En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil veinte, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las señoras juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., L. A. c/ E. (E. P. SA) s/ SUMARIO", expte. nro. 601/19**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2562/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 320), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 299/304? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

En lo que interesa, el juez laboral de refuerzo rechazó la demanda promovida por el señor L. A. M. contra E. en cuanto reclamaba con sustento en la Constitución nacional, Convenios de la OIT, PIDESC y las leyes 14932, 23551 y 23592- la nulidad del despido dispuesto por la accionada y la reinstalación en su empleo, así como la reparación de los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo. Subsidiariamente, diferencias en la liquidación final (v. fs. 57/67).

Para así decidir, evaluó que el accionante denunció que el distracto dispuesto ocultaba un acto discriminatorio motivado en su condición de activista. Al demandar, dijo que desde el inicio de la relación laboral mantuvo una postura para beneficiar a sus compañeros trabajadores reclamando el cumplimiento de

los requerimientos de equipo, indumentaria y condiciones de trabajo digno y acordes a las necesidades del servicio. También habría motorizado frente a su empleador y a los responsables del Area Enap S. ser incorporados al Gremio de Petroleros Privados por considerar que él y sus compañeros cumplían funciones especificas de aquel convenio.

Tras ponderar la prueba testimonial, el juez *a quo* entendió que el actor no había logrado demostrar que se hubiera erigido en figura preponderante en el grupo de trabajadores siendo la voz cantante de ellos y que solo existe una presentación a título individual. Puntualizó que, conforme surge del relato de los testigos A., F. y C. el actor llevaba los reclamos a la empleadora. Que la índole de tales reclamos –provisión de estufa y cambio de borcegos- no resulta determinante para producir la reacción de tal magnitud como el despido.

Concluyó entonces que el actor no probó los presupuestos básicos, para considerar que el despido dispuesto por el empleador obedece a causas gremiales y por lo tanto discriminatorio y rechazó el pedido de reinstalación y de indemnización.

1. Recurso:

El actor interpuso recurso de apelación a fs. 305 y la demandada a fs. 306. Ambos fueron concedidos a fs. 307.

2. Agravios:

Actor:

I. A fs. 308/310 acusa a la resolución de desnaturalizar la prueba aportada al proceso; efectuar una errónea valoración de la prueba, descontextualizar los efectos del despido y vulnerar evidentes y notorios principios que rigen la materia laboral.

Tales déficits, se corroboran por la omisión de valoración de la restante prueba aportada a los autos, en el caso, el expediente n° 1-1960/2014 adjunto en copia certificada agregada por la Subsecretaria de Trabajo de la provincia, Delegación Comodoro Rivadavia.

Afirmó que dicha prueba resulta claramente insoslayable a los fines de decidir sobre el fondo del asunto, de modo tal que la falta de expedición a este respecto torna parcial toda decisión. Ello así, porque en dicho expediente, se solicitó la intervención de los órganos de contralor y decisión a los fines de dar el correcto encuadre normativo al personal -con el actor a la cabeza- que ejercía funciones que no se encontraban reflejadas en el marco del Convenio Colectivo que los nucleaba hasta entonces.

Dijo que del mismo modo, la afirmación del sentenciante en cuanto sostuvo que "entre los reclamos mencionan la provisión de estufa y cambio de borcegos. Sin intención de desmerecer la actuación voluntaria del actor, entiendo que el hecho de haber llevado reclamos, de esa índole, al empleador, no resulta determinante para producir en este una reacción de tal magnitud como el despido", corrobora además la desnaturalización de la prueba testimonial, por cuanto el fin del testimonio era demostrar el carácter gremial -aun sin ser delegado de la intervención del actor frente a su empleador- y en modo alguno buscaba sostener un conflicto que funde un posible despido.

Argumentó que lo expuesto además funda el agravio ocasionado por la errónea valoración de la prueba en tanto hechos existentes, toda vez que al ignorar del todo su presencia o cercenarla en parte, para en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa, afecta directamente la valoración de la misma y consecuentemente el resultado de la sentencia en crisis.

En cuanto a la descontextualización de los efectos del despido sostuvo que la afirmación de que "el actor no ha probado los presupuestos básicos para considerar que el despido dispuesto por el empleador obedece a causas gremiales" deviene gravemente insalvable dado que por un lado invierte la carga probatoria, decididamente reñida a la materia laboral y por el otro, otorga un

diferente alcance al simple despido formalizado por la empleadora consintiendo arbitrariamente la existencia de una prueba que no existió a lo largo de todo el proceso, siempre teniendo en cuenta que resulta ser la empleadora quien debió demostrar que el despido no obedece a causas gremiales y efectivamente no lo hizo, aunque así lo afirma el juez *a quo* en su sentencia en crisis, aun abstrayéndose de la prueba irrefutable del expediente administrativo subyacente.

Sostuvo que la sentencia violenta principios específicos de derecho laboral: el principio protectorio, el principio de la duda, la primacía de la realidad, principio de la justicia social, de razonabilidad, de buena fe, y de debido proceso, todos principios que fueron evidentemente soslayados.

Expuso que cuando el juez en su resolución afirma que "el actor no ha probado los presupuestos básicos, pone en cabeza del actor la obligación de probar un hecho que debe ser probado por el empleador (aun considerando que existe un expediente administrativo agregado en autos- que prueba todo lo contrario). Aseveró que el magistrado claramente invierte el *onus probandi* que le corresponde al demandado en este tipo de procesos, y que posteriormente lo hace cuando decide colocar en pie de igualdad procesal a las partes cuando va de suyo que en materia laboral el equilibrio de fuerzas no existe (art. 7, 9, 11,63 de la LCT y 14 bis CN).

Insistió en que tales razonamientos vulneran elementales normas del "onus probando" y el principio protector procesal. Dijo en cuanto a la prueba agregada en autos produce como efecto una presunción de verdad que solo cede ante prueba en contrario, y que quien debió producir esa prueba es la demandada.

Agregó que, además, la resolución montada sobre una incorrecta distribución de la carga de probar, resulta infundada o fundada solo en apariencia. Se explayó respeto al debido proceso en materia laboral.

Concluyó que la resolución de fecha 31 de mayo de 2019 resulta descalificable y decididamente arbitraria en cuanto no respeta el principio protectorio y debido proceso.

II. A fs. 311/312 expresó agravios la demandada. En único agravio cuestionó la imposición de la totalidad las costas a su cargo en tanto y en cuanto la demanda ha sido rechazada *in totum*. Arguyó que el actor no tuvo razones para litigar toda vez que ninguna de sus pretensiones prosperó.

Afirmó que el juez de grado debió aplicar el principio general de la derrota consagrado en el art. 69 del código de rito.

Citó lo resuelto mediante Sentencia Definitiva 26/2019 de esta Sala que integro en apoyo de su postura.

3.Antecedentes:

El actor peticionó que se le restituyera en su puesto de trabajo en la empresa demandada con indemnización tanto de los perjuicios materiales como del daño moral que le provocara el despido por parte de la empleadora. Tal ruptura unilateral la achacó por haber sido quien efectuara reclamos ante la demandada, por indumentaria o condiciones de trabajo acordes al servicio, que eran sus compañeros quienes le solicitaban ayuda a esos fines. Hecho que a la empleadora le molestaba. Asimismo, puntualizó que peticionó ser incorporados -él y sus compañeros- al Gremio de Petroleros Privados, motorizó la incorporación ejerciendo funciones gremiales, obteniendo como respuesta que la empleadora modificara unilateralmente las funciones de los trabajadores a otras áreas y despidiendo al actor. Mencionó que la demandada se caracteriza por la oposición al ejercicio sindical de sus trabajadores. Fundó su derecho en las normas nacionales e internacionales que proscriben toda forma de discriminación y, particularmente, la originada en actividades sindicales.

La demandada respondió a la acción asegurando que

el actor no pertenecía a un sindicato ni tenía actividad sindical alguna, que por la escasa antigüedad no podía ser representante gremial ni activista en los términos de los arts 41 y 52 LAS. Dijo que los reclamos que el mismo efectuó eran a título personal e individual. Afirmó, por otra parte, tomó la decisión absolutamente legítima de desvincular a un dependiente pagándosele la indemnización legal (v. fs. 99 y vta.).

El juez como dije, concluyó en que no quedó demostrado que el actor hubiera desarrollado, con anterioridad a su despido, una actividad gremial para finalmente declarar que no se demostró que el trabajador hubiese desempeñado un rol determinante o influyente en tales gestiones que pudieran dar motivo a la empresa para proceder a su despido (v. fs. 302 vta.)

En mérito a ello, el sentenciante estimó que correspondía el rechazo de la demanda intentada por no haberse comprobado la causal alegada, esto es, el despido discriminatorio

4. Análisis:

I. A fin de comenzar el análisis, es necesario puntualizar el marco normativo en que se inscriben los casos como el presente.

En primer término, los arts. 14 bis, 16 y 75 (incs. 19 y 23) de la Constitución nacional consagran los principios de igualdad y prohibición de toda forma de discriminación (principios *ius cogens* para el derecho internacional). Las leyes 23551 y 23592, aplicables en su conjunto a los casos en que dicha discriminación se dé en el ámbito de las relaciones laborales, al igual que los arts. 17, 81, 172 y 187 de la Ley 20744.

Luego, y entre las normas que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución nacional, art. 75, inc. 22, seg. párr.) han reafirmado y profundizado el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2 y 3) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). También los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificados por nuestro país) referidos respectivamente a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización y de negociación colectiva.

Por último, la asentada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación a partir de los casos "Álvarez" del 7/7/2010; "Pellicori" del 15/11/2011 y "Sisnero" del 20/5/2014).

Revistiendo también especial interés que la CSJN, ha señalado –aunque con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, pero luego extendida a todos los tratados de Derechos Humanos-, que cuando el art. 75 inc. 22 CN prescribe "en las condiciones de su vigencia" significa "tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación", agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (CSJN Causa "Giroldi", Fallos 318:514, cons. 12).

Posteriormente, la Corte hizo extensiva dicha regla hermenéutica a las opiniones vertidas en los informes emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CSJN Causa "Bramajo, Hernán Javier" del 12-IX-1996, cons. 8). De manera que también es aplicable la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio

general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación y la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T con más las Opiniones Consultivas de la CIDH.

De todo ese plexo de reglas y pronunciamientos puede derivarse que se halla proscripta en nuestro ordenamiento jurídico toda forma de discriminación (sea fundada en el sexo, nacionalidad, religión, raza, ideología, opinión política, actividad gremial, caracteres físicos, etc.) y que, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre B.s igualitA. 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 (art. 1, Ley 23592), sin importar que tal acción discriminatoria provenga de un particular o de un órgano del Estado.

Sin que exista óbice alguno para la aplicación de tales disposiciones a las relaciones laborales y que, de acreditarse que el despido injustificado resultó la manifestación de una oculta conducta antisindical, deberá decretarse la nulidad del acto respectivo, disponerse la reinstalación del trabajador en su puesto y determinarse la indemnización de los daños provocados, de cualquier tipo que fueren.

Por otra parte, es de aclarar que la Ley de Asociaciones Sindicales extiende su radio de protección de manera de alcanzar a todo trabajador y no solo a aquellos que se hallen incluidos en el campo de referencia establecido en los arts. 48, 50 y 52 de la Ley 23551. En otras palabras, el "activista" que, no siendo estatutariamente autoridad, busca el llamamiento a elecciones en su gremio, o quien forma parte de una lista que resulta a la postre perdidosa, o quien simplemente pretende organizar un grupo sobre la B. de

intereses laborales comunes, también goza de tutela legal ante cualquier forma de impedimento u obstaculización en el ejercicio regular de la libertad sindical.

Aún el despido del cónyuge de quien lleva a cabo Reivindicaciones de cualquier tipo, ha sido entendido como discriminatorio (como en "Pellicori").

Esto, en el caso que nos ocupa, tiene singular relevancia frente a la defensa ensayada por la demandada, pues el actor no forma parte de alguna estructura gremial reconocida e incluso solicitó su desafiliación al sindicato de vigiladores (fs. 50). La ley antidiscriminación protege a cualquier persona humana, y la Ley 23551 ampara no solo a las autoridades reconocidas de un sindicato o agremiación, sino a todo trabajador.

II. Desde el ámbito procesal, también existen claras directrices emanadas de los pronunciamientos del alto tribunal en esta materia tanto en autos "Alvarez, Maximiliano y otros c. Cenconsud SA s/ acción de amparo", del 7/12/2010, como "Pellicori, Liliana Silvia v/ Colegio Público de Abogados", del 15/11/2011. En los que la Corte ha sostenido, de conformidad con la normativa internacional ratificada por nuestro país y lo dispuesto por los órganos de aplicación, que ante los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas de discriminación (pues “la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja”) y la exigencia de protección efectiva que cabe otorgar en tales casos "resulta 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...", todo ello examinado a la luz de la "sana crítica".

Lo expresado no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, en ese supuesto al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

La Corte Suprema de Buenos Aires dijo que ante la controversia generada por una denuncia de un despido discriminatorio, la definición de la incumbencia de la carga probatoria ha de ser tamizada con resguardos imprescindibles y en ese marco adquiere fundamental importancia una visión desde el dinamismo que, en definitiva, importa adjudicar a quien se encuentra en mejor situación la necesidad de aportar, en beneficio de su interés, los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva (causa L. 97.804).

“La doctrina elaborada por los comités de derechos humanos se proyecta decididamente sobre la Ley nacional 23592 en cuanto al régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto tildado de discriminatorio, en dos direcciones: (i) 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; (ii) al modular, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se le imputa la responsabilidad por el mencionado acto” (Hitters, voto minoritario en causa L. 117.127, "L., J. M.", sent. de 16/7/2014).

Entonces, en casos como el que nos ocupa, donde se denuncia que el despido se debió a la actuación o posición de llevar adelante reclamos de tinte laboral o gremial del demanD., si surgen indicios que autoricen

una sospecha suficientemente fundada, la actitud de la empleadora deberá ser juzgada con un rigor mayor, rigor que puede traducirse tanto en poner a su cargo la parte más gravosa de la prueba, como en el aplazamiento de su derecho a disponer la contratación del personal que ha de ocupar, o en la exigencia de que solo se la justificará en tanto se advierta una notoria superación de los estándares de constitucionalidad y convencionalidad normalmente requeridos.

Y en tal dirección reiteradamente se sostiene que "ante una imputación de despido discriminatorio, no es suficiente que el empleador se ampare en la posibilidad de producir el despido sin expresión de causa, por el contrario, corresponde que se expliciten las razones o motivos que derivaron en la ruptura del contrato, aún cuando los mismos no lleguen a constituir causa justificada eximente del pago de indemnizaciones. Con estas pautas cabe, determinar si la decisión extintiva del 7/4/2015 (ver telegrama de fs. 3) encuadra dentro del concepto de acto discriminatorio vedado por las normas citadas.

III. En la sentencia se concluyó que los reclamos de "provisión de una estufa y cambio de borcegos" no erigieron al actor en figura preponderante en el grupo de trabajadores o la voz cantante de ellos.

Sin embargo, entiendo que tal conclusión responde a una interpretación parcial y sesgada de la prueba por parte del sentenciante.

El hecho, precisamente probado, de que el actor hiciera reclamos como el de fs. 10 (que contiene reivindicaciones de claro contenido gremial, por otra parte), sumado a las acciones que en ese sentido desarrollaba según las declaraciones testimoniales hace que su despido resulte sospechoso de tener como causa real tales actividades.

Un indicio es un hecho o circunstancia que ha sido suficientemente probado; y a partir de él, en virtud de alguna ley causal o de la experiencia vital, puede

conjeturarse como probable que otro hecho distinto o una circunstancia diferente hayan sucedido.

El análisis de las pruebas producidas en la causa me lleva a estimar acreditada la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la alegada discriminación. Me explico:

a) El testigo propuesto por el demandado, Sánchez A., empleado de la demandada (fs. 130) afirmó: que conoce al actor porque trabajaron juntos en "la empresa N., donde prestaban servicios antes de que ingrese E. a prestar servicios en el Y. S.,… su actual empleadora. Que realizaban patrullas, que implicaba recorrer las instalaciones del Y., una serie de puntos asignados, que son todas instalaciones, edificios que se encuentran dentro del Y., como así pozos, baterías. Recorrían tratando de detectar, pérdidas o anomalías, sacaban fotografías y a la mañana siguiente mediante un informe se las remitían al área de salud, S., y ambiente de S.. Explicó que recorrer el campo implica detectar intrusos, pero en ese aspecto era tranquilo. Que las novedades que encontraban eran, pérdidas, derrames, roturas de cañerías, a las cuales le sacaban fotos y si eran importantes llamaban al personal especializado, le daban aviso para que subsanen dicha anomalía. Dijo el deponente que empezó en el 2008 y esa era la consigna, hasta que, cuando empezó E. se habilitó el control de acceso al Y. y ahí se cumplió la doble función, uno de los dos vigiladores, recorría el campo y otro permanecía en el puesto haciendo el control de ingreso y egreso… Que desde un primer momento se dieron cuenta que la función que cumplían no correspondían a las tareas de vigilancia, más trabajando en un Y.. Siempre intentaron que se los encuadre correctamente y que justamente siempre fue L. M. el que estuvo a la cabeza. Que era el único que tenía contacto con el Sindicato de Petroleros, se comunicaba frecuentemente con M. y V. que son del Sindicato de Petroleros. Refirió a la solicitud para afiliarse al sindicato de petroleros y que se los

encuadre dentro del convenio petrolero por las actividades que hacían. Dijo que fue una nota que la firmaron todos y la presentaron en el Sindicato de Petroleros. Que como M. tenía el contacto, él la llevó y la presentó oportunamente, en realidad fueron dos, pero que no sabe qué pasó con la primera, y luego la segunda que fue al año siguiente, esa si sabe que ingresó a la Subsecretaría de Trabajo. Expuso que no conocía la posición de su gremio al respecto, porque prácticamente es inexistente en Comodoro el sindicato de vigiladores. Que hay uno que no es reconocido porque no tiene personería gremial,…y es medio informal, no es un sindicato que pueda hacer, ejemplificando que no puede cobrar cuota sindical, al menos no como se hace habitualmente. Que en el recibo de sueldo no aparece nada. Dio cuenta de que la operadora no quiere que sean petroleros… y bueno E. sigue las directivas de la operadora que es el cliente… Que notaron que ese tema no era algo que podía llegar a prosperar por todas las trabas que ponen de un lado y del otro, tanto la operadora como en este caso E., que no quiere que sean petroleros. Que calcula que, la operadora más que nada, por lo que sucede cuando hay un delegado en la empresa. Expuso lo sucedido cuando pasaron de N. a E. al saber que no tenían protección gremial de ningún tipo. Que pueden hacer el traspaso como lo hicieron sin seguir los procedimientos. Manifestó que cuando la operadora cambia de contratista teóricamente los empleados automáticamente pasan a la nueva empresa, que es lo que dice la ley, pero en ese momento cuando hicieron el traspaso, esto no pasó, los hicieron renunciar. Que quedaron tres, siendo justamente que cuando los hicieron renunciar a N. para pasar a E., les dijeron que si no renunciaban hoy, mañana subían con otra gente, y listo; y que ellos iban a seguir trabajando en otro lado, pero no iban a trabajar más en S., así que todos presentaron la renuncia. Que ellos (por la empleadora) asumieron dos compromisos, primero asegurarles la estabilidad

laboral, y segundo respetar la antigüedad que tenían aunque sea para las vacaciones. Que respetaron únicamente la antigüedad. Que de los cinco que eran, quedaron tres, a uno lo despidieron antes de cumplirse los tres meses,… y ahora a L. que lo despidieron recientemente. Explicó que los siete que eran cuando se produjo la modificación se redujo el personal a 4, de los siete bajaron a tres pero únicamente lo despidieron a M.. Que L. era la persona que estaba encargada de todos los reclamos, todos, no únicamente de lo relacionado con el sindicato. Que él fue el que inició el reclamo del pedido de las estufas, del cambio de calzado de los borcegos, es decir cualquier reclamo que había siempre lo encabezaba él, calcula por su temperamento, por la personalidad que él tiene. Que incluso la devolución de impuesto a las ganancias de las retenciones que les efectuaban que eran equívocas fue porque él fue a una contadora, pagó para que le haga un informe, algo formal y a eso se lo adjuntó a un reclamo y gracias a eso les devolvieron los importes que estaban mal descontados. Entonces todos los reclamos los iniciaba y los encaraba el, y ellos lo seguían.

b) D. J. F. (fs. 133, Doc. Res. 131/2019) aseveró: que conoce al actor del trabajo. Que conoce a la demandada porque trabaja actualmente. Que trabajaban con el actor en N. S. y que de N. pasaron a E.. Que cumplían funciones en el Y. S., hacían patrulla y puesto de control. Refirió a cómo se hacía la patrulla en similares términos que su compañero S. A.. Surge de lo expuesto por el testigo que por ahí les pagaban mal, no les pagaban ciertas cosas, y que era M. el que llevaba el reclamo, él era el que iba a hablar, todos opinaban y decían, pero el actor era el que siempre iba y hablaba. Que con respecto al convenio colectivo estaban como vigiladores. Que por ahí iban a hablar con E. para que hablara con el Y. para ver si les podía pagar más por todo lo que ellos hacían, patrulla, puesto de control, trabajaban más de lo que tenían que hacer. Que se realizó

una presentación formal con el gremio petrolero. Que sabe que E. presta servicios a otras empresas fuera, YPF, T.. Que M. hacía los reclamos o hablaba al supervisor, que antes era V., sin recordar quién era a la fecha del despido, y al jefe de operaciones (L.).

c) D. A. C. (fs. 135, Doc. Res 131/2019) manifestó: que conoce al actor mediante el trabajo. Que a la demandada la conoce porque trabajaba en la misma. Refirió que: comparece por una cuestión de justicia, porque lo que se hace de parte de E. hacia el empleado está mal. Que trabajaba con el actor en el área de seguridad. Que hacían puestos de control, y patrullas. Que se hacía un informe que se derivaba a "H Sec", y dependía de eso la función o la maniobra a realizar. Que tuvo participación dentro del Yacimiento un año. Que previamente otros excompañeros de la empresa E. SA ya venían hace 5 o 6 años o más. Preguntado si han hechos reclamos en función del área, expuso: hicieron varios reclamos en el sentido de que estaban mal las condiciones en el lugar trabajo y por lo que es la forma de pago que no correspondía al área. Dijo que en lo que concierne a la mayoría tendrían que tener por un sindicato que no tenían ellos. Que cuando empezaron a tomar cartas en el asunto por el tema de los mal pagos, empezaron a hacerles represalias, preguntarles qué hacían, quién era el cabecilla, o que hacía tal persona, en este caso M.. "Que se atinaban a él". Que hicieron reclamo formal con respecto al cambio de sindicato el cual no sabe si lo tomaron bien o mal. Que estaba a la cabeza M., porque ellos lo habían elegido por el simple hecho que esta más capacitado porque es parte gremial, el conocía como redactar como contactarse con la gente. Que lo despidieron a M. de un día para otro sin explicaciones. Dijo que también él sufrió las consecuencias, que lo bajaron del campo, que por un convenio de área lo tenían que mandar a otra área petrolera, pero lo bajaron a trabajar en la misma empresa, pero en la ciudad, en I. B., , una patrulla que

supuestamente pertenecía a un área, pero que no pertenecía a un área que se hacía en Restinga Alí. Que E. presta servicios a otras empresas que no están dentro del grupo de petróleo.

Respecto a quienes consultaban quién era el cabecilla, dijo que los hacían supervisores, jefe de operación, y respecto al motivo supuso que era para tomar alguna carta en el asunto con el personal, con esa persona. Preguntado en cuanto a que por qué tenían que consultar respecto de M. porque no lo tenían reconocido si él hacía los reclamos explicó que cuando pertenecía a la empresa dialogaron los compañeros tener un representante para tener más o menos algo para mover los papeles para estar mejor y lo eligieron a M.. Que no hubo elección, sino que fue la mayoría hablando. Que se pusieron de acuerdo en un diálogo correcto con todos los compañeros y llegaron esa conclusión.

Tales declaraciones resultan concordantes en cuanto a la conducta de la empleadora, las condiciones del trabajo, la pretensión de los trabajadores y la participación de M. con una labor activa en la presentación y transmisión de los reclamos. Logran aportar elementos a la causa que me llevan a entender el carácter discriminatorio del acto que puso fin a la relación laboral. Es que brindan datos concretos sobre el acaecimiento de ciertos sucesos; en el caso, los reclamos individuales de M., su actuación como nexo de otros empleados con el empleador, el despido, etc. La devolución de la retención del impuesto a las ganancias, evidentemente, lo hizo a título personal, pero repercutió de la misma manera en todos sus compañeros. En cuanto al calzado, la calefacción y otros reclamos que señA., tampoco parecen aislados u ocasionales, sino que en tal contexto, lo erigieron en un referente de los trabajadores frente a la empleadora. Incluso, son contestes en señalar que era el actor el que transmitía los reclamos o, si se quiere, el descontento a la empleadora.

Tales sucesos son condición necesaria -aunque no sean suficientes- para dar por acreditada la ocurrencia de otro acontecimiento diferente: el subyacente acto discriminatorio, que se presenta, a partir de lo probado, como una posibilidad cierta o como una derivación natural conforme el curso habitual y corriente de las cosas. A ello se suma que las alegaciones formuladas por la empresa demandada resultan endebles como para desarticular las presunciones que surgen de la prueba colectada.

J. I. J. (fs. 136, Doc. Res 131/2019), quien trabaja para la empleadora, describió el servicio que presta en su área, solo conocía de vista a M. y era supervisor en otra aérea, P..

P. D. F. (fs. 132, Doc. Res. 131/2019) supervisor de M. tampoco favorece la postura de la demandada porque no aporta elemento objetivo alguno que permita descartar los hechos acreditados mediante los testimonios coherentes y concordantes de A., F., C. y A., solo se limitó a negar que M. le efectuó algún reclamo en representación de sus compañeros y a manifestar que le hizo reclamos, pero particular individual de él, por el tema de horas extras, o algún F..

Mientras que el testimonio de A. L. (fs. 131 Doc. Res. 131/19), quien desde el 10/08/2010 trabaja en E. y se desempeña como ejecutivo de gestión de la empresa al momento de la audiencia, dijo que conoce a M. porque trabajaba en la empresa. Solo se circunscribió al tipo de servicios prestados por la empresa, y a quienes se presta, el CCT aplicable a todos los trabajadores vigiladores y la diferenciación con respecto al personal de maestranza, desconociendo que haya existido algún reclamo colectivo a la empresa.

Es que frente al reclamo por conducta discriminatoria, y cuando como en el caso la parte actora logra acreditar los extremos en los que basa su imputación (reclamos en nombre propio y de otro grupo de compañeros de trabajo…), corresponde que la parte

demandada obre con la necesaria buena fe que es exigible también al momento de producir el distracto, a fin de demostrar que la no expresión de causa no tuvo la intención de encubrir un despido discriminatorio" (ver CNTrab., Sala VII, 15/03/2012 –"Ríos Arevalo Oriana Patricia c/ Barron Boeris Casalini S.R.L. y otro s/ despido"- Cita: MJ-JU-M-72130-AR - MJJ72130 - MJJ72130).

En tal sentido, que el despido se debió a las facultades que la LCT le concede como empleador sin más, frente a la imputación efectuada en la demanda no resulta admisible. Luego, dedicó gran parte de su argumentación y producción de prueba a acreditar que no corresponde una modificación del encuadre convencional. Cuando en realidad tal extremo resulta ajeno a lo debatido en los presentes. Pues el andamiaje de la pretensión de ser encuadrados en otro convenio, la aplicabilidad de un solo convenio a la empresa, en nada contribuyen a desbaratar el indicio que implica las reiteradas "peticiones" o reclamos que el actor efectuaba y que lo posicionan con un "activista" en el sentido amplio del término, esto es reclamar por mejores condiciones de trabajo, sean estos reclamos individuales o plurindividuales.

Para así concluir no juzgo relevante la petición al titular del Gremio de Petroleros de fs. 6, pues el diverso encuadramiento convencional, sin entrar a considerar si corresponde o no, obedece a una pretensión de los trabajadores que debe ser dilucidada por otra vía, pero lo único que acredita, siempre y cuando esté valorada con la restante prueba en un descontento o situación de reclamo que, junto a otros reclamos, eran viabilizados frente a la demandada por conducto de M..

Por todo ello considero que se encuentra cumplida la acreditación *prima facie* de los hechos que resultan idóneos para inducir la existencia de discriminación, por lo que recaía en la demandada la prueba de que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación

No está probado que hubiera una razón no discriminatoria en su actitud rupturista, ni que el pretendido ejercicio de las facultades que le otorga la ley fuera otra cosa que una excusa para desprenderse de un trabajador que pretendía reivindicaciones laborales para sí y para otros que estaban en similares condiciones. Ello equivale a decir que no hay elementos como para concluir -en palabras de la Corte de la Nación- que el despido tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

Frente a las expresas manifestaciones de la demandada en cuanto a que el actor no realizaba actividad sindical ni tenía antigüedad para ello, baste decir que la tutela ante el despido arbitrario del trabajador se traduce en su reinstalación en su puesto de trabajo, por más que el afectado no aparezca incluido en el universo protegido por las normas de los arts. 48, 50 y 52 de la Ley 23551, y es armónica con los Convenios 87 y 89 de la Organización Internacional del Trabajo, ambos ratificados por nuestro país. De acuerdo a ello, goza de la tutela prevista en el art. 47 de la Ley 23551, el trabajador -cualquiera fuese su función- que viere impedido u obstaculizado el ejercicio regular de sus derechos, pudiendo recabar el cese inmediato de tal turbación.

Se dice que resulta lógico pensar que el legislador trató de dar cobertura a otros sujetos que desarrollando accionar gremial en el ejercicio genérico de la libertad sindical carecieran de fuero específico de protección en lo que hace a su estabilidad, desde que incluyó en la esfera de la discriminación de la Ley 23592 aquellos actos que tuvieran motivos gremiales pues si ello hubiera estado contemplado en el art. 47 de la Ley 13557 sancionada el mismo año, no hubiera extendido la tutela.

En definitiva, no utilizar el estándar diseñado por la Corte nacional para los casos en que se alegue el despido discriminatorio, como también el no valorar los indicios que surgían de la prueba producida, omitir la

valoración de la prueba documental agregada por el actor (reclamo fundado y respaldado con opinión de contador por indebida retención de impuesto a las ganancias de fs. 53/55; reclamo por diferencia de liquidación de haberes correspondiente al mes de noviembre de 2014 y 2da. cuota del SAC de fs. 79, y la valoración de las testimoniales rendidas de manera integral con la restante prueba producida, efectivamente conducen a que el pronunciamiento del juzgado de origen incurriera en una ponderación errada de la plataforma fáctica como denuncia el recurrente. Ello autoriza a revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda con los alcances que enseguida propongo.

IV. Admitida la aplicación de la Ley 23592 a las relaciones laborales, cabe diferenciar, a los fines de determinar los efectos legales, entre el despido arbitrario o sin causa y el despido discriminatorio. El primero es un acto ilícito pero válido que debe indemnizarse con la tarifa del art. 245 de la LCT, mientras que el segundo es un acto nulo por objeto prohibido cuya sanción es la ineficacia para producir efectos propios y obliga también a la reparación del daño que hubiere causado.

Así, en líneas generales se sostiene que el trabajador discriminado podrá optar por reclamar el cese del acto discriminatorio y/o el resarcimiento del daño moral y de los daños materiales padecidos (pérdida de chance, daño psicológico y todo daño que se pueda fehacientemente demostrar). También se afirma, en cuanto a la posibilidad de lograr la reincorporación a su puesto laboral, tendrá como primera alternativa instar un amparo o plantear la demandada laboral conjuntamente con una medida cautelar a la que adosará la reclamación de los daños y perjuicios padecidos.

En el caso, el actor reclamó en principio la nulidad del despido, la reincorporación en el puesto de trabajo, los salarios caídos y la indemnización por daños material y moral producidos por la discriminación. En

subsidio reclamó el pago de la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT según la liquidación que efectúa a fs. 63, la multa del art. 2 de la Ley 25323 todo lo que calculó asciende a la suma de $178.746,15 con más la suma de $190.000 en concepto de daño moral.

Aun cuando no desconozco que a nivel doctrinario y jurisprudencial subyace una fuerte conflictividad respecto del instituto de la reincorporación o reinstalación del trabajador según se haga prevalecer los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad del trabajador (arts. 14 bis y 16 de la CN) o los constitucionales de propiedad y libre disposición del empleador(art. 14, 17 y 19 CN), lo cierto es que, hasta tanto no se produzca alguna modificación del sistema vigente, con algunas de las variantes que desde la doctrina se postulan (ver, por ej., la ponencia de Julio Alfredo Mendez, ganadora del premio “Antonio Vazquez Vialard” a la Solidez Científica, 2014, cuyo texto actualizado se publicó en Revista Rubinzal Culzoni de Derecho Laboral Actualidad 2015-1 p. 125 y sgtes.) el debate parece haber quedado zanjado por el máximo tribunal nacional, en el precedente "Alvarez" (con disidencias de los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay).

La Corte teniendo en cuenta la situación del trabajador como sujeto de "preferente tutela" y fundada en la progresividad de la plena efectividad de los derechos humanos —reconocida en distintos textos internacionales—, mediando el principio *pro homine*, dijo que "solo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación..." y agrega que "las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su

sanción y esta conclusión se impone, "con mayor fundamento" respecto de la Constitución Nacional...".

De ahí sostiene que "el art. 14 bis tanto en su extensión como en su comprensión, debe ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos, como una norma de contenidos mínimos (v. “Rodríguez, Luis Guillermo s/ recurso de queja”, Fallos 329:194 y García Méndez, Fallos 331:2691; 2700:2701)..." y resuelve el conflicto priorizando los derechos humanos del trabajador por sobre los patrimoniales del empleador sentando la constitucionalidad del acto que ordena la reinstalación del trabajador despedido en circunstancias consideradas discriminatorias.

Es que desde que la Ley 23592 privilegia la prevención y la nulificación del acto discriminatorio, privar de efectos a un despido por ser discriminatorio, debe traducirse, necesariamente, en la nulidad del distracto y en la consecuente reinstalación de la víctima en su puesto de trabajo cuando el damnificado así lo solicita. Tal lo sucedido en el caso.

V. La decisión que adopto conlleva lógicamente el pago de los salarios caídos devengados por el trabajador entre la fecha del aparente despido (7/4/2015) y el dictado de la presente sentencia que decreta la nulidad del despido hasta la efectiva reinstalación, o la fecha en que quede firme la presente sentencia. Es que no desestimo que el tiempo transcurrido desde el despido hasta el presente pudo haber provocado el desinterés del actor en la reinstalación.

La indemnización será calculada por el perito contador en la etapa de ejecución (*cf*. arts. 165, C.P.C.C.N. y 1°, Ley 23592) de acuerdo a las remuneraciones devengadas en el periodo citado.

Toda vez que propongo liquidar la acreencia según los salarios devengados, la tasa de interés que deberá

aplicarse será la tasa de interés activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA, debiendo detraerse la suma abonada en concepto de indemnización del art. 245 LCT.

VI. Asimismo, por tratarse de un despido discriminatorio, procede la reparación del daño moral —art. 1— Ley 23592 como lógica consecuencia del accionar de la empleadora.

Teniendo en cuenta que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria y que su traducción en dinero no es más que el medio para conjurar, de un modo imperfecto pero considerado eficaz por el reclamante que, de otro modo, quedaría sin resarcir; en función de la índole y entidad de la lesión, las circunstancias de la causa sin prueba especifica, considero que resulta razonable fijar la suma de $50.000 por esta partida, que devengará intereses desde la fecha del distracto hasta su efectivo pago a la tasa de interés activa que para préstamos personales aplica el Banco del Chubut SA.

En definitiva, propongo hacer lugar a la acción incoada, declarar la nulidad del despido, condenando a la demandada a reinstalar al trabajador en el empleo dentro de los diez días de quedar firme la presente sentencia, y a abonar dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que practicará el perito contador en la etapa de ejecución, las remuneraciones devengadas desde el 31/3/2015 hasta la efectiva reincorporación, con la indemnización por daño moral fijada en la suma de $50.000 con mas los intereses dispuestos (*cf*. arts. 386, 388, 390, 958, 1004, 1717/1720, 1740 y concs., C. Civ.; 1°, ley 23.592 y 47, ley 23.551).

4. Costas y honorarios:

En virtud de lo dispuesto en el art. 282 C.Pr. corresponde dejar sin efecto lo resuelto en primera instancia en materia de costas y honorarios, por lo que

deviene abstracto el tratamiento de recurso de la demandada.

Propongo imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (*cf.* art. 69 C.Pr.).

Los honorarios correspondientes a la labor desarrollada en la primera instancia, deben ser regulados teniendo en cuenta las pautas de los arts. 5 a 9 de la Ley XIII-4 DJPCh.

En consecuencia, regularé a favor del Dr. G. A C. en el 15% y a favor de los Dres. C. S. K., F. L. L. y P. N. conjuntamente en el 11%. porcentajes todos a calcular sobre el monto del proceso.

Los honorarios del perito calígrafo, R. C. S. de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 5 y 60 de la ley arancelaria vigente y los fijaré en el 1% del monto de la condena.

Los honorarios correspondientes a esta alzada se fijan a favor del Dr. G. A C. en el 35% y a favor de los Dres. C. S. K. y F. L. L. conjuntamente en el 25%. En todos los casos, calculados sobre los que se regularon en la primera instancia para los letrados de las partes que representaron (arg. art. 5, 13 y 46 ley arancelaria vigente).

En todos los casos deberá adicionarse el IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 305 y revocar la sentencia de fs. 299/304 en todas sus partes.

2) Admitir la demandada, declarar la nulidad del despido y condenar a la empleadora a reinstalar en el puesto de trabajo al actor Sr. L. M. en el plazo de diez días de quedar firme la presente y a abonarle los salarios devengados desde la fecha del presunto despido (7/4/2015) hasta la efectiva reinstalación o hasta que quede firme la presente sentencia según la suma que surja de la liquidación a practicarse en la instancia

de grado de acuerdo a las pautas definidas en el considerando pertinente y los intereses allí fijados (3-V).

3) Condenar a la demandada a abonar en concepto de daño moral la suma de $50.000 con más los intereses fijados en el considerando respectivo (3-VI).

4) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida.

5) Regular los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en ambas instancias en la forma propuesta.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Apelaron el actor Sr.M. y la sociedad E. -esta por la imposición de las costas-, la Sentencia Definitiva nro. 46/2019 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción, emitida por el Sr. juez de refuerzo, motivo por el cual viene a conocimiento de esta alzada (fs. 299/304, fs. 306, fs. 307).

La sentencia venida en crisis rechazó el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 245 LCT y el art. 4 de la Ley 25561. Rechazó la demanda promovida por el Sr. L. A. M. contra E. P. SA, impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 299/304).

En el memorial de agravios, la accionante cuestiona el rechazo de la demanda, como B. central de su queja, con los fundamentos que fueron narrados por la Sra. camarista que me precedió y doy por reproducidos (fs. 305/310), por lo que abordaré directamente la cuestión a decidir en este estadio.

1. En el escrito de responde, la demandada peticiona se declare la deserción del recurso interpuesto por aplicación en el art. 268 del código ritual en el entendimiento que carece de los requisitos que dicha norma exige, por lo cual corresponde la sanción contenida en el art. 269 del mismo cuerpo legal.

En los casos en que existe un escrito de expresión de agravios, debe realizarse con criterio restrictivo y

ponderando claramente los efectos de la sanción de deserción que literalmente pone punto final al litigio. Debe tenerse presente que la doble instancia es un mecanismo procesal del que solo en casos extremos puede suprimirse una de sus partes, más aún cuando el recurrente se ha inhibido de criticar cuando la sentencia no permitió conocer los fundamentos del rechazo y solo tuvo afirmaciones.

Por lo sostenido en la doctrina de este cuerpo que integro y por la gravedad de las consecuencias que de la declaración de deserción del recurso se derivan en cuanto al proceso, se impone extremar la cautela en el análisis del escrito de apelación a fin de resguardar el mencionado principio de la doble instancia y consecuentemente el derecho de defensa en juicio.

Todo juez debe, por mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 163 CPCyC).

Dijo la doctrina que la existencia del perjuicio se observa examinando la sentencia y determinando las partes o cuestiones del acto que lesionan o son desfavorables a los intereses jurídicos de los litigantes. El agravio o conjunto de agravios según la complejidad del decisorio, será la medida de la apelación (según Fenochietto, E,. ”Cód. Proc…”, t.2, págs. 4/5, ed. Astrea-2001).

Como expuse, si bien el escrito de expresión de agravios es mínimo, no puedo dejar de advertir que el fallo de grado contiene omisiones tales como dejar de examinar el material referido por el apelante y más aún describir por qué las pruebas testimoniales no resultaron suficientes, no brindó razones, *prima facie* conducentes para una adecuada solución al punto controvertido, lo que torna descalificable el fallo con arreglo a la conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad. Por ello, los escasos argumentos que

brindó pueden encuadrar en el concepto de crítica concreta y razonada exigida por el código ritual, y con el criterio amplio seguido por esta Sala, ante la existencia de una duda, y a los fines de garantizar la doble instancia habrán de considerarse reunidos los elementos mínimos para entender que existe una suficiencia formal que habilita el tratamiento del recurso. Considero que el escrito de expresión de agravios presentado por la parte resulta suficiente y cumple los requisitos del art. 268 del CPCCCh, ya que esa parte ha objetado en concreto las afirmaciones dados como fundamentos por el juez de refuerzo primera instancia. Por ello no recepto el planteo de la demandada en el escrito de responde.

2. El Superior Tribunal de la provincia con anterior composición, ha sostenido que "No cabe sostener... la validez vertical, lisa y llana de los fallos del Tribunal Supremo de la Nación pues ello significaría otorgar vigencia y efectos normativos a sus decisiones y a la doctrina que de él dimanan. Así se concedería a esta alcances no determinados en nuestra Constitución al definir la órbita de competencia de los Poderes del Estado y efectos no regulados en nuestro sistema de fuentes derecho, tal como ocurre en los países donde se aplica el "stare decisis" (SI. n° 101/90, STJCh). Tan solo este cuerpo ha aceptado que ciertos valores jurídico políticos de gran significación, que constituyen materia federal regida por la Constitución, requieren de pronunciamientos uniformes, que reafirmen la S. de las instituciones, eviten disparidad en las situaciones particulares y constituyan un sistema útil y efectivo (SI n° 10/96). Tal es el presente caso en que el supremo tribunal de nuestro país ha llevado una interpretación de la Ley 23592.

Comparto plenamente lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina que el despido incausado o arbitrario no es un acto ilícito penalmente reprochable, sino que es

un ilícito contrario a la Ley de Contrato de Trabajo, y en tal contexto, no todo distracto laboral es discriminatorio; por ende, cuando se invoca la existencia de tal agravante se requiere de la máxima precisión posible en el relato de los hechos de los cuales surgiría la real razón de la ruptura del vínculo contractual, en la especie, el actor narró su relación laboral en el libelo de inicio (fs. 57/59); la inclusión como acto discriminatorio se encierra dentro de los supuestos a que hace referencia el art. 1° de la Ley 23592 (se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza… ideología, opinión política o gremial…); observo en cumplimiento de mi función constitucional de intérprete de las leyes, que el artículo en cuestión no hace referencia a la actividad gremial o a la persecución por esa razón, que al contar con una legislación propia no se hace menester la comparación. La ley puntualmente se refiere a la persona que tiene una determinada ideología en el caso gremial.

La prueba acompañada, el expte. administrativo y las declaraciones testimoniales de los Sres. C., A. y F. dan acabada cuenta de la postura de M. en pos de un cambio en la representación sindical que consideraba se ajustaba a la labor, lo que no era desconocido por la patronal, así como también el control del cumplimiento de la LCT en cuestiones básicas como son las liquidaciones salariales (fs. 252/54).

El derecho del trabajo tiene una finalidad tuitiva y el instituto de las presunciones tiende a evitar fraudes a la ley que frustren en definitiva la protección que precisamente pretende conferir al trabajador todo el ordenamiento jurídico. Por ello han sido instituidas en interés de la igualdad jurídica. El derecho del trabajo es viva expresión de hechos que se originan dentro de la comunidad laboral, por dicha razón abunda en presunciones, las que algunas veces son recogidas por la ley de fondo o procesal, y otras

simplemente por la jurisprudencia, siempre con el objetivo dicho a lo largo de los años en que esta disciplina jurídica fue adquiriendo mayor autonomía. Ahora bien en este caso, considero que poco margen para las presunciones tengo, ya que la conducta de la empleadora al decidir despedir a M. a quien sus compañeros consideraban un buen trabajador, pero al mismo tiempo una persona que al estar interiorizada en la leyes que protegen el trabajo, lo posicionaron como un defensor de sus derechos, según una de las declaraciones testimonial lo califica "era un cabecilla" (A.).

Con estas declaraciones testimoniales señaladas, más las actuaciones administrativas llevadas a cabo por el actor, se logran demostrar los elementos de hecho que superan ampliamente la categoría de indicios graves, precisos y razonables de carácter objetivo en los que se funda la ilicitud del acto, a la luz de los principios y reglas delineados según los estándares de la CSJN (caso citado por la Sra. camarista prevotante (*cf.* Doctrina de la C.S.J.N. en Pellicori Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal", del 15- 11-11 Fallos: 334:1387)). Esos factores de convicción son los que resultan unívocos, proporcionándome certeza al ánimo, sin elementos en el curso del pleito que lo desvirtúe, ya que no acreditó el empleador otra causal del distracto más allá de la facultad rupturista o extintiva que brinda la LCT. En síntesis, al no demostrar la falta total de relación entre la actividad controladora y cuidadora de los derechos laborales e ideología gremial del accionante que no fue esa la motivación del despido. Ni acreditó la demandada que desconociera la petición en sede administrativa del actor y sus compañeros de trabajo en orden a su ideología gremial.

Con este claro marco jurídico tuitivo y analizando la posible naturaleza represalia/discriminatoria del despido en crisis, la contemporaneidad, anticipo la

conclusión del análisis en punto a que aquel acreditó la existencia de presunciones para calificar de discriminatoria la conducta del empleador porque constituyó una represalia la decisión empresarial tomada contra su intención de constituirse en una nueva asociación sindical y que tales datos objetivos, resultaron precisos e idóneos en el sentido invocado.

Por los argumentos dados, surge evidente que he de receptar los agravios y comparto la doctrina y jurisprudencia citada por quien me precedió.

Se invoca como fundamento la Ley 23592, ley general que responde a tratados internacionales, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los individuos, por lo que no sería viable segregar a los trabajadores, cuando la propia ley veda la discriminación. En tal marco he receptado la demanda al hacer lugar al agravio.

La norma autoriza a dejar sin efecto el acto discriminatorio de acuerdo a lo previsto en el art. 1 del dispositivo legal citado y está destinada a neutralizar las conductas discriminatorias y permite declarar la ineficacia del acto cuestionado, equiparándolo al acto jurídico de objeto prohibido.

Teniendo en cuenta que en nuestro sistema normativo rige el principio de estabilidad relativa impropia, por lo que, *prima facie* tal despido no encierra necesariamente un acto lesivo a la libertad sindical, salvo que se acredite tal extremo. Se trata de dejar sin efecto un despido que en principio sería eficaz, más allá de que se resuelva si se ajustó o no a derecho y por ello es necesaria suma prudencia para invalidarlo y consagrar la vigencia misma de una relación laboral, porque está en tela de juicio la libertad de contratar que lleva implícita, la voluntad de rescindir el vínculo. En este trance, tengo en cuenta la petición del actor que reclama la reinstalación por la nulidad del acto y/o las indemnizaciones practicando una liquidación, en ella observo que dio por finalizada la relación laboral al calcular a la fecha del distracto

los días trabajados, las vacaciones proporcionales y la integración del mes de despido.

En lo que hace a la percepción de sumas indemnizatorias por parte del trabajador y su trascendencia, la relevancia del cobro debe ser evaluada en vinculación con la situación alimentaria nacida de la dependencia económica y de la privación del ingreso salarial

Habiendo transcurrido más de cuatro años desde el despido (7/4/2015) a la presente sentencia (febrero de 2020).

Por ello considero que no procede la reimplantación en el puesto, pero no puedo obviar esta particular situación en que el despido fue arbitrario y la penalidad establecida en la ley.

3. En este marco, propongo mantener el despido dispuesto, modificando la fecha del mismo teniendo por disuelto el contrato de trabajo el día que quede firme la presente sentencia de Cámara, practicar liquidación en la etapa de ejecución de sentencia de conformidad con la categoría profesional que revestía el actor al momento del distracto con los salarios debidamente ajustados al valor de cada mes conforme los aumentos salariales dispuestos en los últimos cuatro años. No hago lugar al pedido de inconstitucionalidad del tope del art. 245 LCT que, en la especie, dispongo se aplique.

Hago lugar a las multas previstas en los arts. 1 y 2 de la Ley 25323.

Rechazo el pedido del actor del encuadre sindical, y la liquidación en B. a la categoría de otro convenio colectivo, toda vez que corresponde la cuestión sobre el encuadramiento sindical sea debatido en otro ámbito y bajo otro procedimiento. Dejando aclarado que el presente pleito versó sobre el despido discriminatorio. Ordeno se abonen los salarios caídos desde el 7 de abril del 2015 al momento del distracto. Con más los intereses desde que cada uno debió haberse percibido hasta la liquidación final y a la tasa que dispongo seguidamente.

A fin de no avalar un enriquecimiento sin causa, lo abonado deberá ser descontado del monto de condena, lo percibido y en los intereses que correspondan.

El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria como en muchas oportunidades he dicho de manera concordantes con el criterio del cuerpo que integro.

Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que, de otro modo, quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. También cabe tener en cuenta que, además de estar receptado en los arts. 522 y 1078 del Código Civil (actualmente arts. 51, 52 y segundo párrafo del art. 1738 del C.C.C.N.), el daño o agravio moral ha adquirido rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, pues en el artículo 5 apartado 1 del Pacto de San J. de Costa Rica (Ley 23054) encuentra recepción y tutela dicho bien jurídico.

Sentado lo expuesto, el daño moral resulta procedente con fundamento en lo previsto en los artículos citados y art. 1109 del Código Civil que establece que quien ejecuta un daño por omisión o negligencia está obligado a la reparación del perjuicio y el art. 1078 del C.C. –ya citado- que señala que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende la reparación del daño moral causado a la víctima por encubrir una discriminación de tipo gremial y política (actuales art 51, 1737 y 1749 del C.C.C.N.) Por lo que corresponde sobre el tema fijar un monto y considero que $50.000 es una suma adecuada que aunada a lo dispuesto holgadamente ha de proporcionar

una satisfacción al actor, la misma tendrá intereses una vez firme la presente sentencia a la tasa que dispongo.

Dispongo para los montos condenados la tasa activa para créditos personales del Banco Chubut SA

4. Las costas de la alzada las impongo a la demandada vencida conforme el principio general de la derrota del art. 69 del C.Pr.

Con relación a las costas de primera instancia las impongo también a la demandada vencida y por los mismos preceptos jurídicos (art. 282 y 69 C.Pr.).

Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancia al momento del acuerdo.

Conforme con lo resuelto, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre la imposición de costas cuestionada por la demandada.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar los agravios de la parte actora. Modificar la sentencia venida en crisis declarando discriminatorio el despido dispuesto por E. y condenarla a pagar al actor Sr. L. A. M. la suma que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia conforme las pautas que fueron fijadas en el considerando respectivo y $50.000 en concepto de daño moral con más los intereses a la tasa y desde el momento que se dispuso en el considerando respectivo.

2) Costas de ambas instancias a la demandada vencida, según considerando respectivo

3) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo de la disidencia obrante en la solución dada a la problemática que se ventila en los presentes por parte de las Sras. camaristas que me han precedido en el orden de votación.

I. Análisis de los agravios:

Mis distinguidas colegas de Sala han emitido ya su voto y resuelto los agravios que fueran expresados por las partes, y puntualmente por el actor apelante concordando en que el despido dispuesto en oportunidad por el empleador demandado fue discriminatorio, admitiendo el reclamo por el daño moral derivado del mismo. Sin perjuicio de la vital coincidencia, existe discordia entre las Sras. camaristas, por cuanto la Dra. Zanatta concluye declarando nulo el referido distracto, condenando a la empleadora a reinstalar en el puesto de trabajo al dependiente, a la vez que ordena abonarle los salarios devengados desde la fecha del presunto despido hasta la efectiva reinstalación o hasta que adquiera firmeza el decisorio de esta alzada, con más intereses. Por su parte, la Dra. García Blanco difiere en la decisión vinculada a la reinstalación, y dispone se abone al actor la suma de la liquidación que ha de practicarse en la etapa de ejecución de sentencia, según pautas que fija en los considerandos de su voto.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, “bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término”, dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar, en el caso particular me expediré exclusivamente sobre el punto de desacuerdo al que hiciera expresa referencia en el párrafo anterior, vale decir sobre la cuestión vinculada a los efectos que derivan del despido discriminatorio.

Antes de hacerlo, he destacado en oportunidades anteriores que tal como ha sido sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la

mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el tribunal y equivale a unanimidad cuando sólo actúan en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (*cf*. SD n° 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del Tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf*. Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes., ed. Astrea).

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Respecto del punto sobre el que me toca expedirme, debe tenerse presente que en la oportunidad de demandar, el dependiente requirió en primer lugar se decrete su reincorporación al puesto de trabajo, junto al pago de

las indemnizaciones legales por el daño causado derivado de la conducta discriminatoria del empleador. En segundo lugar, y supletoriamente, para el supuesto en que se entendiera que no se encuentran reunidos los presupuestos que habiliten la nulidad solicitada, se le abonen las indemnizaciones legales previstas por despido arbitrario en los términos del art. 245 y cc. de la LCT.

En ese contexto, que fuera determinado por el objeto de la acción, es claro que el actor solicitó la nulidad del distracto –por discriminatorio– y la pertinente reinstalación, efecto propio del acto carente de validez y, para la eventualidad de que el despido no fuera considerado discriminatorio, pues que le fueran abonadas las indemnizaciones previstas en la legislación laboral para el despido sin justa causa.

Ahora, si efectivamente hay coincidencia en que el despido fue discriminatorio –y consecuentemente a mi juicio fulminado por la nulidad–, entiendo que la consecuencia no puede diferir de la reinstalación del trabajador.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce al despido arbitrario, como un acto válido, como extintivo del contrato de trabajo, pero lo sanciona, con la obligación puesta en cabeza de quien despide, de pagarle al trabajador una indemnización. Dado que se trata de un acto jurídico del cual se deriva una sanción, el acto, aún siendo válido, no por ello deja de ser un acto ilícito. El despido *ad nutum*, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo.

Luego, el despido comúnmente denominado “sin justa causa” es válido, se encuentra previsto en la Ley de Contrato de Trabajo, y obliga al empleador que así lo dispone al pago de una indemnización que en la norma se encuentra tarifada, a la readmisión en el empleo o a

cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Ahora bien, en el caso de estos actuados se ha verificado un despido que amén de arbitrario resulta discriminatorio, las votantes que me han precedido han coincidido en ello. De allí es que no debe dejarse de lado que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente ha ingresado en el dominio del ius cogens, por lo que su vulneración concretada a través del despido de un trabajador habilita a este último a reclamar la nulidad del acto rescisorio y la readmisión en el empleo, tal como ocurrió en autos.

Resulta innegable que el despido discriminatorio, como una especie de los actos discriminatorios, afecta el interés de la comunidad y, por lo tanto, no resulta consistente limitar su protección al pago de una indemnización, ya que la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado.

Se ha dicho también: “De no admitirse tal posibilidad, en B. al régimen de reparación pecuniaria fijado por la L.C.T., se estaría haciendo prevalecer estas disposiciones del derecho interno, sobre una norma de *ius cogens* internacional, con compromiso de la responsabilidad del Estado argentino en ese terreno. Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente". Así, "la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (C.I.DD.HH., caso “Baena”, 2/02/2001, citado en CNT Sala V, autos "Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. s/ juicio sumarísimo", sent. del 31/05/2005).

Por las razones expuestas, entiendo procedente la solución a la que se arribara en el voto de la Dra. Zanatta.

A la segunda cuestión,, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, así voto:

En razón de los fundamentos expuestos, y por coincidir con la fórmula postulatoria que integra el voto de la Dra. María Fernanda Zanatta, adhiero a la misma en cuanto ha sido materia sometida a mi decisión.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Graciela Mercedes García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 305 y revocar la sentencia de fs. 299/304 en todas sus partes.

2) Admitir la demanda, declarar la nulidad del despido y condenar a la empleadora a reinstalar en el puesto de trabajo al actor Sr. L. M. en el plazo de diez días de quedar firme la presente y a abonarle los salarios devengados desde la fecha del presunto despido (7/4/2015) hasta la efectiva reinstalación o hasta que quede firme la presente sentencia según la suma que surja de la liquidación a practicarse en la instancia de grado de acuerdo a las pautas definidas en el considerando pertinente y los intereses allí fijados (3-V) del voto de la Dra. María Fernanda Zanatta.

3) Condenar a la demandada a abonar en concepto de daño moral la suma de cincuenta mil pesos ($50.000) con más los intereses fijados en el considerando respectivo (3-VI) del voto de la Dra. María Fernanda Zanatta.

4) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. G. A. C. en el quince por ciento (15%), a los Dres. C. S. K., F. L. L. y P. N. conjuntamente en el once por ciento

(11%) y al perito calígrafo, R. C. S. en el uno por ciento (1%), porcentajes a calcular sobre el monto del proceso, con más el IVA si correspondiera.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. G. A C. en el treinta y cinco por ciento (35%) y a los Dres. C. S. K. y F. L. L. conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2020
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara