

Contrato De Trabajo Discriminacion Enfermedad Prueba Carga Dinamica De La Prueba Jus Cogens

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Discriminación. Enfermedad. Prueba. Carga dinámica de la prueba. Jus cogens

Se hace lugar a la demanda por despido discriminatorio interpuesta por la trabajadora, quien se desempeñara como mucama en el hotel propiedad de la empleadora demandada, y padeciera una enfermedad inculpable. Para decir de este modo, se acreditaron los indicios razonables de la existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de la trabajadora por motivos discriminatorios. Se destaca del voto principal la idea que 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. Por ello, en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales, el trabajador tiene solo la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 17 días del mes de agosto 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 LA DRA. GRACIELA ELENA MARINO dijo: I. Contra la sentencia de la instancia anterior (v. fs. 333/335 vta.), que en lo principal hizo lugar a la acción, se alzan ambas partes a tenor de los memoriales que lucen a fs. 336/345 vta. (actora) y 348/349 (demandada), que merecieran réplica de la contraria a fs. 357/358 y 359/vta. A su vez, los peritos contadora y médico apelan la regulación de sus honorarios profesionales por considerarlos reducidos (fs. 347 y 350, respectivamente). II. Liminarmente, corresponde establecer si la apelación de la accionada ha sido correctamente concedida por el juez a quo. A fs. 348/349 se interpone apelación, existiendo claramente dos segmentos en dicho recurso: a) por un lado se cuestiona la condena a abonar diferencias indemnizatorias, de claro contenido monetario, y b) por otro la condena a entregar certificados (fs. 348 vta., punto 2) que es una obligación de hacer. Solamente tiene por objeto una suma de dinero el primer segmento; y es claro que, habiendo sido condenada la parte apelante por la suma de \$ 8.929,53 (v. fs. 335) ese monto no llega al mínimo dispuesto por el art. 106, L.O., que a la fecha de concesión del recurso era de \$ 18.000. En cuanto a la entrega de certificados, es claro que ese tope del art. 106 L.O. no la abarca, en tanto no hay allí un ?monto? que se intente cuestionar -ver fs. 348 vta., ya cit.-. En cuanto a lo monetario, no hay duda de que se intenta cuestionar un valor que no excede el límite legalmente impuesto; y en cuanto a la entrega de los certificados tendrá tratamiento en este voto puesto que no es una obligación que tenga por objeto una suma de dinero, sino la entrega de determinada documentación, y por tanto no cabe incluirla en una normativa que implica desestimar un recurso de apelación al no estar así previsto; ello también porque aun cuando la cuestión pudiera estimarse dudosa, tal duda debería resolverse -ciertamente- a favor del derecho de que se trata (apelar) y no en contra. En similar forma ha procedido desde hace largo tiempo esta Sala en cuanto a las costas, a las que ha dejado al margen del art. 106 cit., pues al ser los honorarios el componente principal de aquellas, rige al respecto por analogía el art. 107, L.O. Por lo expuesto, propicio que se declare mal concedido el recurso interpuesto a fs. 348 y sig., en tanto persigue revocar la condena al pago de la suma que surge de la dispositiva de fs. 335/vta.. III. Cuestiona la demandada Loitegui S.A. la condena a la entrega de nuevos certificados toda vez que sostiene que dichos instrumentos ya fueron acompañados en autos sin perjuicio que luego, por una interpretación posterior, se reconociera una pequeña diferencia que, a su criterio, no resulta de importancia. Por dicha razón, considera que resulta errónea la condena y solicita que se deje sin efecto lo decidido al respecto. Sin embargo, de la observación de la documental acompañada en autos a fs. 29/33 surge que la certificación de servicios y remuneraciones (formulario ANSeS PS.6.2) no refleja las verdaderas circunstancias de la relación laboral, respecto al monto de la remuneración de la actora, por lo que la queja no tendrá admisión favorable en este voto. IV. La queja vertida por la accionante se encuentra dirigida a cuestionar, en primer lugar, la decisión de la instancia anterior que desestimó el reclamo por los salarios por enfermedad. Expresa la apelante que el juez a quo presupone que la actora había quedado automáticamente notificada del despido el 1/10/09, cuando el Correo Oficial le dejara aviso de visita en su domicilio, pero que en realidad a la actora recién le entregaron la pieza postal cuando fue a retirarla a la sucursal con el ?cartón de aviso? el 6/10/09 y no el día admitido por el magistrado de grado. El magistrado de grado consideró que el distracto se produjo el 1/10/09, fecha en la cual el Correo Oficial hizo un intento de entrega a la actora del despacho telegráfico remitido el 29/9/09 por Loitegui S.A. y que, al encontrarse su domicilio cerrado, dejó un ?aviso de visita? (v. fs. 334). De esa manera, la comunicación emitida por la actora el 2/10/09, que dio aviso de su enfermedad (v. copia a fs. 59), carecía de los efectos legales pretendidos por la accionante porque la misma fue emitida cuando el vínculo de trabajo ya se encontraba finalizado. La queja no habrá de ser admitida. Ello así, porque la declaración unilateral de la voluntad de rescindir el contrato de trabajo es de

carácter recepticio y sólo se perfecciona cuando entra en la órbita de conocimiento del destinatario. En esta inteligencia, no fue cuestionado (conf. art. 403 C.P.C.C.N.) el informe del Correo Oficial a fs. 107, que dio cuenta que la notificación del distracto del 29/9/09 fue entregada el día 6 del mes siguiente, habiendo salido a distribución los días 30/9/09 y 1/10/09 y devuelta por el agente distribuidor con la observación "cerrado con aviso" y, en tal contexto, se advierte en esa fecha ingresó en la órbita de conocimiento de la destinataria, por lo que no surgen dudas que el vínculo quedó extinguido 1/10/09. La apelante tampoco se hace cargo del argumento esgrimido por el juez a quo respecto a que la actora estuvo en condiciones de poder retirar la pieza telegráfica en cuestión cuando el 2/10/09 concurrió a la oficina postal para remitir el despacho de fs. 272 a la patronal. En consecuencia, por dichas consideraciones, propiciaré desestimar la queja en este punto.

V. La parte actora también cuestiona la falta de condena por diferencias salariales en el marco de la aplicación de la categoría salarial y las escalas correspondientes al CCT 389/04 (segundo agravio) y por horas extras (tercer agravio). El juez de grado consideró que la actora se encontraba mal encuadrada en el convenio mercantil 130/75 y que debía ser categorizada en el CCT hotelero 389/04 como "Mucama", por lo que declaró procedentes las diferencias indemnizatorias y demás rubros integrantes de la liquidación final (v. fs. 334 vta.). Sin embargo, con relación a las horas extras reclamadas y a las diferencias salariales, el sentenciante entendió que la falta de parámetros y de liquidación en el inicio, donde no se precisaron períodos ni se efectuó cálculo alguno a fin de establecer las sumas pretendidas, no le permitía analizar la cuestión por lo que desestimó su procedencia. La parte actora afirma en su memorial, en cuanto a las diferencias salariales, que estaba claro que si fue aplicado erróneamente un convenio colectivo, no sólo se adeudaban diferencias indemnizatorias sino también las salariales no prescriptas. Sostiene que el juez a quo ignoró los demás rubros, incluso las diferencias salariales no prescritas. Señala que en el telegrama del 6/11/09 se expresó: "...les manifiesto que la suma depositada en mi cuenta sueldo, es a cuenta de mayor valor, por cuanto existen diferencias indemnizatorias y salariales no abonadas, ya que no liquidan conforme al verdadero convenio colectivo aplicable, ni mi categoría laboral se corresponde con maestranza A como surge de los recibos que obran en mi poder..." (v. copia a fs. 62). Agrega que se solicitó a la perita contadora que indicara en tal caso los montos que se le adeudan a la trabajadora por asignaciones no remunerativas, acuerdos salariales o cualquier otro concepto del CCT 389/04 por el período no prescripto. Respecto a las horas extras, señala que en el alegato calculó la suma de \$ 5.280 y que el juez a quo no tuvo en cuenta las observaciones realizadas al informe pericial contable, donde la perita contadora no se tomó el trabajo de calcular las horas extras trabajadas. La parte actora afirmó en el inicio que la accionada aplicaba erróneamente el CCT 130/75 (comercio) y le abonaba un salario de \$ 1.293,65 cuando, en realidad, la firma Loitegui S.A. tenía la explotación comercial del establecimiento hotelero "LOI SUITES" y la accionante se desempeñaba allí como mucama. De esa manera, señalaba que debía aplicarse el CCT 389/04 (hoteleros) y el plus por establecimiento "5 estrellas" y demás adicionales de convenio, alcanzando una remuneración de \$ 2.917,20 a la que debían adicionarse las horas extras diariamente realizadas (v. fs. 9/vta.). De esa forma, practicó liquidación de los rubros reclamados, deduciendo la suma percibida (misma foja). En dichos términos, no encuentro procedente la queja por considerar que no bastaba invocar simplemente el marco jurídico de una situación, sin explicar los hechos cuyo encuadre legal se pretende, y que resulta un incumplimiento a la carga procesal de explicar claramente los hechos en que se funda la acción (conf. art. 65, incs. 3 y 4).

Por dicha razón, este aspecto del recurso debe ser desestimado. En primer lugar, por la insuficiencia del planteo de este reclamo a la luz de los presupuestos exigidos por el art. 65 cit. pues, si bien la actora le hizo saber a la demandada que existirían diferencias salariales en función del correcto encuadramiento en el CCT 389/04 (v. fs. 7), contrariamente a lo que sostiene la apelante, no se efectuó oportunamente un reclamo concreto de las diferencias reclamadas, horas extras ni cuáles serían los períodos computables, que recién realiza en esta instancia (a fs. 340/vta.). Esta omisión imposibilita un juzgamiento válido sobre el punto por aplicación del principio procesal de congruencia (arts. 34 inc. 4°, 163 inc. 6° y 164 CPCCN) de indudable raigambre constitucional (art. 18 CN) sin que la manifestación realizada en el intercambio telegráfico reseñado a fs. 7 respecto a pueda suplir las referidas omisiones. De esa manera, propiciaré desestimar la queja también en este aspecto.

VI. Resulta atendible el cuestionamiento de la parte actora respecto a la multa prevista por el art. 80 L.C.T. El juez de grado consideró que la actora no había dado cumplimiento a los recaudos previstos por ley citada y su decreto reglamentario 146/01, ante la falta de intimación prevista en las mismas. La apelante sostiene que formuló la intimación mediante telegrama del 6/11/09 (v. fs. 268 e informe del correo a fs. 273) y que la demandada rechazó dicho requerimiento el 12/11/09 a través de la carta documento que luce glosada a fs. 36. Entiendo que resulta admisible este aspecto de la queja, por cuanto en el caso se cumplieron los recaudos previstos por el dto. 146/01. Efectivamente, la accionante efectuó el requerimiento exigido por el art. 80, L.C.T. (v. comunicación del 12/11/09 a fs. 36, donde la demandada responde al TCL ..., cuya copia luce a fs. 62), y que se realizó con posterioridad al término de treinta días del despido (1/10/09), como exige el dto. 146/01 para la procedencia de dicha multa, por lo que admitiré el reclamo de la parte actora. Por las razones expuestas, considero atendible el cuestionamiento de la parte actora por lo que propicio declarar procedente la multa prevista por el art. 80, L.C.T.

VII. La parte actora también formula agravios porque el sentenciante de grado no incluyó en la base

salarial el adicional por asistencia perfecta porque la actora se encontraba con licencia por enfermedad. Considero que le asiste razón a la apelante toda vez que el art. 208, L.C.T. dispone en lo pertinente que "la remuneración que en estos casos corresponda abonar al trabajador se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal, convención colectiva de trabajo o decisión del empleador. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento?".

El juez a quo estimó como base de cálculo la suma de \$ 2.509,20 sin contemplar el premio por asistencia perfecta del CCT 389/04 (art. 11.5, 10% del salario básico \$ 2.040) que debió ser computado a la hora de calcular los salarios por enfermedad. Por dicha razón, debe hacerse lugar al agravio en cuestión y reformular el cálculo de los rubros de condena incluyendo el premio por asistencia (\$ 204), por lo que la base salarial debe alcanzar a \$ 2.713,20.

VIII. La parte actora también cuestiona que el sentenciante desestimara el reclamo por despido discriminatorio por no haberse fundado ni cuantificado. En el memorial, sostiene el apelante que en el intercambio telegráfico la actora explicó por qué consideraba que fue discriminada al ser despedida, porque resultaba evidente que la verdadera causa fue su enfermedad. Refiere que fue despedida estando enferma, con absoluta mala fe, desconociendo su estado de salud. Explica que el reclamo se encontraba fundado en la ley 23.592, la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con rango constitucional y, especialmente, en la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Convenio N° 111 de la O.I.T.

Comparto en lo pertinente lo expuesto por esta Sala en la causa "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA", (sent. n° 68.536 del 14/06/2066) en la que se sostuvo que: "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 supralegal, 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. 5° 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 N° 154, caso ?Almonacid?, del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 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 supralegal 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 1/10/09, fecha en la cual la actora recibió la carta documento emitida por la demandada, cuyo texto reza en lo pertinente: ¿...A partir de la fecha, 30 de setiembre de 2009, prescindimos de sus servicios. Indemnización por preaviso, haberes finales y certificación de servicios y remuneraciones a su disposición dentro de los plazos legales...? (ver demanda, contestación de demanda y sentencia de grado, no cuestionada en este aspecto). Asimismo, está demostrado que la actora se encontraba con licencia médica desde el 11/9/09 por una cardiopatía congénita (v. fs. 25, acompañado por la demandada), que le ocasionó que en un principio le recomendaran tareas livianas (v. certificado de fs. 24) y que recibió distintos tratamientos médicos. El informe pericial médico (v. fs. 302/304) determinó que la actora era portadora de una cardiopatía denominada Comunicación Interauricular (CIA) tipo Ostium Secundum con hipertensión pulmonar, que es una comunicación anormal entre las aurículas derecha e izquierda, que la incapacita en forma total y permanente en un 6...% de la T.O., estimativamente (v. fs. 304). Los hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de una trabajadora que padeció una disminución en su aptitud física que le imposibilitó seguir desempeñándose como mucama en el hotel de su propiedad. 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 de la actora obedeció verosímelmente a su incapacidad física para continuar desempeñándose como mucama. 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 de la actora obedeció a su incapacidad física. Ante el panorama descripto, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido de la demandante hubiera tenido causas reales absolutamente extrañas a la mencionada represalia, así como que aquéllas hubieran 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 de la trabajadora. 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, esta Sala sostuvo 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 jus cogens. En otras palabras, es una prohibición que constituye el jus cogens laboral (conf. Miguel F. Canessa Montejo, "Los derechos humanos laborales, el núcleo duro de derechos (core rights) y el jus 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 fue debido a la incapacidad resultante de la cardiopatía diagnosticada el 11/9/09, 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 actora 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 reparación de los daños y perjuicios a la luz de la ley 23.592, 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 a la actora, 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 jus 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 jus cogens, la inadmisión de la citada reparación comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Por otra parte, la exclusión de la trabajadora 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 supralegal mencionadas precedentemente y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes. Por las razones expuestas, propicio modificar la sentencia de grado en este aspecto, y condenar a la demandada al pago de la reparación del daño moral. Teniendo en cuenta la índole del hecho generador y las circunstancias del caso, considero justo y equitativo fijar dicha indemnización en la suma de \$ 20.000 (conf. arts. 522, C. Civ. y 1º, ley 23.592), la que llevará intereses desde la fecha del despido hasta el efectivo pago. IX. Por consiguiente, en caso de prosperar mi voto, el capital de condena debe alcanzar a \$ 39.792,01 (indemnización por antigüedad \$ 24.418,80 - 19.088,19 = \$ 5.330,61 + preaviso más sac \$ 5.878,41 - 3.855,61 = \$ 2.022,80 + integración mes de despido más sac \$ 2.844,39 + salarios octubre 2009 \$ 87,52 + SAC prop. \$ 678,30 - 467,09 = \$ 211,21 + Vacaciones prop. más sac \$ 2.469 - 1.313,12 = \$ 1.155,88 + multa art. 80, L.C.T. \$ 8.139,60 + daño moral \$ 20.000, suma que llevará los intereses fijados en la instancia anterior (a fs. 335), tópicamente no controvertido por las partes. X. Ante el nuevo resultado del litigio y en virtud de lo normado por el art. 279 del C.P.C.C.N., corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y determinarlas en forma originaria, por lo que resulta abstracto el tratamiento de las restantes apelaciones al respecto. En virtud de que en materia laboral no debe seguirse un criterio meramente aritmético sino jurídico y, que en este caso, se admiten los rubros contenidos en el reclamo de inicio, por lo que sugiero imponer las costas en la instancia anterior a cargo de la demandada (conf. art. 68 C.P.C.C.N.). Teniendo en cuenta la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes, así como lo dispuesto por las normas arancelarias vigentes (arts. 38 de la ley 18.345, 6, 7, 9, 11, 19, 37 y 39 de la ley 21.839 y art. 3 inc. b) y g) y 12 dcto-ley 16.638/57) propongo regular los honorarios por la actuación en primera instancia a la representación y patrocinio de la parte actora, demandada y peritos contadora y médico en el ...%, ...%, ...% y ...%, respectivamente, a calcular sobre el nuevo capital de condena más intereses. XI. Sugiero imponer las costas en alzada a cargo de la demandada y regular los honorarios a los profesionales actuantes en la alzada por la parte actora y demandada en el 25% de lo que le corresponda percibir a cada una, respectivamente, por su actuación en la anterior instancia (conf. art. 14 de la ley 21.839). EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT dijo: 1) Adhiero a la solución del primer voto, a excepción de la propuesta relacionada con la procedencia del daño moral con fundamento en la ley 23.592, tópico que debe ser desestimado a la luz de los presupuestos de hecho invocados y probados por las partes, y que en el caso no permiten tener por configurado un supuesto de discriminación de la trabajadora por la incapacidad física que presenta. En mi parecer, los elementos del expediente encuadran la decisión de la empleadora de despedir, en el art. las. 212, 3º párrafo RCT; ello así porque es indiscutible el hecho objetivo de que la actora se encuentra imposibilitada de continuar desempeñando las tareas para las que estaba contratada, y ante ello, era carga del empleador probar que no podía asignarle otras adecuadas a su nueva capacidad; la falta de esta prueba torna admisible la condena por las indemnizaciones por despido incausado, pero no la que se propone por daño moral. En consecuencia, descontando dicho tópico del capital de condena que propone el primer voto, éste se reduce a \$ 19.792,01, con más los intereses que sugiere mi colega preopinante. 2) En todo lo demás, adhiero por análogos fundamentos, inclusive en costas y honorarios LA DOCTORA GRACIELA LUCIA CRAIG dijo: Que, por análogos fundamentos, adhiero a la propuesta de la Dra. Marino. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE: 1) Modificar parcialmente la sentencia de grado y elevar el monto de condena a la suma de PESOS TREINTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS CON UN CENTAVO (\$ 39.792,01.-) la que devengará los intereses fijados en la sentencia de grado desde que cada suma es debida; 2) Costas y honorarios conforme lo propuesto en los puntos X y XI del primer voto; 3) 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. Graciela Elena Marino Juez de Cámara Enrique Néstor Arias Gibert Juez de Cámara

Graciela Lucía Craig Juez de Cámara

Correlaciones Toselli, Carlos A.: nota al fallo.

?DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE SALUD - CARGAS PROBATORIAS Y RESARCIMIENTO DE DAÑO MORAL? -

Temas de Derecho Laboral - diciembre/2016

010978E