

Despido Despido Discriminatorio Reincorporacion Reposicion In Extremis

JURISPRUDENCIA

Despido. Despido discriminatorio. Reincorporación. Reposición in extremis

Se confirma la resolución que dejó sin efecto la medida cautelar de reincorporación dispuesta respecto de la trabajadora, en el marco de una serie de despidos masivos, al concluirse que la recusación sin causa no era admisible ni en los litigios laborales ni en las acciones de amparo, y que la reposición in extremis constituía un remedio excepcional que no podía dirigirse a cuestionar decisiones ya adoptadas por los jueces.

Buenos Aires, 27 de Febrero de 2019. La Doctora María Cecilia Hockl dijo:

I.- La parte actora, a fs. 118/124 cuestiona la decisión dictada por este Tribunal a fs.111/116 -y aclaratoria de fs. 117- e interpone recurso de nulidad y de reposición ?in extremis?. II.- Con relación al planteo de nulidad, los recurrentes afirman que no se habría notificado por cédula la integración de esta Sala, la que se hizo saber a las partes de acuerdo al auto de fs. 109 y, de este modo, se los habría privado de recusar sin causa a uno de los integrantes de este Tribunal. Toda vez que la razón esgrimida no se compadece con lo normado en el art.14 del CPCCN en cuanto veda la recusación sin expresión de causa en procedimientos como el presente -sumarísimo-, no cabe sino su desestimación. III.- El llamado recurso de reposición ?in extremis?, de creación pretoriana, que en nada se asemeja al recurso ordinario de revocatoria, está orientado a subsanar la injusticia flagrante o grosera, derivada de una resolución de mérito (sentencia definitiva o interlocutoria) asentada en un error material palmario y ostensible, que no puede modificarse por vía de la aclaratoria, ni a través de los restantes recursos procesales reconocidos por la ley adjetiva. Se trata de que el mismo tribunal que emitió la resolución, frente a un error de cierta magnitud, que sea trascendente, grave y que de modo diáfano refleje la falta de correspondencia con la realidad fáctica de la causa, corrija lo decidido y supere la falla. Por ello, debe tratarse de un supuesto que repugne la razón, en el que no quepa ninguna duda que, de haber sido advertida por el tribunal la equivocación revelada al interponerse el recurso, la causa se habría resuelto de modo contrario (ver Peyrano, Jorge W., ?Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición in extremis?, La Ley, 1997 - E, pág.1164 a 1168) (confr. dictamen del Sr. Fiscal General Adjunto del 11.02.2019, glosado a fs. 136/137). Su interposición exitosa presupone que se está atacando, total o parcialmente, una resolución que no es susceptible de otras vías impugnativas o que, de serlo, las mismas son de muy difícil acceso o cuya procedencia sea notoriamente incierta, y que no se alegue la necesidad de suplir una equivocación jurídica o un déficit de actividad de las partes en materia de recolección de material probatorio. En el presente, la vía del recurso extraordinario se aprecia como el remedio mediante el cual la parte que se considere afectada por la decisión puede transitar, aún cuando se trate de un pronunciamiento dictado en el ámbito cautelar, si pudiese equipararse a la ?sentencia definitiva de la causa? (ver CSJN, ?Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/ EN - Consejo de la Magistratura y otros s/ inc. de medida cautelar?, sentencia del 27/11/2018, entre otros). En la jurisprudencia, este recurso atípico se presenta como una suerte de antídoto para neutralizar aquellas ?situaciones en que se constatan notables injusticias, las que sólo deben suministrarse ?in extremis?, es decir, cuando ninguna otra cosa puede hacerse por los carriles corrientes? (conf. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa in re ?Municipalidad de la Ciudad de Formosa c/ Instituto Provincial de la Vivienda?, 30 de mayo de 2005, La Ley del Litoral 2005, agosto, Pág. 736); habiéndose puntualizado que sólo es procedente cuando la ?flagrancia e incontestabilidad del lapsus impone (...) la atenuación del rigor formal pues constituiría un absurdo, lesivo de la garantía de defensa en juicio, acordar firmeza a un yerro patente o imponer un engorroso trámite de alzada para su enmienda? (conf. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe in re ?Schmalenberger Jorge A c/ Porta Daniel H. y/u otro?, del 30/6/04, La Ley del Litoral, febrero de 2005, Pág. 57). La idea de conjurar la sinrazón notoria, como adecuado balance entre la seguridad jurídica y la justicia, ha estado presente en numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los que se ha excepcionado la directriz sucesivamente reiterada de que sus fallos no son susceptibles de revocatoria (ver Fallos 305:603; 310:858; 315:2581, entre otros). IV.- Sentado lo anterior, se advierte que la tesis de la parte recurrente persigue la finalidad de modificar la decisión judicial adoptada en fecha 31.10.2018 -y aclaratoria del 01.11.2018- y que el recurso en examen -tal como ha sido planteado- no resulta procedente al no hallarse configurada en autos la situación que amerite el remedio intentado. En efecto, el escrito recursivo se limita a señalar la supuesta contradicción con una sentencia de otra Sala de esta Cámara en punto a la valoración de los hechos (ver fs. 122), lo cual representa un extremo de estricta índole jurisdiccional y privativa de cada magistrado interviniente. El planteo relativo al procedimiento preventivo de crisis, al que reputa ?superficial? (fs. 121 anteúltimo párrafo) fue suficientemente tratado (ver acápite V, fs. 113), no siendo esa calificación más que una expresión carente de contenido objetivo. En cuanto al aludido despido discriminatorio -que según las expresiones de los apelantes no se habría ?considerado?-, el voto mayoritario abordó puntualmente el tópico (fs. 112 vta./113), lo que revela una mera discrepancia con lo decidido de manera concreta. Como se observa,

ninguno de estos señalamientos habilita una vía recursiva como la intentada por los presentantes. Las particulares circunstancias de salud que aquejan a la actora fueron tenidas especialmente en cuenta conforme se puede extraer de los acápites VI y VII del fallo recurrido. Por lo demás, la señora W. no invocó contar con tutela sindical, ni tampoco integrar la asociación sindical en alguno de sus estamentos, circunstancia que sí se verificó en la causa ?Lucchetti, Karina Paola y otros c/TELAM s/acción de amparo? (SI 70.610 del 28/11/2018). En efecto, en el precedente mencionado las actoras integraban diversas comisiones en la entidad representativa de sus derechos, extremo que condujo a que este Tribunal recurriera a las prescripciones del art.47 de la ley 23.551 para confirmar la reinstalación dispuesta en grado, y difiere del sub-examen, en el cual quien acciona no alegó integrar de ningún otro modo la asociación gremial más allá de su calidad de afiliada y sus padecimientos de salud fueron expresamente tratados en el fallo recurrido. Estas razones, ponderadas en el contexto de la masividad de los despidos dispuestos -masividad que reitero fue planteada ab-initio por la propia parte actora-, desplaza la pretensión de que esa circunstancia hubiera constituido la motivación para disponer el distracto. Por ello, de compartirse mi propuesta, y por lo dictaminado a fs. 136/137, a cuyos fundamentos y conclusiones se remite, en razón de brevedad, correspondería desestimar los planteos efectuados por la parte actora, toda vez que no se encuentran reunidos los requisitos que tornen viable el progreso de la nulidad pretendida ni de la revisión que se intenta. La Doctora Gabriela Alejandra Vázquez dijo: I.- La persona actora, a fs. 118/124 deduce nulidad y ?reposición in extremis? respecto de lo resuelto a fs. 111/116 y aclaratoria de fs. 117 por esta sala -con otra integración-, que deja sin efecto la medida cautelar de reincorporación dispuesta por la Sra. Jueza Silvia Garzini a fs. 31/34 respecto de la señora M. A. W.. La demandada contestó traslado a fs.129/134. II.- La nulidad se fundamenta en que esta Sala, antes de adoptar la decisión de fs.111/116 no habría dado cumplimiento con el artículo 111 del Reglamento para la Justicia Nacional, en el sentido de notificar a su parte que el Tribunal quedaba integrado con el Dr. Álvaro E. Balestrini, a quien habrían de recusar sin causa. La presentación en este punto, no satisface el principio de trascendencia (artículo 169 y sigs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En efecto, quien promueve el incidente de nulidad debe cumplir con determinados requisitos de admisibilidad formal, entre ellos, el de invocar las defensas que se vio privado de oponer. En el caso, si bien se afirma que no pudo recusarse sin causa al juez Balestrini, tal afirmación no satisface el referido recaudo pues la recusación sin causa está vedada en el proceso sumarísimo (artículo 14 último párrafo del CPCCN), como lo puso de relieve la demandada al contestar el traslado de la nulidad (ver especialmente punto IV). Por ello, la nulidad deducida debe ser rechazada. III.- En lo atinente a remedio in extremis, para su tratamiento tengo en consideración: a) la naturaleza provisional de las decisiones precautorias, las que no causan instancia (arg. arts. 203 a 205 y conc. CPCCN); b) que tales resoluciones, dictadas ante esta instancia, no son susceptibles de recurso extraordinario federal, por no tratarse de sentencias definitivas (art.14, ley 48); c) que se trata de un proceso en el que se invoca discriminación por razones sindicales, de actividad gremial y de salud; d) el peligro en la demora que entraña en sí misma la situación de paro laboral en contextos de aumento del desempleo; e) lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la reciente sentencia dictada en el expediente ?Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS? del 18-12-2018 (CSS 42272/2012/CSI-CAI), en cuyo Considerando 26 se lee: ?cabe destacar que es precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra su máximo significado. En tales etapas críticas, deben profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias avanzadas y maduras las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos? y f) que la actora - quien ingresó a trabajar para la demandada en el año 2008- padece de los virus de Hepatitis C y HIV (tal como fue receptado por esta Sala en el fallo recurrido), lo que nos coloca ante una controversia cuya suerte pone en riesgo su subsistencia. El citado conjunto de circunstancias me persuaden acerca de que la reposición in extremis, de creación pretoriana, encuadra en la excepcionalidad a la que alude mi distinguida colega preopinante, Dra. Cecilia Hockl, con quien me permito disentar, porque los elementos referenciados habilitan a ingresar en el entorno de ?notoria injusticia?, desde el plano de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de rango constitucional (artículo 75, inciso 22 Constitución Nacional). IV.- En el referido marco conceptual, como lo ha sostenido la Dra. Gloria Pasten recientemente (Sentencia Interlocutoria de esta sala N° 70.610, en autos ?Lucchetti, Karina Paola y otros c/ TELAM Soc. del Estado s/ acción de amparo?, de fecha 28-11-2018): ?En lo atinente a la verosimilitud del derecho, no puede perderse de vista que en las causas en las que está en discusión la legitimidad de un acto que se tilda de discriminatorio, las reglas de la prueba presentan particularidades que se distinguen de otros procesos de conocimiento. En efecto, nuestro Máximo Tribunal ha expresado en los precedentes ?Pellicori? (Fallos 334:1387); ?Sisnero? (Fallos 337:611) y muy recientemente en ?Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical? (CSJ 528/2011, 47-v / CS1, Recurso de hecho, 4/9/2018) que ?...En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo

objetivo y razonable ajeno a toda discriminación...?. Si a las reglas probatorias específicas aplicables a este tipo de causas, se suma que la decisión cautelar no requiere de certezas o pruebas indubitables, esto es, analizada la controversia sólo en sus aspectos procesales, la documentación acompañada por la parte actora (...) proporcionan ?prima facie? cierto humo de buen derecho a la luz de la ley 23.592, suficiente para respaldar una decisión cautelar en los términos del ordenamiento adjetivo mientras que el peligro en la demora se revela ante la pérdida sorpresiva del empleo y las consecuencias inherentes a la pérdida de los ingresos de naturaleza alimentaria. (Conf. CNAT, sala III, 14-7-2017, ?B., L. M. c. Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ despido?, La Ley Online, AR/JUR/55105/2017)?. Así encuadradas las ideas, no puede pasarse por alto un elemento de juicio que no ha sido ponderado específicamente ni considerado relevante en la decisión de fs. 111/116. Me refiero al contenido del documento agregado en el sobre de fs. 2, que es el Comunicado de la demandada -Telam - de pocos días posteriores a los despidos cuya validez se controvierte en la causa (del 26-6-2018), no cuestionado en su autenticidad y que se encuentra subido a la página web institucional de la demandada (<https://www.telam.com.ar/notas/201806/293523-telam.html>). A pesar de que la lectura del Comunicado emitido por la empleadora no conlleva certezas definitivas, sí en cambio proporciona prima facie humo de buen derecho, por tratarse de un indicio que admite vincular a los despidos de la persona accionante al ejercicio de actividades sindicales (alegaciones realizadas por la actora a fs. 7 vta.), hecho que de ser así, sería antijurídico y habilitaría la nulidad (artículo 1° ley 23.592 y doctrina de la CS del caso ?Álvarez c. Cencosud?, Fallos 333:2306). Obsérvese que en el plano de una decisión cautelar -de limitada necesidad de convicción-, en un proceso que atañe a desentrañar si existió un obrar discriminatorio, el citado documento emanado de la empleadora luce relevante como indicio que no puede omitirse, ya que a los párrafos de crítica al accionar sindical de personas trabajadoras de su plantel, le sucede la información sobre las desvinculaciones laborales: ?A esos empleados se les envió la carta documento correspondiente el viernes pasado? (ese viernes era 22-6-2018, misma fecha de imposición de la comunicación rescisoria que se controvierte en la causa), reservada en el sobre de fs.2. A tal elemento se añade, como complemento meramente indiciario, que según los recibos de sueldo acompañados (agregados en el sobre de fs.2, código de descuento N° 947), la demandante está afiliada al Sindicato de Trabajadores de Prensa (SI.TRA.PREN), asociación sindical respecto de la cual la empleadora habría intentado una modificación de tareas de un representante orgánico, sin acudir al procedimiento legal previsto por el artículo 47 de la ley 23.551 (ver sentencia de la CNAT, sala VIII, del 12-5-2017, agregada en el sobre de fs.2). Por lo expuesto, considero que la reposición in extremis debería tener favorable acogida, porque surge claro que la decisión de fs. 111/116 ha omitido por completo la alusión al contenido intrínseco del denominado Comunicado ?La Agencia Telam tiene futuro?, fechado el 26-6-2018, un elemento de juicio cautelar relevante en el marco de este proceso, máxime si se atiende al significativo peligro en la demora que resaltara la jueza ?a quo?, a más de los derechos humanos involucrados: protección judicial, tutela judicial efectiva y protección de la salud, como fue exaltado por la doctora Pasten en el voto que emitiera a fs. 114/ vuelta. Estas circunstancias revelan que no es posible, en el caso, predicar la ausencia de excepcionalidad o prescindir de la injusticia notoria del fallo que se ataca a través del remedio in extremis en tratamiento. V.- Por otra parte, debe advertirse que las previsiones de la ley 26.854 no surgen como un obstáculo cautelar ya que se controvierte la juridicidad de actos de la demandada realizados en su calidad de empleadora y en el ámbito de una controversia regida por el derecho privado, hecho que permitiría poner en tela de juicio su aplicación, pensada, en sustancia, para actos de autoridad pública y no para los casos en que el sujeto de naturaleza pública actúa con ajuste al derecho privado. Mas a soslayo de tal puntualización, que admito podrían controvertir mis colegas, la naturaleza alimentaria y de carácter social de la pretensión, que compromete la subsistencia de una trabajadora especialmente vulnerable, todo lo cual aleja dudas acerca de las potestades cautelares de esta judicatura laboral. VI.- No obstante, considero que no puede pasarse por alto lo atinente a la liquidación final en dinero que ya fue puesta a disposición de la persona trabajadora accionante. Ello por cuanto, al proponer la procedencia de la reposición in extremis y, por ende, la confirmación de la medida precautoria de reincorporación decidida en origen, corresponde el reintegro de lo que haya sido percibido en exceso del quantum salarial que habría correspondido desde el distracto hasta la reincorporación. La empleadora puso a disposición de la actora, en la cuenta bancaria salarial, una suma de dinero con imputación a conceptos indemnizatorios. En efecto, una vez dispuesta y efectuada la reinstalación cautelar, la actora deberá restituir las sumas que le fueron depositadas, previo descuento de los salarios correspondientes a los meses devengados hasta la reincorporación. Tal como lo decidió esta CNAT en autos ?Lucchetti, Karina Paola y otros c/ Telam Sociedad del Estado s/ acción de amparo? (sentencia interlocutoria n° 70.610 del 28-11-2018, del registro de esta Sala). VII.- De compartirse mi criterio y oído al Sr. Fiscal General interino ante esta CNAT, propongo: 1) Rechazar la nulidad y admitir el remedio in extremis subsidiario articulado, con costas en el orden causado en atención a los vencimientos parciales y recíprocos (art.68 segundo párrafo CPCCN); 2) Confirmar el fallo de fs.31/34, en cuanto admite como medida cautelar la reincorporación de la trabajadora M. A. W.; 3) Ordenar que una vez cumplida la reinstalación, la actora reintegre las sumas de dinero excedentes, tal como se indica en el considerando VI; 4) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno y 5) Registrar, notificar y comunicar lo resuelto. El Dr. Carlos Pose dijo: La figura de la

recusación sin causa no es admisible ni en los litigios laborales, ni en las acciones amparistas (art. 16, ley 16.986) lo que resta engarce jurídico tanto al pedido de nulidad, como al recurso de reposición ?in extremis? de la parte actora. Por lo expuesto adhiero al voto de la Dra. María Cecilia Hockl. Por lo expuesto el Tribunal RESUELVE: 1) Rechazar los recursos interpuestos y 2) Diferir

la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno. Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (art. 4º, acordada CSJN N° 15/13).

María Cecilia Hockl Jueza de Cámara Gabriela Alejandra Vázquez Jueza de Cámara Carlos Pose Juez de Cámara

Correlaciones: Mesa Nacional por la Igualdad Asoc. Civil c/Télam Soc. del Estado s/acción de amparo - Cám. Nac. Trab. - Sala FERIA - 26/07/2018 - Cita digital IUSJU029550E

036094E