

Despido Discriminatorio Motivos Sindicales Carga De La Prueba Jurisprudencia Indicios Rechazo De La Demanda

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

capital federal de la República Argentina, a los 30 días del mes de septiembre de 2020 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y LA DOCTORA BEATRIZ E. FERDMAN dijo: I.- La sentencia definitiva de fs. 472/480 ha sido apelada por el actor y por la codemandada UGOFE S.A. a tenor de los memoriales que lucen anejados a fs. 488/491 y fs. 492/493. Las codemandadas UGOFE S.A. y Ferrocarril General Belgrano S.A. contestaron agravios (v. fs. 495/496 vta. y fs. 497/499). El Dr. Gastón C. de la Fare, por derecho propio, se queja porque considera reducidos los honorarios regulados en su favor (v. punto 2, fs. 493). II.-Se queja el accionante porque, según sostiene, la demandada lo despidió en virtud de su actividad sindical y militancia política. Señala que se mostró públicamente como activista y que el despido invocando una falsa causal obedeció a un acto discriminatorio por el ejercicio de derechos sindicales. Afirma que controversió el despido e hizo saber la divergencia existente entre lo dictaminado por los médicos de la ART y la Obra Social. Sostiene que el magistrado de grado analizó en forma errónea y parcial la prueba rendida en autos ya que los testigos que declararon en autos acreditan la actividad sindical desplegada como referente de sus compañeros y la persecución discriminatoria adoptada por la empleadora. Agrega que la demandada no acreditó que el despido se hubiera producido por una causa ajena a la discriminación pues no produjo prueba testimonial. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura. Por último, apela la imposición de costas. Por su parte, la codemandada UGOFE S.A. apela la imposición de costas respecto de la citación de tercero Estado Nacional-Ministerio del Interior y Transporte. Crítica, además los honorarios regulados a la representación letrada del Estado Nacional por considerarlos elevados. III.-No se encuentra discutido en el sub lite que la demandada despidió al trabajador con fecha 19 de abril de 2011 en los siguientes términos: "...a expensas de la intimación enderezada a ud. por dicha línea ferroviaria en fecha 6/4/11, a los efectos de que justifique la razón de sus ausencias verificadas desde el 28/3/11, usted se presentó al servicio médico de la misma invocando supuesta dolencia física y malgrado para usted con resultados negativos, siendo que el profesional interviniente de la patronal ratificó alta médica otorgada en fecha 2/3/11, ilustrando que no se evidenciaban alteraciones que impidan el normal desarrollo de sus tareas. No empece a lo expuesto, usted insiste en su reprochable actitud de evitar cumplir con su débito laborativo, esgrimiendo impedimentos que, de conformidad al criterio médico emanado de los profesionales de la dadora de trabajo, en modo alguno pueden ser convalidados, ello a expensas del ejercicio de prácticas retentivas ¿sin die? o si se quiere, de una resistencia injustificada a modificar su conducta omisiva....En virtud de lo expuesto, en base al expreso pedido articulado por UGOFE S.A. Línea Gral. Roca mediante nota de fecha 13/4/11 y teniendo a la vista los profusos antecedentes laborales que dan cuenta de una deplorable ficha personal plagada de débitos e incumplimientos laborativos y sanciones, la que nos fuera remitida por la operadora ferroviaria, le notificamos que ha dispuesto el cese del vínculo laborativo fundado en justa causa, con sustento en incumplimientos a los deberes de buena fe, diligencia y colaboración y reiterados incumplimientos a las órdenes e instrucciones impartidas (cfr. arts. 63, 84, 86 y 242 de LCT? (v. carta documento obrante a fs. 295 y aviso de recibo de fs. 294). Previamente, con fecha 6/4/11, la demandada había intimado al trabajador - ante ausencias sin justificación ocurridas desde el día 27 de marzo de 2011-a que se presentara en el plazo de 48 horas en las oficinas de relaciones laborales en el horario de 10 a 17 hs., bajo apercibimiento de quedar incurso en abandono de trabajo (v. CD de fs. 105-I). Asimismo, de la prueba documental obrante en autos y del intercambio telegráfico habido surge que con fecha 2/3/11 el actor fue suspendido por el término de 25 días ¿atento su incomparencia el día 17/2/11 a la citación al control médico laboral contemplado en el art. 210 de la Ley de Contrato de Trabajo y atento que Ud. se hallaba de licencia paga por enfermedad desde el 13 de diciembre de 2010....? (v. fs. 101). Ahora bien, en el escrito de inicio el actor no transcribe ni detalla el intercambio telegráfico previo al distracto sino que se limitó a decir que la causa de abandono invocada era falsa y que el despido obedeció a su lucha sindical pero, reitero, no detalló ni explicó las circunstancias que rodearon al despido por lo que -en principio-dicha afirmación luce dogmática. Sólo transcribió el telegrama remitido con posterioridad al despido -de fecha 26/4/11-a través del cual rechazó la comunicación rescisoria e intimó a la accionada para que revea la situación y lo reincorpore al servicio. En dicha oportunidad, intimó a la accionada para se determine Junta Médica a través de la autoridad de aplicación, dada la divergencia de opiniones médicas sobre su real estado psicofísico a raíz del accidente en servicio sufrido el 22/11/2010, en el cual oportunamente intervino Prevención ART y otorgado el alta en discrepancia con los médicos de la Obra Social (v. CD fs. 108-I). Si bien en dicha oportunidad adujo que había puesto en conocimiento de la empleadora la divergencia de diagnósticos a través de una comunicación fechada el 2 de marzo, lo cierto es que no acompañó esa

carta documento ni ninguna documentación que demuestre que efectivamente los médicos que lo atendían le recomendaban no concurrir a trabajar o que se encontraba imposibilitado de prestar tareas. Es más, nada dijo sobre estos tópicos en el escrito de demanda. Con estos parámetros, corresponde dilucidar si la disolución del vínculo laboral obedeció a una motivación discriminatoria -como alega el actor por su carácter de activista-o si se trató de un despido con justa causa como sostiene la empleadora. En efecto, el accionante alegó que bajo la apariencia de un despido invocando una supuesta justa causa, la decisión rupturista encerró un móvil discriminatorio ya que la causa real fue la actividad gremial desarrollada durante el transcurso de la relación laboral, en cambio la demandada, negó entre otros extremos, que el despido dispuesto fuera consecuencia de un accionar discriminatorio ya que, según sostuvo, en el caso se encuentran cumplimentados los presupuestos previstos por el art. 242 de la LCT.

En definitiva, la materia del conflicto reside en establecer si ese despido dispuesto resultó discriminatorio en los términos dispuestos por el art. 1 de la ley 23.592 y art. 17 de la LCT, por cuanto como bien se ha señalado ¿arbitrariedad y discriminación no son conceptos sinónimos? (Voto del Dr. Maza en la causa ¿Fernández Carlos Horacio c/ Transporte Sargento Cabral Soc. Colectiva s/ acción de amparo?, SD 96739 Sala II del 29 de mayo de 2009) pero si el despido además de ser arbitrario obedeció en realidad a una restricción, alteración o exclusión cuya finalidad sea el menoscabo o supresión de los derechos fundamentales será también discriminatorio, es decir el trato desigual será discriminatorio cuando la distinción o exclusión obedezca a motivos tales como ¿raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social, o caracteres físicos? (cfr. ley 23.592). Tratándose el caso de la invocación de un despido discriminatorio por desarrollar el actor -según sus propios dichos- funciones sindicales o reclamos por los derechos de los trabajadores cabe resaltar que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ha sostenido con criterio que comparto que lo dificultoso del tema está dado por la carga probatoria, ya que no parece factible que un empleador despida en forma directa alegando la verdadera causal, lo probable será que el trabajador invoque la existencia de discriminación. Desde dicha óptica será el trabajador quien deberá, en primer término, demostrar o aportar indicios suficientes de que el acto lesiona su derecho fundamental y ¿una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales (...)? (CNAT, Sala V, sent. 68536, 14/6/2006, ¿Parra Vera Máxima c/San Timoteo S.A.? , Sala V, sent. 69131 21/12/2006, ¿Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A.? Sala II, sent. 95.075, 25/6/2007, ¿Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.? , Sala IV, sent 94.581 19/3/2010, ¿Olguin Pedro Marcelo c/ Rutas del Sur SA. s/ acción de amparo?, Sala X ¿Muñoz Carballo Alejandra Noelia c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. UTE? , sent. 17.456 del 30 de abril de 2010, entre muchos otros). Este es el criterio que luego fuera auspiciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ¿Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo? (sentencia del 15/11/2011, P.489, XLIV), al sostener que ¿la cuestión de los medios procesales destinados a la protección y, en su caso, reparación de los derechos y libertades humanos se erigió siempre como uno de los capítulos fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que sean efectivos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C Nº 129, parr. 93). Normas constitucionales y supralegales han señalado la necesidad de que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y ciertamente su interpretación y aplicación deben atender y adecuarse a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Asimismo ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de ius cogens. Así, resultará suficiente para la parte que afirma haber sido discriminada 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 este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. La doctrina del Tribunal no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido? (cfr. Considerandos 11 y 12 del precedente citado).

Es así que, en relación con la mecánica probatoria en este tipo de causas, se ha sostenido un en un criterio que comparto que ¿no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto los indicios suficientes (art. 163, inc. 5 del CPCCN). Por tal motivo es que en el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora deberá colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. No implica lo expuesto, desconocer el principio contenido en el artículo 377 de la norma citada, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que ¿(...) quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.) deberá en primer lugar,

demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca (...) y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada (...)? En igual sentido se ha expedido recientemente el Máximo Tribunal in re: ?Varela José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical? del 4/9/2018) al sostener: ?Quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular ya que el art. 47 de la misma así lo exige expresamente? y, en el supuesto de la ley 23.592, debe acreditar ?de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta con 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?. Ahora bien, la sucesión de hechos que surgen del intercambio telegráfico analizado y la falta de explicación alguna por parte del trabajador en el escrito de demanda, demuestran que el despido dispuesto por la empleadora se sustentó en razones objetivas ya que se invocó una causa seria, razonable, objetiva y extraña a la vulneración de los derechos fundamentales que revela, por lo tanto, la inexistencia de la discriminación invocada en el escrito inicial. En efecto, del intercambio telegráfico descripto precedentemente surge que en la relación laboral se evidenció un conflicto: por un lado el trabajador -al rechazar el despido sostiene que no se encontraba en condiciones de trabajar y que debía convocarse a una junta médica-por el otro, la demandada -quien ya había suspendido al trabajador y lo había intimado a que se reintegrara a trabajar-invocó inasistencias injustificadas ante el informe del control médico que daba cuenta que se encontraba en condiciones de prestar servicios. En este contexto, no se puede atribuir sin más a este conflicto o situación tensa entre las partes que culminó con el despido del actor a una conducta discriminatoria por parte de la demandada, más aún cuando el accionante nada dijo sobre las circunstancias que rodearon al despido en el escrito de demanda ni brindó explicación alguna al respecto (conf. art. 65 L.O.). Repárese, además, que el accionante no acompañó la carta documento supuestamente remitida con fecha 2 de marzo a la que hace alusión en la respuesta brindada el 26 de abril luego de producido el despido -ni siquiera transcribió en el inicio el intercambio telegráfico previo al distracto - ni tampoco acompañó constancia alguna que dé cuenta de la controversia suscitada respecto del servicio médico de la empresa y el alta otorgada para trabajar. A ello se agrega que la demandada adujo que, con anterioridad, el actor no había concurrido al servicio médico a efectos de someterse al control médico, esto es con fecha 17/2/11, y que por ello fue intimado en dos oportunidades a justificar inasistencias (v. TC fs. 99/100) lo que culminó con la aplicación de una suspensión (v. CD fs. 101). Nada dijo el actor sobre estos hechos al demandar. Luego, frente a una nueva intimación vencido el plazo de la suspensión para concurrir a trabajar y dado que el servicio médico de la empresa le otorgó el alta y que el actor no presenta, la accionada extinguió el vínculo laboral. Es decir, no se trata de un despido producido en forma intempestiva o sin causa aparente o con la invocación meramente formal de una inconducta sino que implicó la culminación de un largo proceso en el que la empleadora consideraba que el trabajador se encontraba en condiciones de concurrir a trabajar y lo intimó previamente en varias oportunidades a que se presentara al control médico en los términos del art. 210 LCT, lo que incluso implicó la aplicación de una suspensión que el accionante no controvierte. Por el contrario, el accionante no acompañó ninguna comunicación que dé cuenta que le hubiera hecho saber a la empleadora que no se encontraba en condiciones de prestar servicios ni tampoco acreditó que hubiera acompañado certificados médicos que justificaran su diagnóstico menos aún los acompañó a las presentes actuaciones ni demostró de modo alguno que efectivamente se encontrara cursando una enfermedad que le impidiera concurrir a su empleo. Recién una vez producido el distracto pretendió que la demandada produjera una junta médica pero sin indicar siquiera cuál sería la patología que lo aquejaba ni poner a disposición del empleador certificados médicos que contradijeran el alta otorgada por el servicio médico que ejerció el control. Tampoco, reitero, acompañó a estas actuaciones documentación alguna ni produjo prueba alguna tendiente a demostrar ese extremo. En este contexto, no puede afirmarse válidamente que el despido dispuesto por la empleadora carezca de causa o hubiera encubierto un acto discriminatorio. Repárese que, tal como señaló el magistrado de grado, al cuestionar el despido el accionante no hace alusión alguna a que el distracto encubriera una conducta discriminatoria y recién en julio, es decir casi tres meses después de acaecido el distracto, le remitió una comunicación alegando esa supuesta causal encubierta. No controvierte lo expuesto la actividad sindical ejercida por el trabajador porque si bien es cierto que los testigos que declararon en autos (Hospital, fs. 423/424, Merino, fs. 453/455, Franzini, fs. 459/460 y Sandri, fs. 463/464) dan cuenta de que el actor pertenecía a la agrupación ?Causa Ferroviaria? y que intervino en asambleas, protestas y marchas que culminaron con la incorporación del personal tercerizado a la planta permanente -entre ellos el aquí actor-lo cierto es que los testigos refieren que esos hechos sucedieron en el año 2007 en tanto el despido se produjo en abril de 2011, es decir que no hubo un hecho contemporáneo relacionado a su militancia que hubiera precipitado el despido en tanto la demandada conocía la actividad sindical desplegada por el trabajador desde su incorporación a planta permanente. En efecto, el testigo Hospital (fs. 424) da cuenta de un supuesto traslado que no fue invocado por el actor al demandar y, además, al dar razón de sus dichos afirma lo que sabe por comentarios del propio actor. Por su parte, si bien el testigo Merino da cuenta de la participación

activa del accionante en reclamos y asambleas en los años 2008 y 2009 y adujo, en forma genérica, que hubo represalias de parte de la empresa de ese momento, lo cierto es que no se refiere en concreto al actor sino que habla de su situación particular y de otro trabajador y relata un hecho que tampoco fue descripto por el actor al demandar. Por su parte, Franzini (fs. 459/460) si bien dijo que después de pasar a planta permanente a todos aquellos que no entraban por la vía sindical oficialista ¿se convertían en no deseados por la empresa y por el sindicato? no brinda precisiones al respecto y señala que al actor lo terminaron echando y que ese despido tenía que ver con la actividad sindical, pero sin brindar precisiones en tanto tampoco da cuenta de una conducta persecutoria por parte de la empresa. En concreto, sus afirmaciones lucen genéricas y dogmáticas. Por último, Sandri (fs. 463/464) también afirmó que el actor pasó a planta permanente producto de la actividad sindical desplegada en la que estaba involucrado y si bien dijo que el accionante trabajó hasta el año 2011 y que ¿hubo una persecución hacia los activistas destacados que organizaban a los tercerizados? lo cierto es que no explica en qué consistió ese supuesto hostigamiento. Por lo demás, si bien agregó que hubo reuniones con Recursos Humanos que daban cuenta de esa situación, lo cierto es que afirmó que no estuvo presente en dichas reuniones y basa su testimonio en referencias de otras personas, por lo que no tuvo un conocimiento directo de los hechos sobre los cuales depone lo que le resta valor probatorio (conf. art. 90 L.O.) a ello se suma que los hechos que expone no fueron introducidos en el escrito de demanda. En concreto, estos testimonios carecen de eficacia para acreditar hechos que no fueron oportunamente alegados por lo que -por ello-se encuentran al margen de los términos en los cuales quedó trabada la litis (cfr. art. 34 inc. 4 y art. 364 CPCCN). En base a lo expuesto, cabe concluir que no está probado la existencia de un hecho contemporáneo al despido que permita inferir que la demandada violó el ejercicio libre de la actividad sindical más aun cuando conocía la actividad sindical desplegada por el trabajador desde su incorporación a planta permanente. Por el contrario, como dije anteriormente, la invocación de una causa seria, razonable, objetiva y extraña a la vulneración de los derechos fundamentales sumado a que no fue invocado ni probado un hecho concreto coetáneo con el despido que implique la violación u obstáculo a la actividad sindical desplegada por el trabajador, revela que no se encuentra configurada la conducta discriminatoria invocada pues no hay demostrados indicios suficientes que por su número, gravedad, precisión y concordancia (cfr. art. 163, inciso 5°, C.P.C.C.N.) autoricen a tener por acreditado que el despido encubrió una conducta antisindical y discriminatoria. En base a lo dicho, corresponde confirmar la sentencia de grado en tanto no corresponde en el marco de este proceso en que se peticiona la nulidad del despido y la consiguiente reinstalación analizar si los incumplimientos contractuales que sustentaron la decisión rupturista encuadran en lo normado por el art. 242 de la LCT pues más allá de lo que eventualmente pueda decidirse en nada modificaría el resultado de este juicio si se tiene en cuenta que el despido incausado o injustificado - de ser ello así- encuentra su reparación en la Ley de Contrato de Trabajo en el marco de un sistema de estabilidad relativa impropia. IV.-No encuentro mérito para apartarme del principio general contenido en el art. 68 CPCCN según el cual quien resulte vencido debe cargar con los gastos causídicos en que incurrió la contraria para el reconocimiento de su derecho por lo que propongo confirmar la imposición de costas dispuesta en origen a cargo del actor. Sin embargo, respecto de la intervención en calidad de tercero del Estado Nacional coincido con el sentenciante en que dado que fue la codemandada Ugofe S.A. quien solicitó su citación y, en definitiva, generó su intervención en estas actuaciones, corresponde confirmar la imposición de costas dispuesta en origen a cargo de esa codemandada pues, en definitiva, resultó infructuosa su intervención en estas actuaciones. Teniendo en cuenta la naturaleza, alcance, tiempo, calidad y resultado de la tarea realizada, y el valor económico del litigio, estimo que los honorarios regulados al patrocinio y representación letrada de la codemandada Ugofe S.A. no son reducidos en tanto los correspondientes al tercero citado no lucen elevados (cfr. la normativa arancelaria citada por el juez de grado). V.-En atención al resultado obtenido en esta instancia, corresponde imponer las costas de alzada a cargo de la parte actora (conf. art. 68 CPCCN) y regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora, de la codemandada Ugofe S.A. y de la codemandada Empresa Ferrocarril General Belgrano S.A., por su actuación en la alzada, el ...% de lo que a cada uno le corresponda percibir por la labor desplegada en primera instancia (conf. art. 30 ley 27.343). La Doctora Graciela Liliana Carambia manifestó: Que por análogos fundamentos adhiere al voto de la señora jueza preopinante. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recursos y agravios, 2) Costas y honorarios de alzada conforme lo propuesto en el apartado V del primer voto de este acuerdo. 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. Se deja constancia que el doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo no vota (conf. art. 125 L.O.). Beatriz E. Ferdman Juez de Cámara Graciela Liliana Carambia Juez de Cámara

Correlaciones: Arecco Maximiliano c/Praxair Argentina SA - Corte Sup. Just. Nac. - 23/06/2011 - Cita digital IUSJU225619D 002360F