



**DISCRIMINACIÓN LABORAL EN RAZÓN DE GÉNERO: ANÁLISIS DEL  
FALLO “VALDATTA FLORENCIA MICAELA C/ ASFALIA S.A. P/ DESPIDO  
P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”**

**NOTA A FALLO**

**Carrera: Abogacía**

Autora: Alejandra R. Arancibia

D.N.I.: 23 574 684

Legajo: VABG76794

Prof. Directora: Romina Vittar

Mendoza, 2022

**SUMARIO: 1.- Introducción. - 2.- Reconstrucción de la premisa fáctica. Historia procesal. Decisión del tribunal. - 3.- Ratio Decidendi - 4.- Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. - 4.1- El principio de igualdad y no discriminación. - 4.2. La solución del ordenamiento jurídico interno al despido discriminatorio. - 4.3. Postura de la autora. - 5. Conclusión. - 6. Referencias bibliográficas. - 7. Anexo: fallo completo.**

## **1. Introducción**

En la presente nota a fallo se analiza un trato discriminatorio en el marco de una relación laboral, donde se discute cuál es el motivo de la ruptura de un vínculo laboral entre una empleada, la señora Florencia Valdatta, y su empleador, Asfalia S.A. Dicho de otro modo, se controversió la naturaleza jurídica de un despido. En este sentido, tiene dicho la doctrina que hay discriminación cuando el motivo de la ruptura del vínculo laboral no está relacionado a la ocupación de la empresa, ni a la labor o eficiencia del empleado; sino más bien, a prejuicios irracionales sobre determinados grupos o categorías de situaciones que el sistema legal antidiscriminatorio protege, a fin de evitar que el derecho a la igualdad de trato u oportunidades se vea vulnerado. (Samuel, 2012).

El problema que se identifica en el fallo traído a análisis es de relevancia normativa, el cual se encuentra en el plano o contexto lógico normativo. Ello es así, ya que los jueces al momento de resolver, se encontraron con la controversia de decidir si el vínculo que unió a Florencia Valdatta con su empleador, Asfalia S.A., fue disuelto por una causal extintiva permitida, regulada por la ley de contrato de trabajo (en adelante LCT); o si el mismo fue por parte del empleador un acto extintivo, abusivo, arbitrario y reputado como prohibido conforme el artículo 1 de la ley 23 592, ley antidiscriminatoria (en adelante LAD).

La doctrina argumentativa especializada en la materia define al problema de relevancia normativa como aquel que “surge cuando nos preguntamos qué norma es relevante para el caso” (Gascón Abellán, 2003, p. 93).

El máximo tribunal de la provincia de Mendoza incorpora la perspectiva de género en su decisión; añadiendo como normas aplicables a su análisis, instrumentos internacionales con jerarquía constitucional: la Convención Interamericana para prevenir,

sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW).

La importancia del fallo que es objeto de análisis en esta nota, reside en que en el mismo se aborda la categoría jurídica del despido discriminatorio. Los ministros de la sala segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (en adelante, SCJM), despliegan numerosos argumentos que permiten tomar conciencia de la situación de vulnerabilidad a la que en ciertas ocasiones son sometidos determinados grupos poblacionales. Dichas situaciones están basadas en relaciones y estereotipos de poder, y crean escenarios de violencia por género o sexo.

El análisis del fallo en cuestión es relevante por la importancia institucional de quien lo dicta, ya que crea doctrina judicial en el caso; al ser dictado por la SCJM, crea doctrina para todos los demás tribunales inferiores en caso de tener que decidir sobre casos análogos; y porque desde un punto de vista académico, es una herramienta para analizar casos con pautas de interpretación en materia de perspectiva de género.

## **2. Reconstrucción de la premisa fáctica. Historia procesal. Decisión del Tribunal**

Los hechos que trascienden en este fallo tienen como protagonistas a la señora Florencia Valdatta como parte actora y a Asfalia S.A. como parte demandada.

La actora ingresó a trabajar para Asfalia S.A. el 3 de septiembre de 2012 en las instalaciones de la estación de servicios Oil Combustibles, ubicada en calle Bandera de los Andes 2781 de Guaymallén, Mendoza. La misma se desempeñó en la categoría inicial de aprendiz y luego en la de operario de playa según Convenio Colectivo de Trabajo 327/00 (CCT), desarrollando tareas relacionadas a la carga de combustible y gas natural comprimido, limpieza de parabrisas, promoción de puntos y entrega de premios.

En virtud de un uniforme que la empresa obligó a usar a la trabajadora, que consistía en un pantalón tipo calza y remera negra, se desencadenó el conflicto debido a que la señora Valdatta se negó a usarlo porque el mismo no le era útil por cuestiones de practicidad debido a que manejaba dinero y, al carecer de bolsillos, no podía guardarlo, como sí lo podían hacer los trabajadores varones; además, porque al ser el pantalón tipo

calza, unos talles menores al que a ella le correspondía, era foco de acoso callejero por parte de los transeúntes que pasaban por el lugar. Esto derivó en varios reclamos a sus superiores sin resultado positivo lo que motivó que la empresa la suspendiera aplicando una medida disciplinaria por faltar a su trabajo en dos oportunidades. La señora Valdatta responde negando esas faltas, reclamando el salario caído y a raíz de ello la empresa, mediante carta documento, aduce que, debido a abandono de trabajo regulado en el artículo 244 de la LCT, su vínculo se había extinguido.

A raíz de los hechos expuestos, la señora Florencia Valdatta decide interponer una demanda por despido discriminatorio. La misma fue presentada en la Excma. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial persiguiendo el cobro de las indemnizaciones laborales correspondientes del despido más las sumas correspondientes al daño moral y material por considerar que el despido fue discriminatorio. Se basa la pretensión de la actora en que el empleador no cumplimentó con el deber de no discriminar y de trato igualitario que receptan los artículos 17 y 81 de la LCT, y que su accionar configuró un supuesto de acto arbitrario lesivo del ejercicio del derecho de igualdad y de intimidad consagrados en la constitución nacional. Por su parte, la demandada argumentó que su despido se encontró amparado por el artículo que regula el abandono de trabajo como causal extintiva.

La sentencia de la Cámara hizo lugar a la demanda interpuesta por la actora por los rubros despido, preaviso y multa del artículo 2 de la ley 25 323; y diferencias salariales establecidas en la pericia contable; rechazando la acción por los rubros no retenibles, multa del artículo 80 de la LCT y despido discriminatorio del artículo 1 de la ley 23 592. Para decidir de tal modo, sostuvo que la accionada no logró probar la causal invocada de abandono de trabajo por parte de la actora y que no correspondía la condena por el rubro del artículo 1 de la LAD, 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 resultó injustificado, pero no discriminatorio.

Contra aquella decisión desfavorable de la Cámara, la actora se sintió agraviada e interpuso recurso extraordinario provincial ante la SCJM, basando su pretensión en que el tribunal *aquo* dictó sentencia arbitraria al no meritarse correctamente la prueba en lo que respecta al rubro comprendido en el artículo 1 de la LAD.

Consideró, además, que el tribunal omitió valorar el intercambio epistolar entre las partes, dejando de lado las injurias alegadas por cada una de ellas y no solo el abandono de trabajo, como así también argumenta que no fue considerada la pericia psicológica que da cuenta de secuelas emocionales y sobre su autoestima, a partir del episodio sufrido.

El recurso fue rechazado por la Cámara y por tal motivo la actora interpuso un recurso de queja por ante la SCJM que resolvió hacer lugar al recurso extraordinario provincial y ordenó, además, que la parte dispositiva de la sentencia emanada de la Excm. Cámara Quinta del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial, incluyera la condena por el rubro daño moral establecido en el artículo 1 de la LAD que reclamara la actora, estimando el monto por dicho daño en la suma de \$150.000.

### **3. Ratio decidendi**

Para resolver el problema jurídico que se planteó en este trabajo, a saber, si era o no aplicable el rubro indemnizatorio de daño material y moral del artículo 1 de la LAD o, dicho de otro modo, cuál fue la naturaleza jurídica de la extinción del vínculo de la señora Valdatta con la empresa Asfalia S.A., la corte utilizó las siguientes líneas argumentales.

La primera consistió en la introducción de una nueva pauta valorativa sobre la prueba en un despido discriminatorio. En esta línea, la SCJM utilizó para su decisión la noción conceptual que ya se había desarrollado en otros precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) como es el caso “Pellicori”, donde se estableció una flexibilidad en la carga dinámica de la prueba que consistió en que, si bien conforme aquella teoría quien aduce el hecho y esté en mejores condiciones de probar debe hacerlo, el tribunal agrega “imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado” (Mesa, 1998).

En un proceso laboral, generalmente es el trabajador el que introduce un acto que se reprocha discriminatorio y por tal, se hace dificultoso por la disparidad que existe en las fuerzas negociales entre las partes del contrato, probar con certeza el hecho que se imputa como arbitrario. Es por ello que se introduce una flexibilidad en aquella teoría. La misma consiste en que es suficiente que el acto que reprocha como discriminatorio quede

probado a prima facie en el plano del indicio sin necesidad de que el acto quede probado en forma certera con una plena prueba del hecho. Es en ese momento cuando se activa en cabeza del empleador, probar que el despido o la extinción del vínculo tuvo motivos objetivos y funcionales a la empresa.

La segunda línea argumental que propone la corte es que los casos en los que se discute discriminación sean interpretados a la luz de normativa e instrumentos internacionales donde se pregona la herramienta de juzgar con perspectiva de género.

Aquella herramienta exige a los operadores judiciales utilizar los principios rectores del sistema, unidos a instrumentos de derechos humanos con garantía constitucional con más los instrumentos con organismos multilaterales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW), que protegen a sectores vulnerables por razones de género, y de disparidad de relaciones de poder.

#### **4.- Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales**

##### **4.1 El principio de igualdad y no discriminación**

Nuestro ordenamiento interno abraza la tesis de proteger contra el despido arbitrario receptando derechos y principios que consagran el derecho a la no discriminación. Es por ello que la Constitución Nacional (C.N.), en su artículo 16, declara que todos sus habitantes son iguales ante la ley. Este principio, el de igualdad, es el que procura eliminar la discriminación arbitraria por motivos de raza, color, sexo, religión, entre otros. Cuando se le da el mismo trato a todas las personas, se puede decir que el principio de igualdad se lleva a cabo. En correlato armónico con el principio constitucional, todo el ordenamiento infraconstitucional debe ir en ese sentido; es por ello que el artículo 17 de la LCT consagra que se prohíbe la discriminación entre los trabajadores, por los mismos motivos.

Como se conoce, nuestra carta magna en el artículo 14 bis brinda protección al trabajador contra el despido arbitrario, no establece el cómo; sin embargo, el legislador laboral encuentra una solución brindando la posibilidad de que, ante una extinción del vínculo sin expresión de causa, el trabajador se haga acreedor a una indemnización tarifada para reparar el daño causado por aquel despido (Ley 20 744, 1976, artículo 245).

Ahora bien, no obstante, la dispensa de aquella facultad extintiva, no es sin límites, ya que el empleador en sus argucias extintivas puede solapar conductas que escondan motivaciones subjetivas y arbitrarias, que se encuentran reñidas con el principio de igualdad y no discriminación.

Mucha tinta ha escrito la doctrina sobre la extinción del vínculo sin expresión de causa, que llevó a preguntarse sobre si toda injusticia en un despido conlleva necesariamente a configurar un despido como discriminatorio.

Es por ello que, en ese orden de ideas, la doctrina sostiene que todo acto extintivo del vínculo laboral puede ser injustificado y moralmente reprochable, y por tal, como ya se ha dicho, el artículo 245 de la LCT determina la facultad de indemnizar al trabajador que se ve privado del derecho al trabajo por decisión unilateral del empleador; pero no todo despido injustificado puede reprocharse como discriminatorio. En tal sentido, parte de la doctrina especializada abraza la tesis de que hay despido discriminatorio cuando este es inmotivado o no está fundado en alguna causa o motivo que pueda ser invocado legalmente. La protección contra el despido arbitrario goza del amparo jurídico, el que procura la permanencia en el empleo o, si esta no es posible, se impone la obligación al empleador de indemnizar al empleado ante el despido inmotivado (Fernández Madrid, 2007)

Por su parte, y en orden al trato igualitario que se esboza como categoría conceptual que emerge del fallo, Pérez del Viso (2021) sostiene que la igualdad ante la ley no es suficiente y que se debe trabajar para que haya equidad y un acceso efectivo a la justicia. De esta manera, entiende que esencialmente, se puede hablar de igualdad desde la noción de este concepto; pero que debe haber medidas activas que den una solución práctica para que el ejercicio de los derechos sea efectivo. Desde esta perspectiva, y en el tema que nos ocupa, juzgar teniendo en cuenta la perspectiva de género, implica reconocer la igualdad que hay en esencia entre hombres, mujeres, personas heterosexuales o que pertenezcan al colectivo comprendido en la sigla LGTBIQ+, como así también a los distintos grupos étnicos, personas con capacidad o con discapacidad; sujetos de diferente origen y nacionalidad, culturas y creencias, entre otros factores que deben tenerse en cuenta al relacionarlos con la cuestión de género.

El derrotero jurisprudencial no solo no es ajeno a la temática, sino que es artífice de la construcción de una nueva mirada en los contextos discriminatorios. Tal es así que hay innumerables fallos con el foco puesto en la CEDAW y en la Convención Belén do Pará, que mencionan la aplicación de la perspectiva de género, tanto al momento de encuadrar el caso, como al de evaluar la prueba producida. Como para mencionar algunos precedentes, contamos con el fallo "Krauss" en el que la SCJM dejó sentado que la vulnerabilidad es un aspecto de la mujer en su género que debe atenderse para tutelarla contra la discriminación (SCJM, Autos 12345, 10/11/2020).

Se dijo que la interpretación adecuada para fallar con perspectiva antidiscriminatoria era necesaria si y solo si se hacía a la luz de los instrumentos internacionales en la materia. Es por ello que el convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), define en su artículo 1 que discriminación es cualquier diferenciación que se haga en razón de la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social cuyo efecto sea el de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (OIT, 1958, artículo 1). En la misma línea, el convenio N° 190 del mismo organismo internacional, en su artículo 1 afirma que todos los seres humanos gozan del derecho a alcanzar su bienestar material y desarrollo espiritual en igualdad de oportunidades. En este instrumento se lee que la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo hace referencia al conjunto de conductas que, por causar daño físico, psicológico, sexual o económico, se tornan inaceptables. Asimismo, especifica que cuando estas prácticas de violencia o acoso se dan por razón de género, significa que están dirigidas hacia las personas en razón de su sexo o género (OIT, 2019, artículo 1).

En el mismo orden, el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, en su artículo 2 impone a los estados partes el compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el mismo, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. De igual modo, los estados que forman parte de este pacto, sostienen el compromiso de asegurar que hombres y mujeres puedan gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en dicho Pacto.

## **4.2 La solución del ordenamiento jurídico interno al despido discriminatorio**

La LCT no brinda dentro de su cuerpo normativo una solución en términos de resarcimiento a un despido que tiene motivaciones discriminatorias. Es por ello que debemos consultar los aportes específicos que emanan de la doctrina y de la jurisprudencia.

En lo que respecta a la reparación del daño, la solución es aportada por la LAD que considera, en su artículo 1 que, cuando un acto u omisión sea arbitrario y discriminatorio, será susceptible de tres soluciones posibles: la reinstalación en el puesto de trabajo, el cese en la realización del acto y la reparación del daño moral y material ocasionados.

En este punto la jurisprudencia consagró esta solución en fallos emblemáticos como “Alvarez c/ Cencosud”, del año 2010, donde la mayoría se inclinó por la posición que avaló la aplicación de la LAD con la posibilidad de plantear la reinstalación; es más, vio por demás adecuada esa aplicación. La minoría, haciendo hincapié en la estabilidad relativa impropia vio la dificultad y juzgó procedente aplicar parámetros que ya estaban regulados en la LCT, sin perjuicio de aplicar la LAD; ese plus indemnizatorio agravado, fue receptado por Argibay y Highton de Nolasco.

En el fallo “Ceja c/ Fate” de 2013, los jueces de la sala X de la cámara nacional de apelaciones del trabajo modificaron la decisión de la instancia anterior que había declarado la nulidad del despido discriminatorio y la reinstalación del trabajador en su lugar de trabajo, afirmaron que podía sustituirse automáticamente la posibilidad de reinstalación por una suma de dinero.

Conforme lo antedicho, y en razón a los aspectos que debe meritarse el juez a la hora de decidir si un distracto laboral es o no discriminatorio, es necesario analizarlo a la luz de las pruebas rendidas en el mismo.

La ley 26 485 ya establece en su articulado la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.

En relación a la prueba en un despido discriminatorio, prima en su valoración la teoría de la carga dinámica que consiste en probar quien esté en mejor condición de hacerlo las características particulares de un despido donde se reprocha un acto

discriminatorio. Dicho esto, se está en condiciones de afirmar que es altamente probable que quien haya sufrido la discriminación no esté en las mejores condiciones de hacerlo. Por lo tanto la jurisprudencia entendió que debía incorporarse una nueva pauta de valoración en dicho *onus probandi*.

Así lo hizo la CSJN en numerosos decisorios, donde introduce una nueva pauta valorativa que consiste en la flexibilidad que se le da al trabajador que introduce un hecho arbitrario que quede demostrado en el plano del indicio, para que así pueda activarse el *onus probandi* en cabeza del empleador, quien deberá acreditar que el despido tuvo causales objetivas y funcionales a la empresa. Ello quedó plasmado en el fallo “Pellicori” (2011), donde el núcleo del fallo está dado en aquella afirmación de los procesos civiles en que se discute la existencia de un motivo discriminatorio, resulta suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten indicio para justificar su existencia, en ese momento el *onus probandi* recae sobre el empleador. De esta manera, la Corte creó un estándar probatorio, que es la flexibilidad. No le quitó al actor la carga de probar, sino que lo que hizo fue alivianarla.

También así lo sostuvo la CSJN en otro precedente, el fallo “Sisnero” (2014), dado que la discriminación no suele manifestarse de manera claramente identificable, sino más bien, al encontrarse el motivo de la misma en la mente de su autor, resulta compleja y difícil de probar. A fin de compensar esta dificultad, la Corte entiende que, si quien reclama un trato discriminatorio puede acreditar la existencia de hechos que permitan presumir su carácter de tal; le corresponderá al demandado probar su inexistencia.

En un reciente precedente jurisprudencial de resonancia, la Corte ratificó la nueva pauta valorativa de la prueba y así lo hizo saber en el fallo “Caminos” (2021), en el que se presenta otra situación de despido con tintes discriminatorios acontecida sobre una trabajadora por la intrusión de la empleadora en su vida privada.

Sin embargo, no toda la jurisprudencia fue conteste en abrazar la tesis de que el despido discriminatorio hacía acreedor al damnificado de considerar aquel como tal y reparársele el daño en forma integral. Lo dijo en el fallo “Fontana” (2021) al rechazar el pedido de reinstalación de la señora Fontana por considerar que su empleadora tenía un motivo para despedirla que anulaba su imputación de discriminación. La empresa invocó motivos económicos para extinguir el contrato y la prueba producida daba cuenta de que

la actora había sido despedida, junto a otros 34 trabajadores por falta o disminución de trabajo, mediante un acta notarial en la que se detallaron las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto.

#### **4.1.- Postura de la autora**

A razón del análisis crítico que se realizó en el presente trabajo se está en condiciones de afirmar que se está a favor de la argumentación de la SCJM al decidir sobre el carácter discriminatorio del distracto del vínculo laboral que unió a la señora Valdatta con Asfalia S.A. para así sostener que se estuvo en presencia de un despido discriminatorio en razón de género y rechazar la pretensión de la demandada de considerar que el vínculo se había extinguido por abandono de trabajo.

Cuando se abraza la tesis de considerar el despido de la actora por razones de género al obligarla a usar un uniforme que atentaba contra su pudor, la Corte no hizo otra cosa que mirar ese contexto a la luz de la normativa sobre violencia de género que en nuestro orden interno está regulado por la ley 26 485, en su artículo 4; en el que expresa que toda conducta, acción u omisión que ponga en desventaja a la mujer con respecto al varón, será considerada violencia indirecta (Ley 26 485, 2010, artículo 4).

Dicha tesis de protección de la mujer también se encuentra en aquellos instrumentos internacionales que dan luz a nuestra C.N. cuando se recepta la igualdad y la no discriminación. En el plano de los Derechos Humanos, la CEDAW en su artículo 1 establece que toda distinción, exclusión o restricción que se base en el sexo y cuyo resultado sea el menoscabo o anulación del reconocimiento de la mujer, se considerará discriminación contra esta. Asimismo, la República Argentina al ratificar dicho tratado, se comprometió a adoptar medidas adecuadas que prohíban toda discriminación contra la mujer en todos los ámbitos donde esta se desempeñe, como lo son el ámbito social, político, laboral, entre otros (ONU, 1979, artículo 1).

Del mismo modo en lo que a derechos laborales respecta, en el orden americano contamos con el Convenio 111 de la OIT que, como se mencionó en párrafos anteriores, en su artículo 1 define discriminación como cualquier diferenciación que se haga en razón de la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social cuyo efecto sea el de anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (OIT, 1958, artículo 1).

Así también establece el Convenio 190 de la OIT sobre violencia laboral y acoso en su artículo 1 cuando hace referencia a que la expresión violencia y acoso en el mundo del trabajo se relaciona con conductas inaceptables ya sea que se manifiesten una vez o de manera reiterada, cuyo objeto sea causar un daño físico, psicológico, sexual o económico. Asimismo, agrega que esta misma expresión, violencia y acoso, cuando es por razón de género, se refiere a aquella violencia y acoso que se dirige contra las personas en razón de su sexo o género (OIT, 2019, artículo 1).

Se pone de relevancia en este análisis el tema de la prueba en un despido discriminatorio y se hace énfasis en que se está de acuerdo en valorar el hecho discriminatorio a la luz de nuevos paradigmas y de sostener a ultranza la flexibilidad de la carga de la prueba en el proceso laboral. Tal es así que se resalta el precedente que fue un faro en ello como es el caso “Pellicori” (2011), que introduce por vez primera el hecho de que se flexibiliza para el trabajador que reprocha el acto discriminatorio, y pueda probarlo a modo de indicio, para así, una vez que se permite inferir el hecho dañino como arbitrario, se active en cabeza del empleador probar que el despido no tuvo motivaciones subjetivas y fue funcional y objetivo a los fines de la empresa.

## **5. Conclusión**

En el presente trabajo se analizó la sentencia de la SCJM en el caso Valdatta, donde se resuelve el problema jurídico de relevancia normativa planteado al inicio del mismo; en el que se decidió que el vínculo que unió a Valdatta con su empleador, Asfalia S.A., había sido disuelto por un acto extintivo, abusivo y arbitrario en razón de género. Es por ello que la SCJM decidió hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto por Valdatta, incluyendo el rubro por daño moral sufrido por la trabajadora.

Se evidenció en el camino procesal que comenzó con la demanda interpuesta de la señora Valdatta, que en primera instancia no fue favorable su reclamo por parte de la Cámara al rechazar su pretensión y no acoger el pedido de considerar el despido como discriminatorio. En ese orden de ideas se llega mediante recurso de queja a la SCJM, fallo que motivó el presente análisis.

En consideración del fallo esgrimido por el máximo tribunal mendocino, se analizaron en este trabajo las principales líneas argumentales de la Corte que oscilaron entre la valoración que debe hacerse del *onus probandi* en los procesos laborales cuando

se discute un acto discriminatorio como causal de despido y en la interpretación de los casos donde se discute discriminación, a la luz de normativa e instrumentos internacionales donde se pregona la herramienta de juzgar con perspectiva de género.

A raíz de aquellas argumentaciones se realizó un recorrido por las principales líneas doctrinarias específicas en la materia, que respaldaron la tesis de la corte al decir que hay despido discriminatorio cuando el vínculo laboral se ve disuelto por motivos exclusivos e irracionales del empleador sobre determinados grupos protegidos por el sistema legal antidiscriminatorio, a fin de evitar que se vea vulnerado el derecho a la igualdad de trato u oportunidades.

A partir de la sentencia de la SCJM y del análisis doctrinario y jurisprudencial se destacó la postura de la autora de este trabajo, quien se posiciona a favor de la resolución del máximo tribunal al sostener que en el caso Valdatta se está en presencia de un despido discriminatorio en razón de género y se puso de relevancia el tema de la prueba en un despido con tales características.

Para finalizar el trabajo, es necesario poner de relieve la importancia vital que tiene la capacitación en los puestos jerárquicos de las empresas sobre cuestiones de género. Si bien se cuenta con la ley Micaela n° 27499 (2018), que establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública, es necesario que se regule un control sobre la efectividad de la misma y su cumplimiento para no caer en letra muerta.

Asimismo, es imperiosa la necesidad de que los operadores judiciales cuenten con la preparación debida sobre la herramienta perspectiva de género a fin de obtener sentencias y fallos más justos y ajustados a los derechos humanos laborales, en el plano del *ius cogens*, como derecho obligatorio y rector de todo el orden jurídico interno.

## **6. Referencias bibliográficas**

### **Legislación**

Congreso de la Nación Argentina (8 de mayo de 1985). Ley de aprobación de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) (1979) [Ley N° 23179]

Congreso de la Nación Argentina (9 de abril de 1996). Ley de aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belem do Pará, Brasil (1994). [Ley N° 24632]

Congreso de la Nación Argentina (1 de abril de 2009). Ley de protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. [Ley N° 26485] Recuperado de [infoleg.gob.ar](http://infoleg.gob.ar)

Congreso de la Nación Argentina (agosto 23 de 1988) Ley sobre actos discriminatorios [Ley N° 23592] Recuperado de [infoleg.gob.ar](http://infoleg.gob.ar)

Congreso de la Nación Argentina (11 de septiembre de 1974) Ley de contrato de trabajo [Ley N° 20744] Recuperado de [infoleg.gob.ar](http://infoleg.gob.ar)

Congreso de la Nación Argentina (8 de agosto de 1986) Ley ratificatoria de: ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Ley N° 23313] Recuperado de [infoleg.gob.ar](http://infoleg.gob.ar)

## **Doctrina**

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 111, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958

Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 190 sobre la violencia y el acoso, 2019

Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. (2003). Interpretación y argumentación jurídica. San Salvador, SV: Consejo Nacional de la Judicatura

Mesa, M. (1998) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Buenos Aires: Zeus Editora S.R.L.

Pérez del Viso, A. (2021, junio) La re-humanización del derecho laboral. Un esfuerzo por aplicar la perspectiva de género. *Ideides. Untref.*, 61 Recuperado de <http://revista-ideides.com/la-re-humanizacion-del-derecho-laboral-un-esfuerzo-por-aplicar-la-perspectiva-de-genero/> (última consulta 20/10/2022)

Samuel, O. (2017) Discriminación laboral. Buenos Aires, AR: Astrea.

## **Jurisprudencia**

Corte IDH (04/02/2022) “Pavez Pavez vs Chile”.

CSJN (26/03/2013) “C. A. E. c/ Fate S.A. s/ juicio sumarísimo”.

CSJN (20/05/2014) “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”.

CSJN (08/4/2021) “Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A. s/juicio sumarísimo”.

CSJN (10/06/2021), “Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/despido”.

SCJM (07/05/2021) “Valdatta Florencia Micaela en J° 152.510 Valdatta Florencia Micaela C/ Asfalia S.A. P/ Despido P/ Recurso extraordinario Provincial”.

SCJM (10/11/2020) “Kraus Ingrid Analía En J° 12345 Kraus Ingrid Analía C/ La Caja Art S.A. P/ Enfermedad Profesional (12345) P/Recurso Extraordinario Provincial”.

CSJN (15/11/11) “P. 489. XLIV. Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo”.

### **7. Anexo: fallo completo.**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA

PODER JUDICIAL MENDOZA

Foja: 45

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

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

\*105567692\*

En la Ciudad de Mendoza, a 7 de Mayo de 2021, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración

para dictar sentencia definitiva en la causa N° 13-03586356-1/1, caratulada: “VALDATTA FLORENCIA MICAELA EN J° 152.510 VALDATTA FLORENCIA MICAELA C/ ASFALIA S.A. P/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL.”

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

### **ANTECEDENTES:**

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

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

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

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

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

**PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?**

**SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?**

**TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.**

## **SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO,**

**dijo:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Anticipo que el recurso prospera.

1. A fin de ilustrar brevemente sobre los presentes, la causa se inicia con la demanda por despido discriminatorio interpuesta por la actora, quien alegó que su empleadora le obligó a utilizar como parte del uniforme unas calzas que no eran de su medida, que ella verbalmente solicitó en reiteradas oportunidades unas calzas de su talla y también que en su lugar se le entregara un pantalón de corte de mujer acorde. Todo lo cual desencadenó el posterior intercambio epistolar y sanciones por negarse a usar el uniforme para finalmente ser despedida por la accionada por abandono de trabajo, atento las ausencias de la actora los días 11 y 18 de noviembre de 2013.

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

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

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

Y en el considerando 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 éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)", no lo es "en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias", tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, cit., ps. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare en que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en 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 éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica...” y que “...no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que

*verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado...”.*

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

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

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

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

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

d. No resulta controvertido en autos, que existió un conflicto entre la actora y su empleadora en torno al uso del uniforme reglamentario de la empresa. El motivo de disputa pasa por el hecho de que a la accionante, se la obligaba a usar unas calzas en

contra de su sentido del pudor y debía soportar frases inapropiadas de los transeúntes varones, circunstancia que a mi entender, ha quedado acreditada en el grado de indicio en la presente causa, sin que la empresa demandada haya desvirtuado tal circunstancia alegada por la actora mediante prueba en contrario.

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

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

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

A ello se agregan tres circunstancias fundamentales:

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

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

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

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

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

En primer lugar, debo mencionar que ya he tenido oportunidad de expedirme con anterioridad sobre la cuestión en diversos precedentes (sentencias penales “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lazza”, “Quiroga Morales”, “Ojeda Pérez”, “Vázquez Tumbarello”, entre otros). En dichas ocasiones, al momento de la revisión en esta instancia extraordinaria de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos sobre casos que

resultaron encuadrados dentro de la violencia de género, destacué la necesidad de que “el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”.

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

A su vez, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). Sostuve que la reclamada aplicación de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, establecida en el inciso i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la República.

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

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

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

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

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

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

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

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

atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

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

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

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

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

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

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

instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales (“Vázquez Tumbarello” sentencia penal de fecha 10 de diciembre de 2.019).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(iv) A los fines de determinar la satisfacción sustitutiva para compensar el dolor padecido por la actora (art. 1741 C.C.y C.) debe considerarse el valor de algún bien que ponga de manifiesto las preferencias y gustos del trabajador, o alguna constancia que

me permitan evaluar el “precio del consuelo”; es decir, encontrar una satisfacción sustitutiva que pudiera acercarse con el mayor grado de certeza posible a una justa compensación que procure resarcir en alguna medida el daño moral que el siniestro le ha producido (SCJM, “Marino”, 21/12/18).

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

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

ASI VOTO.

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

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

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

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

1. Conforme a los hechos acreditados en la causa resulta que, previo a la denuncia de despido por supuesto abandono de trabajo comunicada en fecha 28/11/2013 (fs.13), Florencia Valdatta fue apercibida por no utilizar el uniforme completo obligatorio (fs.03, nota de Oil Asfalia S.A. de fecha 04/06/2013) y luego sancionada con tres días de suspensión ya que se le informó: “*que tenía que presentarse a trabajar con el uniforme reglamentario de playera de Oil combustible y usted insiste en presentarse con el uniforme de Oil masculino*” (el subrayado es transcrito, nota de fs. 04, de fecha 07/11/2013).

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

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

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

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

4. Tal como he analizado en causas anteriores (SCJM “Kraus”), no es casual que la víctima del daño sea una mujer. Sobre tales consideraciones tengo dicho en precedente “Montani” (SCJM autos N°13-03668755-4, de fecha 13 de marzo de 2020)

que, el derecho de la mujer trabajadora a que sean respetadas sus garantías constitucionales y convencionales, en pie de igualdad con el hombre, exige una mirada con perspectiva de género, bajo el paradigma social que supone que la mujer trabajadora sufre una vulnerabilidad especial que requiere tutela para su no discriminación.

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

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

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

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

d. Cabe asimismo resaltar todo el plexo normativo relativo a la prohibición de realizar discriminación e incurrir en actos de violencia, incluidos los ejercidos en razón del género, a saber: a la Constitución Nacional, arts. 14 bis, 16, 19 y 75, incisos 22 y 23; a la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2, 7, 23 y 25; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 26 y cc.; al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2,3 y 7; a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; a la

Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer- Convención de Belém do Pará; a las Recomendaciones generales n° 19, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW); al Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (111); a la ley contra “Actos Discriminatorios”, N° 23.592; a la “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”, n° 26.485; a la Ley de Contrato de Trabajo, arts. 17, 75 y 81, “Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” (N°190), OIT aprobado por el Congreso argentino el pasado mes de noviembre, y a su Recomendación (n° 206).

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

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

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

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

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

Y agrego que, si bien la citada ley de identidad de género constituye uno de los grandes avances del movimiento LGBTTTTI y de las mujeres, a fin de obtener el efectivo respeto de sus derechos individuales, el proceso debe ser acompañado de políticas públicas integrales que permitan concretar dicha protección.

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

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

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

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

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

b. Conforme a ello y, teniendo en cuenta que no han sido acreditados en autos aquellos parámetros que permitan la determinación observo que, la propia

trabajadora ha estimado el monto que consideró compensatorio del perjuicio sufrido, lo que señaló en la suma de pesos \$81.364,53; monto que considero razonable y ajustado a los parámetros jurisprudenciales de esta Sala, a los que remito en honor a la brevedad (SCJM “Carrica” 08/05/2017, “Andrade”, 01/08/2019, entre otros).

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

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

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

ASI VOTO.

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

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

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

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

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

3. Ahora bien, los hechos 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. Valdatta sufrió un contexto de violencia y discriminación en su trabajo por su condición de mujer, en tanto fue obligada a usar calzas que afectaban su pudor y su dignidad y a raíz de ello recibió un trato inapropiado por parte de hombres que transitaban por el lugar y ante su resistencia justificada y razonable a usar el uniforme femenino y su reclamo de usar el masculino fue sancionada y despedida.

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

El trato desigual en relación a sus compañeros varones, a los cuales sí se les permitía el uso del pantalón, corresponde a un sometimiento basado en estereotipos

que autorizan a poner a la mujer en un lugar de cosificación, como objeto de atracción de clientes, razón por la cual se les asigna un uniforme que exponga sus cuerpos, a pesar de que el mismo afecte su dignidad y el desarrollo de las tareas.

En conclusión resulta evidente que la Sra. Valdatta sufrió un trato discriminatorio en su trabajo por su condición de mujer que le produjo una afectación de su dignidad y de su estado psico-emocional (pericia de fs.366/368), además de angustia y preocupación por la pérdida del trabajo.

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

ASÍ VOTO.-

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO,**

**dijo:**

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

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

2. Así, de acuerdo a las circunstancias personales de la damnificada y siguiendo un criterio de razonabilidad, estimaré el monto por daño moral en la suma de \$ 150.000.

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

3. Finalmente, con respecto a los intereses que debe devengar el monto de condena, es criterio sentado por esta Corte que cuando se realiza una estimación de los daños al momento de la sentencia, es de suyo que la reparación de los rubros reconocidos han sido establecidos en montos actualizados, por lo que hasta ese momento lo único que debe reconocerse, son los intereses de la Ley 4087, previstos para cuando se trate de montos que reflejen valores actualizados (L.S. 265-78).

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

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

ASI VOTO.

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

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

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

ASI VOTO.

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

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

**SENTENCIA:**

**Y VISTOS:**

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

**RESUELVE:**

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

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

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

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