

## Conflictos Colectivos Del Trabajo Discriminacion Representante Gremial Dano Moral Diferencias Salariales

### JURISPRUDENCIA

### Conflictos colectivos del trabajo. Discriminación. Representante

gremial. Daño moral. Diferencias salariales Se hace lugar a la demanda por discriminación sindical interpuesta por el actor, pues el hecho de no permitirle el ingreso a su lugar de trabajo, citarlo constantemente a controles médicos y otorgarle licencias médicas injustificadas cuando estaba en condiciones de retomar tareas configuró un caso de discriminación.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 31 días del mes de julio de 2017 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; LA DRA. GRACIELA ELENA MARINO dijo: I) La sentencia interlocutoria de fs. 172/73 vta. recibe apelación de la parte actora a tenor del memorial obrante a fs. 174- 184/90 y de la demandada a fs. 176/77. A fs. 178 el perito contador apela sus honorarios por entenderlos reducidos. La parte actora contesta agravios a fs. 180/81 vta., la accionada hace lo propio a fs. 195/98. II) La queja del actor se dirige a destacar una supuesta omisión en la que habría incurrido la sentenciante de grado respecto al trato discriminatorio y antisindical sufrido al no permitirle el ingreso a su lugar de trabajo, citarlo constantemente a controles médicos y otorgarle licencias médicas injustificadas cuando estaba en condiciones de retomar tareas y amenazarlo con cambiarle su lugar de trabajo y categoría. Afirma que todo ello era para desalentar su participación como representante activo ante sus compañeros. Señala que tales extremos fueron reconocidos por los testigos Amado y Cuellar y Torrecilla y que con su obrar la demandada afectó seriamente el derecho a no ser discriminado plasmado en los arts. 14 bis, 16, 37, 43, 75 de la Constitución Nacional, arts. 2 y 14 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, arts. 1, 2, 7 y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 23.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arts. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a ejercer actividad sindical contemplado tanto en la Carta Magna así como en los Convenios OIT Nros: 87, 98 y 135. En segundo término, cuestiona que la sentenciante de grado afirme que tampoco se probó que el empleador hubiera incurrido en algún acto reprochable en perjuicio del actor, pues ello implica omitir analizar un comportamiento abusivo de la empleadora que importaba apartar al accionante de su puesto de trabajo. El tercero de sus agravios, se dirige a objetar el rechazo de su reclamo por la apertura indebida del locker y sustracción de bienes de su titularidad y afirma que la presunción en tal sentido surgió del intercambio telegráfico que fue reconocido por la demandada pues nada dijo acerca de ello y que en la audiencia del 15/07/2016 la demandada reconoció el TCL del 17/12/15 (letra A) en el que puntualmente se reclamó por la apertura del locker, por lo que amén de ello, operó también la presunción prevista en el art. 57 LCT al haber guardado silencio al momento de la intimación postal. El agravio cuarto, es por la desestimación de la solicitud consistente en la difusión de la sentencia en el lugar del trabajo y a cargo de la accionada para de esa forma reparar el perjuicio del actor frente a sus compañeros de trabajo. Como queja número quinta, esgrime su disgusto ante el rechazo por la condena a la obligación de hacer de difundir en el lugar de trabajo mediante un cartel de fácil visualización que contenga una frase o transcripción de la sentencia donde se destaque que la demandada respetará la libertad sindical del actor y que además se le imponga astreintes para el caso de incumplimiento. El sexto ítem de su queja es por el rechazo a una reparación económica frente al daño moral sufrido por el trato discriminatorio y abusivo de la empleadora. Finalmente, el agravio séptimo es por haber omitido la juzgadora anterior calificar como temeraria a la conducta de la accionada durante la tramitación de las actuaciones. La representación letrada del accionante, por propio derecho, cuestionan sus honorarios por entenderlos exiguos (fs. 190). Ahora bien, el actor en el capítulo ?OBJETO? de su demanda, específicamente sostiene que la presente acción es para que se le ordene a la demandada: otorgar tareas efectivas y permitirle el ingreso al lugar de trabajo y que se ordene cautelarmente que se abstenga de modificarle la categoría y lugar de labor, se le resarzan los daños patrimoniales y extrapatrimoniales y se difunda la sentencia al personal. Como bien lo destaca la Sra. juez de grado en su sentencia, el objeto principal de M. era obtener la reincorporación a sus labores habituales, extremo éste que se encuentra satisfecho desde el 09/11/16 en el establecimiento sito en General Pacheco, reintegrándose en su horario habitual y para cumplir idénticas labores a las que venía realizando, resultando dichas circunstancias de lo que surge a fs. 148/49 y reconocimiento de la parte actora de fs. 156/57. Ahora bien, en lo relativo a que en realidad la licencia médica que se le otorgó al actor con motivo de su accidente laboral y que se le iba renovando hasta que se le concediera el alta médica representó una actitud abusiva y constituyó un acto discriminatorio antisindical pues con dicho accionar la demandada impedía que M. cumpliera funciones como ?activista sindical? dentro de la planta, dicha circunstancia no resulta atendible. En efecto, además de haber sido finalmente reintegrado a sus funciones habituales sin modificación alguna de sus

condiciones laborales y que nunca se le dejó de abonar su salario mientras no estuvo prestando tareas en la fábrica, lo cierto es que en la demanda no se peticionó sanción alguna a la accionada por "práctica desleal", limitándose a reclamar una sanción extrapatrimonial o daño moral por dicha circunstancia así como una reparación patrimonial por los daños sufridos ante la apertura de su armario (locker) sin su autorización y del cual se le sustrajeron bienes personales y que estimó en la suma de \$4.000. Ante la inexistencia de norma alguna que imponga algún tipo de sanción o multa ante supuestas medidas de carácter antisindical o que obstruyesen la actividad sindical como afirma la parte actora que fue lo que aconteció en el presente caso - aunque la accionada expresamente afirma que las licencias médicas otorgadas obedecían a la falta de acreditación por parte del trabajador acerca de su supuesta "alta médica" para poder reingresar a sus tareas -, no encuentro razón o motivo alguno para imponer o determinar una sanción económica en este aspecto, ni tampoco disponer una reparación en concepto de "daño moral", pues comparto lo fundamentado por la Sra. juez de grado, por lo que he de propiciar la confirmación en este sentido de lo allí decidido, en cuanto no se encuentra "configurado en el presente ofensa o agravio alguno con entidad tal para herir los sentimientos o la honorabilidad del trabajador, tal como alega, y tampoco se probó que el empleador haya incurrido en algún acto reprochable en su perjuicio" (fs. 173).

En cuanto a la reparación patrimonial que solicita ante la supuesta violación de su "locker", resulta necesario destacar que dicha circunstancia fue expresamente negada por la accionada y que el actor no pudo glosar en autos prueba suficientemente idónea y acertiva que acreditase el perjuicio que dijo haber sufrido. Obsérvese que el deponente Amado (fs. 120/24), quien reconoce tener litigio pendiente con la accionada, en lo relativo al tema del "locker" refiere que los operarios guardan sus cosas en lockers, del vestuario y que el dicente ha sufrido rotura del cofre y del candado y que le escribieron la palabra "traidor" y pegaron su foto en su locker pero que a M. no le hicieron eso. Ahora bien, el actor en su agravio manifiesta que lo que debe interpretarse de los dichos de este testigo, es que a M. lo que no le sucedió es lo de escribirle la palabra "traidor" y pegarle su foto en el locker, pero que sí sufrió la apertura indebida de su cofre, extremo este último que considero no puede resultar una conclusión válida conforme lo expresado por el deponente. En forma clara, el testigo sostuvo que "el dicente" ha sufrido la rotura de su cofre y del candado, pero en ningún momento de su declaración afirma que al actor le hubiese ocurrido ello y continúa afirmando que le escribieron su locker con la palabra "traidor" y colocaron allí su foto, afirmando ahora sí de forma muy clara que al accionante "no le hicieron eso", por lo que queda claro que conforme estos dichos, a M. no sólo no le fue violentado su cofre sino que además tampoco fue víctima de escritura alguna o pegatina de su foto en su armario. El restante deponente, esto es Cuellar a fs. 127/31, - quien también reconoció tener litigio pendiente con la accionada - sostuvo en relación a este tópico, que los empleados tienen cofres individuales y que una vez que volvió su cofre no estaba más y que fue abierto y sacadas todas sus pertenencias sin que se las hubiesen devuelto y que a M. le pasó lo mismo, pero que ello lo sabe "por comentarios de él" y "porque se comenta entre todos los compañeros", es decir refiere tener conocimiento de dicho evento por comentarios de terceros e incluso del propio accionante, lo que le resta credibilidad a su testimonio, al menos en este aspecto del litigio, todo lo cual me conduce a propugnar también la confirmación de este segmento del fallo anterior. Conforme con lo expuesto, no resulta tampoco atendible la queja relativa a que se le ordene a la accionada a colocar un cartel de fácil visualización con la frase que allí consigna, resultando razonable lo expuesto por la juzgadora de grado a fs. 173 cuando además de recordar la aplicación de lo dispuesto en la Acordada 15/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tal sentido, la parte tiene a disposición las actuaciones para obtener las fotocopias certificadas que estime pertinentes y para los fines que estime correspondan. Finalmente, objeta la desestimación de la sanción solicitada con fundamento en el art. 275 LCT. La norma del precitado artículo requiere la existencia de maniobras obstructivas con abuso del derecho de defensa en juicio y que permitan considerar su conducta como maliciosa o temeraria. En el caso los planteos de la accionada no exceden el ámbito garantizado del ejercicio regular de un derecho. La malicia o temeridad no se configuran con la mera oposición de defensas que no son receptadas, aun así sean contradictorias pues estas figuras no se confunden con la estulticia. Es necesario que las conductas tiendan a un abuso de la jurisdicción que, en este caso concreto, no se han configurado, por lo que debe ser desestimado este agravio.

III) La accionada cuestiona que las costas se impongan a su cargo y la representación letrada del actor, objeta sus estipendios por entenderlos reducidos. El perito contador cuestiona sus honorarios por bajos. En lo atinente a la imposición de las costas, comparto lo afirmado en la sede anterior, pues efectivamente la reincorporación del actor a sus tareas habituales acaeció durante la tramitación de las presentes actuaciones, siendo dicha circunstancia uno de los objetos de la demanda, y si bien la demandada aduce que la reincorporación de M. en realidad obedeció a que finalmente aquél se prestó a realizar la revisión médica que lo declaró apto para retomar tareas, no menos cierto es que la circunstancias acerca del activismo sindical de aquél en la empresa no resultaron desacreditadas, por lo que he de propiciar la confirmación de lo dispuesto en materia de costas. En cuanto a los estipendios cuestionados por la representación letrada del actor y por el perito contador, atendiendo a las características del litigio, labores profesionales cumplidas y demás pautas arancelarias vigentes, considero que no se exhiben exiguos y postulo su confirmación (arts. 38 LO, 6,7,9,19,37 y 39 ley 21839; 3º y 12 Dto-ley 16638/57). IV) Las costas en la alzada, se imponen en el orden causado (art.

68, 2º párrafo y 71 CPCCN) a cuyo efecto sugiero regular a las representaciones letradas intervinientes el ...% de lo que en definitiva les corresponda por sus labores en la sede de origen (art. 14 LA). EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT dijo: Disiento con el voto que antecede. En primer lugar, la parte actora se queja por el rechazo del daño moral, por cuanto entiende que ha logrado demostrar un trato discriminatorio hacia el accionante en la actitud que tuvo la demandada al configurarse una persecución e intento de coartar el ejercicio de su derecho sindical. Sostiene en su tesis recursiva que la demandada cometió un ilícito al mantener al actor fuera de su lugar de trabajo y sin tareas efectivas. En este sentido, lo que debe analizarse es si durante el período de tiempo en el cual el actor estuvo fuera de su ámbito laboral -en la hipótesis de ser separado por el desarrollo de su actividad gremial- dicho acto constituye una represalia destinada a impedir u obstaculizar el ejercicio regular de los derechos sindicales. En este punto, previamente, resulta necesario realizar una digresión que ponga de relieve la diferencia entre las figuras similares de discriminación, igualdad de trato y represalia antijurídica, que, por supuesto, no son correlativos y tienen diferente fuente normativa de protección (si bien todas del más alto rango en nuestro sistema jurídico) y presupuestos, aunque pueden claramente coincidir. En primer lugar, 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 (2º párrafo del artículo 1º 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). 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. 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 fratría. 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 arrebatado<sup>3</sup>. 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?. 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: 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. La diferencia es que, 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. Pero, 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 (45). Confundir estos dos principios no sólo constituye un error de técnica, sino que implica olvidar que la lucha contra la discriminación es también una afirmación de la diferencia. 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, conforme las declaraciones testimoniales, el Sr. Amado sostuvo: ?...que lo que cree el dicente es que lo empiezan a perseguir al actor por juntarse con el dicente (delegado), que el dicente era un referente de los compañeros y no solamente a M. sino a los compañeros, y ahí los ven que están hablando cuando el dicente y el actor van al baño, que después que los ven a ellos llaman de H15 que es donde están los laborales y le dicen a M. que no tendría que hablar con el dicente porque si no la iba a pasar mal, y M. en 2014 fue candidato junto con el dicente, que el dicente perdió las elecciones en 2014... que el actor también es un referente en el sector muy querido con el padre que también se jubiló ahí, y después en Noviembre lo mandan de licencia y cada dos o tres días lo citaban y el actor creyendo que volvía a trabajar a los otros días lo mandaban de vuelta a la casa aduciendo que no tenían puesto y le pagaban como enfermo, que en una citación de esas M. entra a la planta a hablar con el dicente que estaba en su horario de descanso, que tienen quince minutos, les comenta la situación que padecía el actor y lo vienen a buscar al actor con la seguridad, que eso se comentó mucho dentro de la fábrica porque es un

trabajador que no hizo nada malo y lo sacaron por la fuerza, que los compañeros quedaron muy mal psicológicamente porque no tenían por qué sacarlo por la fuerza y después a él lo notifican que estaban de vacaciones en un telegrama, porque a fines de octubre les dicen cuando tienen vacaciones... Que en agosto de este año M. le sale de testigo al dicente y cuando viene a salir de testigo a partir de Septiembre le dejan de pagar su salario... que el actor era un referente en la fábrica en su lugar, que lo era porque es de los compañeros que plantean cosas, que reclaman sus derechos también ahí adentro... que lo empiezan a perseguir al actor porque ven que no es a todos, que al dicente le sigue pasando que al dicente le cambian el puesto de trabajo, que no le han pagado días, que al actor lo llaman cada dos o tres días al servicio médico, le decían que no hable con el dicente, lo bajan a otro puesto que no es el de él, que él es un chapista especializado y lo mandan a la línea a hacer otro trabajo, que lo cambian de puesto, que los compañeros que más participan los rotan y lo mandan a otras plantas, que a M. lo habían mandado a montaje, lo llevan a otro puesto, lo traen, que para el dicente lo están psicológicamente persiguiendo porque no lo hacen con todos, solamente con un grupo...? (ver fs. 120/124).

Estos acontecimientos concuerdan con lo relatado por el Sr. Cuellar?...que por Noviembre del año pasado cuando el actor estaba trabajando lo llamaron del servicio médico y lo mandaron a la casa y desde entonces no le están dando tareas, que sabe que antes de todo esto hubo varios episodios adentro de la fábrica, que lo llama el dicente de persecución, que se refiere a que allá por 2011 más o menos empezaron a aumentar el volumen de trabajo y a disminuir la cantidad de gente de los sectores, y uno de los que hablaba o era un referente de estas quejas era M. y otros compañeros, que había mayor volumen de producción y menos cantidad de gente... que el dicente era delegado del 2012 al 2014 y el actor estaba involucrado al grupo del dicente de delegados por cualquier problema que había en el sector de trabajo lo llamaba al dicente... que lo mandaron a la casa al actor que fue en noviembre del año pasado cuando estaban trabajando en el mismo turno, en turno mañana, el actor estaba trabajando de reparador chapista y lo mandaron a llamar del servicio médico y después paso por el lugar donde estaba el dicente trabajando y le dijo el actor al dicente que lo mandaron a la casa y que no tenían tareas para el actor, que algo así le menciono, y desde ese entonces la empresa o el servicio médico lo cita cada diez días o cada quince días y según lo que el actor le mencionó, sigue el apriete por parte de la empresa porque como el dicente fue un grupo de delegados y el actor estaba relacionado con el dicente, que le decían al actor que no se juntara con el dicente... que este último tiempo la empresa le dejó de pagar al actor, que no está cobrando, que anteriormente le pagaba por enfermedad pero que sepa el dicente no está enfermo el actor, que sabe que no está enfermo porque lo ve que anda bien y que de hecho M. quiere entrar a trabajar pero la empresa no le da puestos de trabajo. Que los empleados tienen cofres individuales, que le ha pasado al dicente también porque tuvo una persecución adentro de la empresa, cuando volvió un día el cofre del dicente no estaba más, le abrieron el cofre le sacaron todas las pertenencias y nunca se las devolvieron, que a M. le pasó lo mismo, que lo sabe por comentarios de él y porque se comenta entre todos los compañeros... Que esto viene todo asociado a una persecución porque M. estuvo candidato a delegado en 2014 y perdió las elecciones y a raíz de todo esto viene la persecución y las consecuencias las sufrió el padre también, que el dicente también perdió las elecciones, que en 2014 se presentaron de nuevo, M. se presenta con el grupo del dicente, pierden las elecciones y de ahí la persecución continuó con el dicente... que sabe que las elecciones son cada dos años que tendrían que haberse hecho en septiembre de este año y están suspendidas, que no las hicieron todavía, que el dicente como fue candidato, que siempre se juntan y que la intención está de vuelta de ser candidato nuevamente... que lo del cofre de M. ocurrió no recuerda la fecha pero que le consta de que le reventaron el cofre y al dicente le pasaba lo mismo cuando un día volvía a la empresa el cofre de hecho estaba abierto, de hecho se lo dieron a otra persona y reclamo sus pertenencias y nunca se las dieron y al padre de M. también le pasó algo parecido, que aproximadamente fue en el 2015 cree...? (ver fs. 127/131). En tanto las situaciones descriptas desde las coordinadas en las que los testigos dicen haber tomado conocimiento de esos hechos, hace nacer la presunción de materialidad que hace pesar sobre el empleador la carga de demostrar que el acto de no otorgar tareas y separar al trabajador de su sector de trabajo no tuvo por objeto la intención de obstaculizar el ejercicio de una función sindical o una conducta persecutoria, máxime cuando se evidencia una modalidad desplegada en el establecimiento respecto a las pertenencias de un grupo de trabajadores. Amén de señalar que, si no existe prueba capaz de cuestionar la convicción que surge de declaraciones testimoniales situadas que relatan el modus operandi desplegado por la demandada, debe existir una razón suficiente para descartarlos. En este punto disiento con el voto que antecede en tanto el daño moral que puede producirse respecto del sujeto individual afectado no necesariamente debe acompañarse -o equipararse- a una acción por práctica desleal antisindical. Si bien el artículo 54 LAS habilita a la asociación sindical de trabajadores o el damnificado, conjunta o indistintamente, a promover esta acción, ello no excluye las acciones genéricas de resarcimiento del daño provocado por el ejercicio antijurídico de los poderes concedidos por el legislador al empleador por razones de política social. En este orden de ideas, si existe antijuridicidad existe obligación de reparar por el autor del ilícito cometido. Si bien en el caso parecen coincidir la acción antidiscriminatoria (en tanto la causa de la falta de dación de tareas en el sector en el que se desempeñaba pudo haber sido la pertenencia del actor al conjunto de activistas gremiales) como la represalia por ejercer actividad sindical en términos del artículo 47 LAS; lo cierto es que mientras el empleador podría oponerse al carácter

antidiscriminatorio de la medida demostrando buen trato respecto de otros activistas sindicales, el carácter de represalia por actividad sindical no puede ser discutido en tanto ha sido el objeto directo de la motivación, pues basta para que nazca el derecho a la protección, que se establezca que el objeto del despido o cualquier otra medida de represalia tenga por finalidad acotar el ejercicio de una libertad sindical. En este punto, y respecto a las condiciones de evaluación de la prueba rendida en la causa, debe aclararse que la prueba -superada la etapa de la prueba tasada - no implica la necesidad de una percepción determinada por parte del testigo respecto de un hecho individualizado exactamente, ya que como señalaba Nietzsche, es necesario desconfiar del dogma de la sagrada percepción. Si se detecta una práctica habitual, aun así no se individualicen sus particularidades, esta debe ser tenida por probada. No puede perderse de vista que, en el ámbito cerrado en que se desarrollaron las circunstancias relatadas, nadie conoce mejor los hechos de la causa que los dependientes o ex dependientes de la accionada. Podrá cuestionarse que no se trata de prueba sino de inferencia, pero este tipo de planteo sólo es compatible con la creencia metafísica en la posibilidad de la certeza, en que existe la posibilidad de una *adequatio intellectum ad rem*. Lamentablemente para el narcisismo del sujeto, los mortales no pueden hacer otra cosa que inferir pues los hablantes viven en un mundo de signos y el signo es, por definición, todo aquello con lo cual se puede mentir. En todos los casos los jueces se ven impelidos a decidir por imposición legal. Esto es, a elegir entre opciones distintas y contrarias y todo juicio que se emite es una hipótesis y nada más que una hipótesis sobre objetos y relaciones entre objetos a los que sólo es posible acercarse por signos (testimonios, documentos, informes, etc.). Nunca nada puede ser probado con la fuerza de la certeza (salvo supuestos de psicosis). El mortal debe conformarse con lo probable, con las huellas de un suceso y con las huellas de otros sucesos referidos al primero. Por supuesto, esta elección probable, esta creencia debe ser comunicable. Lo que nunca puede dejar de hacerse es de dar razón razonable de las causas por las que se elige. El *ars inveniendi* no puede ser jamás para el juzgador republicano, una cuestión privada. Tampoco es posible que el juez presuponga que los testigos, por tener un determinado ánimo, mientan respecto de los hechos percibidos por sus sentidos o tengan alucinaciones pues el principio de inocencia impide aplicar la primera de esas presunciones y la presunción de habilidad de los adultos hasta su declaración de insania, la segunda. Si no existe prueba en contrario ni lo relatado contradice restricciones físicas o lógicas es deber de los jueces analizar la prueba ofrecida de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir de los imperativos que surgen del sistema jurídico, de las reglas lógicas y de la experiencia. La afirmación de la sana crítica no habilita al juez a sostener su prejuicio, sino todo lo contrario. En el fondo, sigue vigente la vieja afirmación de Ulpiano: *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Establecido ello, en la medida en que está demostrada la existencia de actividad sindical del actor, se ha configurado la situación de hecho que permite presumir que la decisión de suspenderlo en sus actividades laborales obedece a la actividad sindical desplegada, de acuerdo a la presunción de materialidad que, en palabras de la CSJN en autos *Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires*?, del 6 de marzo del 2007, puede definirse del siguiente modo: *?...si bien puede haber una cierta imprecisión sobre el lugar exacto donde ocurrieron los hechos, no hay duda alguna que los mismos ocurrieron en las inmediaciones del estadio, durante el partido, y de que el actor estuvo en el momento en que ocurrieron los desmanes. Ello revela una relación temporal y espacial que genera una fuerte presunción de que los hechos estuvieron vinculados. Por otra parte, además de la conexión positiva, el método de la supresión mental hipotética genera los mismos resultados, ya que no se advierte qué otra causa podría haber provocado ese daño. No hay un testigo directo que haya observado la secuencia completa de los hechos, es decir, quién lanzó la piedra, cómo ella pasó por encima de la pared, y cómo fue a dar en la persona del actor. Pero verdaderamente esa prueba es no sólo difícil, sino casi imposible. Por otra parte, nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (arts. 901 a 906 del Código Civil) y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad? (el resaltado pertenece al suscripto).* En este orden ideas, debe considerarse acreditada la relación entre no otorgar tareas efectivas dentro del sector en el cual se desempeñaba, no permitir la permanencia en su lugar de trabajo los días en que se presentaba a revisión médica y permitir -por acción u omisión- la apertura forzada de lockers ubicados dentro del establecimiento con pertenencias de los trabajadores y la actividad sindical ejercida, por lo que la hipótesis entra de lleno en el dolo directo respecto de la acción prohibida por el artículo 47 LAS. Es de señalar en el caso que, la libertad tutelada es la libertad sindical en su plano individual y no la libertad individual en el plano colectivo. La norma del artículo 47 LAS tiene como presupuesto el ejercicio regular de una libertad sindical. Estas libertades sindicales, en cuanto tienen como sujeto activo al trabajador son reseñadas por el artículo 4 LAS: Los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales: a) Constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales; b) Afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse; c) Reunirse y desarrollar actividades sindicales; d) Peticionar ante las autoridades y los empleadores; e) Participar en la vida interna de las asociaciones sindicales, elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos. Por ello, la remisión al comportamiento antisindical referido en el artículo 47 LAS no forma parte del tipo normativo sino de la determinación de sus consecuencias *?...el cese inmediato del comportamiento antisindical? ante la privación u obstaculización del ejercicio de*

actividades que tiene por objeto representar el interés colectivo. En este sentido, si bien la manda de cesar el acto antijurídico se volvió abstracto en este estado, ante la reincorporación del trabajador en sus tareas habituales, las consecuencias jurídico económicas por los daños ocasionados no pueden ser descartadas. La postura contraria implicaría conculcar de forma velada la conducta antijurídica del acto de represalia. En la causa se ha irrogado un daño moral específico como resultado de la afectación de una libertad pública fundamental con merma del proyecto de vida y como consecuencia de la garantía colectiva de la libertad individual que asume la existencia de una libertad sindical. El ejercicio de estas libertades sindicales -particularmente la huelga-, tienen por objeto restablecer la igualdad de potencia que la adopción del sistema de mercado trastorna en la relación entre quienes colocan productos en el mercado y quienes ponen en el mercado la fuerza de trabajo como elemento de producción. Por ello, estimo el monto del pretium doloris en la suma de \$50.000 al momento de la reincorporación, teniendo en cuenta las circunstancias analizadas previamente, con más los intereses dispuestos en Acta CNAT Nro. 2601 hasta su efectivo pago. Asimismo, respecto a la necesidad de publicación y difusión de la sentencia de autos, se impone a la empresa demandada la obligación de comunicarla por correo electrónico a la totalidad de los empleados. A su vez, durante un mes deberá colocar frente al locker de los trabajadores un cartel de 1 metro por 50 centímetros con la leyenda 'LA LIBERTAD SINDICAL ES EN LA REPUBLICA ARGENTINA UNA LIBERTAD PUBLICA FUNDAMENTAL' y otro de iguales características frente a la oficina de Recursos Humanos. Teniendo en cuenta la entidad de los agravios y los progresos respectivos, las costas en esta instancia -siguiendo la misma tesitura de origen- deben ser impuestas a la demandada vencida (conf. arts. 68 C.P.C.C.N). Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la alzada en el ...% de lo que les fuera regulado por su intervención en la instancia anterior (artículo 14 de la ley de aranceles). LA DRA. GRACIELA LUCIA CRAIG dijo: Que, por análogos fundamentos, adhiero a la propuesta del Dr. Arias Gibert. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE : 1. Modificar la sentencia de origen y revocar el punto II del decisorio condenando a la demandada a pagar al actor dentro del quinto día de notificada la presente la suma de \$50.000 con más los intereses previstos en el segundo voto y condenar a la demandada a publicar y difundir la sentencia de autos mediante correo electrónico a la totalidad de los empleados y colocar por el plazo de UN (1) mes, frente al locker de los trabajadores, un cartel de 1 metro por 50 centímetros con la leyenda 'LA LIBERTAD SINDICAL ES EN LA REPUBLICA ARGENTINA UNA LIBERTAD PUBLICA FUNDAMENTAL' y otro de iguales características frente a la oficina de Recursos Humanos. 2. Costas en Alzada a la demandada vencida. 3. Regular los honorarios de los letrados interviniente por su intervención en la alzada en el ...% de lo que les fuera regulado por su actuación en la instancia anterior. 4. 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 Cor relaciones Ley 25321 ? BO: 11/10/2000

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 obscuro se muestra claramente en la homofobia y en el rechazo de las comunidades negras latinoamericanas por parte de los blancos (4) 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 ve 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 es 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.

019661E