

Datos del Expediente

Carátula: XXXXXX C/ XXXXXX S/DESPIDO

Fecha inicio: 04/12/2013 **Nº de Receptoría:** XXXXXX **Nº de Expediente:** XXXXXX

Estado: En Letra

REFERENCIAS

Funcionario Firmante 10/04/2019 13:51:32 - Daniela Viviana De Tomaso (daniela.detomaso@pjba.gov.ar) - JUEZ (Legajo: 722518)

Honorarios - Incluye Regulación? NO

Sentencia - Nro. de Registro:

10/04/2019 13:51:34 - SENTENCIA DEFINITIVA

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

EXPTE. XXXXXX "XXXXXX C/ XXXXXX S/DESPIDO".-

En la ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, a los 9 días del mes de abril del año dos mil diecinueve se reúne el Tribunal en Acuerdo ordinario, para dictar sentencia en los autos caratulados **"XXXXXX C/ XXXXXX S/DESPIDO"** Expte. N°XXXXXX del fuero laboral. En este estado, los Sres. Jueces resolvieron seguir el mismo orden de votación que el correspondiente al veredicto.-

.....**ANTECEDENTES**

Del racconto del expediente surge que a fs. 91 se presentó XXXXXX interponiendo demanda por despido discriminatorio contra la firma XXXXXX, por la suma que arroja la liquidación que a su fines practicó en la pretensión por despido.

Así, el representante de XXXXXX relató que el cinco de mayo de 2011 viajó a la localidad de Bragado pero en el viaje de regreso a Junín comenzó a sentir algunas molestias físicas y dolores de cabeza. Luego de consultas médicas, el día 12 le informaron a su esposa que había un sangrado. Le realizaron una angiografía, mediante la cual le indicaron la existencia de un sangrado y aneurismas cerebrales múltiples. A raíz de ello, fue trasladado con urgencia al instituto médico XXXXXX de Capital Federal.

Contó que comenzó con licencias a partir de mayo de 2011 cobrando el sueldo hasta octubre de 2012. En enero del 2012 la Dra. XXXXXX de XXXXXX le dio el alta por tres horas de trabajo diario inicial, debiendo evitar situaciones de stress.

En el mes de agosto de 2012, tuvo el alta definitiva expedita por las neurólogos de XXXXXX. En octubre de 2012 se le informó que no iba a cobrar el sueldo por haber llegado a los 18 meses de licencia. Pidió la reinstalación, y se le informó que debía tener primero una junta médica para ver si estaba en condiciones de reincorporarse.

Relató que concurrió a junta médica pero que la empresa no lo reincorporó. Que recién en el mes de enero de 2013 comenzó nuevamente a prestar tareas, pero internas y sedentarias (administrativas). No le fueron otorgadas sus anteriores tareas.

En la semana del 13 al 22 de marzo concurrió para hacerse un chequeo ante el Dr. XXXXXX quien le ordenó una nueva TAC y le da una semana de licencia para que esté tranquilo ya que la situación laboral de pasividad arbitrariamente impuesta por el empleador lo angustiaba generándole una situación de stress. Dicha licencia fue por el término de diez días. Indicó que luego se reincorporó mas recibió de la empresa una carta documento que volvía a quedar en guarda de puesto, debido a dicha licencia. El 18 de junio recibió carta documento donde se lo despidió invocando causal prevista en el art. 212 de la LCT.

Subrayó que se le otorgó un lugar en una oficina sin tarea alguna hasta el momento del despido.

Sustanciada la demanda, se presentó el Dr. José María Anastasi, en representación de XXXXXX.

Luego de las negativas, contó que el actor se desempeñó a las órdenes de su mandante durante catorce años, cumpliendo sus tareas en las localidades de Junín y Bragado.

Desde dicha fecha (mayo de 2011) y hasta el mes de octubre de 2012, su mandante abonó al actor sus haberes mensuales de acuerdo a la LCT, encontrándose desde dicha fecha con reserva de puesto.

Vencido dicho plazo, ordenó junta médica la que arrojó el siguiente resultado: "...deberá realizar tareas internas y sedentarias (tipo administrativas) compatibles con su capacidad laboral en forma definitiva..."

Dijo que le fueron otorgadas tareas acordes; que, no obstante ello, el actor volvió a pedir licencia para realizarse supuestamente (sic), un chequeo, y su ausencia del 13/2/2013 al 22/3/2013 fue considerada reserva de puesto.

Manifestó que se trató de adecuar las tareas que había dentro de la empresa a la modalidad de trabajo que se le había indicado al actor, de acuerdo a su capacidad laboral pero que, sin perjuicio de ello y de los esfuerzos realizados para la empresa por encontrar tareas definitivas compatibles, el actor cuestionaba de manera directa las que le habían sido asignadas colocándose reiteradamente en situación de despido indirecto. Señala el intercambio epistolar como prueba de sus alegaciones.

En definitiva, afirmó, en esas circunstancias no quedó otra alternativa que comunicarle al actor con fecha 17 de junio de 2013 que se prescindía de sus servicios.

Señaló que existe falta de fundamento al demandar y un erróneo encuadramiento en el art. 245 de la LCT. Sostuvo que corresponde la aplicación del art. 212 del mismo cuerpo legal.

Manifestó la inexistencia de un despido discriminatorio. Indicó que su mandante tomó conocimiento del accidente inculpable del actor en el mes de mayo de 2011 y que el despido se concretó recién pasados dos años del mismo, que no tiene sentido ni lógica hablar de una supuesta discriminación. Remarcó que las razones del despido no fueron discriminatorias sino simplemente se basaron en la facultad de dirección y derecho que cuenta su representada de administrar la empresa asumiendo las obligaciones y deberes que emergen de la Ley de Contrato de Trabajo, poniendo inclusive a su disposición la indemnización correspondiente.

Alegó que no existe constancia alguna en el expediente de que su mandante haya efectuado alguna descalificación, distinción o separación arbitraria que conllevara a tratar de manera desigual al Sr. XXXXXX, por ende, es ningún momento actuó de manera discriminatoria respecto de su persona.

Tal como he descripto anteriormente en el veredicto, la cuestión litigiosa ha quedado delimitada por los hechos alegados por las partes en su escritos de inicio y réplica, alegaciones sobre cuyos argumentos se produjeron pruebas y que llegan a esta instancia a los fines del dictado de la sentencia.

Se realizó en autos la audiencia de causa (cfr. art. 44 de la ley 11653), oídos los alegatos y emitido el veredicto sobre los hechos que se tuvieron por acreditados, con la indicación individualizada de los elementos de juicio meritados, los Sres. Jueces resolvieron plantear las siguientes

.....CUESTIONES

PRIMERA: ¿Es procedente la demanda incoada?

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

.....VOTACION:

.....A LA PRIMERA CUESTION, la Sra. Jueza Dra. Rodríguez Traversa dijo:

I. Las pruebas bajo el prisma jurídico:

Atento la forma en que han quedado votadas las cuestiones en el veredicto que antecede, corresponde ejercer una función axiológica en la valoración del derecho en relación a las circunstancias fácticas que se tuvieron por acreditadas (art. 47 de la ley 11653).

Así, en la primera cuestión del veredicto, se tuvo por probada la relación laboral invocada, fecha de ingreso, categoría laboral y salario percibido.

La tarea valorativa de las pruebas resulta compleja, ya que el Juzgador debe rehacer hechos que han sucedido con anterioridad y de los cuales sólo puede obtener un conocimiento por vía indirecta a través de los elementos probatorios aportados al proceso, de cuyo análisis el juzgador debe extraer las conclusiones que lo llevan a establecer si el hecho que se procura determinar se produjo o no. De ahí que el sentenciante esté facultado para seleccionar entre los elementos con que cuenta, aquellos que a su juicio le provean mayor certeza respecto a las cuestiones sobre las cuales debe expedirse.

La Corte Suprema ha sostenido muy claramente que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional, conclusión no sólo "impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el derecho internacional de los derechos humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (CSJN, 14/9/04, "Vizzoti, Carlos A. c/ Amsa SA" Consd. 10 CSJN- Fallos 327.3677).

Del relato de los escritos de inicio, puedo deducir que la situación de XXXXXX se desarrollo con lossiguientes sucesos temporales: relación de dependencia y subordinación en tareas de ventas ytelegestión para la firma XXXXXX enfermedad inculpable (art. 208 LCT); reserva de puesto (art. 211 de la LCT); retorno al trabajo bajo la modalidad de "tareas sedentarias" pero, enrealidad encubrieron una omisión en la asignación de trabajo, licencia médica y despido, bajo elencuadre patronal del art. 212 de la LCT.

Veamos entonces.

II. La previsión normativa del art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Alega la demandada que XXXXXX fue despedido en base a la imposibilidad empresarial de asignarle otras tareas a las que realizaba, conforme la supuesta condición de salud del demandante(art. 212 de la L.C.T.).

En función de esta regla normativa, debo señalar que del deber de previsión a cargo del principal surge la obligación de tener en cuenta la capacidad física del dependiente, a fin de no encargarle tareas excesivamente pesadas o fatigantes, así como la obligación de asignarle una tarea apropiada, más liviana, a un trabajador que ya no puede cumplir su tarea anterior por una

enfermedad o accidente. Por otra parte, según ordena el artículo en mención, esta asignación de nuevas tareas acordes a su capacidad no implica disminución alguna de su remuneración.

Posiblemente el 4° párrafo del artículo 212 LCT (el cual impone al empleador “indemnizar” al trabajador en un monto igual al establecido en el art. 245 LCT, cuando de la enfermedad o accidente inculpable se derivara incapacidad absoluta para este último), sea el más polémico de dicha norma, y que ciertamente ha tenido mayor debate doctrinario y jurisprudencial. Sin embargo, desde hace muchos años la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: “Mansilla, Manuel A. c/ Compañía Azucarera Juan M. Terán – Ingenio Santa Bárbara”, de fecha 30/03/19827, condenó a la demandada al pago de la indemnización por incapacidad absoluta (art. 212 4° párrafo LCT), entendiendo a esta última como una prestación de la seguridad social que se encuadra formalmente en el ámbito laboral. El máximo tribunal sostuvo que ello es una carga que emana del contrato de trabajo cuyo monto debe satisfacer directamente el principal a su empleado, si se tiene en cuenta que el trabajo humano se apoya en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también amparados por los arts. 14, 14 bis, 33, 67 inc. 26 y 28 de la Constitución Nacional (actualmente art. 75 inc. 18 y 32), por lo que es una obligación de los empleadores que utilizan los servicios ajenos preservar la salud de aquellos que los prestan.

La Corte rechazó los planteos de inconstitucionalidad en contra de la citada norma al sostener que el art. 212 4° párrafo no viola el art. 14 bis de la Constitución Nacional que establece que “el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social”, por cuanto ello no implica que la cobertura de las contingencias sociales (vejez, invalidez, muerte, etc.), deba estar exclusivamente a cargo del Estado y financiada por este, sino que el texto constitucional hace referencia a los objetivos que corresponde cumplir al legislador. Por último, la Corte Suprema rebatió el agravio de una supuesta superposición de aportes al afirmar que la indemnización en cuestión no es un aporte, sino una carga derivada del contrato de trabajo cuyo importe debe ser satisfecho por el empleador (¿Es justa la imposición de la indemnización contemplada en el art. 212 4° párrafo LCT al empleador? Propuestas para una posible modificación. Por Nariano R. Zurueta, en www.acaderc.org.ar).

Sin embargo, ¿resulta el supuesto fáctico de autos el ámbito de aplicación de la norma art. 212 de la L.C.T.?

Claramente, no resulta de encuadre legítimo jurídica, fáctica ni axiológicamente, conforme se ha probado en autos.

XXXXXX se desempeñaba en un sector de ventas y telegestión. Al momento del acto ilícito de ruptura contractual, se encontraba en condiciones de ser reincorporado a sus tareas habituales. Mas, incluso, la empresa anteriormente y respecto de otro empleado habría procedido a darle una ocupación diferenciada, decisión que no acaeció respecto del actor.

A XXXXXX se le otorgó como lugar de trabajo una oficina, y tal como surgió de los testimonios que pudimos presenciar en la audiencia de vista de causa, no se le asignó trabajo -lo que fue generando

un estado emocional negativo en el actor- , fue quitado de la lista de contacto de los mails con promociones pese a existir tareas que podía desempeñar para la empresa; los testigos (con mayor énfasis XXXXXX, quien continua trabajando para la demandada), nos explicó la actitud empresarial sobre su puesto de trabajo, traducida en la actitud de no asignarle tareas ni reincorporarlo a su puesto de trabajo y/o concederle la posibilidad de asignarle otro lugar donde también pudiera obtener comisiones por ventas como las que percibía por sus remuneraciones.

Por ello, más allá de la constitucionalidad del precepto, y de los fines sociales para los que fue establecido no corresponde, conforme mi saber y entender, su aplicación al supuesto de autos.

III. La discriminación laboral en el caso.

Esta conducta empresarial se produjo en autos respecto del actor de marras; me explico.

La cuestión debatida en autos consiste en determinar si la demandada han vulnerado el derecho constitucional a no ser discriminado en la relación laboral (art. 16, 17, 19 Const. Nacional).

Resulta fundamental el plexo normativo que dimana del derecho internacional de los derechos humanos que se erige con sus principios, reglas y valores como salvaguarda de éstas garantías y derechos, fundamentalmente, estableciendo normas de aplicación a estos obrados, y que se vinculan con la necesidad de probar.

Tal como se ha dicho en "Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA" (Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315; así como de la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respecto de los derechos humanos entre particulares, esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes).

Ahora bien, ¿cómo se acredita la actitud discriminatoria que XXXXXX atribuye a la demandada? ¿a través de qué actos u omisiones podemos concluir que ha existido discriminación laboral?

Para responder a nuestros interrogantes, la CSJN ha elaborado a través de diversos precedentes la teoría de las "cargas probatorias dinámicas", que considero aplicable al caso.

De este modo, en "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo" del 15 de noviembre de 2011, dijo el Máximo Tribunal ..."la cuestión de los medios procesales destinados a la protección y, en su caso, reparación de los derechos y libertades humanos, se erigió como uno de los capítulos fundamentales del mencionado Derecho Internacional, impulsada por dos comprobaciones elementales: por un lado, que la existencia de estas garantías constituye uno de los "pilares básicos" del Estado de Derecho en una sociedad democrática, pero que, por el otro, "no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un

recurso [...] que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C N° 129, párr. 93 y sus citas; v. asimismo, entre los antecedentes históricos: Velásquez Rodríguez vs. Honduras, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párrs. 63, 66 y 81)."..." La flexibilidad y amplitud que brinda a los Estados el hecho de que la efectividad de los derechos deba ser realizada "por todos los medios apropiados" (v.gr. PIDESC, art. 2.1), "coexiste" con la "obligación" de aquellos de "utilizar todos los medios de que dispongan" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 9. La aplicación interna del Pacto, 1998, párrs. 1/2), entre los cuales se inscriben, desde luego, las sentencias judiciales (García Méndez y otra, Fallos: 331:2691, 2702 - 2008)..." Por ello..." corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados -por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional- y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 -2009-, y otros). Corpus éste que, además de exhibir un particular concierto, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto...." Y señaló..." ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto estos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, art. 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; PIDESC, arts. 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención -6- sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, esp. arts. 2, 3 y 5 a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2°). Tanto es así que, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal en Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA (Fallos: 333:2306, 2313/2315, 2320, 2323 - 2010), los mentados principios han alcanzado la preeminente categoría de ius cogens, según lo ha esclarecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrs. 97/101 y 110), lo cual acentúa, para el Estado, la "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato" de

garantizar la no discriminación, cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo, 2005, párrs. 31 y 18), cuanto más que aquél ha asumido la obligación de "proteger" los derechos humanos, esto es, el deber de adoptar las "medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo" (ídem, párr. 22)."

Indicó, asimismo, que "la ley federal 23.592 no es extraña a las reflexiones que han sido expuestas. Antes bien, la aplicabilidad de estas últimas se vuelve imperiosa por cuanto dicha ley no sólo reglamenta directamente el principio de igualdad del citado art. 16 de la Constitución Nacional (Ganem, Alfredo, Fallos: 324:392 -2001-; F.C.C. Medio Ambiente S.A, Fallos: 320:1842 -1997- y otros), sino que, además, debe ser entendida como un "ejemplo" o "reflejo" de la "exigencia internacional" de realizar por parte de los Estados "acciones positivas tendientes a evitar la discriminación", lo cual también alcanza a la "interpretación" que de aquélla hagan los tribunales (Partido Nuevo Triunfo, Fallos: 332:433, 439 -2009). Por lo demás, no se presta a dudas que la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con "fecundo y auténtico sentido constitucional" (Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires, Fallos: 308:647, 653 -1986).

La discriminación resulta difícil de demostrar tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación.

Ante ello, continua diciendo la Corte Suprema "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. Y, en segundo término, 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*. Todo ello, finalmente, determina las especificidades a las que han de ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir 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. Así, **a modo de conclusión, 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.** 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, por ende, 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. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, **al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado**" (la negrita me pertenece).

Asimismo, en los autos "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisneros, Mirtha Graciela y otros cl Taldelva SRL y otros s/ amparo", 20 de mayo de 2014, insistió la CSJN " **la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor,**" y "la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°)."

Para compensar estas dificultades, (se) ha elaborado (un) estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente 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**"..." En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, **corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia**" (in re "Sisneros"; la negrita me pertenece).

Recapitalando: al actor corresponde probar hechos que constituyan serios indicios y que permitan inferir una presunción de discriminación; el demandado deberá refutarla, demostrando un motivo legítimo, no discriminatorio (que opera ya sea como una contraprueba o como una prueba de lo contrario) y finalmente, el juez formará su convicción respecto de la existencia (o no) del motivo, al valorar el conjunto de las pruebas aportadas, declarando que hubo discriminación cuando el actor haya cumplido su carga y el demandado haya faltado a la suya.

En los casos de discriminación laboral la aplicación de las presunciones judiciales no genera una inversión de la carga de la prueba. Ello por dos razones. En primer lugar, porque no se exonera al trabajador de la actividad probatoria, sino que el trabajador debe aportar indicios suficientes (la mera alegación no basta) que generen una presunción judicial de la existencia de discriminación. En segundo lugar porque si bien el empleador no se libera mediante la mera negación su actividad probatoria no está dirigida a demostrar la inexistencia de un móvil discriminatorio, es decir, atacar el hecho presunto. Ello pues, por un lado, está habilitado a cumplir su carga mediante la aportación de una contraprueba (un hecho impeditivo o extintivo de los indicios. Por otro lado, puede atacar el nexo de causalidad entre la medida adoptada y el resultado discriminatorio mediante la prueba de una causa distinta de su acción, es decir, una motivación distinta y excluyente de la animosidad discriminatoria. En otras palabras, la carga del empleador consiste en probar que su medida ha

tenido "causas reales absolutamente extrañas a la discriminación (...), así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador.

Esto no debería interpretarse como una exigencia de aportar una justa causa de despido, sino que basta una causa que jurídicamente no hubiera sido relevante para justificar a aquel pero sí suficiente para probar que es una motivación distinta a la discriminatoria y en definitiva, no violatoria de un derecho constitucional.

Esa aparente flexibilidad no atempera el alto grado de exigencia probatoria hacia el empleador.

En suma: todo esto forma mi convicción acerca de que las causas de despido discriminatorio invocadas son reales, que son las únicas que han motivado la decisión empresarial y que son absolutamente atentatorias del derecho constitucional.

Existentes todas las presunciones advertidas, no existió prueba alguna de la demandada que probara lo contrario. no hizo referencia a los últimos diagnósticos del actor, no refutó la actitud diferencial adoptada frente a otro trabajador, no demostró la ausencia de tareas ni colaboró con la experticia aportando los libros requeridos (art. 53 de la LCT).

Las pautas que le eran exigidas no constituyen exigencias desmedidas dado que las partes tienen el deber de colaborar con el juez en el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

Aún más: la conducta procesal del empleador es un elemento significativo de convicción a valorar, visto, en el caso, que se negó a colaborar aportando la documentación requerida por el perito de lo que se deduce otro hecho indiciario, como he manifestado más arriba (La carga de la prueba del empleador en los casos de despido discriminatorio; Khedayán, Eugenia, Revista Argentina de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Número 1, octubre 2011, IJ-L 264).

Es necesario subrayar que el derecho a la no discriminación tiene fundamento en la dignidad de la persona y en el principio de igualdad, hallándose consagrado en los diversos tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, precisó el a quo que resultaba aplicable al caso la ley 23.592, con fundamento en que, de acuerdo con su art. 1 -explicó- resulta posible obligar al responsable a hacer cesar el acto discriminatorio y a reparar los daños materiales y morales que de él se derivan (SCBA L. 97.804, "Villalba", sent. del 22-XII-2010).

El derecho a la no discriminación es un derecho humano fundamental y, en particular, un derecho fundamental en el trabajo.

Por ende, siendo que la ley 25.392 resulta aplicable a las relaciones laborales, el despido dispuesto por la accionada constituyó un acto discriminatorio que encuadra en el ámbito del primer párrafo del art. 1 de aquel cuerpo legal.

Así lo declaro.

IV. Rubros procedentes:

a). *Daño moral*

Cabe destacar que la circunstancia de que la legislación laboral vigente (art. 245, L.C.T.) admita la eficacia extintiva del despido injustificado, obliga al empleador que procede a despedir sin un motivo jurídicamente atendible a pagar la indemnización tarifada allí prevista.

Habiendo excluido del sub iudice la vigencia del art. 212 en relación al art. 247 de la LCT, invocado por la empleadora, corresponde atenernos a la pauta rectora del art. 245 del mismo cuerpo normativo.

Así, pues, dicha norma regula las consecuencias que se derivan del incumplimiento o inejecución de una obligación contractual, sin comprender los despidos que, como el verificado en autos, revisten carácter discriminatorio y violatorio de derechos fundamentales, los cuales, como quedó dicho, quedan alcanzados por las normas constitucionales, internacionales y legales que prohíben la discriminación, en especial por el art. 1 de la ley 23.592 que -como ya fue señalado- garantiza expresamente a la víctima el derecho de obligar al dañante a "dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados", permitiendo, en consecuencia, restarle eficacia extintiva al despido que revista tales características cuando el damnificado así lo requiera.

En definitiva, en supuestos como el que se verifica en autos, nos encontramos frente a un despido que no sólo afecta los derechos del trabajador amparados por los arts. 14 bis de la Constitución nacional -en cuanto exige que las leyes garanticen protección contra el despido arbitrario- y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (derechos cuya vulneración tiene como única consecuencia, en el régimen legal vigente, la obligación de pagar la indemnización contemplada en dicha norma legal), sino también -y principalmente- el derecho fundamental a no ser discriminado (cuya transgresión habilita al damnificado, como vimos, a solicitar que se deje sin efecto el acto discriminatorio, sin perjuicio de la reparación integral de los daños que del mismo pudieran derivarse; art. 1, ley 23.592).

En otras palabras, junto al despido dispuesto por el empleador sin justa causa al que hace referencia el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (es decir, un despido injustificado), nos hallamos, en la especie, frente a un despido dispuesto por el empleador con base en una causa expresamente prohibida por las normas constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa legal antidiscriminatoria (es decir, un despido injustificado agravado), circunstancia que justifica la acumulación de la controversia objeto de esta litis al régimen establecido en aquella norma legal.

Por lo tanto, tal como surge de la causa SCBA L. 97.804, "Villalba", la solución admite conciliar el régimen legal de protección contra el despido arbitrario previsto en la Ley de Contrato de Trabajo

con la ley 25.392, por cuanto el sistema de "estabilidad relativa impropia" allí contemplado no se agrieta con ella. La no discriminación -cabe reiterarlo- es un derecho fundamental y su vulneración provoca que las normas protejan más intensamente al trabajador que la padece.

En suma, el contenido mínimo de las normas particulares dictadas en protección del trabajador (art. 245, L.C.T.), en el contexto de una relación que lo exhibe debilitado y vulnerable, víctima de una conducta lesiva de su dignidad, se compatibilizan ambos regímenes admitiendo la aplicación simultánea de la ley 25.392.

Destaco: la accionada incurrió en un acto ilícito, quedando de ese modo configurada su responsabilidad civil extracontractual, no albergando dudas en cuanto a los padecimientos que sufrió aquel al verse privado de la fuente de trabajo en las condiciones verificadas en autos.

Como decía más arriba, en tanto revistió carácter discriminatorio, el despido de la accionante desborda los estrechos límites del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo para instalarse en el ámbito de la tutela antidiscriminatoria, en cuyo ámbito se admite expresamente la reparación del daño moral derivado del acto discriminatorio (art. 1, ley 23.592).

Siendo ello así, el argumento de que el daño moral no queda cubierto con la tarifa prevista en la Ley de Contrato de Trabajo, puesto que conforme mi saber y entender XXXXXX sufrió perjuiciosextrapatrimoniales como consecuencia del grave acto discriminatorio del que resultó víctima (causaL. 104.378, "Sffaeir, Carolina contra Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (CECH).Despido". 8 de Agosto de 2012).

De esta forma, y conforme lo regulado en el art. 1 de la ley 25.392, que establece " Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos", el daño moral causado al actor deberá ser reparado.

Debe considerarse el daño moral como la lesión a derechos que afecten el honor, la tranquilidad, la seguridad personal, el equilibrio psíquico, las afecciones legítimas en los sentimientos o goce de bienes, así como los padecimientos físicos o espirituales que los originen, relacionados causalmente con el hecho ilícito. En cambio no es referible a cualquier perturbación del ánimo. Basta para su admisibilidad la certeza de que existió, ya que debe tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (daño "in re ipsa").

Dada que su estimación se encuentra sujeta al prudente arbitrio judicial, no teniendo por qué guardar proporcionalidad con el daño material, pues no depende de éste sino de la índole del hecho

generador (SCBA LP C 119073 S 29/08/2018; Caffaro, Norberto José y otros contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios. Por responsabilidad del Estado por sus agentes o función; SCBA LP C 96225 S 24/11/2010; C. M. y otro c/Hospital Dr. Ricardo Gutierrez y otros s/Daños y perjuicios), estimo justo y adecuado determinar la suma de \$XXXXXX (pesos doscientosmil) en concepto de daño moral por despido discriminatorio.

b). Asimismo, habiéndose demostrado la inconsistencia legal de la indemnización abonada, procedo a determinar los rubros que se admiten en la presente:

Salario: ha quedado demostrado que la demandada empleó el último salario para calcular la indemnización bajo el art. 212 y 247 de la L.C.T.

Mejor salario: el actor se accidentó en mayo de 2011 (salario \$XXXXXX).

La mejor remuneración mensual, normal y habitual *devengada* corresponde al período liquidado septiembre de 2010 por la suma de \$ XXXXXX (ver fs. 80/81).

Partiendo de la base que la conducta asumida por la patronal implicó *disminución en la remuneración del empleador* por la ausencia del cobro de comisiones, situación que podría haber sido diferente al concederle tareas administrativas que implicaran la acumulación al básico de otros conceptos remunerativos, entiendo que la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año, previo a la enfermedad inculpable, deberá ser la base del cálculo indemnizatorio puesto que los pagos posteriores, ilegítimos por los fines discriminatorios que lo determinaron por lo que devienen nulos; y así habrá de ser liquidado.

Salario septiembre 2010 (art. 245 LCT): \$ XXXXXX x XX (años): \$ XXXXXX.

SAC/ antigüedad: \$ XXXXXX

Preaviso (art. 231 y 232 LCT): \$ XXXXXX.

Sac/ preaviso: \$ XXXXXX

Remuneración mes de junio de 2013: XX días: \$ XXXXXX

Integración del mes de despido (art. 233 LCT): \$ XXXXXX.

SAC/ integración mes de despido: \$ XXXXXX.

Vacaciones no gozadas (art. 150 LCT): \$XXXXXX

SAC s/ vacaciones: \$ XXXXXX

en función de ello, cabe señalar que la doctrina de nuestro Superior Tribunal, es conteste en afirmar que sobre los rubros precedentemente indicados y tratados, corresponde el cálculo del sueldo anual complementario; cito, a sus efectos, algunos de los fallos que así lo corroboran:

"A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir el total de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del salario básico las remuneraciones variables o las que se originan como incentivos otorgados libremente

por el empleador, siempre que se perciban en forma normal y habitual como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido" (SCBA L. 84535 S. 12-12-2007).-

"Por tratarse de un salario diferido, el sueldo anual complementario forma parte integrante de la remuneración del empleado a los efectos indemnizatorios del art. 245 de la Ley de Contrato de trabajo debiendo por ello adicionarse al salario base a considerar la parte proporcional del sueldo anual complementario" (SCBA L. 76604 S. 1-10-2003).

Ley 25323: art. 2 apartado 2do. 50%: incremento de remuneración. "No hallándose controvertida la procedencia de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323, el agravamiento allí previsto debe ser cuantificado en virtud de las pautas que el propio precepto establece, es decir tomando como base el importe total de las indemnizaciones derivadas del despido, y no sobre la porción de éstas que no fue temporáneamente pagada" (SCBA LP L. 119555 S 15/08/2018; Bocca, Gustavo Adolfo c/H.S.B.C. Bank Argentina S.A. s/Diferencia Indemnización).

Agravamiento art. 2 ley 25323:

Antigüedad: art. 245 LCT y SAC/ art. 245 LCT: **\$XXXXXX**

Preaviso y SAC/preaviso: **\$XXXXXX**

Integración del mes de despido y SAC/ integración del mes de despido: **\$XXXXXX.**

XXXXXX / X: \$ XXXXXX

Daño moral: \$XXXXXX

Diferencias salariales: atento no existir discriminación particularizada en el petitorio de la demanda por cada diferencia salarial adeudada; indicando incluso como base determinativa un salario promedio (\$ XXXXXX) cuyo origen no se determina, se rechaza el rubro a despacho.

Ha dicho la SCBA: "Cuando se reclaman diferencias salariales no es suficiente que se practique una estimación global de lo reclamada sin determinar el origen del monto al que se llega. Siendo inatendible la pretensión de trasladar al tribunal el deber que incumbe a la parte de acreditar la procedencia de los rubros reclamados, pues las facultades que el art. 12 del dec. ley 7718/71, actual 12 de la ley 11.653, confiere a los jueces laborales no se traducen en que se deba suplir la inactividad o desidia de las partes y sustituirlas en la carga ineludible que les incumbe de demostrar los presupuestos fácticos en que sustentan su pretensión quienes deben soportar, caso contrario, las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés" (SCBA LP L 57670 S 22/10/1996 "Apaza, Luis José María y otros c/Marypez S.A. y otro s/Diferencia de haberes, etc.) Así lo declaro.

Art. 132 bis LCT: no habiendo el actor aportado recibos de sueldos anteriores al 2009, ni existiendo elementos que indiquen la existencia de la retención genéricamente acusada, se rechaza el rubro reclamado.

Ha dicho la SCJBA: "Para la procedencia de la sanción que el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo determina se deben presentar los presupuestos que la norma establece: a) retención por parte del empleador de algunos de los aportes o contribuciones a los que hace referencia, b) omisión de ingresar en tiempo propio, total o parcialmente los mencionados aportes ante el

organismo, entidad o institución a que estuvieran destinados y c) persistencia de la omisión al momento de extinguirse el contrato de trabajo" (SCBA LP L. 117289 S 29/08/2018; Ucha Soto, Rosa contra New Urgan S.R.L. y otros. Despido).

Así lo declaro.

Art. 80 LCT: habiéndose omitido intimar al empleador tal como lo prevee el precepto normativo, corresponde rechazar el rubro a despacho.

Total: \$ XXXXXX

~~-\$XXXXXX~~ (pago a cuenta -ver pericia contable fs. 221 vta-):\$

XXXXXX

En consecuencia, A LA PRIMERA CUESTION,

.....VOTO POR LA AFIRMATIVA.-

.....A la misma cuestión, los Sres. Jueces Dr. Guillermo Ortega y Dra. Daniela De Tomaso, adhieren a los fundamentos dados por la Dra. Rodríguez Traversa y votan con idéntico alcance.

.....A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza Dra. Rodríguez Traversa dijo:

.....Atento a la forma en que quedara votada la cuestión anterior, propongo que al sentenciar se falle:

.....I.- Hacer lugar a la demanda incoada por el Sr. XXXXXX contra XXXXXX, y condenando en consecuencia a ésta, para que en el plazo de diez días denotificados, abonen al actor en la forma de estilo (art. 277 de la LCT) la suma de XXXXXX (**\$ XXXXXX**) en concepto de: indemnización por despido (art. 245 LCT), SAC/ indemnización por antigüedad, preaviso, SAC/ preaviso, vacaciones y sac proporcional, integración del mes de despido, SAC/ integración del mes de despido, art. 2 ley 25323 y daño moral; todo con más los intereses a la tasa con más los intereses que deberán liquidarse con arreglo a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del distracto (17 de junio de 2013) y hasta su total y efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; conf. S.C.B.A., causa L 118615, Sent. del 11 de Marzo de 2015, "Zocaró, Tomas Alberto c/ Provincia ART SA y otro/a s/ daños y perjuicios"; S.C.B.A. "Trofe Evangelina B. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ enfermedad profesional; 15/6/2016, Causa L 118.587; "Cabrera" C 119.172; "De Benedetti" L. 118.478; "Averza" L.107.329).(cfr. art. 55, 245, 231, 232, 150 LCT).

II. Imponiendo las costas a la parte demandada que, en lo sustancial, resulta vencida (art. 19 de la ley 11653).-

III. Rechazando la demanda incoada por los rubros diferenciales salariales, art. 80 y 132 bis de la LCT, por los fundamentos expuestos.

IV. Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 51 de la ley 8904.-

V.- Practíquese por Secretaría la pertinente liquidación (art. 48 de la ley 11653).-

.....ASI LO VOTO.-

.....A la misma cuestión, los Sres. Jueces Dr. Ortega y Dra. De Tomaso, adhieren a los fundamentos dados por la Dra. Rodríguez Traversa y votan con idéntico alcance.-

.....Con lo cual terminó el acuerdo, que firman los Sres. Jueces:

.....SENTENCIA

///nín, 9 de abril de 2019:

.....Y VISTOS: Por los fundamentos consignados en el Acuerdo que antecede, el Tribunal en definitiva, RESUELVE:

.....I.- Hacer lugar a la demanda incoada por el Sr. XXXXXX contra XXXXXX, y condenando en consecuencia a ésta, para que en el plazo de diez días denotificados, abonen al actor en la forma de estilo (art. 277 de la LCT) la suma de XXXXXX (**\$ XXXXXX**) en concepto de: indemnización por despido (art. 245 LCT), SAC/ indemnización por antigüedad, preaviso, SAC/ preaviso, vacaciones y sac proporcional, integración del mes de despido, SAC/ integración del mes de despido, art. 2 ley

25323 y daño moral; todo con más los intereses a la tasa con más los intereses que deberán liquidarse con arreglo a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del distracto (17 de junio de 2013) y hasta su total y efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.; conf. S.C.B.A., causa L 118615, Sent. del 11 de Marzo de 2015, "Zocaró, Tomas Alberto c/ Provincia ART SA y otro/a s/ daños y perjuicios"; S.C.B.A. "Trofe Evangelina B. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ enfermedad profesional; 15/6/2016, Causa L 118.587; "Cabrera" C 119.172; "De Benedetti" L. 118.478; "Averza" L.107.329).(cfr. art. 55, 245, 231, 232, 150 LCT).

II. Imponiendo las costas a la parte demandada que, en lo sustancial, resulta vencida (art. 19 de la ley 11653).-

III. Rechazando la demanda incoada por los rubros diferenciales salariales, art. 80 y 132 bis de la LCT, por los fundamentos expuestos.

IV. Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 51 de la ley 8904.-

V.- Practíquese por Secretaría la pertinente liquidación (art. 48 de la ley 11653).-

VI. Regístrese. Notifíquese.

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----



Daniela Viviana De Tomaso
(daniela.detomaso@pjba.gov.ar)
JUEZ (Legajo: 722518)

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^