

Despido Discriminacion Tutela Sindical Estabilidad Impropia Reinstalacion Del Trabajador Dano Moral

JURISPRUDENCIA

Despido. Discriminación. Tutela sindical. Estabilidad impropia.

Reinstalación del trabajador. Daño moral Se ordena la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, el pago de los salarios caídos y el resarcimiento del daño moral, atento a que se interpretó que la decisión rupturista de la empresa fue motivada por la actividad sindical del actor. Se destacó la aplicación de la teoría de las cargas de la prueba, como también la recepción de los precedentes de la Corte que habilitan la aplicación de la ley 23592 al derecho laboral. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 22 días del mes de NOVIEMBRE de 2017, reunida la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y de acuerdo al correspondiente sorteo, se procede a votar en el siguiente orden: La Dra. Gloria Pasten de Ishihara dijo: I.- La parte actora inicia la acción fundada en el art. 43 de la Constitución Nacional art. 47 de la ley 23551 y ley 23.592 solicitando la nulidad del despido y los salarios caídos; peticiona una indemnización por daños y perjuicios por el despido discriminatorio y por daño moral (ver fs. 4 y vta.) solicita además condena por diferencias salariales La Sra. Juez a quo admitió parcialmente la demanda efectuando expresa mención que considera acreditado el despido discriminatorio pero que admite solamente el reclamo subsidiario de indemnización por daño moral por lo que condenó a la accionada al pago de la suma de \$ 100.000 por este rubro. II.- Dicho fallo es apelado por ambas partes, la parte actora expresa agravios a fs. 707/715 y la accionada a fs. 697/706.- Se queja la accionante porque se rechazó la acción de reincorporación y el pago de salarios caídos, porque no se expidió sobre el reclamo de diferencias salariales, por considerar reducido el importe fijado en concepto de daño moral.- Por su lado la demandada se agravia por el análisis de la prueba rendida que culminó con la conclusión de que existió un despido discriminatorio; porque consideró acreditada la existencia de actividad sindical por parte del actor; sostiene que no es viable la acción sumarísima en los supuestos de reclamos de reinstalación, con indemnización por daños y perjuicios, con más el reclamo de supuestas diferencias salariales y en subsidio la solicitud de indemnizaciones legales sino que debe tramitar por vía ordinaria; por la condena al pago de daño moral; por la imposición de costas y por entender elevados los honorarios regulados.- III.- Cabe recordar que en nuestro sistema normativo rige el sistema de estabilidad relativa impropia, por lo que, en principio tal despido no encierra necesariamente un acto lesivo a la libertad sindical, salvo que se acredite tal extremo. Se invoca como fundamento la ley 23.592, ley general que responde a tratados internacionales, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los individuos, por lo que no sería viable segregar a los trabajadores, cuando la propia ley veda la discriminación.- La norma, autoriza a dejar sin efecto el acto discriminatorio de acuerdo a lo previsto en el art. 1 del dispositivo legal citado y está destinada a neutralizar las conductas discriminatorias y permite declarar la ineficacia del acto cuestionado, equiparándolo al acto jurídico de objeto prohibido.- Se trata de dejar sin efecto despidos que en principio serían eficaces, más allá de que se resuelva si se ajustó o no a derecho y es necesaria suma prudencia para invalidarlo y consagrar la vigencia misma de una relación laboral, porque está en tela de juicio la libertad de contratar que lleva implícita, la voluntad de rescindir el vínculo.- Con relación a la prueba, debe estarse a la carga dinámica de las pruebas, o sea, quien se encuentre en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar ya que no corresponde exigir al trabajador la plena prueba del motivo discriminatorio, bastando que se aporten indicios suficientes y concordantes en tal sentido, quedando a cargo del empleador la justificación de que el acto obedece a otros motivos y no a una actitud discriminatoria. Por tanto, quien se considere afectado deberá demostrar que resulta lesionado por el acto que cuestiona y el empleador deberá acreditar que el despido tuvo como causa un motivo distinto para resolver el vínculo.- En el caso se trata de un despido directo sin invocación de causa efectuado el 30/9/15 (de un trabajador con fecha de ingreso 1/11/07), donde el actor sostiene que el despido obedeció a su participación activa en actividades gremiales.- Sentado lo expuesto cabe analizar si el despido dispuesto fue discriminatorio, o sea si obedeció al desempeño de actividades sindicales o gremiales dentro de la empresa.- Retomando lo expresado anteriormente, con relación a la carga dinámica de las pruebas ya se anticipó que en materia de despido discriminatorio basta que el trabajador proporcione indicios razonables relativos a la concreción de esa ilicitud para que se invierta la carga de la prueba (conf. Doctrina de la C.S.J.N. en Pellicori Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal del 15-11-11 Fallos: 334:1387) En consecuencia cabe determinar si el despido, constituye un acto discriminatorio lesivo de la libertad sindical que viabilice la aplicación de la ley 23.592. El texto legal se refiere a actos u omisiones discriminatorios determinado entre otros ?...a motivos gremiales?.- Ahora bien, de las declaraciones testimoniales rendidas en la causa surge que MARQUEZ a fs. 534/537) sostiene ...que lo perseguían diciéndole que era sindicalista. Que el actor no ocupó cargo sindical, pero todos los compañeros estaba pidiendo que el actor se postule para delegado...Que esto lo sabe porque el dicente estuvo

presente en las dos asambleas que se hicieron... Que el 11 de setiembre de 2015 una de las primeras asambleas fue en la playa del pabellón de la demandada, que en ese momento eran unas 30 personas más o menos.... que no les estaban pagando el aumento salarial que habían acordado ..., que el actor estaba con los compañeros reclamando por este tema y que la respuesta de la empresa fue que lo iban a abonar cuando se homologara, que después se pagó, que en esa reunión el actor fue uno de los referentes y otro de los temas que se habló fue por qué motivo no les daban ropa, zapatos y camperas para todos los compañeros... Que la segunda asamblea fue el 16/9/15, que fue en el portón.... Que fue a las 14 hs que estaban todos los compañeros y cuatro personas del sindicato, que pedían una elección para tener delegado...que las elecciones eran en octubre....que los compañeros querían que el representante fuera el actor y después de esa asamblea el actor fue despedido... Que el actor acompañaba a Zarate y Romero (los delegados)... pidiendo cosas para nosotros todo lo que hacía falta, todos los reclamos. Que uno de los reclamos que el actor hacía era pedir el 10 % de peligrosidad que no le estaban pagando, otro de los reclamos era pedir ropa y fajas ...Que esto lo sabe porque el dicente presencié todos los pedidos que hizo el actor. - que el pedido se lo hacía al jefe de personal. Que el 10% de peligrosidad era porque estaban en contacto con pacientes enfermos mentales y en el trayecto que el actor hacía de la despensa a la cocina tenía contacto con ellos.- ...Que la reunión del 11 de setiembre fue convocada por el actor, que se acercó a los compañeros el actor y les dijo que se iba a hacer una asamblea ...que el actor comunicó esta convocatoria una semana antes de hacer la asamblea. Que la asamblea habrá durado 15 unos minutos....a los dos días de haber hecho la asamblea se pagóno sabe la fecha exacta de homologación del aumento. Que la reunión del 16 de setiembre fue convocada por el actor...que convocaron al sindicato llamándolos personalmente. Que una de las personas que los llamó fue el dicente y otra el actor. Que en la reunión el sindicato dijo que ya era tiempo de hacer las nuevas votaciones pero que ellos iban a decir en qué fecha.- Que el despido del actor fue el 30 de setiembre de 2015 después que se pidió que se hagan las votaciones para delegado BLANCO IRIS ROSANA (fs. 521/523) señala que el actor se estaba postulando para ser delegado. Que esto lo sabe porque el actor se lo dijo y ayudaba mucho a Zarate y a Juan Romero que eran los delegados del sindicato...Que el actor se estaba postulando para ser delegado unos meses antes que lo despidan, pero siempre estuvo ayudándole a los delegados anteriores. Que sabe de la postulación del actor porque el actor se lo dijo y porque en la clínica se comenta todo....Que la reunión del 11 de setiembre fue convocada por el actor, que él le dijo a la dicente que vaya a la reunión y la dicente le contestó que tenía franco (fs 17)...Que la postulación que hacía el actor la llevaba a cabo ayudando a los delegados que están, que el 16 de setiembre de 2015 se presentaron los del sindicato afuera de la clínica que la dicente salió a las 14 hs que la dicente estuvo afuera y el actor y mucha gente estuvo de adentro y se discutió el aumento y también la postulación del actor como delegado del sindicato, que esto lo sabe porque la dicente estuvo. Que la relación del actor con los compañeros de trabajo era muy buena todos lo querían como delegado. Que el actor cuando podía hablaba con nosotros nos preguntaba que precisábamos nos ayudaba en lo que podía, peleaba con los jefes, por eso se hizo la reunión ese día en el parque, por el aumento....Que cuando dijo que todos lo querían al actor para delegado se refiere a todos los compañeros, Oscar Marquez, Alfredo Paz, Alicia Domínguez, Daniela Ríos, Teresa Mansilla, la dicente, Roxana Vega y otros QUINTEROS MIGUEL HECTOR(fs. 517/520) ..Que el actor era nuestro representante de los trabajadores, casi de la mayoría que estaban en la clínica....que el dicente fue a solicitarle que los ayude a conseguir el 10% por peligrosidad para que el actor lo reclame....y gracias al actor lo pudieron cobrar. Que hubo una reunión con el Sr. Yauri reclamando un aumento de sueldo donde se armó una discusión y el Sr. Yauri maltrató al actor verbalmente y luego se deshizo la reunión. Que todo esto lo sabe porque el dicente estuvo presente en la reunión cuando el actor estaba reclamando el aumento, que la reunión fue el 11 de setiembre aproximadamente....Que tuvieron otra reunión en la puerta con el sindicato que no los representaba prácticamente, el actor vuelve a estar presente en la reunión en el portón del lado de adentro, pide otra vez que reclamen por el aumento y el 10% luego pide que se abran las votaciones para que el actor se pueda postular de delegado, que se termina la reunión y cree que al día siguientes o a los dos o tres días se enteraron que lo despiden al actor, que esto lo sabe porque estuvo presente. Que la fecha de esta reunión en el portón fue el 16 de setiembre de 2015....que todos los trabajadores querían que el actor fuera el representante delegado en la clínica San Gabriel, que después ocurrió que lo despidieron. Que cuando dice todos los trabajadores se refiere a todos los trabajadores de la clínica, los compañeros, los sectores son mantenimiento, pabellones de geriatría el pabellón de galería de Avellaneda, parte de la cocina, todos esos solicitaban que el actor sea delegado...que cuando se refirió al 10 % por peligrosidad el sindicato acompañó a Zarate David y a Silva a hacer la denuncia en el Ministerio de Trabajo. Que en ese momento de la denuncia al Ministerio los delegados eran Romero Juan y David Zarate. Que después de eso despiden a Juan Romero que era delegado y después a David Zarate, donde queda para representar a todos los trabajadores el Sr. Silva....Que sabe que la empresa no aceptó al actor como delegado porque lo vio....lo despidieron al día siguiente de querer postularse como delegado Por su lado los testigos de la demandada el Sr. DEVITA (fs. 407), señala que dentro de la institución existe un movimiento sindical, la Asociación de Trabajadores de la Sanidad ...que desconoce si el actor tenía alguna participación dentro de dicha asociación ...que desde que esta el dicente se llevaron a cabo tres elecciones... que cuando se postularon UMPIERREZ y LUQUE había dos listas, en

una estaban dichas personas y en la otra Marquez y otra persona que no recuerda el apellido, pero que en la actualidad trabaja en el sanatorio como cocinero (Hermosi)...que la mayoría de las veces fue lista única y ganaron por unanimidad... que Silva no tiene trato directo con los pacientes TITTONELL (fs. 408/410), sostiene que el actor no hacía ninguna actividad sindical que le consta porque el dicente trabajaba con el actor en el mismo sector...que la actividad sindical existente en la clínica se desarrollaba por compañeros delegados designados...que las tareas que realizaba el actor no conlleva vínculo alguno con los pacientes.....que los empleados que tenían responsabilidad de atención con los pacientes son los enfermeros, mucamos que trabajan dentro de pabellón médicos y profesionales VILLANUEVA y ACUÑA (fs. 592 y fs. 584) nada aportan para dilucidar la litis IV.- Si bien las declaraciones testimoniales de la parte actora reseñadas fueron impugnadas por la demandada a fs. 559/561, 562/563 y 664/665, lo cierto es que, analizados los testimonios en su conjunto, conforme las reglas de la sana crítica y el conocimiento directo que denotan los testigos sobre los hechos que deponen (arg. art. 163 inc. 5 del C.P.C.C.N.) generan convicción suficiente, en cuanto a que el despido se produjo por la actividad gremial desplegada y por la posible candidatura del trabajador por lo que corresponde otorgarles plena fuerza probatoria (arts. 386 y 456 del C.P.C.C.N.) Teniendo en cuenta los hechos narrados, la prueba analizada, la contemporaneidad del despido con los hechos involucrados y que el mismo fue incausado, solo puede concluirse en el sentido que el despido fue discriminatorio ya que obedeció al desempeño de actividades sindicales o gremiales de hecho, dentro de la empresa, lo que viabiliza la aplicación de la ley 23.592 y en su consecuencia es nulo el despido decidido por el empleador. Ello así, porque el art. 1 de la ley 23.592 establece que el afectado, tiene derecho a que se ?deje sin efecto? el acto discriminatorio y se le resarzan los daños y perjuicios sufridos. Por lo tanto, conforme los fundamentos vertidos por el voto de la mayoría en el fallo de la C.S.J.N. ?Alvarez c/ Cencosud S.A.?, entiendo que en el caso corresponde ordenar la reinstalación.- En razón de lo expresado, corresponde revocar el fallo apelado en cuanto admite la acción subsidiaria y dejar sin efecto lo resuelto en su totalidad y receptor la reinstalación del demandante en su lugar de trabajo. V.- Con relación a las quejas porque a la presente acción se le imprimió el trámite sumarísimo cabe señalar que en los supuestos donde se reclama la nulidad de un despido y el pedido de reinstalación resulta viable la tramitación por un procedimiento que otorgue una respuesta rápida (arg. art. 47 y concs. de la ley 23.551 y 1 de la ley 23.592).- VI.- Respecto a las diferencias salariales que se pretenden con fundamento en el Adicional previsto en el art.9.5 del C.C.T. N°122/75, lo cierto es que un reclamo salarial no puede ventilarse en un proceso sumarísimo que está previsto para supuestos que necesitan una urgente solución que no admiten demora, en tanto nada justifica que las diferencias salariales prescindan de un proceso ordinario, donde se ventila cualquier tipo de lesión, con una mayor amplitud de prueba. VII.- Con relación a los daños y perjuicios, a los fines del cálculo de la indemnización por daño material que se difiere a condena, debe recordarse que en tema de daños la apreciación del monto se efectúa en sede judicial, a tal fin teniendo en cuenta como pauta orientativa el salario percibido por el trabajador y las particularidades de la causa (arts. 1109 C.C., actual 1721 y 1724 del C.C.C.N.) el monto por este rubro alcanza la suma de \$ 300.170.- (\$11.545 x 26 meses -ver sobre reservado recibo de haberes agosto de 2015, descontado \$ 1.500 las horas extras), monto al que deberá descontarse el importe percibido por el Sr. Silva correspondientes a indemnización por despido \$150.649,46.- Por lo señalado se difiere a condena en concepto de daño material la suma de \$ 149.520,54, a la fecha del presente pronunciamiento y llevará para el supuesto de mora, desde igual fecha, los intereses establecidos conforme tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses (cfr. esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Acta 2601 del 21/05/14 y su modif. Acta 2630).- VIII.- Cabe recordar que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que, de otro modo, quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. También cabe tener en cuenta que, además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Código Civil (actualmente arts. 51, 52 y segundo párrafo del art. 1738 del C.C.C.N.) el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en el artículo 5 apartado 1 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico. Sentado lo expuesto, el daño moral resulta procedente con fundamento en lo previsto en los artículos citados y art. 1109 del Código Civil que establece que quien ejecuta un daño por omisión o negligencia está obligado a la reparación del perjuicio y el art. 1078 del C.C. -ya citado- que señala que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende la reparación del daño moral causado a la víctima (actual art 51, 1737 y 1749 del C.C.C.N.) Con relación al monto cabe señalar que nuestro más Alto Tribunal ha expresado que debe considerarse el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, lo que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf. Fallos: 321:1117, 323: 3614 y 325:1156, entre otros); que el dolor humano es apreciable y la tarea de quien juzga es realizar la justicia humana; no se trata

de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. (conf. Fallos 334: 376, Considerando 11° y Recurso de Hecho V.G.B. c/ Hospital Vicente López y Planes Unidad Hospitalaria de General Rodríguez s/ accidente de Trabajo? V.206.XLV.R.HE del 04/06/2013). En este contexto, a los fines de establecer un monto que represente una reparación razonable, tengo en cuenta la índole del hecho generador y su gravedad, la conducta reprochable de la empleadora, las circunstancias del caso y lo normado por los arts. 522 y 1078 del Código Civil y 1° de la Ley 23592, propongo fijarlo en la suma de \$ 30.000, a valores del presente pronunciamiento. (art.165 del CPCCN), con más los intereses para el supuesto de mora, conforme tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses (cfr. esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Acta 2601 del 21/05/14 y su modif. Acta 2630).- IX.- En atención al resultado de la contienda, en virtud de lo dispuesto en el art. 279 del C.P.C.C.N. corresponde dejar sin efecto lo decidido sobre costas y honorarios e imponer las primeras a cargo de la demandada vencida en lo principal, en ambas instancias (art. 68 del C.P.C.C.N) y regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, demandada y perito contador teniendo en cuenta el mérito, eficacia, la extensión de los trabajos realizados el monto involucrado y las facultades conferidas por el art. 38 de la L.O. , arts. 6, 7, 8 y 19 de la ley 21.839 y Dto. 16.638/57, en \$ 25.000, \$ 20.000 y \$9.000 (leyes 21.839, 24.432 y Decreto 16- 638/57) por las tareas realizadas en Primera Instancia. Por la labor ante esta Alzada se regulan los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el ... % y ...% respectivamente de lo que les corresponde por su actuación en origen X.- Por lo expuesto de compartirse mi criterio correspondería: 1) Revocar el fallo apelado y disponer la reinstalación del actor, en su lugar de trabajo dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de aplicar astreintes 2) Condenar a la demandada a pagar dentro del quinto día la suma de \$ 179.520 con más intereses conforme tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses (cfr. esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Acta 2601 del 21/05/14 y su modif. Acta 2630).- 3) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, demandada y perito contador conforme considerando IX.- Los de Alzada en el ...% y ...% respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en origen (art. 38 L.O. y ley 24.432) La Dra. Graciela González dijo: Comparto en lo principal los fundamentos del fallo y disiento exclusivamente con lo resuelto por mi distinguida colega en cuanto a la tasa de interés que llevará el monto de condena.- Ello así porque esta Cámara resolvió por mayoría en acuerdo general de fecha 8/114/17 (Acta N° 2658) que a partir del 1/12/17 la tasa aplicable será la activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación.- Por lo expuesto, en lo pertinente, propongo que el monto diferido a condena lleve desde la fecha de esta sentencia, los intereses de la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses hasta el 1/12/17, fecha a partir se aplicará la activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación (cfr. esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Acta 2601 del 21/05/14 y su modif. Acta 2630 y Acta 2658). La Dra. María Cecilia Hockl dijo: En lo que es materia de discrepancia entre mis distinguidas colegas adhiero al voto de la Dra Graciela González por compartir sus fundamentos. A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, SE RESUELVE 1) Revocar el fallo apelado y disponer la reinstalación del actor, en su lugar de trabajo dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de aplicar astreintes 2) Condenar a la demandada a pagar dentro del quinto día la suma de \$ 179.520 con más intereses conforme tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses hasta el 1/12/17, fecha a partir se aplicará la activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación (cfr. esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Acta 2601 del 21/05/14 y su modif. Acta 2630 y Acta 2658) conforme lo expuesto en el considerando VII.- 3) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, demandada y perito contador conforme considerando IX.- Los de Alzada en el ...% y ...% respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en origen (art. 38 L.O. y ley 24.432) Regístrese, notifíquese, comuníquese (art. 4°, Acordada CSJN N° 15/13) y devuélvase. Fecha de firma: 22/11/2017 Firmado por: GRACIELA GONZALEZ, JUEZA DE CAMARA Firmado por: GLORIA M PASTEN DE ISHIHARA, JUEZA DE CAMARA Firmado por: MARIA CECILIA HOCKL, JUEZA DE CAMARA 024076E