

Dictamen de la Procuración General:

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata, por mayoría, revocó la sentencia que a su turno había dictado el Tribunal del Trabajo N°3 de dicha jurisdicción, acogiendo el amparo deducido por J. M. L. contra Plunimar S.A., cuya acción tramitara con ajuste a lo dispuesto por la ley 13.928 (texto según ley 14.192) (v. fs. 305/331).

Contra dicho modo de resolver se alzó la parte actora vencida -por apoderado- mediante recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y de nulidad (v. fs. 335/383).

I. El de nulidad, único que motiva mi intervención en autos (v. fs. 425), se halla fundado en la denuncia de absurdo y violación a la lógica formal que el apelante endilga a la sentencia en crisis e infracción al art. 171 de la Constitución provincial, toda vez que considera que el fallo del *a quo* carece de sustento legal.

A modo de síntesis, sostiene que, *prima facie*, el decisorio aparenta estar fundado en derecho, pero lo cierto es que la Cámara utilizó la norma y la doctrina legal en un silogismo falso, toda vez que no siguió un razonamiento lógico, llegando de tal suerte a conclusiones que no surgen de las premisas dispuestas.

II. En mi opinión, el recurso es improcedente.

En efecto, el absurdo y la violación a la lógica formal que el apelante endilga a la sentencia en crisis con la finalidad de postular su anulación, no constituyen argumentos admitidos en el acotado marco regulatorio del remedio procesal que analizamos, encorsetado en las hipótesis formales que brindan los arts. 168 y 171 de la Carta local. Es que para que V.E. pueda dejar sin efecto un pronunciamiento en virtud de la violación de las normas previstas en los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, debe haberse configurado alguna de las causales allí previstas. Y ellas son precisamente, la falta de tratamiento de cuestiones esenciales, por descuido o inadvertencia, la ausencia de acuerdo y voto individual y mayoría de opiniones al resolverlas, así como la falta de fundamentación normativa (conf. S.C.B.A., causas RI. 115.513, resol. del 30-XI-2001; RI. 115.753, resol. del 30-V-2012; RI. 116.649, resol. del 8-VIII-2012; e.o.).

Ello así, las alegaciones que porta el intento revisor en estudio configuran, en rigor de verdad, la imputación de típicos errores de juzgamiento cuya vía de impugnación la brinda el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. S.C.B.A., causas L. 97.240,

sent. del 25-VIII-2010; L. 100.159, sent. del 28-XII-2011 y L. 100.918, sent. del 6-VI-2012, e.o.).

Cabe añadir que el art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires sólo se infringe cuando el pronunciamiento carece de toda fundamentación jurídica, faltando la invocación de los preceptos legales pertinentes, de suerte que aquél aparezca sin otro sustento válido que el mero arbitrio del juzgador (conf. S.C.B.A. causa RI. 115.513, resol. del 30-XI-2011).

Siguiendo ese orden de ideas, no se constata, pues, la violación del citado precepto supralegal si el pronunciamiento recurrido se encuentra fundado en expresas disposiciones legales (conf. S.C.B.A., causas L. 89.641, sent. del 3-III-2010 y L. 101.558, sent. del 3-V-2012, e.o.), tal como se verifica en la especie, sin perjuicio -eventualmente- de la incorrecta, desacertada o deficiente fundamentación del fallo, aspecto del pronunciamiento cuya censura excede el acotado marco de actuación del remedio extraordinario bajo análisis (conf. S.C.B.A., causas L. 103.844, sent. del 17-VIII-2011; L. 100.717, sent. del 28-XII-2011 y RI. 114.220, resol. del 26-X-2011, e.o.).

Por los motivos brevemente expuestos, aconsejo a V.E. el rechazo del recurso extraordinario de nulidad que dejo examinado.

Así lo dictamino.

La Plata, 12 de diciembre de 2012 -

Juan Angel De Oliveira

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 16 de julio de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Hitters, Soria, Pettigiani, Kogan, Genoud**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa L. 117.127, "L. , J. M. contra 'Plunimar S.A.'. Reinstalación (sumarísimo)".

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

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mar del Plata hizo lugar -por mayoría- al recurso de apelación deducido por la accionada, revocó la sentencia dictada por el Tribunal del Trabajo N° 3 departamental y dispuso el rechazo de la acción de amparo, imponiendo las costas del modo que especificó (fs. 305/331).

La actora dedujo recursos extraordinarios de nulidad (fs. 382 y vta.) e inaplicabilidad de ley (fs. 335 vta./382), concedidos por la Cámara Civil y Comercial, Sala

Segunda a fs. 384.

Oído el señor Subprocurador General (fs. 426/427 vta.), dictada la providencia de autos (fs. 428) y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª. ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad?

2ª. ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. La Cámara de Apelación hizo lugar -por mayoría- al recurso de apelación deducido por "Plunimar S.A." (fs. 245/255 vta.) contra la sentencia dictada por el tribunal del trabajo (fs. 220/239) que -tras decretar la nulidad del despido por considerarlo discriminatorio- había acogido la acción de amparo promovida por J. M. L. (fs. 16/28 vta.) y condenado a la accionada a reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo y a pagarle los salarios caídos, así como una indemnización por daño moral. En consecuencia, revocó el pronunciamiento de primera instancia y dispuso el íntegro rechazo de la demanda (sent., fs. 305/331).

Lo hizo por entender que -a contrario de lo que

resolvió el tribunal de primer grado- el despido dispuesto por la accionada se enmarcó dentro de las previsiones legales vigentes, no revistiendo carácter discriminatorio hacia el trabajador.

Explicó el órgano de alzada que las pruebas colectadas en el proceso que podían ser analizadas en segunda instancia (de las que excluyó las declaraciones de los testigos prestadas en la audiencia de vista de la causa, en tanto el tribunal laboral no dejó constancia escrita de su contenido) se desprende que si bien "Plunimar S.A." tenía conocimiento, al momento de despedir al actor, de que éste estaba enfermo, no resultó demostrado, en cambio, que estuviera advertida de la entidad o gravedad de la dolencia que padecía.

Añadió que, con arreglo a lo que prescribe el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, durante el período de prueba el empleador tiene derecho a extinguir el contrato sin expresión de causa y sin obligación de indemnizar, sin que el hecho de que el trabajador se encuentre padeciendo una enfermedad sea un obstáculo para ello. Preciso que durante esa "etapa vestibular" del contrato de trabajo, el empleador no tiene el deber de enviar un médico al domicilio del trabajador en los términos del art. 210 de la Ley de Contrato de Trabajo, por cuanto la ley lo faculta a rescindir la relación aun cuando

el trabajador padeciese una enfermedad inculpable, aunque abonándole los salarios hasta cumplirse el lapso de prueba.

En el contexto indicado -señaló el juez que orientó la mayoría- la omisión de ejercer el derecho de control, la circunstancia de no haber realizado los exámenes preocupacionales y el hecho de que la accionada hubiere pagado los salarios por los días no trabajados no podían ser considerados como indicios en contra de la posición de la accionada.

Por último, explicó el juzgador que tampoco resultaba relevante la circunstancia de que, variando su posición originaria, la demandada, tras haber extinguido el vínculo sin expresión de causa, hubiere señalado en la réplica que el despido estuvo fundado, en realidad, en las reiteradas inasistencias injustificadas al empleo en las que había incurrido el accionante. Ello así, porque -con arreglo a la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Pellicori" (sent. del 15-XI-2011)- una vez acreditados hechos que, **prima facie** evaluados, resulten idóneos para inducir la existencia del acto discriminatorio invocado por el actor, el demandado al que se le reprocha la comisión del mismo debe aportar la prueba de que éste tuvo por causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

En suma, concluyó señalando que no se acreditó un

accionar discriminatorio por parte del empleador en los términos del art. 1 de la ley 23.592, toda vez que éste ejerció la facultad de extinguir el contrato sin expresión de causa con arreglo a lo que prescribe el art. 92 bis de la ley 20.744 (sent., fs. 309 vta./312 y 330 vta.).

II. En el recurso extraordinario de nulidad el actor denuncia absurdo y violación del art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (fs. 382 y vta.).

Afirma que el fallo atacado *"carece de sustento legal, lo cual lo nulifica como sentencia válida"*.

Expresa, en ese sentido, que el pronunciamiento *"pese a que prima facie aparenta estar fundado en derecho, lo real es que utiliza la norma y la doctrina legal en un silogismo falso"*.

Alega que el tribunal de alzada resolvió que por el solo hecho de que el contrato de trabajo estaba en período de prueba se podía despedir válidamente, sin que ello configure una discriminación, mas no se detuvo a analizar cuáles fueron los reales motivos determinantes del despido.

En suma, concluye señalando que la sentencia *"viola la lógica formal, es absurda y no está fundada conforme lo determina el art. 171 de la Const. provincial"*.

III. El recurso es improcedente.

1. Como la propia impugnante lo admite (al señalar que el fallo "*aparenta estar fundado en derecho*", ver fs. 382) y se desprende de la simple lectura del pronunciamiento cuestionado (ver sent., fs. 309 vta./331), la sentencia ha sido expresamente fundada en diversas normas y precedentes judiciales, lo que habilita a descartar de plano el argumento recursivo, pues sabido es que el art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires sólo se vulnera cuando el fallo carece de todo fundamento jurídico, resultando ajeno al recurso extraordinario de nulidad el acierto sustancial de la decisión (conf. causas L. 104.478, "*Cattani*", sent. del 30-V-2012; L. 100.286, "*Pusterla*", sent. del 26-V-2010; entre muchas), que es lo que -en definitiva- pareciera pretender la quejosa al deducir el agravio bajo estudio.

2. A mayor abundamiento, resulta igualmente ajena al ámbito del remedio procesal bajo examen la denuncia del vicio de absurdo que la quejosa efectúa a fs. 383 vta. (conf. causas L. 94.391, "*Cintas*", sent. del 7-III-2012; L. 102.759, "*García Puente*", sent. del 10-XI-2010; C. 102.285, "*V., M.*", sent. del 7-VII-2010; L. 92.657, "*Zito*", sent. del 4-XI-2009).

IV. A tenor de lo señalado corresponde desestimar el recurso extraordinario de nulidad.

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Soria, Pettigiani, Kogan y Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la primera cuestión también por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I. En el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la actora denuncia violación de la doctrina legal que identifica y errónea interpretación de los arts. 92 de la Ley de Contrato de Trabajo; 1 de la ley 23.592; 14 bis, 16, 17, 18 y 33 de la Constitución nacional; 10 y 39 de la Constitución provincial; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1.1, 18 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 3, 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 3 de la ley 20.744 y 1071 del Código Civil (fs. 376 vta./382).

Plantea los siguientes agravios:

1. En primer lugar, afirma que -al prescindir de la declaración del testigo Noain, receptada por el tribunal del trabajo- la Cámara volvió sobre cuestiones ya resueltas

y vulneró el principio de congruencia, máxime cuando la accionada no solicitó el replanteo de la prueba, por lo que la actuación del órgano de alzada debió haberse circunscripto a resolver las cuestiones de derecho, desde que las de índole fáctico ya habían sido zanjadas por el tribunal de origen (fs. 377).

2. Alega que, al considerar válido el despido dispuesto por la accionada en virtud de que el contrato de trabajo estaba atravesando el período de prueba, la Cámara interpretó erróneamente los arts. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo y 1 de la ley 23.592.

Explica que, a contrario de lo que declaró la alzada, el período de prueba no es una "etapa vestibular" del contrato de trabajo (expresión que remite a una etapa precontractual, en la cual no estarían vigentes todos los efectos de la relación), sino que en dicho lapso rigen todos los deberes derivados del vínculo laboral, quedando eximido el empleador exclusivamente de la obligación de abonar la indemnización por despido si decide rescindirlo dentro de los tres meses de celebrado. Agrega que, más allá de que el período de prueba regulado en la legislación nacional no es tal, sino una etapa del contrato de trabajo en la cual el trabajador carece de protección contra el despido arbitrario, aun en ese lapso existen límites que impiden el abuso del derecho, razón por la cual, en los

supuestos en los cuales existe una sospecha fundada de ese abuso, corresponde al empleador explicitar los motivos que llevaron a despedirlo y acreditar por qué el trabajador no cumplió con los objetivos.

Refiere que, al convalidar el despido aun habiendo tenido por demostrado que la patronal tenía conocimiento de que el trabajador estaba enfermo al momento de despedirlo, la Cámara ignoró que si bien el empleador puede resolver el contrato, aun cuando el trabajador se encuentre enfermo, no puede basar su decisión rupturista en la enfermedad, tal como ocurrió en el caso. Alega, en ese sentido, que la alzada ha sobrevalorado la facultad del empleador de despedir, soslayando que el despido ha vulnerado el ejercicio, sobre bases igualitarias, de un derecho de primera generación, lo que evidencia que el distracto encuadra en el ámbito del art. 1 de la ley 23.592, desde que si el actor no se hubiera enfermado, no habría sido despedido.

Expresa, asimismo, que el hecho de que la accionada no hubiera ejercido el derecho de controlar la veracidad de la enfermedad, habiéndole pagado incluso los salarios por los días en que estuvo impedido de trabajar, así como la circunstancia de que el propio jefe del actor (Noain) haya manifestado que aquél era un buen empleado, evidencian -de un lado- que la empresa consideraba apto al

trabajador para el puesto y -del otro- que no es cierto lo alegado por la demandada en la réplica en orden a que L. fue despedido por haber incurrido en ausencias injustificadas, toda vez que, en tal supuesto, no le habría abonado los salarios correspondientes (fs. 377 vta./378 vta.).

3. En línea con lo señalado en el apartado anterior, denuncia que el **a quo** interpretó erróneamente la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Pellicori" (sent. del 15-XI-2011).

Explica que, con arreglo a lo resuelto en el fallo indicado, la inversión de la carga de la prueba en materia de despidos discriminatorios no se produce ante la mera alegación de que existió un acto discriminatorio, sino que, previo a ello, la parte actora tiene que cumplir con la carga de probar la existencia de indicios acerca de la conducta discriminatoria imputada al accionado. Añade que el alto Tribunal exigió en dicho precedente que, una vez acreditados los hechos idóneos para inducir la existencia del acto discriminatorio, corresponde al demandado al que se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación.

Destaca que en la especie el accionante acreditó

que el distracto fue contemporáneo al conocimiento de la enfermedad por parte de la accionada, hecho a partir del cual se invirtió la carga de la prueba, marco en el que la demandada tuvo la chance de alegar y probar los reales motivos fundantes de su decisión de rescindir el contrato de trabajo. Empero -concluye- la accionada no cumplió con dicha faena, toda vez que, si bien alegó en la réplica que el actor fue despedido por haber incurrido en ausencias injustificadas, no logró acreditar dicha aseveración, habida cuenta que, por el contrario, se demostró que el trabajador estaba enfermo y que la propia empleadora conocía ese estado, al punto que no ejerció su deber de control y le pagó los salarios por los días en los que no concurrió a trabajar.

De lo expuesto se colige -a criterio de la recurrente- que la conclusión sentencial relativa a que no existió discriminación en virtud de que el trabajador fue despedido durante el período de prueba constituye un silogismo, al punto tal que los jueces que conformaron la mayoría ni siquiera explicaron por qué no hubo discriminación, dictando así un pronunciamiento economicista que no mide la situación humana del trabajador que fue despedido por su enfermedad (fs. 378 vta./379 vta. y 381 vta.).

4. Aduce que es igualmente errada la afirmación

de la Cámara relativa a que el despido no podía reputarse discriminatorio en virtud de que si bien la patronal sabía que el trabajador estaba enfermo, desconocía la gravedad de la dolencia.

Ello así, porque en la demanda no se consideró que se había discriminado al actor por la gravedad de su enfermedad, sino simplemente por encontrarse enfermo.

Luego, habiéndose demostrado que la accionada despidió al actor después de enterarse que éste estaba enfermo, debe reputarse discriminatorio el despido, desde que, si bien el empleador puede despedir en cualquier etapa del contrato de trabajo, no puede válidamente fundar la causa del distracto en la enfermedad del trabajador (fs. 379 vta./380).

5. Manifiesta que la sentencia viola el art. 1071 del Código Civil, porque si bien la empresa está habilitada para despedir a cualquier trabajador (con o sin costo), no puede discriminarlo por sus condiciones físicas, pues -como se señaló en el escrito de inicio, y así lo receptó el tribunal laboral- ello constituye un abuso del derecho que viola la dignidad de la persona.

Del mismo modo, afirma que el fallo vulneró el principio de indemnidad del trabajador toda vez que en autos se demostró, con la prueba pericial médica, que el despido discriminatorio ha afectado las defensas

inmunológicas del actor (fs. 381 vta./382).

II. El recurso debe prosperar.

1. A fin de fundamentar mi opinión favorable a la procedencia del embate, habré de reseñar en primer lugar los antecedentes que considero relevantes para resolver el litigio.

a. En el escrito de inicio (fs. 16/28 vta.), el actor reclamó -con sustento en la ley 23.592, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que identificó- la nulidad del despido dispuesto por la accionada el día 23-X-2010, alegando que fue producto de una conducta discriminatoria por parte de aquélla. Explicó que ingresó a laborar para "Plunimar S.A." el día 3-VIII-2010 y que el día 19-X-2010 se sintió mal y no pudo concurrir a su empleo, razón por la cual, habiendo consultado a un especialista en gastroenterología, éste le prescribió no volver a trabajar hasta el día 16-XI-2010.

Agregó que comunicó a la empresa dicha situación entregando un certificado expedido por su médico, en el que se advertía de la posibilidad de que padeciera CEP (colangitis esclerosante primaria) o hepatitis viral, y que la accionada apenas tuvo conocimiento de que estaba enfermo procedió a despedirlo. Señaló, asimismo, el accionante que la medida fue tomada y comunicada en forma apresurada, quedando evidenciado el apuro con el que quisieron

"deshacerse de su persona", al punto que omitieron todo tipo de preaviso.

Luego, tras precisar que finalmente se confirmó el diagnóstico de la patología y explicar la situación de vulnerabilidad en la que el despido lo colocaba, al dejarlo sin salario ni cobertura social -máxime cuando es padre de un pequeño hijo y su esposa es discapacitada- explicó que solicitaba la nulidad del despido -y la consecuente readmisión en el empleo- con fundamento en que constituyó, además del ejercicio abusivo de un derecho (art. 1071, Código Civil), un acto discriminatorio por su condición de enfermo que debía ser privado de eficacia en virtud de lo que disponen la ley 23.592 y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional previstos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional.

Por último, con apoyo en la jurisprudencia y en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo que individualizó, solicitó la inversión del **onus probandi**. Refirió que, teniendo en cuenta la dificultad que implica para la víctima del acto discriminatorio aportar la prueba de la intencionalidad del acto lesivo, es doctrina universalmente aceptada que -partiendo de la base de que el derecho a la no discriminación ha ingresado en el dominio del **ius cogens**- cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un

desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba, de modo tal que, cuando surgen indicios de discriminación, corresponde exigir al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

b. La accionada contestó la demanda a fs. 93/101 vta. Negó que el actor padeciera enfermedad alguna y, sobre todo, que el empleador hubiera estado en conocimiento de esa supuesta enfermedad al disponer el despido. En relación a esto último, negó haber recibido un certificado médico que diera cuenta del estado de salud del actor (fs. 93 vta./94).

Explicó que, en realidad, la empresa despidió al actor en ejercicio de su derecho de poner fin al contrato sin expresión de causa, ya que aún no había finalizado el período de prueba.

Sin perjuicio de ello, precisó que el verdadero motivo para despedir al señor L. residía en el hecho de que éste no asistió al trabajo durante cuatro días (19, 20, 21 y 22 de octubre de 2010), sin dar aviso ni justificar sus inasistencias, incumpliendo así con los deberes más elementales.

Refirió que, aun sin desconocer lo señalado en el precedente de esta Suprema Corte identificado como L. 97.804, "Villalba" (sent. del 22-XII-2010) -en cuanto se

declaró que, en los casos de despidos discriminatorios, el trabajador que invoca que el distracto revistió esa calificación debe aportar indicios suficientes sobre el propósito real del comportamiento del empleador, debiendo éste demostrar que la extinción del contrato de trabajo se produjo por un hecho objetivo alejado, en la realidad, de dicha imputación-, en el caso no existió indicio alguno sobre la posible existencia de discriminación, habida cuenta que la enfermedad del trabajador no había sido diagnosticada ni era conocida por la patronal (fs. 95 vta./96).

Sobre la base de tales argumentos defensivos, concluyó aseverando -en suma- que no había razón alguna que justificase calificar como discriminatorio al despido en los términos de la ley 23.592, ni -por tanto- para decretar su nulidad y la consecuente reinstalación del actor en su puesto de trabajo.

c. El tribunal del trabajo hizo lugar -por unanimidad- a la acción de amparo, decretando la nulidad del despido y condenando a la accionada a readmitir al trabajador (vered., fs. 210/219 vta.; sent., fs. 220/239).

En lo que resulta especialmente relevante, tuvo por demostrado no sólo que, al momento de ser despedido, el actor portaba una enfermedad hepática que le impedía prestar sus tareas habituales con normalidad (vered.,

cuestión tercera, fs. 212 vta./213 vta.), sino también, que la sociedad empleadora tenía pleno conocimiento de dicha circunstancia cuando adoptó la decisión rupturista (vered., cuestión quinta, fs. 216/218 vta.). En relación a ello, con las declaraciones testimoniales de los testigos Parra (compañero de trabajo del actor) y Noain (encargado del sector mantenimiento -donde se desempeñaba L. - y superior jerárquico suyo) consideró probado que la accionada recibió el certificado médico que daba cuenta del estado de salud del actor con anterioridad al despido, como asimismo, que la madre del trabajador concurrió al establecimiento unos días antes del despido para informar a la empresa que su hijo debía hacerse estudios médicos adicionales para diagnosticar la patología que lo afectaba (fs. 218). También se acreditó que el citado superior jerárquico del accionante conocía los problemas de salud que habían comenzado a afectarlo (fs. 216/218), así como que L. -a quien aquél calificaba como un buen empleado- no pudo concurrir a trabajar los días 1 y 2 de octubre y 6 al 22 del mismo mes (fecha esta última en que fue despedido), sin que la patronal hubiera descontado ningún día de salario por inasistencias (fs. 213 vta. y 219).

Con base en esa plataforma fáctica, el tribunal consideró acreditado el carácter discriminatorio del despido.

Comenzó por determinar -en línea con lo que habían anticipado ambas partes- como debía distribuirse la carga de la prueba en materia de despidos discriminatorios.

Así, con explícito apoyo en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *"Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo"* (sent. del 15-XI-2011), sostuvo que correspondía -en primer lugar- reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto, y -en segundo término- determinar la medida en que la carga de la prueba pesa sobre el demandado al que se le imputa la responsabilidad por el mencionado acto. Ergo, sin desconocer que ello no importaba una lisa y llana inversión de la carga de la prueba, concluyó que -con arreglo a la doctrina judicial de la Corte federal- es suficiente que la parte que dice ser víctima de un acto discriminatorio acredite hechos que **prima facie** sean idóneos para inducir su existencia, caso en el cual *"corresponderá al demandado la prueba de que el hecho denunciado tuvo como causa un motivo objetivo y razonable, ajeno a toda discriminación"* (sent., fs. 229 y vta.).

Luego, ponderando que en el caso el actor acreditó indicios suficientes como para inducir la

existencia de la discriminación denunciada (existencia de la enfermedad, conocimiento de la misma por parte del empleador antes del despido, el hecho de que la demandada consideraba a L. como un buen trabajador, la circunstancia de que no reputó injustificadas sus ausencias y le abonó el salario por los días que no concurrió al empleo), mientras que, por el contrario, la demandada no probó que el despido obedeciera a una causa razonable y objetiva (desde que en la réplica varió la posición asumida en el intercambio telegráfico -donde alegó despedir sin causa en ejercicio del derecho que le confiere el período de prueba- para pasar a señalar, con el objeto de cumplir la aludida carga probatoria, que lo había despedido por inasistencias injustificadas, alegación ésta huérfana de todo sustento probatorio), concluyó que, en realidad, quedó evidenciado que la conducta discriminatoria del empleador -fundada en el hecho de que el trabajador portaba una enfermedad que se avizoraba como grave- resultó el verdadero y oculto motivo del despido (sent., fs. 229/230).

En consecuencia, tras calificar explícitamente a la conducta asumida por el empleador -en cuanto ejerció de forma irregular la facultad de extinguir el contrato de trabajo dentro del período de prueba sin expresión de causa (art. 92 bis, L.C.T.), valiéndose de esa posibilidad para "sacarse de encima" a un trabajador que, al padecer una

enfermedad, podía generarle el riesgo económico de tener que pagar una licencia de lapso prolongado, o bien una indemnización por incapacidad- como un abuso del derecho, en los términos del art. 1071 del Código Civil (sent., fs. 225/228), consideró el tribunal que el despido resultó, además de abusivo, discriminatorio (art. 1, ley 23.592), por lo que decretó su nulidad, condenando a la accionada a reinstalar al actor y a pagarle los salarios caídos, más una indemnización por daño moral (sent., fs. 228/234 vta.).

d. Dicha sentencia fue apelada -en los términos de la ley de amparo 13.928- por la accionada a fs. 245/255 vta., recurso que fue concedido por el tribunal del trabajo a fs. 256.

En lo que ahora resulta relevante, cuestionó la accionada la conclusión del tribunal de origen relativa a que resultó acreditado que el empleador había tomado conocimiento de la enfermedad con anterioridad al despido, objetando, en lo sustancial, la valoración de la declaración del testigo Parra, en cuanto declaró haber hecho entrega a la accionada del certificado que indicaba la enfermedad que afectaba al actor (fs. 248).

Asimismo, señaló que no resultaba viable -como lo hizo el tribunal laboral- objetar una supuesta variación -por parte de la accionada- de su originaria posición (despido sin expresión de causa en el marco del período de

prueba) por una diferente (inasistencias injustificadas durante los 4 días previos al despido), motivo real de extinción que fue esgrimido en la réplica con el objeto de ejercer su derecho de defensa que no puede ser computado para achacarle una conducta irregular, ni menos aún discriminatoria (fs. 250/251).

En cambio, no objetó la conclusión del tribunal en tanto calificó a la conducta de la empleadora como un abuso del derecho (art. 1071, Código Civil), ni en cuanto le atribuyó a la demandada, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa "Pellicori", cit.) la carga de demostrar -a partir de los indicios brindados por el trabajador- la existencia de una causal objetiva y razonable de extinción ajena a toda motivación discriminatoria.

e. Como se señaló anteriormente, la Cámara de Apelación hizo lugar -por mayoría- al mentado recurso de apelación, revocó la sentencia y desestimó la acción (fs. 305/331), esgrimiendo para ello los fundamentos reseñados en el apartado I de mi voto a la primera cuestión.

El sufragio que orientó la mayoría, tras especificar que no podían tenerse en cuenta las declaraciones de los testigos oídas en la audiencia de vista de la causa (desde que el tribunal del trabajo no dejó constancias de las mismas), y aun cuando consideró

expresamente acreditado que -a contrario de lo sostenido tanto en la réplica, cuanto en el recurso de apelación- la accionada tenía conocimiento, al tiempo de rescindir la relación contractual, de que el trabajador estaba enfermo, consideró que el despido "se enmarca en las previsiones legales", no revistiendo carácter discriminatorio hacia el trabajador (sent., fs. 310 vta.).

Destacó que no pudo demostrarse que la patronal hubiera estado en conocimiento, en cambio, de la entidad o gravedad de la dolencia (sent., fs. 311) y que, aun estando enfermo, la accionada tenía derecho a rescindir el vínculo durante el período de prueba, cargando en todo caso con la obligación de pagar los salarios.

Por último, puntualizó que no era reprochable la actitud del empleador de esgrimir e intentar demostrar una causa de despido en la réplica (aun cuando había despedido sin expresión de causa), desde que ello resulta compatible con la doctrina judicial establecida por la Corte federal en el citado precedente "Pellicori" (sent. del 15-XI-2011), con arreglo a la cual resulta suficiente, para quien alega la existencia de un acto discriminatorio, acreditar indicios que permitan inducir su existencia, caso en el cual corresponde al demandado a quien se reprocha la comisión del acto impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda

discriminación (sent., fs. 311 vta., el subrayado es del original), doctrina -añadió- anticipada por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los fallos que identificó.

Pese a eso, la mayoría del órgano de alzada consideró no acreditado el carácter discriminatorio del despido, por lo que revocó la sentencia de origen, aclarando que, en virtud de ello, quedaban desplazados los demás agravios del empleador, así como el recurso de apelación deducido por el trabajador (sent., fs. 312 y 330 y vta.).

f. Dicha resolución judicial fue cuestionada por la actora mediante el recurso extraordinario de fs. 335/382 (cuyos agravios he resumido en el apartado I de esta cuestión) el cual -como anticipé, y por los fundamentos que seguidamente habré de desarrollar- resulta procedente.

2. En primer lugar cabe precisar que -como reiteradamente lo ha resuelto este Tribunal- la potestad revisora de la Suprema Corte está circunscripta al contenido de la sentencia y a la concreta impugnación que contra ella se formule en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. causas L. 101.011, "Nolasco", sent. del 6-III-2013; L. 100.647, "Muniagurría", sent. del 30-V-2012; L. 103.579, "Gómez", sent. del 8-IX-2010; L. 92.804, "Olivares", sent. del 3-VI-2009; L. 95.264,

"Barrenechea", sent. del 18-III-2009; L. 84.882, "Barbusano", sent. del 9-V-2007; L. 85.861, "Tellechea", sent. del 18-IV-2007; entre muchas otras).

Siendo ello así, en la especie han de permanecer marginadas de la revisión casatoria las siguientes cuestiones:

(i) La sustanciación del proceso en el marco de la acción de amparo regulado por la ley 13.928, toda vez que, como lo resaltó la alzada a fs. 313 vta./314 y 330 y vta., la accionada no cuestionó oportunamente la decisión del tribunal de primera instancia de admitir la vía propuesta por la actora, por lo que mal pudo agravarse sobre el punto al deducir el recurso de apelación.

(ii) La aptitud de la Cámara de Apelación para actuar como órgano de alzada respecto de lo resuelto por el tribunal del trabajo, desde que la actora (vencedora en la primera instancia) no sólo no cuestionó la concesión del recurso efectuada por el tribunal laboral (fs. 256, al punto que dedujo su propio recurso de apelación, ver fs. 260/262 vta.), sino que además (habiendo sido vencida en segunda instancia) tampoco objetó la conclusión de la Cámara que -por mayoría- consideró bien concedido el recurso de apelación deducido por la accionada (ver fs. 306 vta./307 y 309 y vta.).

(iii) La conclusión del tribunal del trabajo

relativa a que -al despedir al actor sin expresión de causa, pretendiéndose valer de la facultad que otorga al empleador el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo- la demandada incurrió en abuso del derecho en los términos del art. 1071 del Código Civil, conclusión largamente fundada por el órgano de primer grado (ver sent., punto I, fs. 224/228) que no fue objetada por la accionada en el recurso de apelación de fs. 245/255 vta., por lo que arribó firme tanto a la Cámara (que, por tal razón, no emitió opinión al respecto), cuanto -con mayor razón aún- a esta Suprema Corte.

(iv) La distribución de la carga de la prueba con arreglo al criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Pellicori" (sent. del 15-XI-2011), planteo que, esgrimido por la actora desde el escrito de inicio (ver fs. 21 y vta.), no sólo no fue frontalmente cuestionado por la accionada en la réplica (al punto que ella misma citó la postura expuesta por algunos de los jueces de esta Corte en el precedente L. 97.804, "Villalba", sent. del 22-XII-2010, ver fs. 95 y vta., coincidente con la mentada jurisprudencia del alto Tribunal), sino que, además, fue respaldado categóricamente por el tribunal del trabajo (sent., fs. 229/230), en decisión que arribó firme a la Cámara (y, por ende, a esta Corte), desde que ningún agravio sobre el punto introdujo

la demandada en el recurso de apelación de fs. 245/255 vta.; máxime cuando la propia alzada invocó el precedente "Pellicori" al momento de definir el **onus probandi** (fs. 311 vta./312 y 330 vta. para el voto de la mayoría; fs. 318/321 del voto minoritario), sin perjuicio de que, aun en ese contexto, dispuso el rechazo de la demanda por entender que no medió discriminación alguna.

3. Despejado lo anterior, e ingresando a analizar los concretos agravios deducidos en el recurso, cabe precisar que asiste razón a la quejosa en cuanto denuncia que la Cámara de Apelación aplicó erróneamente la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Pellicori".

a. Como ya se dijo, arribó firme a esta Corte la conclusión del tribunal del trabajo (no cuestionada por la accionada en el recurso de apelación, ni desvirtuada por la Cámara de Apelación, al punto que en la sentencia de segunda instancia se invocó expresamente dicho precedente del alto Tribunal, ver fs. 311 vta.) relativa a que, debatiéndose en el caso la posible existencia de un despido discriminatorio, la carga de la prueba debía ser distribuida con arreglo al criterio jurisprudencial allí establecido (ver sent. de primera instancia, fs. 229/232).

Luego, cabe sintetizar los lineamientos entonces vertidos por la Corte federal, para poder determinar si

-como lo plantea el recurrente- la alzada aplicó erróneamente la doctrina judicial que emana del mentado precedente.

b. Al resolver la causa P.489.XLIV, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (sent. del 15-XI-2011), la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que -tras determinar que la carga probatoria recaía únicamente sobre la trabajadora, requiriéndose *"una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos acompañados"*- había desestimado el reclamo de nulidad del despido discriminatorio fundado en el art. 1 de la ley 23.592 en virtud de que la actora no había logrado acreditar el carácter discriminatorio del distracto (conf. causa "Pellicori", cit., considerando 1° del voto unánime de los ministros Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

Tras dejar sin efecto la denegatoria del recurso federal interpuesto por la allí accionante (señalando la Corte que los agravios vinculados a las pautas probatorias establecidas para ser aplicadas en los litigios civiles que, con arreglo a la ley 23.592, ponen en juego los principios de igualdad y prohibición de discriminación, remiten al estudio de cuestiones de índole federal, conf. C.S.J.N., "Pellicori", consid. 2°, y destacar que la

efectividad de los medios procesales destinados a la protección y la reparación de los derechos humanos se erige como uno de los capítulos fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (consid. 4°), resaltó -una vez más- la necesidad de acudir, para resolver el tópico bajo análisis, al **corpus iuris** elaborado por los comités de derechos humanos que -en tanto actúan en las condiciones de vigencia de los Tratados incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional- resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el plano internacional (cons. 5°).

Explicó el cimero Tribunal que el referido cuerpo normativo internacional se proyecta decididamente sobre la ley nacional 23.592 en cuanto al régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto tildado de discriminatorio, en dos direcciones: (i) al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto; (ii) al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se le imputa la responsabilidad por el mencionado acto (consid. 5°). Todo ello -aclaró- parte de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente

atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo, máxime cuando la temática involucra los principios de igualdad y no discriminación, elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional que -recordó la Corte, con cita del precedente "Alvarez c/ Cencosud" (sent. del 7-XII-2010), así como de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- han alcanzado la preeminente categoría de **ius cogens** (cons. 5°).

Partiendo de esa base, y tras reseñar con profundidad las múltiples y concordantes disposiciones normativas e interpretaciones expresadas en ese sentido por diversos instrumentos y órganos internacionales (Comité contra la Discriminación Racial; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité de Derechos Humanos; Comité contra la Discriminación de la Mujer; Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la O.I.T.; consids. 6° y 7°) y regionales (Directivas de la Unión Europea, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Comité Europeo de Derechos Sociales, Corte Europea de Derechos Humanos; consids. 8°, 9° y 10°), así como en el ámbito del derecho comparado (leyes de Francia, España e Italia; jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y de la Corte Constitucional de Bélgica, consids. 8° y 9°), la Corte Suprema de Justicia expresó que los

lineamientos que de allí se desprendían *descartaban todo sustento* a la postura asumida por el órgano de alzada (consid. 8°), razón por la cual -precisó, teniendo en cuenta los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las víctimas del ominoso flagelo de la discriminación-, correspondía determinar las especificidades a las que deben ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir en los procesos en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio (consid. 11°).

En ese trance, resolvió la Corte que, en este tipo de procesos, resultará suficiente, para la parte que afirma haber sido víctima de un acto discriminatorio *"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**"* (consid. 11°, el destacado es propio).

Aclaró finalmente la Corte que lo expuesto no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto pues, de ser controvertida su existencia, pesa sobre la actora *"la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido"*, cumplido lo cual *"al demandado le*

corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado" (consid. 11°).

c. Me he detenido a sintetizar con cierto detalle los lineamientos vertidos por la Corte federal en el asunto "Pellicori" (cuya aplicación al caso, reitero, arribó incontrovertida a esta sede) con el objeto de demostrar que -con arreglo a cómo quedó trabada la litis y a los hechos que resultaron demostrados en autos- la Cámara de Apelación interpretó erróneamente la doctrina judicial que emana del mismo, tal como lo denuncia la quejosa a fs. 378 vta./379 vta.

(i) En efecto, el accionante alegó en la demanda la existencia de un despido discriminatorio, denunciando que había sido despedido por su condición de enfermo y explicando el contexto en que se produjo la pretendida extinción del vínculo (fs. 16/18).

(ii) La accionada centró su estrategia defensiva en negar la existencia de la enfermedad y, especialmente, en sostener que, en todo caso, no había tenido conocimiento del estado de enfermedad del trabajador al momento de disponer el despido (fs. 93 vta.).

Sin perjuicio de que, telegráficamente, notificó el despido sin expresión de causa (alegando apenas que se encontraba vigente el período de prueba, ver c.d. de fs. 87), en la réplica -y previendo la posibilidad de que el

tribunal, tal como lo peticionó el actor a fs. 21 y vta., distribuyera la carga de la prueba con arreglo al indicado criterio posteriormente sentado por la Corte Suprema **in re** "Pellicori" (adviértase que la propia accionada citó lo propuesto, en idéntico sentido, en el voto de la doctora Kogan en la causa L. 97.804, "Villalba", sent. del 22-XII-2010, ver fs. 96)- invocó cual fue -según su versión- el verdadero motivo que la llevó a despedir al señor L. : el incumplimiento injustificado, durante cuatro jornadas, del deber de prestar servicios, sin siquiera haber dado aviso de su imposibilidad de concurrir al empleo (fs. 94 vta.).

(iii) Ahora bien, en ese contexto asume central entidad la circunstancia de que -desbaratando por completo la tesis central sobre la que se apoyó la estrategia defensiva de la accionada- en autos resultó acreditado que la demandada tenía pleno conocimiento de que el trabajador estaba enfermo al momento de despedirlo.

Ello fue considerado demostrado no sólo por el tribunal del trabajo (veredicto, cuestión quinta, fs. 216/218 vta.), sino también por la Cámara de Apelación, al punto que el juez que orientó la mayoría afirmó que de las pruebas colectadas en la causa (incluso descartando los testigos que el órgano laboral había ponderado al efecto) se desprendía que "Plunimar S.A." tenía conocimiento, al tiempo de rescindir la relación contractual, de que el

actor estaba enfermo (ver fs. 310 vta. y 330 vta. para el voto de la mayoría, conclusión compartida por el magistrado que votó en disidencia, ver fs. 307 vta. y 314 vta.). De ese modo, la alzada desestimó la posición que la demandada introdujo en la réplica y reprodujo en el recurso de apelación (fs. 245 vta. y 246/249 vta.), oportunidad en la cual reiteró su postura relativa a que no tenía conocimiento de la enfermedad, y volvió a señalar que *"el despido del actor no obedeció a su enfermedad, sino a sus incumplimientos"* (fs. 249).

Para más, aun cuando dejáramos de lado el dato no menor de que -a contrario de lo postulado por la accionada- los seis magistrados que integran los órganos judiciales de primera y segunda instancia que intervinieron en la causa consideraron demostrado que el empleador tenía conocimiento del estado de enfermedad al momento de despedir el actor, efectivamente la prueba testimonial valorada por el tribunal de grado (erróneamente descartada por el órgano de alzada, como menciona la impugnante) permite evidenciar dicha circunstancia.

Debo destacar, en ese sentido, que -a diferencia de lo que sostuvo la Cámara a fs. 309 vta.- es perfectamente posible revisar la prueba testimonial (en especial, la declaración del testigo Parra, único cuestionado por la demandada en el recurso de apelación a

fs. 248 y vta.), no sólo porque el tribunal del trabajo dejó constancia de sus dichos en el veredicto (ver fs. 216/218), sino también -y fundamentalmente- porque la declaración del testigo Parra fue tomada por escrito e íntegramente transcripta a fs. 53 (en oportunidad de producirse la prueba dirigida a discernir la reinstalación cautelar pedida por el actor) y (más allá de que dicha declaración por escrito resulta por si sola idónea para acreditar los hechos controvertidos), fue expresamente ratificada por el deponente en la audiencia de vista de la causa (fs. 160 y vta.), aclarando allí el testigo que el certificado médico que daba cuenta de la enfermedad del actor fue entregado por él mismo a la accionada en el mes de octubre de 2010.

Así, de la mentada declaración se desprende que el testigo Parra (compañero de trabajo del actor, quien trabajaba a la par suya en la empresa "Aquarium", explotada por la sociedad accionada) declaró que en la época referida el actor se descompuso en el trabajo y al día siguiente le alcanzó al testigo un certificado médico, quien a su vez al otro día se lo entregó al encargado (Noain). Agregó asimismo que el encargado le dijo, después de entregarle el certificado, que *"lo iban a echar al actor"* (lo que fue ratificado por Noain en la vista de la causa, vered., fs. 218) y que *"el motivo era por el tiempo de la licencia"*,

añadiendo por último que el propio supervisor le dijo que el accionante *"trabajaba perfecto, que andaba muy bien"* (ver fs. 53 y vta. y acta de fs. 160).

A lo señalado cabe aun añadir que la testigo Boeiro (madre del actor, quien prestó por escrito su declaración a fs. 41 vta./42 vta., ratificándola en la audiencia de vista de la causa a fs. 160 y vta., en presencia de la demandada, sin que sus dichos fueran cuestionados en ningún momento por ésta) declaró, en la misma línea que Parra, que en el mes de octubre de 2010 L. se descompuso en el trabajo, por lo que fue llevado a una clínica, donde le extendieron un certificado que su hijo le entregó a Parra para que lo entregara en la empresa, y éste les informó que lo había hecho, todo lo cual sucedió antes del despido. Agregó que poco tiempo después (el día anterior al despido) la testigo acompañó al actor a la empresa y entregaron un nuevo certificado (fs. 42 y ratificación de fs. 160), todo lo cual coincide con lo que -según dejó asentado el tribunal laboral en el veredicto, sin objeción de la accionada- declaró el encargado Noain, en cuanto reconoció que *"unos días antes de que la empresa despidiera a L. , él fue informado por la madre del actor en la puerta de ingreso del Aquarium que L. debía hacerse estudios"* (vered., fs. 218).

Más allá de que el encargado Noain negó haber

recibido el certificado (negativa, vale aclarar, expresamente descartada por el tribunal del trabajo, quien, tras carearlo con Parra, dio preferencia a la declaración de este último, en cuanto declaró que le había entregado el certificado, ver fs. 216/217 vta.) esta última circunstancia evidencia que (aun cuando, por vía de hipótesis, dejáramos de lado que resultó acreditado que el encargado recibió el certificado de parte de Parra antes del despido) también quedó acreditado que fue informado de dicha circunstancia por la madre del trabajador (antes del distracto), todo lo cual resta toda entidad al pretendido desconocimiento por la demandada de la enfermedad que afectaba al trabajador.

(iv) De lo expuesto en el apartado anterior se desprende, sin hesitación, que el actor cumplió con la *carga probatoria atenuada* que la jurisprudencia constitucional plasmada en el precedente "Pellicori" le atribuye al trabajador que alega haber sido víctima de un acto discriminatorio.

En efecto, como se señaló más arriba, la Corte federal exige en tal contexto a la parte actora "*la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir la existencia*", del acto discriminatorio, es decir, "*la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración*

del motivo debatido" (C.S.J.N., "Pellicori", consid. 11°).

Así, el accionante logró probar -desvirtuando la negativa exteriorizada por la accionada, quien controvirtió esa afirmación tanto al contestar la demanda cuanto al deducir el recurso de apelación- que el empleador procedió a despedirlo coetáneamente al momento en que tomó conocimiento de que se encontraba enfermo.

Asimismo, también resultó acreditado que la accionada no preavisó la extinción, que consideraba al actor como un buen empleado (sent., fs. 225 y 229 vta., lo que, obviamente, torna objetivamente sospechosa y contradictoria su decisión de despedirlo cuando restaban apenas 8 días para que finalizara el período de prueba), y que, pese a que posteriormente (al contestar la demanda) pretendió justificar la decisión rescisoria imputando al trabajador inasistencias injustificadas, le abonó el salario durante todos los días en los que el actor no concurrió a prestar servicios (lo que no sólo refuerza el dato de que la patronal conocía el estado de enfermedad, sino también, evidencia que consideró justificadas sus ausencias, pues de otro modo no le habría reconocido el pago de salarios, arg. arts. 208/210, L.C.T.), datos todos ellos que -como bien lo resolvió el tribunal del trabajo a fs. 229/230- debieron ser computados -en los términos de la doctrina judicial que emana del fallo "Pellicori"- como

indicios idóneos para inducir la existencia del acto discriminatorio, es decir, hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del carácter segregatorio del despido.

Debo destacar, por último, que en nada obsta a lo señalado la circunstancia de que la accionada, aun conociendo que el trabajador estaba enfermo al momento de despedirlo, no tenía noción de la entidad o gravedad de la dolencia, argumento tangencialmente esgrimido por los jueces que integraron la mayoría de la Cámara para descartar el carácter discriminatorio del distracto (ver fs. 310 vta./311 y 330 vta.).

Ello así, en primer lugar, porque -como bien lo destaca la recurrente a fs. 380- el actor no alegó haber sido discriminado por el hecho de padecer una enfermedad grave, sino, simplemente por el hecho de estar enfermo. Así, ya en el intercambio telegráfico puntualizó que el despido *"constituye un acto discriminatorio por encontrarme enfermo"* (ver telegrama de fs. 18), y en el escrito de demanda, sin perjuicio de describir la gravedad de la enfermedad, señaló *"la empresa apenas tuvo conocimiento de que podía estar enfermo, procedió a despedirme"* (fs. 17).

A ello cabe añadir que el tribunal del trabajo tuvo expresamente por acreditado que efectivamente la enfermedad (hepatitis activa crónica o autoinmune) es grave

(ver pericial médica, fs. 142/146), y que, aun cuando el diagnóstico final se produjo con posterioridad al distracto, el tránsito médico necesario para arribar al mismo ocurrió estando aún vigente el vínculo laboral (vered., fs. 215), lo que lo llevó a concluir en la sentencia que ya antes del despido la accionada tenía perfectamente claro que el empleado padecía una enfermedad que "le podía llegar a crear un problema a futuro", pudiendo avizorar la obligación de tener que soportar una licencia de largo plazo (posiblemente de seis meses, dado que -al tener una esposa discapacitada y un hijo pequeño al momento del despido, ver fs. 211- el actor tenía cargas de familia), o incluso el deber de abonar la indemnización por incapacidad absoluta en los términos del art. 208 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo (sent., fs. 226 vta./227).

Conclusiones todas estas que, aun cuando no fueron objeto de específico cuestionamiento en el recurso de apelación deducido por la demandada, fueron completamente ignoradas por la sentencia de la Cámara de Apelación.

(v) Habiendo el actor cumplido con la porción de la carga probatoria que corresponde asignarle con arreglo a la distribución del **onus probandi** consagrado por la Corte federal en el citado precedente "Pellicori", resta analizar

ahora si el empleador logró satisfacer el imperativo que el mentado fallo coloca en cabeza del demandado con la finalidad de desvirtuar la existencia del acto discriminatorio, esto es, desentrañar si logró probar *"el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado"*, o sea, que el despido *"tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación"* (C.S.J.N., "Pellicori", consid. 11°).

La respuesta es, a mi entender, negativa.

Como vimos, al contestar la pretensión, la demandada (que no explicitó causa alguna al despedir, amparándose en la facultad extintiva que le otorga el período de prueba) alegó expresamente (con la inocultable intención de evidenciar una causa objetiva de despido ajena a la actitud discriminatoria que se le imputó en el escrito inicial, para el caso de que se distribuyese la carga probatoria con arreglo al criterio finalmente seguido por el tribunal, ver fs. 94 vta./96) que había procedido a expulsar al actor por el hecho de que éste había incumplido con su obligación de prestar servicios durante cuatro jornadas, sin dar aviso de su imposibilidad (fs. 94 vta.). Criterio que también sostuvo en el recurso de apelación, cuando no sólo reiteró que la extinción estuvo motivada en *"las ausencias injustificadas del actor durante los 4 días anteriores al despido"*, sino que añadió, incluso, que *"el*

despido del actor no obedeció a su enfermedad sino a sus incumplimientos" (ver fs. 249/250 vta.).

Sin embargo, como veremos, las constancias de la causa restan toda verosimilitud a la mentada afirmación de la patronal, quien no logró -como era su carga, de conformidad a como quedó trabada la litis- demostrar una causa objetiva de despido susceptible de enervar la sospecha de discriminación originada en los indicios demostrados por el trabajador.

En efecto, como bien lo sostiene la recurrente a fs. 379 vta. -y así lo habían anticipado correctamente tanto el tribunal del trabajo, cuanto el magistrado de la Cámara que quedó en minoría-, "Plunimar S.A." no probó las ausencias injustificadas del trabajador, ni ningún incumplimiento laboral de su parte.

Por un lado, las ausencias del trabajador no fueron cuatro (como lo postuló la accionada en la réplica) sino que -como lo consideró demostrado el tribunal de origen, sin que ello fuera cuestionado en el recurso de apelación, por lo que arribó firme a la Cámara- con el cuaderno de asistencias acompañado por la propia accionada se probó que el señor L. (quien no había tenido ausencias en todo el mes de agosto y había faltado sólo un día en el mes de septiembre de ese año), sólo pudo trabajar dos días en el período que transcurrió entre el 1° y el 23 de

octubre de 2010 (vered., fs. 218 vta./219).

Por el otro, resultó probado no sólo que en ningún momento la empleadora intimó al actor a justificar sus inasistencias, sino que, además, renunciando a ejercer el derecho de controlar la veracidad de la enfermedad (desde que no envió un facultativo médico que la constatará, vered., fs. 218), le pagó el salario por todos y cada uno de los casi veinte días en que se ausentó del empleo, lo que (además de ratificar el hecho a esta altura indisimulable de que la patronal efectivamente conocía el estado de enfermedad del actor) corrobora que reputó justificadas esas ausencias, descartando que pudieran configurar un incumplimiento contractual de su parte (arg. arts. 208/210, L.C.T., fs. 218/219 vta.). Máxime cuando -aún dejando de lado, por vía de hipótesis, dichas circunstancias- con la prueba testimonial (declaraciones de Parra -quien reconoció haber hecho entrega del certificado médico a la patronal antes del despido-, Boeiro -quien ratificó lo anterior y declaró haber concurrido con el accionante al establecimiento a informar sobre el estado de salud de éste previamente al despido- y Noain -quien reconoció que, antes del distracto, fue informado por la madre del trabajador que éste debía hacerse estudios médicos adicionales-, ver fs. 216/218) resultó plenamente probado que la accionada estaba en conocimiento de que el

trabajador estaba enfermo e impedido de prestar servicios, no pudiéndose por tanto reputarse injustificadas sus inasistencias.

De todo ello se colige que la parte demandada no logró acreditar (como era su carga, a partir de los indicios aportados por el actor que indujeron la presunción de existencia de un acto discriminatorio, de conformidad a la forma en que quedó trabada la litis y a los lineamientos vertidos por la Corte federal en la causa "Pellicori") que el despido *"tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación"*, toda vez que, muy por el contrario, la causal esgrimida para cumplir con ese imperativo de su propio interés (ausencias injustificadas sin aviso por parte del trabajador) se demostró falsa.

En consecuencia, es a todas luces evidente que -como ya dije- la Cámara interpretó erróneamente la jurisprudencia establecida en el caso "Pellicori", porque -si bien señaló de manera correcta que, con arreglo al precedente citado, no podía reputarse incongruente la actitud de la patronal de intentar justificar la existencia de una causal objetiva de despido en la réplica, desde que, acreditados indicios de la existencia del acto discriminatorio, corresponde al demandado la prueba de que el despido tuvo como causa un motivo ajeno y razonable ajeno a toda discriminación (sent., fs. 311 vta.)-,

concluyó inmediatamente a continuación que "no veo que en el **sub lite** se encuentre acreditado un accionar discriminatorio en los términos del artículo 1 de la ley 23.592 por parte del empleador" (sent., fs. 312), afirmación dogmática que no se condice con aquélla premisa y que, además, ignora que la accionada no pudo probar el motivo objetivo y razonable que alegó con la finalidad de destruir la sospecha de discriminación nacida a partir de los indicios aportados por el accionante.

4. Aunque lo hasta aquí expuesto alcanza para revocar la sentencia atacada, resta formular una aclaración adicional, en lo relativo a que el despido fue dispuesto durante el período de prueba.

Si bien es cierto que, a la fecha del distracto, el vínculo habido entre las partes se hallaba atravesando la mentada etapa del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, que habilita al empleador a rescindir la relación sin expresión de causa (art. 92 bis, L.C.T., texto según ley 25.877), no lo es menos que el tribunal del trabajo juzgó que -tal como lo denunció el actor en la demanda- dicha facultad extintiva fue ejercida en el caso por "Plunimar S.A." de manera irregular, incurriendo así en un abuso del derecho en los términos del art. 1071 del Código Civil (sent., punto I., fs. 224/228). Ello así, porque, con total desapego tanto del deber de buena fe,

como de la obligación de actuar como un "buen empleador" (arts. 62/63, L.C.T.), la accionada ocultó la verdadera causal motivante de su decisión (enfermedad del trabajador), aprovechando la facultad rescisoria consagrada en la ley como si fuera un "bill de despido libre", de modo tal que resultaba fácil concluir, a juicio del tribunal, que -en realidad- el trabajador no fue despedido por el hecho de que se lo pudiera hacer libremente dentro del plazo trimestral previsto en el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, sino porque estaba enfermo, máxime cuando ni siquiera esbozó que el actor no hubiera cumplido satisfactoriamente con el período de prueba, sino que -por el contrario- se demostró, con la declaración testimonial del propio supervisor del trabajador, que éste era considerado por la empresa como un buen empleado.

Ahora bien, como lo anticipé en el apartado III. 2. (iii) de este voto, dicha conclusión del tribunal del trabajo arribó firme a la Cámara, desde que no fue cuestionada por la demandada en el recurso de apelación de fs. 245/255 vta. ni, por tanto, desactivada por la sentencia de la Cámara, que nada mencionó al respecto.

Siendo ello así, la circunstancia de que el despido haya sido dispuesto antes del vencimiento del período de prueba, no agrega -en la especie- ningún matiz diferencial susceptible de enervar la solución que se

propone, toda vez que, aun cuando -en la mejor hipótesis para la accionada, quien ni siquiera alegó ese argumento en su defensa- se postulase que el criterio de distribución de la carga probatoria aplicado en la instancia ordinaria con sustento en la jurisprudencia de la Corte Suprema, no resulta de aplicación a los trabajadores despedidos durante el período de prueba (argumentos que no constituyeron el núcleo de la estructura defensiva de la accionada, quien dirigió prácticamente todos sus esfuerzos a intentar evidenciar que no conocía el estado de enfermedad del actor y que, por tanto, el despido no podía reputarse discriminatorio) ello resultaría irrelevante en el caso, desde que -habiéndose resuelto, en conclusión firme- que el empleador incurrió en un abuso de su derecho de extinguir de manera incausada el vínculo durante el lapso de prueba, éste no puede ampararse, a ningún efecto, en la mentada prerrogativa que fue ejercida de manera antifuncional y contraria a la finalidad de la ley, conducta que en modo alguno puede ser protegida por el ordenamiento jurídico (art. 1071, Código Civil).

Luego, resultando acertado lo que sostiene la recurrente en orden a que la Cámara soslayó considerar que el despido resultó abusivo en los términos del precepto legal citado (fs. 381 vta.), luce palmariamente equivocada la conclusión del órgano de alzada relativa a que "el

empleador ejerció la facultad extintiva sin expresar la causa conferida por la normativa laboral", razonamiento que apoyó en el argumento de que, incluso en caso de enfermedad del trabajador, el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo autoriza a extinguir el contrato con la sola obligación de abonar los salarios hasta el vencimiento del período de prueba (fs. 312). Huelga señalar que el empleador no puede ampararse en esa posibilidad cuando -como ocurrió en el caso, a tenor de lo que resolvió el tribunal de primer grado en conclusión firme- la facultad rescisoria fue ejercida de manera irregular, toda vez que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071, Código Civil).

5. Debiendo rescindirse la sentencia en cuanto, interpretando erróneamente la jurisprudencia establecida por la Corte federal en la causa "Pellicori", revocó el fallo del tribunal del trabajo y consideró no acreditado el carácter discriminatorio del despido, corresponde que esta Corte asuma competencia positiva y resuelva el litigio con arreglo a la ley o doctrina legal aplicables (art. 289. ap. 2, C.P.C.C.), teniendo en cuenta las alegaciones de las partes y las cuestiones que resultaron expresamente desplazadas por la Cámara a tenor de la forma en que finalmente resolvió (ver sent., punto "i", fs. 312).

a. En primer lugar, toda vez que -como quedó

dicho- la accionada no logró desvirtuar la imputación (**prima facie** corroborada por los indicios acreditados por el trabajador que indujeron a presumir su existencia) de la conducta discriminatoria que le fue atribuida en el escrito inicial, no cabe sino concluir que el despido del actor debe reputarse discriminatorio en los términos del art. 1 de la ley 23.592.

Ergo, resultando que, con arreglo a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (A.1023.XLIII, "*Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo*", sent. del 7-XII-2010, publicado en La Ley, T° 2011-A-, p. 177; A.590.XLIII, "*Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ sumarísimo*", sent. del 23-VI-2011; P.1508.XLII, "*Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A. s/ acción de amparo*", sent. del 23-VIII-2011; C.823.XLVI, "*Cejas, Adrián Enrique c/ Fate S.A. s/ juicio sumarísimo*", sent. del 26-III-2013), coincidente con la doctrina legal de esta Suprema Corte L. 104.378, "*Sffaeir*", sent. del 8-VIII-2012; L. 97.804, "*Villalba*", sent. del 22-XII-2010), la ley 23.592 resulta plenamente aplicable a las relaciones laborales, habilitando la declaración de la nulidad de los despidos discriminatorios -y la consecuente reinstalación en el empleo del trabajador discriminado- corresponde, como declaró el tribunal del trabajo a fs. 228/239, privar de eficacia extintiva al despido notificado por "Plunimar

S.A." el día 22-X-2010 y condenar a la accionada a readmitir al señor L. en su puesto de trabajo.

b. En nada obstan a la conclusión antedicha los agravios contenidos en el recurso de apelación que, al haber resultado desplazados a partir de la conclusión de la Cámara relativa a que no había resultado acreditado el carácter discriminatorio del despido (ver sent., fs. 312), deben ser considerados aquí en virtud del postulado de la "apelación adhesiva" (conf. causa L. 97.513, "Rodríguez", sent. del 5-IV-2013; entre muchas).

(i) Así, señaló la demandada que -de un lado- resultaba inviable decretar la nulidad del despido y la reinstalación del trabajador en virtud de que semejante proceder implicaría vulnerar "las normas generales que rigen en materia de contratos" ("quinto agravio", fs. 246 y 251 y vta.) y el "principio de seguridad jurídica" ("sexto agravio", fs. 246 y 252/253 vta.) y -del otro- tampoco lucía ajustada a derecho la decisión de condenar a la patronal a pagar los salarios caídos y una "desproporcionada indemnización de \$30.000 en concepto de daño moral" ("séptimo agravio", fs. 246 y 253 vta./255).

(ii) Más allá de que los mentados cuestionamientos ni siquiera constituyen una crítica razonada de los categóricos argumentos esgrimidos por el tribunal de primera instancia para fundar la nulidad del

despido discriminatorio y la reparación de los daños, lo igualmente relevante para desestimarlos es que la postura que esgrime la demandada resulta contraria a la jurisprudencia de la Corte federal y a la doctrina legal de esta Corte mencionadas en el apartado anterior.

Como lo destacó este Tribunal en el citado precedente L. 104.378, "Sffaeir" (sent. del 8-VIII-2012) -oportunidad en la cual adherí, expresando mis propios argumentos adicionales, a la propuesta decisoria del doctor Negri- el derecho a la no discriminación es un derecho humano fundamental y, en particular, un derecho fundamental en el trabajo. Luego, en tanto lo realmente privilegiado por la ley 23.592 y por los instrumentos internacionales de derechos humanos es la prevención y la nulificación del acto discriminatorio (impedirlo, si aparece inminente su concepción lesiva, o hacer cesar sus efectos y reparar las consecuencias dañosas si éste ya se produjo), cuando el acto discriminatorio es un despido, la acción jurídica de privación de efectos al acto írrito debe traducirse necesariamente en la nulidad de la decisión extintiva y la consecuente reinstalación de la víctima en su puesto de trabajo en los casos en los que el damnificado así lo solicita.

Por lo tanto -resolvió esta Corte en el precedente de marras- definido que el despido del

trabajador configura un acto discriminatorio, resulta inobjetable la sentencia del tribunal del trabajo que, con fundamento en la ley 25.392, declaró la nulidad del despido y ordenó la reincorporación del operario en su puesto de trabajo.

Además, se dijo en el fallo citado que, en tanto en materia de tutela contra los actos discriminatorios es válido justificar la vigencia de una pauta genérica en el plano de la teoría constitucional, que indica que *los derechos a la igualdad y a no ser discriminado arbitrariamente ostentan rango superior en la escala axiológica de los bienes e intereses jurídicos a proteger*, otros derechos constitucionalmente reconocidos, como los de propiedad, libertad de contratar y ejercer industria lícita (arts. 14 y 17, C.N.) no pueden ser invocados para amparar una conducta discriminatoria.

Luego, las presuntas vulneraciones de la libertad contractual y de la seguridad jurídica que genéricamente denunció la accionada a fs. 251/253 vta. en modo alguno alcanzan para descartar la solución anticipada.

Máxime cuando (como lo precisé al emitir mi voto concurrente en el citado precedente L. 104.378, "Sffaeir", a cuyas consideraciones me remito en honor a la brevedad) en casos como el presente -en el que se discuten los efectos jurídicos de los despidos discriminatorios- están

en juego los alcances de distintos principios y libertades fundamentales, por lo que la cuestión en tratamiento trasciende al derecho interno, abriéndose a la dimensión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, imponiéndose entonces un juicio sobre los derechos en pugna imbuido desde la óptica de la obligación internacional que cabe a los Estados en orden a garantizar el principio de igualdad jurídica y no discriminación, consagrado en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, con el alcance que se le ha dado en los organismos regionales pertinentes.

Tal como lo señalé entonces -con apoyo, básicamente, en lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en la Opinión Consultiva 18/2003, "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*", del 17-IX-2003) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en el ya citado fallo "*Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA s/ acción de amparo*", sent. del 7-XII-2010, criterio posteriormente reiterado por el alto Tribunal en el citado fallo "*Pellicori*", sent. del 15-XI-2011, consid. 5°)- el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación pertenece al dominio del **ius cogens** y constituye uno de los estándares más importantes de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los

miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio *exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse.*

Luego -expliqué- que no es admisible la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los de libertad de contratar e industria lícita.

Cabe asimismo resaltar que esta hermenéutica ha sido respaldada una vez más por la Corte Suprema en un fallo reciente, en el cual -remitiéndose a lo resuelto en el precedente "Alvarez c/ Cencosud", y a los concordantes fundamentos esgrimidos en el dictamen de la Procuración General- revocó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que, tras precisar que existía *"un conflicto entre la garantía de la libertad de contratar (art. 14 de la CN) del empleador y el derecho del trabajador a no sufrir un despido discriminatorio"*, había sujetado la eficacia jurídica de la declaración de nulidad del despido a la decisión del empleador de efectivizar la reinstalación, reconociendo a éste la posibilidad de sustituir la orden judicial de readmisión por el pago de una indemnización (conf. C.S.J.N., C.823.XLVI, *"Cejás, Adrián Enrique c/ Fate S.A. s/ juicio sumarísimo"*, sent. del 26-III-2013), lo que evidencia que la pretendida

afectación del derecho de libertad contractual no puede enervar los efectos restitutivos propios de la tutela antidiscriminatoria.

En suma -como concluí en el precedente "Sffaeir", que vengo citando- en tanto el intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos -razón por la cual el objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos debe ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación (pues esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado)- la reinstalación del trabajador que ha sido víctima de un despido discriminatorio guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (**restitutio in integrum**) de los daños irrogados.

Sobre esa base, juzgo que también en la especie corresponde decretar la nulidad del despido y condenar a la accionada a readmitir al trabajador, debiendo permanecer firme lo resuelto por el tribunal del trabajo a fs. 228/239.

(iii) Finalmente, tampoco es atendible la lacónica crítica dirigida a rebatir la condena al pago de

los salarios caídos y la "desproporcionada indemnización de \$30.000 en concepto de daño moral" (fs. 253 vta. y sigtes.).

Resultando que la condena a abonar dichos rubros halló fundamento en el carácter discriminatorio del despido (sent., fs. 232/234 vta., con cita de los arts. 1 de la ley 25.392 y 1067, 1078 y 1109 del Código Civil), lo resuelto en el fallo de primera instancia debe ser confirmado, habida cuenta que, en tanto el art. 1° de la ley antidiscriminatoria establece de manera expresa que el autor será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio y a reparar el daño moral y material ocasionado -consagrando así el principio de la reparación integral de los daños derivados de los actos discriminatorios-; corresponde confirmar la sentencia del tribunal del trabajo que, tras declarar la nulidad del despido discriminatorio, condenó al empleador a pagarle al trabajador los salarios caídos que se devengaron desde la fecha del despido, así como un resarcimiento por el daño moral (conf. causa L. 104.378, "Sffaeir", cit.).

En lo que concierne específicamente a la cuantía de la reparación por daño extrapatrimonial, considero que debe mantenerse la determinada por el tribunal de origen a fs. 234 vta., debiendo descartarse tanto la crítica esgrimida por la accionada a fs. 253 vta./254, cuanto la

introducida por el actor en su propio recurso de apelación de fs. 260/262 vta. (concedido por el tribunal del trabajo a fs. 263 y cuyo tratamiento fue igualmente desplazado por la Cámara a fs. 312, por lo que debe ser considerado aquí).

La accionada se limita a señalar dogmáticamente que la indemnización por daño moral resulta "desproporcionada", sin mayor argumentación, por lo que en modo alguno puede ser atendida.

Mientras que el actor afirma apenas que la suma determinada por el tribunal laboral resulta "exigua" para reparar las facetas punitiva y resarcitoria del daño moral, aseveración que no ha sido adecuadamente fundada y tampoco logra conmover lo decidido por los jueces de origen sobre una materia que les resulta privativa.

III. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la parte actora y revocar la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en cuanto acogió el recurso de apelación incoado por la demandada y desestimó la acción de nulidad del despido por considerar que no revistió carácter discriminatorio, debiendo permanecer firme lo resuelto en la sentencia del tribunal del trabajo de fs. 220/239.

Los autos deben volver al órgano de origen a fin de que practique la liquidación que corresponda con arreglo a lo que aquí se ha resuelto.

Costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 289, C.P.C.C.).

Voto por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. Corresponde desestimar el recurso interpuesto.

1. La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar del Plata revocó la sentencia dictada por el Tribunal del Trabajo N° 3 de ese departamento y rechazó la acción de amparo incoada (fs. 305/331).

En su pronunciamiento, el magistrado que emitió el voto que conformó la opinión mayoritaria de la sentencia ahora impugnada, tras recordar que el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo faculta a las partes en el período de prueba a extinguir la relación sin expresión de causa y sin derecho a indemnización (pero con obligación de dar el preaviso, según los arts. 231 y 232 del mismo texto legal), puso de resalto que el trabajador tiene derecho en ese lapso a las prestaciones por accidente o enfermedad, que perduran hasta su finalización si el empleador decide rescindir el contrato durante este tramo (art. 92 bis inc. 6, ley cit.).

Al desestimar el reclamo expuesto en el litigio por el accionante, el **a quo** estimó que la ruptura

contractual decidida por la demandada se había encuadrado válidamente en tales disposiciones.

En tal sentido, valoró que en este proceso sólo se había probado que el conocimiento de la demandada de que el actor se hallaba enfermo, pero no que tuviese noticia o información de la entidad o gravedad de la dolencia. Sostuvo a la vez que la empresa no estaba obligada a ejercer el control contemplado en el art. 210 de la Ley de Contrato de Trabajo y le restó valor determinante al hecho de que no se hubieran realizado exámenes preocupacionales al actor o que hubiesen sido abonados los días no trabajados.

Aludiendo a la doctrina que emana del precedente "Pellicori", se refirió al motivo determinante del despido esgrimido por la accionada al contestar la acción.

Finalmente, juzgó no acreditado un accionar discriminatorio en los términos del art. 1° de la ley 23.592.

2. Como es sabido, la facultad revisora de esta casación está circunscripta al contenido de la sentencia según la concreta impugnación que contra ella se formule en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Resulta también consolidado el criterio que exige a la postulación recursiva que se baste a sí misma, lo cual supone que de su lectura se advierta concretamente el error

en la aplicación de la ley o de la doctrina legal, y exige, por tanto, a la impugnante el desarrollo adecuado de una crítica concreta, directa y eficaz de los argumentos y conclusiones que dan fundamento al pronunciamiento de grado (conf. causas C. 114.956, "Lasta", sent. de 26-II-2013; L. 109.742, "Cassino", sent. de 5-XII-2012; L. 106.565, "Márquez", sent. de 28-XII-2011).

Pues bien, desde esa perspectiva observo que el recurso luce insuficiente para descalificar lo resuelto por el tribunal de grado (art. 279 del C.P.C.C.).

a. El recurrente aduce que la Cámara se pronunció sobre cuestiones resueltas, vulnerando el principio de congruencia (v. rec., fs. 377).

Pero el agravio intentado luce por completo inhábil. Se limita al mero enunciado, sin invocación, ni alegación circunstanciada, de absurdo en la valoración de las piezas recursivas a las que -evidentemente- remite su crítica, o de las normas legales que establecen aquel postulado procesal o, en su caso, de su doctrina legal (conf. causas C. 114.877, "Tuyú Refrescos S.A. ", sent. de 6-XI-2012, C. 99.979, "Vergara", sent. de 19-V-2010).

b. De igual modo, no es fundado el error de interpretación que el impugnante atribuye al fallo, en orden a lo normado en el "art. 92" (en rigor, el art. 92 "bis") de la Ley de Contrato de Trabajo.

En el recurso se toma aisladamente lo expresado por la Cámara en que se afirma que el vínculo de las partes se dio en una "vestibular etapa del contrato de trabajo", y ensaya una argumentación orientada a postular que el período de prueba no constituye una etapa previa del contrato.

No se advierte el desacierto conceptual reprochado.

Es claro, porque así se desprende de la argumentación del **a quo**, que aquella referencia apuntó al período inicial del contrato (v. fs. 310/311). Sin desconocer los derechos que asisten al trabajador en el período de prueba, sostuvo que la enfermedad del dependiente no actúa como un impedimento para extinguir el vínculo sin expresión de causa, determinación que, de adoptarse, no genera consecuencias indemnizatorias (a menos que fuese omitido el preaviso), ni obliga al titular a ejercer el control al que alude el art. 210 de la Ley de Contrato de Trabajo.

c. Entrando al nudo del asunto, la impugnante refiere que en el litigio "... nunca consideró que se había discriminado [a su parte] por la gravedad de su enfermedad" (v. rec., fs. 380), pero ese agravio debió abastecerse con la denuncia de absurdo en la labor axiológica desplegada por la alzada en torno al escrito que contiene la

pretensión (conf. causas C. 111.976, "Gutiérrez", sent. de 26-VI-2013; C. 108.101, "O., C.", sent. de 12-IX-2012), carga por completo incumplida.

En la mejor hipótesis para el recurrente, algunos pasajes del escrito de demanda podrían indicar que, a su criterio, el cese del vínculo se dispuso luego que el empleador se anoticiara de que aquél padecía una enfermedad grave (v. fs. 17 y vta.), pero la incidencia de la valoración judicial de estos elementos no fue estructurada en modo de una impugnación por absurdidad ponderativa, ni tienen por efecto revelarla con la patencia que el vicio requiere. La cuestión, así, se sitúa en el plano de lo opinable o discutible; sin configurar el desvío palmario que en este punto incumbía alegar circunstanciadamente al impugnante.

La defensa central esgrimida por la accionada al contestar la acción se basó en lo esencial en el desconocimiento que tenía al momento de extinguir el vínculo de la enfermedad que afecta al trabajador, y desde ya, de su gravedad (v. fs. 93/101 vta.)

Luego, no fue determinante en el razonamiento de la Cámara que el empleador antes de concluir el vínculo se encontrara anoticiado de que el dependiente se encontraba enfermo, hecho que juzgó acreditado (v. sent., fs. 310 vta. **in fine**), pues no fue ese el motivo determinante para

fundar la denuncia de discriminación, sino el alegado conocimiento de la entidad o gravedad de la dolencia, extremo que, claramente, el sentenciante consideró no demostrado, adicionando, que incluso "el diagnóstico final fue recién dado meses después de la ruptura" (v. sent., fs. 311).

Esta motivación esencial del pronunciamiento no ha recibido un embate eficaz.

Se está ante un intento de revisión que apunta a cuestiones de índole fáctica, respecto de los cuales el impugnante no se encarga de denunciar la presencia del vicio de absurdo (conf. causa C. 100.300, "Bianchi", sent. de 29-XII-2008).

Y si se sopesara tal deficiencia, aun cuando en el caso -contrariamente a lo dicho en la opinión mayoritaria de los jueces de segunda instancia- sí pueden revisarse en parte las declaraciones testimoniales, ninguna crítica del medio de impugnación se encarga de analizar lo que podría arrojar dicha prueba a los fines de desvirtuar aquella decisiva conclusión del sentenciante.

De las declaraciones brindadas en la causa no surge que a la época de finalizar el contrato de trabajo la accionada se encontrara advertida de la entidad o gravedad de la dolencia que aqueja al trabajador; de suyo, que surja de algunos testimonios que se hayan acercado al empleador

ciertos certificados médicos -cuyo contenido se ignora con precisión- no modifica tal conclusión (v. fs. 160 y vta.).

d. En este marco, no es de recibo lo argumentado por el impugnante con sustento en el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación P.489.XLIV, "Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo" (sent. del 15-XI-2011).

Expresando que en el caso resulta aplicable la "inversión de la carga de la prueba" (lo que en la causa que invoca, fue descartado por la Corte federal; v. parte final del considerando 11), quien aquí recurre destaca la conclusión a la que arribó el alto Tribunal al señalar que resultará suficiente, para la parte que afirma un motivo discriminatorio "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" (consid. antes cit.).

El impugnante parte de una premisa equívoca. En la causa no se probó que haya existido un acto en principio discriminatorio. El estudio del caso que llevó la Cámara, ajustado a la ponderación que realizó del planteo efectuado en la demanda, se circunscribió a verificar si la demandada

se hallaba anoticiada de la entidad y gravedad de la enfermedad. Este extremo no resultó probado por la parte actora, y tal déficit definió el rechazo de la impugnación.

Además se refirió la Cámara a las "reiteradas inasistencias" del actor invocadas por la parte demandada al contestar la demanda, hecho que juzgó demostrado, sin que la circunstancia de que se le hayan abonado aquellos días resulte determinante para neutralizar lo juzgado en el contexto probatorio descripto.

A mayor abundamiento, ignora el impugnante que bien pudo la Cámara modular o atemperar el empleo de las reglas que en materia de prueba emanan del precedente "Pellicori", en el que el análisis de la controversia resultó ajeno a las concretas previsiones y particularidades que rodean al período de prueba contemplado en el ya citado art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.

En fin, no acredita el recurrente que la alzada haya transgredido los lineamientos jurisprudenciales que invocó en su pronunciamiento (v. sent., fs. 311 vta.) y tampoco el art. 1° de la ley 23.592.

e. Sentado lo anterior, cabe analizar el cuestionamiento constitucional que -al parecer- de modo subsidiario efectúa el recurrente del art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (fs. 380 vta.).

Dejando de lado el examen de la tempestividad de la articulación (conf. mi voto en Ac. 86.429, "Asociación", sent. de 22-VIII-2007) parece indudable que, en la especie, la escasez argumental y la por demás genérica fundamentación del planteo, determinan su improcedencia.

Es sabido que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye una de las funciones más delicadas susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como **ultima ratio** del orden jurídico (doct. causas Ac. 87.787, "C.,S.", sent. de 15-III-2006; L. 74.805, "Menéndez", sent. de 21-III-2001; L. 62.704, "Caamaño de Trincado", sent. de 29-IX-1998; doct. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", 260:153; 286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708 y 324:920; entre otros), de allí que la alegación de un supuesto de aquella índole requiere por parte de quien lo invoca de una crítica clara, concreta y fundada de las normas constitucionales que reputa afectadas, en fin, en estos casos para arribar a una conclusión tan relevante como la que conduce a invalidar un precepto por contrario a la Constitución la carga impugnativa y probatoria debe exacerbarse (doct. causa I. 2340, "Aguas Argentinas S.A.", sent. de 5-III-2008), extremos que no se observan satisfechos en el recurso en

examen.

f. Por cierto que, incólume el fundamento central esgrimido en el fallo recurrido, las aisladas menciones vinculadas con el art. 1071 del Código Civil y determinadas garantías constitucionales que porta el tramo final del recurso, en modo alguno tienen aptitud para torcer su suerte adversa.

II. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido. Con costas (art. 289 del C.P.C.C.).

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Pettigiani, Kogan y Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron a la segunda cuestión también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechaza el recurso extraordinario de nulidad.

Asimismo, por mayoría, se desestima el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído.

Las costas se imponen a la actora vencida (arts. 289 y 298, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

GUILLERMO LUIS COMADIRA

Secretario

sm