------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 04 días del mes de diciembre del año dos mil trece, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia a cargo del Dr. José Luis Pasutti y asistencia del Sr. Ministro Dr. Fernando S.L. Royer, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**U., D. L. c/ G., N. R. y Otro s/ Laboral"** (Expte. N° 22819-U-2012), teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 765, la providencia de fs. 766 y lo dispuesto por el art. 28 de la Ley V N° 3, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Royer y Pasutti.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente el Recurso de Casación interpuesto? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ **A la primera cuestión el Dr. Royer dijo**:----------

------ **I.- <u>ANTECEDENTES. EL RECURSO – SU TRÁMITE</u>**.----------

------ **1.-** A fs. 18/25 de estos actuados, el actor promovió demanda laboral por cobro de liquidación final por despido e indemnización

///

por discriminación (daño moral) contra su empleador, el Sr. H. R. G., y el A. C. A., solicitando además, las multas e indemnizaciones que prevé la normativa específica que invoca. Asimismo, reclamó intereses desde que cada suma fue debida y costas.----------

------ Invocó, a raíz de una dolencia física (incontinencia anal producida por desgarro como secuela de un parto), trato discriminatorio por parte de su empleador, cambio de categoría y de tareas (del servicompras a la playa de expendio de combustible), bajo amenaza de despido y finalmente, luego de una licencia solicitada por su enfermedad, negativa de tareas al otorgársele el alta médica, lo que la llevó a considerarse injuriada y colocarse en situación de despido indirecto.----------

------ **2.-** La demanda fue contestada a fs. 54/59 por el A. C. A. (A. en adelante) y a fs. 65/75 por el Sr. N. R. G. Ambas partes, luego de una negativa pormenorizada de estilo, solicitan el rechazo de la acción, con condenación en costas.--------

------ Adujo el codemandado G. que, con la actora existió una relación laboral de un año, once meses y doce días, que durante ese período cumplió la función de playera y que la mitad de ese tiempo inasistió a sus tareas por las dolencias que padecía. Que sin haberse curado de su enfermedad, pretendió hacer incurrir a la empleadora en el incumplimiento de sus obligaciones legales insistiendo en su admisión al trabajo, todo ello con el indisimulado propósito de generar en la

patronal, conductas que le permitieran justificar la existencia de injuria (art. 242 LCT) y hacerse acreedora a todo el abundante cúmulo indemnizatorio derivado de la misma.----------

------ **3.-** A fs. 604/612 vta. el Juez de Primera Instancia dictó sentencia rechazando la demanda laboral contra los demandados; intimó al codemandado G. a entregar a la actora el certificado de trabajo y constancias documentales previstas en el art. 80 de la LCT, impuso las costas por su orden y reguló los honorarios de los letrados profesionales intervinientes.----------

------ Sostuvo que quedó acreditado: que la actora desde el 1° de enero de 2003 se desempeñó como empleada en el A. C. de Esquel, manteniendo relación laboral directa en un primer momento con la firma "E. Ñ. SRL" y a partir del 1° de septiembre de 2007 con el codemandado G., quien desde esa fecha se desempeñó como concesionario del A. local; que cuando éste último tomó la concesión, el servicompras de la estación estaba momentáneamente cerrado y que la actora por ese entonces ya se desempeñaba como playera, que tiempo después reabrió el servicompras y que la actora solicitó ser confirmada en el puesto de playera; y que las dolencias que sufría la accionante ya las padecía cuando el demandado tomó la concesión.----------

///

------ Consideró y concluyó que no se probó ninguna conducta ni acto discriminatorio, por parte del empleador, con relación a la actora, y que ésta obró cuanto menos de manera precipitada al considerarse injuriada y despedida, no surgiendo de autos que el demandado G. haya negado de manera injustificada y arbitraria tareas. Tampoco se aportó ninguna prueba para justificar el despido verbal alegado por ella, por lo que rechazó tales reclamos. Como consecuencia de tal decisión, no viabilizó la multa prevista en el art. 275 LCT como pretendiera la accionante.-----

------ La parte actora apeló el fallo a fs. 618 y a fs. 619 y 620 lo hicieron las codemandadas A. y G., respectivamente. De las expresiones de agravios que corren a fs. 622/624 vta. y 626/627 vta. surge que las accionadas apelaron la sentencia exclusivamente respecto de la imposición en costas, las que fueron declaradas por su orden. A fs. 628/643 vta. expresó sus agravios la accionante.----------

------ **4.-** Mediante sentencia definitiva, registrada bajo el N° 43 del año 2012 (fs.692/698 vta.) la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, confirmó la sentencia apelada, impuso las costas en el orden causado y reguló los honorarios de los profesionales.----------

------ El primer votante, Dr. Früchtenicht, comenzó con el análisis de los agravios de la actora apelante, ponderando en primer lugar si en el

sub examine se han presentado supuestos que permitan visualizar la presencia de conductas discriminatorias para con la Sra. U., por parte de los accionados.----------

------ Adentrado en el análisis y con citas de antecedentes de ese mismo cuerpo sobre la cuestión referida a la eventual discriminación por parte de la patronal, sostuvo que no advirtió trato desigual para con la actora, no pudiendo –a su criterio– demostrarse los extremos invocados en su escrito postulatorio, tales como "que la empleadora siempre se mostró proclive a discriminar y que sus compañeros de trabajo le manifestaron que la patronal no la quería "*porque se hacía encima*"; así como la afirmación de "que la empleadora *"…la mudó de categoría –bajo amenaza de despido– y la transfirió desde el servicompras a la playa de expendio de combustible*".----------

------ Anticipa en su voto, entonces, que tal agravio desarrollado por la actora no prosperará, pues no pudo advertir "que haya existido privación continua o crónica de los recursos, capacidad, opciones, seguridad y poder necesarios para disfrutar del espacio laboral adecuado que le correspondía a la actora y con parámetros de igualdad de acceso para todos y todas y de los demás derechos civiles que le asisten a la persona de la actora en virtud de la dignidad humana que universalmente le es reconocida".------

///

------ En segundo lugar, ponderó el Camarista si existió de parte de la patronal injuria laboral como para habilitarla a la actora al despido indirecto en que fundó su pretensión.----------

------ Siguiendo calificada doctrina judicial y también pronunciamientos anteriores de ese cuerpo, afirmó que fue injustificada la situación de despido indirecto en que se colocó la actora ante la negativa de tareas formulada por su empleador con sustento en la opinión que emitiera el médico laboralista en sentido contrario a que se reintegrara a sus labores, por cuanto su insistencia en retomar sus tareas con sustento en los certificados por ella misma arrimados, puso en evidencia su intención de provocar el distracto de la relación laboral mantenida con el codemandado G.----

------ Por último, trató en forma conjunta las quejas deducidas por las demandadas en cuanto a la imposición de costas por su orden, y confirmó lo resuelto por el Juez de origen.----------

------ El segundo vocal, Dr. Petris, afirmó en su voto que estando sometida voluntariamente la actora a un régimen legal por el cual se establece la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo por accidentes y enfermedades inculpables (prevista en la LCT), debe ajustarse al mismo y no resulta razonable su postura de sentirse afectada su intimidad y poner

así en marcha el mecanismo de un despido indirecto injustificado.----------

------ Sostuvo, en base a las constancias y documental agregada en autos, fundamentalmente de las piezas postales y certificados médicos, que no hubo coincidencia de opiniones entre los médicos tratantes de la actora y el médico laboral, en cuanto a su aptitud para reintegrarse a prestar labores. Que si bien en estos casos, ante la discrepancia entre el diagnóstico del médico del trabajador y el de la empresa, con referencia a la licencia por enfermedad, la empresa podrá someter el caso por ante la Junta Médica Paritaria creada por el Convenio Colectivo de Trabajo 454/06 aplicable a la relación laboral habida entre las partes de este proceso, con buen tino le sugirió que continuase con la licencia médica por enfermedad hasta el cumplimiento de los plazos respectivos, y que una vez finalizados los mismos se resolvería conforme a derecho.----------

------ Que la trabajadora no esperó a ello, y se dio por despedida por culpa de la patronal. Afirmó que U. no estaba desprotegida, estaba bajo el amparo del orden público laboral, no alegó no percibir sus salarios de enfermedad y no debió considerarse despedida. No habría causa para ello, debió aguardar que el conflicto se resuelva de acuerdo a la normativa legal vigente. Es claro, que no hubo ni causa ni injuria para el despido, ni mucho menos discriminación alguna. La trabajadora no pudo ponerle fin a la relación amparándose en una causal que ni la hubo, por ende el despido indirecto no fue justificado. Asimismo, la conducta que enrostró a la

///

patronal, esto es, la negación de tareas ajustada a las circunstancias del médico particular tratante, devino injustificada por prematura.----------

------ Hizo notar el votante que, a la inversa de lo que ocurre en la mayoría de los casos, en la especie, la patronal no obligó a la actora a prestar tareas, se apoyó en el dictamen médico laboral que aconsejaba que aún no estaba curada, la preservó y ella se dio por despedida.----------

------ En el presente caso, la patronal privilegió la protección de la salud y no los intereses laborales, se protegió así el sujeto más débil de la relación laboral, teniendo la trabajadora el ingreso económico que la ley ha previsto como sucedáneo del salario.----------

------ Consideró que la demandada verificó el estado de salud de la trabajadora cuando quiso reintegrarse. Fue diligente en su actitud, a partir de allí debió abrirse un camino que fue el de dirimir el conflicto de opiniones médicas, pero nada más lejos darse por despedida. Erró el proceder la trabajadora y por ende, ningún derecho tuvo para considerarse despedida.----------

------ Finalmente explicó el magistrado que la negativa de trabajo que la parte actora le enrostra a la patronal para justificar el despido y la discriminación intentada aparecen así desprovistas de causa (art. 499 CC), descalifican el despido, por ende ningún derecho a indemnización le asiste

a la accionante por no acreditar incumplimiento patronal alguno como justa causa al abortar justamente la prueba pericial médica que le hubiera venido a echar luz suficiente al conflicto (doctrina arts. 242,245,246 y concs. LCT).----------

------ **5.- RECURSO DE CASACION**: A fs. 702/722 vta. la parte actora interpone formal recurso de casación contra la sentencia definitiva N° 43/12 de la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, indicando en la carátula adjunta como causal casatoria el inciso e) del art. 291 del CPCC (Objeto de la presentación, punto A).----------

------ Dedica los primeros puntos del escrito recursivo al objeto de su presentación, puntualiza el cumplimiento de extremos formales y reseña la causa. Dedica el punto **IV) Agravios** a fundamentar el recurso.----------

------ Inicia la crítica, afirmando que en el decisorio en crisis no se ha dado cumplimiento con el art. 169 de la Constitución Provincial, pues carece de motivación y adecuada fundamentación lógica y legal.----------

------ Comienza con el análisis del voto del Dr. Früchtenicht, para refutar todos y cada uno de los fundamentos independientes que pretenden darle sustento. Sostiene que el magistrado, previo a iniciar el análisis concreto de los agravios realizó dos apreciaciones, las cuales

///

transcribe y luego intenta rebatir con argumentaciones contrarias.----------

------ Aduce que el votante se adentra al tratamiento de los agravios, los que formula con permanentes reenvíos a pronunciamientos anteriores que dificultan descubrir su razonamiento pues, en ocasiones dice, no se ajustan al tema propuesto. Que el Juez conceptualiza en términos razonables el concepto de discriminación, identifica los requisitos: *"trato desigual, consecuencias lesivas y la total ausencia de razón aceptable o justificación objetiva"* y efectúa una apreciación sobre el abuso de derecho. Señala que trata escuetamente el trato desigual mencionado en la demanda y que el voto yerra gravemente al abordarse la temática de la discriminación que sufrió la actora.----------

------ Sostiene que el magistrado desnuda su razonamiento erróneo en su implacable apego ritualista, que no puede criticarse su cita, pero que debió advertir que se encontraba frente a una materia cuyas reglas probatorias exigen el apartamiento de esas premisas, pues el viejo adagio de que quien alega debe probar ha sufrido un profunda modificación relacionada con el principio de solidaridad ética, dando lugar a la teoría de la prueba dinámica, que establece que debe probar quien en mejores condiciones esté de hacerlo.----------

///

------ Se empeña –dice– en señalar la deficiencia de una prueba directa que acredite las frases que habrían llegado a oídos de la actora, sin advertir que las situaciones discriminatorias siempre se presentan solapadas y los testigos renuentes a confirmarlas, máxime como en el caso los testimonios citados por el magistrado son de actuales dependientes de la demandada, **omitiendo deliberadamente** (el destacado es del autor) considerar el testimonio del encargado G., que devela el origen de la discriminación (imagen de la empresa), omisión que afecta su razonamiento y lo descalifica como pronunciamiento válido en los términos de la actual doctrina de este Superior Tribunal de Justicia.-------

------ Expresa que el votante hizo hincapié en otra afirmación de la actora que a su criterio no fue corroborado: el traslado –bajo amenaza de despido– del servicompras a la playa de expendio de combustibles.--------

------ Sin embargo –dijo– quedó acreditado: 1) que la actora durante la concesión de E. Ñ. SRL solamente prestó servicios en el servicompras; 2) que ante el cierre provisorio para refacciones la trasladaron a cumplir tareas de playera; 3) reabierto el servicompras el 12 de octubre de 2007 (un mes y medio del inicio de la concesión del demandado G.) la actora no fue restituida a su puesto original; 4) que tal como lo señala el testigo G. (pregunta 39) “la intención siempre fue separar la atención del servicompras de la anterior, para lo cual se creyó conveniente modificar la imagen del mismo (nuevo personal,

///

nuevas instalaciones… etc) y que el cambio de imagen incluía el cambio de personal. Que ante este escenario, la actora para asegurarse su fuente de trabajo no tuvo otra alternativa que aceptar expresamente su traslado a la playa de expendio de combustible, para lo cual suscribió una nota consignando ello para que se le reconociera la antigüedad en el puesto.---

------ Manifiesta que el magistrado desconoció deliberadamente este marco fáctico que se encuentra acreditado en todos sus extremos, haciendo además una interpretación en contra del operario y sostuvo en base a dicha nota que no se probó que la mudanza de sitio de trabajo constituyera un indicio de discriminación, desechando así uno de los principios del Derecho Laboral: el de Realidad. Dice además, que ninguna prueba aportó la empleadora de cuál fue la razón por la que U. no fue restituida al servicompras cuando fue abierto.----------

------ Continúa diciendo que el magistrado omitió en su discurso explicar porqué considera justificada la negativa de dar tareas, que fue justamente la conducta que desnudó la discriminación por parte de la empleadora. Ésta no justificó que la negativa de dar tareas fue ajena a cualquier propósito discriminatorio que justifique el trato diferente. En definitiva, para rechazar la discriminación el juez no aplicó la carga dinámica de la prueba, descartó prueba decisiva que demostraba el trato desigual durante la relación laboral y finalmente prescindió de toda consideración sobre la injustificada negativa de dar tarea que en

///

definitiva motivó y produjo el distracto.----------

------ A su entender, queda palmariamente demostrado que se encontraban probados los elementos para considerar que efectivamente la actora sufrió discriminación y que en consecuencia el juez al sostener lo contrario, apartándose de las constancias de la causa y de los principios del derecho laboral y del derecho procesal, debe ser calificada de arbitraria.--

------ Declara que en cuanto a su agravio que refiere al despido incausado, el camarista continúa su análisis con una cita que a su criterio define, correctamente, el concepto de injuria para el derecho del trabajo y luego sin dar ninguna razón sostiene sin más en un solitario párrafo que "aparece injustificada" la situación de despido en que se coloca la actora ante la negativa de tareas formulada por su empleador con sustento en la opinión del médico laboralista en sentido contrario a que se reintegrara a sus labores, por cuanto su insistencia en retomar sus tareas con base en los certificados por ella misma arrimados, pone en evidencia su intención de provocar el distracto de la relación laboral mantenida con el demandado.-----

------ Inversamente a lo afirmado por el magistrado, la insistencia de la empleada se debe a la resistencia de la patronal en otorgar tareas, cambiando los supuestos motivos de justificación e incluyendo falsos, tales como que no podía volver a trabajar, o que, en el servicompras

debía permanecer de pie.----------

------ Expresa que de haber el Juez, evaluado todas las pruebas y las circunstancias que las mismas acreditan, hubiera alcanzado la solución que su parte propugna, esto es, considerar injustificada la negativa de trabajo de la patronal y en consecuencia, justificada la decisión de darse por despedida.----------

----

------ Afirma que a su turno, el otro votante, Dr. Petris, se aparta de la opinión de su colega, y en lugar de sostener que la insistencia de la empleada fue para provocar el distracto, señala que la empleada se apresuró al colocarse en situación de despido, haciendo especial hincapié en que la empleadora se mostró diligente, pues habría privilegiado la salud de la empleada y que por esa razón le impuso que continúe de licencia, situación que no la dejó desprotegida.----------

----

------ Opina que se aplicó incorrectamente el Convenio Colectivo de Trabajo N° 454/06 en particular para el caso de discrepancia entre los certificados médicos del empleado y de la empleadora.----------

-

------ Afirma que corresponde calificar de arbitraria la conclusión judicial que sostiene que la decisión de la actora de colocarse en situación de despido, es injustificada y prematura, pues fue la empresa la

///

que se apartó del régimen del CCT.----------

------ Finalmente, sostiene que con relación al voto de ambos magistrados, además de las deficiencias que apuntara, que alcanzan para descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido, agrega que no le dieron respuesta a la mayoría de los agravios que su parte, detalladamente, expusiera contra la sentencia de primera instancia.----------

------ **II.- <u>DICTAMEN PROCURADOR GENERAL</u>**.----------

------ A fs. 763/vta. emitió su dictamen el Sr. Procurador General. No comparte el criterio del casacionista en la crítica que intenta. Por el contrario, según su opinión, la decisión judicial objeto de recurso ha considerado y valorado adecuadamente los hechos y las pruebas de autos, habiendo aplicado correctamente las normas que rigen la situación devenida entre las partes del contrato laboral, extinguido a instancias de la empleada. Consideró la calificación de arbitraria de la sentencia recurrida como excesiva.----------

------ Sostuvo además, que el relato recursivo evidencia la imperiosa necesidad de efectuar en esta sede un análisis exhaustivo de cuestiones de hecho y prueba, impropias de esta vía extraordinaria de revisión, por lo que

///

propicia declarar inadmisible la casación.----------

------ **III.- <u>ANÁLISIS</u>**.----------

------ 1.- Recuerdo en este punto que la recurrente interpone formal recurso de casación contra la sentencia N° 43/2012 dictada por la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, por considerarla como un pronunciamiento arbitrario. Ello surge del primer párrafo de su escrito recursivo, así como de la carátula adjunta, en la cual indica como causal casatoria de su presentación, el inciso e) del art. 291 del CPCC.---

------ En su queja, la apelante afirma que la sentencia resulta arbitraria como consecuencia de la valoración de los hechos y de las pruebas que efectuaran los camaristas en el fallo, intentando desplegar una crítica pormenorizada a tales valoraciones e insistiendo sobre la existencia, en el caso de autos, de un hecho de discriminación patronal por las dolencias físicas y psíquicas que sufriera.----

---

------ Particularmente, en los procesos de naturaleza laboral este Tribunal ha venido sosteniendo que las cuestiones vinculadas con las obligaciones emergentes de las relaciones laborales mantenidas entre dependientes y patrones, en principio, son materia ajena al ámbito de la casación; en tal sentido cabe recordar la doctrina sentada por el más Alto Tribunal del país, en relación del presente, que ha expresado que la aplicación de las leyes laborales por los tribunales del fuero, en causas seguidas entre empleados y empleadores es cuestión ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte (conf.: STJCH SI N° 57/94; SD N° 10/SRE/04; N° 02/SRE/06 entre otras). Pero dicho principio cede

al invocarse y acreditarse la existencia de arbitrariedad, cuando la ausencia de un adecuado tratamiento de la cuestión conduce a la adopción de una solución disvaliosa, con apartamiento de las constancias comprobadas de la causa.----------

------ He afirmado en anteriores pronunciamientos (SD N° 21/SRE/97; 11/SRE/99 y 11/SRE/00), que "la doctrina de la arbitrariedad de sentencia es comprensiva de diversos supuestos "normativos" y “fácticos”. La violación de la ley por carencia de fundamentación en derecho, por aplicación errónea o equivocada del precepto, por desconocimiento de la regla aplicable, conforman -entre otros- los primeros, mientras la prescindencia de prueba, la apoyatura en pruebas inexistentes o no agregados formalmente, los yerros en el análisis y ponderación de los hechos y prueba, los resultados irrazonables en la apreciación según leyes de la lógica, se inscriben entre los segundos.".----------

------ Adelanto que en el fallo en examen, los agravios propuestos, no encuadran en ninguno de los dos supuestos. Los votos de los camaristas evidencian un análisis de los presupuestos fácticos y normativos en que se encuadra el caso y justifican la decisión final adoptada. No se advierte en ellos vicios de arbitrariedad.----------

------ Como es sólido criterio de este Cuerpo (vg. SI N° 58/90; N° 17/94; SD N°34/99 entre otras), cuando un mismo tema puede ser resuelto con más de un criterio, la circunstancia de que el decisorio no se

///

compadezca con el que el recurrente entiende aplicable al caso, no necesariamente lo tiñe de arbitrariedad; ella, requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación, un desacierto de gravedad extrema, palmaria, patente para tener configurado el vicio que se le endilga al fallo del Tribunal de Alzada.----------
---

------ Más aún, es Jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional, y no autoriza la sustitución del criterio de los jueces de la causa por el del Superior Tribunal en la interpretación de normas y preceptos comunes que rigen el pleito; que aún cuando resultare posible una discrepancia fundada en el criterio de selección empleado en el pronunciamiento atacado, con el derecho finalmente aplicado por éste, por constituir facultades privativas de los jueces de grado no es audible dicho planteamiento por la vía extraordinaria, salvo que se demuestre en principio, el desvío del razonamiento lógico o error palmario y fundamental constitutivo del absurdo (conf. STJCH, SD N°35/94; SD N° 08 SRE/04 entre otras).------

------ Señala la recurrente que el primer votante erró gravemente al abordar la temática de la discriminación que sufrió la actora. Respecto a la valoración de la prueba que realizara y particularmente, referido al tema de la carga probatoria –dice– desnuda su razonamiento erróneo por su implacable apego ritualista, pero debió advertir el

///

juzgador que se encontraba frente a una materia cuyas reglas probatorias exigen el apartamiento de esas premisas, por principios más modernos que originan la teoría de la prueba dinámica, la que establece que debe probar quien en mejores condiciones esté de hacerlo.----------

------ Cuestiona así la valoración y análisis efectuado por el magistrado respecto a su conclusión de que ciertas aseveraciones de la actora no quedaron corroboradas en autos. Por ejemplo, su afirmación respecto al supuesto traslado –bajo amenaza de despido– del servicompras a la playa de expendio de combustibles, así como la deficiencia en acreditar las supuestas frases que, a través de sus compañeros de trabajo, habrían llegado a sus oídos, las cuales denotaban una actitud discriminatoria por parte de la patronal.----------
----

------ Sostiene que, inversamente, la empleadora no aportó ninguna prueba de cuál fue la razón por la que D. U. no fue restituida al servicompras cuando éste se reabrió.----------
---

------ Debo decir que, una lectura integral del fallo recurrido, me permite afirmar lo contrario. No advierto en la valoración de la prueba que hicieran los Camaristas una interpretación en pugna con los derechos del operario o de principios del derecho laboral, tal como invoca la casacionista. Por el contrario, encuentro en el análisis de los

hechos y la prueba una estimación apropiada –independientemente de su resolución– con aplicación correcta de las normas ajustables a la relación laboral habida entre las partes. Y sin que esta afirmación signifique compartir la decisión arribada por la Cámara, reitero, bien lejos estamos de la presencia de un caso con un pronunciamiento arbitrario.----------

------ Tampoco significa tal afirmación, desconocer las dificultades probatorias por las que, generalmente, atraviesa el trabajador, víctima de discriminación, para acreditar el hecho. Pero en el caso particular, los elementos de juicio incorporados al expediente, no alcanzan un mínimo piso probatorio; no descubren indicios objetivos razonables como para tener por acreditados los hechos o actos denunciados como discriminatorios.

------ Menos aún he de desconocer, que en la actualidad, con mayoritario consenso, se ha venido consolidando en materia probatoria de actos de discriminación, la idea que pregona el desplazamiento del *onus probandi* al empleador acusado, pero siempre basado en indicios suficientes, claros, racionales, graves y concordantes, acreditados por la víctima. Pero acertadamente, como lo sostiene Osvaldo Mario SAMUEL en su obra "*Discriminación Laboral"* Ed. Astrea, pág.188, AÑO 2012, el piso mínimo probatorio (indicios suficientes) es dirimente para que opere la inversión de la carga probatoria a favor del trabajador.----------

///

------ Por eso, se equivoca la recurrente cuando afirma que la Cámara debió advertir que se encontraba frente a una materia cuyas reglas probatorias "exigen" el apartamiento de las premisas clásicas por las directivas de las cargas probatorias dinámicas, que imponen la prueba a quien en mejores condiciones esté de hacerlo. "La carga probatoria que se impone al empleador en los casos en que se alega un supuesto de discriminación, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del Cód. Procesal (actual art. 381 de nuestro CPCC), ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592" (conf. CNAT, sala II, 7-7-2005, citado en Rev. de Derecho Laboral, Discriminación y Violencia Laboral. Ed. Rubinzal Culzoni, T° I, pág.608). No puede entonces la recurrente pretender el desplazamiento de la carga probatoria al empleador si no aportó un marco mínimo de pruebas que justifique el traslado de dicha carga.----------

------ Este criterio es compartido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Pellejero" (CSJN 2010) y reafirmada en "Pellicori" (CSJN 2011), que es la originariamente sustentara el doctor Zas en autos "P. V. c/S. T. SA". En esa ocasión, el magistrado sostuvo que "el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la

///

existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca una creencia racional sobre su posibilidad… habrá de superar un umbral mínimo, pues de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta de acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado" (conf.: SAMUEL, en obra citada, pág.185/86).----------
---

------ Observo, que el fallo en crisis, valoró los actos y omisiones alegados por la actora recurrente. Sostuvo que los actos discriminatorios afirmados por U.en su escrito postulatorio tales como: "que la empleadora siempre se mostró proclive a discriminar y que sus compañeros de trabajo le manifestaron que la patronal no la quería porque se hacía encima"; y que "le expresaron que querían sacársela de encima porque tenía olor a caca", no pudieron ser acreditados. Es más, no puedo dejar de advertir respecto de esta prueba en particular, que ninguno de los testigos –propuestos por la misma actora– corroboró tales extremos.-------

------ Tampoco la actora pudo probar, dijo la CANO, su afirmación en cuanto a que "la empleadora la mudó de categoría –bajo amenaza de despido– y la transfirió desde el servicompras a la playa de expendio de combustible". Para sostener y afirmar ello, los magistrados valoraron los antecedentes de la causa y la prueba agregada y producida por las partes.------

///

------ Quedó así acreditado que al iniciarse la concesión del A.Esquel por el Sr. G. el servicompras existente en la estación se encontraba cerrado por su anterior concesionario, y la Sra. U.ya se encontraba desempeñando tareas como playera en el sector de expendio de combustibles; que el servicompras se reabre un tiempo después del inicio de la nueva concesión, y que es la misma actora quien solicita, por nota, quedar efectiva en el puesto de playera, reconociéndosele su antigüedad. Ello le permitió a la Alzada afirmar que no advertía la presencia de trato desigual para con la actora.----------

------ Fue en base a la valoración de tales circunstancias y probanzas, que la Cámara entendió –justificadamente– que la queja por discriminación esgrimida por la apelante no podía prosperar, pues no se pudo advertir que haya existido, por parte de la empleadora, privación continua o crónica de los recursos, capacidad, opciones, seguridad y poder necesarios que le correspondía a la actora.----------

------ La casacionista, achaca también al pronunciamiento, la supuesta omisión de tratamiento de la negativa de dar tareas, que fue justamente la conducta que desnudó –dice– la discriminación por parte de la empleadora. Pero el examen completo de la Sentencia refleja, no solo el debido tratamiento del punto, sino los motivos por los cuales la Alzada consideró que tal negativa estaba debidamente

///

fundamentada y sustentada, conforme las pruebas obrantes en la causa. A modo de ejemplo y sin que signifique traspasar los límites impuestos a esta excepcional vía recursiva, reproduzco un párrafo del voto del Dr. Petris, que cierra el análisis previo y tratamiento que se hiciera sobre la cuestión: *"La negativa de trabajo que le enrostra a la patronal para justificar el despido y la discriminación intentada aparecen así desprovistas de causa (art. 499 CC), descalifican el despido, por ende ningún derecho a indemnización le asiste a la accionante al no haber acreditado incumplimiento patronal alguno…"* (sic).----------

------ De allí que en cuanto al agravio que refiere a la existencia de injuria laboral por parte de la patronal que habilitaba a la actora al despido incausado, advierto en la recurrente solo una disconformidad con el análisis, evaluación y estimación de los hechos y de las pruebas que hace la Alzada, pero en modo alguno un ataque concreto y preciso, argumentos de entidad y peso para conmover el fallo dictado. Mucho menos, para tildarlo de arbitrario.----------

------ No entraré en el análisis del acierto, o no, de la valoración de dichas probanzas por ser una cuestión vedada a este Tribunal por la limitación propia de su competencia excepcional en este tipo de vía impugnaticia, pues como es criterio sostenido de este Cuerpo, "la apreciación de la injuria laboral es privativa de la instancia ordinaria en razón de que la valoración de la injuria como causal rescisoria del vínculo laboral es una cuestión de hecho y como tal exenta de revisión

///

en la instancia extraordinaria, salvo que se hubiera demostrado que la decisión de la Cámara se hallara viciada por el absurdo" (conf.: STJCH SI N° 47/SRE/92 y SD N° 02/SRE/06).----------

------ Ahora bien, y a mayor abundamiento, reconozco un adecuado análisis y suficiente valoración por parte de la Alzada al tratar el punto y si bien puede compartirse, o no, el razonamiento y las conclusiones de los votantes, no podrá decirse que el fallo carece de una correcta fundamentación en este punto.----------

------ Debo recordar que "solo el error palmario, fundamental, el desvío patente en la valoración del material probatorio con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan, autorizan la apertura de la casación para el examen de las cuestiones de hecho" (v.gr. SD N° 02/SRE/06). Pero de la completa lectura de la sentencia impugnada, advierto que los jueces han merituado todos y cada uno de los elementos probatorios aportados a la causa para fundamentar, sólidamente, la decisión a la que arriban.---

------ A la luz de lo hasta aquí expuesto, creo pertinente señalar que la doctrina de la arbitrariedad fue acuñada por la Corte Nacional en el año 1909 en la causa "Rey c/ Rocha" y allí se sostuvo que los son, las desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces y no cuando haya simplemente interpretación errónea a

///

juicio de los litigantes".----------

------ Ha dicho también este Superior Tribunal, coincidente con la CSJN, en cuanto a la doctrina de la arbitrariedad, que "…ella es de aplicación excepcional y cabe descartar dicha tacha cuando no media una decisiva carencia de fundamentación en lo resuelto, limitándose a aquellas sentencias desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, de modo que ello impida considerarlas como actos jurisdiccionales…" (SI N° 42 Y 62/94, SD 18/98 entre otras).----------

------ Nada de ello puede enrostrarse al fallo recurrido; de allí que no puede descalificarse el mismo bajo la imputación de arbitrario cuando no se han expuestos sólidos argumentos que permitan justificar tal afirmación, sino solo discrepancias de la recurrente con la valoración y selección de la prueba efectuada por los jueces de la causa, reeditando argumentos ya expuestos en otras instancias, lo cual no alcanza a conmover la estructura lógico jurídica de la sentencia apelada.----------

------ Por todo lo expuesto, no encuentro entidad suficiente en los agravios intentados por el recurrente procurando la revisión del pronunciamiento; por lo que opino y propongo al Acuerdo el rechazo del recurso de casación. **ASI LO VOTO**.----------

///

------ **A la misma cuestión, el Dr. Pasutti dijo**:----------

------ Concuerdo con el detalle de los antecedentes y el relato del recurso y su trámite que efectuara mi colega, que votara en primer término. Remito a su lectura por razones de celeridad y economía procesal.---------

------ Luego de una detenida lectura de la sentencia impugnada y de los fundamentos con los cuales el recurrente intentó demostrar su arbitrariedad concluyo, coincidiendo con el Dr. Royer, que no cabe en modo alguno dicha calificación.----------

------ He sostenido reiteradamente, que es Jurisprudencia reiterada de este Cuerpo, coincidente con la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a la doctrina de la arbitrariedad, que "ella es de aplicación excepcional y cabe descartar dicha tacha cuando no media una decisiva carencia de fundamentación en lo resuelto, limitándose a aquellas sentencias desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces de modo que ello impida considerarlas como actos jurisdiccionales, no constituyendo una tercera instancia que tenga por objeto corregir pronunciamientos equivocados o que el recurrente estime por tales según su divergencia con la interpretación asignada por los jueces a los hechos y leyes comunes, ni sustituir el criterio de éstos en la solución de los temas que

le son privativos" (v.gr. SD N° 02/SRE/04; 08/SRE/04 entre otras).----------

------ Advierto, y por ello comparto también lo dictaminado por el Procurador General, que la Sentencia objeto de recurso ha analizado y valorado adecuadamente tanto los hechos como el cúmulo de pruebas ofrecidas y producidas en autos, con un correcto empleo de las normas aplicables a la situación laboral devenida entre las partes, por lo que considero un exceso la alegación del motivo casatorio previsto en el art. 291 inc. e) de la Ley XIII N° 5.----------

------ La casacionista alegó un grave yerro en la sentencia al tratarse el tema de la discriminación que sufriera por parte de la empleadora. Así adujo un razonamiento erróneo producido por un apego ritualista respecto a la valoración de la prueba, sin advertirse que se encontraban delante de una materia que da lugar a la aplicación de la teoría de la prueba dinámica frente a las premisas clásicas contenidas en el art. 381 del CPCC. Afirmó también, respecto de un marco fáctico como fue el traslado de la actora –bajo amenaza de despido– del servicompras a la playa de expendio de combustibles, que el magistrado lo desconoció deliberadamente cuando se encontraba acreditado en todos sus extremos, haciendo además, una interpretación en contra del operario y desechando principios del derecho laboral, como es el de Realidad. Sostuvo que hubo empeño en señalar la deficiencia de una prueba directa que pudiera acreditar las frases (discriminatorias) que habrían llegado a oídos de la actora, cuando las situaciones discriminatorias siempre se presentan solapadas y los testigos renuentes a confirmarlas, máxime que los testimonios citados por el magistrado son de actuales dependientes de la demandada.----------

///

------ Contrariamente a lo expuesto, un análisis integral de la Sentencia cuestionada me llevan a concluir que los magistrados de la Alzada han valorado adecuadamente todas las pruebas y constancias del expediente, para arribar a la decisión final que rechaza la queja, por discriminación, tal como fuera propuesta. Fundadamente, sostuvieron que no se advirtió trato desigual para con la actora y que no se acreditó la circunstancia del traslado, bajo amenaza de despido, de un puesto de trabajo a otro.--------

------ Reitero, que a tal decisión llegan los magistrados, luego del análisis y valoración de las pruebas existentes en la causa. Advierto que se evaluaron las testimoniales en conjunto, y sin perjuicio de que algunos de los testigos fueran dependientes de la demandada, resulta atinada la observación que realizara en su voto mi colega, el Dr. Royer, cuando revela que ninguno de los testigos –incluso los propuestos por la misma actora– corroboró los dichos discriminatorios afirmados por la actora en su escrito de demanda.----------
---

------ Incluso, la Sentencia, luego de tomar una posición al respecto, resalta lo difícil que resulta la determinación y la problemática que encierra el tema de la discriminación, cuestión que en la actualidad plantea un gran debate. En su análisis, la Alzada entiende que, al momento de extrapolar si en el caso de autos existió discriminación o el legítimo y regular ejercicio de un derecho por parte de la patronal, se debe primera y necesariamente aceptar que las percepciones del mundo son diversas y ello, de manera inevitable, lleva a una saludable confrontación de ideas.----------
---

------ A mi juicio, la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel ha analizado la situación fáctica, los elementos de prueba incorporados, las

///

cuestiones de hecho y prueba, lo que la llevó a adoptar una posición y dictar una resolución que, podrá compartirse o no, pero lejos está de resultar arbitraria.----------

------ Igual análisis hago respecto de la evaluación y valoración efectuada por los camaristas en cuanto a la situación de despido indirecto en que se colocó la trabajadora ante la negativa de tareas formulada por su empleador, con sustento en la opinión del médico laboralista. El voto del Dr. Petris analiza en forma medulosa la situación de hecho, considera las constancias y pruebas obrantes en el expediente, y concluye en una decisión que aparece como derivación directa y razonada de dichos antecedentes.----------

------ La debida valoración de la prueba y fundamentación de la decisión adoptada no permiten calificar al fallo de arbitrario. “Se podrá disentir o no con el criterio que sustenta el decisorio, pero no por ello calificarlo de arbitrario en los términos del inc. “e” del art. 291 del CPCC” (cfr.: SD N° 15/SRE/2002).----------

------ Es por lo hasta aquí expuesto, que sostengo que los argumentos desplegados en el líbelo recursivo no son suficientes ni alcanzan para demostrar que el pronunciamiento de la Cámara resulta arbitrario, por lo que propondré al Acuerdo que se rechace el Recurso de Casación interpuesto y se confirme la Sentencia en crisis. **ASI LO VOTO**.----------

------ **A la segunda cuestión el Dr. Royer dijo**:----------

///

------ Tal como he votado la primera cuestión, propongo al acuerdo: **1°)** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la actora, D.L.U.contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, registrada bajo el N° 43 del año 2012 (fs. 692/698 vta.) y confirmar la misma en todas sus partes. **2°)** Imponer las costas por el recurso de casación a la recurrente vencida (art. 57 Ley XIV-N°1 en conc. Art. 69, primer párrafo del CPCC); **3°)** Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en mérito a la calidad, eficacia, extensión de los trabajos realizados y al resultado obtenido, en un 35% a la Dra. G.V.C. letrada apoderada de la demandada; y en un 25%, al Dr. O.S.G. letrado apoderado de la actora recurrente, a determinarse, ambos porcentajes, sobre los estipendios regulados por sus respectivas tareas en la primera instancia siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (arts. 7 y 14 de la Ley Arancelaria vigente) con más el IVA si correspondiere.

------ **A igual cuestión el Dr. Pasutti dijo**:----------

------ De acuerdo a como me he pronunciado al votar la primera cuestión, concuerdo con la propuesta hecha a ésta, por el Dr. Royer.----------

------ Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente: ----------

///

---------- **S E N T E N C I A** ----------

------ 1°) **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la actora, D.L.U. contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Esquel, registrada bajo el N° 43 del año 20121 (fs. 692/698 vta.).---------

---

------ **2°) IMPONER** las costas de lo actuado ante este Superior Tribunal a la recurrente vencida.----------

---

------ **3°) REGULAR** los honorarios de los profesionales intervinientes en un 35% a la Dra. G.V.C. letrada apoderada de la demandada; y en un 25%, al Dr. O.S.G. letrado apoderado de la actora recurrente, a determinarse, ambos porcentajes, sobre los estipendios regulados por sus respectivas tareas en la primera instancia siempre que el importe que resulte no sea inferior al mínimo legal de ocho (8) Jus (arts. 7 y 14 de la Ley Arancelaria vigente) con más el I.V.A. si correspondiere.---

---

------ 4°) **REGÍSTRESE**, notifíquese y oportunamente devuélvase.-----

---

Fdo. Dr. Fernando S. L. ROYER – Dr. José Luis PASUTTI.

Recibida en Secretaria el 05-12-2013.

Registrada bajo el N° 33/SRE/2013 CONSTE.

///

Fdo. Dra. Carmen Velez – Secretaria.

///