**STJSL-S.J. – S.D. Nº 229/18.-**

--En la Provincia de San Luis, **a tres días del mes de diciembre de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“LEANIZ ALFREDO ADRIÁN c/ AUTOSERVICIO MAYORISTA DIARCO S.A. s/ COBRO DE PESOS - LABORAL -RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX EXP Nº 236556/12.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CARLOS ALBERTO COBO, LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por la demandada?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el art. 287 del CPC y C?

III) En caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

VI) ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad planteado por el actor?

VII) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

VIII) ¿Cuál sobre las costas?

**CONSIDERACIONES COMUNES A AMBOS RECURSOS:** Se inicia la presente causa con la demanda interpuesta por el Sr. Alfredo Adrian Leaniz en contra de Auto Servicio Mayorista Diarco S.A. por la suma de $122.040 en concepto de indemnización por despido dentro del plazo de conservación del empleo, salarios caídos, daño moral, licencia por nueva enfermedad inculpable, intereses y costas.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a la demandada Auto Servicio Mayorista Diarco S.A. a pagar al actor los rubros: indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva de preaviso, salarios por los días 17, 18, 19, 20 y 21 de junio, con la salvedad del daño moral. Respecto a este último sostuvo *“…la reparación solo es procedente cuando el acto u omisión no configura una simple inejecución de obligaciones nacidas de la relación laboral.- Que no encuentro en autos prueba del daño moral supuestamente ocasionado, que admita una reparación como consecuencia de la responsabilidad extracontractual del empleador. No encuentro prueba que evidencie una injustificada actitud de discriminación arbitraria hacia el actor contraria al art. 16 y a las reglas que emanan de los tratados enumerados en el art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional, del Convenio OIT Nº 111, de la ley 23.592 y del art. 17 de la LCT.”*

Disconformes, ambas partes apelan, la Excma. Cámara Civil, Comercial, y Minas N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, declara inexistente el recurso de la demandada y nulos los actos que son su consecuencia, y hace lugar parcialmente al de la actora elevando el monto total de la condena en virtud de admitir la Indemnización prevista en el art. 2 de la ley Nº 25323.

Respecto al daño moral, coincidentemente con lo resuelto en la inferior instancia, consideró, que no existe en grado de prueba eficiente la discriminación, dejando lo pertinente en el marco de las indemnizaciones tasadas.

Contra esta última resolución, el actor deduce los recursos de casación e inconstitucionalidad.

Razones de orden y mérito aconsejan tratar los recursos en el orden en que han sido interpuestos.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1). Que mediante ESCEXT Nº 6662034, en fecha 2/02/2017, la parte actora interpone recurso de casación con fundamento en los incs. a y b del art. 287 del CPC y C en contra de la sentencia sefinitiva Nº 320, de fecha 22 de diciembre de 2016, dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas y Laboral Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

Mediante ESC.EXT. Nº 6718882, de fecha 13/02/2017, fundamenta el recurso en la causal prevista en el art. 287 inc. b) del CPC y C.

2) Que corresponde analizar en primer término el cumplimiento a los requisitos legalmente establecidos para la admisibilidad del recurso en cuestión.

Que, surge de las constancias de la causa que la sentencia de la Excma. Cámara fue notificada en fecha 28/12/2016, y el recurso de casación interpuesto y fundado los días 2/02/2017 y 13/02/2017 por lo que el mismo observa los plazos establecidos en el art. 289 del CPC y C.

De igual modo, la resolución impugnada es sentencia definitiva y el recurrente, por su condición de trabajador, se encuentra exento del depósito casatorio (art. 290 CPC y C).

Se advierte así, que se ha dado cumplimiento a las exigencias contenidas en los arts. 286, 289 y 290 del CPC y C., por lo que en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el art. 301, inc. a, del CPC y C, el recurso articulado deviene formalmente admisible por lo que VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1) Que en ESCEXT Nº 6718882, de fecha 13/02/2017, el actor presenta los fundamentos del recurso en los términos del art. 287 inc. b) del CPC y C.

Sostiene la “incorrecta aplicación de la ley. Despido discriminatorio. Incorrecta interpretación de la ley 23. 592”. En el punto, explica que la sentencia de Cámara decide aplicar la Ley 23.592, pero ignora fundamentalmente el alcance de esta normativa.

Manifiesta que interpreta la ley erróneamente, estableciendo que debe probarse acabadamente, esto es en términos tradicionales civiles, la discriminación, cuando en realidad la Corte Suprema de Justicia, sostiene la aplicación de los convenios de la OIT como fuente del derecho del trabajo, e interpreta la Ley 23.592 a la luz de dichos convenios, *la interpreta adecuadamente exigiendo que la víctima de la discriminación arrime al proceso indicios de dicho acto violatorio de sus derechos, haciendo recaer la prueba de lo contrario en el sujeto activo de la supuesta lesión*.

Hace hincapié en el convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, en tanto los convenios de la O.I.T. son fuente del derecho del trabajo y de la seguridad social, y luego de la Reforma Constitucional de 1994, tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso.

Señala que la interpretación de los convenios debe ser uniforme, puesto que resultaría absurdo que cada miembro interpretara, según su leal saber, entender un instrumento que ha sido ratificado por todos y cuya vigilancia en su aplicación efectiva ha sido confiada a la organización internacional, y que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente que *“….la exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo, … que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada. De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta.”*

Reseña lo sostenido por el Máximo Tribunal Nacional en relación a la carga probatoria en casos de discriminación y la interpretación que realiza de la Ley 23.592 en el fallo “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal” de fecha 15 de noviembre de 2011, y concluye en que la Corte sostiene que “la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, salud etc. Si tal cosa se demuestra (lo que se ha demostrado en autos, esto es la enfermedad del trabajador, la imposibilidad de volver a su puesto de trabajo por despido anterior al vencimiento del periodo de conservación del empleo, habiéndose el empleador “apurado” a despedirlo antes de que el trabajador pudiera reincorporarse fraguando un período de reserva de puesto inexistente, para además privarlo de su legítima indemnización por despido sin causa), la carga de la prueba será de incumbencia del empleador, que habrá de demostrar que había un motivo legitimo, no discriminatorio.

Enfatiza que no está volviendo sobre la materia probatoria, ni sobre la valoración probatoria y que el recurso se ajusta en todo al perfil para el que está diseñado: el cuestionamiento de la interpretación de la norma, el que es además de erróneo, ilegítimo, inconstitucional y agraviante para su parte en grado superlativo.

Indica, que queda claro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene juzgado que “cuando se prueba indiciariamente por el trabajador que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate.”, y que aquí la Cámara de Apelaciones exige que sea el trabajador el que pruebe en términos civiles y plenos la discriminación y por esa razón sostiene que no se encuentra acreditada la discriminación y que la omisión probatoria perjudica al empleado cuando es en realidad Autoservicio Mayorista Diarco quien debe probar la causa ajena frente a los indicios arrimados al proceso por ambas partes.

Agrega que, sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar la importancia de la norma contenida en el art. 163, inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y sostiene que debe fallarse en el sentido de que el despido del Sr. Leaniz obedeció a su estado de salud en virtud de los indicios y pruebas de la causa, especialmente por la fecha en que se produjo, próximo al alta que se había comunicado de manera verbal a la patronal y a los fines de evitar que el actor ingresara nuevamente a trabajar en la empresa.

En suma, sostiene que se está frente a un caso de despido discriminatorio donde la CSJN en consonancia con la normativa internacional con jerarquía superior a las leyes y con la interpretación que de ella hacen los organismos respectivos, interpretación obligatoria para nuestro país, sostienen que la discriminación (no solo la laboral ni solo la que obedece a motivos de salud, pero que sí queda incluida) es una realidad de dificultosa probanza para su víctima por lo que al trabajador discriminado le basta mostrar indicios y a la demandada demostrar que el despido del actor tuvo causas reales absolutamente extrañas a la discriminación por su estado de salud, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva.

Concluye afirmando ante la falta de acompañamiento de prueba por la parte demandada, no puede sino concluirse en que el despido del accionante fue un acto discriminatorio por motivos de salud; y esta es la única interpretación legítima que cabe darle a la norma invocada en resguardo de los derechos del Sr. Leaniz.

2) Que ordenado el traslado de rigor, mediante ESCEXT Nº 7398468, de fecha 20/06/2017, AUTOSERVICIO MAYORISTA DIARCO S.A. contesta el recurso de casación. En lo que aquí interesa resaltar, sostiene que no se dan los presupuestos de procedencia del recurso, que lo que pretende el actor es revertir el fallo, alterar la interpretación del fallo y no la interpretación de la norma porque no existe interpretación de la ley en pugna.

Por otra parte, manifiesta que la aplicación de la Ley 23.592 al derecho laboral y al caso particular dista y está alejada de la cuestión porque solo se ha aplicado para casos de despidos sindicales cuya cuestión se encuentra totalmente ajena al caso del actor Leaniz, quien no se ha encontrado jamás bajo esa situación, y ni siquiera por analogía ya que no se trata de un despido sino de operatividad del plazo de reserva.

3) Que en actuación Nº 7602946, de fecha 7/08/2017, dictamina el Sr. Procurador General propiciando hacer lugar al recurso con fundamento en que *“Le asiste razón al recurrente en cuanto a la interpretación de la carga de la prueba en el despido discriminatorio. Ha dicho la Corte Suprema, en casos de discriminación la carga de la prueba debe recaer sobre el demandado, así falló en la causa “Pellicori, Liliana S. c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, en la que se expidió sobre la gravitación de las garantías en litigios civiles en los que, como en el presente caso, se controvirtiera el carácter discriminatorio de un despido, sentando jurisprudencia sobre el análisis constitucional de la carga de la prueba. Expresa el Alto Tribunal en su sentencia: “En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica” (CSJN PELLICORI LILIANA SILVIA c/ COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL s/AMPARO”, 15/11/2011, Fallos: 334:1387).*

4) Para entrar al análisis de esta cuestión, con carácter previo es oportuno recordar que, de acuerdo con lo resuelto por este Alto Cuerpo, el recurso de casación *“solo tiene viabilidad en el caso que exista un motivo legal (o causal); por ende no es suficiente el simple interés –el agravio- sino que se precisa que el defecto o error que se le imputa al decisorio recurrido esté expresamente tipificado –objetivado- por la ley.”* (Cfr. Juan Carlos Hitters, “Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación”, 2da. edición, p. 213).

En este contexto, he de considerar los motivos que el recurrente invoca como fundamentos de su recurso, esto es puntualmente, la “incorrecta aplicación de la ley. Despido discriminatorio. Incorrecta interpretación de la ley 23.592”

Que, sobre el punto, se impone señalar que no obstante que el actor denuncie la errónea aplicación e interpretación de la normativa legal que cita, de la lectura del recurso se advierte con meridiana claridad que la cuestión que constituye materia del mismo es de índole estrictamente procesal y por tanto absolutamente extraña al examen del recurso intentado.

En concordancia con lo dispuesto por el art. 288 CPC y C, insistentemente se ha dicho: *“las cuestiones de índole procesal no abren el remedio jurídico intentado, la inobservancia o errónea interpretación debe versar sobre la ley sustantiva, es decir sobre las normas generales y abstractas que regulan y establecen derechos y obligaciones, y no las que determinan las formas de hacerlo valer ante los jueces”* (Cfr. entre muchos otros: STJSL-S.J. – S.D. N° 083/14 “INCIDENTE DE RECHAZO DE EXCUSACIÓN EN AUTOS: ORTIZ CLAUDIO ADRIAN c/ SALINAS PATRICIA TEODORA s/ TENENCIA – RECURSO DE CASACIÓN”. Expte. Nº 74-I-13. IURIX INC. Nº 157809/3, del 3/07/2014; .STJSL N° 7/10 “CHACALIAZA CARRASCO GERSON ALFREDO c/ SAN LUIS SLATE S.R.L. – COBRO DE PESOS – RECURSO DE CASACIÓN”, 30-03-10; STJSL-S.J.Nº 8/07.- “BAIGORRIA SILVIA GRACIELA c/ SAISA. – DEMANDA LABORAL- RECURSO DE CASACIÓN”, Expte. Nº 20-B-2006, del 27/03/2017).

Ciertamente que, lo concerniente a materia probatoria, y por ende a la controversia sobre a quién incumbe la carga de la prueba está reservada a los tribunales de mérito, y por lo tanto exenta del limitado ámbito de cognición, propio de este TSJ, por la vía de la casación formal. (Cfr. TSJ, Córdoba, Molina, Mario Daniel vs. Cooperativa de Obras, Servicios Públicos y Sociales de Hernando Ltda. s. Rescisión de contrato. 07/12/2005. Rubinzal Online; RC J 1493/06).

En consecuencia, siendo que la cuestión traída a estudio está excluida del control en casación, voto a esta SEGUNDA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA CUESTIÓN.**

**A LA TERCERA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Que dado como se ha votado la anterior cuestión, no corresponde su tratamiento. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Conforme lo expuesto precedentemente, corresponde rechazar el recurso de casación articulado. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Las costas se imponen al vencido. ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

**A LA SEXTA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** 1)Que por ESC.EXT. de fecha 13/02/2017 (AD. 6718974) la actora interpone Recurso de Inconstitucionalidad.

Afirma, que se dan en la causa los supuestos de procedencia porque se vulneran derechos de índole constitucional (nacionales y provinciales), vulnerando el procedimiento establecido para la resolución de la apelación al atacar el principio de congruencia. Sostiene que este principio se ataca doblemente; por defecto y por exceso.

Asimismo, plantea el recurso por el inciso no reglado del art. 14 Ley 48, el llamado inciso 4º de creación pretoriana que acoge la apelación de sentencias arbitrarias.

Expone que en la sentencia recurrida se ha violado la garantía constitucional de “igualdad ante la ley”, (art. 16 de la constitución Nacional, y 16 de la Constitución Provincial), la garantía de “defensa en juicio”, y “debido proceso”, (art. 43 de la Constitución Provincial), y de inviolabilidad de la propiedad” (art. 17 CN y 35 CP), y fundamentalmente la garantía de legalidad y debido proceso protegida por la Constitución.

En el punto sentencia arbitraria, alega que la sentencia no refleja con justicia la realidad porque no se interpretaron correctamente las disposiciones legales y jurisprudenciales.

Señala que la sentencia desconoce principios básicos del derecho al debido proceso, tales como un estricto apego a las constancias de la causa, pues la sentencia debe contener una relación sucinta de los hechos reales y no inexistentes.

Puntualiza que la sentencia de cámara es arbitraria por las siguientes razones: 1. Omite considerar y resolver cuestiones oportunamente propuestas y 2. Prescinde de textos legales sin dar razones plausibles.

Sobre la omisión de considerar y resolver cuestiones oportunamente propuestas. Vicio de incongruencia, señala que el resolutorio omite planteos y temas de insoslayable tratamiento, omite analizar los agravios expresados por su parte.

Explica, que oportunamente se agravio por errónea valoración de los salarios debidos por despido producido en el periodo de conservación del empleo dado que la jueza de primera instancia consideró que si el alta médica fue en fecha 22 de junio de 2011, el despido operado el 17 de junio de 2011 no ha devengado conceptos salariales sino por los días transcurridos el 17, 18, 19, 20 y 21 de junio de 2011.

Controvierte lo resuelto sobre el punto aseverando que debieron computarse los salarios caídos hasta octubre de 2011 que es la fecha en que finalizaría el periodo de conservación del empleo, ya que al momento del despido no podría la empleadora saber cuándo sería el alta futura y por lo tanto, si hubiese sido cumplidora y de buena fe, le hubiese abonado los meses hasta octubre de 2011, por lo que su incumplimiento no puede beneficiarla de modo alguno.

Luego, afirma que este agravio no fue ni siquiera tenido en cuenta por la Cámara de Apelaciones.

Respecto a la arbitrariedad alegada con fundamento en que la sentencia “prescinde de textos legales sin dar razones plausibles CONVENIO DE LA OIT sobre discriminación. Existencia de despido discriminatorio” arguye que la Cámara al decidir la cuestión sometida a su consideración dejó de lado textos legales que se refieren directamente al caso, particularmente el Convenio N° 111 de la OIT como normativa supralegal obligatoria y vinculante para nuestro país.

Manifiesta que la Corte Suprema de Justicia sostiene la aplicación de los convenios de la OIT como fuente del derecho del trabajo, e interpreta la Ley 23.592 a la luz de dichos convenios, es decir, la interpreta adecuadamente exigiendo que la víctima de la discriminación arrime al proceso indicios de dicho acto violatorio de sus derechos, haciendo recaer la prueba de lo contrario en el sujeto activo de la supuesta lesión.

Asimismo, expone diversas consideraciones en orden a sostener la incorrecta interpretación que ha realizado la Cámara.

Por último, ilustra sobre las garantías constitucionales violadas, violación del derecho de defensa en juicio, valoración indebida de la prueba, y violación del principio de congruencia.

2) Que por ESCEXT Nº 6888715, de fecha 15/03/2017, AUTOSERVICIOS MAYORISTA DIARCO S.A. contesta el recurso, expone los fundamentos que hacen a su derecho y solicita el rechazo.

3) Que el recurso fue denegado por la Excma. Cámara (S. I. Nº 113 del 18/05/2017), pero concedido por el Superior Tribunal, por la causal no reglada de arbitrariedad de sentencia, mediante S.I. Nº 374/17 (6/11/17 – actuación Nº 8166686).

4) Que el Sr. Procurador dictamina mediante actuación Nº 8842873, de fecha 20/03/2018, pronunciándose por la procedencia del recurso extraordinario.

5) En orden a lo expuesto, debo pronunciarme sobre la procedencia del recurso de inconstitucionalidad examinando si la sentencia de la Excma. Cámara tiene los vistos de arbitrariedad que se le atribuyen.

Que en principio, la arbitrariedad ha sido invocada con fundamento en la “omisión de considerar y resolver cuestiones oportunamente propuestas”, es decir, según el recurrente la Cámara no tuvo en cuenta el agravio expuesto en relación a la errónea valoración de los salarios debidos por el despido en el periodo de conservación del empleo, ya que según reclama, los mismos debieron computarse hasta octubre del 2011 que es la fecha de finalización del período de conservación del empleo y no hasta la fecha del alta médica.

A mi juicio, ello no es así puesto que la cuestión fue tratada y resuelta, aunque no de acuerdo a las pretensiones del actor.

Surge patente del punto 3 del fallo que la Excma. Cámara, luego de examinar el agravio del actor, confirmó el rubro sentenciado, resolviendo de modo razonable en tanto conforme se ha sostenido *“el despido del trabajador, sin justa causa, durante el año de conservación del empleo, da lugar al pago de las indemnizaciones por despido arbitrario (arts. 231 a 233 y 245 LCT) pero no al pago de salarios”* y *“el despido durante los plazos pagos por enfermedad impone al empleador el mantenimiento del pago de las remuneraciones hasta el vencimiento de los plazos pagos de enfermedad o hasta la fecha del alta médica, si esta tuviera lugar con anterioridad a ese vencimiento”* (Cfr. Carlos Alberto Etala, Contrato de Trabajo. 7ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2014, T. 2 pgs. 166 y177).

En este contexto, se impone recordar que *“la tacha de arbitrariedad no cubre meras discrepancias entre lo decidido por el juzgador y lo sostenido por las partes”* (CSJN, Fallos: 303:769, 834, 841, 1146, etc…) y que la sentencia es arbitraria *“cuando padece de desaciertos de gravedad extrema, que la descalifican como pronunciamiento judicial válido”* (CSJN, Fallos: 294:376 y 425).

Respecto a la arbitrariedad planteada con fundamento en que la Cámara “prescindió de textos legales sin dar razones plausibles”, particularmente el Convenio Nº 111 de la OIT, extremo que, según se expone, tornaría procedente la indemnización por despido discriminatorio, anticipo que el agravio tampoco puede tener favorable acogida.

En efecto, tengo para mí que para que sea procedente la indemnización por despido discriminatorio debe existir un daño moral derivado de una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un acto ilícito adicional al despido, una conducta injuriante, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador que produzca lesión en las afecciones legítimas, puesto que, el sistema de indemnización tarifada del derecho del trabajo cubre todos los daños que eventualmente se derivan del acto jurídico del despido. (Julio Armando Grisolía, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 14ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot 2011, T II, p. 1058).

Que en cuanto a la prueba de la existencia del despido discriminatorio han de seguirse las pautas sentadas por la CSJN en autos “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo”, pues en tal precedente, la Corte sostuvo *“…resultará suficiente, para la parte que afirma dicho 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.”* Es decir, conforme a la doctrina del Alto Tribunal no basta la sola afirmación del actor para el desplazamiento del *onus probandi* al demandado, debe existir el aporte de un indicio de entidad tal que habilite la posibilidad de la existencia del obrar reprochable que se imputa.

Que bajo tales lineamientos, examino la argumentación del recurrente y juzgo que la misma es insuficiente.

Los agravios, con cita del Convenio Nº 111 de la O.I.T. y de la Ley 23.592, han sido expuestos de manera completamente genérica, contienen argumentaciones teóricas circunscriptas a imponer el criterio que debe regir en relación a la carga de la prueba del despido discriminatorio, sin vinculación con el sub júdice.

En otras palabras, en los fundamentos del recurso no se explicitan cuales serían los elementos probatorios arrimados al proceso que, merituados conforme al criterio sentado por la CSJN en “Pellicori”, permitirían tener por acreditado la existencia del despido discriminatorio.

Sin perjuicio de ello, entiendo que no sería ajustado a derecho fallar en otro sentido y considerar que el despido fue discriminatorio con fundamento en la sola afirmación del trabajador de que así debería entenderse por la fecha en que el mismo se produjo, próximo al alta médica, pues no surge de la causa ninguna otra circunstancia que permita formar convicción sobre tal pretensión, menos aun si valoramos que, de acuerdo a lo expuesto en la demanda, al tiempo en que el actor fue despedido contaba con alta médica, sin disminución de la capacidad laborativa ni restricción de tareas.

En tal sentido se ha resuelto: *“El trabajador carece de derecho a obtener el pago de una indemnización por daño moral derivado de su despido directo, dado que la sucesión cronológica que expone en relación con el alta médica y el posterior despido permite concluir que no es, por sí solo, un elemento suficiente para considerar que la decisión extintiva obedeció a un castigo encubierto por razones de salud.”* (Del voto en disidencia del Dr. Arias Gibert). ( [Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V • P., R. c. T.A.R.S.A. s/ despido • 23/05/2014 • DT 2014 (octubre) , 2738  • AR/JUR/34286/2014](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&lr=i0ad82d9b000001668798ecd83d3c3d32&docguid=i76BC8EF992C96FE08AA85D724D8740C2&hitguid=i76BC8EF992C96FE08AA85D724D8740C2&epos=1&td=19&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&crumb-action=append)); *“Debe rechazarse la demanda por despido discriminatorio, pues, no se encuentran configurados los presupuestos de hecho que permitan advertir que la extinción del contrato de trabajo se fundó en razones de discriminación peyorativa a causa de la enfermedad que padecía, ya que al momento de la mencionada extinción no sufría una disminución en su salud e incluso la operación a la que se había sometido había sido nueve meses antes de la disolución del vínculo.”* ([Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV • D. F., M. M. c. Sistema Nacional de Medios Públicos S.E. s/ despido • 31/10/2013 • DT 2014 (febrero) , 339 con nota de Alejandro Gabet • DJ 19/03/2014 , 12  • AR/JUR/77876/2013](https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&lr=i0ad82d9b000001668798ecd83d3c3d32&docguid=iC1452A4F873BE0E2E0B7E8D66EF251D9&hitguid=iC1452A4F873BE0E2E0B7E8D66EF251D9&epos=1&td=19&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DF29AAD1D3&searchFrom=&savedSearch=false&crumb-action=append)).

Sentado lo expuesto, y dado que la sentencia venida en recurso, no se presenta arbitraria, voto a esta cuestión por la NEGATIVA.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **SEXTA CUESTIÓN.**

**A LA SÉPTIMA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Conforme a los fundamentos expuestos precedentemente, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria. ASÍ LO VOTO.

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **SÉPTIMA CUESTIÓN.**

**A LA OCTAVA CUESTIÓN, el Dr. CARLOS ALBERTO COBO, dijo:** Las costas del recurso se imponen al vencido (art. 68 CPC y C.). ASÍ LO VOTO.-

Las Señoras Ministros, Dras. LILIA ANA NOVILLO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. CARLOS ALBERTO COBO y votan en igual sentido a esta **OCTAVA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, tres de diciembre de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto en fecha 02/02/17.

II) Costas del recurso de casación al vencido.

III) Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en fecha 13/02/17.

IV) Costas del recurso de inconstitucionalidad al vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*