

# DT

# REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO  
CONVENIOS COLECTIVOS • EMPLEO PÚBLICO  
PROCEDIMIENTO LABORAL • JUBILACIONES  
Y PENSIONES • RIESGOS DEL TRABAJO

 **INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

# DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

---

# CASO "FONTANA" - DISCRIMINACIÓN ANTISINDICAL

que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el *a quo* tuvo en cuenta. Las referencias genéricas a “todo el material probatorio” o a “toda prueba producida por Cibie” (fs. 434 vta.), supuestamente preteridas por el *a quo*, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre el apelante. Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el *a quo* formó su convicción respecto de la existencia de discriminación, entre los que se encuentra la circunstancia de que la actora fue despedida dos veces,

la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones.

5°) Que, respecto de los restantes agravios formulados por la apelante, el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Se da por perdido el depósito. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja. — *Horacio Rosatti*.

# La Corte Suprema frente al despido con justa causa y la discriminación antisindical

Julián A. de Diego (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El caso “Fontana” de la Corte Suprema.— III. Conclusiones.

## I. Introducción

La aplicación del principio de no discriminación en sus diversas manifestaciones es un tan antiguo como lo es la historia del derecho del trabajo.

Las mujeres y los menores fueron los primeros en recibir normas en resguardo de los derechos humanos más elementales.

A su vez estamos en presencia de una rama jurídica muy particular, que a la vez pregona como uno de sus paradigmas fundamentales, que las partes son desiguales en la relación laboral, y que por ende, el derecho debe ir en resguardo

del trabajador que evidencia su fragilidad, su debilidad, y su hiposuficiencia frente a los poderes y atribuciones del empleador.

Al respecto, se establecen numerosas normas de orden público que establecen pautas que no pueden modificarse en perjuicio del trabajador, se ha fortalecido el principio de irrenunciabilidad donde son nulas y sin valor los acuerdos de partes que vulneren los derechos del trabajador incluidas las previstas en el contrato individual, y últimamente se ha introducido el principio de progresividad en donde el trabajador tiene derecho a que en forma gradual se mejore la calidad de sus derechos y se mejoren sus condiciones de trabajo en forma también gradual.

En ese contexto, el acto discriminatorio propiamente dicho, o sea el que realiza el empleador violando el principio de igualdad o vulnerando derechos fundamentales del dependiente en el marco de su ejercicio, ha encon-

---

(\*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídica y profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Dirige en forma honoraria el posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios de la UCA. Es Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

trado en la jurisprudencia algunos principios también esenciales.

Por lo pronto, no existen presunciones que inviertan la carga probatoria, y por ende, el *onus probandi* corresponde al trabajador que se siente agraviado.

Si el acto de discriminación arbitrario se encuentra camuflado, se encuentra vestido de una figura diversa que pretende ocultarlo, será el empleador que invoca el acto falso, insuficiente o fraudulento quien debe acreditar la verosimilitud de los hechos alegados.

En cuanto a la aplicación del principio de la carga dinámica sustentada en algunos fallos, por la cual, la prueba debe ser aportada por quien se encuentre en mejor posición para hacerlo, no puede ser una fórmula espontánea que surja de la iniciativa de quien fuere el mejor aportante, ya que debe ser establecida como medio por el juez, dado que se trata de una excepción al régimen general, mediante el cual quien alega un hecho tiene a su cargo la acreditación de este.

A su vez, a las numerosas normas que prohíben la discriminación como las de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 17, 81, 172 y cc.), de la Ley de Asociaciones Gremiales (art. 47 y cc.) de la Ley de Teletrabajo (art. 3°) se vieron afectadas en forma transversal por el ley 23.592 (1).

En efecto, la norma dispuso en su art. 1° que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los dere-

(1) CNTrab., sala VIII, "Garagaza, Pilar Maria de Lourdes c. Asociación Civil Hospital Alemán s/ despido", 19/02/2021, TR LALEY AR/JUR/1018/2021: No existe elemento de juicio que permita concluir que el despido de la actora constituya un acto de discriminación en el marco del art. 1° de la ley 23.592, ya que la accionada obró en el marco normativo, pues la actora se hallaba inhabilitada para cumplir sus funciones propias como enfermera, conforme la historia clínica. No siempre el despido resuelto por el empleador estando enfermo el trabajador encubre un acto de discriminación por la salud en orden a lo contemplado en el art. 1° de la ley 23.592. Existen casos en que el empleador válidamente pudo oponerse a la reintegración del trabajador no obstante el alta médica, pues la afección de la trabajadora la incapacitaba para seguir prestando el servicio tenido en cuenta en la contratación.

chos 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 (2). Luego agrega que a los efectos de la norma citada 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.

## II. El caso "Fontana" de la Corte Suprema

Teniendo en cuenta los precedentes, y la doctrina de la Corte Suprema en materia de discriminación antisindical, el fallo "Fontana" define que la prueba del acto de discriminación antisindical es a cargo de la parte actora, o sea de quien se siente agraviado por el acto ilícito, pero a la vez, es el empleador el que puede sostener y probar que la causal del distracto respondió a una causa diversa que excluye y desplaza la alegación de alegación de un acto reprochable del principal (3).

El caso se genera a partir de que la empresa despide a la trabajadora por causas económicas debidamente acreditadas en la causa. A su vez la reclamante solicita la nulidad del despido, su reincorporación y una reparación por daño moral, por cuanto alega y prueba que era activista de la entidad sindical representativa, y por ende

(2) CNTrab., sala II, "Albarracín, Roque Gustavo c. Custodia SRL s/ cobro de salarios", 29/12/2020, TR LALEY AR/JUR/79462/2020: Dado que ningún elemento indiciario aportó el interesado a efectos de evidenciar que el despido respondiera a la conducta discriminatoria que le endilgó a su empleadora, ya que si bien comunicó a la empresa vía mail de su próxima operación, ninguna constancia documentada aportó a fin de acreditar que, más allá de comunicar la operación en sí, le hubiera hecho saber a su empleadora que la intervención implicaba un largo y complicado proceso postoperatorio, causal que menciona como la que motivó el despido discriminatorio que pretende, por ello, aun cuando el despido se juzgue injustificado, ninguna circunstancia permite vincular la ruptura del contrato de trabajo con la intervención quirúrgica mencionada en el inicio.

(3) CS, "Fontana, Edith Fabiana c. Cibie Argentina S.A. s/juicio sumarísimo", 08/04/2021. Despido discriminatorio. Actividad sindical de la trabajadora. Arbitrariedad de la sentencia que no toma en cuenta fundamentos introducidos por el demandado

sostiene que el despido obedeció a una causa de discriminación antisindical.

El fallo de primera instancia consideró que el despido se había realizado por la causal invocada por la empresa, que había sido además debidamente acreditada y rechazó el reclamo de la actora. La Cámara de Apelaciones del Trabajo Sala VI dispuso que el despido había sido por causa de discriminación antisindical, y por ende lo declaró nulo, y ordenó la reincorporación de la trabajadora y el pago de una suma por daño moral. La demandada interpuso recurso extraordinario que fue denegado, y la instancia superior se abre con la interposición de la queja.

La Corte Suprema en fallo dividido, estableció que la condición de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, y por ende asiste razón a la empresa en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia—, lo cual configuraría *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación.

A su vez, incumbe a quién la invoca la prueba del acto de discriminación antisindical que a la vez fuere una causal de despido, o que el distracto sea por una causa falsa, fraudulenta o insuficiente. En efecto, cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio alguno, sino a la causal invocada en la notificación de la desvinculación, que fue objeto de prueba por parte del empleado demandado. .

Bastará, según lo dispone el fallo con claridad, que el empleador demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

En el voto del Dr. Maqueda se destaca: “Según el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación”. Esta afirmación tiene como precedentes en fallos de la Corte considerados *leading cases* como el caso “Pellicori” (Fallos: 334:1387), y el caso “Sisnero” (Fallos: 337:611), a los cuales debemos agregar el caso “Varela” (Fallos: 341:1106) (4).

En el voto en disidencia y en minoría del Dr. Rosatti se destaca: “El recurso extraordinario no puede prosperar. Los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega.

“El cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no individualiza cuáles son los elementos de juicio que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el *a quo* tuvo en cuenta”.

El Dr. Rosatti agrega luego: “Las referencias genéricas a ‘todo el material probatorio’ o a ‘toda prueba producida’, supuestamente preteridas por el *a quo*, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre el apelante.

(4) DE DIEGO, Julián, "La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria", LA LEY 2011-F , 528, TR LALEY AR/DOC/6037/2011: I. Introducción. II. El *onus probandi* y el principio de "a quién incumbe la carga probatoria" frente a los hechos alegados. III. El caso "Pellejero" resuelto por la Corte Suprema frente al caso "Alvarez, Maximiliano c. CENCOSUD". IV. La carga dinámica de la prueba. V. El fallo "P." de la Corte Suprema. VI. La carga de la prueba dinámica, las presunciones y la inversión de la carga probatoria.

“Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el *a quo* formó su convicción respecto de la existencia de discriminación en el despido, entre los que se encuentra la circunstancia de que la actora fue despedida dos veces, la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones”.

### III. Conclusiones

La discriminación arbitraria es un acto ilícito cuya acreditación se encuentra a cargo de quién la alega.

Cuando el despido es incausado la demostración de que el despido fue el acto jurídico que consolidó o configuró la discriminación requiere también de la carga de la prueba por parte de quién la alega.

En cambio, cuando el despido se ha producido por una causa invocada por el empleador, es a su cargo la demostración de la verosimilitud de los hechos invocados, y su debida acreditación puede desplazar y de hecho desplaza la invocación de un acto discriminatorio cuya consolidación depende de que se haya efectivizado la desvinculación con causa.

La discriminación antisindical, como es el caso bajo análisis, de quién se autoproclama activista queda desplazado a un segundo plano, como causal del despido, si el empleador ha demostrado que la justa causa invocada es válida y ha sido debidamente acreditada.

La discriminación no se presume, ya que para que ello ocurra, esta debió estar habilitada en el texto legal, lo que no ocurre dentro de la legislación individual y colectiva laboral, y no está contemplada en la ley 23.592.