

UNIVERSIDAD SIGLO 21



SEMINARIO FINAL

MODELO DE CASO. NOTA A FALLO

TEMA: PERSPECTIVA DE GÉNERO.

EI DESPIDO DISCRIMINATORIO BASADO EN EL SEXO

**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: 07/05/2021**

NOMBRE: ROMINA ELIZABETH AVALOS

LEGAJO: VABG101081

DNI: 26.512.823

Sumario I. Introducción - II. La premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal - III. Análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia – IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales – V. Postura de la autora – VI. Conclusión – VII. Referencias

I. Introducción

Han pasado muchos años y todavía hoy la mujer continúa sintiendo el yugo opresor del patriarcado sobre su vida. Esto queda demostrado al realizar una simple lectura del pronunciamiento “Valdatta, Florencia Micaela c/ASFALIA SA p/despido p/recurso extraordinario provincial”, en donde la empleada de una estación de servicio es despedida al negarse a utilizar una calza como uniforme. La trabajadora disenta en el uso del uniforme por considerar que atentaba contra su pudor, exponía su figura y hacía que los varones que pasaban por su lugar de trabajo le expresen comentarios inadecuados. El contexto laboral hostil y la discriminación afectan de manera negativa a la trabajadora debido a que se lesiona directamente su dignidad.

El pronunciamiento es significativo por dejar en evidencia que el uso de distintos uniformes entre trabajadores de una misma empresa implica la existencia de estereotipos basados en el género que colocan a la mujer como un objeto. Se resalta la exigencia del uso de un uniforme sexista que puede agrandar al varón pero que provoca humillación en la mujer. El fallo puede ser tomado como referencia por otras trabajadoras que sean obligadas a utilizar un uniforme que exponga su cuerpo y que las lesione en su pudor.

Dentro del ámbito laboral la discriminación de género puede ser entendida como aquellas “agresiones o diferencias que padece la persona por el hecho de ser mujer. Recordando que la discriminación puede disfrazarse de reglas válidas, incluso jurídicamente admisibles, conocida como “discriminación indirecta” (Gómez Orellano, 2021, p.1). Frente a la discriminación de género los empleadores tienen que enfocarse en la desconstrucción de las desigualdades a los fines de garantizar los derechos de todos los trabajadores.

El precedente sopesado contiene un problema jurídico de relevancia por considerarse que existe una duda respecto a la premisa normativa que permitiría alcanzar la solución del litigio (Mac Cormick, 1978). El problema de relevancia se relaciona con la aplicación del artículo primero de la ley 23.592 que establece:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

El artículo alude a que frente a actos discriminatorios por motivos de sexo deberá repararse el daño moral ocasionado. En el problema de relevancia resulta pertinente reconocer la existencia de la norma y considerar su sustancial aplicación frente al caso concreto para llegar a la justicia de manera objetiva.

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

Hechos

Valdatta, Florencia Micaela en calidad de actora interpone demanda contra su empleadora la petrolera Asfalia S.A. por los rubros despido, preaviso, multa artículo 2 ley 25.323 y diferencias salariales. La actora se desempeñaba como empleada de una estación de servicio en la que tenía que usar como uniforme una calza que era un talle más chico que el que requería. Entre las partes surge un conflicto respecto al uso del uniforme lo que lleva a la empleadora a suspender a la Sra. Valdatta. Al regresar a trabajar lo hace vistiendo un pantalón que era parte del uniforme de los varones, lo que molestó a la empleadora. La actora se ausenta unos días de su trabajo tras sentirse discriminada y es despedida por abandono de trabajo.

Historial Procesal

El *aquo* hace lugar a la demanda pero rechaza los rubros no retenibles multa prevista en el artículo 80 de la LCT y despido discriminatorio por considerar que la accionada no pudo probar la causal de abandono de trabajo. Además, no procede el despido discriminatorio por invocarse otra causal que no resultó probada por lo que el despido resulta injustificado.

La actora interpone recurso extraordinario provincial contra la sentencia de la Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial aduciendo que existía arbitrariedad tras haber omitido pronunciarse respecto al despido discriminatorio. Además, consideró que no se tuvo presente el intercambio epistolar entre las partes, dejando sin considerar las injurias vertidas como también el abandono de trabajo. Aduce que no se consideró la pericia psicológica que demuestran las secuelas emocionales de la actora tras lo vivido.

Sentencia

El recurso resulta admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza quien fija que la parte dispositiva deberá abonar la condena por daño moral adicionando los intereses correspondientes. Además, impone las costas de esta instancia a la parte vencida.

III. Análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia

Dentro de los argumentos vertidos por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza se tuvieron en cuenta varios pronunciamientos donde se tomaba el tema del despido discriminatorio. Uno de ellos fue el fallo “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que ante un despido discriminatorio es el sujeto pasivo quien “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”. Tomando en consideración el mencionado precedente se resaltó que el caso en análisis es susceptible de ser calificado como despido

discriminatorio y que frente a ello, el testimonio esgrimido por la víctima cuenta con un valor fundamental al momento de determinar la responsabilidad correspondiente.

Que la empleadora no permitiera el uso de otro uniforme a la actora era una limitación que recaía de manera directa por su condición de mujer, lo cual marcaba claramente una discriminación respecto al sexo. Esto evidenciaba una situación de desigualdad y discriminación por ser mujer que impone el análisis de los hechos desde una perspectiva de género.

Desde su postura la empleadora no se adapta a los cambios sociales y termina por violar normas tales como la 26.743 de identidad de género que brinda garantía de las expresiones de género donde se encuentra incluida la vestimenta. Todas las personas tienen el derecho de expresarse conforme a su identidad y ninguna empresa puede impedirlo, porque esa negación implicaría un acto discriminatorio.

La Corte entendió que la celebración de un contrato de trabajo no implica la restricción de derechos constitucionales para el trabajador. El uso de uniformes diferentes para hombres y mujeres implica la existencia de un estereotipo patriarcal dirigido a tomar el cuerpo de la mujer como una cosa y degradarlo. Bajo esos argumentos el Dr. Adaro establece que existió daño moral fundado en el artículo 1 de la ley 23.592. Esgrime asimismo que el daño moral resulta difícil de cuantificar debido a que es imposible medir el sufrimiento humano por lo cual es subjetivo la valoración del monto aplicable conforme lo que decida cada tribunal.

IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

La relación contractual que une al empleador y a su dependiente puede extinguirse mediando distintas causas. Existen algunas situaciones en donde por sí mismas se produce la disolución de la relación laboral por ejemplo en caso de la muerte del trabajador. Pero el contrato de trabajo tiene una disposición de continuidad y en cierta medida se encuentra sujeto a los comportamientos que el trabajador pueda tener o a

decisiones que las partes puedan tomar y que determine la permanencia de la relación laboral. El empleador cuenta con la posibilidad de disolver el contrato sin causa aunque esté en muchos casos resulte arbitrario. El despido resulta directo cuando es el empleador quién decide poner fin a la relación contractual que lo une con el dependiente (Vázquez Vialard, 2008)

Dentro de los despidos directos se encuentra el despido discriminatorio que es aquel que se funda en motivos raciales, religiosos, sexuales, políticos y también gremiales. En el fallo que se analiza la actora funda su demanda en la discriminación por motivos de género, este tipo de acto discriminatorio se encuentra vinculado con su condición de mujer.

Cuándo se aluden a la discriminación generalmente se lo hace en como un disvalor o en sentido negativo. Lo que se debe tener en consideración es que este término en sí mismo no resulta ni negativo, ni configura un disvalor, sino que es por el contrario, resulta neutro. Discriminar significa separar, diferenciar una cosa de otra. Entonces, cuando se aluden a despido discriminatorio se trata de un despido motivado por una discriminación de tipo ilícita, la cual se encuentra prohibida dentro del ordenamiento jurídico por distintas legislaciones (García Biagosch, 2011)

La gran mayoría de las normas jurídicas coincide en establecer estos motivos para sustentar los actos de discriminación. Al menos así lo manifiestan el artículo 17 de la LCT cuando reconoce que: “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad” y la ley de Actos Discriminatorios en el artículo 1 cuando regula: “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Sí bien la discriminación es un acto prohibido por la ley resulta del motivo que lo provoca y no directamente de la conducta del empleador. Es por ello, que no toda discriminación resulta violatoria a un derecho subjetivo del trabajador. Solamente lo será cuando la razón del acto discriminatorio se tenga por motivos aquellos a los que ley les

prestado una protección especial y deben ser respetados como es el caso del sexo, la raza, la religión, la nacionalidad, entre otros (Rodríguez Mancini, 2007). Tomando como motivo de discriminación el sexo es entendible que tanto hombre como mujeres se encuentran en un mismo plano de igualdad, por lo que no debería existir discriminación.

En los casos en que medie despido discriminatorio el empleador como responsable del acto de discriminación tiene la obligación de indemnizar al trabajador afectado por los daños morales de esa conducta ilícita y de ser posible debe dejar sin efecto el acto discriminatorio (De la Fuente, 2011). La jurisprudencia en la causa "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo" sostuvo que las disposiciones de la Ley 23.592 resultan aplicables a los despidos discriminatorios que se manifiesten dentro de las relaciones privadas y siempre que el trabajador haya procedido a reclamar el acto y su reincorporación laboral.

Mucho se ha discutido respecto a quien tenía la obligación de probar el acto discriminatorio. El empleador no suele resultar la persona más adecuada para aportar el material probatorio debido a que en la mayoría de los casos encubren el acto discriminatorio y proceden a despedir al trabajador sin causa.

Desde una tesis amplia, se afirma que el interesado en probar el acto discriminatorio es quien debe aportar el material probatorio y recae sobre el empleador demostrar que el despido tuvo una causa distinta a la discriminación (Scotti y Dubra, 2012). Esto encuentra su fundamentación en la idea de la carga dinámica de la prueba.

Respecto a la prueba del despido discriminatorio la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I en la causa "Castillo, Marcelo Catalino y otros c. Tyrolit Argentina S.A.", consideró que: "no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto con indicios suficiente en tal sentido, quedando a cargo del empleador la justificación de que el acto obedeció a otros motivos"

V. POSTURA DE LA AUTORA

Dentro del precedente se encontró un problema jurídico de relevancia, ya que se considera que existe una premisa normativa que puede dar solución al litigio y se debe identificar si el artículo número 1 de la ley 23.592 de Actos Discriminatorios es el que resulta aplicable para resolver el conflicto. En el artículo se hace referencia a que frente a actos discriminatorios por razón de sexo resultaría reparable el daño moral ocasionado.

Desde una postura personal se considera que este pronunciamiento resulta muy significativo debido a que permite evidenciar que el uso de distintos uniformes para los trabajadores dentro de una misma empresa se encuentra sustentado en la idea de estereotipos de género que van a colocar a la mujer en una posición de objeto. Gómez Orellano (2021, p.1) considera que “Se advierten conductas en la comunidad laboral que implican diferencias para la trabajadora que, si no fuera mujer, no las sufriría”. La mujer es vista como un objeto que puede ser exhibido con una finalidad sexista la cual puede resultar atractiva para los hombres pero a su vez es denigrante para las mujeres.

De alguna manera, puede identificarse una situación de discriminación fundada en el género. Coincidiendo con lo expresado por Gómez Orellano (2021, p.1) la discriminación laboral basada en el género se encuentra frente aquellas “agresiones o diferencias que padece la persona por el hecho de ser mujer recordando que la discriminación puede disfrazarse de reglas válidas incluso jurídicamente admisibles conocidas como discriminación indirecta”.

En el fallo recayó sobre la actora el hecho de probar la discriminación y el empleador tiene a su cargo demostrar de que el despido no fue por causa de discriminación, sino que por el contrario, tuvo otras causales pudiendo aportar mayor cantidad de pruebas. De esta manera, frente a las pruebas aportadas por la actora pudo determinarse que el despido había sido discriminatorio y su testimonio fue fundamental para determinar la responsabilidad del empleador.

Obligar a la actora a usar un uniforme que fuera diferente al de sus compañeros de trabajo ya de por sí implica una desigualdad pero está desigualdad está directamente relacionada con su condición de mujer. Justamente el hecho de ser mujer es lo que establecía una discriminación respecto al sexo. En estos casos en que existe desigualdad y discriminación resulta relevante tener en cuenta al momento de analizar el material

probatorio la perspectiva de género. Se coincide con Micale (2021) quien afirma que en la causa existe violencia de género, ya que existen conductas apoyadas en ideas patriarcales donde es posible advertir la desigualdad entre los géneros y que la sociedad no ha evolucionado por lo que continua desvalorizando la imagen del género femenino.

Que entre el empleador y su dependiente medie un contrato de trabajo no implica que deba restringirse los derechos del trabajador. El uso diferente uniformes entre hombres y mujeres sigue manteniendo una línea de pensamiento patriarcal en donde la mujer se encuentra en una situación de inferioridad respecto al hombre y su cuerpo es tomado como un objeto, una cosa para mostrar. Desde estos argumentos es posible poder determinar que en la situación de la actora existió realmente daño moral el cual se encuentra justificado dentro del artículo 1 de la ley 23.592. Se coincide con lo expresado por la Corte en el hecho de que cuantificar el daño moral resulta casi imposible debido a que no es factible medir el sufrimiento humano. Cada persona vivencia su sufrimiento de una manera diferente y establecer un mismo valor para todos los casos resultaría muchas veces injusto. Es por ello que se considera necesaria la valoración subjetiva del juez frente al hecho para encontrar la valuación adecuada al daño moral.

VI. Conclusión

La discriminación dirigida hacia la mujer se hace presente dentro de todos los ámbitos y parece reforzarse en el laboral debido a que en algunas empresas se utiliza el cuerpo de la mujer como un objeto con fines sexistas. Proceder a despedir a una empleada porque se niega a utilizar un uniforme que la denigra como persona y vulnera su dignidad humana debería llevar una sanción mayor para el empleador y no sólo el resarcimiento pecuniario. Existen muchos daños que no se logran compensar con dinero y que es imposible retomar al estado anterior, el daño moral es justamente uno de ellos.

Es fundamental que en los tiempos que corren las personas trabajadoras puedan ser tratadas de manera igualitaria, sin que existan distinciones infundadas respecto al sexo. Todos los trabajadores deben recibir el mismo trato y contar con los mismos

derechos cuando se encuentran en idénticas situaciones, de esta manera se logrará la igualdad real.

VII. Referencias

Doctrina

- ❖
- ❖ De la Fuente, H. (2011) *La Suprema Corte y el despido discriminatorio*. Buenos Aires: La Ley.
- ❖ García Biagosch, L. (2011) *Aplicabilidad de la Ley 23.592 al despido discriminatorio*. Buenos Aires: La Ley
- ❖ Gómez Orellano, J. (2021) *La Corte de Mendoza se pronuncia sobre la discriminación de género en cuestiones laborales, en un caso en que se obligó a la trabajadora a usar vestimenta inapropiada*. Buenos Aires: La Ley.
- ❖ Mac Cormick, D. (1978) *Legal Reasoning and Theory*. Oxford: Claredon Press
- ❖ Micale, A. (2021) *Fallar con perspectiva de género: despido discriminatorio y daño moral*. Buenos Aires. La Ley.
- ❖ Rodríguez Mancini, J. (2007) *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. 2° ed. Buenos Aires: Astrea
- ❖ Scotti, H. y Dubra, D. (2012) *La carga de la prueba en los casos de despido discriminatorio*. Buenos Aires: La Ley
- ❖ Vázquez Vialard, A. (2008) *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tomo I. 10 ed. Buenos Aires: Astrea

Legislación

- ❖ Congreso de la Nación. (1994). Ley N° 24.430. Constitución Nacional.
- ❖ Congreso de la Nación. (1974). Ley 20.744 de Contrato de Trabajo
- ❖ Congreso de la Nación Argentina (1988) Ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios.

Jurisprudencia

- ❖ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”. (15/11/11)
- ❖ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo”(07/12/2010)
- ❖ CNTrab., sala I, "Castillo, Marcelo Catalino y otros c. Tyrolit Argentina S.A." (27/10/2009)

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala II(SCMendoza)(SalaII)

Fecha: 07/05/2021

Partes: V., F. M. c. Asfalia, SA s/ despido s/ recurso extraordinario provincial

Publicado en: LLGran Cuyo 2021 (octubre) , 4, con nota de Pablo A. Devoto; LA LEY 15/10/2021 , 4, con nota de Julio Gómez Orellano; RDLSS 2021-23, 13/12/2021, 43 - RDF 2022-I , 209, con nota de

Adriana A. Micale;

Cita: TR LALEY AR/JUR/72392/2021

Sumarios:

1 . El rubro daño moral correspondiente al art. 1º de la ley 23.592 debe prosperar. La accionada nacional no ha logrado desvirtuar mediante prueba en contrario que, en definitiva, 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 esta, 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

Jurisprudencia Relacionada(*)

Corte Suprema

[1] En “[Álvarez, Maximiliano](#)”, Fallos: 333:2306, TR LALEY AR/JUR/77141/2010 y “[Pellicori](#)”, Fallos: 334:1387, TR LALEY AR/JUR/68958/2011 , estableció la doctrina sobre el despido discriminatorio; en “[Sisnero](#)”, Fallos: 337:611, TR LALEY AR/JUR/15946/2014 , se pronunció sobre la discriminación laboral contra la mujer.

(*) Información a la época del fallo

2 . La ley nacional 26.485 es una norma orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los “derechos de las mujeres”. 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 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 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 se aparten en la adopción de decisiones del contexto fáctico que es propio a este género de conductas.

3 . Acreditado el despido discriminatorio, corresponde fijar el daño moral sufrido por la trabajadora en la suma de \$ 150.000, 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, situación que marcó una notoria diferencia respecto del uniforme que era exigido al personal masculino, además de la angustia e incertidumbre que debió padecer en relación con el futuro de su situación laboral. Esto, con más los intereses que deben ser calculados hasta la fecha de la sentencia, conforme lo determina la ley 4087 y desde allí hasta el efectivo pago, conforme a la tasa que determinó la sentencia de grado.

4 . La sanción de suspensión impuesta a la trabajadora 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, uniforme que era distinto al que usaban los varones y que le resultaba incómodo, contrario a su pudor, que la exponía a recibir frases inapropiadas de los hombres que transitaban en la zona, sumado al despido sin causa dispuesto por la empleadora, evidencia una situación de desigualdad y discriminación por la condición de mujer que impone 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 (del voto del Dr. Palermo).

5 . Analizar con perspectiva de género nos permitirá tomar medidas que contrarresten las desigualdades estructurales basada en estereotipos, que impiden el pleno goce de derechos (del voto del Dr. Palermo).

6 . Si resulta evidente que la trabajadora 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 y preocupación por la pérdida del trabajo, corresponde hacer lugar al rubro daño moral establecido en el art. 1º de la ley nacional 23.592, solución que además se enmarca en los principios de la ley nacional 26.485

orientada a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres (del voto del Dr. Palermo).

7 . Si bien la empresa legalmente puede imponer el vestuario, ello es ilegal y excedió arbitrariamente sus facultades de dirección y organización cuando contiene una dimensión diferente para mujeres y hombres, atento a que hoy no existe argumento que justifique esta diferencia. En tal sentido la trabajadora comunicó los motivos de 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 (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

8 . Cualquier tipo de violencia ejercida sobre la mujer, en cualquier ámbito —incluido el laboral—, atenta no solamente contra el derecho a la igualdad y a la no discriminación, sino también contra el referido derecho a la dignidad y a la integridad humana (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

9 . La ley nacional 26.743 de Identidad de Género garantiza el respeto por las expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales, y resulta necesario evaluar el rol de las empresas, que deben acompañar un proceso de deconstrucción. 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 (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

10 . El reclamo por daño moral, fundado en lo dispuesto por el art. 1º 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 (arts. 1738 y 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). 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 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 (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

11 . El hecho de haber determinado qué vestimentas eran para varones y cuáles para mujeres implica un estereotipo patriarcal tendiente a visualizar a la mujer destacando su cuerpo como instrumento. La imposición de vestimenta sexista importa una cosificación y degradación del cuerpo (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

12 . Si no han sido acreditados aquellos parámetros que permitan la determinación del daño, y para el que la propia trabajadora ha estimado el monto que consideró compensatorio del perjuicio sufrido en la suma de \$ 81.364,53, monto que es razonable, ello, con más los intereses desde la fecha de la determinación de la deuda de valor, en la presentación de la demanda hasta la fecha del efectivo pago, este se efectivizará del siguiente modo: conforme a la tasa determinada por el plenario “Aguirre” (28/05/2009, TR LALEY AR/JUR/12438/2009) hasta el 30/10/17; y desde ahí conforme la tasa libre destino a 36 meses fijada por el plenario “Lancinas” (30/10/2017, TR LALEY AR/JUR/77894/2017) hasta la entrada en vigencia de la ley 9041 (del voto en disidencia parcial del Dr. Adaro).

Texto Completo:

Expte. n.º 13-03586356-1/1(152510)

Mendoza, mayo 07 de 2021.

Antecedentes:

A fs. 19/24, F. M. V., por medio de representante, interpuso recurso extraordinario provincial contra la sentencia dictada a fs. 421 y sgtes., de los autos N° 152.510, caratulados: “V. F. M. c/ Asfalia SA p/ Despido”, originarios de la Excm. 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:

1ª ¿Es procedente el recurso interpuesto?

2ª En su caso, ¿qué solución corresponde?

3ª Pronunciamiento sobre costas.

1ª cuestión. — El doctor Valerio dijo:

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

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

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

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

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

II. Contra dicha decisión, F. M. V., 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 solo 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: “Musatti Sergio Omar en J: 153.850 “Musatti Sergio Omar c/ Amigos del Jockey Club Social Cultural y Deportivo p/ Amparo” s/ inc. cas.” (sentencia del 16/3/17), como preopinante, tuve la oportunidad de fijar mi posición frente al despido discriminatorio, la que, si bien en dicho precedente estaba referida al ámbito del derecho sindical, contiene

ciertos principios generales respecto del despido discriminatorio.

4. En la causa A. 1023. XLIII. Recurso de hecho Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo (7/12/10), nuestro Címero Tribunal, en el considerando 5º 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. 4º.a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5º), 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. 5º.5.a y b)...".

Y en el considerando 10º) 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 este 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 disfavor del trabajador (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, entre muchos otros)...."

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

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

b. Así, en el considerando 11º) afirmó que "...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este 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 aquella 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...”.

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 solo 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 S. C., la administrativa V. S., y A. L. A.; 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 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 con las circunstancias particulares y probanzas que he analizado, surge un menoscabo a la Sra. V. por su condición de mujer, por lo que, entiendo de relevancia citar los conceptos vertidos en la causa “Navarro Orta” (sentencia del 06/08/20), luego reiteradas en los autos “Kraus” (sentencia del 01/11/20).

En primer lugar, debo mencionar que ya he tenido oportunidad de expedirme con anterioridad sobre la cuestión en diversos precedentes (sentencias penales “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lazza”, “Quiroga Morales”, “Ojeda Pérez”, “Vázquez Tumbarello”, entre otros entre otros). En dichas ocasiones, al momento de la revisión en esta instancia extraordinaria de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos sobre casos que resultaron encuadrados dentro de la violencia de género, destacué la necesidad de que “el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belém 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 solo 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” - Belém Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la

ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve que la reclamada aplicación de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, establecida en el inciso i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la República.

Esto no modifica sustancialmente nuestro sistema procesal provincial, el cual tiene previsto el principio de amplitud probatoria del art. 54 del Código Procesal Laboral (ley 9.109), según el cual “...Las partes pueden proponer, además, cualquier otro medio de prueba que consideren pertinente a la demostración de sus pretensiones...”.

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

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

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

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

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

Dicho de otro modo, es el contexto en el que se inserta el ilícito el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello por lo que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos necesarios para la determinación del hecho y la imputación de responsabilidad.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no 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.

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

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

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

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

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

Por ello destaco la relevancia de la ley 27.499 “Ley Micaela”, en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada n° 29.318 y su anexo “Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia” del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales (“Vázquez Tumbarello” sentencia penal de fecha 10 de diciembre de 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, solo 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 solo de la cuantificación del daño moral adicional a una indemnización por despido discriminatorio, el que debe fijarse conforme lo determina el derecho civil y debe responder a ciertos parámetros de razonabilidad (art. 1738 y 1741 del C.C.yC.).

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

d. En orden a fijar la reparación suficiente del daño moral sufrido por la trabajadora, considero razonable

seguir los parámetros fijados por la doctrina y jurisprudencia en tal sentido.

(i) La Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño; y que esta segunda operación debe hacerse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la extensión del resarcimiento, sea fijándolo en dinero, o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda Parte”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234/236).

Por lo tanto, habré de tener en cuenta en esta labor las pautas previstas por el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación que determina que el monto de la indemnización por daño moral debe fijarse ponderando las satisfacciones substitutivas 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 aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, 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 substitutiva 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 substitutiva que pudiera acercarse con el mayor grado de certeza posible a una justa compensación que procure resarcir en alguna medida el daño moral que el siniestro le ha producido (SCJM, “Marino”, 21/12/18).

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

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

Así voto.

El doctor 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 descriptos 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), F. V. fue apercibida por no utilizar el uniforme completo obligatorio (fs. 03, nota de Oil Asfalia S.A. de fecha 04/06/2013) y luego sancionada con tres días de suspensión ya que se le informó: “que tenía que presentarse a trabajar con el uniforme reglamentario de playera de Oil combustible y usted insiste en presentarse con el uniforme de Oil masculino” (el subrayado es transcripto, nota de fs. 04, de fecha 07/11/2013).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d. Cabe asimismo resaltar todo el plexo normativo relativo a la prohibición de realizar discriminación e incurrir en actos de violencia, incluidos los ejercidos en razón del género, a saber: a la Constitución Nacional, arts. 14 bis, 16, 19 y 75, incisos 22 y 23; a la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2, 7, 23 y 25; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 26 y cc.; al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2,3 y 7; a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; a la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer- Convención de Belém do Pará; a las Recomendaciones generales n° 19, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW); al Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (111); a la ley contra “Actos Discriminatorios”, N° 23.592; a la “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”, n° 26.485; a la Ley de Contrato de Trabajo, arts. 17, 75 y 81, “Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” (N°190), OIT aprobado por el Congreso argentino el pasado mes de noviembre, y a su Recomendación (n° 206).

5. Aplicados los conceptos al caso de autos, la clave está en determinar que la limitación impuesta por la empleadora era dirigida solo 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, a 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 cuál sea esta, 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 LGBTTTI y de las mujeres, a fin de obtener el efectivo respeto de sus derechos individuales, el proceso debe ser acompañado de políticas públicas integrales que permitan concretar dicha protección.

d. Por ello es por lo 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 F. V.

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

b. Conforme a ello y, teniendo en cuenta que no han sido acreditados en autos aquellos parámetros que permitan la determinación observo que, la propia trabajadora ha estimado el monto que consideró compensatorio del perjuicio sufrido, lo que señaló en la suma de pesos \$81.364,53; monto que considero razonable y ajustado a los parámetros jurisprudenciales de esta Sala, a los que remito en honor a la brevedad (SCJM “Carrica” 08/05/2017, “Andrade”, 01/08/2019, entre otros).

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

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

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

Así voto.

El doctor Palermo, en voto ampliatorio, dijo:

1. Adhiero a la solución que propone el colega que abre el acuerdo en relación con que en la presente causa se acreditó el despido discriminatorio de la Sra. F. M. V.

2. En ese sentido y tal como lo evidenció la sentencia en crisis, no existió la supuesta causa de abandono de trabajo que alegó la empleadora, conclusión que habilita a calificar al despido por razones de discriminación, tal como alegó y probó la trabajadora.

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

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

3. Ahora bien, los hechos 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”.

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

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

Es decir, analizar con perspectiva de género nos permitirá tomar medidas que contrarresten las

desigualdades estructurales basada en estereotipos, que impiden el pleno goce de derechos.

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

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

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

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

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

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

6. Bajo esta perspectiva entiendo que la Sra. V. 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 con 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 con 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 expone sus cuerpos, a pesar de que el mismo afecte su dignidad y el desarrollo de las tareas.

En conclusión resulta evidente que la Sra. V. 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.

2ª cuestión. — El doctor 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: “V. F. M. 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 con el futuro de su situación laboral.

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

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

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

Así voto.

Los doctores Adaro y Palermo adhieren al voto que antecede.

3ª cuestión. — El doctor 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.).

Así voto.

Los doctores Adaro y Palermo adhieren al voto que antecede.

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

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

resuelve:

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

hasta la fecha del efectivo pago.

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

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

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

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

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

Notifíquese. — José V. Valerio. — Mario D. Adaro. — Omar A. Palermo.