



NEUQUEN, 28 de febrero de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"SOBARZO SANTIAGO BERNABE C/ JUNKER S.R.L. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (JNQLA1 EXP N° 505740/2015), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

I.- Que a fs. 225/228 vta. obra el memorial del actor fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de Mayo de 2018 (fs. 213/221) por la que, con expresa imposición en costas a la vencida, condena a la empleadora al pago de la suma \$116.818,89 por rubros indemnizatorios de un despido que se determinó incausado y multas del art. 80 de la LCT y art. 2 de la ley 25323.

Funda su cuestionamiento en que se omitió incluir el SAC sobre la integración del mes del despido y como parte de la mejor remuneración normal y habitual que se considera para liquidar la indemnización por antigüedad y su influencia en los demás rubros y multas reclamadas; que el juez de grado basó su resolución en un fallo plenario de la CNAT ("Tulosai") que carece de toda obligatoriedad en la Pcia. de Neuquén; que existe doctrina de nuestro TSJ de Neuquén en la materia, el que por una razón de economía procesal, debería ser meritudo por el sentenciante, y cita el precedente "Reyes Barrientos" con fecha 16/06/2016 en el que se decidió su inclusión; que en función de la obligatoriedad material que tienen los fallos del máximo tribunal provincial en la inteligencia de los establecido por el art 15 inc. d de la ley 1406, impugna lo resuelto en la instancia de grado, por apartamiento de dicha doctrina; y solicita se haga lugar al planteo por la incidencia que tiene sobre la liquidación de los arts. 245 y 80 LCT, y multas de la ley 25323.



De igual modo solicita que se calcule el SAC sobre la integración en tanto es un rubro que se genera con el despido.

Como segundo agravio plantea que conforme el decisorio de grado, se ha merituado erróneamente la prueba e incluso incurriendo en una contradicción lógica, al no hacer lugar al reclamo por daño moral.

Transcribe a tal fin un párrafo de su demanda, en el cual se reclama el daño moral, como consecuencia del mobbing y del despido discriminatorio del cual fue objeto.

En esta línea, formula que el fallo recurrido considera el caso como un despido incausado por la ausencia total de pruebas por parte de la demandada, acerca del hecho en el que finca el despido, sus características y gravedad y que siendo así, resulta ser fundamento para que se lo considere además como un despido discriminatorio.

Pone de manifiesto que las pruebas demuestran no solo el maltrato recibido por el actor, sino además que se inventó una causa falsa de despido, violando el principio "nos bis in idem" para despedir discriminatoriamente en represalia a sus reclamos salariales, conforme las declaraciones de los testigos de la causa.

Que esta conducta de la demandada de inventar una causa de despido, luego de sancionarlo por una falta inexistente, pone en evidencia que fue un despido represalia a sus reclamos.

Cita abundante doctrina y jurisprudencia sobre "despido discriminatorio y fraudulento" que avala su postura.

Destaca que su parte, probó con testigos y presunciones que fue víctima de mobbing y de un despido en represalia y que así debió ser analizado el caso, dada la orfandad de pruebas que tuvo el demandado conforme lo reconoce el propio a quo, en función del principio de las cargas dinámicas de la prueba.



Culmina su libelo recursivo solicitando se haga lugar al reclamo por daño moral por \$ 153.227,10, reclamado en la demanda. Plantea reserva del caso federal.

II.- Sustanciado el recurso (fs. 233) la contraparte responde fuera de término (fs. 229/232) ordenándose su desglose (fs. 235 y vta.).

III.- Que la sentencia de grado condena a la demandada al pago de las indemnizaciones de ley por considerar que el despido propinado al actor resulta incausado en atención a la deficiencia probatoria y ausencia total de prueba acerca del hecho en el que funda la conducta rescisoria adoptada, sus características y gravedad (haber dejado sola las instalaciones y abandonado el vehículo de transporte de caudales en la vereda del establecimiento, bajando las armas a la vista de posibles transeúntes, violando normas de seguridad y protocolo).

En lo que es materia de agravios, rechaza la inclusión del proporcional mensual del SAC como componente de la base salarial para liquidar las indemnizaciones derivadas del distracto y el rubro daño moral por entender que no se acreditó el trato discriminatorio o menoscabante para su admisión.

A.- Respecto a la primera queja, si bien asiste razón al recurrente en cuanto a que la inclusión del SAC en el art. 245 de la LCT ha sido receptada por nuestro Tribunal Superior de Justicia en el antecedente que cita, esta Sala III sigue manteniendo el criterio restrictivo al respecto, pues tratándose de una cuestión de derecho común, no resulta obligatoria para los tribunales inferiores.

Así fue expuesto en el Acuerdo N° 5/2017 en autos "Núñez Urra, Waldemar Enrique c/ Prevención ART S.A. s/ Enfermedad Profesional con ART" (expte. N° 412143 año 2010), en voto del Dr. Massei, cuyos argumentos doy por reproducidos en los presentes, respecto de la doctrina del Tribunal



Provincial en materia de derecho común, donde expresó, con cita de Diana Cañal, que si en un punto tan relevante como el control de constitucionalidad, "los jueces no están obligados por criterios utilizados por la CS para resolver otro caso, nada nos habilita a pensar que lo sea en otros ... Pero por sobre todas las cosas, no lo prevé la propia Constitución, que desde su estructura ha permitido considerar al sistema jurídico argentino como continental. (SC)" desarrollando:

"La característica de un Sistema Continental es, precisamente, que ningún órgano superior disciplina a las instancias previas, cuya independencia, con el solo sometimiento a la Constitución Nacional, y a las leyes en consonancia con ella, lo garantiza. Dado que por lo contrario, nuestra estructura legal, la continental, es la que convierte a todos los jueces en guardianes del sistema con el control difuso de constitucionalidad, en ejercicio de la independencia judicial. Donde, es mucho más difícil someter desde la política a todos, que a unos pocos".

"Ahora bien, teniendo en cuenta que en este caso particular venido a conocimiento de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, tiene que ver con la aplicación de la Ley 26.773 y concordantes, no cabe duda que nos encontramos ante una materia, en principio, excluida de la competencia del Máximo Tribunal, y propia del que integro."

"Lo desarrollado hasta aquí constituye sin duda un argumento de peso a ser tenido en cuenta, en el marco de nuestro diseño constitucional federal, para apartarnos de la doctrina del caso sub-análisis" (autora citada en su artículo ¿Cuál es la obligatoriedad de los fallos de la C.S.J.N.? (TSJ Ac. 5/17 voto del Dr. Oscar E. Massei) publicado en <https://esla.facebook.com/goups/revistacientifcaeft/permalink/580906752110104/>).

Consecuente con lo señalado, ya me he expedido apoyando la posición del plenario nacional "TULOSAI" in re



"Cañicura Carlos c/ Empresa Zille SRL y otros s/ Despido Directo por otras Causales", (Expte. N° 377378/8), sentencia del 05/07/2011; in re "Molina Ítalo Javier contra Pride International SRL s/ Despido por otras Causales", (Expte. N° 352439/7), sentencia del 27/12/2012 y "Carrasco Jorge Humberto c/ Texey SRL s/ Despido por otras Causales" (Expte. N° 420662/2010, Sent. 05.06.2015) -entre otras- a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad, sosteniendo el criterio que excluye el SAC de la base de cálculo del art. 245 LCT, por considerar que se trata de una prestación semestral y como criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N°25.877 modificado tal módulo.

A tenor de lo señalado, resulta correcto el criterio que se aplica en la sentencia que se revisa, conforme lo sostenido por esta Sala III, circunstancia que justifica que el agravio planteado, cuestionando la no inclusión del SAC en la indemnización del art. 245 de la LCT, determinado en la instancia de grado, no tenga acogida favorable.

B.- En relación a la inclusión del SAC sobre la integración del mes de despido, le asiste razón al recurrente, en tanto resulta ser un rubro salarial y corresponde su incidencia, toda vez que de no habersele disuelto el vínculo al trabajador, le hubiera correspondido la percepción del salario correspondiente a dicho período y habría devengado la parte proporcional de aquél ("conf. "Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo" - Distintas Formas de Extinción- Julio Armando Grisolia /Editorial Jurídica Nova Tesis /2001/ pág. 229/236).

En consecuencia, se habrá de admitir el concepto importando adicionar al monto de condena la suma de \$ 933,29 (\$ 11.199,56 determinado en la sentencia de grado dividido 12 meses).



C.- Que en su segundo agravio el actor sostiene que al haberse considerado que se trató de un distracto incausado con base en la orfandad probatoria respecto al motivo invocado en el telegrama rescisorio (fs. 8), ello constituye por sí fundamento apto para que se lo caracterice además como un despido represalia- discriminatorio, para hacer lugar a la suma reclamada por daño moral, tal como lo solicitara en su escrito postulatorio.

Cabe destacar al respecto que este tipo de "Despidos-Represalia" es aquel que tendrá lugar cuando un trabajador reclame administrativa o judicialmente sus derechos o participe en el reclamo de otro trabajador y en forma concomitante se produzca el despido sin causa o con una causa aparente. 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, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.).

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 (como ser: los que reclaman diferencias salariales, los que inician juicio para solicitar su regularización, los que actúan como testigos contra el empleador, entre otros). Ello presupone la existencia de una regla social implícita de discriminación



por pertenencia a ese grupo del que participa objetivamente el trabajador reclamante (conf. <http://elrojodeltrabajador.blogspot.com/2016/11/despido-represalia-cuando-el-trabajador.html> Dr. Leonardo Calvó Abogado laboralista).

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 demandada encuadra en las prescripciones de la Ley 23.592, para confirmar el rechazo del rubro o justificar la condena a indemnizar, reparando materialmente el daño moral.

En tal cometido, corresponde señalar que como hecho fundante de la acción, se invocó la contemporaneidad entre el momento que requiere el pago de un coeficiente zonal previsto en el CCT 40/89 y el reclamo para que cese el hostigamiento continuo y maltrato a su persona del que era objeto; que ambas actitudes habrían desencadenado que la demandada decidiera despedirlo, elaborando una causa para justificarlo.

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 "Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería -I Circunscripción Judicial" en autos "Figueroa Daniel Alberto c/ ENSI S.E. s/ cobro de haberes" Expte N° 427837/ 2010- Fallo 11/14 del 18/02/2014).

Recientemente esta **Sala III** ha tenido la oportunidad de expedirse sobre esta norma en la causa: **"Salinas Jessica Pamela c/ Martínez María Agustina s/ Cobro de Haberes"** (Expte. n° 502919/2014 -Sentencia del 17/04/2018) 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 de la Capital Federal s/ amparo" (Sent. 15/11/2011, Fallos 334:1387) reiterada en fecha reciente en autos "S., M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo" (Sent. 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 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 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 un punto a que aquel acreditó la existencia de presunciones para calificar de discriminatoria a la conducta de la empleador por irrespeto a su condición de persona y porque constituyó una represalia contra sus reclamos, ya que tales datos objetivos resultaron precisos e idóneos en el sentido invocado.

Que en las declaraciones de los testigos se encuentran indicios razonables y suficientes para presumir la discriminación alegada por parte de la Socia Gerente de la



empresa, Sra. N.H., que lo despide mediante Telegrama de fs. 8.

El testigo Curipe, declara que N.H. hostigaba en general a todo el personal, era soberbia y de malas maneras, menoscababa a las personas, más allá de no recordar en particular como lo trataba al actor; sin embargo, sabe del reclamo salarial porque pagaban mal.

A su vez del testimonio de Iturra, se desprende que N.H. de por sí era hostil, con todos lo mismo, despectiva, irónica, pero no agresiva, y se refería al actor como "el gordito este" o "pastorcito" (por su condición religiosa de evangélico) y lo hacía con sentido específico; para finalmente razonar que hubo una especie de persecución personal derivado del reclamo.

Finalmente el testigo Vivanco, declara que N.H. era despectiva, expresando que si estaban gordos, había que estar en forma; que en una oportunidad le dijo "morocho gordo" aunque él era ágil y normal; que pretendía que no trabajaban porque éramos parientes del marido (dueño de la empresa), así como él era el hijo y resultó también despedido junto al actor que era sobrino; y agrega que no le gustaba que fuéramos evangélicos; expone a su vez que el trato de N.H. no era correcto porque era muy áspera, no tenía tacto, que era así muy fuerte de carácter con todos; y que la empresa no tomó a bien el reclamo salarial y se cortó la relación, no hubo más asados ni diálogo.

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.



Quedó así acreditado que la demandada obró con negligencia y violó el deber de previsión y de seguridad en detrimento del actor, pues permitió que su gerente, se dirigiera habitual e indebidamente con el personal que tenía a cargo, y aún cuando dicho maltrato era generalizado, cada persona reacciona de modo diferente ante idénticos estímulos y en el caso particular, evidenció maltrato y denigración especialmente por la orientación religiosa o aspecto físico.

Ciertamente, no se coincide con el análisis efectuado por el a quo en relación que los dichos de los testigos, en tanto los mismos resultan relevantes sobre estos acosos laborales y la contemporaneidad del reclamo económico con el despido producido, como para justificar el daño moral solicitado.

"(...) el acoso moral en el trabajo, consiste en cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad psíquica o física de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo" (conf. Marie-France Hirigoyen, "El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana"; Ed. Paidós, Buenos Aires, 2000, p. 48)." Citado en la causa: N°:44307/2011 "M.R.S. c/L. S/ despido" CNTrab. Sala III -Sent. de 11/07/2018- el Dial. com AAAA48 /Publicado el 08/08/2018).

En relación a este resarcimiento peticionado, si bien el informe de la perito psicóloga (fs. 161/163) da cuenta que no hay causales de daño psíquico en el actor pese a las situaciones de malos tratos referidas, ello no constituye óbice para desestimar la reparación material al haberse acreditado el acto ilícito en la acción del despido.

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).

Con todo lo expuesto y con el decidido acogimiento en forma favorable de esta queja, estimo razonable que la cuantificación del daño moral sea fijada en el equivalente a la indemnización por despido incausado (art. 245 LCT) determinada en la sentencia de grado, es decir que el reclamo progresará por la suma de \$ 24.887,92.

IV.- Por las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, propiciaré al Acuerdo que, acogiendo parcialmente el recurso de apelación del actor, elevar el monto de la condena a la suma de \$142.640,10 por inclusión del SAC sobre el rubro Integración Mes del Despido (\$933,29) y Daño Moral (\$ 24.887,92), confirmándose en lo restante el fallo de grado.

V.- Imponer las costas de alzada a la demandada vencida (art. 17 Ley 921 y art. 68 del C. Procesal).

VI.- Regular los honorarios profesionales en esta etapa en el porcentaje del 30% de los fijados en primera instancia (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.- Modificar la sentencia dictada a fs. 213/221, elevando el monto de condena a la suma de **\$142.640,10** por



inclusión del SAC sobre el rubro Integración Mes del Despido (\$933,29) y Daño Moral (\$ 24.887,92), confirmándose en lo restante el fallo de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17 Ley 921 y art. 68 del C. Procesal).

3.- 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.).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO