



*La carga probatoria en el despido discriminatorio a la luz del análisis del fallo dictado por la CSJN “Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A s/ Juicio Sumarísimo” (344:527).*

**Autor: Hoffmann José Daián**

**Legajo: VABG68947**

**Carrera: Abogacía**

**Tutor: Descalzo Vanesa**

**Institución: Universidad Empresarial Siglo XXI**

**Año: 2021**

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** Premisa Fáctica e historia Procesal. **III.** Análisis de la Ratio Decidendi. **IV.** Análisis y comentarios. **a.** Evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial en el despido discriminatorio. **b.** Postura del autor **V.** Conclusiones finales **VI.** Bibliografía

## **I. Introducción**

Cuando hablamos de discriminación en el ámbito del derecho laboral, más aún del despido discriminatorio en particular, es decir aquel que se origina por razones de raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial como en este caso, hablamos de que no solo se viola el derecho a la igualdad establecido por nuestra Constitución Nacional (art. 16 y 14 bis), y por distintos Pactos Internacionales tal como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 16; sino también que estamos frente a una violación de uno de los principios fundamentales que rigen en el derecho del trabajo, que es el principio a la igualdad de trato y no discriminación consagrados en los arts. 81 y 17 de Ley N° 20.744 respectivamente.

Al abordar la problemática jurídica del fallo en análisis, en primer lugar, se vislumbra un problema axiológico, es decir un conflicto jurídico entre reglas (artículo 14 de la ley 48) y principios superiores a las mismas (principio de defensa); primando en este caso, el segundo de ellos.

Pero, además, nos enfrentamos a un problema jurídico vinculado a la prueba. Si bien la jurisprudencia sentada por la CSJN en el Fallo Pellicori, fija un estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el ámbito del derecho laboral; se debe tener en cuenta que la discriminación tiene una notoria dificultad para ser acreditada.

Según este mismo estándar, la Cámara había considerado que “la prueba testifical evidenciaba un haz de indicios suficientes para presumir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad gremial”. A diferencia de ésta, la Corte interpreta que se logró acreditar a prima facie una causa seria y objetiva que fueron los

graves problemas económicos que atravesaba la empresa debido a la crisis del mercado automotriz, teniendo en cuenta además que junto con la actora habían sido despedidos otros 34 trabajadores; y por lo tanto la considera, ajena a toda discriminación.

Es por lo expuesto anteriormente que se evidencia un conflicto en la valoración de la prueba; y que requiere además de un profundo análisis posterior y desarrollo del mismo.

## **II. Premisa fáctica e historia procesal.**

El fallo en análisis tiene su origen factico a fines del año 2013, cuando luego de un conflicto gremial cuya raíz derivaba de la caída del mercado por la que la industria automotriz atravesaba en ese entonces, la empresa Cibie Argentina SA decide despedir a la Sra. Edith Fabiana Fontana, junto a otros 34 trabajadores por falta o disminución del trabajo.

Debido a esto, la Sra. Fontana entabla demanda contra su empleadora ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N°16, solicitando la nulidad del despido dado a que consideraba que encubría un despido discriminatorio por su desarrollo de la actividad sindical en sus últimos días dentro de la empresa.

El Tribunal de Primera Instancia no hace lugar al pedido de la actora, por lo que esta interpone recurso ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en donde la Sala VI revoca el fallo de Primera Instancia, declarando así la nulidad del despido, disponiendo la reinstalación de la Sra. Fontana en el puesto de trabajo, así como también el pago de \$150.000 en concepto de reparación del daño moral.

Contra dicho pronunciamiento, la empleadora interpuso recurso extraordinario, el cual fue denegado; por lo que decide interponer un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundado en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias; el cual fue admitido, emitiendo sentencia dicho Tribunal en fecha 08 de abril de 2021.

## **III. Ratio Decidendi.**

En la instancia en análisis, se arriba a la sentencia con voto mayoritario de la CSJN que hace lugar al recurso dado a que considera que de lo contrario se podría vulnerar la garantía de defensa, y avala el argumento de la empleadora de que el motivo del despido de la trabajadora y del resto de sus compañeros obedecía a una crisis de la empresa.

Por el contrario, el Dr. Horacio Rosatti indica en su voto en disidencia que ni siquiera debía ser admitido el recurso, dado a que “los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia del artículo 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega.

Para fundamentar la postura mayoritaria, los Dres. Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti citan el estándar probatorio fijado en la jurisprudencia sentada por el Fallo Pellicori, en el cual se establece que “la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado 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.”

En base a esto, deja sin efecto la sentencia apelada, interpretando que la decisión de despedir a la actora obedeció a los graves problemas económicos por lo que atravesaba la empresa, y que fueron oportunamente acreditados en instancias anteriores mediante un acta notarial en la que se detallaban las pérdidas, sus causas y el contexto; lo cual “configura a prima facie una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación.”

Por su parte, el Dr. Juan Carlos Maqueda realiza un reproche al fallo de Cámara por su “absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente”; por ello coincide en hacer lugar a la queja dejando sin efecto la sentencia apelada.

Contraria a la postura mayoritaria, el Dr. Rosatti considera que la Cámara si juzgó los elementos probatorios reunidos en la causa valorando que constituían “indicios suficientes que autorizaban a presumir que la demandante había sido víctima de discriminación. En efecto, consideró probado que la trabajadora no solo fue asistente activa a las asambleas que se realizaron...sino también que había cumplido el rol de “correa de transmisión” entre los delegados y los trabajadores, difundiendo propuestas gremiales, reivindicando la libertad sindical y militando para concientizar a sus compañeros, todo lo cual daba cuenta de que había existido un motivo discriminatorio, verdadera razón del distracto.”

En base a esto considera que el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba, y por lo tanto el recurso extraordinario debería haberse considerado inadmisibile.

#### **IV. Análisis y comentarios.**

##### **a. Evolución legislativa, doctrinaria y jurisprudencial en el despido discriminatorio.**

En el ámbito del derecho argentino encontramos consagrada en nuestra Constitución Nacional el derecho a la igualdad ante la ley, cuya contracara es la discriminación arbitraria entre los hombres.

La Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales consagra como garantía protectoria la estabilidad del empleo para aquellos trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial siempre que su designación se haya efectuado cumpliendo con los recaudos legales, y que ésta haya sido comunicada fehacientemente al empleador (artículo 49). La misma ley indica además que la violación a esta garantía, da derecho al afectado a solicitar judicialmente la reinstalación en su puesto.

Por su parte, la Ley 23.592 de Actos Discriminatorios en su artículo 1 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.”* Vemos aquí como se amplía la protección, ya que no solo ordena dejar sin efecto el acto discriminatorio, sino que además condena dichas acciones con la posibilidad de la reparación integral del daño causado, que alcanza inclusive el daño moral provocado.

A los antecedentes legislativos precedentes podemos sumar, entre otros, dentro de lo que llamamos el Bloque Federal Constitucional, al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que, en su artículo 26, expresa: *“Todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

También dentro del ámbito internacional, podemos citar al Convenio N° 111 de la OIT sobre la Discriminación y al Convenio N°135 de la OIT sobre los Representantes de los trabajadores, que en su artículo 1 reza: *“Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.”*

Como bien se expresó al inicio del análisis, el despido discriminatorio no solo atenta contra todas estas normas detalladas ut supra, sino que además viola uno de los principios rectores del derecho laboral, como lo es el principio a la igualdad de trato y no discriminación, expresamente consagrados en nuestra Ley 20.744 de Contrato de Trabajo en sus artículos 17 y 81 respectivamente, que establecen *“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 *“El empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador.”*

Teniendo en cuenta los antecedentes legislativos citados, de manera uniforme podemos extraer de ellos que la prueba del acto discriminatorio está a cargo de quien invoque la causal; es decir que dichas normas no crean presunción alguna, sino que simplemente ponen en cabeza del damnificado la prueba del hecho discriminatorio.

En referencia a esto, Julio A. Grisolia (2012) se expresa en el siguiente sentido: *“Por un lado, el trabajador que invoca la existencia de un trato discriminatorio debe acreditarlo, pero, a su vez –de existir un trato discriminatorio-, la empresa puede excepcionarse demostrando que ese trato desigual no es arbitrario ni discriminatorio, sino que responde a causas objetivas.”* (Grisolia, 2012, p 101)

Como bien lo expresa Gatti (2015), la jurisprudencia sentada por la CSJN en el Fallo Pellicori viene a poner luz en este conflicto de demostración de la prueba: *“A fin de allanar estos obstáculos, y en defensa de un principio elemental de justicia, en el caso “Pellicori” la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo “que una vez acreditado los hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para determinar la existencia de un acto discriminatorio, la carga probatoria corresponde a quien se reprocha la comisión de este delito. En consecuencia, en los casos en que la parte afirma ser víctima de un acto*

*discriminatorio, a ella le será suficiente acreditar indicios de la existencia de una discriminación, y será el empleador el que deberá desvirtuar, con su propia prueba, esos elementos indiciarios para no conducir a la convicción de que, en efecto, dicho acto impugnado tuvo el carácter que se le atribuía.”*

En ese mismo sentido se expresa Jorge W. Peyrano (2011), quien indica que con el fallo Pellicori se sienta el concepto de aligeramiento probatorio según el cual la víctima de un acto discriminatorio debe asumir un esfuerzo probatorio de baja intensidad, siendo el empleador quien debe probar fehacientemente que el despido obedeció a otros motivos ajenos a la discriminación.

Lo expresado anteriormente por estos autores, no implica que el trabajador quede eximido de demostrar en absoluto el hecho discriminatorio, sino que sobre él también pesa el hecho de demostrar por los menos indicios que permitan reconstruir, aunque con menor intensidad probatoria, el acto discriminatorio invocado. Así las cosas, recaerá sobre el empleador con mayor intensidad, la obligación de demostrar que el despido obedeció a una causa distinta, ajena a toda discriminación.

#### **b. Postura del autor.**

Si bien es sabida la dificultad probatoria a la que se enfrenta cualquier trabajador que intente demostrar la causal discriminatoria, en el caso en cuestión, la trabajadora bien podría haber argumentado que se encontraba amparada por la segunda parte del artículo 51 de la Ley 23.551 que establece que en los casos en que se proceda a reducir personal por vía de suspensiones o despidos y deba atenderse al orden de antigüedades, se excluirá para la determinación de ese orden a los trabajadores que se encuentren amparados por la estabilidad instituida en esa ley.

Pero para esto, debería haber acreditado los requisitos exigidos por el artículo 49 de la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales y por el artículo 3 del Convenio N° 135 de la OIT sobre los Representantes de los Trabajadores, para poder gozar de la garantía de la estabilidad en el empleo, extremo que no fue probado en ninguna de las instancias



procesales; sino que, por el contrario, simplemente la actora se limitó a probar que su actividad sindical había consistido en asistir a las asambleas realizadas y cumplir con el rol de comunicadora difundiendo propuestas gremiales, reivindicado la libertad sindical y militando para concientizar a sus compañeros.

Por su parte, el Profesor Jorge Elizondo (2021), interpreta que, en el caso en análisis, la Corte avaló un despido discriminatorio incluso fallando en contra de su propia doctrina sentada en el Fallo Pellicori (CSJN, Fallos: 334:1387). Empero, debe tenerse en cuenta los distintos contextos fácticos al comparar el fallo Pellicori, con el fallo en análisis. El primero de ellos, se trataba de un supuesto despido motivado en una justa causa; y el segundo, de un despido de una trabajadora, junto a otros 34 dependientes, compañeros de ésta, por razones económicas demostradas oportunamente por el demandado en donde probaba a través de estados contables las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto de crisis por la que estaba atravesando todo el sector automotriz en general.

Teniendo en vista lo expresado anteriormente, el estándar probatorio sentado en Pellicori, se aplica de modo correcto por la mayoría del Tribunal, dado a que el propio estándar establece *“que en los procesos civiles relativos a la Ley 23.592, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica.”* Entendemos, en contraposición al Profesor Jorge Elizondo (2021), que la diferencia entre la solución de un caso y el otro, no es la incorrecta aplicación del estándar probatorio, sino que los elementos probatorios acercados por las partes, y posteriormente analizados por el Tribunal, conllevaron a resultados contrapuestos.

## **V. Conclusiones finales.**

Luego de haber analizado y abordado en profundidad el tema, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- No estamos frente al caso de una postulante o representante gremial formalmente electo, protegido por la Ley de Asociaciones Sindicales, dado a que estos extremos no han podido ser probados por la actora.
- De todos modos, bien podrían rebatirnos que ninguna norma de las citadas a lo largo de éste análisis, exige que un trabajador haya desarrollado una actividad permanente en el ámbito gremial para que en caso de que sea despedido pueda encuadrarse en la ley antidiscriminatoria. Esto es correcto; pero no por ello podemos decir que resulta indicio suficiente el hecho de que varios testigos manifiesten que la actora realizaba actividades gremiales en forma contemporánea al despido; como para dar por probado que se trata de un despido discriminatorio; prescindiendo de analizar las pruebas traídas al juicio por la contraparte, ya que, de este modo, además, se vulnerarían las reglas del debido proceso y se violaría la garantía de defensa.
- El Fallo Pellicori fija un estándar probatorio, pero de ningún modo sienta presunción alguna, y la ley es clara al exigir determinados requisitos para gozar de la estabilidad en el empleo de representantes sindicales; que de aplicar esta protección a cualquier trabajador que no acredite dichos extremos sino por el mero hecho de haber ejercido cualquier actividad sindical por más mínima que fuere, estaríamos frente a una aplicación abusiva de la norma.

## VI. Bibliografía.

- **CSJN** “*Fontana Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A*” Dictado el 08/04/2021. Fallos 344:527.
- **CSJN** “*Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de abogados de la corte Federal s/ Amparo*”. Dictado el 15/11/2011. Fallos: 334:1387.
- **Elizondo J.** (18 de abril 2021) “*Discriminación y desprotección*”. <http://www.elcohetealaluna.com/discriminación-y-desproteccion/>
- **Ley 48 (1863)** “*Jurisdicción y competencia de los tribunales Nacionales*”.
- **Ley 23.592 (1988)**. “*Actos discriminatorios*”.
- **Ferreiro Estela M.** “*Despido discriminatorio*”. [https://www.cadaweb.org.ar/documentos\\_pdf/ley17677.pdf](https://www.cadaweb.org.ar/documentos_pdf/ley17677.pdf)
- **Constitución de la Nación Argentina.** <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- **Ley 20744 (1974)** “*Ley de contrato de trabajo*”. Leyes laborales y previsionales / compilado por Ricardo A. Parada, José Daniel Errecaborde; Francisco R. Cañada. 13ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2014.
- **Ley 20.744 (1976)** “*Régimen de contrato de trabajo*”.
- **Ley 23.551 (1988)** “*Asociaciones sindicales*”.
- **Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966)**.
- **Convenio 135 (1971) OIT** “*Sobre los representantes de los trabajadores*”.
- **Convenio 111 (1958) OIT** “*Sobre la discriminación*”.
- **Grisolia Julio A.**, “*Manual de derecho laboral*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A, 2012.
- **Gatti Angel E.**, “*Manual derecho del trabajo*”, Buenos Aires, Euro Editores, 2015.
- **Peyrano, Jorge W.**, “*Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzo diferentes*”, en *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, n° 79, Buenos Aires, 2011.