PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 17 de septiembre de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CORGATELLI ALEJANDRO CEFERINO C/ TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (JNQLA3 EXP** N° **501726/2013**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

I.-Contra la sentencia de fecha 08 de febrero de 2019 (fs.190/194), que hace lugar parcialmente a la demanda contra Telefónica de Argentina S.A. en concepto de daño moral por la suma de $322.140,20 y ordena la reinstalación del actor en su puesto laboral en el marco de un despido considerado discriminatorio, ambas partes interponen recurso de apelación.

II.-a)Apelación de la demandada (fs.204/212 vta.).

Centra su primer agravio en la arbitrariedad de la sentencia que tiene por acreditado un acto discriminatorio (despido) sin prueba, indicio o fundamento lógico alguno al respecto.

Analiza la parte resolutiva del decisorio en el que se concluye que la causal del despido discriminatorio fue por el estado de salud del actor, considerando que ello carece de sustento porque no fue un hecho controvertido y que la decisión del

despido se llevó a cabo tres años después del accidente padecido por el mismo.

Manifiesta que luego de su reingreso laboral por el ACV, el demandante volvió a su actividad normal ya que no hubo afectación en su aptitud intelectual o volitiva y allí se desempeñó por más de dos años hasta que fue despedido sin causa por la empresa.

Advierte que el sentenciante invirtió la carga de la prueba sin que existan indicios ciertos, graves, precisos y concordantes contrariando el criterio sentado en el fallo "Pellicori", en el que se sentaron las pautas que debían tomarse y por el que resultaba al actor acreditar en forma indiciaria el acto discriminatorio, cuestión esta que entiende no haber probado.

Critica a su vez que se la condene a reinstalar al empleado por exceder el marco legal de la ley 23592, violando la facultad otorgada por la normativa de despedir sin invocación de causa, implicando mantener una relación laboral en forma obligada, cuya voluntad extintiva ya ha sido expuesta por las partes y habiendo indemnizado en los términos del art. 245 LCT.

Se agravia en tercer punto por la condena al pago del daño moral, sin que se haya explicitado el modo en que la dolencia que afectó al actor generara una causa de discriminación que concluyera en el distracto, sin indicar cuales elementos probatorios llevan a tener por acreditados los indicios necesarios para que se configure.

Solicita se haga lugar en los términos del Inc. 3 del art. 260 del CPCyC a la incorporación

del Dictamen N°630/2017 del INADI, el cual concluye en que no existen elementos probatorios suficientes que permitan encuadrar la conducta denunciada en los términos de la ley 23592.

Efectúa reserva del caso federal y cita jurisprudencia por medio de la cual considera que para el hipotético supuesto de considerarse que media en autos un despido discriminatorio y que sin perjuicio del resarcimiento de la ley 23592 y a los fines de evitar una reinstalación forzosa del trabajador, requiere que el mismo tenga derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone el art. 182 LCT.

b)Apelación del actor (fs.213/216 vta.).

Se agravia porque el decisorio de grado no se expide respecto al reclamo por los salarios caídos que se devengaron desde el distracto, por cuanto se rechazó el recurso de aclaratoria formulado al respecto.

Cita precedentes de fallos provinciales en los que se han acogido favorablemente la procedencia de salarios caídos cuando se suceden despidos discriminatorios.

Entiende que existió un rechazo tácito del a quo al no expedirse sobre el reclamo de salarios caídos y que el destino de los mismos sigue la suerte de la nulidad del distracto.

Cita jurisprudencia de la CSJN referida a la sanción de los despidos discriminatorios y la percepción de los salarios caídos.

Los honorarios del letrado patrocinante son apelados por bajos (14%), con fundamento en que ha participado en todas la instancias del proceso, por lo que solicita se eleve el porcentual al 20% del capital de condena, actualizado con más los intereses al momento de practicar la planilla del art. 51 ley 921.

Plantea reserva al caso federal y se haga lugar al recurso de apelación en la medida de sus agravios.

c)Contestación de la demandada (fs.218/220 vta.).

Solicita se declare desierto el recurso por no cumplir con la manda del art. 265 del CPCN en tanto solo se limita a disconformarse con la resolución, alegando que el a quo no se ha expedido sobre los salarios caídos, porque ello no fue parte de la pretensión de la demanda.

Responde señalando que de haberse pronunciado el sentenciante, hubiera violado el principio de congruencia; se explaya con citas jurisprudenciales referidas al mencionado principio, requiriendo el rechazo del recurso del demandante.

d)Por providencia del 14/03/2019 (fs.217) se agrega el Dictamen N°630/2017 del INADI bajo los términos del inc. 3 art 260 CPCyC en tanto resulta ser un documento de fecha y conocimiento (24/01/2018) posterior a la providencia de autos para sentencia (18/10/2016).

e)Contestación del actor(fs.236/244).

Se opone a que se agregue el Dictamen N°630/2017 del INADI, porque no es vinculante y no haber sido ofrecido como elemento probatorio.

Contesta la apelación de la demandada, dando cuenta que los testimonios de la causa refuerzan los hechos expuestos en su pretensión, acreditado su problema de salud, la falta de contención y discriminación al momento de su reinserción laboral, el cambio arbitrario de las condiciones de trabajo con afectación del salario y la desvinculación por "bajo desempeño" cuando ello no fue así.

Que todo ello configuró un efectivo cuadro indiciario que determina las reglas o pautas que rigen en los procesos relativos a la ley 23592; desarrolla una pormenorizada descripción de la prueba testimonial de la causa, sobre la cual cimenta su contestación.

Responde al segundo agravio respecto a la reinstalación en su puesto laboral, manifestando que la CSJN en sus precedentes establece que los despidos discriminatorios deben ser sancionados con la nulidad absoluta e insalvable y sus efectos deben retrotraerse, lo que conlleva al derecho a la rectificación o restitución en lugar de compensación y a percibir el pago de salarios caídos por parte de la persona que sufrió el trato desigual.

Formula reserva al caso federal y peticiona se rechace el recurso de la demandada en todas sus partes, con imposición de las costas.

III.- A) Abordando la sentencia en crisis dictada en el marco de un proceso en el que el actor solicita la nulidad de un despido dispuesto sin causa, por entender que resultó discriminatorio y que como tal se requiere la reinstalación en su puesto de trabajo, se observa que el decisorio toma en cuenta que el demandante sufre un ACV (07/2010), sin

consecuencias en el área cognitiva y que a partir de su reinserción laboral (12/2010) se le solicita que busque otro lugar para el desempeño de sus tareas.

Que todo ello deriva en un despido (02/2103) que la empleadora lo justifica en su "bajo rendimiento", decisión esta que fue cuestionada por el trabajador afirmando que la verdadera motivación fue su estado de salud.

Es así que examina las declaraciones testimoniales, no advirtiendo de las mismas que haya existido un motivo cierto y concreto para despedirlo por bajo rendimiento y que conociendo su empleador el problema de salud padecido, es que concluye que el distracto se produjo en ese contexto, observando indicios suficientes que corroboran un acto discriminatorio.

Confirma que la segregación laboral se fundó en su enfermedad y configurando ello un supuesto de despido discriminatorio y violatorio de lo prescripto por el art. 1 de la Ley 23.592, decide ordenar su reinstalación laboral inmediata y la reparación por el daño moral padecido, que lo justiprecia en el 80% de la indemnización por antigüedad, esto es, la suma de $322.140,20, monto por el cual prospera la demanda.

Desestima la fecha de ingreso antedatada que solicita en su demanda y las pretendidas diferencias salariales de la liquidación final abonada en oportunidad de su indemnización por el distracto, estableciendo la carga de las costas en su totalidad a la demandada.

B) Entrando al análisis de los agravios expuestos, previamente considero atinado referirme al

Dictamen N°630/2017del INADI incorporado bajo los términos del inc. 3 art 260 CPCyC, expresando que la fuerza probatoria aportada en estos actuados es solamente indiciaria a los fines de circunscribir la situación fáctica y encuadrarla dentro de la ley 23.592, sin causar estado. Es decir, sin crear, modificar o extinguir derechos, por cuanto, como es sabido, la determinación del presunto daño está reservada al Poder Judicial, agotándose en principio la actividad del Instituto en la producción de un dictamen no vinculante.-(ver página oficial del INADIhttps://www.juicio.guilleacedo.com.ar /inadi/article/dictamen-del-inadi - https://www.argentina. gob.ar/inadi/transparencia/dictamenes).-

C) Establecido lo anterior, la primera cuestión recurrida por la demandada se centra en la acreditación del despido como discriminatorio que fuera determinado en la instancia inferior.

En tal sentido se observa que en las tres misivas en las que se notifica el despido y reitera/ratifica (del 07 y 13 de febrero y 25 de marzo de 2013- fs. 78, 79 y 97), más el acta de constatación ante escribano público (fs.81), la decisión se funda en el "bajo rendimiento", independientemente del pago de la indemnización del art. 245 LCT que en forma concomitante se le abonó.

Todo ello en un vínculo laboral que perduró ininterrumpidamente por 19 años, sin que se acrediten incumplimientos o sanciones.

Puesto de manifiesto lo anterior, sabido es 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, cuya reparación se traduce en una indemnización tarifada.

En este contexto, no todo despido 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 cuáles surgiría la real razón de la ruptura del vínculo contractual.

Conforme lo reseñado y los términos en que quedó planteado el agravio, se debe resolver si la situación generada entre el actor y demandada encuadra en las prescripciones de la Ley 23.592, de modo tal que habilite la condena a indemnizar con fundamento en esa norma legal y dejar sin efecto el acto discriminatorio.

En tal cometido, corresponde señalar que el actor como hecho fundante de su acción, invoca que el despido ha tenido sustento en el estado de salud del mismo, por lo que se le otorgó un trato manifiestamente desigual (fs. 41 vta. de la demanda).

Al respecto, jurisprudencialmente se ha sostenido que:

"En cuanto a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la Ley 23.592 que penaliza con la nulidad los actos discriminatorios, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada. Una vez alcanzada dicha verosimilitud, imprescindible en el ámbito procesal en que se encauzará la pretensión, habrá de ponderarse si el demandado asumió la finalidad de

desvirtuarla, a través del aporte de elementos aptos para corroborar que su decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado" (Yacanto Claudio vs. Radiotrónica de Argentina S.A. s. Sumarísimo Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX; 27-jun-2007; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 3693/09). Citado por la Sala I de esta Cámara en autos "Figueroa Daniel Alberto c/ ENSI S.E. s/ cobro de haberes", Exp. N° 427837/ 2010 –Sentencia 18/02/2014).

Esta Sala III ha tenido la oportunidad de expedirse sobre esta ley en repetidas ocasiones, considerando su forma de interpretación y que en casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación y a no sufrir represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la CSJN en la causa "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos 334:1387 (Sala III "Sobarzo Santiago Bernabé c/ Junker S.R.L. s/Despido p/ Causales Genéricas", Exp. N° 505740/2015- Sentencia 28/02/2019).

El caso "Pellicori" resulta un relevante precedente en materia de carga probatoria para el ámbito de la justicia del trabajo en los casos en los que se discuta la existencia de una conducta discriminatoria. En el mismo, el Máximo Tribunal Nacional determinó que frente a la dificultad probatoria originada en dichos supuestos: *"...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…".*

"*En consecuencia, el principio de "prueba compartida" y la existencia —en cabeza de la parte más débil— de la carga de incorporar "indicios" cobran relevancia para quien debe analizar las probanzas existentes en los autos en los que se discute la existencia de un acto discriminatorio*" (Sala III "Salinas Jessica Pamela c/ Martínez María Agustina s/ cobro de haberes", Exp. N° 502919/2014- Sentencia 17/04/2018).

Con este claro marco jurídico y examinando la posible naturaleza discriminatoria del despido en crisis, por el cual el actor invoca determinados "indicios", adelantaré mi opinión en cuanto a que se acreditan la existencia de presunciones, que permiten considerar que el despido resultó discriminatorio, ya que los mismos resultan precisos o idóneos de lo que pueda presumirse el hecho invocado y que ante ello, la inactividad probatoria de la empleadora fue total.

El primer indicio lo observo en el hecho de que la empleadora conociendo perfectamente el cuadro de salud del actor, su jefe directo (Ing.Yornet) al momento de su reintegro laboral,

directamente le manifiesta su clara intención de apartarlo de sus funciones.

Da cuenta de ello, la testimonial de Belén Alonso Nieto (fs.141 y vta.), ex compañera que asegura: *"…..El día que Alejandro se reincorpora, es inmediatamente llamado a la oficina del gerente…..Alejandro entra a la oficina, en ese momento el gerente era Yornet que le pregunta cómo estas y cuando Alejandro le empieza a contar como se sentía automáticamente el gerente como que le resta importancia a lo que le estaba contando y le dice que bueno, que se va a tener que buscar otro lugar porque ya no va a poder trabajar en ese área. Me quede bastante sorprendida por lo que estaba escuchando, después de eso, Alejandro salió totalmente pálido y se fue de la oficina…"*.

En igual sentido declara saber Luis A. Presso (fs.142/144) ex compañero: "…*Cuando en diciembre de 2010 lo encuentro a Alejandro en la vereda y me pongo muy contento, y lo voy a saludar y yo veía que él estaba como shockeado como blanco como si le hubiera bajado la presión, o por desmayarse y me dice no puedo creer lo que me paso, hoy me incorporo a trabajar con el alta médica, lo que primero hace Raúl (Yornet) cuando llego a la oficina es llevarme a su box y me dice te vas a tener que ir buscando otro lugar de trabajo, no quiero que te pase lo mismo y que te mueras en la oficina, eso me dijo Alejandro que cuando me lo decía le temblaba la voz, estaba como emocionado, no sé, de la bronca, de la impotencia, sinceramente yo no podía creer lo que me decía Alejandro….Supe que Alejandro tuvo que recibir ayuda*

psicológica por ese mal rato, es como que tuvo un retroceso, por el golpe emocional….”.-

Finalmente Lorenzo D. de la Mata (fs.157/158) ex compañero agrega que: “*…Sé que cuando el actor volvió a trabajar, luego de la enfermedad, su jefe (el Sr. Raúl Yornet) me vino a ver para pedirme si tenía un lugar para el actor, ya que por el problema de salud del actor….”.*

Estas circunstancias que relatan debidamente los testigos, no han sido desacreditadas por la demandada mediante prueba fehaciente que controvierta los hechos afirmados en las citadas testimoniales.

Otro claro indicio de arbitrariedad durante los meses que continuaron a su reingreso laboral, estuvo dada en la afectación de nuevas tareas que le significaron mayores contratiempos de tiempo y esfuerzos de gestión, con evidente intención de perjudicarlo o menoscabarlo en su estima, quitándole su antigua cartera de clientes:

Belén Alonso Nieto declara: “*….Después de eso le dieron una cartera de clientes lo que nosotros decimos clientes muertos porque son clientes que no facturan o que tienen poca facturación……Los clientes antiguos fue repartida conmigo con un nuevo ejecutivo que entró y con otro ejecutivo que ya estaba, la cartera de él era muy mala….”.*

Luis A. Presso manifiesta:“*….Yo vi que Alejandro cuando se reincorporó le dieron una cartera de clientes, comercialmente los llamamos muertos, en la jerga se dice así, aquellos clientes del segmento inferior que ya fueron rastrillados y que no se le puede vender porque se vendió de todo y también le*

dieron los que tenían convocatoria de acreedores, los que el nicho de negocio no estaba florecientes, le dieron una cartera difícil de gestionar. Esto lo sé por las mismas charlas que yo tengo con Alejandro porque ya te digo dos o tres veces por semana nos juntábamos. Es una cartera difícil de gestionar……pero también porque después de esta cartera de clientes que le dieron, le dieron una cartera de móviles….él era responsable de lo que pasara en una región geográfica muy amplia y como era la primera vez no había historia, ni antecedentes, era un desafío nuevo, había alta probabilidad de fracasos. A mi forma de entender se lo dieron para acorralarlo a que demuestre que no se puede, que le iba a ir mal. No es un producto querido, entonces le dieron como el que no quiere nadie, en el sector donde estamos nosotros, le dieron algo difícil y que no quiere nadie y Alejandro volvió a gestionar……te ponen en un brete interesante, encima inédito porque era la primera vez que ocurría…. y es difícil porque el producto es ajeno y no tan incentivado el producto para vender…Cuando Alejandro por ejemplo se toma licencia por enfermedad su cartera de clientes, normalmente los compañeros se la reparten y cuando la persona vuelve se le devuelve la cartera, con Alejandro fue atípico, se le sacó la cartera y se la dieron a Marina, una chica nueva, o a otra, algo raro en la práctica comercial, que lo desarraiguen completamente de su cartera de clientes y la gerencia después cuando Alejandro le quitan esa cartera de clientes con poco potencial y el la convierte en clientes con buen potencial, se lo llevan a él a otro sector y esa cartera se la dan a otro ejecutivo, o sea

que a medida que demostraba que podía lo sacaban del logro y lo llevaban a un lugar más difícil….".

Ya en este punto de los análisis, los testimonios revelan una clara conducta discriminatoria así como que las funciones cognitivas del actor eran totalmente aptas para continuar con su desempeño previo:

Belén Alonso Nieto: "….*Lo único que tenía Alejandro cuando reingresa era un poco de problema al caminar y una parte de la facción de la cara un poco torcida, hablaba despacio pero hablaba bien, se le entendía todo y aparte estaba muy bien, solo era una cuestión motriz de la mitad de la cara, que con rehabilitación logró salir adelante…*"

Luis A. Presso: "….*Alejandro nunca tuvo gracias a dios ningún tipo de problema de lucidez, estuvo siempre lúcido, y él con su esfuerzo y constancia fue recuperando movilidad y volvió a tener una vida normal, tal vez con alguna dificultad mínima física….".*

Con estas declaraciones se logran demostrar los elementos de hecho o indicios razonables de carácter objetivo en los que se funda la ilicitud del acto, planteado por el actor en su acción, los cuales, relevados en este marco legal, resultan unívocos, proporcionando certeza al ánimo de quien los analiza, ante la omisión total del demandado de producir prueba alguna que lo desvirtúe o de su inexistencia.

"En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia" (CSJN, "S.,

M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014, L.L. 10/06/2014, 7 P.q.-S, ED 01/07/2014, 4, Sup. Const. 2014, 85, AR/JUR/15946/2014)".

El actor generó suficiente presunción objetiva respecto de la existencia de una motivación discriminatoria en el despido comunicado, que disparó la inversión de la carga de la prueba; a su vez, la demandada no logró demostrar que la decisión rupturista del contrato de trabajo tuviera razones que destruyan la presunción de discriminación.

La causal de "Bajo Desempeño" endilgada para despedir en modo alguno resultó justificada en la causa y paradójicamente se demostró todo lo contario, a punto tal que fue felicitado por la empresa por el resultado de su campaña dos días antes de su despido (ver correo de la empresa del 05/02/2013-fs.32).

La empleadora no se ha hecho cargo de la acreditación de que su actuación tuvo causas reales y ajenas a la discriminación.

La figura del art. 245 LCT no es un instituto que garantice impunidad al empleador para llevar adelante actos discriminatorios vulnerando mandas expresas del art. 14 bis, 16 y 75 (inc. 22) de la Constitución Nacional, art. 17, 81 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y art.1° de la ley 23.592; disfrazando su comportamiento y ocultando la verdadera motivación del distracto, en este caso invocando una falsa causa en su labor como justificativo del despido.

Y lo cierto es que tampoco la cuantificación del art. 245 LCT comprende los daños que provoca la resolución contractual decidida como discriminatoria.

La conducta del empleador así calificada, entraña un ilícito autónomo y diferente del que presupone el precepto citado.

"La ley 23.592 no alude solamente al despido o al contrato de trabajo. Su alcance es general y su motivación va más allá que la protección contra el despido arbitrario. La finalidad de la ley es prohibir la comisión de actos o conductas discriminatorias, sancionándolas con la nulidad, toda vez que la consecuencia de la calificación de un acto o de una conducta como discriminatorias es dejar sin efecto el acto o hacer cesar la conducta (y sin perjuicio de la reparación de los daños ocasionados).

Eduardo Álvarez señala que la disposición legal referida prevé la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable que estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido al que alude el art. 953 del Código Civil (caracterización que perdura en el Código Civil y Comercial, art. 279), y que si responde al ejercicio de un derecho o de una facultad, será asimilable, incluso, a la figura del abuso"(cfr. aut. cit., "Reflexiones acerca del despido por discriminación", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2008-2, pág. 29- Citado en Sala II "Benegas Luis Guillermo c/ Baker Hughes Argentina S.R.L. s/despido directo por causales genéricas", Exp. n° 506133/2015- Sentencia 01/12/2016).

En conclusión se comprueban los dos requisitos que se han considerado configuran un acto discriminatorio: *"a) un elemento objetivo, consistente en prodigar una desigualdad en el trato, o como dice el Convenio 111 (de la OIT) un acto de distinción,*

exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato y b) un elemento subjetivo, ...la motivación del discriminador… que se inspire en razones de sexo, raza, etcétera, o eventualmente en alguna otra causal no mencionada en la lista, siempre que tenga aptitud para ser juzgada como un móvil discriminatorio" (Elías, Jorge en "La onda expansiva del despido discriminatorio" RDL, 2008-2, p. 86).- (citado en Sala III "Muñoz Nelson Alejandro c/ Texey SRL s/ despido y cobro de haberes", Exp. N°506906/2015- Sentencia 17/04/2019).

En función de los fundamentos expuestos queda probada la configuración de un supuesto de discriminación susceptible de ser encuadrado en el art. 1° de la ley 23.592, confirmado -por ende- el resarcimiento en concepto de daño moral establecido.

D) Pasando al análisis del segundo agravio, la demandada entiende que la condena de reinstalación del actor a su puesto, excede lo previsto en la norma de la Ley 23592 (Art.1).

Sobre este tema y con igual criterio a lo sostenido por la Sala II en la causa "TORRES" comparto la opinión en cuanto a que: "*No dejo de reconocer las implicancias que tiene la orden de reinstalación en el puesto de trabajo, como así también que las opiniones doctrinarias no son pacíficas sobre este aspecto".*

"*La opinión de la minoría de la Corte en "Alvarez c/ Cencosud" sostiene que "…la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y –en principio- comporta la*

posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio. En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta la relación".

"Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y como habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y el fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social".

"Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quién. Al respecto, la garantía constitucional de la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Const. Nac.), y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Const. Nac.)".

"José Luis Ugarte y Sebastián Coppoletta ("Discriminación laboral, ponderación y juscogens. Análisis crítico de la calificación del derecho a la no discriminación como juscogens en la sentencia de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación en Alvarez c/ Cencosud", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2014-1, pág. 61) critican la decisión de la mayoría del Alto Tribunal en cuanto dispone, como regla, la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo como reparación frente al despido discriminatorio. Sostienen los autores citados que "…calificar a la reinstalación como el remedio siempre aplicable ante la determinación del despido como discriminatorio implica crear una jerarquización abstracta, un principio de juscogens por vinculación directa al principio de no discriminación y, como tal, inderogable. Ya no hay posibilidad de un juicio de ponderación de derechos constitucionales en cada caso pues, así presentada, la reinstalación del trabajador discriminado es un derecho invencible. Y se pregunta Gil Domínguez: "¿Dónde se ubica la libertad de contratación en este contexto?...".

"…la reinstalación del trabajador en su puesto dista mucho de ser una costumbre de Derecho Internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Y por lo tanto, no es apropiado relacionar directamente la jerarquización de la reinstalación con la jerarquización del principio de no discriminación".

"En materia de reparación ante una violación de derechos humanos, el principio es la reparación en especie, volviendo las cosas a su estado anterior. Evidentemente, este es el método de reparación preferido y deseable pues no se debe tratar la materia de reparación de la dignidad de la persona como un sistema de indemnización de daños y perjuicios propia de la responsabilidad civil. Pero, aún así,

ello no es excluyente de otros métodos. Y así en materia de despido discriminatorio, la reinstalación es una alternativa en un menú de remedios, y no la única consecuencia posible de la declaración del despido como discriminatorio".

"……No obstante ello, que aparece como la forma más adecuada de armonizar los derechos en contradicción, la decisión que se adopte debe guiarse, por razones de economía procesal, por la doctrina mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación plasmada en el ya citado precedente "Alvarez c/ Cencosud", y ratificada en la causa "Cejas c/ Fate S.A." (Sentencia del 26/3/2013, LL on line AR/JUR/175/2013"(citado por la Sala II "Torres c/ Jumbo Retail Argentina S.A.", Expte. N° 448.839/2011, P.S. 2015-IV, n° 86) ***y agrego, por las pruebas aportadas en cada caso concreto.-***

Esta perspectiva es también la adoptada por la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires, que ha considerado que la ley 23.592 privilegia la prevención y la nulificación del acto discriminatorio, explicando además que 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. (SCBA, Sffaeir, Carolina c. Cooperativa Eléctrica de Chacabuco Limitada (C.E.CH.) s/ despido, del 08/08/2012, en LLBA 2012 (octubre), pág. 956).

Conforme lo expuesto, y encontrándose acreditado el despido discriminatorio del trabajador, asiste razón al sentenciante de grado en punto a que aquel resultó nulo, correspondiendo confirmar la

reinstalación de aquel en el mismo puesto de trabajo que tenía con antelación a la ruptura unilateral del contrato, desestimando el agravio de la demandada antes tratado.

E) Entrando a la evaluación de la queja por la condena en concepto de daño moral, la misma correrá igual suerte que las anteriores, por lo que su aplicación y monto determinado permanecerá incólume.

Sobre la materia, las distintas Salas de esta Cámara han mantenido un criterio similar en cuanto a la apreciación del daño moral en el marco de un despido discriminatorio, sosteniendo: "*Por ello, en el caso…es correcto adicionar una suma que compense el daño extrapatrimonial sufrido. Es que, dada la índole de la conducta adoptada por la demandada cabe concluir que el despido de autos, por su característica discriminatoria, denota la ilicitud que justifica* la reparación en los términos del art. 1078 del Cód. Civil".-

"*Tal actitud patronal, razonablemente, ha debido generarle al actor angustia y aflicciones íntimas constitutivas de un daño de índole "moral" que debe ser reparado. No obstante, en cuanto al monto indemnizatorio en sí, cabe considerar que lo que se procura reparar es el perjuicio o daño ocasionado ……a raíz del acto de discriminación del que ha sido víctima, el cual, por su particular naturaleza, no puede mensurarse en base a parámetros prefijados y tampoco encuentra relación con las eventuales indemnizaciones que pudieran haber derivado de un despido, lo que obliga al juzgador a evaluar, según su experiencia de vida, las aflicciones y padecimientos que razonablemente ha sufrido quien ha sido víctima de*

un acto disgregatorio, de la entidad del comprobado en autos"(cfr. CNAT, sala II, "Conte, Maximiliano c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo" DT 2013, 2878) "citado por la Sala I "Amín Esteban Magdiel c/ Texey S.R.L. s/ despido", Exp. N° 506972/2015- Sentencia 21/05/2019).

En igual sentido: "*En cuanto al daño moral, éste no requiere de una prueba exhaustiva, pudiendo inferirse su existencia y extensión del hecho dañoso y sus características. Teniendo en cuenta la ilegalidad del despido determinado respecto del actor, y los padecimientos morales que habitualmente aparecen a partir de la pérdida del empleo, agravados por los motivos que determinaron la ruptura de la relación laboral, fijo prudencialmente la indemnización por daño moral en….*" (Sala II "Torres Raúl Adrián c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ sumarísimo art. 52 ley 23551", Exp. N° 448839/2011- Sentencia 01/06/2015).

Finalmente esta **Sala III** tiene postura sentada en diversas causas en las que ha fijado un parámetro objetivo con relación a la cuantía indemnizatoria justipreciada en concepto de daño moral definiéndose en principio que la reparación del rubro resulta ser igual al equivalente de la indemnización por despido incausado (art. 245 LCT) o bien como lo establece el sentenciante de primera instancia justipreciándolo en un 80% de la indemnización correspondiente al art.245 de la LCT -("Sobarzo Santiago Bernabé c/ Junker S.R.L. s/Despido p/ Causales Genéricas", Exp. N° 505740/2015- Sentencia 28/02/2019-"Castillo c/ Centro Automotores"-expte 443.460/11-"Muñoz Nelson Alejandro c/ Texey SRL s/ despido y cobro de haberes", Exp. N°506906/2015-

Sentencia 17/04/2019- entre otras) siempre teniendo en cuenta el caso concreto, motivo por el cual la sentencia también será confirmada en este aspecto.

IV.-Apela el actor el decisorio de grado por cuanto no se expide sobre el reclamo de falta de pago por salarios caídos devengados desde el distracto.

Lo cierto es que el accionante en su escrito de inicio efectúa el reclamo por "salarios caídos" (ver escrito de demanda OBJETO: fs.36vta. 2° párrafo) y por daño moral, a la vez que la norma de derecho aplicable, en este caso la ley 23.592, obliga al discriminador a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que remite directamente a los parámetros del Código Civil y dicha reparación es determinada por el juez sobre la base de los elementos que se aporten en el proceso.

Es así que: "*Más allá de la naturaleza que se le atribuya a los llamados "salarios caídos", resulta de toda lógica que si el despido se ha anulado (Art. 1° Ley 23592), la relación de trabajo no se ha extinguido y tampoco ha sido interrumpida por razones atribuibles al trabajador o por otras que, de algún modo, justifiquen que se exima al empleador del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por lo que para la determinación de su cuantía debe estarse a lo que el trabajador injustamente apartado de su puesto de trabajo, debió haber percibido en caso de no haber mediado el acto nulo de despido*". (CNAT Sala II Expte N° 41.257/09 Sent. Def. N° 99.323 del 15/06/2011 "Rivero Cuello, Juan Eduardo c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ Juicio Sumarísimo").

En la misma línea: "*Por haber mediado causa de discriminación, el despido de la actora se trató de un acto nulo que debe ser dejado sin efecto restituyéndose las cosas al estado anterior, lo que en el caso supone la reinstalación efectiva de la trabajadora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes de la desvinculación, con más el pago de los salarios caídos y resarcimientos por los daños morales y materiales ocasionados.*" ("Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A UTE s/ Juicio Sumarísimo" CNAT Sala IX Exp. N° 11.296/09 Sentencia N° 16.920/ 11/04/2011).

"*La reinstalación ordenada corresponde sea hecha con percepción de los salarios caídos, desde la fecha del despido y hasta la efectiva reincorporación en la empresa de la demandada, siempre acorde a las particularidades del trabajo de temporada, con más sus intereses computados desde que cada suma fue debida de acuerdo con la tasa fijada en el fallo de grado*". (Sala II "Soto Aurora y otra c/ La Deliciosa S.A. s/ cobro de haberes", Exp. N° 469062/2012- Sentencia 25/07/2017).

"*En cuanto a la condena a abonarle al actor los salarios caídos desde la ruptura del vínculo hasta la efectiva reincorporación, cabe observar que constituye una lógica derivación de la nulificación de la medida rescisoria, pues lo resuelto en el punto por aplicación de la ley 23.592 y demás disposiciones citadas no implica ni más ni menos que –como dijera este Tribunal en otra ocasión- "… considerar la subsistencia del vínculo laboral y, por ende, de conformidad con lo normado por el art. 103 de la*

L.C.T., la procedencia de los salarios caídos hasta la efectiva reinstalación.." (cfr. CNTrab Sala IX, "Espinosa, Raúl Marcos c/ Fate S.A s/ Juicio sumarísimo", Sentencia Nro. 16.136/ 18/3/10 y "Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/reincorporación", Sentencia 23/05/2012- Cita on line: AR/JUR/25029/2012).

Corresponde entonces darle curso favorable a esta petición y a los efectos del cálculo para su devolución, se tendrá en cuenta el salario base de cálculo utilizado a fs.76 en oportunidad de su indemnización, esto es el monto de $ 22.370,85 a febrero/2013, por la cantidad de meses adeudados hasta su efectiva reincorporación, con más los intereses a la tasa activa del BPN determinada en el fallo de grado, que se devenguen desde que cada período mensual se adeuda hasta el efectivo pago.

Asimismo, y bajo apercibimiento de aplicar astreintes a favor del actor por la suma de $500 por cada día de retraso, la demandada deberá acreditar, dentro del plazo de 30 días de quedar firme el presente, haber realizado los correspondientes aportes a la obra social, sistema previsional y asociación gremial tomando como base el importe mensual de $22.370,85.

V.- Tratando ahora la apelación de honorarios formulada por el letrado del actor y efectuados los cálculos respectivos, conforme su actividad profesional como patrocinante, teniendo en cuenta las labores y las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, se concluye en que resulta ajustado a derecho elevar el porcentual de los

honorarios al 18% de conformidad con lo previsto por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39).

VI.- Por las razones expuestas propiciaré al Acuerdo que se rechace la apelación de la demandada, y haciendo lugar al recurso del actor, ampliar la sentencia que se confirma, incluyendo en la condena los salarios caídos, intereses y los aportes a la seguridad social en la forma establecida en los considerandos.

VII.- Hacer lugar a la apelación honoraria del patrocinante del actor, elevando el porcentual de los honorarios fijados en primera instancia en el 18%.

VIII.- Las costas devengadas ante esta alzada, serán a cargo de la demandada vencida (art.68 C.P. y 17 Ley 921), regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de los fijados para la instancia de grado (art. 15 de la L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 190/194, incluyendo en la condena los salarios caídos, intereses y los aportes a la seguridad social en la forma establecida en los considerandos que integran este pronunciamiento.

2.- Hacer lugar a la apelación honoraria del patrocinante del actor, elevando el

porcentual de los honorarios fijados en primera instancia en el 18%.

3.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (arts.68 C.P. y 17 Ley 921).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA