

## Despido Discriminatorio Delegado Gremial Inversion De La Carga De La Prueba Reinstalacion

### JURISPRUDENCIA

### Despido discriminatorio. Delegado gremial. Inversión de la carga de

la prueba. Reinstalación

Se confirma la sentencia que desestimó el reclamo de un trabajador por despido discriminatorio y reinstalación, al no existir elementos que permitiesen inferir que la demandada se encontraba anoticiada de las intenciones de aquel de postularse como delegado. En función de lo cual, y frente a la ausencia de elementos objetivos, no pudo operar la inversión de la carga probatoria y, consecuentemente, mal podía haber sido víctima de un despido teñido de discriminación.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 05 días del mes de noviembre de 2018, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden: LA DOCTORA MARÍA DORA GONZÁLEZ DIJO: I. Llegan las actuaciones a conocimiento de esta Sala, para dilucidar el recurso de apelación articulado por las partes actora y demandada, a fs. 348/357 y fs. 372/378 respectivamente, contra la sentencia dictada a fs. 344/347. El perito contador apela los honorarios regulados a su favor, a fs. 360.

II. La parte demandada enfrenta la decisión de grado, impugnando la desestimación del reclamo por reinstalación. Según su postura, el despido dispuesto por la empleadora fue arbitrario y discriminatorio en razón de su pretensión de postularse como delegado de personal y por los reclamos que formuló en aras de que se restituyan sus condiciones de trabajo. En esa tesitura, sostiene que el fallo atacado violenta la regla de inversión de carga de la prueba. El planteo es improcedente y, en esa inteligencia, me explicaré.

Para que opere la inversión del *onus probandi* resulta insoslayable que, *prima facie*, se configuren los presupuestos fácticos que puedan sustentar una presunción en dirección a considerar una actitud discriminatoria por parte de la patronal.

Surge de las constancias de autos, examinadas en el decisorio de grado, que el demandante no llegó a postularse, por las razones que allí se indican. Su objetivo sólo quedó en una mera intención, quedó trunco. También surge de los elementos adunados a la causa, que se impugnó el acto que convocó a la presentación de listas, pero el actor no suscribió esa impugnación presentada en el Ministerio de Trabajo (v. fs. 73/83 y 145/156).

De ello se infiere, como sostiene el a-quo, que no existen elementos que permitan inferir que la demandada se encontraba anoticiada de las intenciones de Mercurio de postularse como delegado. En función de lo cual, frente a la ausencia de elementos objetivos, no puede operar la inversión de la carga probatoria y, consecuentemente, mal podría haber sido víctima de un despido teñido de discriminación.

Sentado ello, cabe añadir que toda vez que el demandante no se encontraba amparado por tutela sindical alguna, tampoco correspondería considerar -haya o no tenido conocimiento la empleadora de sus intenciones proselitistas- que su situación pueda ser revertida mediante una sentencia que disponga una reinstalación. A mayor abundamiento, cabe destacar la falta de contemporaneidad entre la frustrada postulación del actor (setiembre de 2014) y la fecha del distracto (abril de 2015). Elementos que sellan la suerte de su planteo recursivo.

Cabe añadir, en este sentido, que el Alto Tribunal se ha expedido recientemente en la causa "CSJ 528/2011 (47-V)/CS1 - Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto cl Disco S.A. s/amparo sindical? del 4/9/2018, sosteniendo que "... En primer lugar, tal como surge del estándar de "Pellicori", quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar *prima facie* o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es. de carácter sindical o gremial. Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El art. 47 de la referida ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales. En el caso de la ley 23.592, el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión. Una vez demostrados verosímilmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que

demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado?. En tales condiciones, y como he expresado ?ut supra?, el recurso deviene inadmisibile. Así lo voto. III. Asimismo reprocha el actor el rechazo de su reclamo por viáticos y horas extras impagas. A mi juicio, no le asiste razón. Cabe precisar que el juez de primera instancia valora la ineficacia de la prueba testifical porque los deponentes tendrían juicio pendiente por idénticos reclamos, contra la demandada. El tema ha sido y es materia de intenso debate jurisprudencial y doctrinario, porque también es necesario ponderar que son los trabajadores, compañeros de trabajo del demandante, quienes han podido percibir a través de sus sentidos los hechos y circunstancias que se debaten, en forma presencial y directa Sin embargo, mi descalificación respecto de la prueba en estudio, se sustenta, fundamentalmente, en las contradicciones en que incurrieron los testigos y las incongruencias respecto de los hechos relatados en el inicio. Así, el demandante sostiene que se le abonaban 192 hs. mensuales, cuando en realidad trabajaba 48 hs. más. Ello totalizaría 230 hs. mensuales. Sobre el particular, el testigo Corrales (fs. 224/225) afirma que se trabajaban entre 260 a 270 hs., mensuales, las que se consignaban en la libreta de trabajo. Nothan (fs. 226/227) que la carga mensual era de entre 260, 275 o 275 hs. con un sistema de 16 vueltas mensuales, sin determinar cuántas horas insumía cada vuelta. También menciona que se consignaba el horario trabajado en la libreta de trabajo. Navarro (fs. 228/229) dice que trabajaban ?276 en blanco, 230 en libreta el resto en negro?. Finalmente, Barbagelata (fs. 306/307), quien además afirma ser amigo de actor, dice que cada viaje comenzaba a las 8 y finalizaba 13,30 hs, para volver a salir a las 14 hs, al regreso. Teniendo en cuenta esta última declaración, cada vuelta insumiría 12 hs., con lo cual la carga horaria mensual no superaba las 192 hs. Las contradicciones señaladas, como sostuve más arriba, le restan eficacia probatoria y convictiva a la prueba testifical aportada por el actor. A mayor abundamiento, cabe destacar que éste ni siquiera acompañó a la causa la aludida libreta de trabajo, a fin de poder cotejar las afirmaciones examinadas y, en su caso, considerar su eventual vigor. Por todo ello, sugiero desestimar la queja en tratamiento y confirmar lo decidido en grado. IV. Se agravia a su turno la demandada, cuestionando el progreso de la acción por despido, que resultó contraria a la postura esgrimida en el responde. Considerada errada la decisión que juzgó que no se ha demostrado la causal resolutoria en los términos del art. 242 de la L.C.T. No obstante, el despliegue argumentativo que exhibe el memorial de agravios, no le asiste razón. En efecto, la pretensora se explaya acerca del comportamiento del demandante y las sanciones que le fueron impuestas a lo largo del vínculo laboral. Sin embargo, no se hace cargo de lo que puntualmente se examina en el fallo atacado, que es la falta de acreditación de la supuesta falta cometida por el actor, que definió la decisión rescisoria de la empleadora. La apelante esboza argumentos que devienen jurídicamente inadmisibles. Ello así, porque sostiene que el silencio que guardó el trabajador frente al requerimiento de explicaciones sobre su conducta, por cinco días, involucró la caducidad de su derecho de defensa y reconocimiento de la falta que se le imputó. Esa postura la sustenta en lo dispuesto en el art. 27 del CCT 460/73, que en lo que aquí interesa dispone que ?Toda medida disciplinaria deberá ser notificada al interesado con especificación precisa y clara de su motivo. Bajo ningún pretexto el sancionado podrá negarse a firmar la notificación, pudiendo hacerla de conformidad o en disconformidad. En todos los casos deberá entregársele una copia de notificación. El personal deberá efectuar el descargo dentro de los cinco días de habersele notificado el hecho, vencido ese término se tendrán por ciertos los hechos?. Tal modo de plantear su defensa, implica un flagrante desconocimiento a principios fundamentales del derecho del trabajo, tales como los contemplados en los arts. 12 (No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido), 58 (No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido) y 9 (En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo). En definitiva, del juego armónico de las disposiciones transcriptas, se desprende que el art. 27 del CCT referido carece de eficacia y virtualidad. Consecuentemente, el silencio o falta de defensa del trabajador frente a las imputaciones, no significó ningún reconocimiento. Y la falta de prueba respecto de los hechos que se le imputaron, torna ilegítimo el despido directo. Por ende, habilita al actor al cobro de las indemnizaciones de ley. Bajo ese punto de análisis, el agravio deberá ser desechado. Así lo voto. V. Apela la demandada los honorarios regulados, por altos y, al mismo tiempo, recurre el perito contador por sus honorarios, que considera bajos. En mi criterio, los emolumentos del contador lucen reducidos y los restantes, adecuados. Por ello, propongo elevar los correspondientes al experto contable al %, sobre la misma base establecida en la instancia previa y mantener las regulaciones de los restantes profesionales. VI. También recurre la actora por la imposición de honorarios a su cargo, respecto de la acción de reinstalación.

Atento el resultado global de la causa, no existe motivo para modificar la imposición de costas determinada en grado. VII. Las costas generadas por la actuación ante esta Cámara deberán ser soportadas por en el orden causado (conf. art. 68 C.P.C.C.N.). A esos efectos auspicio que los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara se fijen en el % de lo que le correspondiere por su actuación en la instancia previa (conf. Art. 30 ley 27423) VIII. Por lo expuesto, se deberá confirmar la sentencia de primera instancia; elevar los honorarios del perito contador al %; distribuir las costas de Alzada por su orden y regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara en el % de lo que les correspondieren por su actuación en la instancia previa. EL DR. VÍCTOR ARTURO PESINO DIJO: Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede. Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE: 1. Confirmar la sentencia de primera instancia. 2. Elevar los honorarios del perito contador al % sobre idéntica base que la establecida en la instancia previa 3. Distribuir las costas de Alzada en el orden causado. 4. Regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara en el % de lo que les correspondieren por su actuación en la instancia previa. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/13 del 21/05/13 y oportunamente, devuélvase.- MARÍA DORA GONZÁLEZ JUEZ DE CÁMARA VÍCTOR ARTURO PESINO JUEZ DE CÁMARA Ante mí: SANTIAGO DOCAMPO MIÑO SECRETARIO 033159E