

SENTENCIA DEFINITIVA 20209

EXPTE. Nro. CNT 10028/2011/CA1 SALA IX JUZGADO N° 34

En la Ciudad de Buenos Aires, 10-07-15

para dictar sentencia en los autos caratulados "**ORTIZ DIEGO HERNAN C/ GEMEZ S.A. S/ JUICIO SUMARÍSIMO**", se procede a votar en el siguiente orden:

El Dr. Roberto C. Pompa dijo:

I.- La sentencia de primera instancia de fs. 236/242 viene apelada en cuanto al fondo por la parte demandada a tenor del recurso interpuesto a fs. 243/246.

A fs. 259/261vta. dictaminó el Sr. Fiscal General ante esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

II.- La demandada se agravia porque la Sra. Juez de la instancia anterior declaró la nulidad de la rescisión dispuesta con fecha 2/3/11, ordenó la reinstalación del actor en su lugar de trabajo y condenó a la demandada a pagar una indemnización por daños y perjuicios, cuya estimación difiere para la oportunidad procesal prevista por el art. 132 L.O., conforme las pautas estipuladas en el pronunciamiento de grado.

III.- Sentado ello y teniendo en cuenta los términos del escrito recursivo que se trata, la forma en que quedó trabada la litis y aspectos del decisorio que han sido controvertidos, así como ponderados los elementos probatorios que se han producidos en la causa, a la luz de la sana crítica (art. 386 C.P.C.C.N.), señalo que:

a) En la apelación se formulan extensas consideraciones respecto de la falta de acreditación en la causa del ejercicio de actividad gremial.

Ahora bien, del cotejo de los elementos probatorios obrantes en autos y la lectura del pronunciamiento apelado se desprende que el actor se postuló como candidato a delegado para el acto electoral del 25/2/11, que realizó actividad sindical acorde a dicha participación, que la candidatura del actor fue observada por no desempeñar tareas de "maquinista" sino de "apuntador", que a fin de resolver la impugnación la Junta Electoral requirió informe a la empresa, que la impugnación recién se resolvió con fecha 28/2/11 -es decir, con posterioridad al acto electoral- y sin darle

participación al actor y que el despido se produjo el 2/3/11 (cfr. fs. 2, fs. 21/22, fs. 62/63 y fs. 214/222).

Que, por otra parte, en la sentencia se reseñan los dichos de los testigos Jorge Ariel Maidana, Quintana y Juan Marcelo Maidana (fs. 157/159, fs. 160/161 y fs. 162/164) cuyas declaraciones no han sido analizadas siquiera en el recurso que se trata (art. 116 L.O.) y de las que surge la postulación del actor y las circunstancias que rodearon la realización del acto electoral.

Que, por lo demás, los dichos de los testigos propuestos por la demandada Bordon, Quiroga y Tato (fs. 183/185, fs. 187/188 y fs. 189/191), corroboran que el actor pegaba afiches, difundía propuestas, que se postuló como delegado de personal y que finalmente no pudo participar en los comicios

b) Que el argumento central del pronunciamiento apelado a los fines de receptar la acción interpuesta se funda en la actividad desarrollada por el actor a efectos de su postulación -corroborada por los elementos reseñados precedentemente-, en que no se le ha dado traslado de la impugnación que se formulara con respecto a su candidatura a efectos de resguardar sus eventuales derechos y que el despido dispuesto el 2/3/11 se vincula con las circunstancias referidas y, en particular, "... por el intento de participar activamente en el plano gremial, en síntesis, que fue segregado y despedido porque lideraba junto con otros compañeros de trabajo su candidatura como delegado..." (ver fs. 240vta.); todo lo cual la Sra. Juez a quo calificó como acto discriminatorio conforme las disposiciones que cita.

c) Que, al respecto observo que, sin perjuicio de la discusión relativa a si el actor se desempeñaba como maquinista o no y si realizó actividad sindical y concretamente participó en el acto electoral, coincido con las conclusiones a las que arriba la Sra. Juez de la instancia anterior y, a mayor abundamiento, señalo que el argumento central de la sentencia referido a que las circunstancias relativas a la postulación y la actividad desplegada al efecto, así como la falta de resolución de la impugnación a la candidatura de Ortiz con antelación a la realización del comicio y la contemporaneidad del despido

Poder Judicial de la Nación

dispuesto por la empresa, no ha sido rebatido adecuadamente en el escrito recursivo y mucho menos desvirtuado por los elementos probatorios aportados en la causa; al contrario, tal conclusión tiene su apoyo en las pruebas reseñadas precedentemente.

d) Pues bien, teniendo en cuenta los elementos fácticos y conclusiones referidas presentemente cabe señalar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional estipula la necesidad de garantizar la protección del trabajo "en sus diversas formas" asegurando al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial, como así también y con mayor vinculación al caso de autos, la protección de rango constitucional de las garantías necesarias para el cumplimiento de la gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

En el precitado contexto es que considero que, ciñéndonos al "thema ad decidendum" que motiva la intervención jurisdiccional en este caso, que tiende a obtener una declaración judicial que ordene la reinstalación en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que detentaba con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que motivaron la litis, pretensión que ha sido introducida por la peticionante con sustento en las disposiciones previstas en la Constitución Nacional y las normas que sancionan las prácticas discriminatorias, la decisión final a la que se arriba en la sede de grado luce ajustada a derecho más allá de la consideración que se formulara -a mi juicio, sin acierto- respecto de que el trabajador no resulta alcanzado por la tutela prevista por la ley 23.551 sino por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Vale decir, las disposiciones que tutelan a la persona que trabajan y que obligan al empleador a no incurrir en actos o conductas discriminatorias y a resguardar la

libertad sindical son aplicables al caso de autos, tal el caso de los arts. 14 Bis referido, 16, 19 y 75 inc. 23 C.N.; así como del art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 2, 7, 12, 21, 23 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 11, 13, 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1, 2, 3, 24, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fundamentalmente los arts. 1 y 5; la Convención contra la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 1 y 2; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, arts. 1 y 2; y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y de los Convenios de la O.I.T. Nro. 98, 100 y 111.

A guisa de ejemplo se puede citar el art. 1° del Convenio Nro. 98 de la OIT que en su apartado 1 establece: "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo" y en el apartado 2, inc. b) se prevé que "dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo".

Además, el actor invocó la existencia de prácticas discriminatorias y persecutorias y fundó su reclamo en las pertinentes normas legales, en especial, la ley 23.592 y, al respecto, el alto tribunal sostuvo que "... el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Así, por su carácter imperativo, rige en el derecho

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, independientemente de que sea parte o no de un determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia. El principio, así considerado, acarrea, naturalmente obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares. Respecto de los primeros, dichas obligaciones, así como les imponen un deber de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, también les exigen la adopción de medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, lo cual implica, inter alias, el ejercicio de un deber especial de protección con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que bajo su tolerancia o aquiescencia, crean, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. ... Luego, pesa sobre el Estado, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, la obligación de no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de los trabajadores en las relaciones laborales privadas, ni permiten que los empleadores violen los derechos de los trabajadores o que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. ..." (C.S.J.N., "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", 7/12/10).

También se ha dicho que "... la ley 23.592, reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional... sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con 'fecundo y auténtico sentido constitucional'... y, por el otro, el trabajador es un sujeto de 'preferente tutela' por parte de la Constitución Nacional..." (C.S.J.N., "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", 7/12/10).

e) Por su parte y con relación a las cargas probatorias en circunstancias como las que aquí se debaten el Máximo Tribunal, en el fallo "Pellicori" del 15/11/2011 (CSJN

XLIV:489), determinó que frente a la dificultad probatoria originada en casos en que se invoca una situación de discriminación, "...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación". Luego, continúa "...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado."

Ya he tenido oportunidad de expedirme sobre cuestiones análogas y he opinado en el sentido de que detrás de la instrumentación formal de un despido sin causa hay siempre un motivo o hecho detonante real que promueve la decisión de romper el vínculo ("Castro Erika Andrea c/ Casino de Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. s/ juicio sumarísimo", mediante SD N° 16.920 del 11 de abril de 2011, del registro de esta Sala).

También, he sostenido que en general los supuestos de discriminación no se producen "a la luz del día", es decir nadie va a admitir que discriminó, sino que aparecen solapados, a veces utilizándose otras figuras o situaciones que persiguen encubrir situaciones de discriminación. Si esta es la realidad, en función de ese mismo principio debe aceptarse la tesis que propicia en esta materia la producción dinámica de la prueba, como la inversión de la carga probatoria luego de aportarse indicios que permitan tener por presuntamente configuradas situaciones de discriminación (cfr. Roberto C. Pompa, "Nulidad del despido discriminatorio. En camino a su consolidación", Revista La Causa Laboral N° 41, p. 11).

Poder Judicial de la Nación

Además, he dicho en otra oportunidad que la actuación sindical desplegada por la actora no debe ser manifiestamente evidente para que no pueda haber causa de discriminación en su despido, desde que por ejemplo para la propia ley 23.592 basta una mera opinión gremial o política como tipificación de causa de la discriminación, debiendo otorgarse a este término un alcance amplio y evolutivo (cfr. "Mirabelli, Amelia Natali c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ Acción de Amparo", S.D. Nro. 18.000, del 12/7/12, del registro de esta Sala).

f) En definitiva, de acuerdo al panorama probatorio señalado precedentemente no puedo sino concluir que el actor fue víctima de un acto discriminatorio como consecuencia de la actividad sindical desplegada con miras a su postulación y que la empresa no desconocía -tal como reseñan los testigos-.

Acto que -más allá de la índole de las circunstancias que se intentan introducir con relación a las tareas que realizaba y a que la postulación fue rechazada- aparece como consecuencia de tal postulación sindical y, por tanto violatorio de la libertad sindical, a la par que de la prohibición de incurrir en actos y conductas discriminatorias, es decir se observa la vulneración de derechos fundamentales de la persona que trabaja, amparados por las normas citadas anteriormente.

g) Con relación a la reinstalación dispuesta en la sentencia que se recurre, cabe observar que el alto tribunal también ha dicho, en el ya citado caso "Alvarez" que "... la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos ... El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado ... sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis C.N. llevaría a que la 'protección contra el despido arbitrario' implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación ... admitir que los poderes del empleador

determinen la medida y alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por el contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...”

h) Pues bien, desde tal perspectiva, por las consideraciones expuestas precedentemente y las formuladas en la sentencia recurrida con relación a la conducta adoptada por la demandada respecto de la actora, la condena a reinstalar en la forma dispuesta en el pronunciamiento de grado resulta inobjetable por constituir la vía más adecuada para alcanzar la *restitutio in integrum*”, tal como revolviera en otra oportunidad esta Sala, por los argumentos vertidos en el voto mayoritario de sus integrantes y a los que cabe remitirse, en las causas “Castro Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. U.T.E. s/ Juicio Sumarísimo”, Sent. Def. Nro. 16.920 del 11/4/11; en “Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ otros reclamos”, Sent. Def. Nro. 17.830 del 28/5/12 y en “Almeida, Marcela Silvia c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Producción Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INDEC s/ Juicio Sumarísimo”, Sent. Def. Nro. 18.635 del 10/6/13, del Registro de este Tribunal y entre otros); por lo que debe ser confirmada.

IV.- Atento la solución que propongo y lo dispuesto por el art. 68 C.P.C.C.N., sugiero que las costas de esta Alzada se declaren a cargo de la demandada.

Se difiere la regulación de los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la demandada para la oportunidad procesal en que se fijen los que le corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior.

El Dr. Alvaro E. Balestrini dijo:

Poder Judicial de la Nación

Por compartir los fundamentos del voto precedente, adhiero al mismo.

El Dr. Mario S. Fera dijo: no vota (art. 125 de la L.O.).

A mérito del acuerdo que antecede y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, el **TRIBUNAL RESUELVE:** 1) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo que fuera motivo de agravio. 2) Declarar las costas correspondientes a las tareas cumplidas en esta instancia a cargo de la demandada. 3) Diferir la regulación de los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la demandada para la oportunidad procesal en que se estimen los que le corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior.

Cópiese, regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.-

DR. ALVARO E. BALESTRINI
JUEZ DE CÁMARA

DR. ROBERTO POMPA
JUEZ DE CÁMARA

USO OFICIAL

Ante Mí.