



## **Estándar probatorio en los despidos discriminatorios**

Fallo “CORGATELLI, ALEJANDRO CEFERINO c/ TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A s/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENÉRICAS” (JNQLA3 Expediente 50176/2013) – Tribunal Superior de Justicia de la provincia del Neuquén. - Sala Laboral  
Acuerdo N°4, 26 de febrero de 2021

Modelo de caso

Alumna: Díaz Silvia Liliana

D.N.I. N° 17.868.717

Legajo: VABG83257

Fecha: 26 de junio de 2022

Carrera: Abogacía

Seminario Final de Abogacía

Titular Disciplinar y Profesora Experta: Lozano Bosch, Mirna

**Sumario:** I Introducción. II Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. III Análisis de la *Ratio Decidendi*. IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes jurisprudenciales, doctrinarios y normativos. V. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII. Referencias: i. Doctrina, ii. Jurisprudencia, iii. Legislación.

## Introducción

En la presente nota a fallo, se trae bajo análisis lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén el 26 de febrero de 2021 en los autos: “Corgatelli, Alejandro Ceferino c/ Telefónica de Argentina S.A s/ Despido directo por causales genéricas” expediente 50176/2013. En él se discutió y analizó si la finalización del vínculo laboral se produjo por una causal de discriminación, referida a su estado de salud.

Aquí es necesario y allí la importancia del presente análisis; si dentro de la relación laboral surgieron conductas reprochables, desiguales, discriminatorias. Conductas que cuestionan derechos consagrados y reconocidos por nuestra Constitución Nacional y por los acuerdos entre sujetos internacionales sobre derechos humanos, acuerdos o tratados que cuentan algunos con jerarquía constitucional y otros supra legal (Orihuela , 2021) (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), así también como normativa jurídica nacional y provincial.

“El derecho a la igualdad de trato y a no ser objeto de discriminación forma parte, sin duda, de los derechos fundamentales de la persona”, como lo expresa en su libro el Dr. Fanjul (Fanjul, 2013, pág. XI). Es que, y conforme lo manifestado en el considerando 4° del fallo “Álvarez”, el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado un nivel de máxima consagración, perteneciendo al *jus cojens*, que permea todo ordenamiento jurídico, tanto en el derecho internacional como en el interno (Fallos 333:2306).

La extinción del contrato laboral por voluntad unilateral del empleador es discriminatorio cuando produce la separación del trabajador de la comunidad laboral motivado por una conducta reprochable, que menoscaba, restringe e impide el pleno ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador (Seren Novoa, 2019).

El juez debe corroborar si el acto de despido tiene trasfondo o motivación en la discriminación. Para ello le es necesario analizar si están acreditados los hechos esgrimidos, si han sido probados y, en su caso, detectar la posible indeterminación que pueda surgir dentro de la premisa normativa (las leyes a aplicar) o la premisa fáctica (el o los hechos concretos ocurridos); es decir, los problemas jurídicos del caso.

Del fallo en cuestión surge que se encuentra controvertida la base fáctica de la causa, ya que la parte demandada interpuso recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley (art.15 incs. a, b y c de la ley 1.406) contra la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén. Por lo que, hallándose afectada la premisa o base fáctica en el presente caso, nos encontramos frente a un problema de prueba, es decir a la falta de precisión o de determinación para establecer qué sucedió. Los problemas de prueba afectan a la premisa fáctica del silogismo y corresponden a la indeterminación que surge de lo que Alchourron y Bulygin denominaron *laguna de conocimiento*. Esta situación surge cuando se conoce cuál es la norma aplicable al caso pero, por la ausencia de las pruebas aportadas por las partes, no se dirimen claramente los hechos suscitados (Alchourron y Bulygin, 2012).

## **II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal**

Se inició demanda ante los tribunales laborales de la ciudad de Neuquén capital, atento el despido sin causa, dispuesto por la parte demandada. El Sr. Corgatelli, manifestó que su despido en realidad se produjo por razones discriminatorias debido a su estado de salud. Fundó su reclamo en el art. 1º de la ley 23.592 y solicitó que se anulara su despido, se lo reinstalara en su mismo puesto de trabajo y que se le abonaran los salarios caídos desde la ruptura del vínculo laboral hasta que se efectivizara su reincorporación. Asimismo, reclamó una indemnización por la reparación del daño moral y por los daños materiales.

El actor indicó que su relación laboral inició en marzo del 1994, en el área de ventas donde se desempeñó hasta su desvinculación (13/02/2013). En julio del año 2010 sufrió un A.C.V. (accidente cerebro vascular) y que, luego de diversos tratamientos de

rehabilitación, se reincorporó a sus tareas con el alta médica en diciembre del 2010. Aunque quedó con secuelas motrices, manifestó que no tuvo consecuencias en el área cognitiva. El primer día que se reinsertó en el lugar de trabajo, el Sr. Yornet, su jefe directo, le dijo que “*buscara otro lugar de trabajo*”. Según el relato, fue afectado a nuevas tareas que le generaron mayor esfuerzo y fue transferido a otro sector. En febrero del 2013, recibió felicitaciones por parte de la empresa por su desempeño y, días después, su empleadora le notificó el despido sin expresión de causa.

El juez de Primera Instancia – a cargo del Juzgado Laboral N°3 de Neuquén– hizo lugar parcialmente a la demanda y, en el marco de despido discriminatorio, dejó sin efecto el despido, ordenó que se lo reinstalara en su puesto de trabajo y condenó a la demandada a abonar una suma dineraria, en concepto de daño moral. La sentencia fue apelada por ambas partes.

En segunda instancia intervino la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, confirmó la sentencia de primera instancia, incluyendo en la condena los salarios caídos hasta su efectiva reincorporación, con más los intereses devengados y los aportes a la seguridad social. Rechazó la apelación de la parte demandada quien interpuso recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén declaró admisible el recurso. Y en fecha 26 febrero del 2021, dictó la sentencia que es objeto de análisis. El Máximo Tribunal de la provincia, a diferencia de los tribunales que previamente intervinieron, rechazó la demanda en su totalidad.

### **III. Análisis de la *Ratio Decidendi***

El Tribunal, indica la importancia del análisis, atento que es necesario determinar si la decisión de la ruptura del vínculo laboral tuvo motivaciones discriminatorias, a causa de la salud del actor.

Es preciso efectuar la ponderación de los hechos acreditados a partir del estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Pellicori” (Fallos: 334:1387), esto es, quien invoca el acto discriminatorio tiene la carga de acreditar indicios

graves, precisos y concordantes. Recién a partir de allí, opera la presunción de discriminación, que podrá revertir la parte demandada con pruebas.

En el caso concreto, el Tribunal no consideró probados los indicios graves, precisos y concordantes, de donde se pueda presumir que el despido haya sido motivado por el estado de salud del actor, en consecuencia, no aplicó la presunción de discriminación. Atento no existir contemporaneidad entre la reunión del actor con su jefe directo y la fecha de despido, además no existe relación entre la desvinculación laboral y su estado de salud – tenía el alta médica, sin readecuación de tareas u horario-. Asimismo, indicó que en la causa en cuestión se persigue la declaración de existencia de discriminación en el ámbito laboral y no de acoso laboral, atento lo manifestado en relación al cambio de cartera de clientes, situación que según el actor le había ocasionado contratiempos y esfuerzo de gestión.

Por lo antes expuesto no se puede, a través de los hechos manifestados y lo probado, llegar a determinar si efectivamente la motivación real del despido provenía de actos discriminatorios por parte de su empleador. Los vocales votaron en idéntico sentido, resolviendo, revocar la sentencia de primera instancia y rechazar la demanda interpuesta por el señor Corgatelli en su totalidad.

#### **IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes jurisprudenciales, doctrinarios y normativos**

Cuando se está denunciando la vulneración de un derecho fundamental a no ser discriminado, el o la Juez interviniente, debe analizar el caso a la luz de las normas constitucionales involucradas, los tratados internacionales de rango constitucional (art.75 inc. 22 de la C.N.), los principios *in dubio pro operario*, *in dubio pro debilis* y *pro homine*. A su vez, debe constatar el necesario correlato procesal como garantía de tutela judicial efectiva y, en especial, el aspecto probatorio que es de vital importancia en este tipo de casos (Soage, 2020).

La no discriminación junto con la igualdad ante la ley, forman parte de un principio fundamental y universal relacionado con la protección de los derechos humanos (CIDH, 2019). Por ello, dentro de cualquier contexto, el centro siempre será la persona humana y su dignidad (Berduc, 2016)

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, ha manifestado que, lo habitual es que la discriminación sea una acción presunta, no algo patente ni fácil de demostrar. La misma Comisión, al referirse al convenio 111 de la O.I.T sobre discriminación (empleo y ocupación 1958), ratificado por nuestro país en 1968, reconoció la dificultad para probar el acto discriminatorio y consideró que el tema de la carga de la prueba tiene una relevancia fundamental en toda discriminación alegada (Maza, 2019).

A partir del caso “Pellicori Liliana S c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo” (Fallo 334:1387) se fijó un precedente en materia probatoria. A partir de él, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consagró un estándar probatorio, para la acreditación de actos o hechos discriminatorios como causal o motivación del despido, correspondiendo analizar las pruebas producidas desde esa perspectiva. Donde no se exime de prueba a quien alega la discriminación, sino que la parte deberá acreditar los hechos que *a prima facie*, resulten reales, acertados, idóneos para inducir su existencia, y entonces corresponde al demandado probar que su motivación para la ruptura del vínculo laboral, fue ajena a todo tipo de discriminación (Maza, 2019).

Es así que la existencia del motivo discriminatorio se considerará probado, si el trabajador demuestra de manera verosímil, que dicha motivación es la causa del despido, conforme lo manifestado por el Dr. Juan Carlos Maqueda, en el quinto consideran en “Fontana Edith Fabiana c/ Cibie Argentina SA s/Juicio Sumarísimo” (CNT 08/04/21).

No basta con alegar un obrar discriminatorio, sino que el trabajador deberá acreditar la existencia de elementos que, aunque no creen convicción plena, sean indicios, graves, precisos y concordantes del accionar discriminatorio. En los autos “C.P.A c/ Arcano S.A y Otros s/ Despido”, la trabajadora con los testimonios de los testigos ofrecidos por ella y las constancias médicas acreditadas, generaron serios indicios de que era tratada en forma hostil y denigrante en virtud de sus padecimientos físicos. Por ello se consideró que hubo un obrar discriminatorio por parte de su empleadora a raíz de su enfermedad.

La C.S.J.N. ha dicho que la prueba es la actividad procesal encargada de generar la certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del que

litiga, quien corre el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud o conducta omisiva (Fallos: 318:2555 citado en (Agriman (Coord Gral), 2017).

Es importante señalar que las conductas discriminatorias mencionadas en la ley 23.592, no son un listado cerrado o limitado, sino que cualquier acto arbitrario que tenga como fin impedir o menoscabar el pleno ejercicio de derechos y garantías consagradas en nuestra Constitución, es discriminatorio (“Caminos” Fallos: 344:1336).

La actora era preceptora en un colegio de la provincia de Córdoba del que fue despedida luego que se hiciera pública su relación sentimental con un ex alumno de la institución educativa. Consideró que su despido era discriminatorio en los términos del art. 1º de la ley 23.592. En su voto, el Dr. Rosenkrantz indicó que el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba desconoció los estándares vigentes para analizar los supuestos de despidos discriminatorios, en los términos de la ley citada y en concordancia con los derechos constitucionales reconocidos. Debe considerarse que cualquier restricción del derecho a trabajar, motivada en la valoración de la vida privada, que no guarde relación con las obligaciones que surgen de un contrato de trabajo, configura un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592. Asimismo, aclaró que no desconocía la facultad de la empleadora de despedir sin causa, aunque se reconoce límites, si se encubre un accionar discriminatorio.

Atento el repudio que generan en la sociedad las formas de discriminación, no son acciones explícitas, sino encubiertas, según lo manifestó la Dra. Craig –con adhesión del voto del Dr. Fernández Madrid- en: "Area Soporte Marketing S.A c/Triglia Andrea Beatriz s/Consignación". Indica,-que es necesario efectuar una mirada de los hechos más allá de su expresión literal, prestando atención a aquellos que adoptan algunas figuras jurídicas que disimulan las circunstancias reales. Aunque existe una norma legal que establece la prohibición de discriminación, la víctima tiene grandes inconvenientes si se ve obligada a presentar todos los elementos de prueba. Aunque para superar esta dificultad, la carga de la prueba es trasladada en gran medida, al demandado para que justifique el accionar que implicó el o los actos discriminatorios (Craig & En, 2011).

El trabajador o trabajadora tiene la carga de aportar un indicio razonable de que los actos de su empleadora lesionaron un derecho fundamental. No basta una mera alegación,

sino que es necesario que acredite la existencia de algún elemento que ponga de manifiesto o que induzca al juzgador a una creencia racional sobre su posibilidad, a fin de configurar un cuadro indiciario (Soage, 2020).

El indicio es un hecho conocido del que se puede deducir la presencia de otro desconocido, es un hecho demostrado o conocido que permite inferir lógicamente la existencia de un hecho controvertido o desconocido por las partes (Acosta, 1996). Asimismo, se debe tener presente que cualquier prueba incompleta que no logra formar el convencimiento del juez, no puede ser considerada indicio (Echandía, 2000).

Las presunciones constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su precisión, gravedad y concordancia producen convicción, conforme con las reglas de la sana crítica (art.163, inc. 5° C.P.C.C.N.). Se trata de las llamadas presunciones judiciales o presunciones hominis, pues las consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de la existencia de hechos o indicios que son reales y probados. Así, el indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido, debidamente comprobado, apto para llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. El indicio es un hecho que por sí solo no tiene valor alguno, en cambio sí se relaciona con otros y siempre que sean graves precisos y concordantes, constituyen una presunción. Fenochietto T1 pág.592 (S/F) como se citó en (Soage, 2020). Esto es importante pues hay que tener presente que los indicios pueden llevar al juez la certeza sobre el hecho o únicamente al concepto de su probabilidad o verosimilitud (Echandía, 2000).

## **V. Postura de la autora**

La postura de esta autora es coincidente con lo resuelto por el Tribunal Superior en el fallo bajo análisis, de acuerdo a lo que se expone a continuación.

Ante el problema, de si era la enfermedad del trabajador el móvil real en el despido sin causa, el Tribunal se enfrentó con serios inconvenientes probatorios. Como ya se expuso en el punto anterior, la discriminación no suele presentarse con claridad o, como lo manifestó la Dra. Craig en la sentencia ya citada “Área Soporte Marketing SA”, las formas de discriminación no son acciones explícitas sino encubiertas, por lo que resulta compleja su prueba.



En estos autos, las pruebas testimoniales producidas versaron sobre los hechos acontecidos cuando al actor le dieron el alta médica y se reincorporó a su actividad laboral, en diciembre de 2010. Estas son, la reunión del actor con el sr. Yornet, su superior, el día de su reincorporación, quien le dijo “que se buscara otro trabajo”; la consulta del sr. Yornet con otro gerente sobre “si contaba con algún puesto”, entre otras. A partir de allí y hasta principios del año 2013, según surge en la página 16 de la sentencia, no obra en la causa elemento alguno que permita inferir que el despido del sr. Corgatelli pueda tener vinculación con su estado de salud, menos aún con las secuelas físicas producto del A.C.V. padecido. Existe una interrupción temporal, entre los hechos o situaciones marcadas y el acto discriminatorio, es decir no surge claramente el nexo causal que pueda relacionar o unir inductivamente el hecho o hechos con el móvil discriminatorio.

En virtud del estándar probatorio consagrado por la C.S.J.N., para la parte que invocó un acto discriminatorio le es suficiente acreditar hechos que a prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia (“Pellicori”). En este caso no se acreditó la existencia de indicios graves, precisos y concordantes (art.163, inc. 5° del C.P.C.C.N.) que demostraran de manera verosímil la motivación discriminatoria del despido (“Fontana”). Por ello el Tribunal Superior revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda en su totalidad.

A partir del análisis y la lectura de los distintos aportes que fueron reseñados en la nota a fallo, llama la atención que: a) el actor demanda que el despido es debido a su “estado de salud”, pero no surge con certeza cuál es ese estado en el momento del despido. ¿Persistieron las secuelas motrices? El A.C.V. que padeció el actor, con el paso del tiempo ¿le generó otro tipo de consecuencia o patologías? b) en el caso transcurrieron más de dos años desde el A.C.V. hasta el despido sin causa; podría ser un precedente dejar transcurrir un plazo superior a dos años y despedir sin causa a cualquier trabajador (“problemático” o “conflictivo”) y ¿no ser demandado por discriminación? c) En relación a la reincorporación del trabajador, en caso de probarse el despido discriminatorio, ¿es bueno restablecer para las partes el vínculo laboral roto? –teniendo en cuenta que en primera instancia había sido ordenado en el fallo en análisis, la restitución a su puesto de trabajo.

## **VI. Conclusión**

En conclusión, ante la percepción por parte del trabajador desvinculado de su empleo -sin causa-, que fue objeto de discriminación, inicia ante los tribunales judiciales la búsqueda de protección de sus derechos.

Porque si bien el despido sin causa está consagrado en nuestra legislación y existe una fórmula indemnizatoria en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que pretende reparar los daños provocados por la ruptura injustificada, no configura un acto lícito cuando se produce con intención de discriminar.

Ahora bien, no basta con la percepción personal o la alegación por parte del trabajador, es necesario que lo pruebe. Para ello, y atento el estándar fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, deberá aportar indicios razonables verosímiles, que exterioricen la intención del discriminador.

En “Corgatelli”, ante el problema probatorio planteado, donde se alegaba despido discriminatorio, el Tribunal Superior de la provincia falló a la luz de las normas constitucionales y los tratados internacionales de rango constitucional (Soage, 2020). De conformidad a las pruebas aportadas y a las reglas de la sana crítica, rechazó la demanda en su totalidad, atento que la parte actora no había logrado acreditar hechos que, verosímilmente apreciados, hicieran presumir al Tribunal el extremo discriminatorio pretendido.

## Referencias

### *i Doctrina:*

- Acosta , J. (1996). Vision Jurisprudencial de la prueba civil - Tomo II .Santa fe: Rubinzal Culzoni.
- Agriman (Coord Gral), L. (2017). ley 921 Procedimiento Laboral de la provincia del Neuquén. Buenos Aires: Universitaria EDUCO -UNC-.
- Alchourron y Bulygin. (2012). Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires: Astrea.
- Berduc, J. (2016). El Derecho humano a no ser discriminado. Aportes del Der. Internacional . Derecho Laboral Tomo I Rubinzal Culzoni , 83 a 108.
- CIDH, J. (Julio de 2019). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de Cuadernillo de Jurisprudencia numero 14 (actualizado a Julio/19): <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>
- Craig, F. M., & E. E. (2011). Boletin de Jurisprudencia de la CNTrab, RCJ 10845/11. *CNAT sala VI*.
- Echandía, H. D. (2000). Compendio de la Prueba Judicial - Tomo II. Santa FE: Rubinzal Culzoni.
- Fanjul, A. (2013). Discriminación por Enfermedad en el Derecho Laboral. Buenos Aires: ASTREA.
- Maza, M. (2019). Tutela judicial frente a actos discriminatorios dañosos en las relaciones de trabajo. Revista de Derecho Laboral Tomo 1 Rubinzal Culzoni, 91 a 103.
- Ojeda, R. (2005). Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada Tomo III. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Orihuela , A. M. (2021). Constitución Nacional Comentada. Buenos Aires: Estudio S.A.
- Seren Novoa, G. (2019). Despido, Despido Discriminatorio y Despido Represalia . Derecho Laboral. Rubinzal Culzoni, 23 a 47.
- Soage, L. M. (2020). Prueba, carga de la prueba y valoración de la prueba. En F. S. Herrera M, Tratado de Generos Derechos y Justicia (pág. 403 A 471). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

*ii. Jurisprudencia:*

"Alvarez Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A s/acción de amparo", Recurso de Hecho - Fallos 333:2306 (CSJN 07 de 12 de 2010).

"Area Soporte Marketing S.A c/Triglia Andrea Beatriz s/Consignación", 20471/09 (CNAT SALA VI 30 de 06 de 2011).

C.P.A c/ Arcano S.A y Otros s/ Despido, SALA II (CAMARA NACIONAL DEL TRABAJO 30 de 09 de 2020).

Caminos Graciela E c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto S/Despido, Fallos: 344:1336 (CSJN 10 de junio de 2021).

"Corgatelli, Alejandro Ceferino c/ Telefónica de Argentina S.A s/ Despido directo por causales genéricas", Acuerdo N°4 (50176/13) (Tribunal Superior de Justicia - Sala Laboral 26 de 02 de 2021).

"Fontana Edith Fabiana c/ Cibie Argentina SA s/Juicio Sumarísimo", CNT 20925/2015/1/RH1 (CNT 08 de 04 de 2021).

Pellicori Liliana S c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo, Fallos: 334:1387 (CSJN 15 de 11 de 2011).

*iii Legislación:*

Ley 24430 (1994) Constitución Nacional Argentina. Honorable Congreso de la Nación Argentina B.O 10/01/1995

Ley 23592 (1988) Ejercicio de Derechos y Garantías constitucionales. Honorable Congreso de la Nación Argentina. B.O.5/9/1988 N°26458

Ley provincial N° 921 Procedimiento laboral – Contrato de Trabajo - Honorable Legislatura Provincial del Neuquén B.O 30/10/75

Ley provincial N° 1406 (1983) Recurso de Casación- Honorable Legislatura Provincial del Neuquén- B.O 18/02/1983