



NEUQUEN, 5 de septiembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**GALLI LORENA C/ BANCO PROV.DEL NEUQUEN S.A.S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**", (JNQLA3 EXP N° 470129/2012), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 262/266, que hace lugar parcialmente a la demanda, distribuyendo las costas en un 70% a la parte actora y en un 30% a la parte demandada.

a) La recurrente se agravia por considerar que el juez de grado ha efectuado una evaluación incorrecta de la prueba documental, y un análisis parcializado de la situación que se planteó en la demanda.

Destaca que en los casos de despidos discriminatorios, siempre resulta complicado y difícil aportar elementos de juicio para probar un hecho oculto, tal como sucede en autos, donde la actora es despedida cuando se encontraba enferma como consecuencia de un accidente laboral.

Entiende que su parte ha dado cumplimiento con su obligación de aportar prueba indiciaria suficiente para dar entidad a lo que considera una discriminación, señalando que se ha acreditado el estado de enfermedad de la trabajadora con los certificados médicos emitidos por los Dres. Juan Obligado y Silvio Botazzi, expresamente reconocidos por éstos; como así también que tales



certificados fueron recibidos por la demandada, por el señor Juan Carlos Romero.

Agrega que también se encuentra probado que la actora fue despedida sin causa.

Insiste en que constituye un indicio objetivo el hecho que la actora fue despedida cuando estaba enferma y con reposo laboral, y que ello fue con el fin concreto de no quererla tener más en el plantel de personal, debido a que estuvo en varias ocasiones con licencia por enfermedad.

Pone de manifiesto que la demandante trabajó durante seis años para la demandada, siendo la única empleada despedida en esa oportunidad.

En segundo lugar se agravia por la interpretación que hace la sentencia de primera instancia respecto de los haberes adeudados.

Dice que el art. 213 de la LCT fija la extensión de la cobertura por enfermedad hasta la fecha del alta médica, o el vencimiento del plazo legal.

Sigue diciendo que la demandada recibió la comunicación de los certificados médicos extendidos, vía telegráfica, cumpliendo con su obligación legal, en tanto que si la empleadora no ejerció el derecho de control, ni tampoco cuestionó la certificación médica, es responsabilidad de ella.

Cuestiona lo decidido por el a quo respecto a que los haberes adeudados por enfermedad queden subsumidos en la figura de la integración del mes del despido, ya que carece de todo fundamento y no se ajusta a lo que dispone la LCT.



Se queja de la imposición de costas, cuando la actora se encuentra ejerciendo un legítimo derecho a reclamar por lo que considera un despido discriminatorio.

Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 281/284.

Dice que en autos no se cuestionó la licencia médica de la cual gozaba la actora al momento del distracto, pero este hecho, per se, no evidencia que el despido haya tenido como causa la situación de salud de la demandante.

Defiende el criterio del juez de grado, el que considera acertado y coincidente con el precedente "Pellicori".

Cita doctrina.

Con relación a la extensión de la protección por enfermedad, sostiene que la última dolencia (síndrome pateral femoral bilateral) es posterior al distracto, y no está cubierta por aquella protección. Agrega que tampoco puede prosperar una pretensión no solicitada por la actora, como es la liquidación únicamente hasta el vencimiento del segundo certificado médico.

Con relación al último agravio, afirma que la infundada demanda de la actora no puede perjudicar el derecho de propiedad de la demandada, eximiéndola de las costas del proceso.

II.- Ingresando en el análisis del recurso de la parte actora, he de comenzar por el agravio referido al rechazo de la pretensión de que el despido sea considerado



discriminatorio, ya que de este tema depende el tratamiento o no de los restantes agravios.

En oportunidad de fallar la causa "Mulbayer c/ Moño Azul S.A." (expte. n° 417.952/2010, sentencia del 23/4/2015), adherí al primer voto, el que sostenía: "...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...la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo ... En tal sentido, advirtió que “[u]no 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 inculpativo, 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"...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 [...] ... 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...".

Juan Manuel Domínguez y Andrea E. García Vior, luego de reseñar los criterios de distintos organismos internacionales, señalan: "Los tribunales nacionales, haciéndose eco de los criterios de interpretación propuestos por los organismos internacionales citados, han sostenido que: "En materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi queda articulado de



la siguiente manera: El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad...Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción al tribunal de que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales” (cfr. aut. cit., “La carga de la prueba y la discriminación en el despido” en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2008-2, pág. 364/365).

De acuerdo con el marco explicitado corresponde me expida, en primer lugar, respecto a si la trabajadora de autos ha logrado superar el umbral de razonabilidad de los indicios aportados, de modo tal que pueda disparar la carga probatoria de la empleadora, conforme lo reseñado precedentemente.



No se discute en esta instancia que la demandante fue despedida cuando se encontraba en uso de licencia por enfermedad.

Esta circunstancia es, por si sola, un indicio de discriminación, en tanto, conforme lo pone de manifiesto Carlos A. Tosselli, el momento del despido es el *"más crítico de la discriminación, por cuanto no sólo el trabajador ha visto minada su capacidad laboral como consecuencia de las afecciones que padece, sino que además, al ser expulsado de su puesto laboral, es lanzado de manera inerme para tener que competir con personas de menor edad, mayor capacitación, conocimiento tecnológico y, por sobre todo, sanos física y psíquicamente."*

"En tales condiciones, el accionar patronal resulta repudiable, ya que el trabajador no sólo deja de percibir su salario de subsistencia, sino que además, en el período de tres meses posteriores al distracto pierde la obra social (art. 10 inc. a de la ley 23.660) y ve ciertamente afectada su posibilidad de continuar aportando para poder acceder a la jubilación" (cfr. aut. cit., "La discriminación originada en causas o motivos de salud" en Revista de Derecho Laboral, op. cit., pág. 153).

Y al momento en que se comunica el despido, debe agregarse el cómo se llega a esta situación de enfermedad de la demandante.

Surge de las constancias de la causa, y no es discutido por las partes, que la actora sufrió un accidente de trabajo el día 30 de agosto de 2010, y que como consecuencia de este hecho dañoso, recibió tratamiento por



parte de la ART durante 134 días, con diagnóstico de traumatismo de pie derecho (fs. 19 y 22/24).

Si bien con fecha 1 de enero de 2011 recibe el alta médica por la secuela del accidente de trabajo, éste puso en evidencia -conforme términos de la comisión médica n° 9 (fs. 25/26)- un cuadro denominado "fascitis plantar", que fue considerada como afección inculpable.

Con fecha 12 de enero de 2011 se celebra junta médica a la actora por parte del servicio médico de la demandada, cuya acta obra a fs. 6, concluyéndose en que: *"Estado actual: Dolor en inserción de fascia plantar a la palpación, que aumenta con la extensión del pie. Edema en talón y arco interno. Dolor a la carga. En rodilla derecha dolor en ambos compartimentos, sin signos meniscales ni edema. Además, dolor en ambas caras laterales, provocando renguera...Se indica realizar reapertura del caso en ART"*.

El día 12 de abril de 2011 se realiza una nueva junta médica (acta de fs. 5), constatándose nuevamente la existencia de fascitis plantar bilateral y gonalgia derecha, aconsejándose continuar con el tratamiento traumatológico y realización de estudios.

El día 10 de mayo de 2011 nuevamente la demandante es sometida a junta médica (acta de fs. 4), señalando los médicos intervinientes que la accionante refiere mejoría completa de su fascitis plantar, pero que presenta esguince de rodilla izquierda, ratificando que debe continuar en reposo según prescripción médica.

De lo dicho se sigue que la licencia por enfermedad en cuyo ínterin se despide a la trabajadora, no es un hecho aislado, sino que aparece como un proceso patológico



que es causado o evidenciado por el accidente de trabajo (esta cuestión no interesa a los efectos de la apelación), y a partir de allí se prolonga en el tiempo.

El despido fue comunicado por la demandada con fecha 21 de julio de 2011 (carta documento de fs. 31), en tanto que a la actora se le había prescripto reposo laboral por quince días a partir del 8 de julio de 2011, conforme lo ha resuelto el juez de grado y no se encuentra cuestionado ante la Alzada, con el diagnóstico de lumbalgia. Por ende, la licencia por enfermedad de la actora se extendía hasta el día 22 de julio de 2011.

Si bien el certificado médico de fs. 2 es posterior a la comunicación del distracto, resulta útil para entender que, de no mediar la resolución unilateral del contrato de trabajo, la licencia por enfermedad hubiera continuado ya que en él se prescribe reposo laboral por quince días a partir del 22 de julio de 2011, con el diagnóstico de hernia discal.

Insisto, entonces, en que no se trató de una licencia aislada, sino de un cuadro que comenzó por el pie y se fue extendiendo a otras partes del cuerpo. Debo destacar también que la existencia de las dolencias está constatada por profesional médico y por la junta médica integrada por médicos de la demandada.

La prueba documental da cuenta además de que la demandante requirió de su empleadora se hiciera cargo del tratamiento de su enfermedad, en atención a que la aseguradora de riesgos del trabajo declinó la reapertura del accidente de trabajo (fs. 9/vta.), petición que fue rechazada por la demandada (fs. 8).



A contrario de lo sostenido por el magistrado de grado, encuentro indicios suficientes y razonables respecto a que el despido de la demandante, en el cual no se invocó causa justificante, puede obedecer a sus problemas de salud.

Frente a ello, la demandada ha invocado como real motivo del despido, el mal desempeño laboral de la trabajadora. Sin embargo, no encuentro que este extremo haya sido probado por la empleadora.

El testigo Adolfo Héctor Mostafá Ragusi dice *"no sé cómo se desempeñaba la actora laboralmente"* (acta de fs. 134/vta.).

El testigo Jorge Emilio Mesplatere declara: *"Yo no puedo decir nada acerca de su desempeño porque no estaba en forma directa en mi área, su área tiene supervisión del contador de la sucursal"* (acta de fs. 135/vta.).

La testigo Mónica Elizabeth Silva sostiene: *"Se comentaba que no era buena empleada, pero no sé más que eso"* (acta de fs. 136/vta.).

El testigo Aldo Rubén Rodríguez afirma: *"No puedo decir nada acerca de su desempeño porque estuvo solamente tres días trabajando con nosotros"* (acta de fs. 137/vta.).

El testigo Juan Carlos Romero dice: *"No sé cómo era su desempeño laboral, es muy breve el tiempo que estuvo ahí"* (acta de fs. 138/vta.).

El testigo Mariano Gaspar Comba manifiesta: *"Tengo entendido que su desempeño era bueno, porque lo único que decían era que faltaba, pero en la parte ejecutiva creo"*



que nunca tuvo una queja, todo esto por comentarios" (acta de fs. 142/vta.).

Veamos ahora las testimoniales que se refieren a un hecho protagonizado por la demandante, que afecta, más que su desempeño laboral, la confianza que puede depositarse en ella.

La testigo María Cristina Rojas declara: "Sé que tuvo un problema en Centenario...En Centenario estuvo bien conceptuada hasta después del hecho" (acta de fs. 140/vta.).

El testigo Víctor Ramón Crivani sostiene: "...a la actora la conozco por trabajar en la Sucursal Centenario, yo empecé en el año 2002 y ella creo que fue en el año 2006...Ella estuvo ahí hasta fines de 2006 o principios de 2007. Se fue de ese lugar por pérdida de confianza, un hecho que ocurrió y que no dijo la verdad y se demostró que era mentira lo que dijo. Nosotros queríamos que se fuera por eso mismo, yo era el contador de la Sucursal. Creo que había un sumario respecto de este hecho puntual. Se descubrió que lo que dijo era falso y de ahí salió que tenía que irse de la sucursal. Nosotros lo pedimos. Al principio su desempeño era bueno, después comenzó a decaer su rendimiento, por no cumplir con las tareas como al principio. No se la sancionó. Los llamados de atención han sido verbales. Fue justo cuando ocurrió el hecho del que hablo al principio y desencadenó todo el resto. Para mí tendrían que haberla desvinculado, por el hecho de la mentira. Pérdida de confianza" (acta de fs. 139/vta.).

La testigo Paula Vannini Ferreira declara: "...no tenía buenos comentarios de su trabajo. Sé que ella fue sancionada. No recuerdo cuál fue pero sí que hubo un hecho de



accidente de ART no sé bien que pasó, fue falsa la denuncia. Por eso fue la sanción...Los comentarios acerca de ella no eran buenos, su traslado salió enseguida. No recuerdo si hubiera algo escrito, sí que hubo comentarios fuertes por parte de la Sucursal. Desconozco si hubo hechos que motivaron estos comentarios, o faltas en el cumplimiento de sus tareas...En Casa Matriz su desempeño no fue bueno, por eso también pidieron su traslado...Yo creo que su despido obedeció a lo mismo, a que no se consideraba un recurso comprometido con el trabajo, que tiene que ver con eso” (acta de fs. 141/vta.).

El testigo Gustavo Alberto Buñol relata: “...a la actora la conozco porque trabajó bajo mi dependencia en la gerencia de Centenario...Surgió un inconveniente en la sucursal y debido a eso se generó una pérdida de confianza hacia ella, motivo por el cual yo la puse a disponibilidad de RRHH, a sabiendas que se iba a resentir la sucursal. En Centenario tuvimos un buen grupo y un día ella declara un accidente de trabajo, y que nos generó muchas dudas y por eso pedí las filmaciones de las cámaras y no logré encontrar lo que ella declaró. Ella vivía en Neuquén y viajaba con una compañera, y se le preguntó a ella, y ella refirió que se había lastimado una mano, que se agarró los dedos con la ventana de la cocina de la sucursal. Cuando se le preguntó a ella, ella reconoció que había mentido. Fueron varias las versiones que fue dando. La ART pagó los días de licencia, a raíz de esto nosotros consideramos que había una pérdida de confianza hacia ella, y nosotros trabajamos con plata y para que no hubiera un perjuicio peor pedimos su traslado. Creo que no hubo ninguna sanción, no se realizó ningún sumario, yo interpreté que el traslado era para darle otra oportunidad. El desempeño de ella como empleada era normal. Llamados de atención verbales



ha tenido, escritos no y sanciones tampoco. En sus tareas ella no era ni la mejor ni la peor. Yo fui después a RRHH, estando ella en Casa Matriz, se pidió también su traslado, por un reordenamiento de personal, no tengo entendido que haya sido por algún otro motivo...Los comentarios acerca de la actora en Centenario posteriores al hecho no eran buenos, yo en su momento no quise cargar con el peso de tener que desvincularla aunque se lo merecía" (acta de fs. 143/vta.)

Este hecho relatado por los últimos testigos se encuentra corroborado por la documentación acompañada por la demandada, y no desconocida por la actora (ver fs. 54/57), y ocurrió el día 7 de marzo de 2007.

También consta en la documental acompañada por la demandada, que por la falsedad de su declaración fue sancionada con suspensión de cinco días (fs. 57).

Si bien la conducta de la actora respecto del falseamiento de la ocurrencia de un accidente de trabajo es una inconducta, en mi opinión, grave, y que hubiera habilitado el despido con causa de la trabajadora, conforme también lo han postulado algunos testigos, en consideración a la actividad de la demandada; lo cierto es que para la empleadora no tuvo esa entidad, ya que se continuó con el vínculo laboral, aunque aplicándole una sanción de suspensión, y trasladándola a otro sucursal del banco.

En lo concerniente al desempeño laboral, los testigos que sostienen que era malo, aluden a comentarios como fuente de la información; en tanto que el jefe directo de la demandante en la Sucursal Centenario del banco demandado la describe como una empleada promedio (ni la mejor pero tampoco la peor).



No se han acompañado constancias de aplicación de sanciones disciplinarias, excepto la vinculada con la falsa denuncia de accidente de trabajo, distante en el tiempo del distracto que se analiza en estas actuaciones, ni tampoco evaluaciones negativas del desempeño de la demandante.

De lo dicho concluyo en que la demandada no ha logrado probar la existencia de elementos objetivos que permitan entender que ha sido el desempeño laboral deficiente de la demandante la causa del despido, tal como lo ha postulado en su contestación de demanda.

En estos términos no cabe sino concluir en que la causa oculta del despido de la actora ha sido su estado de salud física, por lo que el acto de la resolución unilateral del contrato de trabajo se torna nulo en los términos del art. 1 de la ley 23.592.

Por tanto, corresponde revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda por despido discriminatorio.

III.- Conforme lo resuelto en el apartado anterior, deviene abstracto el tratamiento de los restantes agravios de la recurrente, correspondiendo se analicen, por recomposición del litigio, las consecuencias de la declaración de nulidad del acto del despido.

IV.- La actora reclama, en primer lugar, la reinstalación en su puesto de trabajo.

Conforme lo señalara al fallar la causa "Torres c/ Jumbo Retail Argentina S.A." (expte. n° 448.839/2011, sentencia del 11/6/2015), *"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 lo dicho, y más allá de la opinión personal de la suscripta, he de hacer lugar a la pretensión de la parte actora, disponiendo la reinstalación de la trabajadora en el puesto de trabajo y en la categoría profesional en la que se desempeñaba con anterioridad al distracto, orden que debe ser cumplida por la demandada dentro de los cuarenta y cinco días corridos, contados a partir de que el presente resolutorio adquiera firmeza, bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

V.- También reclama la parte actora la percepción de los salarios caídos desde el día 21 de julio de 2011 y hasta la fecha de su efectiva reincorporación.

Si bien en otros precedentes he condenado al pago de los salarios caídos, entiendo que ello no puede ser



de aplicación automática, sino que debe analizarse cada caso en particular.

En realidad, el art. 1 de la ley 23.592 determina que debe condenarse al autor del acto discriminatorio a reparar el daño material y moral ocasionado a la víctima.

En general se ha entendido que el daño material que ocasiona el despido discriminatorio está conformado por la pérdida de los salarios, pero no parece ser este el supuesto de autos.

En primer lugar porque la parte actora no ha fundado su pedido de percepción de salarios caídos como reparación del daño material, simplemente solicitó aquella percepción.

En segundo lugar, porque entre la fecha del distracto y la presente sentencia han transcurrido más de ocho años, por lo que razonablemente debe presumirse que la actora, en algún momento, obtuvo otra fuente de ingresos para proveer a su subsistencia y la de su grupo familiar.

El Tribunal Superior de Justicia provincial reiteradamente ha sostenido que *"la sola declaración de ilegitimidad del accionar administrativo, no determina por sí sola, la condena a indemnizar. Es necesario, además -más allá del juego de las presunciones, sobre lo que volveré más adelante- acreditar la existencia del daño que se reclama y la relación de causalidad con el accionar estatal...el agente no tiene derecho a percibir salarios caídos, puesto que el sueldo es la contrapartida de la obligación de prestar servicios y, obviamente, si éstos no fueron concretamente realizados, no corresponde la exigencia de retribución*



alguna, dentro de la mecánica de la relación contractual” (autos “Arias c/ Instituto de Seguridad Social del Neuquén”, expte. n° 820/2003, Acuerdo n° 1.649/2009; “Encina c/ Provincia del Neuquén”, expte. n° 1.424/2005, Acuerdo n° 1.684/2009; “Suárez c/ Provincia del Neuquén”, expte. n° 745/2003, Acuerdo n° 1.689/2009; “Brillo c/ Provincia del Neuquén”, expte. n° 3.308/2011, Acuerdo n° 21/2014, todo del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Si bien la relación de trabajo de autos se encuentra regida por normas del derecho privado, de todos modos el concepto puede ser aplicado en autos, teniendo en cuenta, además, la falta de prueba sobre el concreto perjuicio sufrido.

En consecuencia, para fijar la indemnización por daño material he de apartarme de la pretensión de la demandante, y partiendo de la última remuneración percibida por la trabajadora (\$ 7.024,00), considerando el tiempo transcurrido desde la fecha del despido, la presunción referida a que la actora recompuso su situación laboral, y obtuvo ingresos económicos, y la falta de toda prueba sobre aspectos relevantes relativos a la configuración del daño material, fijo prudencialmente la indemnización por este daño en la suma de \$ 700.000,00. Dado que la propia parte actora ha pedido que se deduzca del monto de esta indemnización la suma de \$ 42.276,71, abonada por la demandada en concepto de indemnización por preaviso y antigüedad, la demanda progresa por el presente ítem por la suma de \$ 657.723,29.

VI.- En lo que refiere al daño moral, indudablemente éste ha existido desde el momento que se ha despedido a la actora cuando se encontraba enferma y, además, tal como se ha resuelto en autos, el despido importó una



discriminación hacia su persona fundada en su estado de salud física.

Tal como lo he sostenido en la causa "Apablaza Ojeda c/ Ales" (expte. n° 470.520/2012, sentencia del 8/5/2018, entre otras): "Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio *alterum non laedere* que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos "Santa Coloma c/ E.F.A.", 5/8/1986, Fallos 308: 1.160)".

"Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria, sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos "Quelas c/ Banco de la Nación Argentina", 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463)".

"Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que "El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización."

"Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial.



"Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica...Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización...Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro...El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular".

Teniendo en cuenta las características del despido de autos, y su caracterización como discriminatorio, entiendo que la suma de \$ 100.000,00 repara adecuadamente el agravio moral sufrido por la trabajadora.

VII.- La indemnización por daño material devengará intereses desde la fecha de la mora (22 de julio de



2011) y hasta su efectivo pago, los que se liquidarán de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

La indemnización por daño moral devengará intereses desde la fecha de la mora y hasta la de la presente sentencia, de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir de esta fecha y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa activa del mismo banco. Ello, conforme el criterio sentado en autos "Billar c/ Consejo Provincial de Educación" (expte. n° 421.965/2010, sentencia del 21/2/2017): "Rodolfo M. González Zavala destaca la relevancia que tiene, a efectos de determinar la indemnización por daño moral, si corresponde remontarse a los precios que tenían las satisfacciones cuando se produjo el daño o si hay que computar los valores vigentes al momento de la condena, concluyendo que lo correcto es esta última opción ya que "a) No siempre se trata de un daño moral que ya pasó: en múltiples ocasiones las consecuencias espirituales negativas continúan al momento de la sentencia (y previsiblemente seguirán a futuro)...b) La deuda por daños siempre ha sido calificada como una obligación de valor. Su monto, por ende, se cristaliza recién al momento del pago y no está afectado por la prohibición de indexar. C) Remontarse a valores pretéritos puede ser bastante complicado, y resulta de gran dificultad práctica y poca certeza técnica -máxime en un contexto de crisis económica mundial y probable depreciación monetaria- que el juzgador, a los fines de determinar el monto indemnizatorio, procure trasladarse mentalmente a los valores vigentes a la fecha de producirse el perjuicio" (aut. cit., "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias", RCCyC 2016, pág. 38).



"Pero, aclara el autor que vengo citando, si lo correcto es considerar el valor actual de las satisfacciones y si los intereses arrancan cuando el daño moral se produjo, la clave está en la cuantía de la tasa de interés. "En estos casos pareciera inadecuado emplear tasas con ingredientes que, además de resarcir la mora, buscan paliar la inflación. Habría aparentemente una duplicidad. Se estaría computando dos veces (con los intereses y los valores actuales) la depreciación monetaria registrada entre el hecho y la condena" (aut. cit., op. cit.).

"La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al dictar el plenario "Samudio de Martínez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (sentencia del 20/4/2009), si bien estableció que sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, hizo una excepción en los supuestos donde la aplicación de esta tasa de interés desde la mora importe una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

"Con fundamento en este plenario la Cámara mencionada viene aplicando para la indemnización del daño moral una tasa de interés diferenciado en el período comprendido entre la ocurrencia del hecho dañoso y la sentencia, con excepciones y alguna disidencia (Sala J, "M.M.D. c/ MR", 11/3/2014, LL AR/JUR/2483/2014; Sala E, "M.N.F. c/ K.M.A.", 12/3/2014, RCyS 2014-VIII, pág. 156; Sala B, "V., C.F. c/ A., S.H.", 27/5/2014, ED 258, pág. 612; Sala E, "P.,D.M. c/ Q., S.J.", 16/7/2014, ED 261, pág. 57; Sala J, "R.R.G. c/N.P.R.", 7/10/2014, LL AR/JUR/57564/2014; Sala F, "Porta c/ El Rápido Argentino Cía. de Microómnibus S.A.",



7/4/2015, LL AR/JUR/8026/2015; Sala A, " "M.V.T. c/ Julia Tours S.A.", 24/8/2015, RCCYC 2015, pág. 138; ídem., "M., N.A. c/ Empresa San José S.A.", 18/11/2016, RCYS 2017-II, pág. 116; Sala I, "Paderni c/ Rapetti", 20/9/2016, LL 2016-F, pág. 331, entre otros).

"Partiendo de estos antecedentes, entiendo que asiste razón a la recurrente en orden a que la indemnización del daño moral, al haber sido fijada a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia y aplicársele un interés moratorio calculado conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, incorpora un componente inflacionario que, en realidad, no afectó al capital.

"En efecto, en tanto el capital correspondiente a la reparación del daño moral responde a valores actuales, no fue afectado por la depreciación del valor de la moneda nacional por el período comprendido entre la fecha de la mora y la del dictado de la sentencia, como sí ocurre con un capital calculado a la fecha de la mora.

"El Tribunal Superior de Justicia provincial al modificar su criterio respecto de la tasa de interés a aplicar, reconoció que la tasa activa bancaria contempla la expectativa inflacionaria y su aplicación permite no sólo compensar la falta de uso del dinero sino que mantiene incólume el capital de condena (autos "Alocilla c/ Municipalidad de Neuquén", Acuerdo n° 1.590/2009 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias). En tanto que en autos, hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia el interés moratorio solamente persigue compensar el no uso del dinero, dado que el capital no se ha desvalorizado, y a partir de dicha fecha y hasta el efectivo



pago corresponde, además de compensar la privación del capital, preservarlo del proceso inflacionario”.

VIII.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigo, se hace lugar a la demanda y 1) se nulifica el acto del despido de la actora, por ser discriminatorio; 2) se condena a la demandada a reinstalar a la actora en el puesto de trabajo y categoría profesional que tenía antes del despido, en el término de cuarenta y cinco días corridos, contados a partir del momento en que adquiera firmeza el presente resolutorio, bajo apercibimiento de aplicar astreintes; 3) se condena a la demandada a abonar a la actora la suma de \$ 757.723,29 en concepto de indemnización por daños material y moral, con más sus intereses de acuerdo a lo dispuesto en el Considerando pertinente, en el término establecido por el art. 51 de la ley 921.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de la demandada perdidosa (arts. 17, ley 921, y 68, CPCyC).

Regulo los honorarios por la actuación en primera instancia, en el 22,4% de la base regulatoria (integrada por capital de condena más intereses) para el Dr. ..., en el doble carácter por la parte actora; y 15,68% de la base regulatoria para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte demandada, todo de acuerdo con lo prescripto por los arts. 6, 7, y 10 de la ley 1.594.

Los honorarios del perito contador ... se fijan en el 4% de la base regulatoria, considerando la labor



cumplida y la adecuada proporción que deben guardar los emolumentos de los peritos con los de los abogados de las partes.

Los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada se determinan en el 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ..., y en el 4,7% de la base regulatoria para el Dr. ... (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 262/266 y recomponer el litigo, haciendo lugar a la demanda y **1)** nulificar el acto del despido de la actora, por ser discriminatorio; **2)** condenar a la demandada a reinstalar a la actora en el puesto de trabajo y categoría profesional que tenía antes del despido, en el término de cuarenta cinco días corridos, contados a partir del momento en que adquiera firmeza el presente resolutorio, bajo apercibimiento de aplicar astreintes; **3)** condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de \$ 757.723,29 en concepto de indemnización por daños material y moral, con más sus intereses de acuerdo a lo dispuesto en el Considerando pertinente, en el término establecido por el art. 51 de la ley 921.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a cargo de la demandada perdidosa (arts. 17, ley 921, y 68, CPCyC).



III.- Regular los honorarios por la actuación en primera instancia, en el 22,4% de la base regulatoria (integrada por capital de condena más intereses) para el Dr. ..., en el doble carácter por la parte actora; y 15,68% de la base regulatoria para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte demandada (arts. 6, 7, y 10 de la ley 1.594) y al perito contador ... se fija en el 4% de la misma base regulatoria.

IV.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada en el 7,84% de la base regulatoria para el Dr. ..., y en el 4,7% de la base regulatoria para el Dr. ... (art. 15, ley 1.594).

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

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria