración que es atacada en el escrito del testigo ?Marquez? por el hecho de tener juicio pendiente, lo que advierto un argumento que en modo alguno desvirtúa su valor probatorio. Pretender la igualdad en la valoración de los dichos testimoniales importaría regresar al sistema medieval de la prueba tasada en la que cada testigo vale una fracción de prueba. En razón de lo supra expuesto, no habrá de tener favorable acogida el cuestionamiento de la parte tratado en el presente acápite. Finalmente, el agravio de la parte demandada inherente a la falta de entrega de certificación de servicios en el expediente por haber sido rechazada en la audiencia conciliatoria, no resulta argumento razonable que habilite considerar si quiera su incumplimiento patente al respecto. Es dable recordar que conforme reza el art. 740 del Código Civil, la certificación en cuestión en términos de cosa debida, no ha sido cumplimentada íntegra y oportunamente por la deudora (TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.). Más allá de no tener por cumplimentado debida y oportunamente con su obligación, (art. 80 RCT), tampoco advierto de las constancias de la causa, elemento alguno incorporado o puesto a disposición en este sentido, en oportunidad de audiencia de conciliación laboral obligatoria - como refiere el apelante -, ni nada aportó la parte deudora a la causa para dar cuenta del cumplimiento de su obligación. Por tanto, ha de confirmarse el decisorio de grado en lo atinente a la procedencia del art. 80 RCT y consecuente obligación que pesa sobre la parte ?de hacer? : entrega de certificaciones y penalidades en su consecuencia frente al caso de persistir en su incumplimiento. Ahora bien, por otra parte, en relación al cuestionamiento que la parte actora esboza en su apelación en miras a obtener la procedencia del reclamo por horas extras, adelanto que el mismo tendrá favorable acogida. La inexistencia de libros, falta de exhibición de planillas, tarjetas reloj e incluso libros de guardia en sus objetivos - que en el caso de actividades de vigilancia y seguridad privada resulta imprescindible para el control y desarrollo de la prestación de los servicios ofrecidos -, en contravención a la Ley 11544 y 16115/33 (fs 282 - 290)., importa la aplicación de la presunción de fondo del artículo 55 RCT que, obviamente desplaza la asignación de carga de la prueba que realiza el artículo 377 CPCCN. Es de señalar que la norma del artículo 377 CPCCN es una norma residual, que sólo ha de tener aplicación en caso de ausencia de prueba o de presunciones emanadas de hechos probados en los términos de la sana crítica (artículo 386 CPCCN), o ausencia de presunciones legales específicas incorporadas en la ley de fondo o procesal. La carga entonces de rebatir la jornada que el actor pretende, estaba en la demandada, lo cual no ha hecho, y por tanto, ha de prosperar su reclamo por horas extras, en los términos impuestos por la parte actora en su demanda. Siendo resultado de ello, el tener por ciertas las 24 horas extras al 100 % que la misma invoca en su escrito de inicio por el tiempo laborado por el actor para la demandada, suma a la que deberá adicionársele el SAC correspondiente, que a las resultas de la pericia contable (fs. 283) estimo en la suma de \$ 52.624 (PESOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO) a la que deberán adicionársele intereses según se detalla en el resolutivo final del presente. Por otra parte, ante el cuestionamiento de la actora del rechazo de extensión de responsabilidad a la empresa ?IRSA Inversiones y Representaciones S.A.? en los términos del art. 30 RCT, advierto le asiste razón al apelante y habrá de prosperar la misma por los argumentos que a continuación expongo. Es la propia demandada ?IRSA Inversiones y Representaciones S.A.? a fs. 30 vta, quien reconoce expresamente el haber mantenido una relación comercial con la demandada ?TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.?. Frente al reconocimiento efectuado por la parte en ese sentido, la misma debió haber aportado en estos autos la documentación, contratos, libros y facturación correspondiente que permitiera determinar el marco dentro del cual se subsumía su vinculación comercial con la co-demandada ?TAG SEGRUIDAD INTEGRAL S.R.L.?, lo cual según las resultas del proceso y en particular en el momento de llevarse a cabo la pericia contable, no lo hizo. Además, de la declaración testimonial de fs. 330 ?MARQUEZ?, se desprende que la fuerza laboral era puesta a disposición y en beneficio de ambas empresas co-demandas así da cuenta por su relación laboral con las demandadas y también del actor. Por otra parte, de la declaración referida advierto que las tareas efectuadas por el actor y lugares de trabajo u ?objetivos?, resultaron ser Ferro en caballito y Terrazas -ambos de IRSA -, Orison también de IRSA; lo cual juzgo hace operativa al presente la hipótesis del art. 30 RCT respecto de la co-demandada ?IRSA Inversiones y Representaciones S.A.?, por lo que deberá extenderse el monto de condena a la misma solidariamente, según fundo a continuación. La interpretación de las categorías jurídicas no puede excluir que siempre son conductas materiales tendientes a un fin. La teleología, el devenir del acto forma parte de la inteligencia de lo que es.

Mientras las personas de existencia visible son fuera (mas allá) de las relaciones jurídicas, las personas de existencia ideal son sus relaciones jurídicas. Las sociedades comerciales son capital (relación social o 'labour commanded', trabajo comandado, como lo definiera Adam Smith) aplicado a un fin específico que, en términos de lenguaje jurídico se traduce en actividad contractual. Si queremos indagar respecto de la causa fin del contrato de trabajo, la tipicidad objetiva, nos va a determinar los verdaderos sujetos de la relación jurídica de apropiación del producto de la fuerza de trabajo. Del mismo modo, la causa fin determina las cualidades, bordes y límites de la empresa y del establecimiento. La empresa y el establecimiento deben entenderse entonces como emprendimiento humano, como finalidad que es ya en el acto. El establecimiento no existe fuera de la realidad social. La materialidad de las conductas es en esa realidad y no en la realidad física. Consecuentemente la interpretación jurídica de las conductas es la interpretación de las finalidades asignadas para la realización del acto. No es esta una mera consideración filosófica. Suele utilizarse como defensa que no se cedió el establecimiento sino, por ejemplo, el inmueble y las maquinarias. Pero en la medida que el inmueble y las maquinarias carecen de sentido económico sin la utilización de la fuerza de trabajo que las sirva y sin la cual no se puede obtener el objeto de la contratación, el para qué de los actos humanos (que son ya actos económicos y actos jurídicos) nos va a determinar la admisibilidad de esta. En este sentido, cuando, por ejemplo, las sucursales de una cadena de supermercados operan en conjunto, el concepto de establecimiento debe predicarse de la cadena de supermercados que al operar conjuntamente opera como una unidad técnica o económica de producción. Cuando una sucursal de ella se escinde, se está subcontratando una sección del establecimiento. Una vez separada la sucursal mediante la concesión, esa sucursal opera como establecimiento. Lo que se ha cedido es el establecimiento en sí. El establecimiento es entonces una unidad económica u operativa cuya cesión acaece siempre que quien tiene la titularidad de administrarlo, o incluso de crearlo, lo atribuye a otra unidad económica. El establecimiento, en tanto unidad económica u operativa vinculada a los fines de una empresa tiene como fin una determinada producción. El fin de la empresa, no necesariamente coincide con los fines del establecimiento pues el fin del establecimiento es un fin instrumental a los fines de la empresa. Una sociedad comercial, por ejemplo, tiene como fin la obtención de lucro en la que la producción de cosas, bienes o servicios es sólo un medio para ese fin. En la medida que se produce para el mercado, la cosa producida es un valor de cambio y no un valor de uso. Si por hipótesis esta sociedad comercial tuviera un establecimiento de creación publicitaria para la producción de publicidad para la firma que la sociedad explota, el fin de este establecimiento es producir una cosa (la publicidad) no para el mercado sino para su uso. Se adquiere el producto del establecimiento por el propietario en tanto útil. Esta distinción resulta necesaria pues, una empresa puede tener por objeto la obtención del lucro mediante la explotación de una red de telefonía celular. Los puestos de venta que esta empresa explote directamente son establecimientos cuyo lucro surge de la venta de los equipos celulares y del derecho a la conexión a la red de telefonía celular. El medio productivo para la obtención del fin de la empresa y el de ese establecimiento particular difieren. Por eso, cuando se analiza la transferencia o cesión del establecimiento lo que debe ser tenido en cuenta no es el fin de la empresa en general sino del establecimiento particular que fuera objeto del negocio jurídico. Por otra parte, la hipótesis del artículo 30 RCT se diferencia de la transferencia del establecimiento en que, mediante ésta, el titular del establecimiento se desprende de su titularidad, aún a título provisorio, mientras que en los supuestos del artículo 30 RCT, la titularidad eminente nunca se separa del cedente. La norma del artículo 30 RCT se aplica a todos los supuestos en los cuáles no exista transferencia del establecimiento. De hecho, pertenecen a ésta categoría todos los supuestos en los cuales se mantiene el poder de decisión eminente. No hay transferencia de establecimiento sino cesión cuando una sociedad civil da en concesión un restaurante por un período determinado o indeterminado de tiempo a un empresario gastronómico. Ello, en la medida que la prestación del concesionario esté reglada en el contrato de concesión. La diferencia en uno y otro supuesto radica en que la responsabilidad del artículo 30 RCT se dirige a quien tiene el poder eminente, aún así jamás haya actuado como empleador en el establecimiento. En la transferencia del establecimiento, la solidaridad se proyecta hacia quien continúa la explotación. Los supuestos contemplados por el legislador, que no han sido modificados por la ley 25.013, son dos: a) 'Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento habilitado a su nombre? y; b) '... o contraten o subcontraten cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito?. Debe destacarse que en la primera hipótesis regulada por el legislador no es de aplicación el requerimiento de 'la actividad principal y específica?. No se trata de que ésta hipótesis sea vista con mayor desfavor por el legislador sino que, pura y simplemente, 'la actividad principal y específica? no está referida a la empresa, sino al establecimiento. Obvio es decir que quien cede el establecimiento, cede la actividad principal y específica del mismo. El requisito de la actividad principal y específica, entonces, es de aplicación a la contratación o subcontratación de servicios, no a los supuestos en los cuales lo transferido es la totalidad o parte del establecimiento. En tal sentido, si una empresa, por ejemplo, una sociedad civil, propietaria de un establecimiento gastronómico, lo cede a un concesionario, no puede alegar frente al reclamo del trabajador que la actividad gastronómica no forme parte de su actividad principal y específica con referencia a su objeto social.

Esta defensa es inadmisibles en tanto: a) se trata de la cesión parcial de un establecimiento (entendido como ?la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa?), por lo que está excluida del requerimiento de la referencia a la actividad normal o específica y; b) aún así fuera de aplicación el requisito de la actividad principal y específica, no puede olvidarse que la actividad principal y específica de un establecimiento gastronómico es la gastronomía, con prescindencia de cual sea la actividad principal y específica de la empresa propietaria del establecimiento. Es que aún en los supuestos de subcontratación de servicios del establecimiento, lo que debe analizarse es la actividad principal y específica del establecimiento y no de la empresa. De este modo, carece de sentido el análisis del objeto societario a los fines de determinar la inserción del supuesto en la norma. Lo que debe analizarse es la actividad del establecimiento, que bien puede diferir del principal objeto societario. El caso particular de autos es un supuesto, precisamente de cesión de establecimiento. ?IRSA Inversiones y Representaciones S.A.?, que es quien tiene el poder, cede una parte de su esfera de actuación a ?TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.? en miras a la consecución de sus propios fines económicos. Es obvio que solo se puede ceder lo que ya se tiene y lo que cede es precisamente una unidad técnica o de ejecución destinada a la consecución del fin de realizar en el mercado la comercialización de sus productos. Tan es una unidad técnica o de ejecución lo cedido que configura, en manos de la co-demandada TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.A., el fin de esta segunda empresa. Lo que cede ?IRSA Inversiones y Representaciones S.A.? es parte de su establecimiento en los términos del artículo 6° RCT. No cede una actividad, como por ejemplo el servicio de limpieza o vigilancia, sino la unidad técnica o de ejecución en sí, que es a su vez cedida al empleador formal de la actora (?TAG SEGRUIDAD INTEGRAL S.R.L.?). Describir el contrato es describir el poder eminente de Personal sobre el establecimiento. Si es personal quien crea el establecimiento, le da los límites, controla su funcionamiento, este no puede existir sin la cesión de una parte del poder para gestionar el negocio que siempre reside en el principal. ¿De qué actividad principal y específica del establecimiento puede hablarse cuando lo cedido es el establecimiento en sí? Deberían responder entonces las accionadas también en los términos del artículo 30 RCT a las resultas de la causa no han cumplimentado de las obligaciones laborales y de la seguridad social que sobre ellas pesaban que emergentes de la norma mencionada, lo que hace operativa su solidaria responsabilidad. Que en consecuencia la condena debe ser extensiva a ambas demandadas. Finalmente, frente al reclamo por Daño Moral - extratarifario - que pretende la parte actora, haré de hacer lugar al mismo ya que resulta probado en autos, que el despido en análisis es un ?despido represalia?. Los elementos que me llevan a la conclusión indicada resultan de las probanzas de la causa, a saber: a. Una causa invocada por la demandada ?TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.? no probada, (enviada el mismo día en que fuera notificada de las ausencias del actor con motivo de encontrarse bajo licencia por enfermedad). b. Actuación previa de la oficina de violencia laboral del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (fs. 127/181) por ?hostigamiento laboral?. De estas actuaciones emana un expreso compromiso de la demandada ?TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.?, de tomar medidas frente a los hechos denunciados por el actor con la causa precitada. Lo supra indicado, me lleva a analizar estos elementos integralmente, y advierto en consecuencia que las actuaciones ante la autoridad administrativa en el mes de noviembre de 2009 y el despido posterior a ellas, (operado el mismo día de ser notificada la empleadora de las ausencias por enfermedad de la actora), más la falta de probanza de la causa invocada por la demandada en su misiva, (todo lo cual transcurre de modo continuado y sucesivo), resultan suficientes elementos como para subsumir el despido impuesto como un ?despido represalia? frente al debido ejercicio del derecho de defensa que ha efectuado el actor ante el abuso de poder de su empleadora, que advierto ejercido por esta última en exceso de las potestades delegadas por el Poder Legislativo Nacional, (potestades de dirección del empleador RCT), lo cual resulta en consonante aplicación al principio del art. 1071 del Código Civil de la Nación Argentina. No obstante lo supra expuesto, resulta que en sentido contrario a ello, la sentencia de origen rechaza el reclamo por Daño Moral, por entender que no se ha determinado el carácter persecutorio de la conducta de la empresa ?TAG SEGRUIDAD INTEGRAL S.R.L.?. Ante tal postura, advierto que resulta necesario distinguir entre una situación de trato persecutorio durante la relación laboral por un lado, y la que se da en el presente caso, que resulta tratarse de un despido que opera como respuesta al ejercicio del derecho de defensa del trabajador, lo que hace subsumirlo en la figura de ?despido represalia?. Es frente a ello necesario realizar una digresión que ponga de relieve la diferencia entre las figuras similares de discriminación, igualdad de trato y represalia antijurídica. Es casi un acto reflejo identificar la operación de discriminación como la agresión a un sujeto como consecuencia de la posesión de uno o más rasgos distintivos que le conferirían una ?identidad?. En este orden de ideas, el objeto de la discriminación sería un sujeto que es cualificado como tal por su pertenencia a un grupo. De allí que parte de la lucha antidiscriminatoria parece centrarse en el reconocimiento de las diversas ?identidades?. El efecto de este abordaje es la búsqueda de rasgos positivos que permitan ubicar las causas de la discriminación. De este modo pareciera que la discriminación pudiera constreñirse a los motivos enumerados, si bien se reconoce que la enumeración no es taxativa. Ejemplo de ello es la definición de discriminación de Mosset Iturraspe (2009:49) que la considera alternativamente como ?separar, distinguir, diferenciar? como ?dar trato de inferioridad a una persona por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.?. La primera sería una discriminación ?buena? y la

otra una discriminación ¿mala?. Esta pretensión de enumeración se extiende a la mayor parte de los textos legislativos que pretenden combatirla (2° párrafo del artículo 1° de la ley 23.592, artículos 17 y 81 RCT, etc.)⁽¹⁾. Este enfoque de sentido común aceptado mayormente por la doctrina jurídica constituye un error técnico que priva de precisión la noción jurídica de acto discriminatorio. En primer término, el concepto confunde por homonimia dos nociones bien diferenciadas que nada tienen en común. Distinguir es propio del estar en el mundo del sujeto que se constituye como tal en el lenguaje. Sin distinción no hay mundo humano. La discriminación como categoría jurídica no prescinde de la existencia de una subjetividad agresora (esto no implica que la subjetividad sea conciente) que se manifiesta como práctica social discriminatoria. No es la víctima ni ninguno de sus rasgos positivos lo que debe buscarse en la determinación jurídica de la práctica social discriminatoria sino ¿...las características del grupo social, sociedad o Estado que lleva a cabo el proceso discriminatorio? (Villalpando, 2006:17). Poner la mirada en la víctima de las prácticas sociales de discriminación es mantener solidaridad con la mirada normalizada del agresor. Cuando el análisis de las prácticas sociales se centra en las víctimas de estas prácticas (...) el foco del análisis pareciera radicar en encontrar qué es lo que hace que la sociedad discrimine a cada uno de estos grupos o, dicho de otro modo, qué características tienen estos grupos que puedan explicar su discriminación. En un análisis de este tipo se presupone su ¿no-normalidad? (en oposición a una supuesta ¿normalidad? del conjunto), discutiendo tan sólo sobre los niveles de aceptación o ¿tolerancia? de dicha ¿no-normalidad? (que poco a poco se termina postulando como ¿a-normalidad). (Villalpando, 2006:17). De hecho, lo que denota la mirada propiamente discriminadora no es un rasgo empírico del sujeto discriminado sino, por el contrario, la afirmación del atributo en ausencia de su presentación empírica. La mirada específicamente nazi puede expresarse del siguiente modo: ¿Sé muy bien que Abraham, mi vecino de enfrente, aparenta ser un buen padre de familia con intereses artísticos. No obstante, es esta apariencia lo que lo hace más peligroso pues, en tanto judío, su objetivo real es la disolución de los lazos familiares y la obtención del lucro destruyendo todos los valores culturales?. Esta especificidad de la mirada discriminatoria es lo que impide afirmar, como lo hace Mosset Iturraspe (2009:55) ¿... el derecho a 'no ser discriminado', que le asiste a todas las personas, cualquiera sea la 'diferencia' que a juicio de terceros pueda observarse en ellas?. La especificidad de la mirada discriminatoria es que se constituye a partir de un marco no observable. No es necesariamente discriminatorio pensar que un sujeto con un atributo x tiene un atributo y si es observable para ese sujeto esa característica y en el sujeto x. Sí es discriminatorio pensar que porque el sujeto x pertenece a la categoría y ha de tener el atributo z. Es que las prácticas discriminatorias no tienen por objeto una persona sino una categoría de personas a las que se les adjudica un atributo por el hecho de pertenecer a esa categoría. No sería entonces un derecho que le asiste a las personas sino una garantía respecto de cualquier grupo constituido como conjunto. Afirmar que es un derecho que le asiste a todas las personas ¿... cualquiera sea la 'diferencia' que a juicio de terceros pueda observarse en ellas?, es el error conceptual que obligó a Mosset a distinguir una discriminación aceptable y una discriminación inaceptable. El tema central es que cuando una diferencia es observable en un sujeto ya no hay práctica discriminatoria sino relación entre sujetos. No es el contenido de lo que se discrimina lo que establece la diferencia sino que la práctica social de discriminación se puede definir formalmente como la subsunción sin resto del sujeto en la categoría discriminada. El discriminador nazi no ve a Abraham, ve al judío genérico y a Abraham como una expresión de esta categoría. Y este proceso (cualquiera sea el atributo que se adjudique a la categoría, ¿positivo? o ¿negativo?)⁽²⁾ es en sí una objetualización del sujeto. Por tanto no hay discriminación mala o buena. La discriminación, como dispositivo formal de subsunción sin resto del particular en el universal es siempre, necesariamente, antijurídica. La interdicción de las prácticas sociales discriminatorias no se identifica con el principio general de igualdad ante la ley. Si bien ambos institutos encuentran su reconocimiento jurídico inicial en la Declaración Universal de los derechos del hombre (artículos 1 y 2 respectivamente), sus condiciones de funcionamiento y elementos son notoriamente diversos. No se trata de dos modos distintos de nombrar lo mismo sino de dos institutos que imponen por efecto de estructura consecuencias diferenciadas. La igualdad ante la ley supone la existencia de una serie de sujetos que requieren para su igualdad un otro que ocupa ese lugar de excepción. Es a este sujeto a quien se le demanda la igualdad. Pero la condición de la igualdad ante la ley es que exista un sujeto cualquiera que ocupe el lugar de excepción (el de la ley) a quien se le demande la igualdad de los miembros de la fraternidad. Esto es lo que ya señalaba Freud (1988:120) al señalar que la envidia es un sentimiento tan nocivo que amenaza dañar al mismo envidioso y que por eso se revierte en un sentimiento grupal ¿... nos negamos muchas cosas para que otros puedan estar sin ellas o, lo que es lo mismo, no puedan pedir las. Esta demanda de igualdad es la raíz de la conciencia social y del sentido del deber?. Pero este sentimiento grupal sólo puede nacer por la mediación de un otro ajeno al grupo, alguien que se encuentre en una posición excepcional. Es a él a quien se le demanda la igualdad, amar por igual a los miembros del grupo, pero ¿...la demanda de igualdad en un grupo sólo se aplica a sus miembros, nunca al líder? (Freud, 1988:121). Por el contrario, la raíz de la discriminación prescinde de la mediación externa del sujeto de excepción. Es el enfrentamiento directo respecto de un goce atribuido al otro, la envidia sin mediación de la excepción (instancia de ley). El origen de las prácticas sociales de discriminación se encuentra en la fantasía de un goce propio robado por el sujeto o grupo

a quien se atribuye esta capacidad. Y son curiosamente los mitos humanistas utópicos los que dan el marco adecuado para la aparición de este fenómeno. En efecto, el humanismo utópico supone una felicidad alcanzable por el sujeto o su grupo de no mediar obstáculos ?patológicos?. El goce debido es arrebatado por el grupo que ha de ser objeto de discriminación o posee un goce inalcanzable que debe serle arrebatado³. Los intentos moralistas que suponen una ?maldad? en el discriminador o una irracionalidad en éste tienden a encubrir que los más violentos supuestos de discriminación y genocidio se hicieron enarbolando la bandera del bien (de hecho la svástica, que tuerce la cruz hacia la derecha, es el signo ario del bien) y para ello encontraron una base de racionalidad, incluso científica. Los grandes genocidios, productos del siglo XIX que se agravan en el XX, son el resultado de la ilustración, de la razón instrumental en marcha hacia un porvenir venturoso (la sociedad comunista, los mil años del Reich alemán). Incluso, entre los antecedentes, difícilmente se pueda encontrar un contemporáneo más racional que Torquemada. Si una práctica social discriminatoria adquiere difusión en una sociedad determinada, no es por efecto de la aberración o de la irracionalidad. Por el contrario ?...la construcción de esta supuesta condición de ?normalidad? de la sociedad es uno de los primeros y principales modos de acción de una práctica social discriminatoria? (Villalpando, 2006:17). La normalidad lleva ínsita la idea de bien y de moral. Al mismo tiempo desde estas ideas de bien y de moral la práctica social discriminatoria se manifiesta funcional. Si algo responde a la idea de moralidad y racionalidad de una sociedad determinada es, precisamente, la práctica social discriminatoria⁽³⁾. Ahora bien, es de señalar que el concepto de discriminación que se critica no tiene sustento en la definición de discriminación que desde 1989 adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD) que entiende como tal a: Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el conocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Como puede observarse la discriminación (que no admite una forma neutra sino que es por definición antijurídica) consiste para la definición de la CERD en: 1) Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia; 2) motivada en cualquier condición social; 3) que tenga por objeto o por resultado; 4) anular o menoscabar el conocimiento goce o ejercicio en condiciones de igualdad; 5) de Derechos Humanos o libertades fundamentales de todas las personas. La interdicción de las prácticas sociales discriminatorias no es una demanda dirigida al sujeto de excepción (como es el supuesto de la igualdad ante la ley) sino que puede ser exigida tanto del sujeto de excepción como de cualquier miembro del grupo⁽⁴⁾. Por el contrario, la igualdad ante la ley o sus corolarios sólo puede ser demandada al sujeto que ocupa el lugar de excepción (el gobernante o, en la relación laboral, el empleador o superior jerárquico) respecto de los sujetos comprendidos en la regla (los miembros del grupo). En segundo lugar, la discriminación está motivada y, por tanto, tiene por objeto o resultado privar -por causa de una condición social cualesquiera- el goce o ejercicio de un derecho o libertad. La igualdad ante la ley se viola siempre que la desigualdad no sea razonable. No es necesario que tenga por objeto la privación de derechos a un grupo. En otras palabras, la igualdad ante la ley se viola ?objetivamente?. La práctica social discriminatoria está motivada. La característica particular de la motivación de la práctica social discriminatoria es justamente la adjudicación a un sujeto de la pertenencia a un grupo. Esto es que en el acto de discriminación el discriminado no es el sujeto en su particularidad sino en tanto adscripto a un grupo social de pertenencia. Por eso señalé previamente que lo que constituye a la práctica social discriminatoria es la subsunción sin resto del sujeto (o del particular) en una identidad (en una generalidad). Cuando la causa de las conductas que tienen por objeto la privación de derechos o libertades sean condiciones o conductas del sujeto, no se produce discriminación sino meramente represalia (que puede por supuesto, ser discriminatoria) o distinción. Y la represalia o la distinción, a diferencia de la discriminación, puede ser lícita o antijurídica⁽⁵⁾. De allí que, no obstante la posibilidad de que las figuras coincidan, el ámbito de actuación del principio de igualdad ante la ley y de interdicción de las prácticas sociales de discriminación difiere. A su vez, estas se encuentran en idéntica situación respecto del concepto de represalia. Gráficamente la situación podría representarse así.

En el caso particular de autos advierto subsumible la acción de extinguir el vínculo laboral como la represalia por las actuaciones administrativas iniciadas por el actor ante la autoridad administrativa por hostigamiento laboral según expliqué anteriormente. La prueba del carácter del distracto sin represalia pesa sobre el demandado. El despido ad nutum es uno de los pocos supuestos en los que la antijuridicidad viene marcada desde la Constitución Nacional cuando carga a los poderes constituidos con la manda de proteger contra el despido arbitrario. Es obvio señalar que aquello contra lo que el constituyente manda proteger es lo que se define constitucionalmente como antijurídico pues la protección de la Constitución es por antonomasia la protección del orden jurídico. Es despido arbitrario aquel que obedece a la sola voluntad del sujeto emisor, lo que responde al solo arbitrio del agente. No es necesario para incurrir en la antijuridicidad marcada por la Constitución tipo de malicia alguno. Es entonces arbitrario aquél despido que no responde a las características objetivas de la contratación que marcan el momento de la finalización de la relación por agotamiento de su objeto o aquél que no obedece a injuria o imposibilidad material del cumplimiento que actúen como causa de justificación del despido (justa

causa). Aparecen entonces claramente delimitados los dos supuestos en los que la extinción de la relación laboral dispuesta por el empleador están excluidos de la tacha de antijuridicidad: 1) extinción de la relación laboral por agotamiento de su objeto o causa fin objetiva de la contratación y b) una causa de justificación que excluya la antijuridicidad del acto de despido. Esta es, por otra parte, la clasificación de causas de exclusión de arbitrariedad del despido que contempla el Convenio 158 de la OIT. En este punto debe señalarse que para el régimen constitucional argentino no es indiferente que la finalización de la relación laboral obedezca a la voluntad del trabajador o a la voluntad del empleador. Una de las características fundamentales de los regímenes constitucionales herederos de la Revolución Francesa consiste en que no resulta posible hacer violencia sobre el cuerpo del deudor, con referencia especial a uno de los antecesores más cercanos de la actual relación de trabajo: la servidumbre contractual. Lo que caracterizaba a la servidumbre contractual consistía, precisamente en la posibilidad de exigir la presencia del cuerpo del deudor por la fuerza para el cumplimiento de su débito contractual. Por esta causa Kant la llamaba una relación personal-real. A esta situación pone fin la norma del Código Napoleón en el artículo 1142 que establecía que toda obligación de hacer se resolvía en la de daños y perjuicios. Nuestro artículo 629 sigue la tesis de Pothier, que fue también la interpretación jurisprudencial de la norma francesa. En efecto: ¿Si el deudor no quisiere o no pudiese ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada a no ser que fuese necesaria violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir daños e intereses?. Esta disposición ya coloca en una situación de desigualdad la prestación principal del trabajador (que ejecuta una obligación de hacer) y la del empleador (cuya obligación principal es de dar). Desde un segundo punto de vista, debe tenerse en cuenta la diferencia de redacción entre la norma del artículo 1142 del Código Napoleón y la del artículo 629 de Vélez. Mientras la primera resuelve en daños y perjuicios a toda obligación de hacer, la disposición aplicable a nuestro país restringe esta resolución a los supuestos en que hubiera que hacer violencia sobre el cuerpo del deudor: ¿...violencia contra la persona del deudor?, reza textualmente el artículo 629. Y esta diferencia de redacción no puede ser ignorada cuando en la nota al artículo 629 Vélez señala: El cód. francés, por el art. 1142, declara que toda obligación de hacer o de no hacer se resuelven caso de inejecución por parte del deudor, en la satisfacción de daños e intereses; pero por el art. 1144, declara que el acreedor, puede también en caso de inejecución ser autorizado para hacerlo ejecutar él mismo a costa del deudor. MARCADÉ sobre el art. 1144, concilia esta aparente contradicción, diciendo que el art. 1142 no debe tomarse a la letra, cuando declara que toda obligación, de hacer o de no hacer, se resuelve en caso de inejecución en la satisfacción de daños e intereses. Esto no sucede sino en dos casos: 1° cuando la ejecución forzada no podría resultar sino de violencia dirigida contra la persona del deudor, y 2° cuando el acreedor, aunque pudiendo obtener la ejecución directa por la fuerza, se contentara con la satisfacción de los daños e intereses. La innovación que trae consigo la revolución francesa y la ideología de la ilustración importa el respeto por la libertad de trabajar, lo que convierte en lícito al acto que -por parte del prestador de servicios - pone fin a la relación contractual. En este sentido, la renuncia al empleo es un derecho, por tanto su ejercicio es lícito salvo el supuesto de abuso. La tutela de la libertad del individuo, propio de los regímenes constitucionales liberales torna ilícita cualquier restricción -incluso contractual - a la libertad de trabajar, como la de fijar domicilio o mudar de religión. Es curioso que, no obstante la claridad de la nota exista quienes interpreten el artículo 629 de nuestro Código Civil como si tuviera la redacción del artículo 1142 francés cuya interpretación, desde comienzos del siglo XX es similar a la que surgiría de una redacción similar a la de nuestro Código. La reincorporación de un trabajador no hace violencia sobre el cuerpo del empresario pero exigir el débito por parte del trabajador sí. No es cualquier obligación de hacer la que se resuelve en daños y perjuicios sino la que hace violencia sobre la corporalidad. En la generalidad de los casos el empleador, por ser una persona de existencia ideal ni siquiera tiene corporalidad para hacer violencia. Para cumplir su débito de ocupación el empleador sólo debe abstenerse de ejercer violencia sobre el cuerpo del trabajador que quiere cumplir su débito correlativo. De allí que el pretendido fundamento de la necesidad de la estabilidad relativa con fundamento en el principio nemo ad facendum cogi potest es el efecto de una lectura de la norma de nuestro Código Civil como si respondiera a la literalidad de una sola norma del Código Napoleón, la del 1142, olvidando la norma del artículo 1144. Así se ha dicho: De conformidad con el principio de Derecho Privado allí establecido (nemo ad facendum cogi potest), al tratarse de una obligación de hacer, no puede ejercerse violencia sobre la persona del deudor que no quiera ejecutar la obligación de hacer a que fue condenado judicialmente, lo que se resuelve con una indemnización que fijará el juez. [\(6\)](#) No se trata de una imposibilidad de ejercer violencia sobre la persona del deudor porque es una obligación de hacer sino que una obligación de hacer o de no hacer sólo se resuelve en daños y perjuicios si para cumplirla debe hacerse violencia sobre el cuerpo del deudor. Desde otro punto de vista se sostuvo, y aún se sostiene, que es una facultad de las partes poner fin en cualquier momento a un contrato por tiempo indeterminado. Sin embargo, el contrato de trabajo por tiempo indeterminado no es un contrato sin plazo sino con plazo indeterminado (el momento en que ocurra alguno de los sucesos que necesariamente han de poner fin a la relación: muerte, jubilación, incapacidad, muerte del empleador cuando la posibilidad de realización del objeto del contrato está vinculada necesariamente a las condiciones particulares del mismo, etc.), tal como lo define el artículo 568 ¿El plazo es incierto, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro

necesario, para terminar el día en que ese hecho necesario se realice?. Todas las circunstancias aludidas son hechos que, en tanto alternativas de finalización de la relación imponen un plazo incierto, un hecho alternativo que necesariamente ha de suceder sin que pueda saberse exactamente cuando. Como indica el artículo 569: ?Cualesquiera que sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo, y no condición, siempre que el hecho futuro fuese necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto?. Por otra parte, tampoco es cierto que cualquiera de las partes pueda extinguir en cualquier momento la relación contractual por tiempo indeterminado pues esta facultad, que se considera implícita esta condicionada a las expectativas de cumplimiento de la otra parte, por lo que doctrina y jurisprudencia civil y comercial han exigido unánimemente un preaviso adecuado a la índole y características de la relación contractual. La ruptura intempestiva e incausada es un ilícito contractual. Renuncia y despido no son equivalentes (aún prescindiendo de la norma del artículo 14 bis) por cuanto la renuncia está directamente vinculada a una libertad jurídicamente prevalente: La que separa el contrato libre de la servidumbre contractual. De este modo, quienes afirman que el período de prueba beneficia a ambas partes olvidan que sólo al empleador se lo beneficia excluyendo temporalmente la antijuridicidad del despido pues la renuncia es una libertad pública fundamental en un régimen republicano y democrático. En este sentido, el despido es un incumplimiento voluntario del plazo contractual y, por tanto, antijurídico a menos que opere una causa de justificación (justa causa). Por el contrario, la renuncia es el ejercicio de una libertad constitucionalmente prevalente al régimen contractual y, por tanto jurídica a menos que el ejercicio antifuncional y malicioso la torne antijurídica por operar el abuso del derecho. Precisamente porque el despido arbitrario es antijurídico su consecuencia es la responsabilidad indemnizatoria por parte del empleador. Sin antijuridicidad no hay indemnización propiamente dicha, que requiere la concurrencia de un hecho, dañoso, con un nexo causal adecuado entre el hecho y el daño, antijurídico y con un factor de atribución adecuado. Para que sea posible resarcir un daño, es menester que ese daño haya sido injusto. De ningún modo puede entenderse que se cumple la obligación de no despedir arbitrariamente pagando la indemnización. Precisamente respecto de las obligaciones de hacer o de no hacer (a las que pertenece la obligación de no despedir arbitrariamente) el artículo 631 señala: ?El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses?. Tal como señalan Alberto Bueres y Abel Marino: El pago de los daños y perjuicios no importa el cumplimiento de la obligación sino todo lo contrario. La indemnización es, justamente, el efecto de la falta de cumplimiento, como remedio para satisfacer el interés del acreedor ante la imposibilidad de la ejecución directa por parte del deudor. Si se concediera al deudor la facultad de liberarse pagando daños y perjuicios, se atentaría contra el principio de identidad del pago (art.740, Cod. Civil) según el cual el obligado no puede pretender entregar una cosa diversa de la debida. No existe una obligación alternativa, cuyo doble objeto sea la prestación originaria y la indemnización correspondiente; la obligación tiene un único objeto que consiste en el hecho debido.(7) En este orden de ideas, el empleador debe una obligación de no hacer (no despedir arbitrariamente) y su violación -si bien no produce la ineficacia del acto porque el artículo 245 RCT no establece ese efecto para el caso particular-, es un supuesto de incumplimiento contractual. En tanto incumplimiento, su perpetración tiene como consecuencia el nacimiento de la acción de daños y perjuicios. De este modo, el cumplimiento del plazo del contrato constituye para el trabajador un elemento integrante del sinalagma que, como tal se proyecta como derecho de propiedad en sentido constitucional. Porque hay propiedad, hay resarcimiento necesario que da lugar a la acción indemnizatoria. Tal como se ocupara de reseñar Ackerman hace ya largo tiempo, la indemnización por despido es una cláusula penal: Como bien señala Etala, en el supuesto de la indemnización por despido, ella nace ante la violación por el empleador del bien jurídico protegido: la estabilidad en el empleo. Disentimos en cambio con el autor citado cuando éste aprecia que las teorías que ven en estas indemnizaciones un resarcimiento, pierden fuerza cuando el trabajador encuentra ocupación sin haber sufrido daño alguno. Esta aseveración puede ser rebatida recurriendo al art. 656 del Código Civil, donde se reglamenta una institución cuyos efectos la hacen parcialmente asimilable a las indemnizaciones laborales forfatarias: la cláusula penal, de naturaleza eminentemente resarcitoria y, al mismo tiempo, punitoria. El citado artículo 656 establece que ?para pedir la pena el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno?. Este efecto es coincidente con el de cualquier indemnización tarifada prevista en nuestra normativa laboral. Con los matices propios de cada rama del derecho, se trata, en líneas generales, de montos prefijados (legalmente en materia laboral, convencionalmente en lo civil), para eventuales incumplimientos de las partes. En consecuencia, dadas las características y alcances que en nuestra legislación social tienen las indemnizaciones forfatarias impuestas a una parte a favor de la otra, en supuestos de incumplimiento de obligaciones contractuales, ellas podrían ser definidas como verdaderas cláusulas penales de origen legal.(8) Por supuesto, la norma del artículo 245 RCT integra supletoriamente los contenidos del contrato a falta de una estipulación contractual individual válida (sea porque las partes no pactaron nada expresamente, sea porque lo pactado expresamente es nulo por contrariar a la propia norma del artículo 245 RCT en tanto norma imperativa de orden público de protección). Nada impide que las partes pacten la nulidad del despido arbitrario o una cláusula penal cuyo contenido sea superior al mínimo que

establece el artículo 245 RCT. Existe una cierta confusión en el ámbito laboral como consecuencia de las expresiones que son fruto de la comodidad de expresión del lenguaje y que es necesario precisar: En ningún caso la ley o el convenio colectivo son fuente directa e inmediata del nacimiento, modificación o extinción de las obligaciones. Basta para advertir esto remitirse a la literalidad del texto del artículo 1º RCT en el que las fuentes citadas no son fuentes del derecho del trabajo sino del contrato o relación de trabajo. La fuente inmediata del nacimiento, modificación o extinción de las obligaciones es siempre un acto o un hecho jurídico a los que, por supuesto la ley o el convenio colectivo les han asignado la capacidad de crear, modificar o extinguir obligaciones. En este orden de ideas, como también lo señalara Ackerman, la norma del artículo 245 RCT es propiamente una cláusula penal en tanto se integra a los contenidos del contrato individual de trabajo. Esto significa que, si las partes no pactan válidamente otra cosa, se integra a los contenidos del contrato una fijación previa o liquidación de los daños y perjuicios calculados en abstracto que pueden, dentro de ciertos límites contemplar una función de carácter punitivo. En los términos del artículo 652 del Código Civil: ¿La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o a una multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación?. El principio general, también aplicable al artículo 245 RCT es que ¿La pena o multa impuesta en la obligación, entra en el lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente? (artículo 655 del Código Civil). De este modo: ¿Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno?. Este principio de subsunción de todo daño y perjuicio en la pena o tarifa reconoce sin embargo cuatro excepciones: a) incumplimiento doloso de la obligación; b) cláusula penal ínfima desde el inicio, c) cláusula penal ínfima por situaciones sobrevinientes; d) abusivo provecho de la situación del deudor. La última de las hipótesis es inaplicable al contrato de trabajo, ya que en esta obligación contractual el deudor es el empleador, es decir quien subsume en el giro de su organización empresarial el trabajo vivo del acreedor. Sin embargo su principio, adoptado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia civil es aplicable a los supuestos de cláusula penal ínfima de la que se sigue del aprovechamiento de la situación del acreedor. Es que, en línea con lo establecido por el artículo 631, la primera parte del artículo 658 establece ¿El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena...?. Esto es así porque no se trata de una obligación alternativa sino de una pena por el incumplimiento de una obligación principal que hace nacer a la obligación secundaria (el pago de la tarifa o cláusula penal). Con referencia a la segunda parte del artículo 658 del Código Civil: ¿... sino en el caso en que expresamente se hubiese reservado este derecho?, no se refiere propiamente a una cláusula penal. Como recuerda Kemelmajer de Carlucci: ¿La mayoría de la doctrina nacional y extranjera considera que, en este caso, no existe una verdadera cláusula penal sino una figura jurídica distinta: un pactum displicentiae o multas de arrepentimiento, a la cual no le es aplicable la normativa del Tít. XI?.(9) Precisamente por esto es aplicable la norma del artículo 507 del Código Civil que hace inexcusable el dolo al contraerse la obligación. La determinación general del daño importa una falta de ejecución no maliciosa. Cuando existe malicia el objeto de la indemnización varía en los términos del artículo 521 del Código Civil para abarcar las consecuencias mediatas del incumplimiento. Olvidar esto implicaría admitir una cláusula de irresponsabilidad por dolo que precisamente repudia el artículo 507. No puede olvidarse que en el ámbito laboral estos supuestos de inejecución maliciosa de la obligación son objeto incluso de una pena especial, como es el supuesto de despido por causa de embarazo, maternidad o matrimonio. Obsérvese que no se trata de una mera indemnización por daños y perjuicios. Si fuera así, sería irrelevante el conocimiento que el empleador tuviera del estado de embarazo, maternidad o matrimonio ya que se indemniza el daño producido. La condición de resarcimiento de este daño especial (y por tanto excepción al ya señalado principio del artículo 655) es la inejecución maliciosa de la obligación de no hacer (despedir arbitrariamente) sabiendo las consecuencias mediatas del acto. Esta es la razón por la que siempre se requiere el conocimiento de la situación jurídicamente protegida por parte del incumplidor malicioso. La malicia en el incumplimiento de la obligación de no hacer es la causa de resarcimiento extratarifado. No se trata, como vulgarmente se dice, de una diferenciación entre el daño moral y material. Todo despido arbitrario causa perjuicio material y moral como consecuencia inmediata como, por ejemplo, la pérdida del colectivo de pertenencia que implica la comunidad laboral de los trabajadores. Son daños que se siguen del despido ¿...según el curso natural y ordinario de las cosas? (artículo 901 del Código Civil) y, por tanto comprendidos en la tarifa. Para que un daño no esté comprendido en la tarifa debe ser una consecuencia que resulta ¿... solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto?, es decir, una consecuencia mediata. A su vez, para que las consecuencias mediatas de una inejecución contractual sean resarcibles, es menester que ¿...la inejecución de la obligación sea maliciosa?. Esto es, que se incumpla dolosamente, es decir, a sabiendas y con la intención de dañar. Fuera de estos supuestos, ¿En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación? (artículo 520 del Código Civil). Por este motivo, la malicia actúa a un tiempo como causa de la impugnación de la tarifa (lo que permitiría probar y reclamar los daños y perjuicios inmediatos) y como causa de resarcimiento de

las consecuencias mediatas (que no están comprendidas en la tarifa). De ello se siguen dos consecuencias: a) impugnación de la tarifa y acción destinada al resarcimiento de los daños inmediatos y mediatos alegando y probando los daños y perjuicios; b) mantenimiento de la tarifa y acción destinada al resarcimiento de los daños y perjuicios mediatos con fundamento en que el dolo no puede ser excusado convencionalmente (artículo 507 del Código Civil). Lo que resulta inadmisibles es reclamar juntamente daños y perjuicios que son consecuencia inmediata del despido y la cláusula penal del artículo 245 RCT por duplicarse las consecuencias indemnizatorias. Los supuestos de cláusula penal ínfima y de cláusula penal ínfima sobreviniente tienen particular peso en el ámbito del derecho del trabajo pues la norma legal (en el caso el artículo 245 RCT) debe asegurar al trabajador protección contra el despido arbitrario de acuerdo a la disposición del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Una cláusula penal ínfima es una cláusula penal que no protege contra el despido arbitrario y por ende inconstitucional. Aún en el ámbito del derecho común la cláusula penal ínfima es inadmisibles si con ella se pretende exceptuar el dolo obligacional (artículo 507), si se trata de daños causados a la integridad física de las personas o se viola el orden público como, por ejemplo, en el caso de los vicios rehdibitorios (artículo 1646). Obvio es decir que el mismo razonamiento es aplicable al resarcimiento del daño específico más allá de la tarifa en los supuestos de despido doloso por represalia antisindical o por acto discriminatorio. En el caso concreto se ha irrogado un daño no subsumible en la tarifa RCT, ¿moral? específico como resultado de la afectación del derecho ejercido por la parte actora en miras de preservar su integridad que veía perturbada y que tuvo como respuesta un despido represalia laboral atribuible a TAG SEGURIDAD INTEGRAL S.R.L.. La parte actora ha justipreciado el daño en la suma de \$ 15.000 en concepto de daño moral, al momento del despido, suma que parece adecuada para resarcir el daño provocado, por lo que en mi opinión en el punto debe accederse a la suma de la demanda tal como fuera propuesta. Este concepto resulta extensible solidariamente también a la co-demandada ¿IRSA Inversiones y Representaciones S.A.?, toda vez que la situación aquí desarrollada y que se encuentra subsumida dentro de una previa hipótesis de extensión de responsabilidad con fundamento en el art. 30 RCT, resulta que siendo operativa ¿IRSA Inversiones y Representaciones S.A.? deviene en co-responsable frente a todas las obligaciones que emerjan del vínculo laboral habido con el actor, de la cual no resulta ajena la aquí tratada. Consecuentemente, deberá adecuarse el capital de condena a la suma de \$ 88.699,24 (PESOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE CON 24/100) , suma que devengará intereses desde que cada crédito es debido y hasta el efectivo pago, aplicando para ello la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de préstamos. Finalmente, apelan a fs. 394 y 406 los peritos contador y calígrafo respectivamente al considerar la regulación de sus honorarios baja, y frente a las disidencias de la demandada vencida al considerarlos elevados; advierto que resulta ajustado lo resuelto en el decisorio de grado al respecto por lo que deberá confirmarse el mismo por resultar adecuado a las tareas realizadas y su importancia para la resolución de la causa -artículo 38 LO y la escala regulatoria para la actividad pericial de los profesionales en ciencias. Consecuentemente, no advierto motivo para apartarme del decisorio de grado, por lo que deberá confirmarse lo allí dispuesto en esta materia. Las costas deben ser soportadas en ambas instancias por las demandadas vencidas. Las costas de alzada deben ser impuestas a la demandada vencida (artículo 68 CPCCN) y los honorarios regularse en el ...% de lo que fuera regulado en la instancia anterior (artículo 14 de la ley de aranceles). El DOCTOR OSCAR ZAS manifestó: I. Adhiero a la propuesta del primer voto en orden a confirmar la decisión de grado en lo que respecta a la falta de justificación del despido directo y a modificarla extendiendo la responsabilidad solidariamente a la codemandada IRSA Inversiones y Representaciones S.A. por los siguientes fundamentos: II. El demandante refirió en el inicio (v. fs. 6 y sgtes.) que desarrolló tareas de vigilador general para TAG Seguridad Integral S.R.L., empresa que se dedica a la prestación de servicios de seguridad y vigilancia para la codemandada IRSA Inversiones y Representaciones S.A., por lo que correspondía responsabilizarla en los términos del art. 30, L.C.T. El juez de grado concluyó que IRSA S.A. no resultaba solidariamente responsable frente al accionante en los términos dispuestos por el art. 30, L.C.T. porque no se había acreditado que hubiera contratado ¿trabajos o servicios correspondientes a su actividad normal y específica propia del establecimiento?. La doctrina fijada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Rodríguez, Juan R. c/Compañía Embotelladora Argentina S.A." y "Escudero, Segundo R. Y otros c/Nueve S.A. y otro" no debe ser seguida obligatoriamente por los tribunales inferiores para delimitar el alcance del art. 30 de la L.C.T. (t.o.). En efecto, el Supremo Tribunal Federal en un reciente caso señaló en lo pertinente: "...esta Corte juzga conveniente y oportuno expresar que, tal como se sigue de las disidencias formuladas en "Rodríguez, Juan Ramón c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" (Fallos: 316:713) por los jueces Fayt, Petracchi y Nazareno (cit., p. 723; asimismo, la disidencia de estos jueces y del juez Belluscio en "Encinas, Marcelino c/Francisco Ballester y otro", Fallos: 321: 2294, 2297), es impropio de su cometido jurisdiccional en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada (art. 30, L.C.T.), dado el carácter común que ésta posee..." "...si bien es cierto que el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia del mentado derecho común, no lo es menos que la intervención de la Corte en esos casos no tiene como objeto sustituir a

aquéllos en temas que, como el indicado, le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales... "...Que, en suma, cabe entender configurada la "inconveniencia" de mantener la ratio decidendi de "Rodríguez, Juan Ramón c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" (Fallos: 316:713) para habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (doctrina de Fallos: 183:409, 413)..." (C.S.J.N., B.75. XLII, 22/12/2009, "Benítez, Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero S.A. y otros)". Me inscribo en el denominado "criterio amplio" de interpretación del art. 30 de la L.C.T. (t.o.). En tal sentido, destaco la ilustrada opinión de Justo López, quien expresa que la solidaridad también se hace extensiva a las actividades accesorias con tal de que estén "integradas permanentemente" al establecimiento. Lo que quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma es la actividad que se puede llamar extraordinaria o eventual. Cabe señalar que al referirse a la actividad extraordinaria aclara que lo hace "en el sentido excepcional como tipo de actividad, no de intensificación de una actividad habitual". Por su parte, Fernández Madrid sostiene que por actividad "normal y específica" debe entenderse toda aquella que haga posible el cumplimiento de la finalidad de la empresa y que puede ser relativa tanto al núcleo del giro empresario como a los trabajos que coadyuvan al cumplimiento del objetivo correspondiente, pues la empresa es un todo y no puede ser fraccionada en partes a efectos de establecer la posible existencia de responsabilidad solidaria (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", La Ley, 3ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2007, Tomo I, p. 1041/2). En este marco, corresponde analizar si se verifican en el "sub-lite" los presupuestos fácticos de operatividad del art. 30 de la L.C.T. (t.o.) a fin de responsabilizar solidariamente a IRSA Inversiones y Representaciones S.A. Dicha codemandada admite en el responde: "...Sí es cierto que mi mandante ha mantenido una relación comercial con la demandada TAG SEGURIDAD INTEGRAL S..RL. pero, como se verá a continuación, dicha relación no ha hecho nacer ninguna eventual responsabilidad solidaria de IRSA S.A., por personal que haya trabajado para dicha empresa o para las empresas que comercialmente se vincularan a ella ..." (ver fs. 30 vta.). En tales términos, a mi criterio, coincido con el voto preopinante de que corresponde modificar el decisorio de grado y extender la responsabilidad solidariamente a IRSA Inversiones y Representaciones S.A. por el pago de la condena de autos con fundamento en el art. 30 L.C.T. En efecto, la relación empresaria entre las codemandadas tiene la finalidad exclusiva de posibilitar la concreción de la actividad específica de aquella, pues no parece inverosímil ni dudoso sostener que la vigilancia brindada por la empresa de seguridad hace a su fin empresario, ya que su objeto no es sustentable si se limita exclusivamente a brindar actividades financieras y de inversión inmobiliaria (v. fs. 30/vta.) sin incluir la seguridad y vigilancia en sus establecimientos. Ello así, resulta procedente en el caso la pretendida solidaridad toda vez que la demandada TAG Seguridad Integral S.R.L. ha brindado servicios de vigilancia con su personal -entre ellos, el actor- en beneficio de la coaccionada IRSA Inversiones y Representaciones S.A., quien la ha contratado para realizar tareas complementarias a su actividad principal. Entre los objetivos de IRSA Inversiones y Representaciones S.A. estaba precisamente la seguridad y vigilancia en sus emprendimientos, lo que coincide con los servicios brindados por las demandadas TAG Seguridad Integral. En concreto, la actividad prestada por ésta es inescindible de los servicios desarrollados por IRSA Inversiones y Representaciones S.A. por lo que considero que la situación encuadra en el art. 30, L.C.T. Por las razones expuestas, adhiero a la solución propuesta en el primer voto respecto a la extensión de la condena de autos solidariamente a dicha codemandada en los términos y con los alcances del art. 30, L.C.T. (t.o.). III. También cuestiona el accionante el rechazo del reclamo indemnizatorio por daño moral ante el despido discriminatorio, porque el mismo se consumó en forma intempestiva e inmediata a las denuncias realizadas por el actor ante la Oficina de Violencia Laboral del Ministerio de Trabajo ante el hostigamiento y el maltrato dispensado por personal jerárquico de la demandada. Así concluye que el accionar de la empleadora configuró un despido por motivos discriminatorios en los términos de la ley 23.592. Como señalé en lo pertinente al emitir mi voto como integrante de la Sala V de la C.N.A.T. en las causas: "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A." (sent. def. n° 68.536, del 14/06/2006), ?Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.? (sent. def. n° 69.131, del 21/12/2006), ?Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.? (sent. def. n° 70.349, del 20/12/2007) y ?Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.? (sent. def. n° 70.913, del 20/08/2008): Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que -como intentaré fundamentar más adelante- ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente: "...Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la

ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación...La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo...? ...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada...De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta? (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación)". El art. 5º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que se aplica, efectivamente, ¿a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional?. Pero luego agrega que esto es ¿sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional?. Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de control, el objetivo de estos convenios -consistente en proteger los derechos sociales de los trabajadores- y hasta la naturaleza de los mismos -de carácter cuasilegislativo-, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la O.I.T. En efecto, si estos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de ¿toda práctica ulteriormente seguida? en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio. Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarlas a los principios del convenio respectivo. Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T. El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la O.I.T. en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. Geraldo Von Potobsky, ¿Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT?, en ¿Derecho Colectivo del Trabajo?, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/10). Cabe destacar que el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en lo pertinente: ¿1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías necesarias por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...? Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la citada disposición del P.I.D.C.P., que consagra el derecho al debido proceso legal derivado de la ¿dignidad inherente a la persona humana?, concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Para que exista ¿debido proceso legal? es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional. En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, ¿sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho? y son ¿condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999). Recientemente, el tribunal americano ha señalado en una Opinión Consultiva referida a la condición jurídica y a los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados: "...18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones?". 19. En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "Derecho se pretende justo -dice el tratadista español-, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial". Ahora bien, "¿la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad? (¿La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior?, en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19). La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación", L.L. 1995-D, p. 463). El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus"; 14/06/2005, "Simón, Julio Héctor y otros", L.L. 2005-D, p. 845). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C Nº 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124) (C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII., "Mazzeo, Julio Lilo y otros"). En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados,

pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y suprallegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos. En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi quede articulado de la siguiente manera. El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello, no basta una mera alegación sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado. Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador. Los criterios precitados en materia de onus probandi en caso de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España (conf. -entre otras- STC 38/1981, de 23/11/1981, STC 111/2003, de 16/06/2003 y STC 79/2004, de 5/05/2004), y por la doctrina más prestigiosa de ese país (conf. -entre otros- José Luis Monereo Pérez, 'La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales', Tirant Lo Blanch, 'Colección Laboral', Valencia, España, 1996 y Antonio Baylos Grau, 'Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos', en 'La prueba en el proceso laboral', Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997) y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (conf. sent. n° 2004-11437, del 15/10/2004, 2004-11984, del 29/10/2004 y 2005-13205, del 27/09/2005). María Fernanda Fernández López profundiza esta línea hermenéutica, y destaca que aparecen elementos de origen muy diverso en la materia que nos ocupa: unos, tomados del juego de la prueba de presunciones, que como tal prueba debiera en principio conducir a la certeza, aunque fuera por deducción; otros, directamente vinculados con la noción de principio de prueba, mucho más flexible, en que cuenta más la apariencia que la seguridad, la sospecha fundada o la credibilidad que la certidumbre simplemente porque si se sobrepasa este nivel estaremos en presencia de prueba plena y no de principio de prueba. De ahí que para la distinguida catedrática española la sospecha de discriminación -el principio de prueba de la misma, técnicamente- es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante, de otro modo, se corre un serio peligro de imponer a la parte protegida por estas reglas la prueba plena de la discriminación, desnaturalizándolas (conf. M^a Fernanda Fernández López, 'La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género', La Ley, Temas, 1^a edición, 2008, Madrid, España, p. 133 y 150). En resumidas cuentas: la articulación del onus probandi en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales del trabajador descripto precedentemente responde, no sólo a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental, sino fundamentalmente a las exigencias de tutela de los aludidos derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el mismo sentido, con argumentos que, en lo sustancial, coinciden con los expuestos en este voto (conf. C.S.J.N., P. 489. XLIV., 15/11/2011, 'Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal?'), doctrina ratificada recientemente (conf. C.S.J.N., S. 932 XLVI, 20/05/2014, 'Sisnero Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros?'). No está controvertido en autos que la relación de trabajo que vinculó a las partes quedó extinguida el 26/11/2009, fecha en la cual el actor recibió la carta documento emitida por la demandada, cuyo texto reza en lo pertinente: '...Atento a la grave falta cometida por Ud. a saber: los días 23.11.09, 24.11.09 y 25.11.09 haber faltado sin aviso a su puesto de trabajo; y teniendo en cuenta sus antecedentes disciplinarios a saber: Por todo lo expuesto ha surgido una pérdida de confianza para lo cual ha sido contratado nos consideramos gravemente injuriados por inobservancia de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo como trabajador, queda despedido por su exclusiva culpa art. 242 LCT...?' (ver demanda, transcripción a fs. 8, responde y sentencia de grado, no cuestionada en este aspecto). Asimismo, está demostrada la autenticidad de los certificados médicos de fs. 87/88 (v. f.s 124/125) donde surge que el 24 y el 25/11/2009 el actor fue asistido debido un cuadro de ansiedad y nerviosismo y se le otorga reposo por 72 hs. (v. fs. cit.). A su vez, de las constancias de fs. 128/181 surge la tramitación de las

denuncias formuladas por el actor en la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Los hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de un trabajador que denunció una situación de hostigamiento y violencia laboral. Estamos en presencia de una sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción de que el despido del actor obedeció verosímelmente a la situación conflictiva generada entre las partes. Las denuncias del actor ante la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral datan del 20 y 23 de marzo y 6 de mayo de 2009 (v. fs. 82/84), que la empresa compareció ante el citado organismo los días 3 y 16 de noviembre de 2009 y el despido se produjo el 26 del mismo mes y año, lo que permite apreciar la automaticidad y contemporaneidad de la respuesta empresarial a los hechos que la originan. La correlación temporal entre las denuncias del actor y el despido permite establecer, al menos indiciariamente, una relación de causa-efecto entre ambos hechos, creándose así una apariencia o sospecha de que el despido impugnado pueda ser una represalia del empleador motivada por las denuncias formalizadas por el trabajador. Con estos parámetros considero que el despido dispuesto por la empleadora en forma casi inmediata a que compareciera ante el Ministerio de Trabajo por denuncias efectuadas por el actor, constituye un acto discriminatorio tutelado, precisamente, por la normativa antidiscriminatoria. A mi modo de ver, la situación de hostigamiento descrita encuadra en la noción de la discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico. Por tales consideraciones, los hechos expuestos -analizados a la luz de los principios y reglas enunciados y delineados según los estándares allí enunciados- me llevan a concluir que el despido del actor fue como represalia por sus denuncias por maltrato y violencia laboral.

Ante el panorama descrito, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la mencionada represalia, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador. No modifica la conclusión expuesta la falta de intencionalidad lesiva de la demandada, toda vez que la vulneración de los derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de dificultosa comprobación. Este elemento intencional es irrelevante, bastando comprobar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento ilícito y el resultado prohibido por el ordenamiento jurídico. Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado "jus cogens", incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados. Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre todo-, constatando la universalidad de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad. La noción de jus cogens está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en tanto "norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Las normas del jus cogens obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (conf. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en "Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20). En similar sentido, explica Barbagelata que "todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales-, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de jus cogens (conf. Héctor-Hugo Barbagelata, "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", en revista *Judicatura*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, N° 41, p. 134). Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de no discriminación (arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y conchs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y conchs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y conchs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, "Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", pub. en *Contextos*,

Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, p. 181, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997). Cabe añadir a las normas internacionales mencionadas, los arts. 3.1 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento. Así, la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituye en la etapa actual del Derecho Internacional un derecho humano laboral recogido en normas imperativas o de *ius cogens*. En otras palabras, es una prohibición que constituye el *ius cogens* laboral (conf. Miguel F. Canessa Montejo, "Los derechos humanos laborales, el núcleo duro de derechos (core rights) y el *ius cogens* laboral", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, n° 72, p. 144). Con estos parámetros, considero que el despido dispuesto por la demandada, luego de las denuncias que efectuara el trabajador por maltrato y hostigamiento laboral, constituye un acto discriminatorio tutelado, precisamente, por la normativa antidiscriminatoria. A mi modo de ver, la situación descripta encuadra en la noción de la discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico. En el caso "Baena" la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en lo pertinente: Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/02/2001, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 201 y 202). Por su parte, el art. 1° de la ley 23.592 dispone: "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". La accionante no demandó la nulidad del despido, ni la consiguiente reincorporación al empleo, ni la reparación de daño material alguno, sino que limitó su pretensión a la indemnización del daño moral, de ahí que esta pretensión constituye el límite de conocimiento de la alzada (conf. arts. 277, C.P.C.C.N. y 155, L.O.). Desde la perspectiva delineada precedentemente, la violación del derecho a la no discriminación causó daño moral al actor, teniendo en cuenta que en los supuestos de discriminación el daño precitado surge "in re ipsa", sin necesidad de mayores pruebas (conf. C.N.Civ., Sala H, 7/04/2009, "M., M. J. c/Citibank N.A.", voto del Dr. Kiper al que adhiere el Dr. Giardulli), máxime que aquel derecho fundamental integra el *ius cogens*. La sola invocación del art. 245, L.C.T. (t.o.) no basta en este caso para desestimar la pretensión de reparación del daño moral, pues la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación constituye una grave ilicitud distinta y escindible de aquella cuya sanción regula la norma legal precitada. Teniendo en cuenta -reitero- que el aludido derecho fundamental integra el *ius cogens*, la inadmisión de la citada reparación comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Por otra parte, la exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación de los principios de justicia social y de protección del trabajo humano y del carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, que supone el reconocimiento de los trabajadores como sujetos de preferente tutela constitucional (arts. 14 bis, 75, incs. 19 y 23, C.N.), llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio a un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una protección jurídica más intensa. Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, que, según jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal, la ley 23.592 es de naturaleza federal y reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad -art. 16 y concs., Ley Fundamental y pactos internacionales incorporados a ella- (Fallos 322:3578, 324:392 y sent. del 11/07/2006, "Triaca, Alberto Jorge c/Southern Winds Líneas Aéreas S.A.", pub. en E.D. del 25/10/2006, p. 6). De todos modos, aun cuando no existieran normas legales como la ley 23.592, la reparación del daño moral por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación igualmente procedería por la operatividad y autoaplicación de las normas de jerarquía constitucional y suprallegal mencionadas precedentemente y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes. Por las razones expuestas, coincido con el juez preopinante y modificar la sentencia de grado en este aspecto, y condenar a la demandada al pago de la reparación del daño moral. IV. En materia de costas y honorarios, adhiero a la propuesta del primer voto. LA DOCTORA GRACIELA ELENA MARINO manifestó: En lo que resulta materia de controversia, por análogos fundamentos, adhiero al voto del Dr. Enrique Néstor Arias Gibert. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE: 1) Revocar la sentencia apelada en los términos que anteceden y elevar el capital de condena a la suma \$

88.699,24 (PESOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE CON 24/100), que devengará intereses desde que cada crédito es debido y hasta el efectivo pago, aplicando para ello la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de préstamos. 2) Imponer las costas en ambas instancias a las demandadas vencidas. 3) Regular los honorarios profesionales del modo propuesto por el primer voto. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas C.S.J.N. 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.

Enrique Nestor Arias Gibert Juez de Cámara Oscar Zas Juez de Cámara Graciela Elena Marino Juez de Cámara

Notas:

(1) Como señala Martínez Vivot (2000:137): 'La reforma de dicha ley en 1976, cambia la redacción, que es la que mantiene como artículo 81, y se refiere a las discriminaciones arbitrarias, fundadas en el sexo, la religión o la raza, que no ocurren cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad, o contracción a sus tareas por parte del trabajador'. Se advierte que 'el nuevo texto prefirió explicar con algo más de detalle cual es el tratamiento desigual, que puede calificarse de arbitrario, y cual es aquél que resulta legítimo' (Brito Peret, Goldín e Izquierdo, La reforma de la ley de contrato de trabajo. Ley 21.297, pag. 89, de. Zavalía, Buenos Aires, 1976). Por otra parte, todo ello debe vincularse con lo dispuesto en el artículo 17 de la LCT, que prohíbe cualquier tipo de discriminación. Precisamente lo especificación del acto discriminatorio en cuanto a sus motivos constituye el método de otorgar cobertura a las prácticas de discriminación fundadas en los principios de bien común que, por antonomasia, son la causa de justificación de los actos discriminatorios en una sociedad dada. Puede verse claramente cómo se excluyen las causas sindicales o políticas en tanto la discriminación por esa causa eran las inspiradas en el bien común que sostenía la dictadura. (2)

Un ejemplo de práctica social discriminatoria a partir de atributos positivos es el que sufre la comunidad coreana en Argentina. Se adjudica a la categoría coreano el atributo laborioso. Y a partir de este atributo positivo se construyen las prácticas de discriminación invocando un sentimiento defensivo a partir de una supuesta invasión de los comercios coreanos que aniquilarían nuestra identidad. No es el carácter positivo o negativo del atributo lo que hace a la discriminación sino el borramiento del sujeto por un universal que le impone los rasgos.

(3) El grupo objeto de discriminación como parasitario es, por ejemplo la representación nazi del judío y, en general de múltiples formas de xenofobia. El goce secreto inalcanzable y obsceno se muestra claramente en la homofobia y en el rechazo de las comunidades negras latinoamericanas por parte de los blancos

(4) Es discriminatoria, por ejemplo la práctica de un nazi decida no comprar en ningún negocio propiedad de judíos, aun así el poderío económico del judío fuera muy superior al del nazi.

(5) El derecho penal en sí mismo no es otra cosa que un sistema de represalias que por definición resulta jurídico. La discriminación, a diferencia de la distinción, no vé otra cosa que la generalidad. Es discriminatorio no contratar como abogado a un ciego por el hecho de ser discapacitado. Por supuesto, no es discriminatorio no contratarlo si el puesto ofrecido el de chofer de camiones. En el primer caso se ve la generalidad, la asignación sin resto de la categoría discapacitado. En el segundo se analizan las dificultades y capacidades diferenciales del postulante al puesto.

(6) OJEDA, Raúl Horacio y MACHADO, José Daniel, Tratado de derecho del trabajo, dirigido por Mario Ackerman, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005, tomo IV, página 237.

(7) BUERES, Alberto J. y MARINO, Abel, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, Tomo 2A página 512

(8) ACKERMAN, Mario E., Indemnizaciones tarifadas y reparación integral. Posibilidad de su concurrencia y acumulación, Legislación del Trabajo, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, tomo XXVI, página 485.

(9) KEMMELMAJER de CARLUCCI, Aída, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por Alberto J. Bueres y coordinado por Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, Tomo 2A página 563.

009325E