

ISSN 1850-4159

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO

BOLETÍN TEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA

Despido discriminatorio. Nulidad.

OFICINA DE JURISPRUDENCIA

*Dr. Claudio M. Riancho
Prosecretario General*

*Dra. Claudia A. Priore
Prosecretaria Administrativa*

ACTUALIZACIÓN MARZO 2012

*Domicilio Editorial: Lavalle 1554. 4º piso.
(1048) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Tel/Fax 4124.5703
EMail:trjuris@cnat.pjn.gov.ar*

USO OFICIAL

- 1.- Configuración (pág. 1).
- 2.- Prueba (pág. 28).
- 3.- Nulidad del acto. Reincorporación (pág. 42).
- 4.- Indemnizaciones (pág. 49).
- 5.- Artículos de doctrina (pág. 57).

—

1.- Configuración.

**Contrato de trabajo. Constitución Nacional. Derechos y garantías.
Discriminación. Igual remuneración por igual trabajo.**

La garantía constitucional de "igual remuneración por igual tarea" (art. 14 bis de la Constitución Nacional) impide cualquier tipo de discriminaciones, salvo las fundadas en "causas objetivas", las que quedaron plasmadas en el texto del art. 81 de la ley de Contrato de Trabajo con posterioridad a la reforma que la ley

Poder Judicial de la Nación

21.297 introdujo al texto de la ley 20.744 (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CSJN F. 249. XXI. “*Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A.*” - 23/08/1988 - T. 311, P. 1602

Derecho del trabajo. Constitución Nacional. Derechos y garantías. Igualdad.

La garantía de igualdad radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

CSJN F. 249. XXI.; “*Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes S.A.*” - 23/08/1988 - T. 311, P. 1602.-

Derecho del trabajo. Despido discriminatorio. Modelo publicitaria con discapacidad. Jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

El despido de la actora se presenta visiblemente relacionado con una actitud discriminatoria. En efecto, la modelo reunía, en principio, las condiciones exigibles para realizar la promoción para la que fue contratada; el cese de la relación laboral se vincula con la percepción de su problema físico – la accionante se desempeñaba como modelo publicitaria en forma habitual, tarea que efectuaba satisfactoriamente. Le faltaba un brazo desde su nacimiento pero utilizaba una prótesis con finalidad esencialmente estética – a la que se le atribuyó una preocupación por su salud que no condice con el resultado desfavorable que se produce en forma inmediata y que, a su vez, se funda en razones no demostradas. En ese marco, la pérdida del trabajo no puede ser interpretada como una protección para una persona que padece cierta desventaja física que, sin embargo, no le impide ni obstaculiza cumplir las tareas que le fueron asignadas. Cabe recordar que la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica admite la validez de discriminaciones fundadas en propósitos compensatorios, sólo si los miembros de la categoría en cuestión sufren desventajas relativas a esa condición, pero no las acepta si la categorización discriminatoria no los beneficia, o tiende en realidad a perpetuar esa supuesta condición desventajosa (“Mississippi University for Women v. Hogan” – 458. U.S. 718, 1982) (Del voto en disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’ Connor y Guillermo A. F. López – la mayoría consideró inadmisibles la queja en virtud de lo dispuesto en el art. 280 CPCCN).

CSJN U. 21. XXXIII.RHE. “*Ursini, Paola Cassia c/ Geddes, Gloria y otros*” – 5/10/1999 – T. 322, P.2383.-

Derecho del trabajo. Discriminación. Aplicación de la ley 23.592.

Corresponde descartar la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, ya que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprueban en todos los casos, y porque la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad. (Mayoría: Fayt – Petracchi – Maqueda – Zaffaroni).

CSJN A.1023.XLIII;RHE - “*Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo*” - 07/12/2010 - T. 333, P. 2306

Despido. Discriminación. Protección contra el despido arbitrario. Principio Pro Homine.

Sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación, ya que a la interpretación evolutiva y el principio pro homine, conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y

esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. (Mayoría: Fayt – Petracchi – Maqueda – Zaffaroni).

CSJN A.1023.XLIII;RHE - "Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. /acción de amparo" - 07/12/2010 - T. 333, P. 2306

Despido. Acto discriminatorio. Improcedencia. Protección de las personas y bienes.

No se enmarca dentro de un acto discriminatorio, de los contemplados en el art. 11 de la ley 25013 y art. 1° de la ley 23592 el despido dispuesto por la empresa, del trabajador adicto a las drogas, que se desempeñaba como chofer de colectivos, toda vez que la fundamentación de que tal rescisión obedecía a proteger a los pasajeros y a los bienes de la empresa, antes de una mera excusa, aparece como una razón atendible dada la naturaleza de las tareas cumplidas por el dependiente.

CNAT **Sala X** Expte N° 16.599/00 Sent. Def. N° 11.741 del 26/5/03 "Lazarte, Víctor c/ Empresa Mariano Moreno SA s/ despido" (Simón - Corach)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Comportamiento antisindical.

La ley 23.592 presenta un matiz que la diferencia del art. 47 de la ley 23.551, porque mientras éste impone el "cese inmediato del comportamiento antisindical", aquella permite dejar sin efecto el acto discriminatorio. El ordenamiento específico destinado a conjurar las conductas discriminatorias prescribe la posibilidad cabal de declarar la ineficacia del acto reprochable, que estaría equiparado, en alguna medida, a un acto jurídico de objeto prohibido (doct. art. 953 del C. Civil) y que, si responde al ejercicio de un derecho, podría ser asimilable a la figura de abuso, que incorpora la reforma de la ley 17711 en el art. 1071 del citado código. En síntesis, una empleadora no podría invocar la eficacia del ejercicio de sus naturales facultades rescisorias si el acto tiene por teleología la discriminación y hasta sería admisible desactivar el pacto comisorio implícito de todo contrato si su motivación real se remite a consagrar una desigualdad por motivos análogos a los que se describen en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23592. (Del dictamen del Fiscal General ante la CNAT N° 37.426 del 12/2/04, al que adhiere la Sala).

CNAT **Sala V** Expte N° 8129/03 Sent. Def. N° 66.890 del 17/2/04 "Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo" (García Margalejo – Morell - Rodríguez)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Comportamiento antisindical.

Una respuesta de ineficacia tan intensa, como es la nulidad del despido, que se vincula a una conducta que el ordenamiento juzga reprochable, requiere una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados (ver Dictamen N° 25.980 del 12/11/98 "Sindicato Único de Trabajadores del Automóvil Club Argentino C/ ACA". Expte N° 35.823/96 de la Sala II), toda vez que se trataría de dejar sin efecto un acto con apariencia plena de ejercicio regular de un derecho y es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación porque está en tela de juicio la libertad de contratar que lleva implícita la posibilidad de rescindir contratos. En tal contexto, y teniendo en consideración las particularidades del caso, no es posible inferir la presencia de una discriminación antisindical cuando existen otros elementos, como ser la prisión preventiva del trabajador por imputación de robo agravado y tenencia de arma de fuego, que es lógico pensar que incidieron en la conducta de la empleadora, en un momento de la relación laboral en el cual no había obstáculo para un despido sin invocación de causa e indemnizable en los términos del art. 245 de la LCT. (Del dictamen del Fiscal General ante la CNAT n° 37426 del 12/2/04, al que adhiere la Sala).

CNAT **Sala V** Expte N° 8129/03 Sent. Def. N° 66.890 del 17/2/04 "Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo" (García Margalejo – Morell - Rodríguez)

Despido. Acto discriminatorio. Amparo. Procedencia.

La acción de amparo resulta una vía procesal idónea para reclamar en casos como el presente, en los que se encuentra en juego la dignidad humana, la

discriminación y la libertad sindical, se trata de una acción expedita y rápida cuya justificación se deriva de la naturaleza de los derechos en juego; vale decir, la acción de amparo debe posibilitar un proceso rápido y una respuesta judicial adecuada y en tiempo oportuno. Es por ello que el art. 43 de la CN alude a "...siempre que no exista otro medio judicial idóneo..."

CNAT **Sala VI** Expte N°33.975/02 Sent. Def. N° 56.971 del 10/3/04 "*Balaguer, Catalina c/ Pepsico de Argentina SRL s/ sumarísimo*" (Fernández Madrid - De la Fuente)

Despido. No discriminación. Miembros de una comisión directiva de una asociación sindical. Crisis económica de la empresa.

No puede concluirse que hubo una actitud antisindical o discriminatoria por parte de la empresa que, junto con gran parte del personal, también despidió a los miembros de la comisión directiva de una asociación gremial que agrupaba al personal superior, cuya personería gremial se hallaba en trámite ante las autoridades nacionales. Las causales esgrimidas para la rescisión de los contratos se vincularon a la abrupta caída de los precios a nivel nacional e internacional, lo que generó una aguda crisis económica. Es necesario recordar que la empleadora conservaba las facultades de dirección y organización de su empresa (arts. 64 y 65 LCT), y por ello, no existía impedimento alguno para que tomara las medidas que consideraba adecuadas para reducir los costos, entre ellas, la reducción de personal. Para más, los actores no gozaban de una "estabilidad laboral" diferente a la de sus propios compañeros, ya que la simple circunstancia de pertenecer a una asociación gremial no necesariamente les otorgaba la "estabilidad sindical" consagrada en los arts. 48 y concordantes de la ley 23.551 (conf. art. 81 LCT)

CNAT **Sala VIII** Expte N° 13.472/02 Sent. Def. N° 31.862 del 20/5/04 « *Castia, Ricardo Daniel y otros c/ Alto Paraná S.A s/juicio sumarísimo* » (Billoch - Morando).

Despido. Acto discriminatorio. Invocación del art. 17 LCT. Iura novit curia. Improcedencia.

La conversión de una pretensión basada en el art. 17 de la LCT en una fundada en la ley antidiscriminatoria excede los límites de la regla iura novit curia, ya que los presupuestos son diferentes en cada caso. En efecto, el art. 1° de la ley 23.592 excede el marco de la relación de trabajo y ofrece una acción tendiente a obtener que se deje sin efecto un acto del tipo de los que describe y que se indemnizen los daños que su ejecución haya producido, no un suplemento de otras indemnizaciones.

CNAT **Sala VIII** Expte N° 1771/03 Sent. N° 32.293 del 17/12/04 "*Caballero, Adolfo c/ Transporte Metropolitano Gral Roca SA s/ despido*" (Morando - Lescano)

Despido. Acto discriminatorio. Empleado que padece cáncer terminal.

El despido del actor es particularmente disvalioso por padecer de una enfermedad terminal, pues la segregación laboral en semejantes circunstancias violenta el principio general de no discriminación amparado por la CN en sus arts. 14 bis y 16. A su vez, tal conducta es repelida por la LCT – que en su art. 17 prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores y por la ley 23592- referida expresamente a los actos discriminatorios.

CNAT **Sala V** Expte N° 17.064/02 Sent. Def. N° 67.602 del 6/5/05 "*Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA s/ despido*" (García Margalejo - Billoch)

Despido. Acto discriminatorio. Portador de HIV.

El ordenamiento laboral vigente no contiene una norma protectora contra quienes padecen discapacidades, enfermedades infectocontagiosas u otras patologías que pudieran derivar en actos discriminatorios de los empleadores al momento de la formalización del contrato, su desarrollo y extinción, como sí existe para los supuestos de maternidad, matrimonio y representantes gremiales, creando en cada caso presunciones legales que favorecen la actividad probatoria del trabajador afectado y un marco de protección contra cualquier acto que pudiera afectar su condición. Esta circunstancia debe llevarnos a reflexionar sobre el tópico, sobre todo teniendo en cuenta que la maternidad, el matrimonio y el ejercicio de actividades gremiales constituyen circunstancias ocasionales en la vida de una trabajador, mientras que las discapacidades y además enfermedades crónicas lo acompañan, seguramente, a lo largo de toda su vida,

provocándole un sinnúmero de frustraciones que, en lo relativo al ámbito laboral, se manifestarán en imposibilidad de acceder a un desarrollo pleno de sus capacidades productivas y, en caso de lograr su incorporación al mercado, estará latente la posibilidad de su cercenamiento a causa de su condición. En tal sentido, “el riesgo de discriminación con relación al sidótico se produce en los dos extremos de la relación de trabajo, ya que al ser positivo le es tan difícil obtener empleo, como fácil que lo echen. En tal sentido, los portadores de HIV y los sospechosos de serlo constituyen un grupo de riesgo laboral posible de ser discriminado” (conf. Sala X sent. del 31/5/96 “I, O. E. c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas SA” Publicado en DT 1997- A - 496).

CNAT **Sala II** Expte N° 23.109/03 Sent. Def. N° 93.816 del 21/9/05 “I., N. E. c/ Lamartine SA s/ despido” (González - Rodríguez)

Despido. Acto discriminatorio. Improcedencia. Transferencia a otra empresa.

La sola existencia de cambios en la estructura laboral de una empresa traducidos en la circunstancia de que muchos trabajadores que eran compañeros de uno con portación de HIV, siguieron trabajando y otros nuevos fueron incorporados, mientras aquél fue transferido a otra empresa en los términos del art. 225 y conc. de la LCT, ni implican que se haya actuado a su respecto con discriminación.

CNAT **Sala I** Expte N° 5683/01 Sent. Def. N° 83.435 del 28/2/06 “P., J. A. c/ American Cargas SA y otro s/ despido” (Vilela - Puppo)

Despido. Acto discriminatorio. Tutela del trabajador.

El derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral fundamental inespecífico (cfr. Palomeque-Lopez, Manuel Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo” conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo Universidad de Salamanca - Fundación MAPFRE, 11/11/91 publicado en Actualidad Laboral N° 4, pág 37/44). El art. 14 bis de nuestra carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor. Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del “Protocolo de San Salvador” 1,2 y 3 del Convenio 111 de la OIT sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica. Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes y una tutela constitucional específica. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido discriminatorio. Trabajador portador de Sida.

Debe considerarse discriminatoria la actitud de la empresa empleadora del actor, portador de Sida, que una vez vencidos los plazos de la licencia prevista por los arts. 208 LCT y 211 LCT fue renuente a los pedidos de otorgamiento de tareas livianas por parte del dependiente, dilatando su decisión y supeditándola a la necesidad de que se le practicaran controles médicos (art. 210 LCT). Lo que debió hacer, por el contrario, fue cumplir con las previsiones del art. 212 LCT y admitir el reingreso del trabajador con base en las constancias médicas que aquél ponía a su disposición. Ello, sin dejar de lado los recaudos que pudiera tomar para tornar más segura la tarea, tanto para el enfermo como para las restantes personas que pudieran estar involucradas, con cuidado de no afectar el derecho a la intimidad del enfermo.

CNAT **Sala VII** Expte N° 10.366/03 Sent. Def. N° 39.706 del 3/11/06 “C., R. A. c/ Marofa SA s/ despido” (Rodríguez Brunengo - Ferreirós)

Despido. Discriminación. Trabajadora epiléptica.

Resulta discriminatorio el despido de una trabajadora que padece epilepsia, a la que luego de una recaída la accionada le informa que no tenía tareas livianas para asignarle (tareas administrativas que no requirieran prolongada deambulacion). El cuadro padecido por la actora está especialmente excluido de todo acto discriminatorio y especialmente protegido por la ley 25.504.

CNAT **Sala VI** Expte N° 13.463/04 Sent. Def. N° 59.275 del 15/11/06 “T., D c/ SPM Sistema de Protección Médica SA y otro s/ despido” (Fernández Madrid – Stortini)

Despido. Acto discriminatorio. Prevalencia de la legislación específica.

No es posible recurrir a la ley general antidiscriminatoria (ley 23.592) cuando, como en el caso, existe un régimen protectorio específico (ley 23.551). Así, al configurarse el despido sin causa el actor, motivado por su actividad sindical en la empresa (candidatura a delegado suplente), le corresponde la protección instrumentada a través de los arts. 48 a 52 de la ley 23.551, que debe interpretarse en forma amplia, pues el fuero sindical, aún antes de la instrumentación legal, nace en nuestro país en función de lo establecido en el art. 14 bis de la CN y también en la exigencia que en tal sentido contiene el art. 1° del Convenio 98 de la OIT. (Del voto del Dr. Simón, en mayoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 10522/05 Sent. Def. N° 69.131 del 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (García Margalejo – Simón - Zas)

Despido. Acto discriminatorio. Conducta antisindical.

En el caso, quedó firme y consentida la decisión de la juez a quo en cuanto a que la designación del actor como delegado suplente no le había sido notificada por escrito a la empleadora al momento de despedirlo sin causa, y por tanto el dependiente no gozaba de la tutela sindical prevista en los arts. 48 a 52 de la ley 23551. Sin embargo, por ser pública y notoria su actividad sindical, y teniendo en cuenta la prueba testimonial, cabe concluir que se trató de un despido discriminatorio por motivos antisindicales. En tal caso, el trabajador tiene derecho a demandar judicialmente que “se deje sin efecto el acto discriminatorio”, lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo. De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un acto discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles. En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre “todos”, son titulares el referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, ene el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 10522/05 Sent. Def. N° 69.131 del 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (García Margalejo – Simón - Zas)

Despido. Acto discriminatorio. No configuración.

Toda vez que no hay dudas de que al momento de la desvinculación del trabajador, la empresa no había sino notificada de su candidatura o postulación para ocupar un cargo gremial, no está en juego la garantía específicamente prevista por los arts. 48 última parte, 49, 50 y concordantes de la ley de asociaciones profesionales. Además, en el caso, no existe prueba fehaciente de que la empleadora estuviera en conocimiento de las actividades sindicales desarrolladas por el actor y tampoco de las invocaciones de la actora en cuanto a los impedimentos y obstaculización de la libertad sindical por parte de la empresa. Por lo que no puede concluirse que el despido sin causa del accionante se debiera a un comportamiento discriminatorio por su actividad sindical. (Del voto de la Dra García Margalejo, en minoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 10522/05 Sent. Def. N° 69.131 del 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (García Margalejo – Simón - Zas)

Despido. Discriminación. Ley 23.592. “iura novit curia”. Facultad de los jueces. Calificación jurídica de los hechos. Procedencia.

Aun no existiendo cita concreta en la demanda de la ley 23592, al alegarse una discriminación arbitraria, se trata de un supuesto de “iura novit curia”, con lo que el remedio para conjurarla queda dentro de la facultad judicial en torno a la calificación jurídica de los hechos y su pertinente aplicación normativa, máxime si se tiene en cuenta que los accionantes hicieron referencia puntual al art. 16 de la CN, que consagra el principio de igualdad. En tal sentido, es menester referir que en la demanda se aportaron la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitan el encuadre del caso concreto en la ley antidiscriminatoria, y además se demostró en autos, la vinculación existente entre las decisiones rupturistas cuestionadas y la filiación sindical de los reclamantes en su calidad de miembros de la comisión directiva de un sindicato recientemente inscripto. (Del voto de la Dra. González, en mayoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Principio “iura novit curia”. Procedencia.

Toda vez que en el escrito de inicio se denunció un hecho concreto consistente en la conducta antisindical de despedir a los trabajadores que constituyeron una nueva asociación profesional y con el objetivo de destruirla, aunque en la demanda no se calificó explícitamente tal comportamiento como discriminatorio, parece obvio y por ello excusable la omisión de tal calificativo, bastando con la descripción del factum objetivo, para que luego el Tribunal lo califique y lo juzgue con la norma correspondiente. Por ende, invocada aún tácita o implícitamente una conducta patronal antisindical discriminatoria y pedida su remoción en virtud de la ley 23551, no resulta incorrecto resolver el caso con la ley de alcance general 23592 si se entiende, como lo han hecho los magistrados precedentes, que aquella primera no otorga protección a los demandantes por no haber obtenido todavía la asociación profesional cuyos cuerpos directivos integran, la personería gremial. En consecuencia, la aplicación de la no invocada ley 23592 de oficio y por la regla “iura novit curia”, se justifica como deber jurisdiccional de calificar los hechos denunciados y probados en el expediente, sobre todo si la prueba demuestra en el caso una grosera violación intencional de la libertad sindical que no puede ser consentida por un excesivo apego a las normas rituales previstas para garantizar el derecho de defensa pero no para facilitar que quienes cometen este tipo de hechos quedan impunes. (Del voto el Dr. Maza, integrante de la mayoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Principio “iura novit curia”. Improcedencia.

No se verifica una cuestión encuadrable en el instituto “iura novit curia” cuando no se trata de la invocación inadecuada del derecho aplicable. En el caso concreto los actores no invocaron en momento alguno haber sido víctimas de un acto e discriminación susceptible de ser encuadrado en dicha norma ni ejercitaron una acción tendiente a obtener el cese de un acto de esa naturaleza. Por el contrario, sólo dijeron que el despido afectaba el derecho a la libre asociación gremial, y que por tal razón solicitaban su anulación y la reposición en los cargos (para no perder contacto con los afiliados), en los términos de la ley 23.551. Es necesario recordar que dicho principio, si bien faculta a la aplicación del derecho no invocado por los litigantes, en modo alguno autoriza a los jueces a introducir a la litis hechos que no fueron invocados en sustento de la pretensión, pues ello implica afectar la garantía al debido proceso adjetivo (art. 18 CN) y el principio de congruencia (art. 34 y 163 inc. 6 del CPCCN). (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Principio “iura novit curia”. Procedencia.

Toda vez que en el escrito de inicio se denunció un hecho concreto consistente en la conducta antisindical de despedir a los trabajadores que constituyeron una nueva asociación profesional y con el objetivo de destruirla, aunque en la demanda no se calificó explícitamente tal comportamiento como discriminatorio, parece obvio y por ello excusable la omisión de tal calificativo, bastando con la descripción del *factum* objetivo, para que luego el Tribunal lo califique y lo juzgue con la norma correspondiente. Por ende, invocada aún tácita o implícitamente una conducta patronal antisindical discriminatoria y pedida su remoción en virtud de la ley 23.551, no resulta incorrecto resolver el caso con la ley de alcance general 23.592 si se entiende, como lo han hecho los magistrados precedentes, que aquella primera no otorga protección a los demandantes por no haber obtenido todavía la asociación profesional cuyos cuerpos directivos integran, la personería gremial. En consecuencia, la aplicación de la no invocada ley 23592 de oficio y por la regla “iura novit curia”, se justifica como deber jurisdiccional de calificar los hechos denunciados y probados en el expediente, sobre todo si la prueba demuestra en el caso una grosera violación intencional de la libertad sindical que no puede ser consentida por un excesivo apego a las normas rituales previstas para garantizar el derecho de defensa pero no para facilitar que quienes cometen este tipo de hechos quedan impunes. (Del voto el Dr. Maza, integrante de la mayoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Leyes 23.592 y 23.551. Alcances.

Las leyes 23.592 y 23.551 se articulan, en orden a la protección contra los actos discriminatorios, en una relación que va de lo general a lo particular, de manera que la primera norma procura una tipificación abierta, genérica y omnicompreensiva de todo comportamiento que impida, obstruya, restrinja o menoscabe el ejercicio de derechos y garantías constitucionales; mientras que la ley 23.551 solo se ha ocupado de algunos casos peculiarmente típicos y peculiarmente tenidos en consideración por el legislador de 1988 (arts 48 y 50). Aún en la postura doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que interpreta restringidamente el art. 47 de la ley de asociaciones sindicales, los casos no previstos especialmente en la ley 23.551, sea por imprevisión o decisión política del legislador de 1988 o por no haberlos considerado típicos de la vida sindical argentina, resultan capturados por la norma general posterior sancionada en la ley 23.592 que, por su redacción amplia y sin fisuras no parece dejar fuera supuesto alguno, siquiera aquellos no contemplados por las leyes anteriores. (Del voto del Dr. Maza, integrante de la mayoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Por edad y por ejercicio gremial.

Toda vez que la empleadora negara al actor, técnico de vuelo, el entrenamiento en el simulador de vuelo ante el vencimiento de su licencia alegando que contaba con cincuenta y nueve años y que por encontrarse pronto a su jubilación los costos de dicho entrenamiento serían estériles, y dejando de lado su carácter de delegado gremial lo intimó a que iniciara los trámites jubilatorios en los términos del art. 252 de la LCT, estamos en presencia de actos discriminatorios, ilícitos, hostiles e injuriantes (ley 23.592 y art. 1072 del Código Civil). En el caso, tenemos una doble discriminación: por edad y por ejercicio de la actividad gremial, ya que el último supuesto el art. 252 no le puede ser aplicado.

CNAT **Sala VII** Expte N° 16.373/05 Sent. Def. N° 40.306 del 09/08/2007 “Méndez, Raúl Emilio c/Aerolíneas Argentinas S.A. s/despido”. (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Despido. Acto discriminatorio. Embarazo. Tratados Internacionales.

El ilícito consistente en el **despido por causa de embarazo** entraña una versión de ilicitud, de la especie de las discriminaciones contra la mujer (artículo 11, inciso 2, apartado b de la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas

de discriminación contra la mujer”, tratado que integra el bloque de constitucionalidad federal según el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), la que a su vez es especie del género de discriminación negativa. La mentada antijuridicidad, que debe considerarse incluida en el marco genérico de la Ley 23.592, recibe un tratamiento particularizado en la LCT (artículo 178), normativa ésta que constituye una guía fundamental en todo análisis jurídico que la comprenda. Así, al igual que acontece en ese marco normativo, en el que el aborto espontáneo no enerva el derecho a la indemnización especial prevista por el artículo 178 LCT, porque la ley no hace distinciones, tampoco puede ser obstáculo en el universo reglado por la ley 23.592 y debe añadirse como pauta orientadora que, cuando se reprocha una discriminación por embarazo, el sujeto protegido es primordialmente la mujer. Es que el ordenamiento de fondo pretende amparar con mayor fortaleza su derecho a trabajar y al tiempo que procura reparar los perjuicios que padece, no desatiende los fines represivos de una conducta que aspira a desalentar, por conducto de una medida de acción positiva que se dirige a lograr la igualdad de oportunidades (artículo 75 inc. 23 CN). Por último, está involucrada una garantía de rango constitucional, la protección contra el despido arbitrario por embarazo, emplazada, según lo reconoce la Corte Federal, en el art.11, inciso 2, ítem b de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incorporado a la Ley Fundamental según su artículo 75 inc. 22 (Conf. CS, Fallos 325:279). (Del voto de la Dra. Vázquez).

CNAT Sala VIII Expte N° 27.277/03 Sent. Def. N° 34.552 del 30/10/2007 « Brandi, Andrea María c/ Paramedic Emergencias Médicas S.A. s/despido» (Vázquez – Morando – Catardo).

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que realiza actividad sindical sin mandato.

El carácter sindical de la acción desplegada por la actora fluye de un contexto conformado por su participación activa en la organización de los trabajadores de la empresa demandada para la mejora de las condiciones de trabajo, en la petición al sindicato y a la autoridad de aplicación para la convocatoria a la elección de delegados, y en la denuncia ante la Subsecretaría de Trabajo ratificatoria de reclamos anteriores. Es menester destacar que actos como los realizados por la trabajadora coadyuvan a la defensa del interés colectivo de los trabajadores, más allá de su afiliación sindical, constituyendo, por ende, el ejercicio de derechos incluidos en la libertad sindical, teniendo en cuenta que fueron realizados respecto de una empresa que carecía de delegados sindicales. En el caso, y ante la presencia de una sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, puede deducirse que el despido de la actora obedeció verosímilmente a su actitud de ejercer derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical. (Del voto el Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte N° 30.265/06 Sent. Def. N° 70.349 del 20/12/07 “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/ juicio sumarísimo” (Zas – Simón – García Margalejo)

Despido. Acto discriminatorio. Actividad sindical.

Ante la situación del trabajador que fue despedido por colocar en la puerta del baño del personal un papel donde constaban las escalas salariales -es decir lo que cada uno debía cobrar-, debe considerarse que la conducta de la demandada que lo despidió ha estado dirigida a coartar su actividad sindical. En este sentido, la protección referida al accionar sindical no se restringe a aquellos trabajadores que ostentan cargos electivos sino que extiende su manto protectorio a cada uno de los afiliados y militantes. Y en el caso, no cabe duda que el accionar del trabajador lo fue en cumplimiento de una actividad de colaboración con el sindicato al cual pertenece. Consecuentemente encuadra la situación bajo la luz del art. 47 ley 23.551 y de los arts. 5°, Convenios 87, 98, 135, 101, 111 y 158 OIT. CNAT Sala VII Expte. N° 28.276/06 Sent. Def. N° 40.732 del 29/02/2008 “Sosa, Evaristo c/Furco S.R.L. s/despido”. (Rodríguez Brunengo - Ferreirós).

Despido de trabajadores próximos a jubilarse. Discriminación por la edad.

Peugeot Citroën Argentina S.A. inició en diciembre de 2001 un procedimiento preventivo de crisis de empresa con el objeto de despedir empleados en forma colectiva. La política empresaria de despedir a trabajadores en función de su edad y teniendo en cuenta su proximidad a jubilarse, configuró un acto de discriminación y por ende, dado que los trabajadores superaban los 55 años al momento de la cesantía, no cabe otra solución que concluir que la demandada actuó en forma discriminatoria al prescindir de sus servicios.

CNAT Sala III Expte. N° 20.276/03 Sent. Def. N° 89.775 del 30/05/2008 “Privitera, Héctor Eduardo y otros c/Peugeot Citroën Argentina S.A. s/despido”. (Guibourg - Eiras).

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador activista que no ejerce representación sindical.

El derecho del trabajo no regula ni contiene preceptivas específicas que prevean las consecuencias del despido discriminatorio por motivos gremiales cuando las víctimas son trabajadores que no ejercen una representación sindical orgánica, es decir, hay un vacío normativo que habilita el ingreso supletorio del derecho común, de la ley 23.592 y de los arts. 1044, 1050 y 1056 del Código Civil. Por otro lado la sanción de nulidad que habilita el art. 1044 del Código Civil, con el efecto de volver las cosas al estado anterior (art. 1050 Código Civil), mediante la reinstalación del trabajador -activista gremial- en su puesto, todo ello con ajuste a las previsiones de la ley 23.592 (art. 1), no se enfrenta de manera sistémica con el derecho del trabajo considerado como un todo. Ello así, pues se trata de una consecuencia que está prevista para los despidos discriminatorios por motivos gremiales que padecen los representantes o postulantes de las asociaciones con personería gremial (arts. 40, 48 y 50 LAS). Esto denota que en situaciones análogas intrasistémicas, cuando están en juego la libertad y la democracia sindicales, el derecho del trabajo reacciona con la nulidad del despido y la consiguiente reinstalación del empleado (arts. 11 LCT y 16 Cód. Civil). (Del voto de la Dra. Vázquez, en mayoría).

CNAT Sala VIII Expte. N° 23.555/06 Sent. Def. N° 35.684 del 18/11/2008 “Romero, Silvio Hipólito c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/juicio sumarísimo”. (Morando -Vázquez - Catardo).

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador activista que no ejerce representación sindical.

Es dudoso que, habida cuenta del régimen cerrado de protección de los representantes sindicales de la ley 23.551, resulte razonable la hipótesis de que, paralelamente, rija un sistema fundado en la ley antidiscriminatoria, o más generalmente, en las normas internas o internacionales que vedan conductas discriminatorias. En el marco de la Ley Sindical, resulta evidente que se privilegia la aptitud representativa de los directivos y representantes sindicales de las asociaciones con personería gremial y se protege la estabilidad de aquéllos y de los candidatos, aunque a nivel de establecimiento se extiende a los sindicatos inscriptos. La ley no protege a los activistas espontáneos, cuya actuación, al margen de sindicatos reconocidos implica el debilitamiento de los poderes que la ley les atribuye y el Estado protege. En ese contexto, el activismo extrasindical, desde una perspectiva esquemática, afecta directamente al sindicato, no necesariamente al empleador, que puede, legalmente, ignorarla y hasta complacerse en el debilitamiento de la capacidad negocial de su impuesto interlocutor. (Del voto del Dr. Morando, en minoría).

CNAT Sala VIII Expte. N° 23.555/06 Sent. Def. N° 35.684 del 18/11/2008 “Romero, Silvio Hipólito c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/juicio sumarísimo”. (Morando -Vázquez - Catardo).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592.

Si la acción que el trabajador ha de intentar se funda en la ley 23.592, nos apartamos de la indemnización tarifada y el discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que remite directamente a los parámetros del Código Civil, y dicha reparación será determinada por el juez sobre la base de los elementos que se aporten en el proceso. Procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos objeto de acreditación. Ello no implica que se tendrá por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que sobre la base de la inversión de la carga de la prueba, será el empleador quien deba probar

Poder Judicial de la Nación

que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere.

CNAT Sala VII Expte. N° 10.386/06 Sent. Def. N° 42.322 del 30/11/2008 “Hospital Británico de Buenos Aires c/Laurenza, Héctor Leonardo s/consignación”. (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Despido. Discriminación. Mobbing. Daño moral.

Si bien el “acoso moral en el trabajo” aún no se halla legislado como figura autónoma justificante del despido, no resulta ser menos cierto que ello puede constituir injuria en los términos del art. 242 LCT y justa causa de despido, conforme la ponderación que realice el juez y en virtud del carácter tuitivo de la legislación laboral en atención a la naturaleza del vínculo que se suscita en una relación laboral dependiente además de las modalidades y circunstancias personales en cada caso. El contexto de “mobbing” o “psicoterror” al que se ve expuesto el trabajador permiten inferir el daño moral ocasionado, el cual debe ser reparado. (La trabajadora del caso, que desempeñaba en un cargo jerárquico, se reintegró de su licencia por maternidad y debió soportar el retiro de su asistente, desaires por parte de su jefe, no ser invitada a participar de las reuniones ni decisiones de trabajo haciendo caso omiso de su jerarquía, retiro de su computadora personal –laptop- y asignación de otra PC pero vacía de toda documentación e informes que la actora necesitaba como herramienta de trabajo, correos electrónicos; revelando una intención empresarial tendiente a que la trabajadora se viera obligada a abandonar el trabajo).

CNAT Sala VII Expte. N° 12.669/07 Sent. Def. N° 41.746 del 29/04/2009 “Givone, Julieta Belén c/Aguas Danone Argentina S.A. s/despido”. (Rodríguez Brunengo - Ferreirós).

Despido por discriminación. Despido sin la existencia de actos peyorativos. Imposibilidad de considerarlo discriminatorio.

No resulta factible considerar discriminatorio en los términos del art. 1 de la ley 23.592 al despido incausado, aún cuando pudiese ser considerado una injusta revancha ante una demanda del trabajador. En el enfoque que exige la conceptualización de actos o actitudes discriminatorias, es necesario evaluar qué aspectos, condiciones, cualidades o circunstancias son relevantes y cuales no, puesto que no es lo mismo adoptar una conducta o temperamento peyorativo en razón de algún factor susceptible de generar condicionamientos o prejuicios en la sociedad (como lo es conceder o no beneficios, negar oportunidades o disponer el despido en razón de causas tales como el sexo, la raza o la religión, entre otras) que actuar en determinado sentido (aún en perjuicio del otro), sin que medien tales factores. Si a través del despido incausado el empleador incurre en un comportamiento “deleznable”, o que pudiera considerarse aberrante dentro del marco protectorio constitucional e internacional de los derechos fundamentales del hombre, podría hablarse de discriminación.

CNAT Sala II Expte. N° 26.480/08 Sent. Def. N° 96.739 del 29/05/2009 “Fernández, Carlos Horacio c/Transporte Sargento Cabral Soc. Colectiva s/acción de amparo”. (Maza - González).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592.

La ley 23.592 es plenamente aplicable a las relaciones laborales porque la norma en cuestión garantiza enfáticamente a todos los habitantes de la Nación –en pie de igualdad- el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional. En consecuencia, no existe ninguna razón que justifique excluir de este universo a los trabajadores dependientes, sólo por ser trabajadores. Este disímil tratamiento resultaría contrario al orden constitucional, dado que la carta magna consagró el principio de igualdad de trato y enfáticamente dispuso que el trabajo debe gozar de la protección de las leyes, vale decir, que la legislación debe dar al trabajador un amparo mayor o por lo menos igual que el reconocido al común de los habitantes, de modo que el trabajador no puede quedar en una situación más desfavorable respecto de cualquier otro afectado. (Del voto de la Dra. Porta, en mayoría).

CNAT Sala III Expte. N° 28.108/07 Sent. Def. N° 91.189 del 29/07/2009 “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo”. (Porta – Guibourg - Maza).

Despido. Acto discriminatorio. Compatibilidad entre la ley 23.592 y el régimen de estabilidad impropia. Trabajador que es despedido del Banco de la Nación Argentina por desarrollar tareas gremiales.

La controversia planteada ante el caso del trabajador del Banco de la Nación Argentina que es despedido por desarrollar tareas gremiales, lleva a plantearse cómo se compatibiliza la ley 23.592 con el régimen de estabilidad impropia adoptado por la Ley de contrato de Trabajo. Una parte de la doctrina sostiene que no es posible declarar la nulidad del despido debido a que nuestro sistema de relaciones laborales se caracteriza por la estabilidad impropia, así como en las garantías constitucionales de propiedad y de libertad de contratación, y hacen hincapié en lo decidido por la CSJN en la causa “*De Luca, José E. y otro c/Banco Francés del Río de la plata s/reincorporación y cobro de pesos*” (sentencia del 25.2.69; Fallos 272:87). Sin embargo, dicha doctrina sólo resulta aplicable a los casos de despido arbitrario, vale decir aquél que carece de justa causa en los términos del art. 242 LCT., pero no puede hacerse una interpretación extensiva de ese criterio cuando está probado que el despido tiene una motivación discriminatoria, porque en la actual etapa de la evolución del derecho internacional el principio de igualdad y no discriminación tiene un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno. (Del voto de la Dra. Porta, en mayoría).

CNAT Sala III Expte. N° 28.108/07 Sent. Def. N° 91.189 del 29/07/2009 “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo”. (Porta – Guibourg – Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592.

Si la empleadora con motivos discriminatorios despidió a un empleado no puede invocar la garantía de libertad de contratación porque la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (conf. art. 1071 del código Civil) y los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN) y concretamente, la prohibición de no discriminar que establece la ley 23.592 constituye un límite específico e infranqueable a la libertad de contratar y a la libertad de organizar la empresa que tiene todo empleador. El art. 1 de dicha ley habilita la reinstalación del trabajador, en tanto se compruebe una conducta patronal caracterizable como discriminatoria en los términos de dicha norma y en el entendimiento de que dicha regla legal permite dejar sin efecto el acto discriminatorio. (Del voto de la Dra. Porta, en mayoría).

CNAT Sala III Expte. N° 28.108/07 Sent. Def. N° 91.189 del 29/07/2009 “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo”. (Porta – Guibourg – Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592.

Despedir a un trabajador –salvo el caso de cese total del establecimiento– es siempre discriminarlo en sentido lato, pero la ley autoriza expresamente al empleador a ejercer esa discriminación como un derecho cuando ha mediado justa causa (art. 242 LCT). Si no media justa causa, aquella discriminación en sentido lato todavía puede ejercerse; pero, como tal ejercicio constituye un incumplimiento del contrato, y obliga al pago de una indemnización (arts. 232 y 245 LCT). En este sentido, la mera falta de justa causa no constituye discriminación en sentido estricto, aunque configura un despido arbitrario. Un acto discriminatorio debe cesar o quedar sin efecto, pero no puede obligarse a las personas, ni aun a las culpables de su propio desacierto, a quedar vinculadas por un lazo que ellas rechacen. No todo trato discriminatorio se halla amparado por la ley 23.592, la cual se aplica estrictamente a los actos discriminatorios fundados en alguno de los motivos que ella expresamente proscribe. Es de orden general y no ha sido concebida como una norma integrada al derecho del trabajo. (Del voto del Dr. Guibourg, en minoría).

CNAT Sala III Expte. N° 28.108/07 Sent. Def. N° 91.189 del 29/07/2009 “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo”. (Porta – Guibourg – Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Trabajador que es despedido del Banco de la Nación Argentina por desarrollar tareas gremiales.

Una vez acreditado que el despido, además de ser arbitrario, se halla fundado en motivos proscriptos por la ley (en el caso el trabajador es despedido por desarrollar

tareas gremiales), la norma antidiscriminatoria manda hacer cesar el acto impugnado; pero la estructura del sistema de protección laboral tiene fundamento en el equilibrio de las garantías previstas en los artículos 14 y 14 bis de la C.N., impide convertir ese cese en una obligación incondicional de mantener en el futuro un contrato que una de las partes considere insoportable. Cabe proponer la reinstalación, que el empleador puede no cumplirla, y debe procederse al pago de las indemnizaciones por despido más un recargo por discriminación equivalente a un año de salarios por aplicación analógica de las normas de la LCT sobre despido por maternidad o matrimonio. (Del voto del Dr. Guibourg, en minoría). CNAT Sala III Expte. N° 28.108/07 Sent. Def. N° 91.189 del 29/07/2009 "Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo". (Porta – Guibourg – Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que no ejercía actividad sindical de hecho. Inexistencia de despido discriminatorio.

El hecho de que el actor se encontrara posicionado ideológicamente en una corriente diversa a la sostenida por la conducción del sindicato que administraba la obra social para la que trabajaba, no lo transforma en un "representante sindical de hecho" ni en un activista de esa índole porque para ello es necesario que, por lo menos, la actuación del trabajador haya involucrado intereses colectivos o que su labor haya tenido una incidencia de ese carácter. Más allá de que el activismo que declama hubiere sido ejercido por fuera de la estructura orgánica de la asociación sindical, lo cierto es que para vincular al acto que se reputa discriminatorio con el activismo gremial, es necesario demostrar, al menos, la calidad que erigía al actor en un sujeto especialmente vulnerable a eventuales actos disgregatorios o peyorativos, lo que no es posible predicar si no se ha demostrado la naturaleza colectiva o de representación de la actividad desplegada.

CNAT Sala II Expte. N° 24.845/06 Sent. Def. N° 96.979 del 18/08/2009 "Braun, Ricardo Jorge c/Obra Social del Personal de la Industria de la Alimentación s/juicio sumarísimo". (Maza - González). En el mismo sentido, Sala IV Expte N° 6.482/08 Sent. Def. N° 96.056 del 13/2/2012 "Sisterna, Juan César c/ Transtex S.A. s/acción de amparo" (Marino – Guisado).

Despido. Acto discriminatorio. Mobbing.

Debe considerarse la existencia de *mobbing* ante el caso del trabajador que recibió un trato descomedido consistente en privarlo de su lugar y nivel de trabajo, con bloqueo de los elementos informáticos que de acuerdo a su labor tenía asignado, e imponiéndosele una posición de disminución y desvalimiento mantenida hasta el distracto. La situación se traduce en hechos como haber sido obligado a permanecer en el bar de la empresa durante un lapso e impidiéndosele la realización de lo que eran sus tareas habituales. (En el caso, el actor fue despedido mediante comunicación en la que se le informaba su responsabilidad en la deshabilitación de los registros de auditoría de un servidor, lo que permitió ocultar el envío del mail o correo electrónico masivo al personal de correo oficial de todo el país con un fuerte contenido injurioso hacia los directivos del área a la que el actor pertenecía y que se encontraba bajo su custodia o control. La imputación no logró probarse).

CNAT Sala II Expte. N° 19.730/07 Sent. Def. N° 97.059 del 31/08/2009 "Bogdanovich, Pablo Mariano c/Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/despido". (González - Pirolo)

Despido. Acto discriminatorio. Discriminación por edad.

La edad se encuentra entre las causas que no se admiten como válidas para efectuar distinciones en materia de empleo y ocupación, puesto que ella no lleva necesariamente implícita la falta o la pérdida de capacitación para un puesto de trabajo, y así debe entenderse a la luz de la normativa vigente al respecto (arts. 14 bis, 16 y 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Nacional; Declaración Universal de los Derechos Humanos –artículos 1, 2 y 7-; Convención Americana sobre Derechos Humanos –art. 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –arts. 2.2 y 6-; Convenio 111 OIT; Declaración Socio Laboral del Mercosur; art. 1 de la ley 23.592; art. 17 LCT; art. 4 del Anexo II de la ley 25.212).

CNAT Sala II Expte N° 19.546/03 Sent. Def. N° 97.121 del 17/09/2009 "Cartolano, Antonio y otros c/Peugeot Citroën Argentina SA". (González - Pirolo).

Despido. Discriminación. Portador de HIV. Ley 23.592. Procedencia.

Si la acción que el trabajador ha de intentar se basa en la ley 23592, nos apartamos de la tarifa y el discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que remite directamente a los parámetros del Cód. Civil y dicha reparación será ordenada por el juez sobre la base de los elementos que se aporten al proceso. Para ello, procesalmente debe tenerse en cuenta la presencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho a acreditarse, pero ello no quiere decir que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pié a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación. En el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba pero también la relación lógica que existe entre aquél hecho y el que se pretende probar.

CNAT **Sala VII** Expte N° 20.224/06 Sent. N° 4210 del 28/9/2009 « V., H.G. c/ Lekryzón SA y otro s/ despido » (Ferreirós – Rodríguez Brunengo)

Despido. Acto discriminatorio. Mobbing. Supuesto en que no se configura.

En el caso la actora, mucama en un hotel, alegó maltrato psicológico por parte de la gobernanta que calificó como una típica situación de mobbing. Dicho maltrato, según surge de los testimonios, consistía en que “le gritaba”, “la trataba muy mal”, “la retaba”, “la mandaba dos veces a hacer la habitación”, “no la saludaba”, “le pedía las cosas de muy mala manera”. Dichas declaraciones, si bien dejan traslucir que la gobernanta tenía un trato hacia la actora que pudiera calificarse como peyorativo, dicha actitud y proceder –que a lo sumo podría merecer algún reproche- no permite inferir válidamente la configuración de un supuesto de “acoso laboral”. Por otro lado, la gobernanta profería similar trato también a otros empleados del hotel, lo cual descarta que su actitud tuviera como particular destinatario a la persona de la actora, pues es posible advertir que esa era la forma o modo en que aquélla se relacionaba con los empleados en general, lo que impide sostener que existió acoso psicológico contra la actora.

CNAT **Sala IX** Expte. N° 13.059/07 Sent. Def. N° 15.922 del 27/10/2009 “Velásquez Altamirano, Rufina c/Pinares de carrasco SA s/daños y perjuicios”. (Fera - Balestrini).

Despido. Acto discriminatorio. Discriminación a favor de un trabajador por su mayor eficacia y laboriosidad. Prevención de actuar en forma nociva y discriminatoria.

Nada limita la posibilidad de bien discriminar en base a una “...mayor eficacia, laboriosidad o contracción a su tareas por parte del trabajador”, en base a principios del bien común y reconociendo que sus cualidades laborales merecen ser especialmente retribuidas, tanto por razones de equidad hacia el dependiente diligente como en honor al mejor desenvolvimiento de la empresa, fuente del empleo y ámbito en el que los trabajadores desenvuelven sus aptitudes y capacidades. Empero, es deber judicial controlar, a pedido de parte, que la facultad de premiar a los mejores trabajadores no vulnere directa ni indirectamente la garantía constitucional básica ni que esconda un actuar nocivamente discriminatorio.

CNAT **Sala II** Expte. N° 37.229/07 Sent. Def. N° 97.502 del 15/12/2009 “Pollitzer, David Gabriel Alfredo c/First Source Solutions SA y otro s/despido”. (Maza - Pirolo).

Despido. Mobbing o acoso moral. Requisitos. Improcedencia.

A los efectos de encuadrar el despido como resultante de maniobras de acoso moral resulta necesario que se aleguen circunstanciadamente -dejando de lado percepciones individuales y subjetivas- hechos inobjetables que denoten la actitud persecutoria que se denuncia. No revisten entidad suficiente los hechos aislados que no son repetidos y sistemáticos. En el caso, la circunstancia de que la accionada no hubiera logrado probar los motivos sobre los que sustentó la aplicación de la sanción impuesta a la actora no obra, por sí sola, como demostración lisa y llana del acoso laboral, pues la accionante tenía la posibilidad de cuestionar esa decisión y ver satisfecho su derecho a dejársela sin efecto.

CNAT **Sala IX** Expte N° 8773/08 Sent. Def. N° 16050 del 30/12/2009 « Denicolo, Andrea c/ San Timoteo SA s/ salarios por suspensión” (Balestrini - Fera).

Despido. Acto discriminatorio. Despido del trabajador en razón del carácter de afiliado al sindicato.

Debe considerarse despido discriminatorio aquel que ha sido dispuesto en perjuicio de quienes trabajaban para una empresa, por el hecho de haber ejercido su derecho a afiliarse a un sindicato con personería gremial de la actividad. Ello así, procede su reparación por agravio moral mediante el pago de una suma de dinero como respuesta a un acto ilícito (art. 1 ley 23.592 y art. 1078 Cód. Civil). No procede, en cambio, su reinstalación, sin plazo de vigencia, ya que de ser así no podrían ser despedidos sino con una justa causa, ni aún contra el pago de las indemnizaciones de ley, con lo que, por decisión judicial, pasarían a gozar de una estabilidad *sine die*, más intensa que la reconocida a los representantes sindicales a los que la ley les acuerda una garantía temporalmente acotada.

CNAT Sala VIII Expte. N° 39.025/08 Sent. Def. N° 36.861 del 12/02/2010 "Sánchez, Roque Simón c/Papelera Bragado SA s/juicio sumarísimo". (Morando - Catardo).

Despido. Acto discriminatorio. "Mobbing".

Resulta legítimo el despido indirecto en que se colocara la trabajadora al probarse el "mobbing" al que fuera sometida, a través de actitudes por parte de la empleadora tales como: rotación constante de sucursal, comunicación hostil de manera sistemática por parte de la supervisora, trabajo bajo presión y desestimación peyorativa de su labor, teniendo en cuenta la experiencia con que contara para desempeñar sus tareas. Consecuentemente corresponde la reparación tanto del daño psíquico como moral.

CNAT Sala VII Expte. N° 21.552/07 Sent. Def. N° 42.452 del 19/02/2010 "Bonelli, María Inés c/MEDIFE Asoc. Civil y otro s/despido". (Rodríguez Brunengo - Ferreirós).

Despido. "Mobbing" o acoso laboral.

No toda desavenencia profesional implica o da origen al acoso moral, cuya característica principal se asienta "en la repetición de actitudes, palabras, conductas que, tomadas por separado pueden parecer anodinas, pero cuya repetición y sistematización las convierte en destructivas" (Irigoyen, Marie-France, "El acoso moral en el trabajo", traducción de Nuria Pujol I. Valls, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós Ibérica SA, año 2001, pág. 30). Así el ejercicio del "*ius variandi*", aún cuando resulte altamente discutible su legitimidad, no constituye "mobbing".

CNAT Sala IX Expte. N° 29.358/06 Sent. Def. N° 16.125 del 26/02/2010 "Cobice, Oscar c/Danone Argentina SA s/despido". (Balestrini - Fera).

Despido. Acto discriminatorio.

Cuando se habla de despido discriminatorio entendemos que fue el dispuesto por el empleador -aun cuando no lo exprese- por motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, edad, posición económica, condición social o caracteres físicos del trabajador (arts. 17 y 81 LCT y 1 de la ley 23592). En este caso, y de conformidad con lo dispuesto por esta última ley, el empleador será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. En atención a las consecuencias que acarrea un despido discriminatorio, la prueba debe ser convictiva y la carga probatoria corresponderá a quien pretende que la cesantía constituye un acto de tal índole ilegítima.

CNAT Sala III Expte N° 1520/08 Sent. Def. N° 91.757 del 22/2/2010 « Christensen, Viviana y otro c/ Antomóvil Club Argentino s / despido" (Porta - Guibourg)

Despido. Acto discriminatorio. Desafiliación de un sindicato para afiliarse a otro. Discriminación en razón de la "opinión gremial". Condena.

La consecuencia jurídica de un despido discriminatorio no puede ser otra que su nulidad, esto es, que debe ser dejado sin efecto. Por ello no sólo deben pagarse los salarios caídos hasta el despido discriminatorio, sino que debe dejarse sin efecto dicho despido habido y condenar a la demandada a reinstalar en las mismas condiciones en que se encontraba al trabajador, en el puesto de trabajo, además de abonársele una suma en concepto de daño moral. (Del voto de la Dra. Ferreirós, en mayoría).

CNAT Sala IV Expte. N° 33.007/07 Sent. Def. N° 94.581 del 19/03/2010 “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”. (Guisado – Ferreirós - Zas).

Despido. Acto discriminatorio. Desafiliación de un sindicato para afiliarse a otro. Discriminación en razón de la “opinión gremial”.

El empleador al despedir al trabajador por no desafiliarse a un sindicato para afiliarse a otro, no sólo ha vulnerado los derechos del actor a la protección contra el despido arbitrario, sino que también ha transgredido el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y suprallegal. Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, admite la existencia de las normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Éstos, que constituyen el denominado “*jus cogens*”, incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados. (Del voto del Zas).

CNAT Sala IV Expte. N° 33.007/07 Sent. Def. N° 94.581 del 19/03/2010 “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”. (Guisado – Ferreirós - Zas).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Desafiliación de un sindicato para afiliarse a otro. Segregación. “Opinión gremial”.

El despido producido ante la negativa del trabajador de desafiliarse de un sindicato para pasar a pertenecer a otro, implica su segregación en virtud de su “opinión gremial”, causal de discriminación específicamente contemplada en el art. 1 de la ley 23.592. (En el caso, se trataba de desafiliarse de la Unión de Empleados de la Construcción y Afines de la República Argentina, y su afiliación al Sindicato Único de Trabajadores de Peajes de Autopistas). (Del voto del Dr. Guisado).

CNAT Sala IV Expte. N° 33.007/07 Sent. Def. N° 94.581 del 19/03/2010 “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”. (Guisado – Ferreirós - Zas).

Despido del delegado gremial. Colaborador sindical que participó de una huelga. Discriminación. Ley 23.592.

Debe considerarse nulo y discriminatorio en los términos de la ley 23.592 el despido de un colaborador sindical, quien previo a su desvinculación fuera intimado por la empleadora a abstenerse de participar en medidas de fuerza. A través del despido incausado el empleador expresa su voluntad de rescindir el contrato sin fundamentarlo, o explicando una razón de conveniencia. La referida ley autoriza a dejar sin efecto el acto discriminatorio de acuerdo a lo previsto en su art. 1, y está destinada a neutralizar las conductas discriminatorias permitiendo declarar la ineficacia del acto cuestionado, equiparándolo al acto jurídico de objeto prohibido. Corresponde entonces declarar nulo el despido decidido por el empleador y procederse a la reinstalación del trabajador en su puesto y el derecho a percibir salarios caídos desde el distracto hasta que se cumpla la medida, más un recargo por discriminación.

CNAT Sala I Expte. N° 31.872/08 Sent. Def. N°. 85.873 del 26/04/2010 “Risso Carlos Fernando c/Fate SA s/juicio sumarísimo”. (Vilela - González).

Despido discriminatorio. Ley 23.592. Aplicabilidad a las relaciones laborales individuales.

La ley 23.592 es plenamente aplicable a las relaciones laborales individuales porque a todos los habitantes de la Nación les está garantizada la igualdad real o de oportunidades y de trato que prevé nuestra Ley Fundamental (art. 75, inc. 23, de la Const. Nacional). Su aplicación para el supuesto de despido discriminatorio se hace evidente por cuanto la normativa que instituye se encuentra en franca armonía con la prohibición constitucional de discriminar resultante del art. 16, en cuanto alude a la garantía de igualdad. También se revela plenamente acorde con las disposiciones antidiscriminatorias provenientes de ciertos tratados internacionales de derechos humanos que presentan jerarquía constitucional e incluso con ciertos convenios de la OIT (como el N° 98) que tienen jerarquía superior a la ley interna (art. 75, inc. 22, Const. Nacional).

CNAT **Sala X** Expte. N° 34.954/08 Sent. Def. N° 17.456 del 30/04/2010 “Muñoz Carballo, Alejandra Noelia c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido discriminatorio. Ley 23.592. Nulidad del despido discriminatorio y estabilidad “relativa”. Compatibilidad.

Ante un despido discriminatorio, cuyo objeto se encuentra vedado por el art. 16 de la C.N., debe considerarse que el acto tuvo objeto prohibido (art. 953, Cód. Civil), y consecuentemente corresponde declarar su nulidad (art. 1044 del Cód. Civil), con más la reposición de las cosas al estado anterior a su realización (art. 1083 Cód. Civil). Ello no importa olvidar que en las relaciones individuales de trabajo media estabilidad relativa y un resarcimiento tarifado emergente del despido “sin justa causa” (arts. 242 y 245 LCT). Pero en el caso de un despido discriminatorio no se está frente a un despido injustificado que, como tal, quede enmarcado dentro del sistema de estabilidad relativa. El acto discriminatorio se encuentra vedado por la C.N. y por los instrumentos internacionales aplicables en nuestro ordenamiento interno. Y en ese contexto, el trabajador puede perseguir la nulidad del acto hostil con apoyo en la ley 23.592 con más el requerimiento de reinstalación en el empleo y el pago de los salarios caídos devengados hasta la reincorporación al estar viciado de nulidad el acto.

CNAT **Sala X** Expte. N° 34.954/08 Sent. Def. N° 17.456 del 30/04/2010 “Muñoz Carballo, Alejandra Noelia c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido. Acto Discriminatorio. Medida cautelar. Improcedencia.

La presencia de una enfermedad y la radicación de una denuncia ante el INADI formulada con fecha posterior al despido, resultan insuficientes a los efectos de otorgar verosimilitud al derecho que esgrime el actor para fundamentar la medida cautelar de reinstalación. Ello es así por cuanto según la demanda, la afección sufrida es de larga data y estaba en conocimiento de la empleadora con anterioridad a la circunstancia de que aquél efectuara una denuncia a raíz del despido, por lo que no puede considerarse que exista vinculación entre la enfermedad que se alega y el despido dispuesto. Cabe agregar que la acción se basa en la ley 23592 y que no se trataba de un trabajador especialmente amparado por la ley sindical.

CNAT **Sala II** Expte N° 9656/10 Sent. Int. N° 59.230 del 12/5/2010 « Sotelo, Ramón c/ Wall Mart Argentina SRL s/ sumarísimo » (González - Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Discriminación por razones gremiales.

La tutela contra actos de discriminación gremial no alcanza únicamente a los trabajadores tutelados por la ley 23.551 como representantes orgánicos de asociaciones con personería gremial. El art. 1 de la ley 23.592 sanciona con la invalidez a los actos de segregación cuya causa fin concierne a discriminaciones negativas basadas en motivos gremiales. Es errado sostener que un trabajador o trabajadora carezca de protección contra discriminaciones sindicales por haber participado en la creación de una asociación sindical que a la fecha del despido no había alcanzado inscripción registral. Es intrascendente determinar en qué fecha nació a la vida jurídica la asociación que la actora contribuyó a conformar pues el plexo normativo antidiscriminatorio resguarda a la persona, para que ésta no sea excluida por el mero hecho de ejercer, en el ámbito laboral, la garantía constitucional de libertad sindical, tanto en sus facetas individuales como colectivas como positivas o negativas (art. 14 bis CN y Convenio 87 OIT de rango constitucional).

CNAT **Sala VIII** Expte. N° 7678/09 Sent. Def. N° 37.247 del 14/06/2010 “Acosta, Nydia Mabel c/Galeno Argentina SA s/acción de amparo”. (Vázquez - Catardo).

Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial.

La ley 23.592 dio un paso fundamental contra la discriminación al facultar a los jueces a pulverizar el acto discriminatorio y reparar las consecuencias derivadas del episodio lesivo. El art. 1, al enumerar de modo solo enunciativo las causales de discriminación, incluye expresamente a la “...opinión (...) gremial”, lo cual abarca los actos reprochables acontecidos antes, durante e incluso a la finalización de la vinculación laboral. Esta ley es plenamente aplicable a las relaciones laborales individuales. Ello es así porque a todos los habitantes de la Nación les está garantizada la igualdad real o de oportunidades y de trato que prevé nuestra Ley

Fundamental a partir de la entrada en vigor de la modificación constitucional del año 1994 (art. 75, inc. 23, CN).

CNAT Sala X Expte. N° 30.632/08 Sent. Def. N° 17.579 del 28/06/2010 “González, Gerardo Esteban c/Casino de Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial. Arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional.

Ante el enfrentamiento de normas que consagran dos derechos constitucionales: a) la prohibición de discriminar del art. 16; b) la libertad de contratación que postula el art. 14, debe efectuarse una integración de ambas disposiciones para lograr una compatibilidad entre ellas, y ello sobre la base de las circunstancias de cada caso particular. Así, al resolverse la nulidad de una cesantía discriminatoria, el demandado deberá reincorporar al trabajador en el empleo dentro del plazo de diez días. Pero deberá tener presente que, en el supuesto de incumplir esa condena en el lapso establecido, quedará sustituida de pleno derecho por un agravamiento indemnizatorio que, en atención a la índole y gravedad del acto discriminatorio, es prudencial fijarlo en un monto equivalente a un año de remuneraciones (es decir, trece salarios en total al incluir el SAC). A ello se deberán adicionar la indemnizaciones legales derivadas de un cese contractual inmotivado (es decir, las de los arts. 231, 233 y 245 LCT).

CNAT Sala X Expte. N° 30.632/08 Sent. Def. N° 17.579 del 28/06/2010 “González, Gerardo Esteban c/Casino de Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial. Compatibilidad entre la nulidad del acto extintivo y el sistema de estabilidad relativa.

Si bien en las relaciones individuales de trabajo impera una estabilidad relativa y un resarcimiento tarifado emergente del despido ilegítimo o “sin causa” (arts. 242 y 245 LCT), ante el caso de un despido discriminatorio no se considera que el empleador se haya mantenido dentro del sistema de estabilidad relativa imperante en nuestro régimen legal. Por el contrario, la situación se ve alterada ante el acaecimiento de un acto discriminatorio vedado por la normativa de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico como es la C. N.. Y en ese marco, el trabajador puede perseguir la nulidad del acto hostil con apoyo en la ley 23.952, con más la reinstalación en el empleo y el pago de los salarios caídos devengados desde el acto nulo hasta la reincorporación, y ello precisamente porque la decisión empresaria se halla viciada de nulidad. Corresponde concluir entonces que el despido es nulo y su nulidad hace menester volver al estado anterior al pretendido acto rescisorio (arts. 1044 y 1083 C.Civil).

CNAT Sala X Expte. N° 30.632/08 Sent. Def. N° 17.579 del 28/06/2010 “González, Gerardo Esteban c/Casino de Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido discriminatorio. Trabajador intimado a no participar en paros ilegales. Inexistencia de discriminación.

En el caso, el actor fue despedido por haber incumplido el apercibimiento previo por el cual se lo exhortaba a abstenerse de participar en paros ilegales, junto con 80 operarios de la empresa demandada. Es decir, que la empresa decidió extinguir el vínculo con el actor y con el resto de sus compañeros, como respuesta a la adhesión a la huelga, y no por la calidad de activista sindical que se le atribuyó. La característica particular de la motivación de la práctica social discriminatoria es la subsunción sin resto del sujeto en una identidad (generalidad), es decir, la adjudicación a un sujeto de la pertenencia a un grupo. Cuando la causa inmediata del despido se genera a partir de un acto, en el caso, dirigido a ocasionar un daño a su empleador -más allá de la legitimidad o no de la huelga-, el interés sobre la condición social del sujeto (activista) es desplazado por el valor de su conducta, cuya connotación agresiva provocó el despido. Por ello, debe ser revocada la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la reinstalación del trabajador y la indemnización adicional por el carácter discriminatorio que se le adjudicó al despido.

CNAT Sala VIII Expte. N° 37.249/07 Sent. Def. N° 37.365 del 16/07/2010 “Ayala, Jorge Carlos c/FATE SA s/juicio sumarísimo”. (Catardo - Morando).

Despido. Acto discriminatorio.

La calificación de un acto como “discriminatorio” requiere que el accionar cuestionado ocasione un impedimento, obstrucción, restricción o menoscabo en los derechos de quien se considera afectado por el acto atacado, y en caso de así verificarse, se impone como consecuencia la obligación de dejar sin efecto el acto o el cese en su realización.

CNAT **Sala IX** Expte. N° 2.488/09 Sent. Def. N° 16.502 del 24/09/2010 “Toledo, Martín Adrián c/Empresa Sierras de Córdoba SA s/juicio sumarísimo”. (Balestrini - Fera).

Despido. Acto discriminatorio.

No resulta prudente, al menos “*prima facie*”, afirmar que el ejercicio de una potestad legal (como lo es la de despedir a un trabajador dependiente) se debe a la adopción de una medida de represalia o a una intención negativa tendiente a sancionar un accionar del dependiente, salvo que por las circunstancias se pueda inferir –con cierto grado de certeza– que efectivamente ese fue el móvil de la ruptura y que, bajo el disfraz del ejercicio regular de un derecho propio, se incurrió en un “abuso” de derecho de modo tal que se ha extrapolado la regularidad del acto para convertirse en una “máscara” de legitimidad que, en esencia, esconde otro móvil antijurídico e ilegítimo. El hecho de haberse dispuesto un despido incausado, no puede ser interpretado por sí solo como un accionar que encubre un acto discriminatorio.

CNAT **Sala IX** Expte. N° 2.488/09 Sent. Def. N° 16.502 del 24/09/2010 “Toledo, Martín Adrián c/Empresa Sierras de Córdoba SA s/juicio sumarísimo”. (Balestrini - Fera).

Despido discriminatorio. Actividad gremial.

Corresponde calificar como discriminatorio el despido de un trabajador que, si bien no revistaba como delegado gremial, existen indicios de que fue despedido en virtud de la actividad gremial que desempeñaba, toda vez que el demandado no logró acreditar que el despido obedeció a otra razón.

CNAT **Sala VII** Expte. N° 14.534/08 Sent. Def. N° 42.900 del 24/09/2010 “Ricciardelli, Carina Elizabeth c/Asociación Civil Hospital Británico de Buenos Aires s/juicio sumarísimo”. (Ferreirós - Corach).

Despido. Acto discriminatorio. No todo despido arbitrario es necesariamente discriminatorio. Resarcimiento del despido arbitrario.

La circunstancia de que se trate de un despido injustificado o arbitrario no permite concluir que resulte, a su vez, un acto que encubra una discriminación peyorativa, puesto que arbitrariedad y discriminación no son conceptos sinónimos. El sistema resarcitorio del despido arbitrario en el ámbito del empleo privado modulado en base a una forfata del daño, constituye la reglamentación legal de la protección constitucional contra el despido arbitrario y el reconocimiento de efectos extintivos al acto disolutorio aún injusto o incausado, sin desconocer el carácter antijurídico de tales actos. Por ello, aún cuando el despido arbitrario no constituya un derecho del empleador, sino al decir de Justo López, un ilícito civil, de ello no se sigue la ineficacia del acto para poner fin a la relación contractual sino la obligación de reparar los daños en los términos regulados por el legislador nacional.

CNAT **Sala II** Expte. N° 37.335/08 Sent. Def. N° 98.932 del 21/02/2011 “Lucci Andrea Paula c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA U.T.E.”. (Piroló - Maza).

Despido discriminatorio. Despido injustificado de empleado bancario. Discriminación por condición sexual y enfermedad (HIV).

Si bien el despido dispuesto por la entidad bancaria demandada se fundó en que el dependiente habría cometido un hecho gravísimo que por la falta impedía la continuidad del vínculo –violó la normativa bancaria al abrir una caja de ahorro a nombre de su hermana, menor de edad, modificando la fecha de nacimiento–, lo cierto es que, por más que este hecho estuviere prohibido, en autos se logró acreditar que hechos como el denunciado eran una práctica habitual en el banco, por lo que no aparece ajustado a derecho despedir al actor por esa misma causa sino que, más bien el trabajador fue despedido por su condición sexual y por su enfermedad, es decir que se trató de un despido discriminatorio.

CNAT **Sala VII** Expte N° 901/09 Sent. Def. N° 43.441 del 31/3/2011 « R.R., M.A. c/ Banco Hipotecario S.A. s/despido » (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Despido. Improcedencia de la calificación de abandono de trabajo. Encubrimiento de un proceder discriminatorio.

El despido de la trabajadora, emulado tras la invocada causa de abandono de trabajo, encubrió un proceder discriminatorio de la demandada motivado por la participación de la actora en una medida de fuerza que tuvo lugar en el establecimiento demandado (Casino). En definitiva, se trata de un incumplimiento de las obligaciones a cargo del dependiente, más no de una real intención demostrada de la voluntad de abandonar la relación laboral.

CNAT **Sala IX** Expte N° 11.296/09 Sent. Def. N° 16.920 del 11/04/2011 “Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A Compañía de inversiones en entretenimientos S.A UTE s/ juicio sumarísimo” (Balestrini - Corach).

Despido discriminatorio. Calificación. Despido incausado no es despido discriminatorio.

Es necesario destacar que no todo trato diferenciado, arbitrario, reprochable e, incluso, de revancha, puede conceptualizarse como discriminación ilegítima en los términos que nuestra legislación positiva estigmatiza. Para poder calificar así a alguno de esos actos, el sujeto o grupo de sujetos afectado debe contar con alguna cualidad, característica o condición que lo torne particularmente sensible a la discriminación y, a la par, el comportamiento censurable deberá fundarse en esa cualidad o circunstancia que ha hecho que la sociedad actual reputé inadmisibile a tal punto esos comportamientos como para conceptualizarlos en una categoría especial – discriminatorios – a fin de someterlos a un régimen jurídico diferenciado y pasible de una peculiar y más intensa tutela para la víctima a la par que de un agravado reproche para el autor del acto denostable. Desde esta óptica, no parece factible considerar – sin más – discriminatorio en los términos del art. 1 de la ley 23.592 al despido incausado, aun cuando pudiese, al sólo efecto conjetural de este análisis, ser considerado una injusta revancha ante una demanda del trabajador.

CNAT **Sala IV** Expte N° 15.345/09 Sent. Def. N° 95.425 del 23/5/2011 « Quiroz, Juan Domingo Matías y otro c/ Matriplast S.A.s/despido » (Marino – Guisado).

Despido discriminatorio. Actividad gremial. Despido incausado.

Al no haberse demostrado que los actores hubieren sido víctimas de un acto de discriminación por causa de actividad gremial, no aparece violentada la garantía contenida en el art. 16 de la CN, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad federal en el art. 75 inc. 22 de la CN, basados en el principio de igualdad ante la ley. Tampoco aparece vulnerada la directiva que la ley 23.592 por lo que, evidentemente, la acción tendiente a obtener la reparación material y moral adicional a los rubros propiamente derivados de la ruptura no resulta procedente.

CNAT **Sala IV** Expte N° 15.345/09 Sent. Def. N° 95.425 del 23/5/2011 « Quiroz, Juan Domingo Matías y otro c/ Matriplast S.A.s/despido » (Marino – Guisado).

Despido discriminatorio. Clandestinidad de la relación por siete años. Conducta no tipificada como discriminatoria.

Corresponde desestimar la pretensión de la accionante, pues no se observa que la conducta atribuida a la demandada (mantener a la trabajadora en la clandestinidad total durante siete años) incluya la existencia de actos u omisiones discriminatorias por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592). Ello, por cuanto las consecuencias de los incumplimientos en que habría incurrido la empleadora se encuentran reparadas en su totalidad a través de las indemnizaciones y diferencias salariales devengadas durante toda la relación laboral, más intereses.

CNAT **Sala IV** Expte N° 48.817/09 Sent. Def. N° 95.426 del 23/5/2011 « González, Eleonora Graciela c/ Georgalos Hnos. S.A. s/despido » (Pinto Varela – Marino).

Despido discriminatorio. Motivos antisindicales.

Si bien en el caso el trabajador percibió la indemnización por despido incausado, ello no sella la suerte de su reclamo posterior en el sentido de solicitar la nulidad del despido por obedecer a razones de discriminación sindical. Y si bien la doctrina de los actos propios se resume en un principio jurídico que no permite que se

pueda variar de comportamiento sin justificación alguna, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro, dentro de las condiciones de aplicación, se requiere que la primera conducta haya sido realizada deliberadamente, jurídicamente relevante y eficaz, ello es, ejecutada de manera voluntaria, libre y sin vicio alguno del consentimiento. Así, la decisión del actor no fue libre sino condicionada por su estado de necesidad y de subsistencia para él y su familia, circunstancia que impidió que se abstuviera de percibir las sumas que la empleadora puso a su disposición. Tal conducta, frente a la violación al derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales, no implica la renuncia a reclamar la reinstalación en el trabajo. (Del voto de la Dra. Pasten de Ishihara, en mayoría).

CNAT **Sala I** Expte. N° 10.514/2010 Sent. Def. N° 86.699 del 31/05/2011 “Albarelo, Ángel Omar c/Molinos Río de la Plata SA s/juicio sumarísimo”. (Vázquez – Vilela – Pasten de Ishihara).

Despido discriminatorio. Actividad gremial.

En el caso, al producirse el despido dispuesto por el empleador, el trabajador contesta mediante carta documento, sosteniendo que el despido obedece a su actividad gremial y resulta discriminatorio, la demandada lo rechaza y manifiesta que se halla a su disposición la liquidación final y el certificado de trabajo. El actor percibió los importes correspondientes a dicha liquidación. Este acto adquiere trascendencia y determina la improcedencia del reclamo, porque el proceder de las partes es esencial en los conflictos de aristas debatibles y lo cierto es que el trabajador percibió los rubros emergentes de la LCT y ratificó así la validez de lo acontecido, al menos en su eficacia extintiva. La conducta del actor implica asumir una posición que impide su ulterior impugnación, ya que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior (CSJN Fallos 275:235 y 458:294 y 307:1602), resultando dicho comportamiento deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. (Del voto del Dr. Vilela, en minoría).

CNAT **Sala I** Expte. N° 10.514/2010 Sent. Def. N° 86.699 del 31/05/2011 “Albarelo, Ángel Omar c/Molinos Río de la Plata SA s/juicio sumarísimo”. (Vázquez – Vilela – Pasten de Ishihara).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592.

Las formas de discriminación no son abiertas ni explícitas ni se apoyan en normas legales. Frente a ello es necesario efectuar una lectura de los hechos mas allá de su expresión literal, en concordancia con el principio de la primacía de la realidad comprendido dentro del derecho protectorio, respecto del cual juega como un complemento a fin de que éste no pueda ser marginado en los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad. Aún cuando existe una norma legal sustantiva que establece la prohibición de discriminación en forma genérica por cualquiera de las causas contempladas, la víctima de dicha acción ilegal tiene gran dificultad en hacer valer el derecho violentado si se ve obligada a presentar todos los elementos de prueba. La discriminación indirecta puede ser considerada un mecanismo para superar la dificultad de la prueba, ya que ésta es trasladada en gran medida al demandado en cuanto a la justificación de la acción que implicó un acto discriminatorio.

CNAT **Sala VI** Expte. N° 20.471/09 Sent. Def. N° 63.030 del 30/06/2011 “Área Soporte de Marketing SA c/Trigila Andrea Beatriz s/consignación ». (Craig – Fernández Madrid). En el mismo sentido, **Sala VI** Expte N° 37.416/08 Sent. Def. N° 63.791 del 27/3/2012 “V., C.A. c/Coto CICSA s/ despido” (Craig – Fernández Madrid)

Despido discriminatorio. Trabajador que hizo tratamientos de recuperación por alcoholemia. Protección del trabajador en situación de vulnerabilidad.

El actor fue despedido al finalizar su tratamiento sin causa alguna, lo que se entiende como un elemento indiciario suficiente para considerar que el despido fue discriminatorio. En la materia, debe atenderse a la conducta del empleador que sigue a una situación de extrema vulnerabilidad del dependiente, que permite presumir que su permanencia en la empresa podía resultar inconveniente para el normal desarrollo de su actividad, si tuviera una recaída en su enfermedad, lo que expresaría solo la búsqueda del beneficio por el empresario. Por ello atendiendo a los bienes que deben protegerse en estos casos, corresponde consolidar firmemente la protección del empleado en situación de vulnerabilidad, quien no

debe estar sujeto a ninguna consecuencia perjudicial derivada de su enfermedad, máxime cuando se trata de quien ha buscado y logrado la recuperación. De modo que aquellos empleadores que decidan la terminación de la relación laboral, deben justificar acabadamente que la cesantía no guarda relación con la enfermedad.

CNAT Sala VI Expte N° 20.954/08 Sent. Def. N° 63.088 del 15/07/2011 “V.O. A. c/ Societe Air France S.A. s/ Despido”. (Fernández Madrid – Raffagheili)

Despido discriminatorio. Reclamo fundado en una discriminación por cuestiones políticas. Improcedencia.

Una posición diferenciada sobre un criterio de política de trabajo e incluso de ideología partidaria, no es asimilable a una postura discriminatoria en los términos de la Ley 23.592. En el caso, no se ha probado que persona alguna del Instituto hubiera ejercido actos discriminatorios contra el actor por su alineación política con el partido del ARI; por el contrario, teniendo las autoridades de aquél, pleno conocimiento de las convicciones políticas partidarias del accionante, lo designaron en un altísimo cargo dentro de la organización demandada. De los hechos, se puede inferir, en cambio, que existió un disgusto concreto, con quien, revistando en aquella categoría, participó de la mentada solicitada, contraria a la política implementada por quien era el titular del Poder Ejecutivo Nacional, de quien dependía directamente el Instituto.

CNAT Sala VIII Expte N° 32.154/07 Sent. Def. N° 38.340 del 15/07/2011 “Borini, Leopoldo Mario c/ P.A.M.I Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Despido”. (Catardo – Pesino).

Despido discriminatorio. Trabajadora embarazada. Normativa conculcada.

En caso de que el despido discriminatorio tuviera razón en el estado de embarazo de la trabajadora se conculca lo normado en los arts. 14 bis, 16 C.N. y en los Tratados internacionales de rango constitucional incorporados en el art. 75 inc. 22) C.N. (arts. 1, 2, 7, 22, 23 y 25 “Declaración Universal de Derechos Humanos”, 2, 6, 7, 14, y 35 “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, arts. 2, 3, 5, 10, 11, 12 y 13 de la “Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer”, Convenio OIT N° 3 sobre protección de la maternidad (rat. Ley 11.726), arts. 1, 2, y 17 “Convención Americana de Derechos Humanos”, entre muchos otros), arts. 17, 81, 177, 178 y 182 LCT, y art. 1° ley 23.592; normativa toda que protege de manera especial el embarazo y la maternidad de las trabajadoras y con el norte de castigar cualquier conducta discriminatoria derivada de dicho estado. (Del voto del Dr. Rodríguez Brunengo).

CNAT Sala VII Expte. N° 6.208/10 Sent. Def. N° 43.712 del 05/08/2011 “L. E. M. c/ Qualytel de Latinoamérica SA s/despido”. (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Despido discriminatorio. Trabajadora que es despedida luego de haber comunicado su estado de embarazo. Relación laboral regida por la modalidad del contrato a prueba (art. 92 bis LCT).

Es discriminatorio (art. 1 ley 23.592), y por lo tanto nulo, el despido de la trabajadora quien comunicara su embarazo con anterioridad, aún cuando la modalidad adoptada para la relación laboral fuera el contrato a prueba (art. 92 bis L.C.T.), por lo cual cabe la reinstalación en su puesto de trabajo y el pago de los daños y perjuicios sufridos con motivo del acto discriminatorio y los salarios caídos.

CNAT Sala VII Expte. N° 6.208/10 Sent. Def. N° 43.712 del 05/08/2011 “L. E. M. c/ Qualytel de Latinoamérica SA s/despido”. (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Despido discriminatorio. No configuración. Despido injustificado.

Si bien el actor reclamó una indemnización por daño moral con sustento en la ley 23.592, por considerar que el despido decidido por la empresa por “reestructuración” fue discriminatorio, ya que la causa real de la cesantía fue la disminución de la capacidad física del trabajador producto de la dolencia columnaria que adquirió, precisamente, por prestar tareas pesadas para su empleadora, lo cierto es que, más allá de posiciones de orden moral o ético que podrían sostenerse en relación con el caso en consideración, la ley no mejora el nivel de estabilidad en el empleo a los trabajadores que, por alguna razón, adquieren una disminución de su capacidad laboral. En efecto, tanto esos empleados, como aquellos que se hallan en la plenitud de sus capacidades físicas y mentales, pueden ser despedidos válidamente por sus empleadores, sin

causa justificada – tal como acontece en autos - , caso en el que sólo son acreedores a las indemnizaciones tabuladas que el ordenamiento legal prevé para tal supuesto (como regla, las previstas en los arts. 156, 232, 233 y 245 LCT). La aparente incapacidad física del accionante sería atribuible a una lumbociatalgia aguda que no podría razonablemente generar posiciones negativas acerca de sus cualidades personales, aspecto sobre el que, de cualquier modo, no se invocó ni se probó. Por lo que no resulta suficiente para sostener lo contrario el hecho de que la accionada haya invocado una causal presuntamente falsa para despedir al actor (reestructuración empresarial), ya que su intención no fue intentar justificar su decisión para desligarse de su responsabilidad indemnizatoria. (Del voto del Dr. Guisado, en mayoría).

CNAT Sala IV Expte N° 23.044/08 Sent. Def. N° 95.701 del 31/8/2011 « Núñez, José Roberto c/ Proflar S.A. s/despido » (Marino – Guisado – Pinto Varela).

Despido discriminatorio en razón del estado de salud del trabajador.

Es evidente que, a la par de la extinción del vínculo sin justa causa (arts. 242 y 245 LCT), la empleadora incurrió en una conducta discriminatoria con relación al trabajador, en los términos de la ley 23.592, en razón de su estado de salud (lumbociatalgia). (Del voto de la Dra. Marino, en minoría).

CNAT Sala IV Expte N° 23.044/08 Sent. Def. N° 95.701 del 31/8/2011 « Núñez, José Roberto c/ Proflar S.A. s/despido » (Marino – Guisado – Pinto Varela).

Despido discriminatorio. Violencia laboral y maltrato. Acoso sexual.

El despido discriminatorio se inscribe en el fenómeno de violencia laboral y diversas formas de maltrato, y dentro de ellas se ubica el acoso sexual, respecto del cual para ser configurado se requiere que la conducta sea abusiva y se exprese, ya sea en un acto aislado que por su relevancia cumpla el fin perseguido, o mediante la repetición de comportamientos hostiles y técnicas de desestabilización que en definitiva atenten contra la dignidad y/o la integridad física o psíquica de la persona trabajadora, privándola poco a poco de su identidad, función y categoría.

CNAT Sala I Expte. N° 47.748/09 Sent. Def. N° 87.016 del 21/09/2011 “P., S. L c/La Pompeya SA s/despido”. (Pasten de Ishihara - Vilela).

Despido. Prácticas discriminatorias.

Las prácticas discriminatorias no tienen por objeto una persona, sino una categoría de personas a las que se les adjudica un atributo por el hecho de pertenecer a esa categoría. No sería un derecho que le asiste a las personas sino una garantía respecto de cualquier grupo constituido como conjunto. El tema central es que cuando una diferencia es observable en un sujeto ya no hay práctica discriminatoria sino relación entre sujetos. No es el contenido de lo que se discrimina lo que establece la diferencia sino que la práctica social de discriminación se puede definir formalmente como la subsunción sin resto del sujeto en la categoría discriminada.

CNAT Sala V Expte N° 2058/09 Sent. Def. N° 73.449 del 27/09/2011 “Cassano, María Eugenia c/ Hipódromo de Palermo SA s/ Despido”. (García Margalejo - Zas – Arias Gibert)

Despido. Nulidad del acto discriminatorio. Reposición en el cargo.

El despido discriminatorio, por encontrarse vedado en el art. 16 de la C.N., es un acto de objeto prohibido y como consecuencia de ello corresponde declarar su nulidad, lo cual implica la reposición de las cosas a su estado anterior. Por lo tanto, en función de ello y lo normado por el art. 1 de la ley 23.592, corresponde concluir que los despidos dispuestos respecto de los actores fueron nulos y su nulidad provoca volver al estado anterior al pretendido acto extintivo, lo que genera el derecho de aquellos a percibir el pago de los salarios caídos desde la fecha del acto nulo hasta el momento de la efectiva reinstalación en sus habituales tareas y en idénticas condiciones.

CNAT Sala VII Expte N° 49.512/09 Sent. Def. N° 43.785 del 13/09/2011 “Largel, Daniel Arturo y otros c/ El Rápido Argentino S.A. s/ Sumarísimo”. (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Maternidad. Asimilación madre adoptiva con madre biológica. Bien jurídico protegido.

La protección del bien jurídico “maternidad” es amplia, porque alcanza a la madre, al niño y, en todo caso, a todo el grupo familiar. La Ley de Contrato de Trabajo establece una protección con indemnización agravada, que encierra también el necesario respeto por el art. 16 de la C.N., en lo atinente a la igualdad. El despido, en el caso, genera una discriminación entre madres biológicas y madres adoptivas inaceptable, y a la vez olvida la necesaria valoración de los derechos del niño. Por lo tanto, no solo se están violando derechos instalados en el Bloque Federal Constitucional, sino el marco de derechos humanos que afecta directamente la dignidad humana, en tiempos en que nuestra propia CSJN viene señalando que la persona humana es sagrada.

CNAT **Sala VII** Expte N° 8.854/08 Sent. Def. N° 43.816 del 21/09/2011 “S., M. I. c/ Líderar Compañía General de Seguros S.A. y otros s/ Despido”. (Rodríguez Brunengo - Ferreirós)

Despido. Discriminación salarial.

En el caso, se encuentra admitida tanto la similar condición gerencial a cargo de distintas áreas de la Dirección de Programación y Logística por parte de todos los empleados superiores involucrados en la cuestión como el tratamiento “in pejes” de carácter salarial dispensado al demandante, al no haberse explicitado las supuestas diferencias existentes entre los integrantes de ese mismo elenco o, en su caso, entre las responsabilidades que le caben a uno y otro sector, cobran vigencia los principios desarrollados por la jurisprudencia en materia de discriminación. Es que no se trata del caso de uno o más trabajadores beneficiados con relación al conjunto de los que se encuentran en igualdad de condiciones (en cuyo supuesto los designios patronales serían incuestionables) sino de un gerente que percibía cifras inferiores a las que, promedialmente, cobraba el resto de sus colegas de igual jerarquía y del mismo sector, vale decir, un subordinado injusta e inexplicablemente segregado con relación a la comunidad laboral específica (conf. CNAT Sala X Sent. del 31/12/1997 “Monsalvo c/Cafés y Chocolates Águila y Productos Stani Hnos SA”, y Fernández Madrid, en “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, en colaboración con López y Centeno, 2ª edición actualizada, t. 1 págs. 546/547). Por ello, y porque no se cuestiona la aptitud del titular de la empresa de abonar remuneraciones diferenciadas, en función de una escala de valores o de merecimientos que – en principio no está sujeta a la intromisión de terceros, sino que lo que se pretende, y ésta es la situación que se da en autos, es impedir que se superen los límites de la irrazonabilidad o la arbitrariedad.

CNAT **Sala VIII** Expte. N° 9.398/09 Sent. Def. N° 38.488 del 04/10/2011 “García Arrebola, Pablo Andrés c/Petrobras Energía SA s/despido”. (Catardo - Pesino).

Despido discriminatorio. Curso de especialización en administración de empresas a favor del trabajador. Obligación del empleador de solventarlo.

En el caso, el empleador se comprometió a solventar un curso de especialización en administración de empresas a favor del actor, compromiso que pretende negar luego del despido discriminatorio del trabajador. El beneficio estaba sujeto a que no se perdiera el vínculo laboral por culpa del trabajador. Puesto que no se acreditó ninguna causal que legitimara la decisión de cesantear al actor, quien a su vez, tampoco dimitió a su puesto, deberá el empleador reembolsar al trabajador los pagos efectuados para cumplir con el curso de especialización.

CNAT **Sala VIII** Expte. N° 9.398/09 Sent. Def. N° 38.488 del 04/10/2011 “García Arrebola, Pablo Andrés c/Petrobras Energía SA s/despido”. (Catardo - Pesino).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592.

Es común la configuración de una conducta discriminatoria disfrazada por la vía de un despido por razones organizativas. Son reiteradas las decisiones adoptadas en litigios en los cuales el trabajador es portador de una grave dolencia y la empleadora lo despide al poco tiempo de tomar conocimiento pleno de tal circunstancia, invocando una reorganización o reestructuración que luego no se prueba de ninguna manera. En todos esos procesos, se entendió que, en definitiva, se trataba de encubrir un despido discriminatorio en función de la dolencia que padecía el subordinado y, consiguientemente, se fijó una reparación adicional a la que correspondía en virtud del despido incausado. Cabe acudir al art. 1 de la ley antidiscriminatoria, para asignar una indemnización en concepto

de daño moral en razón del acto discriminatorio e ilícito en los términos del art. 1109 del Código Civil, lo cual determina la responsabilidad extracontractual del empleador en el sentido de reparar el perjuicio.

CNAT Sala X Expte N° 18.241/09 Sent. Def. N° 18.985 del 28/09/2011 “P., V. A. c/Ferro Argentina SA s/despido”. (Brandolino - Stortini).

Despido discriminatorio. Trabajadora con carcinoma de pulmón. Art. 1 de la ley 23.592

En el caso, la propia demandada afirmó que le ofreció a la actora que trabajara el “doble” o poco menos y ésta se negó a hacerlo por su estado de salud – carcinoma de pulmón del cual fue intervenida quirúrgicamente a través de una lobectomía izquierda con vaciamiento ganglionar regional - lo cual provocó que se la despidiera y se mantuviera a la hasta ese momento suplente, constituyendo eso una “reorganización”. Ante esta situación, es evidente que nos encontramos, lisa y llanamente, frente a un acto vedado por el art. 1 de la ley 23.592, dado que, en verdad, la accionada habría utilizado el problema de salud de su empleada para mejorar sus costos administrativos. Más aún corrobora tal conclusión, la actitud de la empleadora, pues acordó con la trabajadora que ésta laborara una jornada inferior a la que cumplía el resto de los empleados, y no intentó variarlo durante un largo tiempo (seis años) y luego, cuando ésta padecía una dolencia más que importante, advirtió que ello redundaba en contra del funcionamiento de la empresa, e intentó modificarlo, lo que motivó la negativa de la empleada y su consecuente despido.

CNAT Sala X Expte N° 18.241/09 Sent. Def. N° 18.985 del 28/09/2011 “P., V. A. c/Ferro Argentina SA s/despido”. (Brandolino - Stortini).

Despido discriminatorio. Activa participación sindical. Ley 23.592.

Toda vez que el despido del actor se debió al conocimiento que tenía la empresa de la pretensión del trabajador de constituirse en candidato para formar parte de la comisión de Relaciones Internas en el establecimiento, además de su activa participación sindical, aún cuando no contaba con la calidad de delegado sindical, se configura una clara hipótesis de discriminación para con el demandante, lo que impone la aplicación en la especie de la ley 23.592. Las actividades relacionadas con la actividad sindical se encuentran autorizadas en los arts. 3 y 4 de la ley 23.551.

CNAT Sala III Expte. N° 48.067/09 Sent. Def. N° 92.896 del 21/12/2011 “Coronel, Nicolás Gastón c/Kraft Foods Argentina y otros SA s/juicio sumarísimo”. (Cañal - Rodríguez Brunengo)

Despido discriminatorio. Referente sindical. Ley 23.592.

Dado que de la prueba testimonial se evidencia que el actor desarrollaba una actividad dentro y fuera de la empresa como representante sindical de hecho (referente sindical) y de la propia actitud de rechazo de la empresa frente al conocimiento de que el trabajador ejercía la representación de los empleados de vigilancia en el marco de actuación de una entidad sindical simplemente inscripta como SIN. S.MA.CA, el despido dispuesto por la empleadora encubrió una motivación claramente antisindical y por lo tanto discriminatoria. Ello, más allá de considera que el despido tuvo una segunda razón cual es la de represalia de la demandada ante el requerimiento del pago de diferencias salariales, lo que surge del expreso reconocimiento de la empresa accionada en el responde. En síntesis, en el caso se configura una clara hipótesis de discriminación para con el demandante, por el ejercicio de su actividad sindical, lo que impone la aplicación en la especie de la ley 23.592.

CNAT Sala III Expte N° 35.672/2010 Sent. Def. N° 92.904 del 22/12/2011 «Aranda, Gustavo Fabián c/ Albosa S.RL. s/ acción de amparo” (Cañal – Catardo – Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Actividad sindical sin ser delegada.

Si bien la actora, sin ser delegada, realizaba una actividad sindical activa, lo cierto es que, tal como dictaminó la Procuradora General de la Nación “...la tutela sindical, con rango constitucional no se agota en el art. 14 bis de la CN, porque esa manda se vio fortalecida por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional (Fallos: 327:3753, etc.), a la que se agrega

lo establecido en numerosos convenios de la OIT, como los N° 87, 98 y 135, donde se vislumbra una protección especial contra los hechos de discriminación sindical dirigida a los trabajadores, trátase o no de representantes gremiales, y a la actividad sindical desarrollada por los representantes en el marco del establecimiento o empresa...” (Dictamen en autos: “Rossi c/ Estado Nacional del 31/10/07). Consecuentemente, corresponde confirmar lo decidido en la anterior instancia, toda vez que resulta claro que el despido obedeció al actuar en pleno ejercicio de la libertad sindical por parte de la trabajadora, lo que trasunta en un despido por discriminación.

CNAT Sala III Expte N° 36.803/08 Sent. Def. N° 92.910 del 22/12/2011 « Militello, Yesica Karina c/ Casino Buenos Aires CTE S.A. UTE s/juicio sumarísimo » (Cañal – Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Trabajadora a la que no se le restituyen tareas habituales luego de licencia por maternidad.

Corresponde calificar como discriminatorio el despido de una trabajadora que luego de cuatro años de desempeñarse en el sector de decoración es destinada a un puesto creado al efecto, en el sector comunicaciones y no se la restituya a sus tareas habituales luego de que se reincorporara de su licencia por maternidad. A ello se suma que, la desvinculación se produjo al mes y días de vencido el plazo previsto por el art. 178 LCT y que aun se encontraba vigente el descanso diario por lactancia previsto en el art. 179 LCT. Finalmente, es dable aclarar que no se le reconoce a toda trabajadora que es madre una estabilidad propia sino que se la protege de todo despido discriminatorio que pueda sufrir como consecuencia de su condición de madre.

CNAT Sala VII Expte N° 37.988/09 Sent. Def. N° 44.102 del 15/2/2012 « Antoñana, Vanesa c/Falabella S.A. s/despido » (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Despido. Trato discriminatorio en razón de la nacionalidad. Violencia laboral.

Aun cuando no se configure un supuesto de “mobbing”, la violencia en el ámbito laboral puede manifestarse de muchos modos, por ejemplo, a través de tratos discriminatorios, agresiones físicas, hostigamiento de índole sexual, mal trato organizacional, etc., (conf. conceptualizaciones teóricas elaboradas por Toselli, Carlos A. – Grassis, Pablo M. – Ferrer, Juan I., en Violencia en las relaciones laborales, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007) y todos ellos generan la responsabilidad del empleador que, en conocimiento o alertado de la situación, no arbitra los múltiples y variados medios a su alcance, a fin de revertirla para evitar daños a la integridad psicofísica y moral de sus dependientes. Esto es lo que ocurre en este particular caso, en el que se advierte que, entre las manifestaciones de la violencia moral ejercida sobre la accionante, se han incluido componentes discriminatorios vinculados con su nacionalidad.

CNAT Sala II Expte N° 31.939/09 Sent. Def. N° 100.146 del 16/2/2012 «R. F., P c/ Citytech S.A. s/mobbing» (González – Maza).

Despido. Discriminación.

La discriminación puede actuar como generadora - motivo/origen – de un proceso de acoso y también puede aparecer en algunos actos aislados durante el proceso desencadenado por móviles no típicamente discriminatorios (lograr el desánimo, la renuncia del empleado, su traslado o simplemente satisfacer necesidades perversas o narcisistas del mover). Así, mientras que en ciertos casos puede sostenerse la existencia de discriminación sin persecución laboral, esta última generalmente presenta algún matiz discriminatorio si no en su génesis, en los actos o conductas que la configuran.

CNAT Sala II Expte N° 31.939/09 Sent. Def. N° 100.146 del 16/2/2012 «R. F., P c/ Citytech S.A. s/mobbing» (González – Maza).

Despido. Discriminación salarial. Violencia laboral. Ley 26.485

La prueba rendida en la causa exterioriza que la demandante fue afectada en su derecho a un ambiente de trabajo saludable, libre de violencia u hostilidad y fue, en contraposición, víctima de violencia laboral, tal como lo define el art. 6 de la ley 26.485: “aquella que discrimina a las mujeres en ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil,

maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo”). Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función y, asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”. De este modo, en el caso se demostró que el codemandado (persona física), realizaba una distribución desigual de las causas judiciales, dándole a la actora (abogada de profesión) las incobrables, puso a la accionante a cargo del sector Concursos y quiebras sin brindarle los recursos humanos necesarios, suprimió el convenio de honorarios que existía antes del ascenso de aquél (antes los honorarios se repartían equitativamente y todos percibían honorarios similares y luego, su distribución fue inequitativa y arbitraria), y que además las exigencias se incrementaron al solicitarle informes en forma constante sobre las tareas que realizaba, otorgándole para ello plazos exiguos de imposible cumplimiento, lo que torna procedente el reclamo indemnizatorio reclamado en este sentido.

CNAT Sala I Expte N° 35.094/08 Sent. Def. N° 87.395 del 23/2/2012 “V., G. A c/Comisión Nacional de Regulación del Transporte y otros s/ despido” (Vázquez - Vilela).

Despido. Trato discriminatorio salarial.

Cabe concluir que la demandante sufrió un trato discriminatorio en materia salarial, dado que en su calidad de enfermera de neonatología se le abonó una remuneración inferior a la que se le abonaba a otras personas en sus mismas condiciones y circunstancias.

CNAT Sala X Expte N° 29.752/2010 Sent. Def. N° 19.448 del 23/2/2012 « Domínguez Vallejos, Lidia Yolanda c/ Galeno Argentina S.A. s/diferencias de salarios » (Corach – Stortini).

Despido. Trato discriminatorio salarial. Diferencia en la remuneración de empleados de una Clínica en relación con otro Sanatorio de propiedad de la demandada.

La igualdad de trato a la que se refiere el art. 81 LCT, se manifiesta en el principio de no discriminación, el cual se refiere a la situación de quienes se encuentran en idénticas circunstancias, tal como acontece en autos. En este sentido, la CSJN en el caso “Ratto, Sixto y otro c/ Productos Stani SA” (26/8/66 – Publicado en LT XIV – 520) sostuvo que “el principio constitucional que asegura igual remuneración por igual tarea no es sino una expresión de la regla más general de que la remuneración debe ser justa”. Este criterio fue reiterado en el caso “Fernández, Estrella c/Sanatorio Güemes SA” del 23/8/98 en el que se resolvió que el criterio del principio de igual remuneración por igual tarea radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias. Así, el Máximo Tribunal ha señalado reiteradamente que, frente a circunstancia disímiles nada impide un trato también diverso, de manera que resulte excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios” (Fallos 265:242, 313:1513 “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público” del 2/6/00). Por ello, cabe considerar discriminatorio el accionar de la demandada ya que no se demostró que el pago de los rubros pretendidos por la accionante haya respondido a razones objetivas por las que se diferenciara a los empleados de la Clínica Trinidad de Palermo en relación a los del Sanatorio Trinidad Mitre, por lo que las diferencias salariales resultan procedentes.

CNAT Sala X Expte N° 29.752/2010 Sent. Def. N° 19.448 del 23/2/2012 « Domínguez Vallejos, Lidia Yolanda c/ Galeno Argentina S.A. s/diferencias de salarios » (Corach – Stortini).

Despido discriminatorio. Portador de HIV. Invocación de reestructuración de la empresa. Ley 23.592.

En atención a que la demandada invocó una “reestructuración” para despedir al actor y que de las constancias de autos surge que en la sucursal donde cumplía funciones el accionante sólo se lo despidió a él y, al no haber demostrado la empleadora que su accionar con el actor se debió a una causa distinta a la de su condición de portador de HIV, cabe tener por cierto que el despido resuelto por la demandada obedeció al estado de salud del trabajador, por lo cual, incurrió con su accionar en la figura de despido discriminatorio comprendido en los términos de la ley 23.592.

CNAT Sala VI Expte N° 37.416/08 Sent. Def. N° 63.791 del 27/3/2012 “V., C.A. c/Coto CICSA s/ despido” (Craig – Fernández Madrid)

2.- Prueba.

Despido discriminatorio. Línea jurisprudencial de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica.

Respecto a la prueba de actos de discriminación, la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica ha establecido una línea jurisprudencial que resulta de utilidad para detectar, en un proceso judicial, la existencia de actos discriminatorios que se traducen en un despido, en el rechazo de un postulante a un trabajo u otras limitaciones, bajo razones formalmente admisibles, pero que encubren otros motivos que no son confesados. Así, se ha señalado que el demandante tiene la carga de demostrar que existe, prima facie, un caso de discriminación. Para ello debe proporcionar evidencia de que reunía razonablemente los requisitos o condiciones exigibles para aspirar a determinado cargo o posición y que fue rechazado bajo circunstancias que permiten inferir la existencia de una ilegal discriminación. Frente a ese marco, el demandado asume la carga de demostrar que el actor fue despedido, no admitido o postergado, por razones legítimas y no discriminatorias. Ello exige dar razones concretas, claras y razonablemente específicas, que funden esa decisión y que permitan al tribunal concluir que, aun existiendo factores que podrían haber dado lugar a una ilegal discriminación, el empleador hubiese procedido exactamente de la misma manera en ausencia de esos ilegales motivos. En ese estado, se admite todavía que el demandante pruebe que la invocada por el empleador no fue la verdadera razón de la decisión y que fue víctima de una discriminación intencional (“Texas Department of Community Affaire v. Burdine, 450. U.S. 248, 101 S.ct. 1089, 67 L. Ed., 2d. 207 y sus citas.”) (Del voto en disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’ Connor y Guillermo A. F. López – la mayoría consideró inadmisile la queja en virtud de lo dispuesto en el art. 280 CPCCN).

CSJN U. 21. XXXIII.RHE. “Ursini, Paola Cassia c/ Geddes, Gloria y otros” – 5/10/1999 – T. 322, P.2383.-

Despido discriminatorio. Ley 23.592. Carga dinámica de la prueba. Las cuestiones de hecho y prueba son ajenas a la instancia del art. 14 ley 48.

Más allá de la teoría de la carga dinámica de la prueba, conforme a las reglas comunes incumbía a la demandante acreditar los hechos “constitutivos” de su pretensión, es decir la existencia de una conducta discriminatoria. Y la demandada debió acreditar los “hechos impeditivos”, en el caso de demostrar que existieron hechos que imposibilitan la continuidad del vinculo laboral, extremo que no debe confundirse con acreditar una causal de despido con justa causa, sino la existencia de una conducta despojada de ánimo discriminatorio. Indica puntualmente elementos probatorios que conducen a un material indiciario, concordante, que posibilita la configuración del trato discriminatorio denunciado, y que sin embargo fue soslayado. Todo ello determina, para la recurrente, que el pronunciamiento agravía el principio constitucional de afianzar la justicia y el debido proceso adjetivo. Así planteada la cuestión, es reiterada la jurisprudencia de la Corte según la cual las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 314:1336, entre otros), así como aquella otra que indica que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de dicha índole, sobre los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente. Desde ese punto de vista, los agravios dirigidos a cuestionar la sentencia por haber prescindido la cámara de la prueba incorporada al proceso no es apto para suscitar la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48, toda vez que el tribunal, apoyó su decisión en las declaraciones de testigos que citó y su grado de convicción podría enmarcarse en la regla de la sana critica (art. 386 CPCCN).

CSJN P. N° 489. L.XLIV “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” – 15/11/2011.

Poder Judicial de la Nación

Despido discriminatorio. Carga de la prueba.

En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, 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, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. (Mayoría: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni) CSJN P. N° 489, L.XLIV “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” – 15/11/2011.

Despido discriminatorio. Carga de la prueba.

La doctrina del Tribunal respecto a las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, 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, ni 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. (Mayoría: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni) CSJN P. N° 489, L.XLIV “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” – 15/11/2011.

Despido. Acto discriminatorio. Prueba. Cargas dinámicas probatorias.

La carga probatoria que se impone al empleador en los casos en los que se alega discriminación, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que “quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc), deberá, en primer término, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos del hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada, y ello por cuando, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de los hechos negativos...” (Maza, Miguel “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas” LNLSS 2004-546 y ss).

CNAT **Sala II** Expte N° 25.648/02 Sent. Def. N° 93.623 del 7/7/05 “Cresta, Érica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios” (González - Rodríguez). En el mismo sentido, Sala III Expte N° 27.987/09 Sent. Def. N° 92.820 del 19/10/2011 “Sosa, Mariela Agustina c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/despido” (Cañal – Catardo) y Sala III Expte N° 36.803/08 Sent. Def. N° 92.910 del 22/12/2011 « Militello, Yesica Karina c/ Casino Buenos Aires CTE S.A. UTE s/juicio sumarísimo” (Cañal – Rodríguez Brunengo).

Despido. Acto discriminatorio. Desplazamiento de las reglas tradicionales en la distribución de la carga de la prueba.

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por

normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que ha ingresado en el dominio del jus cogens, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba. Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (en el presente caso: el derecho a no ser discriminado por motivos antisindicales) y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental. (Del voto el Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo" (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Articulación del onus probandi.

En materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales, es necesario tener en cuenta las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes y recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de los organismos de control de la OIT, tendientes a introducir "factores de compensación o corrección que favorezcan la igualdad de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como procesal". Por ello, en estos casos, el onus probandi quedaría 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, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos, que debe llevar al tribunal a la convicción que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo" (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Carga de la prueba. Legislación internacional. Aplicación.

Quien debe probar que el acto por el cual se rescinde la relación laboral no es discriminatorio es la propia empleadora. En el caso no logró hacerlo, toda vez que el despido de la actora fue "por reestructuración", tal como adujo la empresa y sin embargo ella fue la única despedida. Por otra parte, y tal como los señalara la CSJN en "Simón, Julio y otros" (14/6/05) el art. 75 inc. 22 de la CN, refiere a las condiciones de vigencia de los diversos tratados internacionales, y pretende que se interpreten y se apliquen tal como son efectivamente interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional (Con cita en el caso "Giroldi", Fallos 328:514), ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina, tal como funcionan en el orden internacional incluyendo la jurisprudencia de dicho ámbito relativa a esos tratados. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional (Del voto del Dr. Simón, que adhiere al del Dr. Zas).

CNAT Sala V Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 "Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo" (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente.

El art. 1 de la ley 23.592 permite dejar sin efecto el "acto discriminatorio" o sea, en el caso, declarar la ineficacia del proceder reprochable, que estaría equiparado a un acto jurídico de objeto prohibido (doc. Art. 953 del C. Civil) y, asimismo, se ha dicho que si responde al ejercicio de un derecho podría ser asimilable a la figura del abuso que incorpora la reforma de la ley 17711 en el art. 1071 del C. Civil. Ahora bien, una respuesta de ineficacia tan intensa, que se vincula a una conducta que el ordenamiento juzga reprochable, requiere de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos

acompañados y así lo ha interpretado este Ministerio Público, en casos similares. Adviértase que se trata de dejar sin efecto un acto con apariencia plena de ejercicio regular de un derecho, y que es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación, porque está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita, obviamente, la posibilidad de rescindir contratos, y esta ha sido la posición de la Sala V en supuestos similares (ver “Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina SA s/ sumarísimo” dictamen 37426 del 12/2/04). (Del dictamen del Fiscal General N° 41.918 del 17/3/06, al que no adhiere la mayoría de la Sala).

CNAT **Sala V** Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente.

No basta que se encuentren acreditados en la causa el desarrollo de actos gremiales y sindicales de la actora para tornar viable la pretensión, sino que debe demostrarse en forma clara que el despido dispuesto ha sido con motivo de esa actividad gremial, tal como lo señaló la juez a quo. La carencia, en este caso, de elementos de prueba en el sentido señalado, no puede suplirse por el solo hecho de que la demandada dispusiera el despido de la accionante, sin alegar causa alguna. No debe perderse de vista que la LCT establece un sistema de estabilidad relativa impropia (al decir de de la Fuente, citado por Fernández Madrid en “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” Tomo II, 2° edición actualizada, pág 1679) y que, en la especie, la demandada depositó la indemnización correspondiente en la cuenta bancaria de la actora. (Del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba.

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación (Conf. Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Estudio General de 1988 sobre Igualdad en el Empleo y Ocupación).

CNAT **Sala II** Expte N° 13.596/05 Sent. Def. N° 94.609 del 17/11/06 “Scognamillo, María c/ Dadone Argentina SA s/ despido” (Pirolo - Guibourg)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba convictiva. Apreciación exigente.

Tal como quedó trabada la litis y de conformidad con lo dispuesto en el art. 377 del CPCCN se encontraba a cargo de la parte actora demostrar los hechos invocados en la demanda y en lo que se sustenta la pretendida reincorporación. Entre ellos, obviamente, que el despido del reclamante fue consecuencia directa de su actividad sindical. En este tipo de acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral se requiere para su procedencia, la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados. Ello así por cuanto está en tela de juicio la libertad de contratar, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que sostuvo este Tribunal, con la integración anterior, en el caso “Failde, Carlos c/ Telefónica de Argentina SA” (Sent. 66890 del 17/2/04). (Del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 10.522/05 Sent. Def. N° 69.131 del 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (García Margalejo – Simón - Zas)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba. Apreciación.

La libertad de contratación, que lleva implícita la posibilidad de rescindir los contratos y que compromete el derecho de propiedad, no es absoluta, su ejercicio puede ser objeto de diversas reglamentaciones legales, traducidas e concretas restricciones que tienen en miras el orden público y el bien común como valores trascendentales que deben guiar la actividad estatal. Los valores constitucionales en juego, en el caso la discriminación y la libertad sindical, en modo alguno pueden influir en perjuicio de la actividad probatoria de quien invoca un acto discriminatorio, ya sea para imponer una carga probatoria extra o una valoración más estricta o que sugerir que la convicción que arroje la prueba

producida deba ser más contundente que la necesaria para tener por acreditado cualquier otro dato de la realidad. Ello, claro está, sin perjuicio de señalar que para el caso del trabajador contratado también existen derechos constitucionales involucrados. Por ello, en materia de carga probatoria en estos supuestos, corresponde aplicar el criterio sostenido en la causa “Parra Vera, Máxima c/v San Timoteo SA” (sent. 68536 del 14/6/06 del registro de esta Sala). (Del voto el Dr. Simón, en mayoría. El Dr. Zas reitera los fundamentos expresados en el antecedente “Parra Vera”).

CNAT **Sala V** Expte N° 10.522/05 Sent. Def. N° 69.131 del 21/12/06 “Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina SA s/ juicio sumarísimo” (García Margalejo – Simón - Zas)

Despido. Discriminación. Prueba. Indicios.

El más claro ejemplo de violencia laboral es el que surge de la discriminación como forma de lograr que otro cambie lo que no puede o no tiene por qué cambiar, violencia que se viene enseñoreando casi solapadamente y que genera en las personas un estado de crisis, entendiéndose ésta como la latencia entre el peligro y la oportunidad. En rigor de verdad se trata de distintas formas de discriminación hostil que van desde el acorralamiento paulatino constituido por pequeños actos descalificantes, hasta hechos únicos instantáneos y definitivamente descalificantes. Procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar, tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba.

CNAT **Sala VII** Expte N° 2512/05 Sent. Def. N° 40.175 del 8/6/07 “Rybar, Héctor c/ Banco de la Nación Argentina s/ despido” (Ferreirós – Ruiz Díaz)

Despido. Discriminación. Ley 23.592. Prueba.

No corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto los indicios suficientes en tal sentido (conf. Art. 163 inc. 5 CPCCN). En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. Desde tal perspectiva, la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que “... quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.) deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada...” (sent. 93623 7/7/05 “Cresta, Erica c/ Arcos Dorados SA s/ daños y perjuicios”). (Del voto de la Dra. González, en mayoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Prueba. Indicios razonables.

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 encauzara 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.

CNAT **Sala IX** Expte N° 15.443/06 Sent. Def. N° 14.360 del 27/6/07 “Yacanto, Claudio c/ Radiotrónica de Argentina SA y otro s/ sumarísimo” (Pasini - Balestrini). En el mismo sentido, Sala III Expte N° 27.987/09 Sent. Def. N° 92.820 del 19/10/2011 “Sosa, Mariela Agustina c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/despido” (Cañal – Catardo)

Despido. Acto discriminatorio. Comunicación de embarazo. Prueba.

Si bien no se torna operativa la presunción legal *iuris tantum* del artículo 178 LCT, pues el despido se produjo antes de los siete meses y medio anteriores a la fecha probable de parto que notificó la trabajadora, no es menos cierto que está admitido que la demandada fue notificada de la situación de gravidez de la accionante por la carta documento remitida el 20/12/01 y que la denuncia del contrato se concretó el 31/12/01. Tal inmediatez y contemporaneidad entre la comunicación y la rescisión constituye un indicio grave y preciso (artículo 163 inciso 5 ° CPCCN), con virtualidad para desplazar el *onus probandi* hacia la demandada, dentro de un sistema procesal que jerarquiza la noción de las *cargas dinámicas* en materia probatoria en asuntos como el que nos convoca. Desde esta perspectiva, la demandada no ha acreditado que su decisión de ruptura no obedeciera al embarazo que se le hiciera saber de manera fehaciente y, por lo tanto, la ausencia de prueba resta crédito a su postura defensiva (Ver, en el mismo sentido, CNAT, sala VI, sent. 51.518, del 17-6-1999, en autos: “Cuccaro de Salomone, Cynthia c / Elca Cosméticos Inc. Suc. Argentina s / despido”, eldial AL3FA). (Del voto de la Dra. Vázquez, en mayoría).

CNAT Sala VIII Expte N° 27.277/03 Sent. Def. N° 34.552 del 30/10/07 « Brandi, Andrea María c/ Paramedic Emergencias Médicas S.A. s/despido” (Vázquez – Morando – Catardo).

Despido. Acto discriminatorio. Comunicación de embarazo. Prueba. Convenio OIT.

El temperamento que traslada sobre el empleador el *onus probandi*, en aquellos casos en que está debatido si la motivación del despido fue el embarazo o la maternidad, ha sido captado por el Convenio N ° 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Protección de la Maternidad, sancionado en Ginebra en la 88° sesión de su Conferencia General celebrada en el año 2000, tratado que revisó el Convenio 103 de 1952. El Convenio OIT 183 toma en cuenta la Recomendación sobre la Protección de la Maternidad de 1952 y su propósito, expresado en las consideraciones iniciales, fue “seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño”. Con esta tónica, en su artículo 8 °, apartado 1, in fine, se lee: “La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”. (Del voto de la Dra. Vázquez, en mayoría).

CNAT Sala VIII Expte N° 27.277/03 Sent. Def. N° 34.552 del 30/10/07 « Brandi, Andrea María c/ Paramedic Emergencias Médicas S.A. s/despido” (Vázquez – Morando – Catardo).

Despido. Acto discriminatorio. Carga de la prueba.

Quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales de discriminación previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.), deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta, y a su vez excluyente por su índole de la animosidad alegada. Ello por cuanto ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual, sin desmedro de las reglas que rigen el *onus probandi*, quien se encuentra en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieren requerir la constatación de hechos negativos.

CNAT Sala II Expte. N° 2.267/07 Sent. Def. N° 96.836 del 23/06/2009 “Tobio, Miguel Ángel c/Ecohabitat SA y otro s/daños y perjuicios”. (Pirolo - Maza).

Despido. Mobbing. Prueba. Comunicación de la situación.

No toda desavenencia profesional implica o da origen al acoso moral, cuya característica principal se asienta “en la repetición de actitudes, palabras, conductas que, tomadas por separado, pueden parecer anodinas, pero cuya

repetición y sistematización las convierte en destructivas (Hirigoyen, Marie-France *“El acoso moral en el trabajo”* Trad. De Nuria Pujol i Valls. Paidós Ibérica SA 2001). Para que el concepto de “mobbing” tenga favorable recepción será necesario que la accionante alegue en forma circunstanciada -más allá de su percepción individual y subjetiva- hechos inobjetables que denoten que había sido pasible de violencia psicológica por parte de su superior y eventualmente, acreditase haber comunicado tal situación a los responsables de la demandada a fin de que intermediaran en la reparación del conflicto (art. 63 LCT).

CNAT Sala IX Expte N° 2487/08 Sent. Def. N° 15.884 del 30/9/09 « López Dávalos, Lucas c/ Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido » (Fera - Balestrini.).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Prueba de la discriminación.

Si se tiene en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna causa, el *onus probandi* pesa sobre el empleador. Desde tal perspectiva, dicha carga probatoria no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que se funda la denuncia, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente. Ello encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el *onus probandi*, quien se encuentra en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos.

CNAT Sala II Expte. N° 33.239/07 Sent. Def. N° 97.212 del 30/09/2009 “Mediano, Karina Laura c/Mega Light S.A. y otro s/despido”. (González - Maza).

Despido discriminatorio. Prueba.

En atención a las consecuencias que acarrea un despido discriminatorio, la prueba debe ser convictiva y la carga probatoria corresponderá a quien pretende que la cesantía constituye un acto de tal índole ilegítima.

CNAT Sala III Expte N° 1520/08 Sent. Def. N° 91.757 del 22/2/2010 « Christensen, Viviana y otro c/ Antomóvil Club Argentino s / despido » (Porta - Guibourg)

Despido. Acto discriminatorio. Prueba.

Corresponde a quien invoca la discriminación probar acabadamente las condiciones en las que el motivo discriminatorio pueda considerarse altamente probable, y a partir de ese punto, al imputado incumbirá acreditar que su decisión fue un caso excepcional dentro de la regla genérica de la probabilidad. En estos casos, que pueden calificarse como casos de “prueba difícil”, resulta aplicable la doctrina de las pruebas dinámicas, que no implica invertir la regla que, en materia de cargas probatorias, establece el art. 377 del CPCCN, sino sólo reconocer especial relevancia a los indicios, y en especial, a la conducta que -en materia procesal- despliegue la demandada en el proceso (conf. art. 163, quinto párrafo, CPCCN). (Del voto del Dr. Guisado).

CNAT Sala IV Expte. N° 33.007/07 Sent. Def. N° 94.581 del 19/03/2010 “Olguín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”. (Guisado – Ferreirós - Zas).

Despido discriminatorio. Ley 23.592. Doctrina de la carga “dinámica” de la prueba. Operatividad.

La doctrina conocida como carga “dinámica” de la prueba resulta operativa, a modo excepcional, en los pleitos laborales cuando median conflictos individuales por discriminación arbitraria originados en ciertas causales (enfermedades “sensibles”, opiniones políticas o sindicales, raza, religión, sexo, etc.) en tanto que se trata –en general- de supuestos en los que es difícil o prácticamente imposible para el trabajador afectado el aporte de elementos probatorios relativos a la ocurrencia del acto ilícito. Corresponde atribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo ya sea por motivos técnicos, fácticos o profesionales.

CNAT Sala X Expte. N° 34.954/ Sent. Def. N° 17.456 del 30/04/2010 “Muñoz Carballo, Alejandra Noelia c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido discriminatorio. Ley 23.592. Doctrina de la carga “dinámica” de la prueba. Carga. Traslado a la demandada.

Para activar esta doctrina es menester que el actor acompañe al pleito algún elemento siquiera indiciario de la existencia del acto discriminatorio, y, una vez aportado ese dato, corresponde trasladar a la demandada la carga de probar que mediaron concretas razones objetivas que justificaron el acto extintivo del contrato de trabajo. En otras palabras, será entonces la demandada quien deberá demostrar que el cese contractual obedeció a una motivación objetiva, oportunamente denunciada y también acreditada en el litigio.

CNAT Sala X Expte. N° 34.954/ Sent. Def. N° 17.456 del 30/04/2010 “Muñoz Carballo, Alejandra Noelia c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido. Discriminación por actividad gremial. Desenvolvimiento de actividad gremial. Falta de pruebas. Improcedencia.

Las disposiciones de la ley 23592 resultan plena y especialmente aplicables en el ámbito de las relaciones laborales, y cualquier acto de arbitraria discriminación que se compruebe durante la vigencia de un contrato de trabajo o con motivo de su extinción, debe ser juzgado en el marco de esa norma legal. Pero es necesario que exista evidencia de que la actora, en este caso, desarrollaba una actividad gremial o tenía una posición ideológica que hubiera derivado en un despido discriminatorio. No resulta suficiente la circunstancia de que compartiera o difundiera la actividad de cierta organización gremial no siendo vocera ni perteneciendo formalmente a la conducción de un sindicato, con o sin personería gremial. (Para más, junto con la actora, la empresa despidió a ciento sesenta empleados más).

CNAT Sala II Expte N° 28.946/08 Sent. Def. N° 98.032 del 19/5/2010 « Larroble, Viviana c/ Casino Buenos Aires SA Cía de Inversiones de Entretenimientos SA UTE s/ sumarísimo” (Pirolo - González)

Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial. Carga probatoria.

La teoría conocida como carga “dinámica” de la prueba (por oposición a la carga “estática” que contempla el art. 377 del CPCCN) resulta operativa, a modo excepcional, en los pleitos laborales cuando median conflictos individuales por discriminación arbitraria originados en ciertas causales (enfermedades “sensibles”, opiniones políticas o sindicales, raza, religión, sexo, etc.) en tanto se trata -en general- de supuestos en los que es difícil o prácticamente imposible para el trabajador afectado el aporte de elementos probatorios relativos a la ocurrencia del acto ilícito. Corresponde entonces atribuir la carga de la prueba a *la parte que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo ya sea por motivos técnicos, fácticos o profesionales*. El carácter de “dinámica” está dado porque permite determinar, en cada específico caso, que la imposición probatoria se dirija hacia una u otra de las partes para establecer a cuál de ellas le incumbía probar, por lo cual también se la denomina como carga probatoria de “solidaridad”.

CNAT Sala X Expte. N° 30.632/08 Sent. Def. N° 17.579 del 28/06/2010 “González, Gerardo Esteban c/Casino de Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach). En el mismo sentido, Sala IX Expte N° 11.296/09 Sent. Def. N° 16.920 del 11/04/2011 “Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A UTE s/ juicio sumarísimo” (Balestrini - Corach).

Despido discriminatorio. Aumentos remunerativos a ciertos empleados. Prueba a cargo de la demandada.

La igualdad de trato se afirma como un derecho del trabajador vinculado con la dignidad del trabajo y, consecuentemente, los aumentos que otorga el empleador a su personal no están librados a su discrecionalidad sino que deben ser fundados en razones objetivas para que resulte descartada la arbitrariedad del empleador al materializar esos derechos. La prueba de esa razón objetiva está a cargo del empleador, y la testimonial es un elemento más para establecer si se ha dado la desigualdad de trato y, por lo tanto, no es descartable. (Del voto del Dr. Fernández Madrid).

CNAT Sala VI Expte. N° 37.534/08 Sent. Def. N° 62.556 del 15/12/2010 “Gaitan, Pablo Aníbal c/Hipódromo de Palermo SA s/despido”. (Fontana – Fernández Madrid).

Despido discriminatorio por condición sexual y enfermedad. Prueba. Indicios.

Si la acción del trabajador se basa en la ley 23.592, la reparación deberá ser efectuada por el juez sobre la base de los elementos que se aporten al proceso. Por ello, procesalmente se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar; también se deberá tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba. Pero esto, no significa que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere. En consecuencia, toda vez que en la causa se acreditó que la causal de despido fue injustificada y, ante la existencia de indicios en cuanto a que el acto extintivo se debió a la condición sexual y de la salud del trabajador, a lo que se suma que la empleadora no demostró que el distracto no obedeció a estas razones, corresponde revocar lo decidido en grado y hacer lugar a la demanda impetrada.

CNAT Sala VII Expte N° 901/09 Sent. Def. N° 43.441 del 31/3/2011 “R.R.,M.A. c/Banco Hipotecario S.A. s/despido” (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Prueba.

La imposición de la carga de la prueba en torno al marco circunstancial en que se alega discriminación por parte de la accionada, resulta coherente con lo dispuesto por los arts. 17 y 81 de la LCT y con la doctrina que al respecto sentó la CSJN in re “Fernández Estrella”, criterio que, en principio, no se ha visto conmovido a través de la normativa constitucional y supra-legal aplicable, puesto que no se ha interpretado de manera disímil tal tópico por los organismos de control de la OIT, ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tampoco la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o la Declaración Universal de Derechos Humanos se oponen a la interpretación propiciada, y a través de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo –OIT, 1998- se han establecido las bases para el compromiso internacional en torno al alcance de las garantías que emergen de los convenios fundamentales –entre los que se encuentran los relativos a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo- pero nada se ha dispuesto con relación al modo en que deben aplicarse las cargas probatorias en el proceso, las que, necesariamente, en lo que respecta a la configuración de un trato peyorativo o desigual, se encuentran a cargo de quien lo alega, quien al menos debe aportar elementos indiciarios en tal sentido. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala que sólo en ciertas circunstancias, la carga de la prueba de la discriminación no debe corresponder al que la alega. El trabajador tiene la carga de aportar, un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación). (Del voto del Dr. Pirolo).

CNAT Sala II Expte N° 27.748/07 Sent. Def. N° 99.445 del 13/7/2011 «Mendoza, Julio Raúl c/Aluar Aluminio Argentino S.A. s/despido” (Pirolo – González).

Despido discriminatorio. Prueba.

En materia de despidos en los que se alegan motivos discriminatorios, corresponde seguir el criterio que inclusive rige en sede civil -en donde el principio protectorio y las normas adjetivas que hacen a la facilitación de la prueba en el proceso no son aplicables-, según el cual no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto con indicios suficientes en tal sentido (conf. art. Art. 163 inc. 5 CPCCN). En el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora debe colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. Desde tal perspectiva, he puntualizado

que la carga probatoria que se impone al empleador en tales casos, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592, ya que "...quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.), deberá, en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca...y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que, el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos..." (conf. SD Nro. 93.623 del 7/7/05 in re "Cresta, Erica Viviana c/Arcos Dorados S.A. s/daños y perjuicios" del registro de esta Sala y voto Dra. González –con igual criterio CNAT, Sala VIII, Sent. Nro. 34673 del 30/11/2007, en autos "Cáceres Orlando Nicolás c/ Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/ juicio sumarísimo", entre muchos otros). (Del voto de la Dra. González).

CNAT Sala II Expte N° 27.748/07 Sent. Def. N° 99.445 del 13/7/2011 «Mendoza, Julio Raúl c/Aluar Aluminio Argentino S.A. s/despido» (Pirolo – González).

Despido discriminatorio. Trabajadora que es despedida luego de haber comunicado su estado de embarazo. Prueba indiciaria.

Toda vez que al momento del despido la demandada estaba correctamente anoticiada del estado de gravidez de la actora, nace un fuerte indicio de que el despido obedeció a esa causa (art. 386 del Cód. Procesal). Como sostiene Devis Echandía en "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo 2, "... *indicio es un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.*" Consecuentemente corresponde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, que hace desplazar el *onus probandi* del actor al demandado, para hacerlo recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva". (Del voto del Dr. Rodríguez Brunengo).

CNAT Sala VII Expte. N° 6.208/10 Sent. Def. N° 43.712 del 05/08/2011 "L., E. M. c/ Qualytel de Latinoamérica SA s/despido". (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Despido discriminatorio. Prueba. No desplazamiento aplicación art. 377 CPCCN.

Si bien por las circunstancias propias que normalmente los casos de discriminación involucran, es preciso asignar mayor importancia relativa a las presunciones *hominis* (arg. art. 163, inc. 5, CPCCN), no existen razones para desplazar la aplicación de la regla general que en la materia establece el art. 377 del CPCCN. (Del voto del Dr. Guisado, en mayoría).

CNAT Sala IV Expte N° 23.044/08 Sent. Def. N° 95.701 del 31/8/2011 «Núñez, José Roberto c/ Proflar S.A. s/despido» (Marino – Guisado – Pinto Varela).

Despido discriminatorio. Prueba. Ausencia de indicios relevantes.

Más allá de la postura que se adopte en materia de distribución de la carga probatoria en los casos en que se invoca un despido discriminatorio, lo cierto es que, aun desde la tesis más favorable para el actor, no se encuentran cumplidos los presupuestos fácticos que justifiquen la inclusión de este despido en dicha categoría. Es que en la causa, no se observa la presencia de indicios relevantes y menos aun pruebas que permitan inferir una actitud discriminatoria por parte de la demandada al momento de despedir, vinculada a la lumbociatalgia sufrida por el trabajador, que permita apartarse del régimen general en materia de indemnizaciones por despido y encuadre dentro de las previsiones de la ley antidiscriminatoria (ley 23.592). (Del voto de la Dra. Pinto Varela, componente de la mayoría).

CNAT Sala IV Expte N° 23.044/08 Sent. Def. N° 95.701 del 31/8/2011 « Núñez, José Roberto c/ Proflar S.A. s/despido » (Marino – Guisado – Pinto Varela).

Despido discriminatorio. Prueba. Doctrina de las cargas dinámicas.

En el caso, es de aplicación la doctrina de las cargas dinámicas, que coloca en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar, la responsabilidad de acreditar los hechos que alega. Así se ha sostenido que “la carga probatoria que se impone al empleador en los casos en que se alega discriminación, no implica desconocer el principio contenido en el art. 377 CPCCN, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23.592”, ya que quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc), deberá en primer término demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca (...) y los elementos del hecho, o en su caso la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la alegación de un acto discriminatorio, mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada. (Del voto de la Dra. Marino, en minoría).

CNAT Sala IV Expte N° 23.044/08 Sent. Def. N° 95.701 del 31/8/2011 « Núñez, José Roberto c/ Proflar S.A. s/despido » (Marino – Guisado – Pinto Varela).

Despido discriminatorio. Acoso sexual. Carga de la prueba.

En lo que hace al tema de la carga probatoria en supuestos de despido discriminatorio, la jurisprudencia ha receptado la teoría conocida como carga dinámica de las pruebas desarrollada por Peyrano. Ella implica que las cargas probatorias pueden ir variando según quién esté en mejores condiciones de probar y se intenta, por sobre la interpretación de las normas procesales, dar primacía a la verdad jurídica objetiva a los efectos que la dilucidación de la cuestión no se vea perturbada por un excesivo rigor formal (conf. Peirano Jorge W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas” (1991:1034) La Ley, Buenos Aires). Uno de los problemas que presentan los actos discriminatorios emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria, y dado que la no discriminación cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el *onus probandi* pesa sobre el empleador debido a la dificultad que existe para el trabajador de probar tal discriminación, mientras que no es así para el empleador que debe probar la justa causa.

CNAT Sala I Expte. N° 47.748/09 Sent. Def. N° 87.016 del 21/09/2011 “P., S. L c/La Pompeya SA s/despido”. (Pasten de Ishihara - Vilela).

Despido discriminatorio. Carga probatoria.

Constituye una cuestión central el tema de la carga de la prueba en los conflictos sobre discriminación ilícita o negativa, sea cual fuere la distinción vedada que haya sido alegada como verdadero motivo del despido –raza, religión, sexo, embarazo, razones gremiales, etc. En estos conflictos debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de prueba compartida, como expresión del deber de cooperación y buena fe procesales y, en tal contexto, asignar el *onus probandi* a la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de probar un hecho.

CNAT Sala VIII Expte. N° 9.398/09 Sent. Def. N° 38.488 del 04/10/2011 “García Arrebola, Pablo Andrés c/Petrobras Energía SA s/despido”. (Catardo - Pesino).

Despido discriminatorio. Carga probatoria.

Acreditados el trato desigual y el perjuicio, es la empleadora quien debe aportar y probar cuáles eran las circunstancias objetiva que, fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad, contracción al trabajo y mayor responsabilidad funcional, tornaban razonable la distinción (conf. Sala VIII SD N° 36.886 del 19/2/2010 “Valmaggia, Juan Santos c/ Telefónica de Argentina SA. s/cobro de salarios”), tesisura coincidente con la desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Fallos 311: 1602).

CNAT Sala VIII Expte. N° 9.398/09 Sent. Def. N° 38.488 del 04/10/2011 “García Arrebola, Pablo Andrés c/Petrobras Energía SA s/despido”. (Catardo - Pesino).

Despido discriminatorio. Carga de la prueba.

En caso de alegar que media un despido discriminatorio, 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. De ahí que la sospecha de discriminación –el principio de prueba de la misma, técnicamente- es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante, de otro modo, se corre un serio peligro de imponer a la parte protegida por estas reglas la prueba plena de la discriminación, desnaturalizándolas. (Del voto del Dr. Zas).

CNAT Sala V Expte. N° 25.093/08 Sent. Def. N° 73.671 del 30/11/2011 “D’Errico, Luis Marco c/Le Lis SA s/despido”. (Zas - García Margalejo).

Despido discriminatorio. Carga de la prueba.

En los supuestos de despido discriminatorio la carga de la prueba se traslada al demandado. Ello resulta de lo dispuesto por la CSJN en el caso “*Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*” (Fallo del 15-11-2011 suscripto por los Dres. Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) en el que ha determinado que “...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo...” (se refiere al motivo discriminatorio) “...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...” (considerando 11 de la sentencia). (Del voto de la Dra. García Margalejo, quien aclara que acata la decisión de la CSJN en el tema, sin perjuicio de dejar a salvo su opinión en el sentido de que quien decide poner fin a un contrato carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo).

CNAT Sala V Expte. N° 25.093/08 Sent. Def. N° 73.671 del 30/11/2011 “D’Errico, Luis Marco c/Le Lis SA s/despido”. (Zas - García Margalejo).

Despido discriminatorio. Carga de la prueba.

No puede exigirse al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando los indicios suficientes en tal sentido (conf. art. 163 inc. 5 CPCCN). En el reparto de las cargas procesales debe imponerse a la empleadora la prueba de que el acto obedece a otros motivos. Ello, no supone desconocer el principio contenido en el art. 377 del CPCCN, ni lo dispuesto en la ley 23.592, ya que quien se considere discriminado deberá aportar la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud del despido, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación diferente.

CNAT Sala III Expte. N° 48.067/09 Sent. Def. N° 92.896 del 21/12/2011 « Coronel, Nicolás Gastón c/Kraft Foods Argentina y otros SA s/juicio sumarísimo”. (Cañal - Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Actividad sindical. Prueba.

Tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo (de discriminación) 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. (conf. CSJN, “*Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo*” del 15/11/2011).

CNAT Sala III Expte N° 36.803/08 Sent. Def. N° 92.910 del 22/12/2011 « Militello, Yesica Karina c/ Casino Buenos Aires CTE S.A. UTE s/juicio sumarísimo” (Cañal – Rodríguez Brunengo).

Despido. Discriminación salarial. Prueba.

El art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo ha fijado, con el carácter de obligación para el principal, la igualdad de trato a sus dependientes en “identidad de situaciones”. Luego, el tratamiento diferenciado, para no resultar lesivo de los derechos de la contraparte, debe justificarse en razones objetivas. Por lo mismo, cada una de las partes deberá probar el presupuesto de la norma que invoca como fundamento de su pretensión o excepción. El trabajador deberá acreditar sus “circunstancias”, y quien se exceptiona aduciendo que la desigualdad obedece a la valoración de los méritos del dependiente o a circunstancias de bien común, debe acreditar estas afirmaciones (conf. C.S.J.N., 23/08/88, “Fernández Estrella c/Sanatorio Güemes S.A.”, voto concurrente de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, Fallos: 311:1602).

CNAT Sala V Expte N°33.958/09 Sent. Def. N° 73.723 del 23/12/2011 « Leño, Edgar Jaime c/ Inc S.A. s/ despido” (Zas – Arias Gibert).

Despido. Discriminación salarial. Prueba.

Al encontrarse fuera de controversia que la ex empleadora abonaba salarios mayores que los percibidos por el actor a otro trabajador que prestaba iguales tareas, aunque con menor responsabilidad, por igual jornada y en el mismo sector, correspondía que la demandada demuestre que “el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustenta en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas” (art. 81 LCT). Sin embargo, y tal como antes señalara, la accionada ni siquiera alegó tales presupuestos fácticos en su defensa, y tampoco –por mi parte- hallo elementos de prueba en tal sentido (art. 386 CPCCN). Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar a las diferencias salariales e indemnizatorias reclamadas en la demanda con sustento en el principio de igual remuneración por igual tarea, por las remuneraciones devengadas en los últimos 24 meses del contrato de trabajo, incluyendo los períodos de s.a.c. correspondientes a dicho lapso.

CNAT Sala V Expte N°33.958/09 Sent. Def. N° 73.723 del 23/12/2011 « Leño, Edgar Jaime c/ Inc S.A. s/ despido” (Zas – Arias Gibert).

Despido discriminatorio. Prueba.

En materia de prueba del despido discriminatorio debe estarse a la carga dinámica de las pruebas, o sea, quien se encuentre en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar, no correspondiendo exigir al trabajador la plena prueba del motivo discriminatorio, bastando que se aporten indicios suficientes y concordantes en tal sentido, quedando a cargo del empleador la justificación de que el acto obedece a otros motivos y no a una actitud discriminatoria. Por lo tanto, quien se considere afectado deberá demostrar que resulta afectado por el acto que cuestiona y el empleador deberá acreditar que el despido tuvo un motivo distinto para resolver el vínculo.

CNAT Sala I Expte. N° 8.649/08 Sent. Def. N° 87.347 del 29/12/2011 “Cavagnaro José Luis c/Organismo Regulador del sistema Nacional Aeropuertos ORSNA s/nulidad acto administrativo”. (Vilela - Vázquez).

Despido discriminatorio. Prueba. No demostración del ejercicio de una discriminación.

Con sujeción a lo ordenado por la CSJN y, en virtud de las consideraciones y conclusiones expuestas en el precedente “Pellicori” (P.489,XLIV, 15/11/2011), corresponde revocar la sentencia recurrida y rechazar la acción impetrada para obtener la declaración de nulidad del despido, la consecuente reinstalación del trabajador en su empleo y el pago de una indemnización por los daños y perjuicios padecidos, por cuanto el actor no invocó puntualmente los presupuestos fácticos necesarios que permitan atribuirle el carácter de “representante sindical de hecho” o “activista gremial”, ni menos aún logró demostrar el conjunto de indicios necesarios que autoricen a considerar que la extinción del vínculo decidido por la empleadora hubiese obedecido al ejercicio de una discriminación arbitraria con sustento en aquél, de modo tal de provocar el desplazamiento de la prueba en torno a la causal de despido de la accionada.

CNAT Sala IV Expte N° 6.482/08 Sent. Def. N° 96.056 del 13/2/2012 “Sisterna, Juan César c/ Transtex S.A. s/acción de amparo” (Marino – Guisado).

Despido discriminatorio. Prueba. Precedente de la CSJN “Pellicori”

En cuanto a la carga probatoria que existe en los despidos discriminatorios, como ha dicho nuestro máximo Tribunal en la causa “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”: “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” (del 15/11/11; P. 489. XLIV.). Así, verificándose en el caso de autos la existencia de indicios suficientes (luego de que la trabajadora se encontrara desempeñándose cuatro años en el sector decoración se la destinó a un puesto creado al efecto en el sector comunicaciones y no se la restituyó en sus tareas habituales luego de que se reincorporara de su licencia por maternidad y, a mayor abundamiento, el hecho de la desvinculación se produjo al mes y días de vencido el plazo previsto por el art. 178 LCT y se encontraba vigente el descanso diario por lactancia previsto en el art. 179 LCT) pesaba sobre la accionada la carga de acreditar que la desvinculación tuvo otra motivación, lo cual en el caso de autos no ha hecho.

CNAT Sala VII Expte N° 37.988/09 Sent. Def. N° 44.102 del 15/2/2012 « Antoñana, Vanesa c/Falabella S.A. s/despido » (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Despido discriminatorio. Delegada sindical de hecho. Prueba. Precedente de la CSJN “Pellicori”.

En la causa se encuentra acreditado a modo indiciario las actividades sindicales que la actora invocó en el inicio – integraba la Comisión de Salud, se desempeñaba activamente representando a sus compañeros de algún modo como una delegada “de hecho”-, dado que exceden lo que sería el marco de un conflicto individual, y puesto que llevó adelante el reclamo de carácter colectivo y representativo de los restantes empleados de la accionada. Por ello, tal como lo sostuvo el Máximo Tribunal en la causa “Pellicori” del 15/11/2011, en los procesos en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir a 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. Por ende, siguiendo la doctrina seguida por esta Sala en el caso “Balaguer”, el régimen general en materia de extinción que habilita el despido sin causa, cede frente a normas de rango superior como los arts. 14 y 16 CN, los Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22 CN), el Convenio N° 158 de la OIT y la ley 23.592, que sancionan conductas discriminatorias como la llevada adelante por la empleadora.

CNAT Sala VI Expte N° 36.493/08 Sent. Def. N° 63.683 del 13/3/2012 « Palazzo, Alicia Romina c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE s/juicio sumarísimo » (Raffaghelli – Craig

Despido discriminatorio. Portador de HIV al momento del despido. Ley 23.592. Prueba.

Dado que el actor invocó la ley 23.592 debe demostrar que posee las características que considera motivantes del acto que ataca... y los elementos del hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador, acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y, a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada, y ello por cuanto, ante la alegación de un acto discriminatorio mediando indicios serios y precisos en tal sentido, es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probando, por cuanto quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos... (conf. Maza, Miguel Ángel, “El despido discriminatorio: una pequeña

derogación con grandes consecuencias jurídicas” LNLSS 2004 – 546 y ss). Por ende, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe invertirse la carga de la prueba. Ello es así debido a las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador y por las serias dificultades probatorias del hecho discriminatorio lesivo del derecho fundamental.

CNAT Sala VI Expte N° 37.416/08 Sent. Def. N° 63.791 del 27/3/2012 “V., C.A. c/Coto CICSA s/ despido” (Craig – Fernández Madrid)

3.- Nulidad del acto.

Despido. Discriminación. Reinstalación.

La reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por un despido, ya que el objetivo primario de las reparaciones (remedies) en esta materia debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, en tanto esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. (Mayoría: Fayt - Petracchi-Maqueda-Zaffaroni)

CSJN A.1023.XLIII;RHE - “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.s/acción de amparo” - 07/12/2010 - T. 333, P. 2306

Despido. Discriminación. Reinstalación.

Cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva, conciliando así los derecho de una y otra parte del contrato de trabajo, pero nada sucede con la ley 23.592 que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

CSJN A.1023.XLIII;RHE - “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.s/acción de amparo” - 07/12/2010 - T. 333, P. 2306

Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador. Régimen de estabilidad impropia.

La ley 23.592 permite dejar sin efecto el acto discriminatorio, aún cuando, como en el caso concreto (se trata de un empleado de la ANSES que se rige por las normas de la LCT), se trate de un despido dispuesto en un régimen de estabilidad impropia. Es que el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución (art. 16) y por la ley (art. 1 de la ley 23.592) y por lo tanto tiene un objeto prohibido (art. 953 C. Civil) y entonces es nulo (art. 1044 ídem), es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1 ley citada, art. 1083 del C. Civil).

CNAT Sala X Expte N° 17520/00 Sent. Def. N° 9679 del 29/6/01 “Stafforini, Marcelo C/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Anses S/ Amparo” (Scotti – Corach - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Procedencia. Reincorporación del trabajador.

La ley 23.592, que protege frente a las conductas discriminatorias, tiene por objeto sancionar el trato desigual (en cualquier ámbito que se trate, incluso el laboral) fundado en el hecho de pertenecer a ciertos grupos o presentar determinados caracteres o tener ciertas ideas, vale decir, el trato desigual y peyorativo que se basa en circunstancias de tipo “subjetivas” (nacionalidad, raza, sexo, religión, caracteres físicos, ideas políticas, religiosas, sindicales etc). De manera que protege al trabajador en un espectro más amplio que la tutela que confiere la ley 23.551, pues sanciona cualquier trato desigual fundado en

diferentes circunstancias, incluso las ideas o la actividad sindical. Por ello el despido discriminatorio en el régimen de la ley citada y en los Tratados Internacionales con jerarquía de tales (confr. art. 75 inc. 22 C.N.) tiene como rango distintivo que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia. (Del voto del Dr. Fernández Madrid).

CNAT **Sala VI** Expte N° 33.975/02 Sent. Def. N° 56.971 del 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico de Argentina SRL s/ Sumarísimo" (Fernández Madrid - De la Fuente)

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Procedencia. Reincorporación del trabajador.

El acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 C. Civil) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C. Civil), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo (art. 1083 del C. Civil). El damnificado tiene derecho, ante todo, a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se le reparen los daños materiales y morales ocasionados. El régimen general que rige en materia de despido y que posibilita el despido sin causa con pago de una indemnización, cede frente a las normas de rango superior o igual (tal el caso de la ley 23592) que tutelan la dignidad del hombre y que, por ende, sancionan las conductas discriminatorias y tienden a privar de efectos al acto violatorio de dichas normas fundamentales. (Del voto del Dr. Fernández Madrid)

CNAT **Sala VI** Expte N° 33.975/02 Sent. Def. N° 56.971 del 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico de Argentina SRL s/ Sumarísimo" (Fernández Madrid - De la Fuente)

Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador.

Resultan suficiente fundamento de la propuesta las normas específicas que castigan la conducta antisindical, en especial los ilícitos laborales previstos en los incisos e) (adoptar represalias contra trabajadores por su actividad sindical) y j) (practicar trato discriminatorio) del art. 53 de la ley 23551. Por existir un régimen protectorio especial resulta innecesario, en este caso, remitirse a la ley general antidiscriminatoria, cuya aplicación resulta dudosa, sobre todo si se tiene en cuenta que la ley 25013 -aún cuando no rija en el caso- ha optado por mantener para los despidos discriminatorios, el régimen de estabilidad impropia, si bien, agravando las indemnizaciones correspondientes (art. 11). (Del voto del Dr. De la Fuente).

CNAT **Sala VI** Expte N° 33.975/02 Sent. Def. N° 56.971 del 10/3/04 "Balaguer, Catalina C/ Pepsico de Argentina SRL s/ Sumarísimo" (Fernández Madrid - De la Fuente)

Despido Acto discriminatorio. Ruptura que excede el marco del sistema de estabilidad relativa. Acto nulo.

La actora fue despedida, en el caso, por enviar un e mail a sus compañeros de trabajo instándolos a solidarizarse, con medidas pacíficas, con el personal de Aerolíneas Argentinas. Dicho despido, resulta comprendido en el art. 1° de la ley 23592 pues constituye una restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho de cuño constitucional a propagar las ideas (art. 14 de la CN). Asimilado por el influjo del citado art. 1 de la ley citada el acto discriminatorio al acto nulo, la solución que prevé la norma en análisis cuando se encuentra comprometida la ruptura del vínculo laboral excede el marco del sistema de estabilidad relativa o impropia en el que se respalda la argumentación recursiva, ya que se impone el restablecimiento de las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 del C. Civil), y en consecuencia el restablecimiento de la vigencia de la relación, sin que se sustente en norma alguna que la condición de trabajador del afectado lo excluya de la proyección de dicho esquema.

CNAT **Sala IX** Expte N° 22.537/02 Sent. Def. N° 12.488 del 31/5/05 "Greppi, Laura c/ Telefónica de Argentina SA s/ despido" (Pasini - Balestrini)

Despido. Acto discriminatorio. Reincorporación del trabajador. Nulidad de la rescisión.

Concretado un despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que “se deje sin efecto el acto discriminatorio”, lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo. El despido discriminatorio vulnera el derecho fundamental del trabajador a no ser discriminado arbitrariamente, amparado por normas de jerarquía constitucional y supralegal y por el jus cogens, razón por la cual la garantía plena y eficaz de ese derecho es la nulidad del despido y la reincorporación al puesto de trabajo. De no admitirse la invocación de la ley 23592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles. En la medida en que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre “todos”, son titulares del referido derecho en cualquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida, en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido. Discriminación. Integrantes de una asociación simplemente inscripta. Reinstalación.

La demandada cuestiona que se admita la reinstalación peticionada por los integrantes de una asociación sindical simplemente inscripta cuando la tutela de la ley 23.551 sólo ampara la actividad gremial desarrollada por los sindicatos con personería gremial. Tales alegaciones no logran conmover la decisión que, en el caso, básicamente se sustenta en la ley 23.592 y en el principio de no discriminación garantizado a nivel constitucional y supralegal. No se trata de hacer valer, en este caso, una garantía de estabilidad especial (como acontece en el marco de la ley de asociaciones sindicales) sino de establecer las consecuencias que se derivan del acto ilícito de despido de quienes resolvieron integrar una asociación sindical y que permiten considerarlo ineficaz aún en el marco de un régimen que con carácter general regula un sistema de estabilidad relativa e impropia; y ello así, por imposición de la prohibición que con carácter absoluto rige respecto de toda acción discriminatoria y, como tal, lesiva de la libertad y dignidad de la persona del trabajador. (Del voto de la Dra. González, en mayoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo – Maza)

Despido. Discriminación. Entidad sindical que no cuenta con personería gremial. Reinstalación. Improcedencia.

Toda vez que la entidad sindical de la que formaban parte los actores no contaba con personería gremial, en el marco de lo previsto por los arts. 48, 49 y 52 de la ley 23551, no resulta viable la reinstalación que solicitan. Ello así, por cuanto el art. 47 de la ley 23.551, tal como lo afirma el Dr. Álvarez en su dictamen, no permite considerar que los trabajadores que están incluidos en el régimen común de protección contra el despido arbitrario, queden amparados por una especie de “prohibición temporal” de despido como consecuencia de su actividad sindical porque los propios términos de la norma no autorizan a inferir que esté orientada a la anulación o ineficacia de un acto resolutorio cuyo objeto no fue expresamente prohibido (en igual sentido CSJN 13/11/90 “Borda, Ramón y otro c/ UTGRA”). (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminatorio. Reinstalación. Improcedencia.

Aún cuando se admita que el despido se originó en un acto discriminatorio (que, en el caso no fue invocado como tal) vinculado a la actividad gremial que intentaban desplegar los actores, en el esquema de nuestra CN y de las leyes dictadas en su consecuencia, en el ámbito de las relaciones regidas por el

derecho privado, no resulta jurídicamente admisible que, junto con la anulación del acto de despido, la consiguiente condena a la reinstalación en el puesto de trabajo no prevea una limitación temporal a su ejecución compulsiva ni una sanción definitiva para que, frente a la eventual resistencia del empleador a efectivizar la reincorporación, la sentencia pueda ser cumplida de un modo que no implique consagrar la vigencia indefinida de un vínculo contractual cuando, una de las voluntades que es inherente a su formación, ya no concurre para su mantenimiento. No se encuentra comprendida en estas condiciones la tutela contemplada en la ley 23.551 que es la que los actores invocaron en sustento de su pretensión. En efecto, la protección a la estabilidad que garantiza la LAS se encuentra temporalmente limitada al año posterior al vencimiento del mandato que le hubiera sido otorgado al representante o delegado gremial, por lo que la aplicación del sistema de reinstalación previsto en el art. 52 no supone el restablecimiento por tiempo indefinido de la relación contractual. (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Reinstalación. Improcedencia.

La directiva que emana del art. 1° de la ley 23.592 referida a la alternativa de que sea dejado sin efecto el acto discriminatorio, si bien es plenamente aplicable en el ámbito de las relaciones de trabajo, cuando su cumplimiento implique la anulación del acto de despido, debe ser compatibilizada con normas de orden superior, como los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la CN; y ello requiere que se analice no sólo si es materialmente posible tal anulación sino –además- si es jurídicamente exigible en forma compulsiva el restablecimiento de un vínculo de naturaleza contractual, sin que la condena prevea la posibilidad que la resistencia del empleador sea sancionada de un modo que no implique el mantenimiento forzoso y por tiempo indefinido de una relación que, por ser de naturaleza contractual, necesariamente, debe derivar de la autonomía de la voluntad. Las claras directivas que emergen de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la CN obstan decisivamente a que se considere jurídicamente posible la invalidez de un despido sin causa en el ámbito del empleo privado, cuando la condena al restablecimiento del vínculo no prevé una limitación temporal a su ejecución compulsiva si el modo en que, ante la eventual resistencia del empleador a la orden de reincorporación, pueda llegar a ser cumplida la decisión judicial sin que implique la imposición de la vigencia indefinida de un vínculo contractual. (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Trabajador sin mandato gremial. Reinstalación. Improcedencia.

Si se admitiera que –al margen de la ley sindical- un trabajador que no tiene mandato gremial ni plazo alguno de tutela, con motivo de un despido discriminatorio derivado de su actividad sindical, pudiera resultar beneficiario de una sentencia que, además de anular el despido, condenara a su reinstalación sin una limitación temporal a su ejecución compulsiva y sin prever la sanción definitiva a la que podría dar origen la resistencia del empleador a la orden de reincorporación, (para que el cumplimiento de la decisión judicial no implique imponer la vigencia indefinida de un vínculo contractual), podría darse la paradoja de que llegue a tener una protección superior a la que cualquier delegado o representante sindical porque la tutela otorgada a quienes están amparados por la ley sindical tiene un plazo de vencimiento, operado el cual pueden llegar a ser despedidos sin consecuencias. (Del voto del Dr. Pirolo, en minoría).

CNAT **Sala II** Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Discriminación. Reinstalación. Salarios caídos. Procedencia.

Al nulificar los despidos y ordenar la reinstalación de los actores, debe ordenarse el pago de los salarios caídos, como derivación de lo resuelto en torno al acto

extintivo que implica considerar la subsistencia del vínculo de trabajo y su presupuesto, la disposición generadora de los salarios, en los términos de los normado en el art. 103 de la LCT. Si como en el caso, la demandada había depositado las sumas correspondientes a la indemnización por los despidos, al resultar éstos ineficaces, no habilitan el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, por lo que tales sumas deberán computarse como pago a cuenta de los salarios devengados desde el acto nulo y hasta la efectiva reincorporación. (Del voto de la Dra. González, en mayoría).
CNAT Sala II Expte N° 29.545/06 Sent. Def. N° 95.075 del 25/6/07 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo” (González – Pirolo - Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que realiza actividad sindical sin mandato. Nulidad despido discriminatorio. Reinstalación. Procedencia.

Si el despido discriminatorio como una especie de los actos discriminatorios afecta el interés de la comunidad, no resulta consistente limitar la protección al pago de una indemnización tarifada o integral, porque la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado. Visto el problema desde la perspectiva de la libertad sindical vulnerada, la nulidad del despido discriminatorio por motivos antisindicales es la única solución que repara totalmente el daño causado, porque el perjuicio no sólo es sufrido por el trabajador despedido sino por el universo de trabajadores representados por aquél en ejercicio de la libertad sindical. La alternativa indemnizatoria podría solucionar el problema económico del trabajador directamente afectado, pero no repararía eficazmente la violación a la libertad sindical como derecho humano fundamental. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte N° 30.265/06 Sent. Def. N° 70.349 del 20/12/07 “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/ juicio sumarísimo” (Zas – Simón – García Margalejo)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que realiza actividad sindical sin mandato. Reinstalación. Procedencia.

La situación de real o aparente desarmonía entre el art. 47 de la ley 23551 y la ley 23592 y sus posibles interpretaciones debe ser resuelta en el sentido más favorable a la trabajadora; esto es, admitiendo que constituyen un conjunto normativo armónico que, ante un caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, habilita a la actora a demandar, por la vía sumarísima, la nulidad del despido, la reinstalación en el puesto de trabajo y la reparación de los daños y perjuicios sufridos. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala V Expte N° 30.265/06 Sent. Def. N° 70.349 del 20/12/07 “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/ juicio sumarísimo” (Zas – Simón – García Margalejo)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que realiza actividad sindical sin mandato. Reinstalación. Improcedencia.

En las acciones en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral – lo que el Dr. Eduardo O. Álvarez denomina “una respuesta de ineficacia tan intensa”- se requiere para su procedencia la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados, sin que constituya prueba en este sentido, lo que simplemente se señale, refiera o manifieste en una denuncia efectuada por la propia interesada u otras personas que dicen estar en igual situación, pues de seguirse tal criterio, la propia parte por su sola voluntad podría preconstituir prueba en su favor tal solo con presentar una denuncia. Huelga decir que, en el caso, no se trataba de un delegado gremial regularmente designado, situación que no es la invocada en la demanda. (Del voto de la Dra. García Margalejo, en minoría).

CNAT Sala V Expte N° 30.265/06 Sent. Def. N° 70.349 del 20/12/07 “Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/ juicio sumarísimo” (Zas – Simón – García Margalejo)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador activista que no ejerce representación sindical. Nulidad despido. Reinstalación.

El derecho del trabajo no regula ni contiene preceptivas específicas que prevean las consecuencias del despido discriminatorio por motivos gremiales cuando las víctimas son trabajadores que no ejercen una representación sindical orgánica, es

decir, hay un vacío normativo que habilita el ingreso supletorio del derecho común, de la ley 23.592 y de los arts. 1044, 1050 y 1056 del Código Civil. Por otro lado la sanción de nulidad que habilita el art. 1044 del Código Civil, con el efecto de volver las cosas al estado anterior (art. 1050 Código Civil), mediante la reinstalación del trabajador -activista gremial- en su puesto, todo ello con ajuste a las previsiones de la ley 23.592 (art. 1), no se enfrenta de manera sistémica con el derecho del trabajo considerado como un todo. Ello así, pues se trata de una consecuencia que está prevista para los despidos discriminatorios por motivos gremiales que padecen los representantes o postulantes de las asociaciones con personería gremial (arts. 40, 48 y 50 LAS). Esto denota que en situaciones análogas intrasistémicas, cuando están en juego la libertad y la democracia sindicales, el derecho del trabajo reacciona con la nulidad del despido y la consiguiente reinstalación del empleado (arts. 11 LCT y 16 Cód. Civil). (Del voto de la Dra. Vázquez, en mayoría).

CNAT Sala VIII Expte. N° 23.555/06 Sent. Def. N° 35.684 del 18/11/2008 “Romero, Silvio Hipólito c/Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/juicio sumarísimo”. (Morando –Vázquez - Catardo).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Reinstalación del trabajador.

Si la empleadora con motivos discriminatorios despidió a un empleado no puede invocar la garantía de libertad de contratación porque la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (conf. art. 1071 del código Civil) y los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CN) y concretamente, la prohibición de no discriminar que establece la ley 23.592 constituye un límite específico e infranqueable a la libertad de contratar y a la libertad de organizar la empresa que tiene todo empleador. El art. 1 de dicha ley habilita la reinstalación del trabajador, en tanto se compruebe una conducta patronal caracterizable como discriminatoria en los términos de dicha norma y en el entendimiento de que dicha regla legal permite dejar sin efecto el acto discriminatorio. (Del voto de la Dra. Porta, en mayoría).

CNAT Sala III Expte. N° 28.108/07 Sent. Def. N° 91.189 del 29/07/2009 “Camusso, Marcelo Alberto c/Banco de la Nación Argentina s/juicio sumarísimo”. (Porta – Guibourg – Maza)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que es despedido por no desafiliarse de un sindicato y afiliarse a otro. Consecuencia jurídica del despido discriminatorio. Condena. Nulidad despido. Reinstalación.

En el caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar *in natura* el contenido esencial del principio fundamental vulnerado. En esta línea se inscribe el art. 1 de la ley 23.592. De no admitirse la invocación de dicha ley se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles. Por ello, frente al despido del trabajador por no desafiliarse a un sindicato y afiliarse a otro, cabe declarar la nulidad del despido, debiendo el empleador readmitir al actor en su puesto de trabajo y reparar el daño moral. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT Sala IV Expte. N° 33.007/07 Sent. Def. N° 94.581 del 19/03/2010 “Olquín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”. (Guisado – Ferreirós - Zas).

Despido. Acto discriminatorio. Ley 23.592. Trabajador que participó en una medida de fuerza. Reinstalación del trabajador.

El acto discriminatorio prohibido por la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), por diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y por la ley 23.592, además de ser nulo produce los efectos de un acto ilícito, motivo por el cual el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al del acto lesivo. Es decir, que nos encontramos ante un despido incausado y discriminatorio porque tiene por claro fundamento la actividad sindical del demandante, se encuentra comprendido en las disposiciones de la mencionada ley. De modo que el damnificado tiene derecho a que se deje sin efecto el acto discriminatorio y a que se reparen los daños materiales y morales ocasionados.

CNAT Sala VI Expte N° 30.689/08 Sent. Def. N° 62.771 del 31/03/2011 “Diez, Pablo Sebastián c/ Fate S.A. s/ juicio sumarísimo” (Fernández Madrid – Raffaghelli).

Despido. Nulidad del acto discriminatorio. Reinstalación. Modo de hacerla efectiva. Resarcimiento moral y material.

Por haber mediado causa de discriminación, el despido de la actora se trató de un acto nulo que debe ser dejado sin efecto restituyéndose las cosas al estado anterior, lo que en el caso supone la reinstalación efectiva de la trabajadora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes de la desvinculación, con más el pago de los salarios caídos y resarcimientos por los daños morales y materiales ocasionados (Del voto del Dr. Balestrini).

CNAT Sala IX Expte N° 11.296/09 Sent. Def. N° 16.920 del 11/04/2011 “Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A Compañía de inversiones en entretenimientos S.A UTE s/ juicio sumarísimo” (Balestrini - Corach).

Despido. Nulidad del acto discriminatorio. Reinstalación. Modo de hacerla efectiva. Indemnización agravada y adicional por carácter discriminatorio.

La condena a dejar sin efecto el acto discriminatorio no puede imponer, mas allá del reproche o culpabilidad que quepa atribuirle al empleador, la continuidad indefinida de una relación jurídica cuando su voluntad ya no admite el mantenimiento del contrato para el futuro. Por ello, se debe otorgar a la empleadora un plazo de diez días para que proceda a reincorporar a la accionante en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos, pero en caso de incumplimiento, se convierta de pleno derecho en el pago de una indemnización agravada integrada por las indemnizaciones que correspondan por despido incausado, más una indemnización adicional por el carácter discriminatorio del despido (Del voto del Dr. Corach).

CNAT Sala IX Expte N° 11.296/09 Sent. Def. N° 16.920 del 11/04/2011 “Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A Compañía de inversiones en entretenimientos S.A UTE s/ juicio sumarísimo” (Balestrini - Corach).

Despido. Reincorporación. Improcedencia.

La decisión extintiva tuvo relación con la actividad gremial desplegada por el trabajador, y por lo tanto, el carácter discriminatorio del despido intentado. La ley 23.592 resulta plenamente aplicable en el ámbito de las relaciones laborales pero no impone necesariamente y como única reparación, la reinstalación en el puesto de trabajo. Dicha solución sólo podría considerarse adecuada a la Constitución Nacional, en la medida que, frente a invalidación judicialmente decretada, no quedara “restablecido” indefinidamente un vínculo de naturaleza contractual contra la voluntad de una de las partes puesto que debía quedar salvaguardada la posibilidad de que, en el caso de que el empleador no estuviere dispuesto a mantener un “contrato” –cuya existencia supone la confluencia de la voluntad de ambas partes (art. 14 C.N) - la resistencia a la orden judicial de reinstalación no debería dar lugar al mantenimiento indefinido del vínculo ni a su restablecimiento compulsivo a través de sanciones progresivas, sino que tal resistencia debería sancionarse con una indemnización agravada de carácter definitivo. (Del voto del Dr. Pirolo, quien por razones de economía procesal, vota por la reincorporación del trabajador)

CNAT Sala II Expte N° 37.880/07 Sent. Def. N° 95.867 del 31/10/2011 “Telefónica de Argentina S.A. s/ Luengo, Hernán s/ Consignación”. (Pirolo - Maza)

Despido. Reincorporación. Procedencia.

Acreditado que el despido tuvo por causa una finalidad discriminatoria originada en la actividad gremial del trabajador, resulta jurídicamente admisible declarar su invalidez y condenar a la reinstalación del trabajador. (Del voto del Dr. Pirolo, quien por razones de economía procesal, vota por la reincorporación del trabajador)

CNAT Sala II Expte N° 37.880/07 Sent. Def. N° 95.867 del 31/10/2011 “Telefónica de Argentina S.A. s/ Luengo, Hernán s/ Consignación”. (Pirolo - Maza)

Despido discriminatorio. Nulidad. Reincorporación. Daño moral.

Frente a la prueba del acto discriminatorio (despido en razón de la actividad gremial desplegada por el trabajador), corresponde disponer la nulidad del despido y también la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo, atento que al concluirse que el distracto fue nulo, este acto rescisorio retrotrae las cosas a su

Poder Judicial de la Nación

estado anterior, es decir debe ser restituido a su puesto habitual de trabajo en idénticas condiciones (arts. 1044 y 1083 del Cód. Civil). A su vez, el acto discriminatorio determina la responsabilidad extracontractual de la empresa demandada, en el sentido del deber de reparar un perjuicio, mediante una indemnización en concepto de daño moral.

CNAT Sala III Expte. N° 48.067/09 Sent. Def. N° 92.896 del 21/12/2011 « Coronel Nicolás Gastón c/Kraft Foods Argentina y otros SA s/juicio sumarísimo». (Cañal - Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Nulidad. Reincorporación.

Ante la prueba del acto discriminatorio (despido en razón de la actividad realizada por el actor dentro y fuera de la empresa como referente sindical) corresponde disponer la nulidad del despido, así como la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, atento que al concluirse que el distracto fue nulo, este acto rescisorio retrotrae las cosas a su estado anterior. Es decir, debe ser restituido el actor a su puesto de trabajo, en idénticas condiciones (arts. 1044 y 1083 CC), dentro del quinto día de notificada, bajo apercibimiento de astreintes.

CNAT Sala III Expte N° 35.672/2010 Sent. Def. N° 92.904 del 22/12/2011 « Aranda, Gustavo Fabián c/ Albosa SRL s/acción de amparo» (Cañal – Catardo – Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Actividad sindical. Nulidad. Reinstalación de la trabajadora.

Siendo que el despido de que fue objeto la accionante ha pretendido encubrir una conducta antisindical y un acto discriminatorio precisamente por la actividad gremial llevada a cabo por aquélla, para promover la defensa de los derechos de los empleados de la demandada (conf. art. 163 inc. 5 CPCCN), corresponde revocar lo decidido en grado, declarar nulo el despido y condenar a la accionada a reinstalar a la actora en su puesto de trabajo, bajo apercibimiento de sanciones conminatorias de \$1000 diarios.

CNAT Sala VI Expte N° 36.493/08 Sent. Def. N° 63.683 del 13/3/2012 « Palazzo, Alicia Romina c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimientos SA UTE s/juicio sumarísimo» (Raffaghelli – Craig)

4.- Indemnizaciones.

Despido. No discriminación. Daño moral.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que -por entender que el actor había optado por convertirse en víctima para luego pretender un beneficio económico- rechazó la demanda de daño moral con fundamento en la ley 23.592, pues dejó de lado, sin más, la consideración de elementos expresamente invocados por el actor que tendían a demostrar que, durante la vigencia de la relación laboral, había denunciado la conducta patronal ante el INADI y promovido el trámite administrativo de conciliación laboral de la ley 24.635 reclamando a la empleadora el cese de la actitud discriminatoria. (Mayoría: Highton de Nolasco – Fayt - Petracchi y Maqueda (Los Dres. Lorenzetti y Argibay, consideraron inadmisibles el recurso en virtud de lo dispuesto en el art. 280 CPCCN).

CSJN P. 1061.XXXIX. RHE. “Palmer, Alfredo Mateo c/ Kraft Suchard Argentina S.A.”- 3/5/2007 - T. 330, P. 2033.

Despido. No discriminación. Reinstalación. Compensación.

Ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa, de tal forma, que sin perjuicio del resarcimiento previsto en el art. 1° de la ley 23.592, el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más de un año de remuneraciones según dispone en su art. 182 (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay).

CSJN A.1023.XLIII;RHE - “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. /acción de amparo” - 07/12/2010 - T. 333, P. 2306

Despido. Discriminación. Daño moral. Procedencia. Imputación de homosexualidad.

Corresponde reconocer derecho al trabajador despedido a una indemnización por daño moral si el acto rescisorio se apoyó en la acusación de prácticas homosexuales no acreditadas en autos. El calificativo utilizado perjudica la imagen del trabajador frente a los demás, con la consiguiente carga emocional negativa que ello trae aparejado para la persona que recibe el agravio.

CNAT Sala VII Sent. Del 26/5/93 "T., C. c/ OGA SRL y otro s/ despido" (Lescano - Billoch)

Despido. Discriminación. Impedimento de realizar horas extras.

Se configuró una discriminación antijurídica al verificarse que la empleadora actuó con improcedente discrecionalidad arbitraria al privar infundadamente al accionante de la utilización de los instrumentos materiales y la posibilidad de realizar horas extras cuando se le concedían tales derechos a los demás trabajadores que se desempeñaban en idéntica categoría y área. Por ello y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1 de la ley 23592, corresponde reparar el daño moral ocasionado con una suma de dinero diferida en concepto del perjuicio patrimonial implícito.

CNAT Sala IX Expte N° 7012/00 Sent. Def. N° 9102 del 23/10/01 "Campos, Juan y otro c/ Telefónica de Argentina SA s/ sumarísimo" (Pasini - Balestrini)

Despido. Discriminación. Portador de SIDA.

Si la demandada conoció o pudo conocer de un modo u otro, total o parcialmente, los resultados de los estudios médicos practicados al accionante, de los que se desprendía que este último era portador positivo de HIV, y contemporáneamente con este hecho, fue despedido sin alegarse un motivo real, debe concluirse que se desconoció el principio de no discriminación y procede consecuentemente la indemnización correspondiente (conf. ley 23.592).

CNAT Sala IV Expte N° 13114/01 Sent. Def. N° 89.902 del 30/8/04 "O., E. c/ Falabella SA s/ despido" (Moroni - Guthmann)

Despido. Discriminación. Daño moral. Procedencia. Empleado que padece cáncer.

En principio, el resarcimiento tarifado cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, resultando procedente la reparación civil en aquellos casos excepcionales en que el despido vaya acompañado por una conducta adicional que justifique claramente que el empleador excedió las necesidades y límites impuestos por la LCT, configurándose un daño civilmente resarcible. Así, el despido del trabajador que padece un cáncer terminal supone una conducta discriminatoria por parte del empleador que debe cargar con las consecuencias extracontractuales que ocasionó su proceder.

CNAT Sala V Expte N° Sent. Def. N° 67.602 del 6/5/05 "Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP SA s/ despido" (García Margalejo - Boutique)

Despido. Discriminación. Daño moral. Improcedencia. Conducta personal de un gerente de la demandada.

No resulta procedente la indemnización por daño moral reclamada por el actor, derivada del trato discriminatorio que argumenta, toda vez que él mismo en su demanda reconoce expresamente que "la contratación del personal de esta empresa – se refiere a la demandada Arcos Dorados SA- se da a través de la oficina de personal que sigue las políticas internacionales de Mc Donald's, políticas públicas y notorias que se basan principalmente en el reconocimiento de las minorías", mientras que la discriminación denunciada ha sido proferida por el "gerente" del local donde el actor prestaba tareas, quien actuó a título personal y no como representante de la demandada. Por ello, el actor erró al elegir al sujeto pasivo de su pretensión. Tal vez la sociedad demandada podría haber incurrido en alguna responsabilidad si aquél hubiera denunciado los actos discriminatorios de los que se queja y ella hubiera omitido ponerles remedio. Pero no es lícito responsabilizarla por actitudes de dependientes que, según los términos de la propia memoria de agravios, actuaron espontáneamente y en violación a las reglas expresas por ella establecidas en materia de relaciones de trabajo.

CNAT **Sala VIII** Expte N° 796/04 Sent. Def. N° 33.133 del 31/3/06 “Frasch Verón, Gonzalo s/ Arcos Dorados SA s/ despido” (Morando - Lescano)

Despido. Acto discriminatorio. Nulidad. Reincorporación del trabajador. Daño moral. Indemnización. Efectos.

Al ser el despido discriminatorio padecido por la actora un acto nulo de objeto prohibido, es procedente declarar su nulidad y condenar a la demandada a readmitir a la trabajadora en el empleo y a resarcir los daños y perjuicios pertinentes (conf. Arts. 18, 953, 1044, 1066, 1083 y conc. del C. Civil; art. 1 ley 23592). La reparación del daño material se fijará en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del aparente despido hasta la efectiva reincorporación, la que será calculada por el perito contador en la etapa de ejecución (conf. Arts 165 CPCCN y art. 1° ley 23592). Por otra parte, los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen a la fecha del despido, lo que importa la ininterrumpida continuación del vínculo contractual (art. 1050 C. Civil); de allí que los salarios deben abonarse desde ese momento como consecuencia de la vigencia del contrato, en tanto el derecho a la remuneración se adquiere por la mera circunstancia de que la actora puso su fuerza de trabajo a disposición de la demandada (conf. Art. 103 LCT), tratándose de una acción de cumplimiento fundada en el art. 505, inc. 1° C. Civil y que la acción judicial, en este caso, fue interpuesta en forma casi inmediata al despido. (Del voto del Dr. Zas, en mayoría).

CNAT **Sala V** Expte N° 144/05 Sent. Def. N° 68.536 del 14/6/06 “Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo SA s/ amparo” (García Margalejo – Zas - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador que es despedido por afiliarse al sindicato. Improcedencia de la indemnización del art. 52 ley 23.551. Reparación por daño moral.

Habiéndose probado en la causa que el motivo del despido del trabajador fue su afiliación al sindicato respectivo (aún sin llegar a ser delegado gremial), debe considerarse la conducta del empleador como un acto contrapuesto al principio de no discriminación contemplado en el art. 16 de la Constitución Nacional y por las Declaraciones y Convenciones Internacionales a las que el art. 75, inc. 22 de la CN otorga jerarquía constitucional. La decisión, además, resulta violatoria de disposiciones de derecho interno como la ley 23.592, y el art. 17 de la LCT por lo que se configura un ilícito contractual (concomitante al despido) que, necesariamente, provoca una agresión de índole moral a la otra parte y cuyas consecuencias no se encuentran contempladas en los límites de la tarifa legal. Aún cuando no corresponde asimilar dicha reparación a la prevista en el art. 52 de la ley 23.551, limitada sólo a trabajadores amparados por las garantías previstas en los arts. 40,48 y 50 de la ley de asociaciones sindicales, corresponde abonársele además de la indemnización tarifada por el despido incausado, una suma en concepto por daño moral.

CNAT **Sala II** Expte N° 5.086/05 Sent. Def. N° 94.575 del 26/10/2006 “Chiappara Arroyo, Mario Andrés c/Trans American Air Lines S.A”. (Pirolo - González).

Despido. Daño moral. Procedencia. Enfermedad del trabajador.

Si quedó demostrado en autos que la empleadora tuvo conocimiento de la enfermedad del dependiente encontrándose vigente la relación laboral y que , con posterioridad, se condujo de un modo que permite considerar el despido decidido por aquella invocando una causa no probada – como una expresión del trato discriminatorio, corresponde hacer lugar al resarcimiento “extratarifario” que, en el caso, deben contemplar los daños moral y psíquico, pero no como lo pidiera el accionante, en tanto “lucro cesante” y “proyecto de vida”, pues estos últimos conceptos se refieren a daños potenciales respecto de los cuales no existen datos concretos que permitan inferir su concreción.

CNAT **Sala VI** Expte N° 4.380/04 Sent. Def. N° 59.641 del 20/6/07 « Ibáñez, Manuel c/ Panatel S.A. s/despido” (Fera – Fontana).

Despido. Discriminación. Postulante a delegado. Indemnización ley 23.592.

En el caso se ha probado y llega firme que la ruptura del vínculo laboral obedeció a una causa, discriminación por razones gremiales - en tanto el accionante era un postulante al cargo de delegado - y para este supuesto la ley

Poder Judicial de la Nación

23.592 admite que se establezca una reparación moral y material, reparación que se presenta en un ámbito no alcanzado por la tarifa del art. 245 LCT.

CNAT Sala VI Expte N° 5.249/05 Sent. Def. N° 59.796 del 6/9/07 « Méndez, Héctor Horacio c/ Carrefour Argentina S.A. s/despido » (Fera – Fontana).

Despido. Discriminación. Reclamo por daño moral. Procedencia. Inaplicabilidad del art. 1107 del C. Civil.

El art. 1107 del C. Civil no resulta aplicable en materia laboral. La citada norma civil halla su justificación en la posibilidad de que las partes prevean y reglamenten en sus contratos todas las consecuencias posibles de ellos, y si no lo hacen, a nadie deben culpar. Pero éste no es el presupuesto del vínculo laboral, signado por la desigualdad económica y la subordinación jurídica que con forma varia procuran corregir las normas de orden público laboral y donde son prácticamente inexistentes las normas derivadas de la autonomía de la voluntad. Para más, en el caso el actor no demandó la nulidad del despido, sino la reparación del daño moral padecido, pretensión que también encuentra amparo en el art. 1° de la ley 23592.

CNAT Sala V Expte N° 14310/05 Sent. Def. N° 70.297 del 7/12/07 “González, Rafael c/ Consorcio de Propietarios Malabia 2342/44/46 s/ despido” (Zas - Simón)

Despido. Acto discriminatorio. Trabajador en ejercicio de actividad sindical. Daño moral. Convenios OIT.

Ante la situación del trabajador que fue despedido por colocar en la puerta del baño del personal un papel donde constaban las escalas salariales -es decir lo que cada uno debía cobrar-, debe considerarse que la conducta de la demandada que lo despide ha estado dirigida a coartar su actividad sindical. En este sentido, la protección referida al accionar sindical no se restringe a aquellos trabajadores que ostentan cargos electivos sino que extiende su manto protectorio a cada uno de los afiliados y militantes. Y en el caso, no cabe duda que el accionar del trabajador lo fue en cumplimiento de una actividad de colaboración con el sindicato al cual pertenece. Consecuentemente encuadra la situación bajo la luz del art. 47 ley 23.551 y de los arts. 5° Convenios 87, 98, 135, 101, 111 y 158 OIT, procediendo la indemnización por daño moral reclamada.

CNAT Sala VII Expte N° 28.276/06 Sent. Def. N° 40.732 del 29/2/08 “Sosa, Evaristo c/ Furco S.R.L. s/despido” (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Despido. Acto discriminatorio. Condena. Salarios caídos. Indemnización por despido. Recargo.

Frente al despido discriminatorio en razón de la opinión gremial (el actor no quiso dejar de estar asociado a un sindicato para asociarse a otro), corresponde condenar a la demandada a abonar al actor los salarios caídos desde su segregación y también a reincorporarlo a su puesto, bajo apercibimiento de que, en caso de no reincorporarlo, deba abonar además de las indemnizaciones por despido, los salarios caídos hasta ese momento y un recargo por discriminación equivalente a un año de salarios. Corresponde asimismo abonar una suma en concepto de daño moral. (Del voto del Dr. Guisado, en minoría).

CNAT Sala IV Expte. N° 33.007/07 Sent. Def. N° 94.581 del 19/03/2010 “Olquín, Pedro Marcelo c/Rutas del Sur SA s/acción de amparo”. (Guisado – Ferreirós - Zas).

Despido del delegado gremial. Pretensión cautelar de reinstalación. Ley 23.592 sobre actos discriminatorios. Procedencia.

Debe considerarse que existe suficiente verosimilitud de derecho y peligro en la demora para habilitar una cautelar consistente en un pedido de reinstalación en el mismo puesto y condiciones de trabajo, formulada en las previsiones de la ley 23592 sobre actos discriminatorios, arguyendo que el despido se produjo en razón de las funciones gremiales del trabajador, al desprenderse de las testimoniales la proximidad temporal entre: a) las fechas en que la empleadora habría comenzado a cursar al trabajador emplazamientos por vía postal, en los que le imputara diferentes incumplimientos contractuales, hasta concluir en el despido con invocación de causa, y, b) la realización de las reuniones que el actor habría tenido con los directivos de la empresa días antes de la asamblea que lo ungiera delegado de personal por el Sindicato de la Salud, asociación sin personería

gremial. Todo ello sin que implique adelantar opinión sobre la cuestión de fondo debatida, ni calificar como discriminatorio por motivos sindicales el despido del trabajador demandante. (Del voto de la Dra. Vázquez, en mayoría).

CNAT Sala VIII Expte. N° 49.513/09 Sent. Def. N° 36.994 del 29/03/2010 “Abelenda Guillermo Andrés c/CEMIC s/juicio sumarísimo”. (Vázquez – Morando - Catardo).

Despido del delegado gremial. Pretensión cautelar de reinstalación. Ley 23.592 sobre actos discriminatorios. Improcedencia.

No concurre el requisito de verosimilitud del derecho que podría justificar la pretensión cautelar consistente en un pedido de reinstalación en el mismo puesto y condiciones de trabajo, formulada en las previsiones de la ley 23.592 sobre actos discriminatorios, arguyendo que el despido se produjo en razón de las funciones gremiales del trabajador, en la medida en que el pretensor no haya sido designado como delegado del personal del establecimiento donde prestaba servicios. De esa forma no resulta ser sujeto de la protección de estabilidad que prevé la ley referida, y sin adelantar opinión respecto de la pretensión de fondo, esa medida está reservada, en la legislación positiva a los representantes gremiales designados en el ámbito de una asociación sindical con personería gremial. (Del voto del Dr. Morando, en minoría).

CNAT Sala VIII Expte. N° 49.513/09 Sent. Def. N° 36.994 del 29/03/2010 “Abelenda Guillermo Andrés c/CEMIC s/juicio sumarísimo”. (Vázquez – Morando - Catardo).

Despido. Trato discriminatorio. Daño moral. Independencia de la indemnización por despido.

La procedencia de un resarcimiento por daño moral destinado a reparar las consecuencias perjudiciales causadas por el trato discriminatorio proferido a un trabajador por parte de la empleadora o sus empleados jerárquicos, no está condicionada a que aquél resulte acreedor de la indemnización tarifada por el art. 245 LCT. Ello así, por cuanto el trabajador que ha sufrido daño por haber recibido en el lugar de trabajo un trato lesivo a sus derechos humanos fundamentales, puede hasta renunciar al empleo por propia voluntad sin perder por ello el derecho a un resarcimiento que contemple los efectos dañosos de la ilicitud. Esta antijuridicidad es independiente de la reprochada por los arts. 242 y 245 de la referida ley.

CNAT Sala VIII Expte N° 23.600/08 Sent. Def. N° 37.138 del 30/4/2010 “Acosta, Diego c/ Tecnología de Imagen Textil SA s/ despido” (Vázquez - Morando)

Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial. Procedencia del daño moral.

Teniendo en cuenta lo establecido en el art. 1° de la ley antidiscriminatoria cabe asignar al trabajador discriminado una indemnización en concepto de daño moral, en razón del acto discriminatorio e ilícito en los términos del art. 1109 del Código Civil, lo cual determina la responsabilidad extracontractual del empleador en el sentido de reparar el perjuicio.

CNAT Sala X Expte. N° 30.632/08 Sent. Def. N° 17.579 del 28/06/2010 “González, Gerardo Esteban c/Casino de Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (Stortini - Corach).

Despido discriminatorio por condición sexual y enfermedad. Reparación. Daño material y moral.

Tanto la indemnización pura y simple por despido arbitrario, como las agravadas previstas en el ordenamiento laboral son indemnizaciones tarifadas, donde se tiene en cuenta el salario, la antigüedad y, en su caso, la existencia de la condición que radica en la presunción legal (despido por maternidad, por matrimonio, etc.). No obstante, si la acción del trabajador se basa en la ley 23.592, el discriminador será obligado, a pedido del damnificado a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que remite directamente a los parámetros del Código Civil, y dicha reparación será efectuada por el juez sobre la base de los elementos que se aporten en el proceso.

CNAT Sala VII Expte N° 901/09 Sent. Def. N° 43.441 del 31/3/2011 “R.R.M.A. c/Banco Hipotecario S.A. s/despido” (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio por condición sexual y enfermedad. Reparación. Daño moral. Procedencia.

Corresponde hacer lugar al pedido de indemnización por daño moral con amplitud ya que, tal como lo ha expresado la Corte Suprema en autos: “Forni c/Ferrocarriles Argentinos” (7/9/89) y en “Bonadero Alberdi de Inaudi c/Ferrocarriles Argentinos” (16/6/88), “el daño moral tiene carácter resarcitorio y no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un accesorio de éste”. (Del voto del Dr Rodríguez Brunengo).

CNAT Sala VII Expte N° 901/09 Sent. Def. N° 43.441 del 31/3/2011 “R.R..M.A. c/Banco Hipotecario S.A. s/despido” (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

Despido. Nulidad del acto discriminatorio. Reinstalación. Modo de hacerla efectiva. Resarcimiento moral y material.

Por haber mediado causa de discriminación, el despido de la actora se trató de un acto nulo que debe ser dejado sin efecto restituyéndose las cosas al estado anterior, lo que en el caso supone la reinstalación efectiva de la trabajadora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes de la desvinculación, con más el pago de los salarios caídos y resarcimientos por los daños morales y materiales ocasionados (Del voto del Dr. Balestrini).

CNAT Sala IX Expte N° 11.296/09 Sent. Def. N° 16.920 del 11/04/2011 “Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A Compañía de inversiones en entretenimientos S.A UTE s/ juicio sumarísimo” (Balestrini - Corach).

Despido. Nulidad del acto discriminatorio. Reinstalación. Modo de hacerla efectiva. Indemnización agravada y adicional por carácter discriminatorio.

La condena a dejar sin efecto el acto discriminatorio no puede imponer, mas allá del reproche o culpabilidad que quepa atribuirle al empleador, la continuidad indefinida de una relación jurídica cuando su voluntad ya no admite el mantenimiento del contrato para el futuro. Por ello, se debe otorgar a la empleadora un plazo de diez días para que proceda a reincorporar a la accionante en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos, pero en caso de incumplimiento, se convierta de pleno derecho en el pago de una indemnización agravada integrada por las indemnizaciones que correspondan por despido incausado, más una indemnización adicional por el carácter discriminatorio del despido (Del voto del Dr. Corach).

CNAT Sala IX Expte N° 11.296/09 Sent. Def. N° 16.920 del 11/04/2011 “Castro, Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A Compañía de inversiones en entretenimientos S.A UTE s/ juicio sumarísimo” (Balestrini - Corach).

Despido. Nulidad del acto discriminatorio. Salarios caídos. Cómputo para la Ley 23.592.

Mas allá de la naturaleza que se le atribuya a los llamados “salarios caídos”, resulta de toda lógica que si el despido se ha anulado (Art. 1º Ley 23.592), la relación de trabajo no se ha extinguido y tampoco ha sido interrumpida por razones atribuibles al trabajador o por otras que, de algún modo, justifiquen que se exima al empleador del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por lo que para la determinación de su cuantía debe estarse a lo que el trabajador injustamente apartado de su puesto de trabajo, debió haber percibido en caso de no haber mediado el acto nulo de despido.

CNAT Sala II Expte N° 41.257/09 Sent. Def. N° 99.323 del 15/06/2011 “Rivero Cuello, Juan Eduardo c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ Juicio Sumarísimo”. (Piroló – Maza).

Despido discriminatorio. Acto discriminatorio. Ilícito (art. 1109 CC). Daño moral.

Dado que el empleador violentó lo dispuesto en el art. 1 de la ley 23.592, en tanto discriminó a una dependiente en razón de su enfermedad, esa violación a la ley es, indudablemente, un acto ilícito (arts. 1066 y 1067 CC) y la misma norma, incluso, establece la obligación de resarcir, por lo que no puede discutirse la fijación de un resarcimiento en tal carácter. Por ello, cabe acudir al

art. 1 de la ley antidiscriminatoria, para asignar a la trabajadora una indemnización en concepto de daño moral – tal como fue solicitado en la demanda - en razón del acto discriminatorio e ilícito en los términos del ar. 1109 CC, lo cual determina la responsabilidad extracontractual del empleador en el sentido de reparar el perjuicio (conf. esta Sala, SD. 17.456 del 30/4/2010 “Muñoz Carballo c/ Casino Bs. As. S.A. UTE).

CNAT **Sala X** Expte N° 18.241/09 Sent. Def. N° 18.985 del 28/09/2011 “P., V. A. c/Ferro Argentina SA s/despido”. (Brandolino - Stortini).

Despido discriminatorio. Discriminación salarial. Daño moral.

Corresponde declarar procedente la indemnización por daño moral peticionada por el accionante si se ha acreditado que el despido directo del trabajador constituyó una represalia por su actividad constituida por persistentes reclamos por su discriminación salarial y la de sus compañeros por diversas cuestiones de índole laboral.

CNAT **Sala VIII** Expte. N° 9.398/09 Sent. Def. N° 38.488 del 04/10/2011 “García Arrebola, Pablo Andrés c/Petrobras Energía SA s/despido”. (Catardo - Pesino).

Despido discriminatorio. Actividades reivindicativas laborales. Leyes 23.551 y 23.592. Daños y perjuicios. Daño moral.

Si el despido discriminatorio como una especie de los actos discriminatorios afecta el interés de la comunidad, no resulta consistente limitar la protección al pago de una indemnización tarifada o integral, porque la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado. La alternativa indemnizatoria podría solucionar el problema económico del trabajador directamente afectado, pero no repararía eficazmente la violación a los derechos (...). La situación de real o aparente desarmonía entre el art. 47 de la ley 23.551 y la ley 23.592 y sus posibles interpretaciones debe ser resuelta en el sentido más favorable a la trabajadora; esto es, admitiendo que constituyen un conjunto normativo armónico que, ante un caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, habilita a la actora a demandar, por la vía sumarísima, la nulidad del despido, la reinstalación en el puesto de trabajo y la reparación de los daños y perjuicios sufridos (conf. Sala V, voto Dr. Zas, en mayoría – Causa: “Quispe, Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria s/ juicio sumarísimo”). En función de ello, la actora no sólo debe percibir las indemnizaciones acaecidas por el despido, sino también un resarcimiento por daño moral que repare el daño causado por la discriminación sufrida.

CNAT **Sala III** Expte N° 27.987/09 Sent. Def. N° 92.820 del 19/10/2011 “Sosa, Mariela Agustina c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/despido” (Cañal – Catardo). En el mismo sentido, **Sala III** Expte N° 35.672/2010 Sent. Def. N° 92.904 del 22/12/2011 “Aranda, Gustavo Fabián c/ Albosa S.R.L. s/acción de amparo” (Cañal – Catardo – Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Reticencia de la empleadora a cumplir con la reinstalación del trabajador. Astreintes.

Las astreintes tienen por objeto vencer la reticencia de quien está obligado a cumplir un mandato judicial. Constituye un medio compulsivo dado a los jueces para que sus mandatos sean acatados, doblegando con ellas la voluntad renuente del constreñido a su cumplimiento, cuando la ejecución es posible. Presuponen como condición esencial para su procedencia la existencia de una sentencia incumplida, que el deudor no satisface deliberadamente y cuyo cumplimiento es factible (art. 666 del Cód. Civil). En el caso, la reticencia de la empleadora a cumplir con la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo, por haber mediado despido discriminatorio, justifica la procedencia de las sanciones conminatorias.

CNAT **Sala III** Expte. N° 48.067/09 Sent. Def. N° 92.896 del 21/12/2011 « Coronel Nicolás Gastón c/Kraft Foods Argentina y otros SA s/juicio sumarísimo”. (Cañal - Rodríguez Brunengo).

Despido discriminatorio. Nulidad. Reinstalación. Salarios caídos y daño moral.

El acto discriminatorio provocado por la empresa demandada determina su responsabilidad extracontractual, en el sentido del deber de reparar un perjuicio,

mediante una indemnización en concepto de daño moral, resarcimiento para el cual, a mero título indiciario, se tendrá en cuenta analógicamente las pautas que resultan del Fallo Plenario N° 243 del 25/10/82 ("Vieytes"). Pero, además, no sólo resulta admisible el resarcimiento por el daño moral sino también el pago de los salarios caídos desde el despido hasta el momento de la efectiva reinstalación, ya que ambos reclamos fueron peticionados en forma autónoma.

CNAT Sala III Expte N° 35.672/2010 Sent. Def. N° 92.904 del 22/12/2011 "Aranda, Gustavo Fabián c/ Albosa S.R.L. s/acción de amparo" (Cañal – Catardo – Rodríguez Brunengo)

Despido discriminatorio. Resarcimiento del daño sufrido. Principio iura novit curia. Daño moral.

Si bien es cierto que la accionante en su escrito de inicio solicitó la condena al pago de la indemnización agravada del art. 182 LCT y no el resarcimiento del daño moral, no menos cierto es que expresamente peticionó el resarcimiento del daño sufrido por el despido discriminatorio del que había sido víctima y que, tal como reza un antiguo adagio latino ("iura novit curia"), al Tribunal le incumbe decidir cuál es la norma de derecho aplicable, y en este caso, lo es la ley 23.592.

CNAT Sala VII Expte N° 37.988/09 Sent. Def. N° 44.102 del 15/2/2012 «Antoñana, Vanesa c/Falabella S.A. s/despido» (Rodríguez Brunengo – Ferreirós).

Despido discriminatorio. Resarcimiento del daño sufrido. Reparación que comprenda daño psicológico, daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Si la empleadora no garantizó la indemnidad psicológica de su dependiente al permitir condiciones y un ambiente de labor nocivos, actuó culposamente habida cuenta de que se ha comprobado la responsabilidad personal del superior jerárquico que implementó un clima general y personal hostil por el que el principal debe responder no sólo por pesar sobre él dichas obligaciones sino también por resultar titular del pleno poder de organización y dirección de la empresa (arts. 1113 CC y 64/65 LCT). Esto es así puesto que el empleador debe velar irrestrictamente por la integridad psicofísica de sus dependientes que se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo tareas (deber genérico de seguridad y principio de indemnidad – arts. 75 LCT y 4 apart. 1 LRT), de la misma forma que debe preservar también la dignidad del trabajador, garantizando condiciones dignas y equitativas de labor (art. 14 bis CN). De ahí que el principal no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe exigible al buen empleador y lo esperable de éste (arts. 62/63 y conchs. LCT – ver voto del Dr. Maza en: "Reinhold, F. c/ Cablevisión SA. del 12/10/07, del registro de esta Sala). Y, si bien el presente caso puede ser abordado desde distintas perspectivas (como un supuesto de discriminación – ley 23.592 –, de violencia laboral, o desde el punto de vista del régimen resarcitorio de los daños en general), lo cierto es que todas ellas remiten a las normas previstas en el derecho común para la reparación de los daños derivados del maltrato, por lo que no corresponde desdoblar el daño en función de los distintos ámbitos normativos en que puede ser encuadrado sino establecer de manera uniforme una reparación suficiente, que comprenda no sólo el daño padecido a nivel psicológico, sino también el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

CNAT Sala II Expte N° 31.939/09 Sent. Def. N° 100.146 del 16/2/2012 «R. F., P c/ Citytech S.A. s/mobbing» (González – Maza).

Despido. Trato discriminatorio. Art. 1113 CC y daño moral.

Habiéndose acreditado la existencia de un trato laboral violento, discriminatorio, lesivo e injurioso, al que fue sometida la trabajadora en los últimos años de la relación laboral, es evidente que esta situación menoscabó y lesionó los derechos humanos fundamentales de la accionante, tales como la garantía de igualdad y no discriminación y el derecho a condiciones dignas y equitativas de labora; en síntesis, su derecho a un trabajo decente, en el sentido amplio del concepto acuñado en el orden internacional. La antijuridicidad que surge de la prueba rendida, fue concretada por el codemandado (persona física) quien debe responder personalmente, así como por su principal, según lo establece el art. 1113 primer párrafo del Código Civil, sin que esta partida afecte a las

universidades demandadas. Por ello, se impone receptar el reclamo de daño moral (art. 1078 CC) y cuantificarlo, al amparo del artículo 165 del CPCCN.

CNAT Sala I Expte N° 35.094/08 Sent. Def. N° 87.395 del 23/2/2012 “V., G. A c/Comisión Nacional de Regulación del Transporte y otros s/ despido” (Vázquez - Vilela).



Artículos de doctrina

Antacli, Graciela C. Ponce, Sebastián.

Un acto de violencia: la discriminación del despido.

En: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. Buenos Aires: Abeledo Perrot Volumen 2011-A p. 481-489

Caubet, Amanda Beatriz.

La estabilidad especialmente protegida en los casos de discriminación: el despido nulo de la mujer embarazada y de representantes legales.

En: Doctrina Laboral. Buenos Aires: Abeledo Perrot Año XII Tomo X 1996 Nov. p. 941-950

Cornaglia, Ricardo J.

La relación entre la discriminación y la anulación del despido.

En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires: La Ley Volumen 2006-E p. 100-107

Diego, Julián A de

La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria.

En: Revista Jurídica La Ley. Buenos Aires: La Ley, Volumen 2011-D p. 8-11

Ferreirós, Estela M.

La indemnización pura y simple ante el despido discriminatorio en la legislación a la que pude acceder el trabajador.

En: Doctrina Laboral y Previsional. Buenos Aires: Errepar. Volumen XVIII p.28-33

Ferreirós, Estela M.

La discriminación como forma de violencia y agravio a la inherente dignidad humana.

En: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. Buenos Aires: LexisNexis – enero 2007.

García Vior, Andrea E.

Discriminación por motivos sindicales. Prueba. Estabilidad impropia y nulidad del despido.

En: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. Buenos Aires: Abeledo Perrot Volumen 2004-B p. 1309-1313

Grisolía, Julio A. – Hierrezuelo, Ricardo D.

La discriminación en el Derecho del Trabajo.

En: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. Buenos Aires. Abeledo Perrot, Volumen 2010 - C, pág. 1881.

Karpiuk, Horacio H.

La discriminación y el despido.

En: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Volumen 2011-A p.103-113

Maza, Miguel Ángel.

El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas.

En: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social – LexisNexis – Vol. 2004 – p. 546 y ss)

Rodríguez Saiach, Luis A.

No se viola la estabilidad impropia cuando el despido sin duda encubre discriminación.

En: Impuestos revista Jurídica Buenos Aires: La Ley. Volumen 2005-B p.3055-3064

Rubio, Valentín.

Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio.

En: Revista de Derecho Laboral. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Volumen 2009-1 p.69-129

Tosto, Gabriel.

El principio de igualdad en las relaciones laborales. La estructura del acto discriminatorio.

En: Revista Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires. La Ley. Año LXXI N° 7, pág. 1665.

Varela, Lorena N.; Sesi, Sebastián.

Despido y discriminación.

En: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. Buenos Aires: Abeledo Perrot Volumen 2011-B p.1777-1783

Vázquez Vialard, Antonio

El despido incausado del empleado varón o mujer, como causa de discriminación arbitraria. Nota a Fallo.

En: El Derecho. Buenos Aires: La Ley. Vol. 174, 1997 p.8-11