



LA CONFIGURACIÓN DEL DESPIDO
DISCRIMINATORIO EN LA RUPTURA
DE LA RELACIÓN LABORAL.

NOTA A FALLO

Carrera: Abogacía.

Alumno: Jonathan Nicolás Berrondo.

Legajo: VABG87208.

DNI N°: 34.312.814

Fecha de Entrega: 14/11/2021.

Tutor: Nicolás Cocca.

Trabajo Final de Grado.

Año 2021.

Tema Seleccionado: MODELO DE CASO- Derechos Fundamentales en el mundo del trabajo. Futuro y presente en el mundo del trabajo.

Autos: n° 13-03586356-1/1. “Valdatta Florencia Micaela c/ Asfalia S.A. p/ despido p/ recurso extraordinario provincial.”

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de Mendoza- Sala II.-

Fecha de la Sentencia: 7 de mayo de 2021.

SUMARIO: **I.** Introducción **II.** Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal **III.** *Ratio decidendi* **IV.** Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales **V.** Postura autor **VI.** Conclusión **VII.** Bibliografía.

I. Introducción

El fallo seleccionado revela la trascendencia que poseen los despidos arbitrarios y discriminatorios ocasionados, muchas veces, en la configuración de estereotipos que se construyen en la persona humana y que, en diversas ocasiones, se justifica su actuación en el universo laboral donde se encuentran naturalizadas determinadas conductas e imposiciones por parte de quien detenta el carácter de empleador.

El problema jurídico que se plantea en el caso, atañe a la omisión en la aplicación normativa por parte la Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, de lo que la damnificada formulará como pretensión. Ésta última, una joven empleada, entabló demanda contra su empleadora por despido y discriminación al considerarse gravemente injuriada. La demanda prosperó, pero el tribunal no consideró que el despido fuese discriminatorio, por lo que el despido devino injustificado. El caso fue llevado a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (SCJM, a partir de ahora).

La relevancia de su análisis hace plausible de que se den a conocer cómo este tipo de prácticas e imposiciones pueden llegar a generar un daño a la persona de quien lo sufre. También, a que como sujetos del entramado social desnaturalicemos estas prácticas ayudando a nuestros semejantes a tomar conciencia de aquello que se ve como “normal”.

El despido en la relación laboral se traduce, a grandes rasgos, en dar por finalizada una actividad o servicio que se encontraba realizando una persona en

beneficio de otra a cambio de una remuneración. Dicho de otro modo, el despido “Es una forma de extinción del contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes y puede fundarse en una justa causa o disponerse sin expresar la misma...” (Grisolia, 1999, p. 462). En consecuencia, cuando el despido no expresa causa, es dable destacar que se pone de manifiesto el carácter de arbitrariedad, ya que no posee una validación y/o sustento que lo determine. Ante ello, es posible advertir que, en muchos casos, sea factible intentar encubrir el carácter de “discriminatorio” que pueda llegar a motivar la decisión de finalizar el vínculo laboral. Al respecto, el artículo 1 de la Ley 23.592 en su última parte dispone: “...se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

La discriminación en general y el despido discriminatorio en particular, han sido históricamente objeto de una profunda gravedad que nos atraviesa como sociedad hasta la actualidad. Pensemos, por ejemplo, en jóvenes que no han accedido, ni pueden acceder, a empleos formales por la configuración de estereotipos que se construyen colectivamente por razones de edad, sexo o contextura física. O que, habiéndolo obtenido, se los excluye y/o despide por no ajustarse al “estándar” que ese mercado laboral o empresa representa.

Por lo expuesto, cabe recordar que el despido arbitrario goza de protección constitucional en el artículo 14 bis, a saber: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) protección contra el despido arbitrario...”.

II. Premisa fáctica, Historia procesal y Decisión del tribunal

El pleito en cuestión que da lugar a la causa, inicia cuando la actora, en su lugar de trabajo, era obligada por su empleadora a utilizar como parte del uniforme pantalones tipo calzas que no eran de su talle. A partir de allí, fue cuando aquélla empezó a pedirles a sus jefes un talle acorde, de corte de mujer. Ante la petición, la respuesta del encargado fue denegada. Ella se sentía incómoda con ese talle y sobre todo trabajando en un lugar que era transitado por muchos hombres ya que, habitualmente, debía enfrentarse a situaciones que atentaban contra su pudor y dignidad. En un momento, aprovechó que se renovó la indumentaria de todo el personal y le pidió a un compañero

que le diera su pantalón ya que a ella no se lo cambiaron. Esto llevó a que la empleada fuera apercibida con suspensión de trabajo por el incorrecto uso de su uniforme, para luego, finalmente, ser despedida por la empleadora.

En consecuencia, la actora demandó por despido discriminatorio a su empleadora y ésta, por su parte, opuso que el despido fue motivado y respondió a la causal de abandono de trabajo establecida en el artículo 244 de la Ley 20.744 (LCT, a partir de ahora).

Las pretensiones serán dirimidas originariamente por la Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, la cual acogerá y hará lugar a la demanda y rechazará algunas de las pretensiones deducidas por la actora. Ante ello, esta última decidirá interponer recurso extraordinario provincial ante la SCJM por considerar que en la sentencia se omitió pronunciarse en lo que concierne al carácter discriminatorio de su despido. Finalmente, la SCJM hará lugar al recurso y dictará sentencia a favor de la accionante.

En primera instancia, la decisión dictada por la Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial hará lugar a la demanda interpuesta por la actora contra la sociedad anónima por los rubros de despido, preaviso, incumplimiento en el pago de la indemnización y diferencias salariales. Por otro lado, rechazará la acción por los rubros no retenibles y el despido discriminatorio pretendida por la actora. Todo ello, sosteniendo que, por un lado, “la accionada no logró probar la causal invocada de abandono de trabajo por parte de la actora” (art. 244 LCT), y por otro, que “no correspondía la condena por el rubro del art. 1 de la ley 23.592, ya que no se demostró que el despido fuese discriminatorio, sino que se invocó otra causal, que finalmente no resultó acreditada, por lo que el despido devino injustificado”.

La Sala II de la SCJM decidirá, en primer lugar, declarar procedente el recurso presentado por la actora al considerar que, en el pleito en cuestión y en la decisión del a quo, sí correspondería la aplicación del artículo 1 de la ley 23.592 por despido discriminatorio. En segundo lugar, decidirá que, como solución al caso, corresponde “fijar el daño moral sufrido por la trabajadora teniendo en cuenta la afectación de su dignidad...”. Y finalmente, regular la tasa legal de intereses que devengará el monto de la condena e imponer en costas a la recurrida por resultar vencida.

III. Ratio decidendi

La ratio decidendi estará compuesta por los argumentos jurídicos que sustentarán la resolución dictada por el tribunal, es decir, serán las razones de las que se valdrán para llegar a una decisión.

Como dijera anteriormente, la Sala II de la SCJM decidirá, en primer lugar, declarar procedente el recurso presentado por la actora, correspondiendo la aplicación del artículo 1 de la ley 23.592 por despido discriminatorio. Para ello, utilizará como jurisprudencia precedente la causa “A. 1023. XLIII. Recurso de Hecho Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo (7/12/10)” citando el considerando 5° del tribunal: “...No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones "muy graves", las "decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares". Y en el considerando 10° expresó que la ley 23.592 “...reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional (Ganem, Fallos: 324:392) ...”. Posteriormente, en la causa “P. 489. XLIV. Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo (15/11/11)”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizó un análisis específico del despido discriminatorio resolviendo que, si bien el damnificado debe probar la discriminación del acto, el empleador tiene a su cargo demostrar que el despido no entrañó como causa dicha discriminación, ya que se encuentra en mejor condición para aportar pruebas.

Normativamente se apoyará en la Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley 26.485) entendiendo que, de acuerdo a las circunstancias particulares que rodean el caso, la actora fue perjudicada por su condición de tal. En este marco, cabe destacar la relevancia que tendrán los instrumentos internacionales sobre los que se fundamentará el tribunal, tales como la Convención “Belem Do Pará” (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer) y la “CEDAW” (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) ya que la primera de éstas dará cuenta que la violencia contra la mujer será entendida como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.” (art. 1) y la garantía de que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Como corolario, la Sala

resaltará el valor y la garantía de la igualdad establecida en la Constitución de la Provincia de Mendoza, que establece: “Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes” (art. 7). En lo que respecta a la segunda Convención, y haciendo hincapié a la tarea que aquí nos ocupa, expresa que la discriminación contra la mujer “...denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer...”.

En lo que respecta a la indemnización por despido discriminatorio, el tribunal recurrirá y centrará su fundamentación, por un lado, en las normas del Derecho Laboral en sus artículos 245 (Indemnización por despido), 232 (Indemnización substitutiva) y 233 (Integración de la indemnización con los salarios del mes del despido.) LCT. Por otro lado, añadirá las indemnizaciones correspondientes del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN, a partir de hora) en sus artículos 1738 (disminución del patrimonio de la víctima, lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances) y 1741 (indemnización de las consecuencias no patrimoniales). En orden a la cuantificación la “operación debe hacerse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la extensión del resarcimiento, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia” (Kemelmajer de Carlucci, 2016, pp. 234-236). Finalmente, para fijar la indemnización correspondiente, el tribunal considerará “razonable fijarlo en razón de las circunstancias discriminatorias que rodearon el despido y que afectaron la dignidad de la trabajadora, el estado de salud de la misma y la angustia e incertidumbre que produce la pérdida de un trabajo.”

Por último, el pronunciamiento de costas se impondrá a la recurrida en virtud de la aplicación del art. 36 ap. I del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, que establece: “El vencido será condenado en costas sin necesidad de pedido de su contrario y en la proporción en la cual prospere la pretensión del vencedor. El que desiste también.”

IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales

Para comprender los antecedentes que consagran los derechos y garantías del trabajador, es necesario enunciar, en primer lugar, que el artículo 37 de la Constitución Nacional del año 1949 incorporaba, entre otras disposiciones, el “decálogo del

trabajador”, a saber: derecho de trabajar, retribución justa, capacitación, condiciones dignas de trabajo, preservación de la salud, bienestar, seguridad social, protección de la familia, mejoramiento económico y a la defensa de los intereses profesionales. En segundo lugar, avanzar hacia el año 1957 donde también será reformada- la Constitución Nacional- y derogará la anterior, pero sancionará el artículo 14 bis vigente en nuestros días. Sin detenernos en la ilegitimidad, por su origen, de ésta última reforma constitucional, que podrá seguir siendo objeto debate técnico y/o político, lo cierto y lo concreto es que se amplió la gama de derechos laborales dictada por la suprimida Constitución del '49.

Siguiendo a Bidart Campos, nos dice, acertadamente, que la protección contra el despido consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución “contiene dos cláusulas que enfocan la ruptura de la relación de empleo: ‘protección contra el despido arbitrario’ y ‘estabilidad del empleado público.’” (Bidart Campos, 2010, p.200). Seguidamente, resaltará que la primera cláusula hará referencia al empleo privado estableciendo un alcance distinto del segundo, el cual se traduce en la protección del trabajador que lo padece. En esta misma línea, y ya sumergiéndonos a lo que respecta al despido discriminatorio en una relación de dependencia, dirá que la Corte Suprema de Justicia ha establecido la “obligación del empleador de respetar la personalidad del trabajador, y autoriza a aquél a ejercer sus facultades de dirección en forma tal que no le origine un perjuicio material ni moral al empleado durante el desarrollo de la relación laboral” (Bidart Campos, 2010, p.193).

La sanción de la Ley 23.592 pondrá de relieve el derecho a no ser discriminado y a un trato igualitario ante medidas que impidan el pleno ejercicio y garantías reconocidas constitucionalmente. En consecuencia, el acto motivado por razones de sexo, condición social o caracteres físicos, entre otros, quedará subsumido en esta ley, más aún cuando ello se vea reflejado en una relación laboral. Además, cuando el acto discriminatorio se halle dirigido contra una mujer, aparecerá la ley 26.485 de protección integral a las mujeres en cuyo objeto se destaca el de promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones y el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, entre otros. Dicha ley, toma como fuente y garantiza los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, haciendo especial hincapié en *la*

integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (art.3, inc. C). En lo que respecta al ámbito laboral, el art.6 define, entre varios tipos de violencia, que la dirigida contra las mujeres “es aquella que discrimina a las mujeres en los 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...”.

Así, el derecho de trabajar “se basa en la dignidad de la persona y, lejos de ser una mercancía, es una conducta humana valiosa en la que se comprometen la vida, la salud, la energía, la subsistencia...Por todo ello, el trabajo no debe esclavizar...” (Bidart Campos, 2008, p.152). En vista de lo hasta aquí redactado, podemos apreciar como el despido arbitrario y, consecuentemente, discriminatorio ha ido adquiriendo reconocimiento y protección en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, a que sentencias de primera instancia y de Tribunales Superiores de Justicia (TSJ, a partir de ahora) no han advertido este carácter, pero que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, a partir de ahora) y la SCJM se ha encargado de reparar.

En el fallo Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo, la CSJN consideró que el despido de la recurrente obedeció a razones discriminatorias, estableciendo que el a quo puso en riesgo los principios de los principios de no discriminación y de igualdad de la ley 23.592 y el artículo 16 de la Constitución Nacional, respectivamente. Lo que motivó el despido, fue que ella contrajo matrimonio con un delegado gremial del Colegio de Abogados el cual, a posteriori, derivó en una suerte de marginación de su puesto por su actividad gremial y por ser “la esposa de...”.

De un modo semejante, el fallo Pellejero María Mabel s/amparo s/ apelación, la CSJN revoca el despido notificado y confirmado por el TSJ de Río Negro emitido por una entidad bancaria contra la accionante, fundándose en el que el mismo obedecía a una causal de discriminación ya que esta última se encontraba en matrimonio con el secretario general de la Asociación Bancaria.

En la provincia de Mendoza, la SCJM aplicará y definirá el concepto de “mobbing” en el fallo Kraus Ingrid Analía c/ La Caja ART S.A. p/ Enfermedad Profesional p/ Recurso Extraordinario Provincial. Entendiendo por éste una "situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas), ejerce una violencia

psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben por abandonar el lugar de trabajo". Añadiendo que la accionante había padecido un menoscabo por su condición de mujer.

Finalmente, otros fallos que merecen enunciarse y que toman como antecedente el presente trabajo, son los de CSJN. Recurso de hecho Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud s.a. s/ acción de amparo y SCJM. Musatti Sergio Omar c/ Amigos del Jockey Club Social Cultural y Deportivo p/ amparo" s/ inc. cas." Si bien, los aquí citados no presentan como parte a una persona del sexo femenino como los precedentes, resulta indispensable destacar que ambos han tenido como objeto de aplicación el carácter discriminatorio del despido de la Ley 23.592.

V. Postura del autor:

Luego de analizar el entramado legislativo, doctrinario y jurisprudencial citado precedentemente, y en lo que respecta a la resolución del fallo bajo análisis que comparto, la SCJM ha realizado una minuciosa lectura y labor al corregir y aplicar la omisión normativa que provenía de la Cámara Quinta del Trabajo, esto es, el despido discriminatorio. Para ello, no solo tuvo en cuenta el intercambio epistolar que se produjera entre la accionante y la accionada, sino que además resaltó que la Cámara había omitido considerar tanto las pericias psicológicas como las secuelas emocionales y la devastación de la autoestima de la recurrente.

A propósito del abandono de trabajo alegada por la accionada establecida en artículo 244 LCT, y entendido como el "...acto de incumplimiento del trabajador que se configura previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo...", podemos observar, en el fallo en cuestión, que la misma no logró demostrar la causal invocada por cuanto ello se ve reflejado en el intercambio epistolar en donde la accionante solicita el cambio de uniforme para continuar con la relación laboral, atento a que ello le provocaba por un lado, un atentado contra su pudor y, por otro, inseguridad para el resguardo del dinero que iba obteniendo en su lugar de

trabajo. Por ello, es factible inferir que la demandante si tenía el propósito de continuar con la relación laboral y no abandonarlo.

Otra vertiente a acentuar, es que la empresa demandada sostendrá, en el intercambio epistolar, que ha hecho uso de sus facultades de organización y dirección establecida en la LCT en sus artículos 64 y 65, respectivamente, al imponer el uso del uniforme. Como sostiene el tribunal, la accionada omitió expresarse sobre lo que la accionante solicitaba en más de una oportunidad que era el cambio de su indumentaria. Ante ello, nótese, que la accionada excedió imperiosamente en sus facultades e, incluso, abusó en el ejercicio de su derecho según lo establece la segunda parte del artículo 10 del CCyCN: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

Resulta destacable que, en el caso en cuestión, la SCJM haya añadido la aplicación del daño moral en conformidad con lo que establecen las normas del derecho civil para la indemnización por la pérdida de patrimonio de la víctima y la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, según lo establecen los artículos 1738 y 1741 del CCyCN, respectivamente. Todo ello por cuanto “el daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu...” (Pizarro, Ramón D., Vallespinos, C., 1999, t. 2, p. 641).

A modo de cierre, me permito disentir a las palabras transcritas por el Dr. Valerio sobre la segunda cuestión resuelta en el punto n°2, segundo párrafo que, si bien, no hacen al fondo del asunto y que de un modo ejemplificativo parecería correcto, entiendo que debió tener en cuenta no sólo el contexto local, regional y nacional sino también internacional, atravesado por la pandemia causada por el virus SRAS-CoV-2, el cual impidió y restringió las posibilidades de realizar un “viaje placentero” o realizar “salidas de esparcimiento” como lo afirmara en el punto mencionado.

VI. Conclusión

En el presente trabajo se ha analizado el fallo “Valdatta Florencia Micaela c/ Asfalia S.A. p/ despido p/ recurso extraordinario provincial.” Ante lo expuesto, la sentencia muestra un resultado justo y plausible en lo que respecta a las características normativas que ha tenido en cuenta el tribunal a la hora de resolver. Notemos que, en

los hechos, la imposición del uso de uniforme de trabajo al ser un talle menor y ser, además, diferenciado respecto del uniforme dado a sus compañeros de trabajo (hombres) da cuenta del carácter discriminatorio que sufrió la accionante por su condición de mujer, lo cual lo vuelve un elemento sobresaliente al ser despedida de su trabajo por negarse a usar vestidura que atentaban contra su pudor.

Así y en virtud del análisis llevado a cabo a lo largo de este trabajo, la configuración del despido discriminatorio en la ruptura de la relación laboral hace loable la aplicación que efectúa el tribunal al adaptar el caso no solo a la normativa nacional sino también internacional. En tal sentido, la procedencia de la indemnización prevista en la Ley 23.592 es adecuada a la luz de que se encontró menoscabado el “pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional” (art. 1). Asimismo, la indemnización por daño moral que prevé el derecho civil (art. 1738 y 1741 del CCyCN) también resultó de indispensable aplicación para valorar el daño padecido por la víctima.

Al mismo tiempo, la Ley de Protección Integral a las Mujeres (26.485) refleja la promoción y garantía de eliminar la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida (art. 2 inc. A), a que se respete su dignidad (art. 3 inc. D) y la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres (art. 3 inc. J), entre otros.

Aunado a esto, añadir al caso materia internacional resulta fundamental para entender el tipo de discriminación que padeció la recurrente. En efecto, la Convención de “Belem do Pará” protegerá el derecho de la mujer a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art. 4 inc. B), el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (art. 6 inc. A) y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación (art. 6 inc. B).

Para finalizar, resulta ejemplar que el máximo tribunal de la Provincia de Mendoza haya hecho mención y aplicación de la Ley Micaela (27.499) al adaptar su resolución a una perspectiva de género. Y a modo personal, por qué no pensar en una extensión de la misma para la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres en los ámbitos privados para, eventualmente, no tener o disminuir casos como los de Florencia Valdatta.

VII. Bibliografía

Legislación

Honorable Congreso de la Nación Argentina. (13 de mayo de 1976). Ley de Contratos de Trabajo. [Ley 20.744] [Modificada por el Decreto N.º390/76].

Honorable Congreso de la Nación Argentina. (3 agosto de 1988). Ley de Actos Discriminatorios. [Ley 23.592].

Honorable Congreso de la Nación Argentina. (11 de marzo de 2009) Ley de Protección Integral a las Mujeres. [Ley 26.485].

Convención Para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. (3 de septiembre de 1981).

Convención “Belem do Pará”. (28 de marzo de 1996).

Código Civil y Comercial de la Nación. [CCyCN] (1 octubre de 2014).

Constitución de la Nación Argentina. [Const.] (1994) [parte primera]. 2da Ed. Elegis.

Constitución de la Provincia de Mendoza. [Const.] (1916).

Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza. (12 de septiembre de 2017). [Ley 9.001].

Doctrina

Bidart Campos, Germán J. (2008) *Compendio de Derecho Constitucional* (1º reimpresión). Buenos Aires, Argentina, Ediar.

Bidart Campos, Germán J. (2010) *Manual de la Constitución Reformada, Tomo II*, Buenos Aires, Argentina, Ediar.

Grisolia, Julio A. (1999) *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (2º reimpresión) Argentina, Depalma. Recuperado de http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/derecho_trabajo.pdf

Grisolia, Julio A. (2019). *Manual de derecho laboral*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. (2016) “*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte*”, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni.

Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos. (1999) *“Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”*, (1º reimpresión) Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (7 de diciembre de 2010).
Recurso de hecho Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/
acción de amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (15 de noviembre de
2011). Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la
Capital Federal s/ amparo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (07 de diciembre de 2010).
Pellejero María Mabel s/amparo s/ apelación.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza. (10 de noviembre de
2020). Kraus Ingrid Analia c/ La Caja ART S.A. p/ Enfermedad
Profesional p/ Recurso Extraordinario Provincial.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza. (16 de marzo de 2017).
Musatti Sergio Omar c/ Amigos del Jockey Club Social Cultural y
Deportivo p/ amparo” s/ inc. cas.

CUIJ: 13-03586356-1/1((010405-152510))

VALDATTA FLORENCIA MICAELA EN JUICIO N° 152510 VALDATTA FLORENCIA MICAELA C/ ASFALIA S.A. P/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

105567692

En la Ciudad de Mendoza, a 7 de Mayo de 2021, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva en la causa N° 13-03586356-1/1, caratulada: “VALDATTA FLORENCIA MICAELA EN J° 152.510 VALDATTA FLORENCIA MICAELA C/ ASFALIA S.A. P/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL.”

De conformidad con lo decretado a fs. 44 quedó establecido el siguiente orden de votación en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, segundo Dr. MARIO DANIEL ADARO y tercero Dr. OMAR ALEJANDRO PALERMO.

ANTECEDENTES:

A fs. 19/24, Florencia Micaela Valdatta, por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial contra la sentencia dictada a fs. 421 y sgtes., de los autos N° 152.510, caratulados: “Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia SA P/ Despido”, originarios de la Excma. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial.

A fs. 30/31 vta. se admitió formalmente el recurso interpuesto, y se ordenó correr traslado a la contraria, quien contestó a fs. 33/36.

A fs. 39/41 vta. se agregó el dictamen del Sr. Procurador General, quien por las razones que expuso, entendió que correspondía rechazar el recurso planteado por la actora.

A fs. 44 se llamó al Acuerdo para sentencia y se dejó constancia del orden de estudio por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

S E G U N D A: En su caso, ¿qué solución corresponde?

T E R C E R A: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, dijo:

I. La Sentencia del *a quo* -agregada a fs. 421 y sgtes., hizo lugar a la demanda interpuesta por Florencia Micaela Valdatta en contra de Asfalia SA por los rubros despido, preaviso, multa art. 2 ley 25.323 y diferencias salariales establecidas en la pericia contable, con más los correspondientes intereses.

Por otro lado, rechazó la acción por los rubros no retenibles –atento el depósito efectuado por la accionada-, multa art. 80 LCT y despido discriminatorio art. 1 ley 23.592.

Para así decidir, en lo que ha sido motivo de agravio declarado procedente, sostuvo:

1. La accionada no logró probar la causal invocada de abandono de trabajo por parte de la actora (art. 244 LCT).

2. No correspondía la condena por el rubro del art. 1 de la ley 23.592, ya que no se demostró que el despido fuese discriminatorio, sino que se invocó otra causal, que finalmente no resultó acreditada, por lo que el despido devino injustificado.

II. Contra dicha decisión, Florencia Micaela Valdatta, por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial, con fundamento en el art. 145, ap. II, inc. d) del C.P.C.C.yT. en base a los siguientes argumentos:

a. Arbitrariedad por haber omitido el pronunciamiento en torno al rubro comprendido en el art. 1 de la ley 23.592.

b. Considera, que el tribunal omitió valorar el intercambio epistolar entre las partes, dejando así de lado las injurias alegadas por cada una de ellas y no sólo el abandono de trabajo.

c. Argumenta que tampoco se ha considerado la pericia psicológica que da cuenta de secuelas emocionales y sobre la autoestima de la actora a partir del episodio sufrido, sin tener que someter la procedencia del daño moral al riguroso escrutinio probatorio.

III. Anticipo que el recurso prospera.

1. A fin de ilustrar brevemente sobre los presentes, la causa se inicia con la demanda por despido discriminatorio interpuesta por la actora, quien alegó que su empleadora le obligó a utilizar como parte del uniforme unas calzas que no eran de su medida, que ella verbalmente solicitó en reiteradas oportunidades unas calzas de su talle

y también que en su lugar se le entregara un pantalón de corte de mujer acorde. Todo lo cual desencadenó el posterior intercambio epistolar y sanciones por negarse a usar el uniforme para finalmente ser despedida por la accionada por abandono de trabajo, atento las ausencias de la actora los días 11 y 18 de noviembre de 2013.

2. Atento a cómo ha quedado trabada la presente litis y de acuerdo con el auto de admisión formal obrante a fs. 30/31 vta. de los presentes, la única cuestión a resolver es si resulta procedente o no la indemnización prevista en el art. 1 de la ley 23.592.

3. Con anterioridad, en la causa N° 13-03814092-7/1, caratulada: “MUSSATTI SERGIO OMAR EN J: 153.850 “MUSATTI SERGIO OMAR C/ AMIGOS DEL JOCKEY CLUB SOCIAL CULTURAL Y DEPORTIVO P/ AMPARO” S/ INC. CAS.” (sentencia del 16/3/17), como preopinante, tuve la oportunidad de fijar mi posición frente al despido discriminatorio, la que, si bien en dicho precedente estaba referida al ámbito del derecho sindical, contiene ciertos principios generales respecto del despido discriminatorio.

4. En la causa A. 1023. XLIII. RECURSO DE HECHO Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo (7/12/10), nuestro Címero Tribunal, en el considerando 5°) expresó que “...la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio...” y que “...No es por azar que el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones “muy graves”, las “decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” (art. 4°a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5°.5.a y b)...”.

Y en el considerando 10°) expresó que la ley 23.592 “...reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional (Ganem, Fallos: 324:392), sobre todo cuando, por un lado, la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional” (Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires,

Fallos: 308:647, 653) y, por el otro, el trabajador es un sujeto de "preferente tutela" por parte de la Constitución Nacional (Vizzoti, cit., ps. 3689 y 3690; Aquino, cit., ps. 3770 y 3797; Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., Fallos: 331:570, y Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.R.L., Fallos: 331:1488). Si bien la Constitución Nacional es individualista en el sentido de reconocer a la persona "derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)", no lo es "en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias", tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros)....”

5. Luego, en la causa P. 489. XLIV. Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo (15/11/11), la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ocupó de analizar, específicamente el tema de la prueba en el caso de que el actor acuse un despido discriminatorio.

a. En tal sentido, resolvió que si bien el sujeto pasivo de un acto de discriminación injusta y despido sin causa, debe probar el acto injurioso, el empleador tiene a su cargo demostrar que el despido no entrañó como causa dicha discriminación, ya que se encuentra en mejor condición para aportar pruebas

b. Así, en el considerando 11º afirmó que “...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...” y que “...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...”.

c. Posteriormente, con fecha 04/09/18, en la causa “Recurso de hecho deducido por José Gilberto Varela en la causa Varela, José Gilberto c. Disco S.A. s/ amparo sindical”, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “...*en la medida en que nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos...*”.

6. En aplicación de tales precedentes, en este caso concreto entiendo que estamos en presencia de un despido que es susceptible de ser calificado como discriminatorio.

a. El tribunal de grado ha analizado la causal de injuria, para luego concluir que el rubro del art. 1 de la ley antidiscriminatoria no resultó procedente, atento a que “...*no se demostró que haya sido un despido por dicha causal, sino que se invocó otra –en clara referencia a la causal de abandono de trabajo alegada por la accionada-, la cual no se logró demostrar, de allí que se hace lugar a la presente demanda, sin que la actora haya logrado probar que sea discriminatorio...*”.

b. Como adelanté, me está vedado ingresar en el análisis de la injuria, efectuado por el *a quo*, al haber llegado firme a esta instancia, donde sólo corresponde expedirme sobre la alegada discriminación sufrida por la actora.

c. La recurrente afirma que el hecho de que la empleadora la obligara a usar como parte del uniforme unas calzas, le provocó secuelas emocionales y sobre su propia autoestima.

d. No resulta controvertido en autos, que existió un conflicto entre la actora y su empleadora en torno al uso del uniforme reglamentario de la empresa. El motivo de disputa pasa por el hecho de que a la accionante, se la obligaba a usar unas calzas en contra de su sentido del pudor y debía soportar frases inapropiadas de los transeúntes varones, circunstancia que a mi entender, ha quedado acreditada en el grado de indicio en la presente causa, sin que la empresa demandada haya desvirtuado tal circunstancia alegada por la actora mediante prueba en contrario.

e. En efecto, de la carta documento enviada por la actora a la empresa accionada, fechada el 14 de noviembre de 2013 (fs. 5), se extrae que la trabajadora, procedió a impugnar las sanciones impuestas, precisamente por negarse al uso del uniforme y dio las razones para ello, las cuales se encuentran claramente expresadas: “...3) *La sanción atenta contra mi dignidad de trabajador, dado que, como lo he manifestado en reiterados reclamos formulados al encargado Sergio Ciani, la administrativa Viviana Sánchez, y Ariadna López Anaya; la indumentaria de labor femenina que pretende asignárseme –pantalones tipo calzas- está reñida con mi sentido personal de pudor. Se me castiga por mantenerme fiel a ello pese a haber manifestado mi voluntad en contrario.* 4) *La actitud asumida por la patronal encuadra en un supuesto de discriminación por sexo; dado que para la realización del mismo tipo de labores que el personal masculino se me exige la exhibición de mi humanidad.* 5) *La utilización por mi parte del otro tipo de uniforme responde también a cuestiones de seguridad y conveniencia las que he formulado oportunamente ante mis superiores. Ello porque manejo dinero que me es dado en pago y al carecer las calzas de bolsillo, no tengo dónde guardarlo ni cómo ejercer cómodamente su custodia por la que debo rendir cuentas...”.*

f) A todas estas circunstancias expuestas por la trabajadora, la empresa se limitó a contestar mediante carta documento de fecha 15 de noviembre de 2014 (fs. 6), que “...*el uniforme que usted se niega a utilizar se ciñe a las exigencias de la firma Oil Combustibles SA, en cuanto a la indumentaria que debe utilizar el personal que se desempeña en las estaciones de su marca; además de encontrarse nuestra exigencia dentro de las facultades que nos confieren los arts. 64, 65 y cc. LCT atinentes a las facultades de organización y dirección de la empresa. Por último Ud. viene utilizando el uniforme femenino que provee la empresa desde el inicio de la relación laboral y de manera alguna puede Ud. aducir que existe discriminación de ningún tipo...”.*

Es decir, la accionada nada dijo acerca de la situación expuesta por la actora, donde claramente dejó asentado que el uso de calzas atentaba contra su pudor, que hizo reiterados reclamos a las personas por ella citadas, que dicha situación era discriminatoria respecto del personal masculino que usaba otro tipo de uniforme (pantalón) y que además las calzas carecían de bolsillos y le causaba inseguridad a la hora del cobro de los servicios en efectivo.

A ello se agregan tres circunstancias fundamentales:

(i) Que llegó firme a esta instancia que la accionada no logró probar la causa de abandono invocada;

(ii) La escasa actividad probatoria por parte de la empresa. Ello por cuanto en la audiencia de vista de causa (fs. 419), ambas partes desistieron de toda la prueba pendiente de producción, lo que implicó en concreto para la accionada, la renuncia a la absolución de posiciones de la actora, prueba ofrecida y aceptada en autos (fs. 79/83 vta. pto. V-e; 91 y vta. pto 1); y

(iii) La demandada tampoco impugnó la pericia psicológica (fs. 366/368) entre cuyas conclusiones puede leerse que la actora presenta en la actualidad secuelas desde lo psico-emocional, al mostrar síntomas de angustia subyacente, ansiedad y malestar frente a situaciones semejantes. A partir de lo cual su autoestima se vio disminuida, al haber la actora quedado sensibilizada al vivenciar situaciones similares a los hechos sufridos.

Tales circunstancias son, precisamente las descriptas en la demanda, respecto de las cuales, como he adelantado, la accionada no ha logrado desvirtuar mediante prueba en contrario que, en definitiva, pueden resumirse en el hecho de que la trabajadora fue obligada a usar como parte de su uniforme unas calzas que ponían en evidencia sus formas físicas, resultando ello violatorio al pudor de la misma, haciéndola sentir incómoda desde que debía soportar las frases de corte inapropiado proferidas por los varones que transitaban por el lugar, llegando al extremo de arrojarle un objeto desde un auto.

7. Como corolario del análisis efectuado hasta aquí, es mi convicción que, en el marco de la ley 26.485 de protección de la mujer, de acuerdo a las circunstancias particulares y probanzas que he analizado, surge un menoscabo a la Sra. Valdatta por su condición de mujer, por lo que, entiendo de relevancia citar los conceptos vertidos en la causa “Navarro Orta” (sentencia del 06/08/20), luego reiteradas en los autos “Kraus” (sentencia del 01/11/20).

En primer lugar, debo mencionar que ya he tenido oportunidad de expedirme con anterioridad sobre la cuestión en diversos precedentes (sentencias penales “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lazza”, “Quiroga Morales”, “Ojeda Pérez”, “Vázquez Tumbarello”, entre otros entre otros). En dichas ocasiones, al momento de la revisión en esta instancia extraordinaria de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos sobre casos que resultaron encuadrados dentro de la violencia de género, destacué la necesidad de que “el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos

instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”.

En segundo lugar, señalé que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

A su vez, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “F”). Sostuve que la reclamada aplicación de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, establecida en el inciso i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la República. Esto no modifica sustancialmente nuestro sistema procesal provincial, el cual tiene previsto el principio de amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral (ley 9.109), según el cual “...Las partes pueden proponer además, cualquier otro medio de prueba que consideren pertinente a la demostración de sus pretensiones...”.

En tercer lugar, entiendo oportuno destacar que en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los “derechos de las mujeres”.

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las

condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

Ese deber jurídico al que acabo de hacer referencia, no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que “los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]” (art. 16).

A mi modo de ver, lo que hace es poner énfasis o reforzar el método de valoración de las pruebas por parte de los Jueces de manera de garantizar acciones positivas respecto del abordaje de tan sensible temática y por ello afirmo que no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que es sabido, que los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Transformándose en un vector necesario para evitar que los órganos jurisdiccionales decisores se aparten en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas.

Dicho de otro modo, es el contexto en el que se inserta el ilícito el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos necesarios para la determinación del hecho y la imputación de responsabilidad. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

Desde esta perspectiva, estimo que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional –ley n° 26.485-, resulta precisamente en reforzar direccionadamente el método de valoración en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, para lograr desterrar las prácticas nocivas derivadas de la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, que tanto daño ha causado por los usos y costumbres de los operadores judiciales.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta positiva para profundizar el análisis desde el enfoque de la vulnerabilidad porque, como bien reconoce valiosa doctrina, la igualdad, como criterio formal de realización de la justicia es hoy un criterio insuficiente porque no permite matizar ni colocarse “en los zapatos de” la persona cuya posición en la sociedad y en la vida resulta fragilizada por circunstancias diversas (Bassett, Úrsula, <https://www.teseopress.com/3congreso2016/chapter/309/>).

Poniendo en valor el sentido inculcado en nuestra Constitución Provincial cuando dice, en su art. 7º, ...*Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes*”.

Ahora bien, en estricta relación con sus postulados, y en lo que aquí interesa, considero que ese texto normativo vino a reforzar el “deber jurídico” que pesa sobre todos los operadores del sistema de administración de justicia.

Particularmente en el precedente “Ojeda Pérez” (sentencia penal leída el día 22 de agosto de 2019) concluí que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Por ello destaco la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo “Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia” del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real

en las relaciones interpersonales (“Vázquez Tumbarello” sentencia penal de fecha 10 de diciembre de 2.019).

8. En definitiva y en atención a lo expuesto, considero que el rubro “daño moral” correspondiente al art. 1 de la ley 23.592, debe prosperar. Por lo que a continuación procederé a cuantificar el mismo, en aplicación del precedente “Andrade” (sentencia del 01/08/19).

a. En el caso “Álvarez” la Corte Suprema resolvió que el despido sin causa de los trabajadores configuró un acto discriminatorio motivado por sus actividades sindicales y, en consecuencia, condenó a Cencosud S.A., a reincorporarlos en el empleo en el marco de la ley 23.592 que impone al autor de la discriminación la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización”. Por su parte, el voto de la minoría expresó que en virtud de la libertad de contratación, ante la negativa del empleador de reinstalar, sólo corresponde reconocer al trabajador el derecho a una “compensación adicional”, igual a la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo para otros supuestos de discriminación, es decir, la del art. 245 de esta última con más un año de remuneraciones (art. 182).

b. Ahora bien, en el presente caso no resulta aplicable el precedente citado, toda vez que se trata sólo de la cuantificación del daño moral adicional a una indemnización por despido discriminatorio, el que debe fijarse conforme lo determina el derecho civil y debe responder a ciertos parámetros de razonabilidad (art. 1738 y 1741 del C.C.yC.).

c. En ese sentido, ante la configuración de un despido discriminatorio, además de la indemnización tarifada o contractual dispuesta por los arts. 245, 232, 233 de la Ley de Contrato de Trabajo, el trabajador tiene derecho a acceder a un resarcimiento económico extra contractual adicional, es decir, a la indemnización por daño moral del derecho común, por cuanto las circunstancias propias del despido exceden las consecuencias de la tarifa legal (art. 1 de la ley 23.592, art. 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (CSJN, “Farrel”, 6/2/18, Fallos: 341:29)

d. En orden a fijar la reparación suficiente del daño moral sufrido por la trabajadora, considero razonable seguir los parámetros fijados por la doctrina y jurisprudencia en tal sentido.

(i) La Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño; y que esta segunda operación debe hacerse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la extensión del resarcimiento, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación

en la etapa de ejecución de sentencia (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234/236).

Por lo tanto, habré de tener en cuenta en esta labor las pautas previstas por el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación que determina que el monto de la indemnización por daño moral debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas.

(ii) La Sala I de este Tribunal, en el fallo N °13-00762753-4/1, “Marino” de fecha 21/12/18, ha dicho que: "El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Hammurabi, Bs. As., 1999, t. 2, p. 641).

(iii) En igual sentido esta Corte ha sostenido reiteradamente que “en lo que respecta a su cuantificación, queda librado al prudente arbitrio del juzgador; quien deberá fundamentar la fijación del monto de dicho daño en forma, expresa, clara y completa en cuanto a las razones tomadas en consideración para arribar a una suma, atento a las particulares circunstancias fácticas del caso concreto” (Expte. N° 71.911 - “Fiscal Sánchez, Iván Diego Lesiones”; fecha: 21/12/01, LS 304-253).

Por otra parte también se ha afirmado que el daño moral no requiere prueba directa, sino que se infiere presuncionalmente, a partir de la demostración de la situación lesiva, y de las circunstancias atinentes a la víctima, desde que esta clase de daño se infiere del acontecimiento vivido (despido discriminatorio), de por sí negativo para cualquier persona.

(iv) A los fines de determinar la satisfacción sustitutiva para compensar el dolor padecido por la actora (art. 1741 C.C.y C.) debe considerarse el valor de algún bien que ponga de manifiesto las preferencias y gustos del trabajador, o alguna constancia que me permitan evaluar el “precio del consuelo”; es decir, encontrar una satisfacción sustitutiva que pudiera acercarse con el mayor grado de certeza posible a una justa compensación que procure resarcir en alguna medida el daño moral que el siniestro le ha producido (SCJM, “Marino”, 21/12/18).

(v) No existe en autos prueba concreta para determinar el “precio del consuelo de la trabajadora”, es decir, algún elemento que permita determinar específicamente qué bien o actividad resultaría gratificante para la actora, de manera de poder contar con pautas más específicas a la hora de cuantificar el presente rubro, considero razonable fijarlo en razón de las circunstancias discriminatorias que rodearon el despido y que afectaron la dignidad de la trabajadora, el estado de salud de la misma y la angustia e incertidumbre que produce la pérdida de un trabajo.

IV. Por lo expuesto, si mi voto es compartido por mis distinguidos colegas de Sala, el recurso será admitido.

ASI VOTO.

SOBRE LA MISMA PRIMERA CUESTION EL DR. MARIO D. ADARO, en disidencia parcial dijo:

I. En primer lugar debo destacar que, coincido con la solución propuesta por el Ministro preopinante sobre la procedencia del rubro reclamado en virtud de lo dispuesto por el art. 1 de la ley 23.592, ley 26.485 y art. 1109 del Código Civil -según expuso la trabajadora en su demanda (fs. 47 vta./51 vta.)- no obstante, me permito realizar algunas consideraciones al respecto.

II. De tal modo, la sentencia de instancia rechazó el rubro señalado al estimar que el despido no se había producido por dicha causal sino que, se invocó otra – abandono de trabajo- que no logró demostrar. Que, la actora no demostró acreditar el despido discriminatorio.

III. Bajo tal análisis debo resaltar que, si bien la causa que motivó el despido no fue concretamente la actitud discriminatoria de la empleadora no es menos cierto que, la supuesta causa invocada de abandono de trabajo solapó una serie de actitudes que violentaron derechos fundamentales de la trabajadora cuyos detalles han sido reiteradamente descriptas por mis colegas de Sala.

1. Conforme a los hechos acreditados en la causa resulta que, previo a la denuncia de despido por supuesto abandono de trabajo comunicada en fecha 28/11/2013 (fs.13), Florencia Valdatta fue apercibida por no utilizar el uniforme completo obligatorio (fs.03, nota de Oil Asfalia S.A. de fecha 04/06/2013) y luego sancionada con tres días de suspensión ya que se le informó: “*que tenía que presentarse a trabajar con el uniforme reglamentario de playera de Oil combustible y usted insiste en presentarse*

con el uniforme de Oil masculino” (el subrayado es transcritpo, nota de fs. 04, de fecha 07/11/2013).

Días después, el día 14/11/2013 la actora impugnó dicha sanción disciplinaria y detalló concretamente cuáles eran los motivos para no utilizar el uniforme impuesto en los siguientes términos que resumiré a continuación: 1. no se comunicó cuál era el agravio que le causaba a la empresa el uso de uniforme masculino en lugar de femenino, en qué manera se resentía la eficiencia de la prestación de labores o la imagen de la empresa, 2. El plazo invocado no era cierto, 3. La sanción atentaba contra su dignidad ya que, al asignársele pantalones tipo calza se atenta contra su sentido personal de pudor, 4. La actitud de la demandada resulta discriminatoria por razón de sexo, 5. La utilización de otro tipo de uniforme responde a razones de seguridad y conveniencia atento a las sumas de dinero que debe resguardar (fs.05).

2. Sobre ello resulta evidente que, el empleador excedió arbitrariamente sus facultades de dirección y organización en tanto, si bien la empresa contaba con la atribución legal de imponer el vestuario que creyera conveniente el límite se encuentra dispuesto por el carácter funcional, los fines de la empresa y las exigencias de la producción y siempre cuidando los derechos personales y patrimoniales del trabajador (art. 65 de la ley de contrato de trabajo).

Si bien la empresa legalmente puede imponer el vestuario, ello es ilegal cuando contiene una dimensión diferente para mujeres y hombres, atento a que hoy no existe argumento que justifique esta diferencia.

3. En tal sentido, la trabajadora comunicó los motivos su decisión de no usar la vestimenta impuesta, cuyos argumentos eran absolutamente razonables y justificados no obstante, la empleadora continuó con su postura carente de toda lógica lo que la convirtió en discriminatoria.

4. Tal como he analizado en causas anteriores (SCJM “Kraus”), no es casual que la víctima del daño sea una mujer. Sobre tales consideraciones tengo dicho en precedente “Montani” (SCJM autos N°13-03668755-4, de fecha 13 de marzo de 2020) que, el derecho de la mujer trabajadora a que sean respetadas sus garantías constitucionales y convencionales, en pie de igualdad con el hombre, exige una mirada con perspectiva de género, bajo el paradigma social que supone que la mujer trabajadora sufre una vulnerabilidad especial que requiere tutela para su no discriminación.

a. La desigualdad del hombre y la mujer, construida a partir de patrones socio-culturales, da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos.

La Convención para la eliminación de la Discriminación de la mujer, (conocida como CEDAW por sus siglas en inglés) define así la discriminación contra la mujer: “La expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

b. Asimismo, la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (Corte IDH. Opinión consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984).

c. Cualquier tipo de violencia ejercida sobre la mujer, en cualquier ámbito – incluido el laboral-, atenta no solamente al derecho a la igualdad y a la no discriminación, sino también al referido derecho a la dignidad y a la integridad humana.

d. Cabe asimismo resaltar todo el plexo normativo relativo a la prohibición de realizar discriminación e incurrir en actos de violencia, incluidos los ejercidos en razón del género, a saber: a la Constitución Nacional, arts. 14 bis, 16, 19 y 75, incisos 22 y 23; a la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2, 7, 23 y 25; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 26 y cc.; al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2,3 y 7; a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; a la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer- Convención de Belém do Pará; a las Recomendaciones generales n° 19, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del Comité para la Eliminación de la

Discriminación contra la Mujer (CEDAW); al Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (111); a la ley contra “Actos Discriminatorios”, N° 23.592; a la “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”, n° 26.485; a la Ley de Contrato de Trabajo, arts. 17, 75 y 81, “Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” (N°190), OIT aprobado por el Congreso argentino el pasado mes de noviembre, y a su Recomendación (n° 206).

5. Aplicados los conceptos al caso de autos, la clave está en determinar que la limitación impuesta por la empleadora era dirigida sólo a la trabajadora por su condición de mujer evidenciando una clara discriminación por razón de sexo, sin otra justificación objetiva y razonable de su decisión.

6. En este contexto resulta necesario evaluar también el rol de las empresas, que deben acompañar un proceso de deconstrucción. Las empresas necesariamente deben adecuarse a los cambios culturales por los que atraviesa nuestra sociedad, so pena de incurrir en la violación de normas que hoy enmarcan nuestra realidad. En este sentido, al ley 26.743 de identidad de género garantiza el respeto por las expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

a. Toda persona tiene derecho a expresarse conforme su identidad, e independiente de cual sea ésta, no debiendo ninguna empresa o entidad restringir estas expresiones sobre la base de mandatos estereotipados y discriminatorios.

b. En este sentido, los Principios de Yogyakarta + 10 definen a la 'expresión de género' como la presentación de cada persona del género de la persona a través de la apariencia física - incluyendo vestimenta, peinados, accesorios, cosméticos - y gestos, habla, patrones de comportamiento, nombres y referencias personales, y observando además que la expresión de género puede o no ajustarse a la identidad de género de una persona.

c. La expresión de género es entonces la de cada persona y su restricción viola no solo normas legales vigentes como la ley 26.743, sino también compromisos internacionales.

Y agrego que, si bien la citada ley de identidad de género constituye uno de los grandes avances del movimiento LGTBTTTI y de las mujeres, a fin de obtener el efectivo

respeto de sus derechos individuales, el proceso debe ser acompañado de políticas públicas integrales que permitan concretar dicha protección.

d. Por ello es que, las empresas deben adaptarse a los cambios culturales también sobre la base de que la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadanos. Del mismo modo, la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

e. El hecho de haber determinado qué vestimentas eran para varones y cuáles para mujeres tal como fue notificado en nota dirigida a la trabajadora (fs.04) implica desde ya un estereotipo patriarcal tendiente a visualizar a la mujer destacando su cuerpo como instrumento. La imposición de vestimenta claramente sexista importa una cosificación y degradación del cuerpo de Florencia Valdatta.

Bajo tal análisis, cuando la empresa obligó a la actora a usar los pantalones tipo calzas para realizar sus labores sin otra justificación que lo avalara y, ella respondió que la vestimenta impuesta por la empresa atentaba contra su pudor, el respeto a su dignidad y libertad debió ser primordial a fin de garantizar la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse conforme a sus convicciones personales.

6. Por todos los argumentos expuestos es que, en la presente causa el reclamo por daño moral fundado en lo dispuesto por el art. 1 de la ley 23.592 y ley 26.485, se debe cuantificar como adicional a una indemnización por despido injustificado que, debe fijarse conforme lo determina el derecho civil y debe responder a ciertos parámetros de razonabilidad (art. 1738 y 1741 del C.C.yC.).

a. Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano; lo cual no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general, o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño; la que sugiere, caso por caso, su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno (TSJ Sent. n.º 68/86, n.º 37/97, n.º 30/01, n.º 53/13; entre otras).

b. Conforme a ello y, teniendo en cuenta que no han sido acreditados en autos aquellos parámetros que permitan la determinación observo que, la propia trabajadora ha estimado el monto que consideró compensatorio del perjuicio sufrido, lo que señaló en la suma de pesos \$81.364,53; monto que considero razonable y ajustado a los

parámetros jurisprudenciales de esta Sala, a los que remito en honor a la brevedad (SCJM “Carrica” 08/05/2017, “Andrade”, 01/08/2019, entre otros).

c. A dicho monto deberán adicionarse intereses desde el día 19/02/2015 (fecha de la determinación de la deuda de valor, en la presentación de la demanda) hasta la fecha del efectivo pago del siguiente modo: conforme a la tasa determinada por el Plenario “Aguirre” hasta el 30/10/17, desde ahí conforme la tasa libre destino a 36 meses fijada por el Plenario “Lencinas” hasta la entrada en vigencia de la Ley 9041.

d. Al respecto, esta Corte, en el caso “Mamani” tiene dicho que “resulta importante “en una economía inflacionaria, el momento cuando se define la cuantificación económica de los ingresos de la víctima por su actividad laboral y por la disminución de su capacidad para la vida en sociedad, dado que no sería igual el resultado si se toman los ingresos a la fecha del hecho dañoso ocurrido varios años antes que a la fecha de la sentencia. La fórmula no prevé un modo de actualizar o compensar la absorción por la inflación del poder adquisitivo de la moneda. Si no se tiene en cuenta este detalle, se puede arribar a resultados económicamente injustos si en un proceso de larga tramitación se toma el valor de los ingresos al momento del accidente, y al capital obtenido se le aplican los intereses moratorios, por cuanto la suma no será igual si se toman al momento de la sentencia y se aplica el interés autorizado por el Código. Estos detalles se marcan porque conspiran contra los principios constitucionales, en especial, el de acordar un resarcimiento pleno” (“La cuantificación del daño a la integridad psicofísica - social de las personas y el derecho transitorio” - Autor: ALFERILLO, Pascual E. - Editorial: IJ Editores ~ Cita on line: IJ-CXXV-209).

e. La liquidación deberá practicarse por Departamento Contable conforme a las pautas determinadas precedentemente, a fin de garantizar el control de la misma por parte de ambos litigantes. A tal fin, las actuaciones volverán al Tribunal de origen.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. OMAR A. PALERMO, en voto ampliatorio, dijo:

1. Adhiero a la solución que propone el colega que abre el acuerdo en relación a que en la presente causa se acreditó el despido discriminatorio de la Sra. Florencia Micaela Valdatta.

2. En ese sentido y tal como lo evidenció la sentencia en crisis, no existió la supuesta causa de abandono de trabajo que alegó la empleadora, conclusión que habilita

a calificar al despido por razones de discriminación, tal como alegó y probó la trabajadora.

Así las cosas y ante los hechos acreditados en la causa, es decir, la sanción de suspensión impuesta a las trabajadora el día 7 de noviembre de 2013 (fs. 4) por su resistencia a usar el uniforme dispuesto por la empresa para las mujeres que consistía en unas calzas de un talle menor al que ella usaba, que le resultaba incómodo, contrario a su pudor y la exponía a recibir frases inapropiadas de los hombres que transitaban la zona (fs. 5), sumada al despido sin causa dispuesto por la empleadora el día 28 de noviembre, resultó claro y evidente que el despido respondió a la resistencia a usar el uniforme femenino por parte de la actora.

Uniforme que además era diferente al pantalón que usaban los varones que le resultaba más apropiado para el desarrollo de las labores por contener bolsillos que le permitían guardar el dinero de manera segura.

3. Ahora bien, los hechos descritos evidencian rápidamente una situación de desigualdad y discriminación por la condición de mujer de la trabajadora que imponen una evaluación del contexto en el cual se inscribió la relación de trabajo y de las circunstancias de vulnerabilidad de la trabajadora desde una perspectiva de género (SCJM, Sala II, “Kraus”, 10/11/20, “Castillo Orozco”, 25/03/21).

Como sostuve en mi voto en el precedente de esta Sala “Krauss”, el desarrollo de la problemática de las mujeres y la desigualdad, en los últimos años, nos ha permitido advertir la invisibilización de prácticas basadas en estereotipos, que resultan discriminatorias. Se impone entonces, una atención mayor para la persona que debe juzgar, alertada de que ciertas desigualdades pueden pasar desapercibidas, para el sistema de justicia y para las personas involucradas (incluidas las partes, sus patrocinantes y la magistratura).

Así lo dispone la Convención contra toda forma de Eliminación de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 5: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”* y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará) en su art. 8: *“Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas*

para: b) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres (...) para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer”.

Este esquema normativo nos coloca en la labor de indagar si las condiciones del caso, en concreto el contexto laboral que vivió la actora, requieren de consideraciones especiales o medidas de protección que mitiguen la situación de desigualdad por razones de género en las que se puede ver involucrada una persona.

Además implican una tarea interpretativa de los hechos y las pruebas que reparen en el contexto, en las condiciones de particular vulnerabilidad o discriminación, en la existencia de vínculos de poder entre las personas involucradas, en la existencia de discriminaciones múltiples, en el análisis de si las normas aplicables responden a estereotipos sexistas y tienen un impacto diferenciado para la persona y para el contexto. También suponen una mirada de la normativa que garantice mejor el derecho a la igualdad, que resuelva las asimetrías de poder o desigualdad estructural, que repare en las medidas de acciones positivas disponibles, etc.

Es decir, analizar con perspectiva de género nos permitirá tomar medidas que contrarresten las desigualdades estructurales basada en estereotipos, que impiden el pleno goce de derechos.

4. Trasladados estos conceptos al caso bajo análisis advierto que se configuraron hechos y situaciones que colocaron a la trabajadora en una situación de vulnerabilidad y discriminación por razones de género. Recordemos que fue obligada a usar un uniforme que tenía calzas que le resultaban incómodas, afectaban su pudor y la exponía a recibir frases inapropiadas relativas a su contextura física por parte de hombres que andaban por la zona.

Además era diferente al pantalón que usaban los varones que a ella le resultaba más cómodo y apropiado para realizar sus labores ya que constaba de bolsillos para guardar el dinero de manera segura, razón por la cual ella solicitaba el uso del uniforme masculino.

Ese conflicto desencadenó que la empleadora impusiera sanciones, negación de tareas y posterior despido (fs.3/16), afectando gravemente los derechos laborales de la trabajadora.

5. Así las cosas, corresponde traer al análisis un enfoque de *igualdad como no sometimiento* que implica indagar sobre los patrones culturales y económicos-sociales que informan la construcción genérica de las personas, mediante la afirmación de comportamientos diferenciados de acuerdo con el sexo y el impacto diferencial que producen en las oportunidades laborales de mujeres y varones. Estos patrones cimientan relaciones de poder asimétricas entre los sexos, en cuyo extremo más débil se encuentran las mujeres (Pautassi, L. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Lecciones y Ensayos*, (89), 2011, p.279-298.Pautassi, 2011).

El principio de *no sometimiento*, permite abordar las situaciones de discriminación y violencia experimentadas por las mujeres a partir de un análisis del contexto y de los estereotipos. Es decir, comprender que no responden a hechos aislados o desarticulados entre sí, sino que constituyen manifestaciones de la opresión que modula los vínculos sociales sexo-genéricos, en contextos históricos determinados.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Sisnero” avanzó en el reconocimiento del carácter *estructural* de la discriminación contra las mujeres en los ámbitos laborales privados (Fallos 337:611).

6. Bajo esta perspectiva entiendo que la Sra. Valdatta sufrió un contexto de violencia y discriminación en su trabajo por su condición de mujer, en tanto fue obligada a usar calzas que afectaban su pudor y su dignidad y a raíz de ello recibió un trato inapropiado por parte de hombres que transitaban por el lugar y ante su resistencia justificada y razonable a usar el uniforme femenino y su reclamo de usar el masculino fue sancionada y despedida.

Además sufrió un trato desigual y discriminatorio en relación a sus compañeros varones a los cuales se les permitía usar el pantalón con bolsillos más apropiado y seguro para el desarrollo de las tareas que a ella se le negó por la única razón de ser mujer.

El trato desigual en relación a sus compañeros varones, a los cuales sí se les permitía el uso del pantalón, corresponde a un sometimiento basado en estereotipos que autorizan a poner a la mujer en un lugar de cosificación, como objeto de atracción de clientes, razón por la cual se les asigna un uniforme que exponga sus cuerpos, a pesar de que el mismo afecte su dignidad y el desarrollo de las tareas.

En conclusión resulta evidente que la Sra. Valdatta sufrió un trato discriminatorio en su trabajo por su condición de mujer que le produjo una afectación de

su dignidad y de su estado psico-emocional (pericia de fs.366/368), además de angustia y preocupación por la pérdida del trabajo.

7. Por lo expuesto corresponde hacer lugar al rubro daño moral establecido en el art. 1 de la ley 23.592 que reclama la actora, solución que además se enmarca en los principios de la ley 26.485 orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres.

ASÍ VOTO.-

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, dijo:

V. Atento al resultado arribado en la Primera Cuestión, y lo dispuesto por el art. 150 del C.P.C.C.yT., corresponde la anulación parcial de la sentencia dictada a fs. 421/430 vta. de los autos N° 152.510, caratulados: “Valdatta Florencia Micaela c/ Asfalia SA p/ despido”, originarios de la Excma. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial.

1. En virtud de lo expuesto en la primera cuestión y de lo que ha llegado firme a esta instancia extraordinaria, corresponde fijar el daño moral sufrido por la trabajadora teniendo en cuenta la afectación de su dignidad producida por haber sido obligada al uso de calzas, lo que provocó que debiera soportar frases inapropiadas por parte de los varones que transitaban por el lugar. Ello marcó una notoria diferencia respecto del uniforme que era exigido al personal masculino, además de la angustia e incertidumbre que debió padecer en relación al futuro de su situación laboral.

2. Así, de acuerdo a las circunstancias personales de la damnificada y siguiendo un criterio de razonabilidad, estimaré el monto por daño moral en la suma de \$ 150.000. Si bien y como se advirtió precedentemente, en autos no existen datos que permitan conocer el llamado doctrinariamente “precio del consuelo” que representaría para la víctima el monto otorgado por este concepto; puedo señalar, a modo de ejemplo, que la suma condenada resultaría suficiente para que la recurrente pudiera realizar un pequeño viaje reparador, comprar algún bien o realizar salidas de esparcimiento que le permitan compensar los padecimientos sufridos. (autos N°: 13-00764273-8/1, “Cruz”, 01/10/18).

3. Finalmente, con respecto a los intereses que debe devengar el monto de condena, es criterio sentado por esta Corte que cuando se realiza una estimación de los daños al momento de la sentencia, es de suyo que las reparaciones de los rubros

reconocidos han sido establecidos en montos actualizados, por lo que hasta ese momento lo único que debe reconocerse, son los intereses de la Ley 4087, previstos para cuando se trate de montos que reflejen valores actualizados (L.S. 265-78).

4. En conclusión deberán determinarse los intereses hasta la fecha de la sentencia que aquí se modifica, 20/07/20, conforme lo determina la Ley 4087 y desde el 21/07/20 hasta el efectivo pago conforme a la tasa que determinó la sentencia de grado.

5. La liquidación deberá practicarse por Departamento Contable conforme a las pautas determinadas precedentemente, a fin de garantizar el control de la misma por parte de ambos litigantes. A tal fin, las actuaciones volverán al Tribunal de origen.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, dijo:

VI. Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión que antecede, corresponde imponer las costas a la recurrida por resultar vencida (art. 36 ap. I del C.P.C.C. y T.).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A:

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1º) Hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 19/24 contra la sentencia glosada a fs. 421 y sgtes. de los autos N° 152.510, caratulados: “Valdatta Florencia Micaela c/ Asfalia SA p/ despido”, originarios de la Excma. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial. En consecuencia, la parte dispositiva deberá incluir la condena por el rubro “daño moral”, por la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000), con más los intereses establecidos en la Segunda Cuestión de los presentes hasta la fecha del efectivo pago.

2) Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la recurrida vencida (arts. 36 del C.P.C.C.yT.).

3) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Analía Bittar en el doble carácter (art. 33 inc. 3 del CPCyT), en el 13%, o 10,4%, o 7,8% de la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen, conforme dicha base se encuentre comprendida en los distintos supuestos del art. 2 de la ley 9131 (Arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma.

4) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Antonio Esteban Sánchez y Eduardo Sánchez Seijas en conjunto, en el 9,1%, o 7,28%, o 5,46% de la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen, conforme dicha base se encuentre comprendida en los distintos supuestos del art. 2 de la ley 9131 (Arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma.

5) Las regulaciones precedentes no incluyen el IVA, monto que -en su caso- deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación de los profesionales beneficiarios frente al citado tributo (CS expte. 4120/200002 "Carinadu SA c/. Banco de la Provincia de Buenos Aires", 02/03/2016).

6) Remitir la causa a la Cámara de origen, a fin de que se practique liquidación por Departamento Contable (SCJM, Sala I, caso “Báez”), teniendo en cuenta lo determinado en la Segunda Cuestión.

NOTIFIQUESE.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. MARIO DANIEL ADARO
Ministro

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro