

UNIVERSIDAD
SIGLO



La educación evoluciona

Modelo de caso

Derechos fundamentales en el mundo del trabajo. Futuro y presente del derecho del trabajo

EL DERECHO DEL TRABAJO: LA PRUEBA EN EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

Abogacía

Karen Galie Yanicelli Azpeitia

Legajo VABG89139

DNI 36.425.497

Tutora María Laura Foradori

-2021-

Sumario. I. Introducción – II. Breve descripción del problema jurídico del caso – III. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal – IV. Análisis de la ratio decidendi – V. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales – VI. Postura del autor – VII. Conclusión – VIII. Listado de revisión bibliográfica

I. Introducción

El análisis que nos ocupa en esta nota a fallo se refiere a una sentencia sobre despido discriminatorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Farrell, Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/ despido”.

La forma de probar ciertas conductas que por lo general no son evidentes, no se desarrollan de forma abierta o no dejan rastros que resulten indudables, requieren un especial enfoque destinado a lograr así la protección que la normativa establece, motivo por el cual resulta de gran interés su estudio.

El pronunciamiento en análisis, es relevante porque involucra no solo un distracto laboral sino también derechos de raigambre constitucional, principio de igualdad, prohibición de discriminación. Se evaluará además la relación directa de una concepción diferencial de la prueba en pos de obtener la eficacia del derecho positivo.

Agregado a ello, el hecho de que la Corte intervenga en un litigio por cuestiones de derecho común, es decir, que se haya habilitado la instancia por razones de gravedad institucional, en respaldo de la vigencia de tutela judicial efectiva, reafirma el previo enunciado.

La Ley 23.592 de actos discriminatorios, posee una limitación probatoria conferida por su propio objeto y esto es así ya que una característica que prácticamente define a aquellos es su ocultamiento.

Solo un significativo esfuerzo jurisprudencial y doctrinario han posibilitado el fortalecimiento de la operatividad de la norma al pautar de manera diferencial el capítulo de la prueba para el análisis en cuestiones litigiosas de los actos que tratamos, cometidos en el ámbito laboral.

En este escrito abordaré inicialmente los hechos del litigio, introduciendo el caso a examinar. Le seguiré un detalle de la historia procesal con las decisiones de cada instancia para continuar con el análisis de la ratio decidendi de los miembros de la Corte.

El examen incluirá un relevamiento doctrinario y jurisprudencial, al que le seguirá el desarrollo de mi postura, sirviendo de corolario una breve conclusión.

II. Breve descripción del Problema jurídico del caso

En este fallo nos encontramos con un problema jurídico de prueba. La Corte Suprema de Justicia de la Nación critica que el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba se haya basado en los términos del telegrama de cesantía, afirmando que “la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido ni puede colegirse del contexto fáctico que rodeó la desvinculación”, siendo que no sólo el tenor del telegrama quedó desvirtuado desde que se consideró que el despido no había sido por justa causa, sino que, además omite ponderar que la conducta reprochada (discriminación) es oculta, solapada, por lo que no debe estarse únicamente a determinados tipos probatorios, como la documental, sino también a otras pruebas.

Sumado a todo ello, la Corte remarca que la Cámara del Trabajo, tuvo por demostrado: que el despido dispuesto fue la reacción al reclamo salarial, conclusión que sustentó en diversas presunciones en base a pruebas testimoniales y documentales.

III. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

Ante su cesantía, el actor, Ricardo Domingo Farrell acciona requiriendo la reinstalación en su puesto de trabajo o el pago de las indemnizaciones previstas para el caso de despido incausado, más una reparación por el daño moral.

El fundamento de la demanda obedece a que el distracto se produjo como consecuencia de formular una petición escrita a la empleadora, Libertad S.A., junto a otros 54 empleados, de otorgar un aumento salarial al personal jerárquico fuera de convenio.

Por el contrario, la demandada invocó como justa causal de despido la pérdida de confianza.

En su pronunciamiento, la Cámara del Trabajo interviniente hizo lugar a las indemnizaciones previstas por la Ley de Contrato de Trabajo para el caso de despido incausado (Art. 245 LCT) como también a la reparación por daño moral reclamada por el actor al considerarlo, además, discriminatorio.

La demandada apeló la sentencia de grado, recurso admitido por el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, que dispuso la revocación parcial de la decisión con fundamento en que "... no se encontraba justificada la conclusión de que el distracto fue un castigo por reclamar recomposición salarial..." y que "...se tuvo en cuenta que la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido ni puede colegirse del contexto fáctico que rodeó a la desvinculación..."¹

El pronunciamiento del máximo tribunal provincial motivó la articulación del recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia por parte del ex trabajador cuya denegación motivó la queja.

Admitido el recurso de hecho (Art. 282 CPCCN), en su resolución, la Corte Nacional dejó sin efecto la sentencia apelada en los términos de su conocida doctrina sobre arbitrariedad.

IV. Análisis de la ratio decidendi

En su pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia señala que el tribunal de grado tuvo por demostrado, con base en la prueba testifical y en la documental, que la cesantía dispuesta por la patronal fue consecuencia del reclamo salarial suscrito por Farrell, con base en que:

¹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, "Farrell Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/ despido – Ordinario – Recurso de Casación

i) “nunca se había despedido a nadie por esa causa”, ii) “el despido ocurre [...] en el mismo mes de la nota del reclamo salarial”, iii) petición que “generó malestar en los altos mandos de la compañía”, iv) “los despidos de los gerentes, entre ellos el actor Farrell, fueron comunicados por ‘e mail’ a todas las sucursales de la firma, lo que era totalmente inusual”, v) “de los cuatro empleados que hicieron denuncia ante la Secretaría de Trabajo”, el actor y otro gerente fueron despedidos, “y los otros dos, (que) no siguieron el trámite de denuncia, pues no comparecieron a la audiencia de conciliación que habían solicitado, permanecieron en la empresa y no fueron despedidos” y vi) “ocurridos los despidos, se frenó todo el reclamo porque había mucho miedo, nadie más se animó a tocar el tema”²

Inicialmente la Corte critica la falta de ponderación por parte del Superior Tribunal provincial y la omisión de justificar el apartamiento a las pruebas consideradas por el tribunal de grado.

Cuestiona además, la afirmación consistente en que no surgía ningún acto discriminatorio del “... contexto fáctico que rodeó la desvinculación...”, aun cuando la accionada invocó “... supuestas razones para disponer el despido del actor con justa causa por pérdida de confianza que no resultaron probadas...”.

El máximo tribunal nacional tachó de inconsistente la decisión recurrida en cuanto consideró que “... la supuesta conducta reprobada no surge del acto mismo del despido debido a que “... la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta...”, por lo que dejar constancia en el texto de cesantía era insensato.

En esa línea de razonamiento arriba a la conclusión que la discriminación (en el caso, el despido) “necesariamente deba ser demostrada mediante otras pruebas”.

² C.S.J.N., “Farrel Ricardo Domingo c/ Libertad S.A.”, Fallos 341:29 (2018)

En último término destaca el meduloso análisis de prueba por parte de la cámara sentenciante en oposición al limitado estudio realizado por el Superior Tribunal, solo restringido a la comunicación del distracto.

V. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

El derecho del trabajo como rama autónoma ha logrado imponer el llamado “principio protectorio” que tiene como finalidad tutelar y proteger al trabajador frente al empleador, esto es así, debido a la situación de desigualdad existente en las relaciones de dependencia. Así, lo que busca es compensar tal situación asimétrica, estableciendo una base más justa en las relaciones de trabajo (Siglo 21, 2021).

Ahora bien, cuando nos referimos al derecho a la tutela judicial efectiva, se vuelve particularmente relevante cuando se tratan cuestiones relativas a temas laborales en las que los objetos jurídicos protegidos son derechos fundamentales, consagrados en instrumentos esenciales sobre Derechos Humanos y de la OIT. Ejemplo de ello sería, en lo individual, cuestiones alimentarias frente a un reclamo por despido o indemnizaciones, cuestiones de asistencia médica, entre otros; como así también frente a aquellos de naturaleza colectiva como la negociación colectiva, el derecho a huelga, etcétera (Arese, 2020).

A partir del año 2010, en diversos fallos del mundo del trabajo, se pudo observar la tarea realizada en función del principio de no discriminación, en donde se dio lugar a la aplicación de derechos fundamentales que positivizados permitieron el uso de leyes sustantivas “ajenas” al derecho del trabajo en el ámbito laboral, como la ley 23.592, Actos Discriminatorios. Esto resulta de gran importancia cuando pensamos que, en Argentina, los fallos de la Corte sientan precedente, aunque nuestro sistema posee una obligatoriedad atenuada, debido a que permite que los tribunales se aparten de ellos cuando el caso plantea diferencias (Siglo 21, 2021).

Desde el extremo superior del andamiaje normativo de nuestro país nos encontramos con disposiciones antidiscriminatorias, así, “El reverso de la igualdad es la discriminación hostil y arbitraria. En el más alto nivel legislativo, en la cúspide jurídica, es

decir, en lo que se ha dado en llamar el Bloque Federal Constitucional, integrado por la Constitución Nacional y los pactos internacionales, se encuentra el techo normativo del país, y allí hallamos el artículo 16 de la Constitución Nacional que dice: Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. El artículo 14 bis establece: Se garantiza igual remuneración por igual tarea. A ellos se suman, entre otros, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que, en su artículo 26, expresa: Todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Ferreiros, 2000).

En el primer párrafo del art. 1º de la ley 23.592 vemos que “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, 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...”. A demás la norma hace un detalle meramente enunciativo de motivos típicos de discriminación, y, de forma evidente, cubre todos los ámbitos sin restricciones incluyendo por tanto nuestra rama del derecho, así leemos que “En nuestra disciplina, no se trata de una conducta que se alza sólo contra la Constitución Nacional y los tratados internacionales, sino que también viola un principio del derecho del trabajo, como es el principio de igualdad de trato y no discriminación. Por su parte, el artículo 17 de la ley de contrato de trabajo prohíbe cualquier discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad, en una enumeración que es simplemente enunciativa, motivo por el cual cualquier otro tipo de trato que encierre discriminación arbitraria está alcanzado por la norma, cuya proyección no termina en la celebración del contrato, sino que abarca la totalidad de su vida y la extinción del mismo” (Ferrerios, 2000).

Ahora bien, en general, pero sobre todo en el plano específico laboral, la circunstancia típica con la cual nos encontramos ante un hecho discriminatorio es la de su franco ocultamiento por lo que resultaría una rara excepción encontrar una situación en la cual de manera notoria, palmaria se ejercite tal arbitrariedad, “Quien pretende reclamar frente a un acto o conducta discriminatoria debe enfrentarse con las dificultades propias de la acreditación de conductas que –por ser socialmente repudiadas– suelen verificarse solapada o encubiertamente o, incluso, en el marco de una relación personal y privada” (Dobarro, 2017, p. 4).

Ello fuerza, para lograr la operatividad normativa, a aplicar un enfoque de la carga probatoria, adecuado a la configuración habitual premencionada. La teoría de las cargas probatorias dinámicas, también carga probatoria de esfuerzos variables (y no la directa inversión de la carga probatoria), es la tesis que apropiadamente fortalece y completa la finalidad de las normas que integran el derecho positivo. “En materia de despidos discriminatorios, los tribunales han convalidado la flexibilización de la carga en función del nivel en donde está operando la conducta discriminatoria: lo oculto. La exigencia de la prueba directa del motivo subyacente puede constituir un obstáculo insuperable para la reparación del perjuicio” (Formaro, Juan J., s.f.).

“Pellicori”, si bien no es el más lejano precedente de la Corte Suprema en el tema que nos ocupa, resulta un fallo fundamental, tanto por el basamento y solución de la sentencia que rebate, cuanto por sus fundadas consideraciones constitucionales, de tratados de jerarquía constitucional, de derecho comparado “Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados” (Pellicori vs Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2011), además por supuesto de su conclusión, que impone un estándar, el cual debió haber sido aplicado por el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba en “Farrell”.

Así, vemos, sintéticamente, que: la actora dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo adversa al reclamo de nulidad del despido y reinstalación del

cargo, fundado por la empleada en el art. 1 de la ley 23.592 y en considerar que el motivo real del distracto no fue el invocado a modo de justa causa por la demandada sino que respondió a razones de índole discriminatoria. El a quo sostuvo que la respuesta de “nulidad intensa” que contempla la norma citada requiere de “una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados”. Asentó tales asertos en dos razones: la primera, que el régimen de estabilidad relativa impropia sólo genera consecuencias indemnizatorias y, la segunda, que el juego armónico de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la Constitución Nacional, impone un "estricto análisis de las motivaciones que subyacen en la decisión disolutoria del contrato de trabajo". Con este marco conceptual, y después de establecer que el aludido "esfuerzo probatorio" recaía "únicamente" sobre la trabajadora, juzgó que los elementos de ilustración acompañados no fueron "suficientes" para establecer un "claro nexo causal" entre la ruptura contractual y el motivo invocado por la actora, no obstante admitir la existencia de indicios favorables al respecto.

La Corte, luego del intensivo análisis normativo y jurisprudencial precitado, concluye como sigue: “...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...La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado”.

VI. Postura del autor

Surge de manera evidente, en los ámbitos doctrinarios y jurisprudenciales más relevantes, una línea tendiente a morigerar las exigencias probatorias requeridas a las supuestas víctimas de discriminación, al tiempo que de manera correlativa se exige un esfuerzo mayor al supuesto discriminador en la faena de demostrar que su comportamiento obedece a motivaciones alejadas de tal arbitrario móvil.

Paralelamente es posible observar que en nuestro país, ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas y en alguna medida hay una responsabilidad de la Corte en ello, en primer término en atención al fallo “Pellejero”, solo 11 meses más antiguo que “Pellicori”, de circunstancias prácticamente idénticas pero con consideraciones y resultado diametralmente opuestos. En segundo término, la base probatoria sentada en “Pellicori”, si bien acompaña la tendencia de mayor peso, resulta a mi criterio un estándar muy amplio que requiere un lineamiento más puntual, que en alguna medida restrinja las posibilidades de que el supuesto victimario se transforme en víctima. Me serviré para graficar este punto de la cita al juez Petracchi, quien al hablar ante la Cámara Argentina de la Construcción el 29-11-11, recordó que en épocas del Imperio Romano el gobernador Numerius, quien gobernaba Narbonensis, se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando la culpabilidad y alegando la falta de prueba en su contra, en tanto que Delphidius, su adversario, previendo el posible rechazo de la acusación, se dirigió a Juliano diciendo: “Oh, ilustre César, si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?”, a lo que Juliano habría respondido: “¿Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?” (Morgenstern, 2011).

VII. Conclusión

La discriminación en el ámbito laboral resulta un fenómeno extendido, que si bien se encuentra abarcado por herramientas normativas idóneas, produce la dificultad probatoria inherente y típica de las acciones disimuladas, ocultas. Tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia han encontrado repuesta a éste desafío procedimentalmente, esto es aplicando la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

La Corte en “Farrell”, cuestiona la falta de entidad concedida por el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba a la prueba indiciaria, en contraposición a lo hecho

con respecto a la prueba documental y es aquí cuando nuevamente resulta oportuno traer a colación “Pellicori”, el fallo en el que el Máximo Órgano Judicial de la Nación ha planteado la metodología apropiada en las consideraciones de la prueba de los actos discriminatorios en el ámbito laboral que son judicializados, al tiempo que de modo ejemplar procede a instaurar el límite a eventuales subversiones como sigue: “La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado.” (Pellicori vs Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 2011).

“Farrell” así, constituye un nuevo ejemplo confirmatorio de la necesaria aplicación de la respuesta indicada al inicio.

VIII Listado de revisión bibliográfica

VIII.1 Doctrina

- Arese, C. (2020, octubre). *Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur* (Documento de trabajo de la OIT 10). Ginebra, OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_757104.pdf
- Dobarro, Liliana Mariel (2017) *El derecho del trabajo ante la discriminación en el ámbito laboral*. Recuperado el 1/6/2021 de <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2017/05/REVISTA-93-080-DOBARRO.pdf>
- Ferreiros, María Estela (2000) *Despido Discriminatorio*. Recuperado el 3/6/2021 de <https://es.scribd.com/document/374978868/ferreiros-despido-discriminatorio>
- Formaro Juan J. (s.f.) *La prueba del despido discriminatorio. La jurisprudencia laboral y el valor de la clásica doctrina civil*. Recuperado el 3/6/2021 de <http://www.estudioformaro.com.ar/articulos/La%20prueba%20del%20despido%20discriminatorio.pdf>

- Morgenstern, Federico (2011) *Discriminación laboral: la Corte nos carga con la prueba*. Recuperado el 3/6/2021 de <https://todosobrelacorte.wordpress.com/2011/12/05/discriminacion-laboral-la-corte-nos-carga-con-la-prueba/>

VIII.2 Legislación

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Recuperado el 18/05/2021), <http://www.saij.gob.ar/17454-nacional-codigo-procesal-civil-comercial-nacion-ins0004592-1981-08-18/123456789-0abc-defg-g29-54000scanyel>
- Ley 2359 – Actos Discriminatorios, (Recuperado el 28/04/2021), <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm>
- Ley 20744 – Ley de Contrato de Trabajo, (Recuperado el 19/05/2021), <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

VIII.3 Jurisprudencia

- C.S.J.N., “Farrel Ricardo Domingo c/ Libertad S.A.”, Fallos 341:29 (2018).
- C.S.J.N., “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, Fallos 334:1387 (2011).
- C.S.J.N., “Pellejero, María Mabel c/amparo s/apelación”, Fallos 333:2296 (2010)
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, “Farrell Ricardo Domingo c/ Libertad S.A. s/ despido – Ordinario – Recurso de Casación