



NEUQUÉN, 09 de Septiembre del 2022

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"TORREALDAY FABRICIO EDUARDO C/C.A.L.F. S/SUMARÍSIMO ART. 47 LEY 23551", (JNQLA1 EXP N°528078/2020)**, venidos en apelación a esta **Sala III**, integrada por los vocales Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia de la secretaria actuante, Lucía **ITURRIETA** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el juez **Ghisini** dijo:

I. El 22 de febrero de 2022 se dictó sentencia definitiva de primera instancia (h. 290/302), en la que se condenó a CALF a abonarle a Fabricio Eduardo Torrealday la suma a determinarse en etapa de ejecución, más intereses a la tasa activa del BPN S.A. desde el 19 de diciembre de 2019.

Como fundamento de esa decisión, luego de examinar los escritos de demanda y su contestación, se determinó que el caso no se encuadra en la vía del artículo 47 de la Ley 23.551 (en adelante LAS), por cuanto no está prevista para aquellos supuestos en que el obstáculo que se intenta remover es el despido, como acto que conlleva el cese del ejercicio de la libertad sindical en el trabajo, puesto que si así fuera todo despido conduciría a ese encuadramiento y habilitaría esa vía.

Por el contrario, el a quo sostuvo que la pretensión encuadra en el artículo 1 de la ley 23.592, en tanto se invoca el ejercicio ostensible de actividad sindical y política como causales de desvinculación, por lo que se peticiona la declaración del despido como discriminatorio y consecuentemente nulo, con la reinstalación en el puesto de trabajo, pago de los salarios caídos y reparación del daño material y moral.

Luego, en lo que asume centralidad para la presente decisión, juzgó que los hechos narrados por el actor, acaecidos con anterioridad a su designación como subgerente de legales, no pueden ser reputados como actos discriminatorios,



puesto que la designación en un alto cargo de planta permanente permite echar por tierra la inexistencia de discriminación. Así las cosas, concluyó que durante el lapso que medió entre su designación y despido no se mencionó ninguna actividad interna sindical, más que su participación en la Unión de Docentes Neuquinos, sin vinculación a la actividad de CALF.

Por lo demás, señaló que la ausencia de pago de un adicional, la designación como jefe de recursos humanos y la exigencia de fichar su ingreso y egreso no constituyen actos de defensa y representación de algún colectivo, por lo que no están reunidos los presupuestos del estándar probatorio fijado en "Pellicori" por la CSJN.

Por otro lado, analizó el reclamo de diferencias salariales derivado de la rebaja de categoría -de subgerente general de asuntos legales a jefe de recursos humanos- y consideró que el sostenimiento del nivel salarial, pese al cambio de tareas y responsabilidades, constituyó una condición contractual que debía ser respetado y que quedó probado que la remuneración fue mermando, por lo que si bien el cambio fue consentido -por ausencia de petición de restablecimiento-, procede la actualización del rubro «diferencia hasta concurrencia», en idénticas condiciones que los restantes rubros, lo que se llevará a cabo en etapa de ejecución.

Seguidamente, desechó el reclamo del adicional reclamado con base en el artículo 51 del CCT APUAYE, por permanencia en el cargo por más de tres años, por el consentimiento de la modificación de la posición laboral. Hizo lo propio con el reclamo de diferencias en la liquidación del adicional por antigüedad, en tanto el artículo 24 del CCT de APUAYE, al igual que el artículo 215 de la LCT, contemplan el devengo de la antigüedad en el puesto en el que se entró en licencia, y no a los ejercidos con antelación al ingreso,



careciendo además de relevancia el reconocimiento en un recibo de la antigüedad mayor.

De igual modo, admitió la reparación plena del daño derivado del «despido represalia» que marginó de la categoría de acto discriminatorio en los términos del artículo 1 de la ley 23.592, en función de la concomitancia del reclamo por diferencias salariales y la decisión extintiva, 21 días posterior. Estableció que el trabajador fue degradado de su cargo y que posteriormente efectuó un reclamo legítimo, obteniendo por respuesta el despido incausado en forma inmediata. Calificó a ese acto como un incumplimiento contractual doloso y lesivo de los derechos del trabajador y cuantificó la reparación del agravio moral en dos salarios.

A su vez, admitió la procedencia del agravamiento indemnizatorio previsto por el DNU 39/2019 y difirió su cuantificación para la etapa de ejecución de sentencia.

Por último, brindó directivas al perito contador actuante para que practique las diferentes liquidaciones y estableció que una vez establecido el capital de condena se procedería al justiprecio de los honorarios de los letrados y peritos.

II. Se dedujo contra esa sentencia, por ambas partes, recurso de apelación, abastecido de su pertinente fundamentación en el caso de la parte demandada a h. 308/310 vta. -presentación web del 25 de febrero de 2022- y en el caso del accionante, previa concesión del interpuesto tempestivamente en h. 307, del memorial de agravios de h. 312/332 -presentación web del 4 de marzo de 2022-.

II.1. La demandada plantea tres cuestionamientos concretos.

El primero de ellos asociado a la procedencia de la reparación del agravio moral, que se sustenta en un despido calificado como represalia, aun cuando antes se había descartado la existencia de discriminación. Aduce que la



sentencia adolece de razonabilidad y quiebra el sistema de reparación tarifada. También cuestiona allí el monto establecido por ese concepto, que tilda de arbitrario.

En segundo lugar, ataca la cuantificación de la prestación basada en el decreto 34/19 y afirma que deberá limitarse a \$500.000, en caso que la indemnización prevista por el artículo 245 de la LCT resulte superior a ese importe.

Por último, se agravia por lo resuelto en torno a la imposición de costas, que a su criterio debieron ser distribuidas prudencialmente, a mérito de los fracasos y éxitos recíprocos, por aplicación del artículo 71 del CPCC.

En réplica a esa presentación, el demandante requirió que se declare desierto el recurso, por ausencia de los recaudos que marca el artículo 265 del CPCC y en subsidio repelió uno a uno los planteos.

II.2. Del memorial de agravios agregado por el demandante pueden sintetizarse los siguientes agravios.

Como primera medida, se agravia por la desestimación del planteo de nulidad del despido, a partir de tres órdenes argumentales diferentes. Como primera medida, destaca que estaba amparado por la tutela del artículo 52 de la Ley 23.551 y la conclusión en contrario vertida en la sentencia no se compadece con la acreditación de los presupuestos para tornarla operativa. Seguidamente, alega que se ha probado la realización de actividad sindical amparada por el artículo 47 de la LAS y al acto de despido como una perturbación de la misma; por último, señala que el despido represalia debe ser calificado como discriminatorio, lo que lleva a la admisión de la pretensión de declaración de nulidad.

En un segundo orden, ataca el rechazo del adicional artículo 51 del CCT APUAYE, por permanencia en el cargo y del que tiene base en el artículo 24 del CCT.

Por último, critica la omisión de regulación de honorarios por la admisión de la doble indemnización.



III. Se comenzará por el examen referido a la admisibilidad de la presentación recursiva, a la luz de lo dispuesto por los artículos 265 y 266 del Código Procesal y posteriormente -de así corresponder-, serán analizados los agravios.

III.1. La parte actora denuncia la ausencia de juicios concretos que tornan dificultoso hallar un agravio específico, por lo que la pieza recursiva carece de una crítica concreta y razonada.

En la anterior instancia se formuló un desarrollo conceptual que se asentó sustancialmente en el análisis circunstanciado de las normas aplicables al caso, a la luz de los hechos y la valoración del material probatorio.

Es cierto que la presentación recursiva no rebate punto por punto los aspectos centrales del pronunciamiento, y en ocasiones los sustituye por su propia valoración de elementos de prueba que se desentiende de la construcción intelectual apelada.

Sin embargo, cabe atender a la característica del conflicto, que remite a los contornos de los despidos discriminatorios, en cuanto es sabido que tal matriz de casos provoca una relevante modificación en aspectos atinentes a la reconstrucción de los hechos pasados y la distribución de cargas que, por otra parte, fue delineada por la Corte Suprema en forma concomitante o posterior a los hechos del caso.

Una lectura generosa de la presentación recursiva, propende a la revisión de la sentencia en cuanto postuló el carácter discriminatorio del despido, el peso de la obligación de reinstalación en el que a la postre se basó la procedencia de los salarios caídos y los alcances de lo que en su criterio es un derecho constitucional del empleador a despedir sin expresión de causa.

Dada la directa relación que media entre los derechos constitucionales que se denuncian como infringidos y la forma



de construcción de los hechos del caso, como asimismo entre estos y la extensión de la reparación, resultan admisibles los planteos revisores, por lo que se les dará tratamiento.

III.2. Por una cuestión de orden lógico, debe estudiarse en primer lugar el planteo de la parte actora referido a que el despido se produjo en violación del artículo 52 de la LAS, puesto que de resultar ello así -por el carácter *ex ante* que reviste esa tutela-, resultaría innecesario abordar los planteos basados en el artículo 1 de la ley 23.592 y 47 de la LAS -que constituyen análisis *ex post* al despido-. Aquí también corresponde examinar el agravio principal de la demandada, relativo a la declaración de procedencia y cuantificación del agravio extra-patrimonial, que también concita el del actor -por opuestas razones- ya que se trata de una misma unidad conceptual.

Luego, con independencia de lo anterior, se analizarán los agravios de la parte actora, en cuanto atacan la desestimación de los reclamos de diferencias salariales derivadas de la convención colectiva de trabajo aplicable a la actividad.

Posteriormente se examinarán conjuntamente los planteamientos de las partes sobre la forma de cuantificación del agravamiento indemnizatorio previsto por el DNU 39/2019 y la ausencia de regulación de honorarios por esa pretensión.

Finalmente se abordará el agravio relacionado con la forma de imposición de costas, deducido por la accionada.

III.3.a. De acuerdo con el plan trazado, debe ser estudiada como primera cuestión, aquella queja relativa a la ausencia de consideración del trabajador como comprendido dentro de la tutela sindical proveniente de su condición de funcionario de la Unión Docentes Neuquinos (en adelante UDA). Anticipo que no tendrá recepción favorable.

En efecto, la pretensión se enmarca en una lectura parcial y por lo tanto errónea de la doctrina constitucional



sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Rossi" (Fallos: 332:2715, del 9 de diciembre de 2009).

En tal sentido corresponde precisar que en aquél caso, el diferendo se centraba en el alcance de la tutela sindical de una representante de una asociación sindical simplemente inscripta (PROSANA) en el mismo ámbito de actuación que otra asociación sindical que ostentaba la personería gremial (PECIFA).

Fácil es advertir que a diferencia de lo que allí se resolvió, en el caso que nos ocupa -y tal como acertadamente se decidió en la instancia anterior-, la entidad sindical UDA, de la cual el actor es representante sindical carece de actuación en el ámbito de la actividad en la que se inserta la empleadora.

El ámbito de actuación personal conforme la RESOLUCIÓN M.T.E. Y S.S. N° 1392/15 (disponible en el enlace <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/143579/20160413>).

Se trata, tal como de allí surge, de un sindicato vertical -o de actividad-, dado que *«tiene por objetivo agrupar a todos los Trabajadores Docentes y no Docentes que presten servicios a la educación, activos y pasivos, cualquiera sea su profesión, oficio o categoría»* (textual, publicación antes citada) que carece por lo tanto de ámbito de actuación en la Cooperativa CALF, cuya actividad está orientada en forma principal a la provisión del servicio público de energía eléctrica.

Por lo tanto, tal como se anticipó, este tramo del recurso resulta inatendible.

III.3.b. Sentada la conclusión que antecede, se examinarán los agravios vinculados a la configuración de un despido represalia -planteado por la demandada- y su encuadramiento jurídico -introducido por la actora-.



A mérito de la extensa consideración que tiene la protección del trabajador dependiente, instrumentada en un robusto elenco de instrumentos convencionales, en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y finalmente en la ley de contrato de trabajo, debe señalarse que resulta inexacta la construcción a partir de la cual la demandada basa una porción significativa del cuestionamiento asociado a la caracterización del despido represalia.

En tal orden, de acuerdo con el mandato constitucional contra el despido arbitrario, el acto de extinción *ad nutum* del contrato de trabajo es siempre y en todos los casos un acto *contra legem*, cuya eficacia y reparación tarifada no puede conducir a caracterizarlo como un derecho o facultad.

Desde otra perspectiva, cabe destacar que la cooperativa apelante no toma debidamente en consideración que el caso gira en torno a la invocación de una situación de discriminación, que asumió la forma de despido represalia.

Situados en este preciso punto, la ley 23.592 ha sido interpretada como comprensiva de un catálogo de categorías sospechosas que, adicionadas con las plasmadas en otros instrumentos internacionales y con la naturaleza abierta y orientativa del catálogo, no agota el elenco de hipótesis discriminatorias.

Como apunta acertadamente Laura Saldivia, las categorías sospechosas contenidas en los diferentes instrumentos internacionales, son enunciaciones que no excluyen otras distinciones jurídicamente inaceptables (cfr., aut. cit., "Categorías sospechosas, flexibles y contextuadas", en "La Constitución en 2020", primera ed., obra coordinada por Roberto Gargarella, 2011, p. 36, Siglo Veintiuno Editores).

La preocupación por la afirmación de la plena vigencia de los principios de igualdad y no discriminación, queda demostrada a través de la yuxtapuesta y reiterativa



recepción en el concierto de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales de carácter general, entre los que cabe destacar el artículo 16 de la Constitución Nacional, el artículo 2 de la D.A.D.H. y D.U.D.H., artículos 1 y 24 de la C.A.D.H., artículo 2 inc. 1 del P.I.D.E.S.C. y artículo 26 del P.I.D.C.yP.

A su vez, el derecho subjetivo plasmado en los actos de reclamo frente al empleador, constituye un derecho humano de primera generación, contenido en todos y cada uno de los instrumentos precedentes. De tal modo y tal como se ha visto, su cercenamiento a través de mecanismos directos o indirectos, encuadra conceptualmente en lo que debe entenderse por discriminación.

La comunión de los derechos individuales procedentes del derecho subjetivo de acción, en el que se integra el de realizar reclamos al empleador, debe ser examinado con particular detenimiento, en la medida que se asienta sobre un esquema de inestabilidad en el empleo, por lo que el comportamiento del empleador puede adoptar una doble finalidad, tendiente en lo inmediato a cercenar la reclamación frente a su co-contratante individual, pero además por fin mediato (o por efecto) evitar las reclamaciones de otros trabajadores en similar situación.

Así las cosas, la definición concreta de la igualdad y su proyección como exclusión de discriminación por diferentes motivaciones, se enfrenta entonces a la problemática de establecer sus contornos precisos y fundamentalmente, a lograr mecanismos que en forma efectiva posibiliten la interdicción de éste tipo de actos.

Así, a modo de ejemplo, el artículo 15 de la ley 24.013 recoge una hipótesis de discriminación por ejercitación del derecho subjetivo de reclamar la correcta registración del contrato, y establece una ventana temporal a partir de la cual establece una presunción fuerte que asocia el despido a la



actividad del trabajador enderezada a reclamar la regularización.

No obstante, se ha conceptuado la existencia de discriminación en diferentes situaciones, como por ejemplo por la emisión de declaración testimonial en una causa -presumiblemente contra la empresa- (CNAT, sala IV, causa "Lescano", sentencia del 31/8/2009) o, como respuesta a un reclamo salarial, tal como aquí ocurre (CNAT, sala VII, causa "Fernández, José Antonio", sent. de. 30/10/2015).

El común denominador en todos los casos aparece ligado a la concomitancia entre el reclamo del trabajador y la respuesta, que hace mérito de la relación de poder en que el empleador remite un mensaje directo, asociado a la unilateral potestad de rescindir el vínculo como modo de reacción frente al reclamo del trabajador, lo que implica precisamente un distingo jurídicamente inaceptable, basado en una situación fáctica y en la comprensión del reparto de situaciones jurídicas que el derecho legitima a otros propósitos.

En definitiva, si una visión mínima del igualitarismo en clave constitucional, implica la interdicción del empleo de la situación de poder plasmada a partir del esquema de la inestabilidad propia en el empleo derivada del artículo 245 de la LCT, como vehículo para la afectación de garantías tan elementales como la de introducir un reclamo legítimo, la categoría del «despido represalia» se anota en la enunciación amplia del primer párrafo del artículo 1 de la ley 23.592.

Conforme ello, la situación denunciada por el demandante tiene -en abstracto y tal como se denuncia en el memorial de agravios del trabajador-, aptitud para encuadrarse en los términos de la ley antidiscriminatoria que, conforme la pacífica doctrina emanada de la Corte Suprema en el caso "Álvarez", admite como forma principal de reparación la orden de reinstalación.



III.3.b.i. Se analizará a continuación la cuestión referida a la forma de reconstrucción de los hechos, en hipótesis que involucran denuncias de discriminación, plafón jurídico que abre lugar a la aplicación del artículo 1 de la ley 23.592 y a las consecuencias que de allí se derivan.

Debe considerarse que el fin y norte último de todo proceso judicial es la averiguación de la verdad, puesto que sólo a partir del mayor esfuerzo dirigido a su búsqueda, queda asegurada la correcta aplicación del derecho.

Más aun, existe un interés social e institucional que excede el puro interés de los litigantes en que las sentencias sean dictadas con arreglo a la verdad (cfr., Michele Taruffo, "Simplemente la Verdad", p. 114 y siguientes, ed. Marcial Pons).

No obstante ello, también es cierto que existen límites para la averiguación de la verdad histórica, como por ejemplo de naturaleza epistémica, u otros ubicados en las raíces mismas del proceso, como el principio de imparcialidad y la correlativa imposibilidad del juzgador de realizar *per se* una investigación exhaustiva de los hechos. Asimismo, existen condicionantes asociadas al tipo de hechos sobre los que versa la actividad probatoria.

Es por ello que la noción de la «carga de la prueba», resulta sólo instrumental y aparece como directamente asociada a estas limitantes, esto es, como enderezada a administrar el fracaso de la actividad probatoria, para establecer la verdad de una determinada hipótesis (cfr., Hernando Devis Echandia, "Teoría general de la Prueba Judicial", tomo I, p. 450, Víctor P. de Zavalía, editor).

Resulta conveniente señalar que existe una vertiente, de matriz individualista, que tiende a vincular el principio y los actos de discriminación con una visión descontextualizada de la situación de cada individuo o categoría de individuos y requiere la presencia de la intención de discriminación (cfr.,



Roberto Saba, "Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el estado a los grupos desaventajados?", p.55, ed. Siglo Veintiuno; si bien con referencia a la igualdad ante la ley).

En esta misma línea parece inscribirse Eduardo Álvarez, quien propicia, a partir de una singular lectura o aplicación de los principios del garantismo penal en favor del sujeto empleador, que la imputación de un acto de discriminación requiere de una acreditación plena, susceptible de ser refutada por el sujeto pasivo de la imputación, ya que no sería posible establecer que una persona es discriminadora en ausencia de elementos que así lo determinen (v. aut. cit., "La prueba de la discriminación laboral y la epistemología garantista", en Revista de Derecho Laboral, 2009-1, p. 387, Ed. Rubinzal Culzoni).

Pues bien, la dificultad que encierra este enfoque en la práctica, es el de impedir la efectividad de todos y cada uno de los instrumentos referidos al ejercicio de los derechos en condiciones de no discriminación.

Es que por definición, el acto discriminatorio (la referencia debe ser siempre entendida en lo sucesivo como referida a la discriminación negativa), constituye una afrenta al principio de igualdad de trato, por lo que generalmente los móviles que lo informan quedan atrapados en la subjetividad de la persona que lo lleva a cabo.

Así, las dificultades que emergen en este tipo de actos, en relación al acceso y disponibilidad de la prueba, constituyen un patrón que se repite invariablemente, puesto que quien desarrolla una conducta que goza de un alto grado de reprobación social, tal como un acto de discriminación, usualmente lo lleva a cabo subrepticamente, reservando en su interior los verdaderos motivos.

El derecho procesal contemporáneo se ha preocupado por lograr efectividad en los esquemas de acreditación de



situaciones de discriminación, incorporando todos estos elementos a los modelos de juzgamiento, lo que se refleja en el establecimiento de diferentes estándares de prueba.

El modelo de las categorías sospechosas es un préstamo hecho a otros sistemas jurídicos -principalmente el *common law*- que trabaja fundamentalmente en la modificación de los criterios de inferencia, esto es, en los conectores de las pruebas con las hipótesis (cfr., Michele Taruffo, op. cit. p. 237, ed. Marcial Pons).

En tal orden, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha llevado a cabo una intensa tarea de delimitar la asignación de las cargas probatorias en causas referidas a discriminación en materia laboral, recurriendo a la teoría de las cargas probatorias dinámicas primero, y de las cargas probatorias diferenciadas luego, como un válido mecanismo de reparto probatorio en las causas "Fernández, Estrella" (fallos, 311:1602, sent. de 23-8-1988, v. cons. 7° del voto de los ministros Petracchi y Bacqué), "Pellicori" (fallos, 334:1387, sent. de 15-11-2011), "Sisnero" (Fallos, 337:611, sent. de 20-5-2014) y "Varela" (341:1106, sent. de 4-9-2018).

En relación a este tópico, se advierte una línea evolutiva del tratamiento de la problemática de la discriminación, en cuanto a las causas que involucran el despido de la persona que trabaja.

Se seguirá en este punto el modelo procesal determinado por la Corte Suprema, por cuanto -además de concitar nuestra coincidencia-, se asume como una forma de realización de los compromisos asumidos por el Estado Nacional frente a los diferentes Sistemas de Derechos Humanos, tanto Universal como Interamericano, como asimismo en relación a la O.I.T.

En la causa "Pellicori" (Fallos, 334:1387, sentencia del 15 de noviembre de 2011), la Corte realizó un análisis de las normas provenientes de diferentes instrumentos



internacionales, directivas de los órganos encargados de velar por su aplicación e incluso normativa de diversos Estados, así como diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español, Corte Constitucional Belga y Cámara de los Lores Inglesa, que atienden a la problemática de la forma de asignación de las cargas probatorias y sus connotaciones sobre el abordaje de la temática.

Tanto en esta causa, como posteriormente en "Sisnero" (Fallos, 337:611, sentencia del 20/5/2014), se aludió a que resulta suficiente para quien alega un acto discriminatorio aportar hechos que «*prima facie*» puedan inducir su existencia, para que corresponda al demandado acreditar la existencia de un motivo objetivo y razonable, que descarte el alegado.

Posteriormente, en el caso "Varela" (Fallos, 341:1106, sent. del 4 de septiembre de 2018), consolidó y agravó el estándar antes citado, al diferenciar la forma en que debe ser aplicado frente a casos de despido «sin expresión de causa» o «con invocación de causa».

Por la importancia que tiene en la estructura de la presente decisión, me tomaré la licencia de transcribir textualmente este segmento del fallo: «[...] *Una vez demostrados verosímilmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio. Esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592, determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció*



al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado [...]» (v. cons. 9°, causa cit.).

La diferenciación es clara y resulta ciertamente determinante para resolver el sentido que debe llevar la resolución. Cuando el despido resulta sin invocación de causa, al empleador le basta con invocar y acreditar cualquier motivo plausible, que excluya un motivo discriminatorio, en tanto que cuando se invoca justa causa, resulta necesario acreditar su configuración.

Ahora bien, cuando la Corte establece tan estricto estándar de juzgamiento (para ambos casos, claro está, luego que el trabajador aporte suficientes indicios del hecho que imputa), debe interpretarse la distinción de las situaciones en función de sus precisos términos.

La libertad para acreditar un motivo razonable ajeno a todo propósito discriminatorio, aparece asociada al despido sin expresión de causa. Por el contrario, cuando se invoca una causa, la exigencia probatoria impuesta al empleador se identifica con acreditar la existencia de la injuria, en los términos del artículo 242 de la L.C.T.

La diferencia no es menor, puesto que se trata de establecer la forma de procesamiento de casos en que se ventilan denuncias de discriminación, de precisar el mecanismo de reconstrucción de hechos difíciles y particularmente establecer las consecuencias de acuerdo al más aceptable grado de probabilidad en torno a su acaecimiento.

La evolución de la doctrina de la Corte es consistente con la ya señalada dificultad objetiva que



representa tanto el estándar tradicional en materia de prueba para dar adecuada solución a casos de discriminación, pero además denota que se ha ahondado, decididamente, en el propio modelo de las cargas probatorias desiguales, cuando el despido aparece provisto de una causa: Ésta debe ser «razonablemente» acreditada (cfr., Jorge Peyrano, "Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes", en aut. cit., (Dir) "Elementos de derecho probatorio", p. 429 y ss., 1ra. ed. Revisada, Rubinzal Culzoni, 2017).

Existe una tendencia bastante difundida en cuestionar esta forma de reconstrucción de los hechos pasados a partir de una aparente laxitud -para cuyo tratamiento remito a la tesitura de Eduardo Álvarez-, situación que en mi opinión resulta de un prejuicio ideológico basado en concepciones formales del proceso, que no sirven de adecuado soporte para casos como el presente, en que la tradicional regla del *onus probandi* se refleja como un obstáculo para establecer criterios de confirmación válidos.

El declamado relajamiento en la forma de relacionamiento del material probatorio con la solución resulta sólo aparente, puesto que de lo que se trata es de establecer las consecuencias de la insuficiencia del material probatorio para reconstruir de modo íntegro la secuencia de los hechos. Nada distinto ocurre con la solución regular a este tópico conforme el artículo 377 del C.P.C.C.

Lo que cambia, en todo caso, es el punto de partida, en cuanto esta última regla legal parte de una noción aritmética y formal de la igualdad en el proceso, que presupone otro tanto en torno a la relación jurídica sustancial, en tanto que la construcción de las cargas probatorias diferenciadas en casos como el presente, recoge como dato prevalente de la realidad la dificultad objetiva en probar hechos que se producen en forma velada y solapada.



Ahora bien, sentada la doctrina de la Corte, que se aplicará en el presente caso, cabe indagar ¿Qué quiere que bastará que el empleador demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere, con la sola limitación que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos?

En relación a este interrogante, la primera cuestión que fluye como evidente es que, una vez que el trabajador ha aportado un volumen de indicios que permiten que el caso sea tratado bajo estas pautas, el empleador está urdido de una carga de invocación y demostración que no puede limitarse, tal como la apelante postula, a declamar que el despido obedece a la ejercitación de un derecho o facultad constitucional de «despedir», ya que el proceso transita por otro andarivel.

Esto quiere decir que el manto de retención de los motivos del despido en el fuero íntimo del empleador, que autoriza el artículo 245 de la LCT, al validar la comisión de un acto ilícito a cambio del pago de una indemnización, cede y con ello se abre una verdadera carga: La de suministrar y acreditar razones que plausiblemente excluyan la discriminación.

En el caso, al replicar la demanda, la empleadora no realizó ninguna tentativa de explicar los motivos que presentaran al despido como un acto que plausiblemente excluye la hipótesis de discriminación. Adviértase que, aun cuando la carga probatoria aparece como mucho más flexible que en los casos de invocación de justa causa, la demandada nada hizo por explicar y probar los motivos que evitaran dar prevalencia a la hipótesis narrada por el trabajador.

A partir de las consideraciones anteriormente efectuadas, corresponde precisar que la parte actora ha acreditado correctamente la existencia de un cúmulo de indicios y lo ha hecho a través de medios idóneos.



Como se ha visto, el elemento saliente en la tipificación del despido represalia, es la evaluación del acto de despido como una reacción frente a la ejercitación, por parte del trabajador, de su derecho de reclamar, aspectos sobre los que el *a quo* ha realizado una inmejorable valoración de la prueba, conforme el estándar.

Así las cosas, el apelante no rebate la estructura argumental en derredor de la cuál gira la caracterización del despido como represalia, que coincide con un indicio acreditado -coincidente con la contemporaneidad entre el reclamo y el despido- y la ausencia de aportación de prueba por parte de la empleadora sobre su propia tesis.

En suma, tal como ya lo había señalado esta Sala en la causa "*Seguel*" (JNQLA3 EXP. 469061/2012), el despido represalia subyacente es una especie dentro del género de despido discriminatorio y por lo tanto encuadrado dentro del artículo 1 de la ley 23.592.

III.3.b.i. La consecuencia que el ordenamiento jurídico asigna a la contravención del orden público es la declaración de nulidad, que retrotrae el estado de cosas al momento anterior al despido (arts. 386, 388, 389, 390 y concordantes del Código Civil y Comercial).

De acuerdo con lo expresado al comienzo del presente voto, en torno a la evolución del principio de no discriminación en el conjunto de los instrumentos internacionales y la propia Constitución Nacional, cabe asignarle una preferencia de carácter absoluto, como un verdadero presupuesto para el ejercicio de los restantes derechos reconocidos por el resto del ordenamiento jurídico.

La discriminación, en cuanto acto que postula la segregación de una persona por su pertenencia a una determinada categoría, por una condición o motivación, no puede constituir base suficiente para reputarlo eficaz a algún efecto, que no sea otro que el de reparar sus consecuencias.



De tal modo, el acto de despido adolece de defectos en su ser, que impiden que tenga cualquier tipo de eficacia (cfr., Jorge Horacio Alterini, Pablo María Corna, Elsa Beatriz Angelani y Gabriela Alejandra Vázquez, "Teoría General de las Ineficacias", p. 17, ed. La Ley).

La readmisión planteada por el trabajador constituye, desde toda perspectiva posible, la única forma de reacción eficaz contra un acto discriminatorio cuando el trabajador así lo desea, puesto que constituye la más acabada forma de restauración del negocio jurídico afectado por el grave acto antisocial abordado.

Esto en modo alguno significa una restricción del derecho constitucional del empleador referido a la libertad de contratación o al ejercicio de industria lícita, puesto que desde la sanción de la Constitución Histórica de 1853/1860, ese derecho siempre encontró un límite infranqueable en el derecho a la igualdad y el carácter no absoluto de los reconocidos (artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional).

Con la reforma que abrazó los postulados del constitucionalismo social, en el año 1957 y más acá en el tiempo con la última modificación del año 1994, que abrió el camino al paradigma de la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales, tal conclusión se consolidó notoriamente.

En definitiva, dadas las particularidades del presente caso, y del contacto directo que tuve con las partes y sus letrados en la audiencia celebrada en esta Cámara, resulta aconsejable que las autoridades competentes de la Cooperativa le asignen funciones al trabajador, siempre respetando las condiciones estructurales del contrato de trabajo, aunque en el lugar donde funcionalmente estimen más conveniente para CALF.

Por otro lado, cabe apuntar que el hecho que el trabajador haya percibido sin efectuar reserva alguna las



indemnizaciones liquidadas por la demandada, en modo alguno puede reputarse como la abdicación de su derecho a cuestionar el carácter discriminatorio del despido, a todos sus efectos, ya que mal podría la empleadora obtener, a través del pago de una suma de dinero, el cartabón jurídico para quedar a resguardo de las consecuencias jurídicas que acarrea (arts. 1044 y 1050 del Cód. Civ.; art. 1 inc. "b", LCT).

Lo antes resuelto determina la innecesariedad de abordar los agravios relativos a la desestimación de la acción con sustento en el artículo 47 de la ley 23.551.

III.3.c. Como consecuencia directa de la declaración de nulidad, derivada del acto discriminatorio, se deriva la obligación de abonar los salarios caídos, que no son otros que aquellos que el trabajador no ha podido percibir por influjo del acto discriminatorio.

La demanda de reinstalación denota sin margen de dudas que el empleado colocó su fuerza de trabajo a disposición del empleador, de tal suerte que la negativa injustificada de éste último para recibirla constituye una resultante inimputable al primero (arts. 1 inc. "b", 12, 103 LCT).

La procedencia de las remuneraciones comprendidas entre la fecha del despido, esto es, el 19 de diciembre de 2019, hasta que el empleador cumpla con la obligación judicial de proceder a su reincorporación luce inobjetable, e incluso así ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Vidal" (Fallos, 339:372, sent. del 29 de marzo de 2016; v. parte inicial del considerando 4°).

Esos salarios deberán ser determinados en la etapa de ejecución, de acuerdo a las pautas remuneratorias establecidas en la sentencia de grado y en tanto resulten confirmadas o modificadas en esta instancia, de acuerdo con el tratamiento de los agravios planteados en relación a los adicionales, que más abajo se llevará a cabo.



También como consecuencia directa de la declaración de nulidad del despido, corresponderá que se imputen las sumas abonadas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT -dada la ineficacia de tales pagos- a cuenta de los salarios caídos, hasta su concurrencia. En este sentido se ha expedido la Sala II de la CNAT en el ya citado caso "Alvarez" (Expte. N° 29.545/06, del 25/6/07).

III.3.d. En lo que atañe al cuestionamiento de ambas partes en torno a la fijación del importe del agravio extra-patrimonial, cuantificado en un equivalente a dos salarios, corresponde precisar que la cuantificación no resulta arbitraria -tal como se queja la demandada-, puesto que en la sentencia aparecen recogidas una serie de pautas, entre las que se destacó la magnitud del hecho.

Sentado ello, hay que examinar el agravio planteado por el demandante, en torno a la insuficiencia del monto de dos salarios para resarcirlo.

En tal orden, cabe presumir *in re ipsa* que el acto discriminatorio es generador de un daño al patrimonio moral de la víctima.

Ello es así precisamente en atención a la dimensión que tiene la interdicción de la discriminación en correlación a los derechos humanos fundamentales del trabajador (artículos 14 bis, 16, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 1 inc. "b", 17, 76, 81 y concs. L.C.T.).

Por otra parte, el acto discriminatorio lesiona otros bienes diferentes a los tenidos en vista por el legislador al consagrar la reparación tarifada del artículo 245 de la L.C.T. -que como se ha visto, resulta en el caso ineficaz-, lo que no requiere de mayores explicaciones, puesto que en estos casos el despido es un mero vehículo para la afectación de otra clase de bienes.

En casos como el presente, la justicia restaurativa a través de una indemnización dineraria termina siendo el único



medio para restablecer el equilibrio de lo que fuera denominado "patrimonio moral" (v. cons. 11° del voto concurrente del Dr. Lorenzetti en la causa "Ontiveros", colección fallos, 340:1038, sent. de 10-8-2017).

La dificultad intrínseca en la tarea de valorar el daño extra patrimonial no se vincula tanto a su configuración sino a su extensión. El único modo de establecer un resarcimiento justo viene dado por el recurso a estándares o pautas que permitan a las partes comprender y en su caso cuestionar la motivación de la decisión.

Debe analizarse en cada caso, muy particularmente la gravedad del hecho y como impactó en la persona.

Ha quedado decididamente fijado en autos que como consecuencia del evento quedó lesionado el derecho a ejercitar en condiciones de no discriminación, los derechos inmanentes a la faz individual de su derecho a realizar una reclamación sin temor a represalias.

Para interpretar el esquema resarcitorio de esta faceta del daño, nada mejor que recurrir a la tarea que la Corte IDH ha desarrollado con fecundidad desde sus orígenes, producto de los alcances de su propia competencia remedial.

Cuando la reparación a la lesión de bienes jurídicamente tutelables asume la forma de indemnización, debe procurarse que esta constituya una amplia compensación de los perjuicios sufridos. Esta línea jurisprudencial fue inaugurada ya por la Corte IDH en "Velásquez Rodríguez" (Sent. del 21-7-1989, Serie C N° 7).

En "Aloeboetoe" (Sentencia del 10-9-1993, Serie C N°. 15), estableció en forma enfática que la indemnización ha de ser de un monto tal, que repare todas las consecuencias de las violaciones ocurridas.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en la causa "Ontiveros", que la obligación reparatoria «[...] comprende todo perjuicio susceptible de



apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades [...] (v. cons. 4°, colección fallos, 340:1038, Sent. de 10-8-2017), reafirmando el criterio años antes adoptado en “Rodríguez Pereyra”, relativo a la ausencia de reparación integral si los daños persisten en alguna medida (fallos, 335:2333, sent. del 27-11-2012).

Incluso había establecido con antelación a la reforma constitucional, en “Gunther”, (fallos, 308:1118, sent. del 5-8-1986), que el principio de *alterum non laedere* está entrañablemente vinculado a la idea de reparación y tiene basamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional (v. cons. 14 del voto de mayoría).

Una lectura razonable de los preceptos que estructuran la noción, alcance y límites de la reparación del agravio extra patrimonial, debe efectuarse insertándolos sistémicamente en el contexto de lo que debe entenderse por reparación en términos constitucionales y convencionales, conforme lo anteriormente expuesto.

A partir de ello, está configurada en autos la lesión a un derecho subjetivo e inalienable fundamental, lo que constituye un daño a la persona en su concreta realidad (cfr., Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, Responsabilidad por daños, tomo I, p. 359 y siguientes, Ed. Rubinzal-Culzoni).

La determinación de la cuantificación del resarcimiento a los bienes inmateriales, es sin lugar a dudas la más álgida tarea con la que se enfrenta el magistrado en un proceso judicial en que se persigue tal reparación, por cuanto supone la abstracción de traducir en términos dinerarios la lesión a bienes jurídicos intangibles e incorpóreos.

Para fijar el monto, deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias de la víctima, entre las que deben tomarse como datos significativos -en abstracto- el carácter directo de la víctima del daño, la clase de bienes afectados,



la extensión y características del daño proferido, la edad y la calificación del trabajador.

Asimismo, la causal examinada ha sido calificada en la máxima gradación, como una infracción «muy grave», de las decisiones del empleador que impliquen cualquier clase de discriminación (art. 4 inc. "a", anexo II, Ley 25.212).

El artículo 1741 del Código Civil y Comercial recoge una pauta jurisprudencial anterior a la reforma y por lo tanto se ha inclinado por receptar la teoría denominada «de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias», que propende a establecer una mitigación mediante una prestación que genere satisfacción en la persona dañada, posibilitando revertir un estado espiritual afectado. Cabe recordar que esta teoría había recibido recepción jurisprudencial a través del voto del Dr. Lorenzetti en la ya citada causa "Ontiveros" (v. cons. 11°).

La tarea del juez remite a traducir a términos patrimoniales [...] *un importe para su afectación a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones, esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial. Por ejemplo, salir de vacaciones, practicar un deporte, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, escuchar música, acceder a la lectura, etcétera. El dinero actúa como vía instrumental para adquirir bienes [...]* (cfr. Jorge Mario Galdós, "El daño moral (como 'precio del consuelo') y la Corte Nacional, en RCyS 2011-VIII, p. 176).

Pues bien, de acuerdo con las constancias de la causa, no existen pautas suficientemente relevantes para determinar intereses específicos del actor y a él le incumbía -conforme el marco jurídico en vigor al amparo del cual planteó el reclamo- suministrar tales pautas.

En ausencia de ello, consideraré una pauta general, referida al esparcimiento general por vía de unas vacaciones,



de modo que un resarcimiento equivalente a dos salarios permite adquirir bienes y servicios suficientes para cubrir un período vacacional.

Por lo tanto, se confirma la decisión en este punto.

III.4.a. En lo que atañe al agravio referido a la desestimación del adicional previsto por el artículo 24 del CCT APUAYE, adelanto que no tendrá favorable recepción.

Esa cláusula convencional establece «Para el personal que ingresare a partir del presente Acuerdo el cómputo de antigüedad se efectuará sobre la base del tiempo de servicio en la COOPERATIVA. Se computará también como servicios efectivos el tiempo transcurrido por desempeño de cargos electivos en la ASOCIACIÓN o en el orden nacional, provincial o municipal»

El reclamo incoado en la demanda tiene fuente en esa cláusula convencional y están ausentes los presupuestos allí contemplados, conforme su recta inteligencia, consistente con la que le ha sido asignada en la sentencia apelada.

Con ello quiero significar, como primera medida, que la consignación por parte de la demandada en alguno o algunos recibos de haberes, de una antigüedad superior no enerva del alcance de la regla convencional y tampoco alcanza para erigirse en un comportamiento estable y perdurable, asimilable a una modificación unilateral de la forma de cálculo de dicho adicional, para el caso del actor.

Tal como se ha explicado en la sentencia de grado, a lo que se apunta es a consolidar el esquema contemplado por el artículo 215 de la LCT -para blindarlo frente a reformas legislativas, podría pensarse- y por lo tanto la racionalidad de la regla no puede escindirse de su propósito, tendiente a considerar período de trabajo a los cargos electivos, como un accesorio de la suspensión de ciertos efectos principales del contrato de trabajo y como tributario de la primacía del interés público.



De otro modo, a partir de la hermenéutica propiciada por la parte apelante, el esquema del adicional pasaría a erigir al antecedente de haber desempeñado un cargo electivo en una suerte de «título nobiliario» generador de un beneficio personal y como tal frontalmente contrario a los postulados del artículo 16 de la Constitución Nacional.

Tal tesis resulta una inaceptable composición del texto legal, a la luz del principio de razonabilidad.

III.4.b. En lo que respecta al adicional con fuente en el artículo 51 del CCT APUAYE, por permanencia en el cargo por más de tres años, debe precisarse que el acrónimo antes referido solamente identifica a una entidad sindical que ha concertado diferentes convenciones colectivas de trabajo, tanto en el ámbito de empresa con la cooperativa eléctrica demandada (CCT de empresa 904/2007), luego reemplazado por otro de actividad, CCT 655/2012 (CALF está incluida en el anexo I de cooperativas representadas y a las que les resulta aplicable ese instrumento colectivo).

Formulada la pertinente consulta en la base de datos del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, en ninguna de las mencionadas convenciones colectivas de trabajo existe un artículo 51 que establezca un adicional por permanencia en el cargo, tal como surge del texto incorporado por la parte actora, que carece de toda identificación precisa y no ha merecido prueba respaldatoria (art. 8, LCT).

Contrariamente, sí existe, en el CCT655/12 un artículo 22 que establece un sistema de ascenso profesional universitario, con un texto de idéntico tenor a aquél sobre la base del cual se reclama en la demanda.

Establece el texto convencional, en cuanto aquí interesa, que:

«Para todo el personal comprendido en este Convenio será válido una sobreasignación adicional equivalente a la



diferencia entre el Sueldo Mensual (Art. 28) de la categoría de revista y el correspondiente al de la categoría inmediata superior, en iguales condiciones siempre y cuando hayan permanecido en su actual categoría durante un periodo Igual o superior a 3 (tres) años, manteniendo la categoría profesional de revista. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente la Cooperativa, de corresponder, podrá asignarle la categoría superior. Para el cálculo de la sobreasignación en la categoría UVI se computará el valor del Sueldo Mensual de la categoría más un adicional equivalente a la diferencia entre las categorías U-V y UVI, en Iguales condiciones. Este criterio será válido para los niveles gerenciales».

El actor tiene derecho al goce de este adicional, en la medida que la categoría de revista constituye un aspecto nuclear y medular de las condiciones estructurales de trabajo y por lo tanto, marginada de la facultad de *jus variandi*.

Entonces, la alteración prohibida introducida por la empleadora (cuestión que llega firme) exacerba el artículo 66 de la LCT, y resulta ajena a sus postulaciones, de lo que se sigue que no puede bajo ningún punto de vista considerarse consentida en forma tácita, a los efectos salariales aquí analizados, puesto que ello contraviene la expresa manda del artículo 12 de la LCT.

Como corolario de lo expuesto, asiste al actor el derecho a la intangibilidad del esquema remuneratorio proveniente de una fuente convencional, la que quedaría desconocida de plano de sostenerse lo resuelto.

En consecuencia, desde el 26 de mayo de 2020 el actor devengó el adicional en cuestión y de este modo, como parte integrante de la condena a abonar los salarios caídos deberá integrarse el pago del adicional en cuestión, conforme se determine en etapa de ejecución.

III.5. Se examinarán conjuntamente los planteamientos de las partes referidos a la forma de cuantificación del



agravamiento indemnizatorio previsto por el DNU 39/2019 y la ausencia de regulación de honorarios por esa pretensión.

En cuanto a lo primero, como una consecuencia directa de la nulificación del despido y por influjo de la improcedencia de las indemnizaciones contempladas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, debe ser dejada sin efecto la condena a abonar el rubro, toda vez que en otro caso se produciría un enriquecimiento sin causa (art. 726, CCyC).

En tal sentido, si bien podría predicarse que por el límite de la competencia apelada la accionada no lo ha reclamado así específicamente, los principios que organizan el principio de la apelación implícita permiten establecer que esta es una cuestión que debe ser abordada y tratada al revertirse la decisión de la instancia de grado, que trató la cuestión por su compatibilidad con la conclusión relativa a la quietud del acto de despido como ilícito, pero válido.

De tal suerte que la accionada carecía de un interés directo para cuestionar la procedencia misma del agravamiento indemnizatorio -más aún que el planteo relativo a la aplicación del tope que recién sería establecido en enero de 2021 por el decreto 39/2021, resulta improcedente-, el que renace con la declaración de nulidad.

En lo que respecta al agravio por ausencia de regulación de honorarios por las tareas correspondientes a la procedencia de la pretensión vinculada con el agravamiento indemnizatorio previsto por el DNU 39/2019, con lo antes resuelto deviene abstracto su tratamiento, aun cuando corresponde señalar que en la sentencia difirió la regulación para la etapa de ejecución, lo que resulta consistente con la inexistencia de base regulatoria líquida.

De modo que el apelante carece de un agravio actual, por lo que se desestima el recurso.

III.6. En función de la modificación sustancial de los términos de la sentencia de grado, deviene abstracto el



tratamiento del cuestionamiento de la demandada en punto a la forma de imposición de costas, dado que corresponde que le sean impuestas en su totalidad en función de la aplicación del principio de la derrota (arts. 17, ley 921; art. 68, CPCC).

IV. Por las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo admitir en forma parcial el recurso deducido por la parte actora con el alcance que antecede y desestimar el de la demandada, a quien se impondrán las costas de ambas instancias, por su condición de vencida (art. 17, ley 921; art. 68, CPCC).

Se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los que se regulen por los trabajos profesionales desarrollados en la anterior instancia, a los que actuaron en igual carácter (art. 15, L.A.).

Tal mi voto.

El juez **Medori** dijo:

Por compartir la línea argumental y los fundamentos del voto que antecede, adhiero al mismo.-

Por ello esta **Sala III**

RESUELVE:

1.-Admitir parcialmente el recurso deducido por la parte actora con el alcance que antecede y desestimar el de la demandada.-

2.-Imponerlas costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida ((art. 17, ley 921; art. 68, CPCC).

3.-Regular los honorarios de los letrados intervinientes en un 30% de los que se regulen en la instancia de grado.-

4.-Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.-

Dr. Fernando Marcelo Ghisini- Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Lucía Iturrieta SECRETARIA