



NEUQUEN, 25 de Julio de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SOTO AURORA Y OTRA C/ LA DELICIOSA S.A. S/ COBRO DE HABERES"**, (JNQLA5 EXP N° **469062/2012**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 269/276, que hace lugar a la demanda condenando a La Deliciosa S.A. a abonar a las actoras Aurora Soto, Sonia Beatriz Caso y Norma Haydee Mellado la suma de \$ 56.420 (correspondiendo la suma de \$ 15.672,22 a cada una en concepto de importe indemnizatorio), apelan las actoras a 284/286 y la demandada a fs. 281/283 vta., cuyos traslados ordenados a fs. 287, son contestados a fs. 289/291, solo por las actoras, quienes solicitan su rechazo con costas.

II.- **Agravios de parte actora:** apunta al rechazo de la reinstalación en el puesto de trabajo criticando que la a-quo haya rechazado tal solicitud fundado en la transferencia del establecimiento, la cual fue mencionada en el escrito de demanda en base a transcendidos solamente, y tampoco fue acreditada la imposibilidad de reinstalación.

Asimismo, se agravia por el importe de condena, fijada tomando como pauta el art. 182 de la LCT, cuando fue solicitado el equivalente a los haberes que se dejaron de percibir, desde al fecha del acto discriminatorio hasta la reinstalación.

Cita precedente de esta Cámara en autos "Cabrera" (Expte. N° 308105/4) y "Lobo" (Expte. N° 448957/11),



expresando que al jueza de grado se aparta de dichos criterios sin mayor argumento para establecer una indemnización equivalente establecida en el art. 182 LCT.

Subsidiariamente, plantea que el art. 182 de LCT habla de un año de remuneraciones y no de las remuneraciones percibidas en un año, que es este el que aplica, solicitando readecuación.

Finalmente, manifiesta que el monto de daño moral que fuera reclamado por su parte en la demanda y luego determinado por el juez de gado, para el caso de ajustarse las indemnizaciones sea recalculado, conforme los nuevos montos que se fijen de la indemnización pretendida.

III.- Agravios de la parte demandada: manifiesta que si bien la a-quo expresa que la pretensión de la actora es excepcional, valora la declaración de testigos haciendo prevalecer los dos testimonios de dos representantes gremiales, por sobre los restantes, sin merituar que resulta llamativo que de existir el temor indicado no se hayan realizado gestión alguna de índole administrativa, judicial o meramente gremial.

Expresa que a la fecha indicada no se registra número de despidos diferente o significativo que denote una persecución a quienes se manifestaren reclamando diferencias salariales.

Dice que si la actitud de la empleadora como afirman las actoras consistiere en perseguir o amedrentar a quienes formulan reclamos, estas personas deberían ser objeto de represalias, también, y que ello no es así por la razón de que La Deliciosa S.A. no persigue a ninguno de sus dependientes ni toma represalias por reclamos.

Sostiene que el informe referido en la sentencia acredita altas y bajas de personal en razón de las necesidades



de la empresa e inclusive se acredita la existencia de otras bajas en el mismo periodo en que se dispusiera el despido de las actoras mencionando más de 15 operarios.

Invoca que al no ser las únicas desvinculadas de la empresa ni la circunstancia del despido difiere de situaciones similares en años precedente, tales despidos no se encuentran revestido de ninguna característica extraordinaria.

IV.- Entrando al estudio de los recursos, por una cuestión metodológica, abordaré en primer lugar el interpuesto por la empresa demandada y que se relaciona con la conclusión de la magistrada referida a que los despidos de las actoras han sido discriminatorios.

Al respecto y sobre el encuadre jurídico, me expedí recientemente, en la causa **"Domínguez"** (Expte. N° 470.745/12, del 16/05/17), donde sostuve que;

"...tal como señalé en el precedente N° 417952/2010 del 23 de abril de 2015:

"Al respecto, cabe señalar que tratándose de un despido encuadrado normativamente en la ley 23.551 y 23.592, la cuestión de la carga probatoria adopta un matiz diferenciado y en ocasión de analizar un caso de aristas similares, aludiendo a la doctrina de la Corte Suprema, señalaba: "...corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados -por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional- y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 -2009-, y otros). Corpus éste que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en



cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto."

"En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional..."

"...cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo "cabalmente". Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado "prima facie" que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente..."



"7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo ... En tal sentido, advirtió que "uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido" (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, "es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" ... Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, "la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo" (ídem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una "importancia fundamental en toda discriminación alegada", dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios [...]" (párr. 225), para concluir en que, de todo ello, "se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de



la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación [...]” (ídem).

“9º) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior, es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, ... ese tribunal tiene juzgado que “cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada” (STC 17/2007, sentencia del 12 de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas).”

“...a modo de conclusión, 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. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica...”



"Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado." (C.S.J. N.- P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal • 15/11/2011)

"En tal sentido y por aplicación de la doctrina de la Corte, el actor debía probar que los hechos que lo llevaron a considerarse despedido se inscriben "*prima facie*" en un acto que puede calificarse como discriminatorio." ("P.C.A. contra P.E. S.A s/ Despido x otras causales", 19/12/2013-Sala II)."

"En similar postura, la Sala I ha indicado en los autos 474020/2013 del 22 de marzo de 2016 que:

"Cabe agregar que esta Alzada ha sostenido que:

"Tampoco resultan procedentes los reparos relativos a la falta de acreditación fehaciente de la conducta discriminatoria."



"No debe olvidarse que en casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y a no sufrir persecuciones o represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la Suprema Corte en la causa "Pellicori", reiterada en fecha reciente en autos "S.M.G"."

"En el primer precedente, el Máximo Tribunal 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. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado." (C.S.J.N., "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos 334:1387)."

"Esta tesitura es la que inspiró lo decidido recientemente en la causa "S.M.G.", al señalar: "Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a



la diferencia de trato está en la mente de su autor, y "la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7º).

"Para compensar estas dificultades, en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente 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" (conf. considerando 11).

"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).

"Luego, toda vez que la valoración de la prueba rendida se llevó a cabo respetando el estándar probatorio elaborado por la Corte Suprema, entiendo que corresponde confirmar el fallo de grado: los hechos probados configuran indicios suficientes, precisos y concordantes que logran persuadir acerca de que el despido dispuesto por la demandada constituyó una represalia y un acto discriminatorio, precisamente por la actividad gremial llevada a cabo por el actor", ("LOBO SILVIO C/ CENCOSUD S.A. S/ SUMARISIMO" EXP N° 448957/2011).



Trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa, advierto contrariamente a la interpretación que efectúa la a-quo, que de los elementos de prueba no surgen indicios, para activar la inversión del *onus probandi* a cargo de la empleadora.

Es decir, teniendo en cuenta que las actoras invocaron que el despido que decidiera la patronal sin causa fue una "represalia laboral" por el reclamo judicial que interpusieran (conf. autos **"Mellado Norma y otros C/ La Deliciosas/ cobro de haberes"** (Expte. N° 401.633/09, iniciada el 03/11/09, los cuales tengo a la vista, dada la remisión que da cuenta la nota actuarial de fs. 314), para frenar la ola de reclamos por diferencias salariales de muchos empleados (conf. lo expuesto en 17 4° y 5° párrafo y 17 vta. 1°, 2° y 3° párrafo) ya que tal despido les fue comunicado por carta documento (obrante a fs. 4, 5 y 6), a los tres días de notificada la empleadora de aquélla acción, no comparto que esta contemporaneidad por sí sola alcance para inferir que hubo una sospecha de discriminación, tal como deduce la a-quo.

Devis Echandía expone que indicio es *"un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio de que aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de al experiencia o en principios científicos o técnicos"* (Teoría General de la prueba judicial, T. II, p. 600).

Ahora bien, el Sindicato de Obreros de Empacadores de Fruta de Río Negro y Neuquén (a fs. 85 y 100), informa que "se ha registrado del despido represalia de las compañeras Aurora Soto, Sonia Caso, Laura Vázquez y Norma Mellado, quienes a consecuencia de sus reclamos de haberes caídos fueron despedidas, generando dicho despido en el resto de los empelados del galpón temor a ser despedidos al efectuar cualquier reclamo salarial", y en razón de que tal informe



excede el contenido de la prueba informativa, disiento con el valor que le otorga la magistrada.

En efecto, el art. 396 del Código Procesal encuadra la prueba de informes estableciendo que "Procederán, únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante", agregando Devis Echandia que "lo cual significa que no tiene mas eficacia que la que a esos documentos les corresponde, es decir, que es una manera de aportar al proceso esa prueba documental, si se copia, o de rendir testimonio de su contenido" (ob. Citada, . p. 600).

En función de ello, surge que de las constancias mencionadas, pareciera que el Sindicato emite una opinión, puesto que ninguna referencia hace a documentación o registros de su institución, ni siquiera alude a cuántos reclamos hubo, y si los hubo, tampoco ninguna referencia temporal. Solo efectúa una valoración de que el despido fue una represalia, sin mayores fundamentos, cuando le fue requerido a través de la prueba ordenada fue "informar si en dicho sindicato se han recibido o gestionado reclamos por sanciones o despidos en el ámbito de la empresa La deliciosa S.A."

Por lo que ante la ausencia de alguna constancia que respalde el contenido enviado, no considero que esta prueba tenga validez alguna para abonar la argumentación del despido por represalia.

Otro tanto puede decirse respecto de la prueba testimonial, ya que no encuentro elementos que me permitan dar mayor credibilidad a los tres testigos que resultan tener funciones gremiales de los otros tres que son dependientes de la demandada.

Así, la testigos Montenegro (a fs. 130/131, dependiente de la empresa desde el año 2004), sostuvo que "Se



podían hacer reclamos, nos juntábamos en las asambleas cuando teníamos que formular algún reclamo”.

El testigo V. (a fs. 132 y vta., dependiente desde 1997), sostuvo “En temporada somos 140 personas trabajando aproximadamente y contamos con dos delegados uno para cada empaque. Cuando hay algún reclamo el obrero busca al delegado y el delegado va a la oficina y busca al jefe de recursos humanos y le plantea el reclamo de cada persona. Tiene después respuesta de la empresa. No se que haya despidos por haberse hecho reclamos” ... “Cuando empieza la temporada y se arregla el tema de sueldo, hay asamblea de los delegados, los obreros y la parte del personal. Así se arregla”.

Por su parte, el testigo S. (a fs. 133y vta., dependiente desde 1968), relató “No se como se hacen los reclamos, yo estoy en la planta y no en la administración. Ignoro si el personal tiene temor de ser sancionado o despedido en caso de un reclamo. En la temporada y postemporada hay un delegado del gremio”. Respondió negativamente respectó de haber efectuado algún reclamo ante la empresa, aunque aclaró “Pero si tuviera que hacerlo, no tendría temor en hacerlo”.

Advierto que lo mencionado por estos testigos, en cuanto a la modalidad del reclamo, coinciden en que los reclamos por falta de convocatoria o días caídos se efectuaban a través de los delegados gremiales. Sin embargo al declarar A. (a fs. 217 y vta., secretario general del gremio), dijo que las actoras lo fueron a ver **luego de despedidas**, “nos fueron a ver al gremio. Lo vieron al Dr. Fernández” ... “la empresa tiene que convocar de acuerdo a la antigüedad y categoría. Normalmente se hace el reclamo y se soluciona porque esta la lista de antigüedad y sino tiene que pagar días caídos. Cayeron al gremio con el telegrama...”. (La negrita me pertenece).



Si bien el testigo expresa que lo que ocurrió con las actoras es que cesaron algunos reclamos por parte del personal, por temor a ser despedidos, resulta una expresión muy genérica atento la falta de mayores precisiones. No especifica cuántos trabajadores, ni qué reclamaron, y si hubo desistimientos en los reclamos; además de que ninguna gestión llevó a cabo en nombre de las actoras, como para asegurar que el despido de las mismas se debió a una represalia, ya que se enteró de situación una vez comunicado el despido.

Otra tanto puede decirse respecto de las declaraciones de A. L. (a fs. 218 y vta.), quien reviste el cargo de tesorero de la seccional del sindicato de la fruta, y efectúa consideraciones generales de lo sucedido con las actoras, de lo que surge la falta de participación del sindicato.

S. (a fs. 219y vta.), delegada gremial, si bien dice que hizo un reclamo al capataz, tampoco queda claro en qué consistió seguidamente su gestión ni ante quién, ya que el secretario gremial no sabía de la situación hasta el despido.

Con respecto al contenido de tanto del informe de altas y bajas del personal emitido por AFIP (conforme fs. 30/62) como el del perito contable 205/207, considero que en función de lo hasta aquí dicho respecto de las restantes pruebas, no puede extraerse un reproche hacia la demandada.

Por lo tanto, y ante la falta de elementos más concretos y específicos que rodearan el despido sin causa de las actoras, más allá de la contemporaneidad del reclamo judicial que tramitara bajo expte. N° 401633/09, no encuentro elemento de prueba que me permitan efectuar una operación lógica para concluir que el despido efectuado tuvo connotaciones de represalia laboral y que por lo tanto debe considerarse discriminatorio; razón por la cual considero que



corresponde hacer lugar al recurso de al demandada, revocando la sentencia y en consecuencia, dejando sin efecto tal decisión al respecto.

Tal como lo sostuviera en la causa "Domínguez", ya mencionada *"la decisión de despedir sin invocación de causa es una facultad que tiene el empleador, pero que ello no importa la inexistencia de razones para la toma de la decisión pudiendo haber estimado que ella era la decisión mas conveniente por las razones que fueran."*

V.- En virtud de la decisión a la que he arribado, deviene abstracto el tratamiento del recurso de las actoras.

VI- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo, se haga lugar al recurso de la parte demandada y en consecuencia, se revoque la sentencia dictada a fs. 269/276vta., rechazándose la acción en todas sus partes. Costas de ambas instancias a las actoras atento su calidad de vencidas (arts. 17 y 54 ley 921 y art. 279 del Código Procesal). Asimismo, dejar sin efecto la regulación de honorarios en la instancia de grado, procediendo a una nueva regulación y los de Alzada en base a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Disiento con la solución propiciada por el señor Vocal preopinante.

Si bien comparto el desarrollo conceptual que se hace en el voto que antecede en orden al despido discriminatorio, entiendo que las actoras han generado aquella presunción objetiva respecto de la existencia de una motivación discriminatoria en el despido sin causa comunicado a las demandantes, que dispara la inversión de la carga de la prueba; en tanto que la demandada no ha logrado demostrar que



la decisión rupturista del contrato de trabajo tuviera razones que destruyan la presunción de discriminación.

El Convenio n° 158 de la OIT, que aborda la extinción del contrato de trabajo establece que no constituirá causa justificada para la terminación del contrato de trabajo, entre otras, presentar una queja o participar de un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.

Si bien el Convenio n° 158 no ha sido ratificado -aún- por la Argentina, jurisprudencialmente hace ya tiempo que viene sancionándose el denominado despido represalia, que engloba a aquellas decisiones extintivas que adopta el empleador a modo de sanción o escarmiento por el ejercicio, por parte del dependiente, de determinados derechos.

Partiendo del fallo dictado en autos "Parra Vera c/ San Timoteo S.A." (CNAT, Sala V, 14/6/2006, LL 2006-D, pág. 217), los tribunales del trabajo han ido incorporando la figura del despido represalia como una variante del despido discriminatorio.

En el ya citado precedente "Parra Vera" se concluyó en que el despido de la trabajadora obedeció verosímilmente a su ejercicio de los derechos de libertad sindical a fin de resistir el cambio de horario pretendido por la empresa para el sector donde prestaba servicios, denunciando el intento de modificación ante el sindicato y la comisión interna, *"pues los hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión dirigida a desprenderse de quién había instado activamente la acción sindical, máxime cuando dicho despido fue contemporáneo al archivo del último expediente administrativo"*.



La Sala IV de la misma Cámara de Apelaciones señaló en autos "Lescano c/ Ingeplam S.A." (31/8/2009, LL 70055416) que *"la correlación temporal entre la declaración testimonial y el despido permite establecer, al menos indiciariamente, una relación de causa-efecto entre ambos hechos, creándose así una apariencia o sospecha de que el despido impugnado puede ser una represalia del empleador motivada por aquél testimonio... La empleadora no ha logrado demostrar que el despido haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la represalia, así como que aquellas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador"*.

Nuevamente la Sala V de la CNAT, al fallar la causa "Galimany c/ CityTech S.A." (20/4/2011, LL AR/JUR/12862/2011) entendió que debe reputarse discriminatorio el despido de un trabajador *"si quedó acreditada la existencia de una cercanía cronológica entre un reclamo colectivo que encabezó y la decisión de despedirlo sin expresión de causa, lo cual permite deducir que ésta obedeció verosímilmente al ejercicio de derechos... máxime cuando no se acreditó la presencia de otras causas para desvincularlo"*.

En autos la contemporaneidad entre la notificación de la demanda entablada por las trabajadoras en el expediente n° 401.633/2009 que tengo a la vista, y la comunicación del despido sin expresión de causa es evidente.

A fs. 69/vta. del expediente n° 401.633/2009 obra la cédula de notificación de la demanda, la que fue diligenciada con fecha 24 de noviembre de 2009; en tanto que las piezas postales que comunicaban el despido sin causa



fueron despachadas el día 27 de noviembre de 2009, tres días después de notificada la demanda.

Existe además otro indicio objetivo y es que el despido se realizó respecto de las trabajadoras que habían entablado la demanda laboral, despachándose las cartas documentos el mismo día y con el mismo texto.

Del expediente n° 401.633/2009 surge que la demanda fue entablada por Norma Haydee Mellado, Laura Gladis Vázquez, Sonia Beatriz Caso y Aurora Soto. En tanto que el despido sin expresión de causa (con cartas documentos despachadas el mismo día y con idéntico texto) fue decidido respecto de Norma Mellado, Sonia Caso y Aurora Soto.

Estos hechos generan una fuerte presunción respecto a que el despido de las trabajadoras de autos estuvo motivado en la promoción de una demanda laboral contra su empleador.

Frente a esta presunción, y como lo adelanté, la demandada no ha logrado acreditar la existencia de otros motivos diferentes a la represalia.

De la documental de fs. 31/62 vta. surge que en el establecimiento de la demandada existe mucha rotación de trabajadores, siendo frecuentes los egresos, pero la gran mayoría de estos movimientos se registran respecto de trabajadores con categoría de mozos de labranza y peones agropecuarios y agricultores y trabajadores calificados de plantaciones de árboles y arbustos, pero no con relación a operarios especializados como los de clasificación de fruta, que era la categoría de las actoras.

Otro elemento que distingue el despido de las demandantes de los egresos de los trabajadores de fs. 31/62 vta., es la escasa antigüedad en el empleo de estos últimos (como máximo un año de trabajo). Por su parte las actoras



ingresaron al establecimiento de la demandada el día 24 de enero de 2002 (ver recibos de haberes obrantes en el expediente n° 401.633/2009), por lo que a la fecha del despido superaban ampliamente la antigüedad del personal cuyos egresos se registran a fs. 31/62 vta.

Los testimonios de los empleados de la demandada, quienes manifiestan no sentirse inhibidos para formular reclamos a su empleadora y dan cuenta del proceder habitual en esos casos no constituyen una prueba que pueda desvirtuar la presunción de existencia del despido represalia, desde el momento que éste no requiere que la intención de generar miedo en los restantes integrantes de la planta de personal se concrete efectivamente.

En definitiva no encuentro, como lo adelanté, que la demandada haya acreditado un razón valedera para despedir a las trabajadoras de autos, distinta a la intención de sancionar la conducta de aquellas en orden a plantear judicialmente un reclamo contra su empleadora.

Consecuentemente, entiendo que debe confirmarse el fallo de grado en cuanto tiene por configurado el despido discriminatorio.

II.- En atención a lo dicho en el apartado anterior, corresponde analizar los agravios de la actora.

En primer lugar la parte demandante se queja por el rechazo del pedido de reinstalación de las actoras en sus puestos de trabajo.

Es cierto que la petición de las trabajadoras sobre el tema es poco clara, ya que en el apartado OBJETO de su demanda reclaman la reinstalación (fs. 16), pero luego, a fs. 24 vta., y conforme lo señala la a quo, sostienen que ello no es posible como consecuencia de la venta del establecimiento. Pero, la demandada nada dice sobre la venta



del establecimiento al contestar la demanda, ni tampoco la denuncia a lo largo del proceso.

De ello se sigue que la duda debe resolverse a favor de la vigencia del reclamo de reinstalación.

Sobre este tema sostuve en autos "Torres c/ Jumbo Retail Argentina S.A." (expte. n° 448.839/2011, P.S. 2015-IV, n° 86) 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 jus cogens. Análisis crítico de la calificación del derecho a la no discriminación como jus cogens 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 jus cogens 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".

"Esta entiendo que es, en definitiva, también la posición asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la causa "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú" - sentencia del 7 de febrero de 2006- la Corte ha explicado que, en materia de derechos humanos, las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos material e inmaterial, debiendo guardar relación con las violaciones declaradas en la sentencia. En ese mismo fallo la Corte ordena el cumplimiento de las sentencias que disponen la reinstalación de los trabajadores en sus puestos de trabajo, y ante la persistencia del incumplimiento es el Estado quién está obligado a restablecer en dichos puestos a las víctimas y, si esto no fuera posible, a brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos, y sólo ante la imposibilidad de concretar la reposición de los trabajadores en sus puestos de trabajo u otros, determina el pago de una indemnización pecuniaria.



Igual criterio sustentó la CIDH en la causa "Baena, Ricardo y otro vs. Panamá" (sentencia del 2 de febrero de 2001).

"De los precedentes señalados se sigue que la CIDH otorga alternativas a la orden de reinstalación en el puesto de trabajo. Si la patronal accede se procede a la reincorporación del trabajador; caso contrario se coloca en cabeza del Estado la ubicación laboral del damnificado en condiciones similares a las que tenía antes del acto discriminatorio, y ante la imposibilidad de implementar esta alternativa se habilita la reparación económica.

"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)".

Por ende, siendo discriminatorio el despido de las trabajadoras, corresponde determinar su nulidad y consecuente reinstalación de las actoras en los puestos de trabajo que tenían con antelación a la ruptura unilateral del contrato de trabajo.

III.- 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.

En este aspecto asiste razón a la parte actora en orden a que no corresponde la aplicación del art. 182 de la



LCT, dado que dicha norma contempla un supuesto distinto al de autos, por lo que no puede ser tomada para resolver la presente litis, ni aún a título supletorio ya que lo que la ley 23.592 dispone en su art. 1º es la reparación del daño material producido por el acto discriminatorio, y éste no es otro que el derivado de la no percepción de los salarios.

Conforme lo he señalado, la liquidación de los salarios caídos debe tener en cuenta la extensión de la temporada durante cada año comprometido en la operación, y el trabajo de post temporada si es que el mismo existió, y en su caso, las trabajadoras demandantes debieron ser llamadas en razón de su antigüedad.

En cuanto al daño moral y toda vez que éste ha sido fijado en un porcentaje sobre la indemnización del daño material -extremo que llega firme a esta instancia- ha de ser entonces liquidado computando el 20% sobre el monto resultante para la reparación del daño material para cada una de las actoras, excluidos los intereses que se devenguen sobre el capital.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y hacer lugar a la queja de la parte actora.

En consecuencia se revoca parcialmente el fallo recurrido, dejándose sin efecto la condena al pago de la suma de \$ 56.420; y se condena a la demandada a la reinstalación de las actoras en sus puestos de trabajo, y al pago de los salarios caídos con más sus intereses, liquidados de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde que cada suma es debida, y un 20% del capital resultante para la reparación del daño material (excluidos los intereses) en concepto de indemnización del daño moral con más los intereses fijados en el fallo de grado, todo dentro de los diez días de



quedar firme la presente; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art.68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. C. A. F. y A. M. L., en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Fernando M. GHISINI, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la **Dra. Patricia CLERICI**, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II, POR MAYORIA**

RESUELVE:

I.- Revocar parcialmente el fallo de fs. 269/276, dejándose sin efecto la condena al pago de la suma de \$ 56.420, y condenar a la demandada a la reinstalación de las actoras en sus puestos de trabajo y al pago de los salarios caídos con más sus intereses, liquidados de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén desde que cada suma es debida, y un 20% del capital resultante para la reparación del daño material (excluidos los intereses) en concepto de indemnización del daño moral con más los intereses fijados en el fallo de grado, todo dentro de los diez días de quedar firme la presente; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

III.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

IV.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

suma que se determine para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando M. Ghisini
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA**