



Seminario Final de Abogacía

Modelo de Caso

LA MAGISTRATURA COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL GÉNERO DENTRO DEL ÁMBITO LABORAL.

**Análisis en el marco de la causa “Valdatta, Florencia Micaela c/ASFALIA SA
p/despido p/recurso extraordinario provincial”**

Alumna: Paula Secci

DNI: 31.116.019

Legajo: VABG87184

Profesor: César Daniel Baena

CANVAS- Entregable N° 4

Fecha de entrega: 23/06/2022

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

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala Segunda

Autos: “Valdatta, Florencia Micaela c/ASFALIA SA p/despido p/recurso extraordinario provincial”

Fecha de resolución: 7 de mayo de 2021

Enlace: <https://www.errepar.com/resources/NuevoPortalERREIUS/RecursosExternos/SJMVValdattaSentencia.pdf>

Sumario: I. Introducción.- II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y 1 decisión del tribunal.- 3. Análisis de la *ratio decidendi*.- IV. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.- IV. 1 Violencia de género. Concepto.- IV. 2 La discriminación labora hacia la mujer.- IV. 3 El activismo jurisdiccional.- IV. 4 Una causa similar.- V. Postura de la autora.- VI. Conclusiones.- VII. Referencias.-

I. Introducción

En el presente comentario se analiza un fallo de la sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, en autos caratulados “V. F. M. c. A., SA p/despido” (SCJ, Sala II, Mendoza, 2021), originarios de la Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia de Mendoza.

La causa se inició con la demanda impetrada por la actora quien alegó despido discriminatorio ya que su empleadora la obligó a utilizar —como parte de su uniforme— unas calzas que no eran de su talle. Siendo que en reiteradas ocasiones ella solicitó verbalmente que se le proveyeran otras calzas de su medida y un pantalón de corte de mujer acorde, al no ser respetado su pedido se negó a continuar utilizando la vestimenta que le imponía la demandada y se ausentó por dos días de su lugar de trabajo por esta razón. Todo concluyó en un intercambio epistolar y sanciones a la actora.

Atento a cómo quedó trabada la litis, la cuestión que quedó a dilucidar por parte del Supremo Tribunal de Justicia (en adelante, STJ) de Mendoza consistió en resolver si resultó procedente o no la indemnización del art. 1º de la ley 23.592 (Ley N°23.592, 1998, art.1). La Corte mendocina finalmente revirtió el fallo de Cámara por entender que estuvo suficientemente probado que el conflicto fincaba en el uso del uniforme de parte de la empleada y, por eso mismo, afirmó que la actora fue objeto de discriminación por razón sexual o de género.

Se trata de una sentencia novedosa y actual por la cual es posible advertir la perspectiva integral con la que el STJ de Mendoza resolvió la causa empleando los estándares normativos nacionales e internacionales aplicables en materia de prueba, violencia y discriminación contra la mujer trabajadora. En ese sentido puede afirmarse que el decisorio bajo análisis versa sobre la amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral de Mendoza (Ley N° 9109, 2018, art.54) y se sostiene en el ordenamiento interno, a través de la ley nacional 26.485 (Ley N° 26.485, 2009) y su decreto reglamentario 1011/2010 (dec. regl. 1011/2010, párr.4) que aseguran el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia.

Estas cuestiones mencionadas, y que son precisamente las que justifican y dan trascendencia al fallo comentado, son sumamente relevantes para los trabajadores ya que suele señalarse que el lugar de trabajo debe ser un ámbito especial donde, quien presta sus tareas, debe poder desarrollar sus potencialidades para su propio beneficio, el del empleador y también de la sociedad (Díaz, 2007); sin embargo, no siempre eso coincide con la realidad.

Con respecto al problema jurídico que se suscitó en la causa de marras, es dable manifestar que fue Hart (1988) quien diferenció entre casos fáciles y casos difíciles. Para este autor un caso fácil se presenta cuando el supuesto de hecho ingresa en el número de significados de la norma y, por ende, es evidente que ella se aplica en aquel caso; en cambio, un caso difícil es aquel que el supuesto de hecho se emplaza en un área gris de la norma y, por tanto, no es evidente si ella debe o no aplicarse al caso.

En el fallo comentado se trata de un caso difícil, con problema de prueba. Este tipo de problema es aquel cuyo examen y análisis no es sobre la prueba del caso concreto o como se probó un hecho particular, sino el valor y funcionamiento de determinadas presunciones legales, cargas probatorias y valoración de algunos tipos de pruebas en los hechos delimitados por la temática (Alchourrón y Bulygin, 2012).

En autos “V. F. M. c. A., SA” (SCJ, Sala II, Mendoza, 2021) se infiere que si bien el principio general en materia de prueba consiste en que quien afirma un hecho debe acreditarlo, la ley 26.485 (Ley 26.485, 2009) y su decreto reglamentario 1011/2010 (dec. regl. 1011/2010, párr.4) —entre otras normativas (v.gr Ley N° 9109, 2018, art.54), incluso algunas de carácter supranacional— aseguran el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia. Al regular la violencia laboral como una de las modalidades incluidas dentro de los tipos de violencia, se consigna específicamente cómo debe obrarse en cuanto a la valoración de la prueba por parte de los tribunales intervinientes.

En suma, lo que torna relevante el comentario del fallo es el abordaje sistémico que realiza el STJ de Mendoza sobre los medios de pruebas aportados a la causa y su respectiva ponderación judicial. Ello se afirma en tanto el aspecto probatorio adquiere significativa trascendencia, sobre todo en casos como el presente, por su estrecha vinculación con el derecho humano de las mujeres de acceso a la justicia, cuando han sido víctimas de violencia y discriminación en el ámbito laboral.

No hay dudas que la sentencia comentada implica un gran aporte en tanto esclarece el esquema sancionatorio ya que contribuye penalizando prácticas naturalizadas. Ello, a su vez, permite ir erradicando otros comportamientos lesivos y poner en evidencia la impunidad que muchas veces rodea los casos de discriminación por ser más sutiles que otros tipos de violencia ejercida contra las mujeres.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

Al inicio del comentario se hizo alusión al motivo por el cual se llevó adelante el proceso judicial que resolvió la causa anotada. No obstante ello, cabe recordar que la actora demandó por despido discriminatorio en tanto su empleadora, ahora demandada, le impuso la utilización como parte del uniforme de unas calzas que no eran de su medida. Si bien se solicitó verbalmente el cambio de talle de la prenda y que en su lugar se le entregara un pantalón con corte de mujer, la empresa hizo caso omiso al requerimiento de la empleada.

Las desavenencias entre las partes culminaron en intercambio epistolar y sanciones para la trabajadora por negarse a usar el uniforme asignado. Luego fue despedida por la empleadora quien alegó como causal de distracto abandono de trabajo, atento a las ausencias de la actora los días 11 y 18 de noviembre de 2013.

La Cámara 5ª del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, hizo lugar a la demanda interpuesta por los rubros despido, preaviso, multa del art. 2º de la ley 25.323 y diferencias salariales, establecidas en la pericia contable realizada en el período probatorio, con más los intereses correspondientes. Por otra parte, rechazó la demanda en cuanto a los rubros no retenibles, considerando el depósito del certificado previsto en el art. 80 de la LCT efectuado por la empleadora demandada y la calificación del despido sin causa, por no haber probado la empresa demandada el abandono de trabajo invocado según los términos del art. 244 de la LCT.

Rechazó asimismo la causal de despido discriminatorio alegado por la trabajadora, previsto en el art. 1º de la ley 23.592, por entenderlo como no procedente y, por tanto,

también la condena por el rubro, consistente en la reparación del daño moral sufrido, ya que interpretó que no se logró acreditar que el despido fuese discriminatorio, sino que se invocó otra causal, que finalmente no resultó demostrada, por lo que el despido —como se dijo— solo devino en injustificado, lo que implica que solo es indemnizable con la tarifa prevista en la ley.

La trabajadora, por medio de su representante, interpuso un recurso extraordinario provincial contra la sentencia dictada.

Se admitió formalmente el recurso interpuesto y se dio traslado a la contraria.

Se agregó el dictamen del Sr. Procurador general, quien, entendió que correspondía rechazar el recurso planteado por la actora. Llamado el acuerdo para sentencia, se dejó constancia del orden de estudio por parte de los Sres. ministros del tribunal y, de conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Const. Mendoza, la Sala se planteó resolver sobre la procedencia del recurso y, en su caso, qué solución corresponde y el pronunciamiento sobre las costas.

Tal como quedó trabada la litis, para la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, la única cuestión a resolver era si resultaba o no procedente la indemnización prevista en el art. 1º de la ley 23.592; dicho en otros términos, restaba definir si el despido se debió a una cuestión discriminatoria.

Cada uno de los tres vocales, a su turno, destacó diferentes aspectos que hacen a la identificación de la discriminación que sufrió la trabajadora, quien fuere obligada, supuestamente, en ejercicio de las facultades de organización y de dirección (arts. 64, 65 y ccds., LCT), a utilizar una vestimenta cuyo propósito no es más que la utilización del cuerpo femenino como objeto de rédito en el trabajo que cumple.

En su sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza hizo lugar al recurso extraordinario provincial incluyendo la condena por el rubro “daño moral”, por la suma de ciento cincuenta mil pesos con más los intereses. Además, impuso las costas de esta instancia extraordinaria a la recurrida vencida.

III. Análisis de la *ratio decidendi*

Para analizar los argumentos que dieron base a la sentencia es necesario hacer alusión, por separado, de los tres votos.

Con respecto al voto preopinante del Dr. Valerio, se afirma que el hecho de que la trabajadora fuera obligada a usar unas calzas como parte de su uniforme, resultó violatorio de su pudor, haciéndola sentir incómoda, ya que exponían su cuerpo y debía

soportar frases inapropiadas proferidas por los varones que llegaban hasta el lugar. Esta cuestión permitió llegar hasta la convicción de que, en el marco de la ley 26.485 de Protección de la Mujer, surge una vulneración para la actora por su mera condición de mujer.

En este voto se destaca que “el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia”. Al respecto, se hace alusión particularmente a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Belém do Pará—, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—; y entre otras, a las normas contenidas en la ley 26.485 destinada a la Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

A su vez, se señala que en la Convención Belém Do Pará está establecido que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4º, inc. f)). Por tanto, la reclamada aplicación de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, está dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales en dicha normativa, la cual ha sido una disposición procesal de marco internacional obligatoria en todo el territorio de la República Argentina y no modifica sustancialmente el sistema procesal de la provincia de Mendoza.

El sentenciante remarca también que este método de valoración de las pruebas, de manera de garantizar acciones positivas respecto del abordaje de una temática como la abordada, no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que es sabido que los jueces deben ponderar los elementos de prueba —objetivos y subjetivos— a la luz de todos los parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Según su entendimiento, 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, atendiendo no solo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego, sino también a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

En atención a lo expuesto, consideró que el rubro “daño moral”, correspondiente al art. 1º de la ley 23.592, debe prosperar. A tal conclusión llega luego de fundarse en los parámetros fijados por la doctrina y la jurisprudencia, citando a la Dra. Kemelmajer de Carlucci.

A su turno, corresponde examinar el voto del Dr. Adaro. El magistrado coincide con la solución propuesta por el ministro preopinante sobre la procedencia del rubro reclamado en virtud de lo dispuesto por el art. 1º de la ley 23.592, la ley 26.485 y el art. 1109 del Código Civil. Luego realiza algunas consideraciones en cuanto al rechazo de su procedencia en la instancia precedente y sobre la referida no acreditación por parte de la actora del despido discriminatorio.

El Dr. Adaro resalta que, si bien la causa que motivó el despido no fue concretamente la actitud discriminatoria de la empleadora, no es menos cierto que el abandono de trabajo invocado solapó una serie de actitudes que violentaron derechos fundamentales de la trabajadora. Asimismo, sostuvo que el plazo invocado no era cierto y que la sanción vulneraba su dignidad ya que al asignársele calzas como uniforme, se atenta contra su sentido personal de pudor, resultando la actitud de la demandada discriminatoria por razón de sexo.

Releva el Dr. Adaro que, no es casual que la víctima del perjuicio sea una mujer. Sobre tales consideraciones, cita otros precedentes jurisprudenciales según los cuales 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.

Cita todo el plexo normativo relativo a la prohibición de realizar discriminación e incurrir en actos de violencia, incluidos los ejercidos en razón del género, en el que se funda la decisión. Una vez aplicados los conceptos al caso de autos, sostuvo que la clave está en determinar que la limitación impuesta por la empleadora estaba dirigida solo a la trabajadora por su condición de mujer, evidenciando una clara discriminación por razón de sexo, sin otra justificación objetiva.

El Dr. Palermo tuvo a su cargo el tercer voto ampliatorio, adhiriendo al primer voto. Entiende que, tal como alegó y probó la trabajadora, es evidente que el despido fue discriminatorio y obedeció a su resistencia a usar el uniforme que le entregó la demandada.

Luego de evaluar la doctrina y legislación vigente, concluyó destacando que la actora sufrió un trato discriminatorio en su trabajo por su condición de mujer que le produjo una afectación de su dignidad y de su estado psicoemocional, además de angustia por la pérdida del trabajo. En virtud de ello debe hacerse lugar al rubro daño moral establecido en el art. 1º de la ley 23.592 que reclama la actora, solución que además se enmarca en los principios de la ley 26.485.

En virtud de lo expuesto en votos concordantes, poniéndose el acento en la dilucidación de la cuestión probatoria de una situación compleja como es la discriminación, es que se fijó el daño moral sufrido por la trabajadora teniendo en cuenta la afectación de su dignidad.

IV. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

IV. 1 Violencia de género. Concepto

A lo largo de la historia, la violencia de género se ha manifestado como producto de la dominación, subordinación y poder que ejerce el hombre sobre la mujer. Esta coyuntura ha inspirado a muchas sociedades a considerar al poder como patrimonio genérico de los varones, instaurando como consecuencia una mentalidad patriarcal (Medina, 2013).

Ahora bien, para poder hablar de violencia de género es preciso comprender antes el significado de la palabra violencia: “Del latín *Violentia*. Cualidad de violento. Acción y efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder” (Stingo, 2006, p. 599). Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (2002) define a la violencia como

...Uso deliberado de fuerza física o poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo o una misma u otro grupo o comunidad, que cause o tenga muchas posibilidades de causar lesiones, daño, muerte, trastornos psicológicos, trastornos en el desarrollo o privaciones (p. 3)

Ahora sí, ingresando a concepto de violencia de género, ésta ha sido definida por la ley N°26485 en su art. 4 como:

...Toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera Violencia indirecta, a los efectos de la presente Ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio práctica discriminatoria que ponga a la Mujer en desventaja con respecto al varón.

La violencia contra el género femenino obedece a prejuicios y paradigmas culturales y, hasta tradicionales. Por este motivo, se instituye a las mujeres en una posición inferior en su relación con el hombre, lo que crea una relación desigual de poder. Esto afecta directa o indirectamente, dependiendo las actitudes y acciones llevadas a cabo, la vida, la libertad, la integridad, la dignidad y la seguridad jurídica de las mujeres en

todos los ámbitos en que ellas se desempeñen, ya sea en su actividad profesional o meramente como individuo social que es (Bodelón, 2013).

IV. 2 La discriminación laboral hacia la mujer

La Ley N° 26.485 define aquello que debe entenderse por “violencia laboral” contra las mujeres. Así, la violencia laboral es la violencia por la cual se obstaculiza el acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia, por tanto su objeto es quebrantar el derecho de igual remuneración por igual trabajo; también es aquella violencia que incluye el hostigamiento psicológico con el fin de lograr la exclusión laboral (Buompadre, 2013).

En virtud de esta definición, puede afirmarse que la normativa tuitiva de las mujeres víctimas de violencia resulta novedosa ya que hace un amplio tratamiento de todos los ámbitos en que las mujeres pueden padecer violencia como son el espacio social, laboral y estatal, prohibiendo en ellos la discriminación y el trato desigual. No obstante, tal como instruye Birgin (2009), el problema no es consagrar derechos, sino protegerlos; se trata de impedir que los derechos que asisten a las mujeres en cualquiera de sus ámbitos de actuación sean continuamente violados.

IV. 3 El activismo jurisdiccional

La corriente del activismo procesal es la dominante en la comunidad jurídica nacional en la actualidad. Esta escuela surgió allá por el año 1960 a merced de la motivación y del impulso que le imprimió Morello, seguido por discípulos, alecciona Peyrano (2009). Cada uno aportó, dentro del marco de sus ideas y de sus proyectos, a la consolidación de lo que hoy se denomina activismo procesal.

El activismo procesal se caracteriza esencialmente por: confiar en los magistrados; por ser creativo ya que ha aportado numerosos nuevos institutos y herramientas procesales; por tener buena respuesta legislativa; por involucrar una dinámica dentro de sus propios conceptos; por preocuparse ante todo por la resolución justa del caso y no tanto por no contradecir al sistema procesal dispositivo; por proponer una lectura distinta y más flexible de la Constitución (Peyrano, 2010).

Atento la exposición anterior, es dable destacar que en realidad lo que interesa es que se pongan al alcance de los jueces herramientas procesales útiles a los fines de lograr la verdad que dará el contexto de justicia buscada y que con cierto coraje civil no se

estremecerán al ponerlas en ejecución de corresponder y ser viables jurídicamente en un caso concreto (Masciotra, 2014).

El activismo judicial es una corriente doctrinaria que aparece entonces, tal como se viene manifestando, como flexible y permeable a sugerencias, exámenes y valoraciones que no comulgan con sus criterios en vez de preconizarse en una defensa obtusa y grosera de su línea de pensamiento. Es decir, llegado el caso, corrige sus eventuales defectos o excesos (Peyrano, 2010). Como consecuencia de ello, no puede sorprender que el activismo judicial privilegie ejercitar sus nociones sobre las verdaderas necesidades en vez de practicar una puramente intelectual tarea conceptual.

A modo de colofón se señala que en el activismo judicial prevalece, ante todo, la flexibilización, la agilidad procesal y la búsqueda constante de lo justo permitiendo que los jueces obren de una manera activa y dinámica dentro del proceso civil siempre respetando los postulados constitucionales del debido proceso, la igualdad procesal de las partes y la imparcialidad del sentenciante. Claro está que la Corte mendocina sigue esta tendencia.

IV. 4 Una causa similar

La actora, Sra. Montani, ingresó a trabajar en abril de 2006 a la empresa Andesmar S.A. Tras 4 meses de prestar tareas fue transferida a Condominios S.A, y luego en mayo del año 2010 vuelve a ser transferida a Tramal S.A y otros UTE, empresas demandadas. Se desarrolla en el cargo de gerente del área legal.

En diciembre de 2012 la actora se toma licencia por enfermedad con tratamiento psiquiátrico por trastorno ansioso depresivo por estrés laboral, ya que alegaba sentirse discriminada en el lugar donde prestaba sus tareas. Señala que le redujeron el salario, se lo abonaban en cuotas, su sueldo era menor al de sus compañeros varones que tenían el mismo cargo, la cambiaban de oficina a una mucho más pequeña y la dejaron sin personal a su cargo.

La accionada negó las acusaciones y destacó que la actora fue despedida por falta de confianza y porque no cumplía con sus tareas de forma idónea, que hizo abandono de trabajo ya que no presento los certificados correspondientes a la licencia.

En la Suprema Corte de Mendoza, en autos “Montani Tribio Daniela” (SC, Mendoza, 13/03/2020), los señores ministros resolvieron los autos de manera conjunta haciendo lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora a que se le pague la suma de pesos doscientos setenta y siete mil ciento veintiocho con 20/100 (\$277.128,20).

Señalaron, tras la valoración de las pruebas y del análisis del marco normativo vigente, que se vulneraron los derechos de la actora, dejándola en una posición de desventaja por el hecho de ser mujer. Agregaron que hubo un trato discriminatorio e intencional por parte de las empresas demandadas ya que pusieron a la actora en una posición de inferioridad, trasladándola de su lugar de trabajo, dejándola sin personal a su cargo, pagándole un salario menor.

V. 5 Postura de la autora

El fallo en comentario es sumamente valorable en tanto permite visibilizar la problemática de la violencia de género y la discriminación laboral de la mujer haciéndose cargo de su estudio en profundidad. En todo momento los magistrados intervinientes buscaron encontrar los indicios de la situación denunciada por la accionante al segregar punto por punto los agravios introducidos.

En ese sentido, y a tenor de la *ratio decidendi* que da sustento al fallo y de la exposición que se hiciera anteriormente de la doctrina y la jurisprudencia vinculada al expediente en comentario, se arriba a la conclusión de que lo que se exige en supuestos donde se imputa discriminación, es el juzgar con perspectiva de género o, en otras palabras, que la atención de los tribunales deberá enfocarse con otra mirada más detenida, dirigida a entender que hay ciertas situaciones que pueden solaparse; de allí la importancia de la prueba de la violencia y de la discriminación. Es innegable que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ha adoptado ese enfoque para resolver.

En definitiva, el buen magistrado debe procurar conciliar la protección de derechos e intereses de los justiciables y también ha de aspirar a encontrar la verdad jurídica material dentro del formalismo propio del debido proceso judicial. Para ello no debe olvidarse que, en causas como la aquí abordada, pesa sobre los hombros del demandado la carga de demostrar que no obró de tal o cual manera, cuando el accionante no pueda acreditar siquiera mínimamente el extremo denunciado o la existencia de indicios que lo hagan suponer.

Lo manifestado hasta aquí permite concordar con lo resuelto en tanto proponen consagrar la amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral de Mendoza (Ley N° 9109, 2018, art.54) que se sostiene en el ordenamiento interno, a través de la ley nacional 26.485 (Ley N° 26.485, 2009) y su decreto reglamentario 1011/2010 (dec. regl. 1011/2010, párr.4) asegurando de esta forma el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia. Además, a través del fallo, se promueve una mayor concientización social

ya que no depende del género de una persona un puesto laboral, sino su capacidad, sus conocimientos, su idoneidad, y demás aptitudes.

VI. Conclusiones

En esta instancia es preciso recordar que el objeto del comentario al fallo “Valdatta, Florencia Micaela” (SCJ, Mendoza, 2021) fue poner de manifiesto el contenido y alcance que surge de él; se trata de un fallo de imprescindible análisis en tanto expone la forma en que la magistratura actúa cuando se trata de discriminación de las mujeres trabajadoras. Lo relevante del comentario es que aborda especialmente la problemática que enfrentan aquellas mujeres que son vulneradas en sus derechos dentro del ámbito laboral.

La controversia se originó en el año 2012, cuando la empleada pidió cambiar su uniforme argumentando que a ella no le correspondía el talle que le habían dado porque le quedaba demasiado apretado al cuerpo y eso la incomodaba. Además, aseguró que esa vestimenta era el motivo por el que solía recibir frases inapropiadas de los clientes.

A tenor de esa plataforma fáctica, el resultado fue una causa concluyó en la Suprema Corte de la provincia de Mendoza. El tribunal condenó a la sociedad que explotaba una estación de servicio en la localidad de Guaymallén a indemnizar a una mujer que trabajaba como playera por obligarla a usar calzas de un talle menor al que le correspondía. El máximo tribunal provincial consideró que la actora fue víctima de discriminación, por lo que al resarcimiento por despido incausado se debía adicionar una suma de \$150.000 por el daño moral que se le había ocasionado.

En definitiva, el fallo en comentario es valorable en tanto permite visibilizar la problemática de la discriminación laboral de la mujer. Tal es así que lo que buscó la Corte mendocina para resolver fue hallar indicios de la circunstancia denunciada por la accionante, desmenuzando pormenorizadamente los agravios introducidos, algo que logró y que le permitió arribar a su decisión de dejar sin efecto la sentencia del *a quo* y de sostener que la cuestión principal no es más que la idoneidad en el empleo por lo que cualquier comportamiento que obviase tal requisito, debe ser tachada *a priori* de discriminatoria.

Más allá de lo dicho, solo cabe expresar la conformidad con la decisión de los magistrados del STJ de Mendoza ya que se ha advertido un decisorio contundente, sólido, razonable y justo. Asimismo se trata de un fallo que promueve indirectamente una mayor

concientización social ya que, como se adelantara, el trabajo no depende del género de una persona, sino de su capacidad, sus conocimientos, su idoneidad, entre otras aptitudes.

Por lo señalado, queda como conclusión que un posible desafío sería analizar cómo se puede implementar un mayor control para que se cumpla con lo que la ley de protección de la mujer y sus derechos estipula (entre otras legislaciones del orden constitucional/convencional), y no haya abusos ni discriminación cuando la trabajadora intente ejecutar sus tareas laborales.

VII. Referencias

1. Doctrina

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea
- Birgin, H. (2009) “Algunos comentarios sobre la ley nro. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres” DC10FA
- Bodelon, E. (2013) *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Didot.
- Buompadre, J. E., (2013) *Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal*. Córdoba: Alveroni
- Díaz, V.L. (2007). *Acoso laboral. ¿Un flagelo negociable?* Buenos Aires: Quorum
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*, (traducción G. Carrió) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Masciotra, M. (2014) *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires – Astrea
- Medina, G. (2013) *Violencia de género y violencia domestica: Responsabilidad por daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Organización Mundial de la Salud (2002) Informe mundial sobre la violencia y la salud. [Versión electrónica] Recuperado de www.who.int/iris/bitstream/10665/67411/1/a77102_spa.pdf
- Peyrano, J. (2009) “El cambio de paradigmas en materia procesal civil” LL 2009-E, 785
- Peyrano, J. (2010) “Los ISMOS en materia procesal civil” LL 2010-D, 954
- Stingo, N., Toro Martínez, E., Espiño, G., Zazzi, M.C. (2006) *Diccionario de Psiquiatría y Psicología Forense*. Buenos Aires: Polemós

2. Legislación

- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Ley N° 26.485. 2009. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009)
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Ley N° 9.109. 2018. Modifica el Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza (2018)
- PEN. Dec. regl. 1011/2010. Apruébase la reglamentación de la Ley N° 26.485 (2010)

3. Jurisprudencia

- STJ, Mendoza, Sala II, “V. F. M. c. A., SA p/despido” (7/5/2021)

STJ, Mendoza, Sala II, “Montani Trivio, Daniela c/ Trammat S.A. y otros U.T.E. s/ despido
s/ recurso extraordinario provincial” (13/03/2020)

ANEXO FALLO COMPLETO

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507_1/25

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA

PODER JUDICIAL MENDOZA

Foja: 45

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.

A N T E C E D E N T E S:

A fs. 19/24, Florencia Micaela Valdatta, por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial contra la

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507_2/25

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:

P R I M E R A: ¿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).

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 3/25

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.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=8271367507 4/25

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.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 5/25

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 verosímilmente 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...”.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 6/25

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 asignármeme –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 15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 7/25
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 15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 8/25
"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...”.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 9/25

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.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 10/25

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 patriarcalinquisitiva, 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 15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 11/25
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 2019).

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.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 12/25

(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

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 13/25

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 15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 14/25

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 transcrito,

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.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 15/25

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 o 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 15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 16/25
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, la 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 LGTBTTI 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.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 17/25

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).

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 18/25

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.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 19/25

Así las cosas y ante los hechos acreditados en la causa, es

decir, la sanción de suspensión impuesta a la 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 descriptos 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”.

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=8271367507 20/25

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 15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 21/25 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.-

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 22/25

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 la reparación 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 15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 23/25
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,

R E S U E L V E:

1°) 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

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 24/25

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

15/6/2021 *

www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=8271367507 25/25

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO

Ministro