

Graciela Elena Santaliestra

Comisión de Trabajo

Extinción del contrato de trabajo y discapacidad.

“Las distintas maneras de extinción del contrato de trabajo de las personas con discapacidad han sido tratadas por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de forma disímil y hasta contradictoria, lográndose un importante avance en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores en estado de vulnerabilidad en los últimos cinco años. Especialmente se ha reconocido en varios casos el carácter discriminatorio del despido del trabajador con discapacidad, declarando su nulidad por aplicación del art. 1 de la Ley 23592”

Las relaciones de trabajo por incapacidad sobreviniente se extinguen por las causas previstas en el art. 212 y art. 254 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Art. 212. —Reincorporación.

Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración.

Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley.

Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el artículo 245 de esta ley.

Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el artículo 245 de esta ley.

Este beneficio no es incompatible y se acumula con los que los estatutos especiales o convenios colectivos puedan disponer para tal supuesto.

En realidad el artículo que antecede ha sido interpretado jurisprudencialmente de manera amplia de tal manera que, salvo muy excepcionalmente, se aplica la indemnización reducida del art. 247 de la LCT. Tal doctrina resulta, a mi parecer, la más adecuada toda vez que el derecho reconocido por la norma en estudio no debería ser reducido, por razones de índole empresarial, y discriminando entre personas con discapacidad evidente ya sea parcial o absoluta y que, por tal razón, pierden su trabajo habitual.

Por otro lado, es doctrina de la SCBA que se considerará incapacidad absoluta a aquella “que impide al empleado ejecutar tareas adecuadas a su disminución laborativa, aunque no sean las habituales a su profesión o que anteriormente cumplía y que por lo tanto no permite la prosecución del contrato de trabajo, aunque no

requiere que la minusvalía llegue al 100%" (conf. causas L. 55.811 del 28-III-1995; L. 57.627 del 6-VIII-1996; L. 47.193 del 27-XII-1991; L. 64.791 del 18-VIII-1998; L. 75.514 del 28-V-2003; entre otras)".

Tal interpretación no toma en cuenta que el trabajador con discapacidad parcial se verá obligado a aceptar tareas aunque no sean las habituales a su profesión para mantener la relación laboral y aunque ello signifique asignarle otras de menor jerarquía afectando su dignidad aunque no su salario.

Art. 254. —Incapacidad e inhabilidad. Monto de la indemnización.

Cuando el trabajador fuese despedido por incapacidad física o mental para cumplir con sus obligaciones, y la misma fuese sobreviniente a la iniciación de la prestación de los servicios, la situación estará regida por lo dispuesto en el artículo 212 de esta ley.

Tratándose de un trabajador que contare con la habilitación especial que se requiera para prestar los servicios objeto del contrato, y fuese sobrevinientemente inhabilitado, en caso de despido será acreedor a la indemnización prevista en el artículo 247, salvo que la inhabilitación provenga de dolo o culpa grave e inexcusable de su parte.

Al respecto resulta importante el Fallo Plenario Nro.303 de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo que, por mayoría, resolvió: "...Es aplicable lo dispuesto en la primera parte del art. 254 de la LCT a los casos de pérdida de habilitación especial contemplado en el segundo supuesto del mismo artículo, cuando tal inhabilitación se origina en enfermedad o disminución psicofísica contraída sin dolo o culpa grave del mismo trabajador". Es decir, en este caso se aplica el ya citado art. 212 de la LCT.

No he encontrado Doctrina sobre el tema en las Sentencia de la SCBA.

ARTICULO 1°.- Ley 23.592 *Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.*

*A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o **caracteres físicos**.*

La norma que antecede ha sido considerada aplicable al Derecho Laboral por los órganos judiciales y aplicada a los despidos sin causa de trabajadores con discapacidad.

Ya en 1999, en la causa Ursini, Paola, el voto en minoría de la CSJN consideró que la accionante (Guedes) debía indemnizar los daños y perjuicios por el despido de una modelo basado en la incapacidad que padecía- falta de un miembro superior-: " *Es arbitraria la sentencia que al rechazar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un acto discriminatorio efectuó un examen meramente ritual de la prueba producida, obviando considerar que un enfoque global de las contestaciones de*

demanda y su confrontación con las constancias de la causa, revelaba que las explicaciones de los demandados acerca del despido de la actora eran contradictorias e incoherentes y no encontraban apoyo probatorio (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López)

Por otra parte, resulta totalmente aplicable a los despidos sin causa de los trabajadores con discapacidad la doctrina del alto Tribunal de la carga de la prueba dinámica consagrada en la causa "Pellicori". En él la Corte sostuvo que, en casos como el que se resuelve, resulta suficiente para la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, se presenten 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.

Por aplicación del art. 1 de la Ley 23592 la CNAT ha reconocido en diversos y ejemplares fallos la nulidad de los despidos discriminatorios de los trabajadores con discapacidad. Ordenando su reinstalación, el pago de los salarios caídos, de una suma en concepto de daño moral y, en caso de la no reinstalación, el pago de una indemnización agravada (13 salarios). En tal sentido, la Sala VIII, por mayoría, en autos Moritan, Luciana M. c/ Metropolis Cía Financiera s/ despido" ha sostenido: *"Como consecuencia de un trasplante cardiológico al que fue sometida la actora quedó en un delicado estado de salud que la obligaba a incurrir en ausencias e incumplimientos de horarios laborales. Probado a través de la testimonial que su despido no obedeció a cuestiones de restructuración de la empresa, tal como alegó la demandada, cabe concluir que el distracto obedeció a sus inconvenientes de salud. La discriminación arbitraria que se evidencia en el caso es un acto prohibido por la ley 23.592, motivo por el cual no se realiza de manera explícita, sino de manera solapada, porque quien conoce la ilegitimidad de su actuar intenta disimularlo o directamente ocultarlo. Por ello, de acuerdo a todo un plexo normativo que resulta aplicable al caso, en especial la ley 22431 que instituyó el Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas, al haber sido segregada la actora de su comunidad laboral por tener problemas prolongados de salud, impidiéndole de esta manera una igualdad real de oportunidades y de trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el bloque de constitucionalidad federal, la preceptiva supralegal y legal vigente en la materia, corresponde resarcir el daño moral del que fuera objeto."*

Finalmente en causa L.117.127 "Lopez, Eduardo c/ Plunimar S.A. s/ amparo", por mayoría desestimó la reinstalación de un trabajador con gran incapacidad confirmando el fallo de la Sala III de la Cámara Civil de Mar del Plata que revocó la Sentencia del Tribunal Laboral que había hecho lugar a la nulidad del despido en periodo de prueba. El voto en minoría del Dr. Hitters merece ser considerado como modelo por quienes bregamos por el reconocimiento pleno de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

VOTO DEL DR. HITTERS

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. residió 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 el 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 desprendería 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 sí 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 verosímilmente 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 controvertió 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, "Cejas, 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.