



NEUQUEN, 17 de Abril de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**MUÑOZ NELSON ALEJANDRO C/ TEXEY SRL S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES**", (EXPTE **JNQLA1 N°506906/2015**), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 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 17 de Octubre de 2018 (fs. 313/320 vta.), que hace lugar a la demanda contra Texey SRL y la condena abonar la suma de \$950.619,23 pesos con costas a dicha parte, en concepto de las indemnizaciones de los art. 80, 123, 156, 232, 233 Y 245 de la LCT, y la multa del art. 2° de la ley 25.323 y daño moral, la demandada interpone recurso de apelación.

II.-a) Recurso de la demandada (fs. 324/326).

Expresa que la sentencia de primera instancia ha entendido que el despido del actor es discriminatorio, haciendo valer una presunción sin prueba de los hechos que habilitan su configuración, en tanto no hay indicios suficientes e idóneos de que existió un motivo oculto y que sea discriminatorio.

Explica que se tiene por acreditada la discriminación gremial a través de un hecho ajeno a su parte, cual es la suscripción por parte del trabajador de un acta constitutiva de un sindicato de primer grado, del cual no tenían conocimiento alguno, ya que era un hecho ajeno, ocurrido fuera del ámbito de la actividad del establecimiento, en el cual, el sindicato de camioneros cuenta con sus propios delegados, que llevan adelante las actividades gremiales sin impedimento alguno.



Destaca no saber de la conformación del nuevo sindicato y que el ámbito de actuación del mismo incluyera su personal y que existieran empleados de su empresa que hubieran constituido y/o estuvieran afiliados a la nueva entidad.

Que de la prueba aportada a la causa, razona que no surgen hechos que tornen verosímil la presunción de que el despido obedeciera a motivos discriminatorios.

En forma subsidiaria y para el caso que se entendiera que asiste razón a la sentencia recurrida, se agravia por la cuantía del daño moral, que en su concepto, excede en mucho del peticionado en la demanda.

Finalmente se queja de la procedencia de la indemnización del art. 80 LCT, ya que su parte le hizo saber que estaban a su disposición en la sede de la empresa y jamás pasó a retíralos ni le fue denegada su entrega.

Solicita se revoque el fallo apelado, con costas.

II.-b) Contestación del actor (fs.328/329 vta.).

Requiere en primer término que se desestimen todos los agravios en los términos del art. 265 del CPCyC y se declare la deserción de la apelación conforme el art. 266 del CPCyC.

En respuesta al primer agravio detalla que en autos se ha comprobado que al momento del despido, el actor se encontraba participando de la constitución de la Asociación de Camioneros Unidos del Petróleo (A.C.U.P.) y es por ello que resultaba carga de la demandada, acreditar que el despido obedeció a otras causales no sindicales, conforme los antecedentes jurisprudenciales que se citan en el fallo de grado.

Sobre el monto del daño moral que el demandado considera desproporcionado, destaca que no expone las razones concretas que lo llevan a concluir con tal petición.

En cuanto al agravio sobre la sanción del art. 80 LCT, manifiesta que pese a que expresan que el certificado



estaba a disposición de actor y que no pasó a retirarlos; ni siquiera lo traen a juicio, con lo cual infieren que tal argumento cae por el propio peso de los hechos, debiendo rechazarse la queja.

Peticiona el rechazo del recurso en toda su extensión, con costas.

III.- A.- Entrando al estudio del caso, se observa que la sentencia que se cuestiona, considera que a partir de un despido sin alegación de causa (fs.14) y en virtud de la falta de pago de las indemnizaciones derivadas del mismo, determina su liquidación final, conjuntamente con la percepción de las multas de los arts. 80 de la LCT y 2 de la Ley 25.323.

A su vez, encuentra acreditado que el trabajador fue despedido en el marco de una actitud discriminatoria estableciendo un resarcimiento por daño moral.

B.-Que en el primer agravio el demandado sostiene que el despido del actor no fue un acto discriminatorio, en tanto no hay indicios de que así haya resultado.

Lo cierto es que a poco de analizar la prueba documental y testimonial de la causa, nos encontramos frente a un "Despido-Represalia producto de una acción iniciada" que en forma concomitante produce el despido sin causa o con una causa aparente. Resultan ser decisiones extintivas del empleador adoptadas como sanción o escarmiento por el ejercicio por parte del trabajador de determinados derechos.

Los despidos producidos de esta forma gozan de la calidad de "Discriminatorios" en virtud de las disposiciones del art. 16 de la Constitución Nacional y por las Declaraciones y Convenciones Internacionales a las que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional, art. 1º de la ley 23.592 y art. 17 Ley de Contrato de Trabajo.



La inclusión como acto discriminatorio se encierra dentro de los supuestos a que hace referencia el art. 1° de la Ley 23.592 (se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza.....ideología, opinión política o gremial...).

Es por ello que, ante un tratamiento desigual por el cual se procura derechos laborales, el trabajador se adscribe a un determinado grupo o categoría social.- Ello presupone la existencia de una regla social implícita de discriminación por pertenencia a ese grupo del que participa objetivamente el trabajador reclamante (cfr. Leonardo Calvó abogado

laboral (<http://elrojodeltrabajador.blogspot.com/2016/11/despido-represalia-cuando-el-trabajador.html>).

Ahora bien, estimo oportuno, inicialmente, dejar establecido que el despido incausado o arbitrario no es un acto ilícito penalmente reprochable, sino que es un ilícito contrario a la Ley de Contrato de Trabajo, y en tal contexto, no todo distracto laboral es discriminatorio; por ende, cuando se invoca la existencia de tal agravante se requiere de la máxima precisión posible en el relato de los hechos de los cuáles surgiría la real razón de la ruptura del vínculo contractual.

Conforme lo reseñado, la suficiencia de términos en que quedó planteado el agravio, habilita el cotejo acerca de si la situación generada entre el actor y la demandada encuadra en las prescripciones de la Ley 23.592, para confirmar el rechazo del rubro o justificar la condena a indemnizar, reparando el daño moral.

En tal cometido, corresponde señalar que como hecho fundante de la acción, que el juez de instancia tuvo en cuenta para hacer lugar a la demanda, es la documental remitida por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad



Social de la Nación (en 166 hojas y agregada por cuerda), dado que del mismo se desprende que el 04/05/2015 fue conformada por el demandante (entre otros compañeros), el acta fundacional de la "Asociación Camioneros Unidos del Petróleo-A.C.U.P.)" y que contemporáneamente, el 27/05/2015, la demandada procedió a despedirlo sin invocación de causa.

Sin duda que tal acontecer constituye el primer "indicio" en punto a que el accionante fue despedido en el marco de una actitud netamente discriminatoria por parte de la empleadora, con motivo de haber integrado el grupo de trabajadores que dio inicio a la formación de un nuevo sindicato, lo cual constituye un acto discriminatorio tutelado, precisamente, por la normativa antidiscriminación del art. 1 de la Ley 23.592.-

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"*.

Recientemente esta Sala III ha tenido oportunidad de expedirse sobre esta norma en las causas: **"Salinas Jessica Pamela c/Martínez María Agustina s/ Cobro de Haberes"** (Expte. n° 502919/2014 -Sentencia del 17/04/2018- y **"Sobarzo Santiago Bernabé c/ Junker S.R.L. s/Despido p/ Causales Genéricas"**,



JNQLA1 Exp.Nº505740/2015, Sentencia del 28/02/2019) analizando su forma de interpretación.

Lo cierto es 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 c/ Tadelva SRL y otros s/amparo" (Sent.20/05/2014, L.L.10/06/2014, ED 01/07/2014, Sup. Const. 2014, AR/JUR/15946/2014).

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".

Continúa razonando la Corte: "...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 verosíblemente 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 trato discriminatorio.

Con este claro marco jurídico y analizando la posible naturaleza represalia /discriminatoria del despido en crisis, por el cual el actor invoca como "**indicio**" la contemporaneidad ya analizada, anticipo la conclusión del análisis en punto a que aquél acreditó la existencia de presunciones para calificar de discriminatoria la conducta del empleador porque constituyó una represalia la decisión empresarial tomada contra su intención de constituirse en una nueva asociación sindical y que tales datos objetivos, resultaron precisos e idóneos en el sentido invocado.

Que de las declaraciones del testigo José Medele (fs.231) se encuentran indicios razonables y suficientes para presumir la discriminación alegada por parte de la empresa al despedirlo sin causa.

El mismo es contundente cuando expone que padeció idéntica situación que el actor al ser despedidos sin causa alguna, porque la empresa se fue enterando de la constitución de una nueva asociación gremial de camioneros y que los "*marcaron, dejándolos de lado*" a la vez que se produjeron como diez despidos iguales, de todos los compañeros que participaron en las asambleas constitutivas.

A su vez agregó, que la empresa se enteró de esta situación, porque ellos hacían las reuniones en el portón de la entrada al establecimiento y los supervisores de Texey SRL informaron a la gerencia, e inmediatamente comenzaron a llegar los telegramas del despido a los asambleístas.

Finaliza su exposición, asegurando que el jefe de recursos humanos de la empresa demandada le comentó que el despido fue a raíz de esta situación y que el Sindicato de Camioneros, influyó con la empresa para que se los despidiera a los fines que no haya otra asociación gremial similar en el establecimiento.



Con esta declaración, se logra demostrar los **elementos de hecho o indicios graves, precisos y razonables de carácter objetivo** en los que se funda la ilicitud del acto, a la luz de los principios y reglas delineados según los estándares de la CSJN, los cuales, resultan unívocos, proporcionando certeza al ánimo de este Juzgador, ante la omisión total del demandado de producir prueba alguna que lo desvirtúe, al no demostrar la falta total de relación entre la actividad gremial que intentaba el accionante y la decisión extintiva.

La correlación temporal entre la acción del mismo, seguido de su inmediato despido, permite establecer, indiciariamente, una relación de causa-efecto entre esos hechos, creándose así una apariencia o sospecha de que el despido impugnado ha resultado una represalia del empleador, dirigida a desprenderse de un trabajador con motivo de su actividad sindical.

Quedó así acreditado que la empresa obró con negligencia y violó los deberes de comportamiento y buena fe en detrimento del actor (art. 62 y 63 LCT) que a la fecha de la ruptura laboral, tenía una antigüedad de 9 años en la misma, como para justificar el daño moral solicitado.

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*" (cfr. Elías, Jorge en "La onda expansiva del despido discriminatorio" RDL, 2008-2, p. 86).



C.- Por último, cabe destacar, que la doctrina de "Pellicori" ha sido ratificada por la nueva integración de la CSJN durante el año 2018, en sendos pronunciamientos "Farell, Ricardo D. c/ Libertad S.A. s/ despido" 6-2-2018 y "Varela, José Gilberto c/ Disco s/ amparo sindical" 4-9-2018.

En el último de los precedentes citados, expresó "*La sentencia que rechazó el reclamo dirigido a obtener la nulidad de un despido de un trabajador que realizaba actividad sindical, con fundamento que la Ley 23551 solo protege a los representantes gremiales, es arbitraria, pues el Superior Tribunal Provincial, no consideró material probatorio que daba cuenta de la desvinculación obedeció al ejercicio de derechos sindicales que mostraban el apoyo de sus compañeros de trabajo a los reclamos por él iniciados y al conocimiento de la empresa de la gestión que él realizaba*".-

"Cuando se discute si el despido obedece a un motivo discriminatorio, se lo considerará probado si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón, y en ese caso el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación".

Por todos los fundamentos expuestos, no cabe más que desestimar esta queja que configuró un claro ilícito extracontractual, cuyas consecuencias deben repararse al margen de la tarifación prevista en la LCT.

C.- Con relación a la queja sobre la cuantía indemnizatoria justipreciada en concepto de daño moral, esta Sala III tiene postura sentada en diversas causas, entre ellas "Sobarzo" a cuyos fundamentos me remito por razones de economía procesal y en mérito a la brevedad, donde, a fin de buscar un parámetro objetivo de aplicación a todas las causas similares, se expresó, que en principio la reparación del rubro resulta del equivalente a la indemnización por despido incausado (art. 245 LCT) determinada en la sentencia de grado.



Así, efectuados los cálculos pertinentes, en este caso concreto el reclamo se cuantificará en la suma de **\$ 247.234,14.-**

D.- Finalmente, con respecto agravio relativo a la aplicación de la sanción dispuesta en el art. 80 de la LCT, con motivo de la falta de entrega de los certificados laborales, en tanto aduce haberlos puestos a su disposición en la empresa sin que el actor acredite que se presentó a retirarlos o le fuera negada su entrega, tal queja del vamos, no tendrá acogida favorable.

Ello toda vez que, no solo omite traer los certificados a juicio tal como lo resalta la actora en su escrito de contestación, sino que tampoco lo hizo en sede administrativa (fs.237/257) de modo que, teniendo en cuenta que se cumplió con el plazo de treinta días desde la extinción del vínculo laboral (27/05/2015, fs. 14) -dispuesto por el art. 3 del decreto n° 146/01, reglamentario del art. 45 de la ley 25.345- para intimar fehacientemente a su empleador a que le haga entrega de las certificaciones laborales correspondientes (TC fs.17), es que resulta correcta la indemnización fijada en el resolutorio cuestionado, rechazándose la apelación en este aspecto.

IV.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio **1.-** Rechazar parcialmente el recurso interpuesto por la demandada contra la sentencia de fs.313/320.- **2.-** Hacer lugar a la reducción de la cuantía del daño moral y en consecuencia MODIFICAR el monto de la sentencia en la suma de \$840.737,39.- **3.-** Condenar a la demandada a la presentación del certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones de conformidad con lo establecido en el considerando V del presente fallo, y bajo el apercibimiento dispuesto en el punto IV del fallo de primera instancia -fs.320.-



5.- Costas en la Alzada a cargo del recurrente vencido (arts. 17 Ley 921 y 68 CPCyC), a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales en el 30% de los fijados en primera instancia (art. 15 de la L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA III**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de grado (313/320 y vta.) en los términos de los considerandos respectivos que integran la presente, y condenar a la demandada, asimismo, a la presentación del certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones de conformidad con lo establecido en la presente, bajo el apercibimiento dispuesto en el punto IV del fallo de primera instancia -fs.320.-

2.- Imponer las costas en la Alzada a cargo del recurrente (arts. 17 Ley 921 y 68 CPCyC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA