

En la ciudad de Posadas, Capital de la Provincia de Misiones, a los .....Veintisiete..... días del mes de .....Marzo..... del año dos mil diecinueve, se reúnen Ss. Ss. los Señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. Cristian Marcelo Benítez, Cristina Irene Leiva, María Laura Niveyro, Liliana Mabel Picazo, Jorge Antonio Rojas, Roberto Rubén Uset, Rosanna Pía Venchiarutti Sartori y Ramona Beatriz Velázquez, bajo la Presidencia del Dr. Froilán Zarza, a fin de considerar los autos caratulados: "**EXPTE. N° XXXX/2016 – D.L, M.R. S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY Y ARBITRARIEDAD EN AUTOS: “EXPTE. N° XXXX/2011 – D.L., M.R. C/ R. SACIFAEI S/ LABORAL”**”.

De acuerdo con el sorteo realizado corresponde votar a los Señores Ministros en el siguiente orden: **1) Dra. Ramona Beatriz Velázquez, 2) Dra. María Laura Niveyro, 3) Dra. Rosanna Pía Venchiarutti Sartori, 4) Dr. Froilán Zarza, 5) Dr. Jorge Antonio Rojas, 6) Dr. Cristian Marcelo Benítez, 7) Dra. Cristina Irene Leiva, 8) Dr. Roberto Rubén Uset y 9) Dra. Liliana Mabel Picazo.**

**Concedida la palabra a la Dra. Ramona Beatriz Velázquez, dijo:**

Vuelven las presentes actuaciones a consideración de este Superior Tribunal de Justicia toda vez que, por mayoría que no integré, se ha declarado formalmente admisible el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley por Arbitrariedad de Sentencia interpuesto por la parte actora, razón por la cual, oído el Sr. Procurador General (Conf. Dictamen de fs. 369/382), corresponde me expida al respecto.

El fallo impugnado -de la Excma. Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial, Laboral y de Familia de XXXX -hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada, revoca la sentencia de primera instancia en todas sus partes y no hace lugar a la demanda interpuesta por la actora, declarando abstracta la apelación deducida, con costas de segunda instancia a la perdedora con los alcances del Art. 20 del CPL.

Al respecto y en oportunidad de emitir opinión en cumplimiento a la exigencia del Art. 290- conf. Const. de fs. 362/364 y vta. consideré que la arbitrariedad invocada por el impugnante no solamente no fue debidamente demostrada, sino también que no se evidenciaba en el pronunciamiento, ya que no surgía del mismo

falta de respaldo en las pruebas, hechos y constancias de autos, como así apartamiento del derecho.

Asimismo, entendí que la impugnación importaba solamente una manifestación de un criterio discordante con el de los juzgadores sin que ello importara la configuración de arbitrariedad en la decisión de los jueces de alzada.

Este nuevo examen de la causa me permite volver a afirmar que el quejoso no logra demostrar la arbitrariedad que endilga al pronunciamiento de Cámara, no observando -como dije- que en el mismo se haya exteriorizado la sola voluntad del juzgador, ni que contenga un error palmario y manifiesto en las conclusiones o que sean contrario a las constancias que obran en la causa, por lo cual, no habiendo nuevos elementos que ameriten rever mi primigenia opinión, entiendo, que corresponde el Rechazo del Recurso Extraordinario planteado, con costas, con los alcances del Art. 20 del CPL. ASIVOTO.

**Concedida la palabra a la Dra. María Laura Niveyro,**

**dijo:**

1º) Por Resolución N° XXX-STJ-17 (fs. 362/364), se declaró admisible el recurso de inaplicabilidad presentado por los apoderados de la Sra. M.R.D.L., contra el pronunciamiento emitido por la Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial, Laboral y de Familia de XXXX (fs. 317/329) que revocó el fallo de primera instancia y rechazó la demanda presentada por despido injustificado e injuria laboral por acoso sexual.

2º) Al exponer sus agravios, la recurrente afirma que el pronunciamiento atacado hace una defectuosa aplicación de la ley, es arbitrario, se aparta de la sana crítica racional tergiversando la interpretación de los hechos, los mandatos constitucionales establecidos en la Carta Magna Provincial y Nacional, conculcando derechos protegidos por ellas y derechos de la mujer, lo que lo convierte en contrario a derecho, contra de principios jurídicos elementales y de disposiciones legales, circunstancias que autorizan la revisión por medio del recurso.

Afirma en primer término, que su parte se alza cuando la Cámara expresa en el fallo (a fs. 324 tercer párrafo) que “la presunción de los indicios deben hallarse constatados por prueba directa, no pudiendo extraerse presunciones de otra presunción”; que ello corre por cuenta de la Cámara ya que tanto el art. 31 de la Ley 26.485 (que reza: “Resoluciones. Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar

*los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes”); como el Art. 89 del C.P.L. (que dice “Prueba indiciaria. Las presunciones o indicios constituyen prueba suficiente cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, producen convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”), no exteriorizan ni hablan de prueba directa; y, sin embargo, expresan que deben ser indicios graves precisos y concordantes, y el art. 89 de C.P.L. le agrega y aquí la importancia para este tipo de juicios, “según la naturaleza del juicio” y que se sabe que el juicio que se ventila es de una naturaleza especial, y por ello la protección ampliada que se le brinda a la mujer, a través de toda la normativa constitucional, supralegal y legal dictada en su consecuencia.*

Se cuestiona el cumplimiento del fallo con los preceptos constitucionales e internacionales, con los principios de derecho laboral al exigir en este caso una prueba directa y numerosa, que luce falto de adecuación al sistema protectorio del derecho laboral y también al de los derechos humanos; apartándose, para la solución del presente litigio, de una interpretación, adecuada, razonable propia y justa de la nutrida legislación constitucional, internacional y local dictada; que la menciona, pero la interpreta en forma errónea, inadecuada, injusta, lo que torna al fallo en arbitrario, dándole a su resolución una fachada de legalidad, cuando en su interior solo se observa arbitrariedad.

Agrega que, ello se plasma cuando en el fallo en crisis -a fs. 326 segundo párrafo- dice: “... que es un dato de fundamental importancia por tratarse de un número importante de personal, por lo que si de conformidad a lo aseverado por la actora, las inconductas de R. eran “advertidas por el personal de la firma”..., “sin reparo alguno...”, que sus compañeros se burlaban y la cargaban (fs. 18 vta.) estimo que debió haberse acreditado el hecho con mayor número de testigos o al menos con testigos directos a fin de lograr prueba contundente teniendo a su alcance según su propia afirmación numerosa cantidad de testigos”. Que resulta claro, como en el fallo se efectúa una “inadecuada interpretación” de los preceptos que resuelven el litigio, resultando evidente, porque de la frase antes dicha surge que la Cámara estima acreditado el hecho, con las probanzas obrantes en autos pero le pide, que lo compruebe con más testigos y con prueba directa, es decir le exige a la trabajadora más de lo que la Constitución Nacional,

Legislación suprallegal y normativa dictada en su consecuencia le exige, ya que claramente estos preceptos, dictados en el entendimiento de que este tipo de situaciones, es de difícil prueba, y en este sentido la CSJN tiene dicho: “Si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia” (SC. S. 932, L.XLVI-Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo).

Que también en la Doctrina expuesta en el precedente “Pellicori” - Fallos: 334:1387, en el que se afirmó que “La discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”, y - por otro- se estableció el estándar probatorio aplicable a estas situaciones según el cual “para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente 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”. (Pellicori Liliana Silvia contra Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sobre Amparo” CSJN).

El segundo agravio se circunscribe a que la Cámara al fundamentar, lo hace mayoritariamente sobre jurisprudencias de materia civil, no laboral, cuando claramente se está resolviendo una causa laboral, debiendo aplicarse sus preceptos y sobre todo sus principios enunciados directamente en esa normativa, hecho este que no lo hace, violentando la letra y espíritu de la manda federal del Art. 14 bis y toda la legislación dictada en su consecuencia. Que, en el caso, la obligatoriedad del beneficio al trabajador o in dubio pro operario surge de la Ley de Contrato de Trabajo en forma expresa, no le da al intérprete del derecho la posibilidad de optar, lo obliga a interpretar o aplicar el alcance de la ley y apreciación de la prueba que mas beneficie al trabajador. Que el principio protector es el más importante del derecho laboral, es el que lo diferencia del derecho civil, parte de una desigualdad, porque el derecho laboral trata de proteger a una de las partes del contrato

de trabajo para equipararla con la otra, a diferencia del principio de igualdad jurídica del derecho privado.

El tercer agravio se vincula a prueba testimonial arrimada a autos, señalando que el *ad quem* la analiza en forma arbitraria quitándole entidad, desvirtuándola en su fuerza convictiva, pareciendo su análisis más cercano a un alegato de la demandada que una merituación de acuerdo a la sana crítica, las constancias de la causa, y sobre todo respecto del tipo de proceso que aquí se ventila.

Que existe arbitrariedad en la interpretación de la prueba cuando el *ad quem* interpreta el testimonio del Sr. F. a fs. 137/139, expresando que el mismo es un “testigo de oídas, o de referencia”, ello a fs. 325 sexto párrafo, quitándole con ello fuerza a su testimonio, cuando del mismo claramente surgen dos aspectos fundamentales, el primero: que era conocida en el local comercial la situación de la trabajadora, cuando este testigo claramente dice a la séptima pregunta: fs. 137 vta. “Yo he estado en el depósito externo así que no he visto algo, pero justamente llegaban rumores, en el depósito externo se comentaba como en toda la sucursal, rumores sobre que el Gerente se estaba insinuando a la Sra. D.L.”. Ampliando en respuesta a la primera ampliación fs.

137 vta. última parte: “después llegaban rumores en el depósito, porque sabiendo la situación de ella algunos se burlaban diciéndole comentarios como tené cuidado M. que ese negro te quiere comer”. El segundo: respecto a la personalidad autoritaria del Sr. R., cuando claramente dice el testigo en respuesta a la primera ampliación fs. 137 vta. última parte “porque el trato con el gerente siempre fue autoritario, él decía que podía hacer lo que quería en la sucursal porque tenía el poder absoluto que le habían otorgado en Buenos Aires, lo manifestó él en una reunión”. Y que también contesta a la Cuarta Ampliación fs. 138 vta., diciendo que “En esas comunicaciones se manifestó el desagrado con el soberbio del gerente.

Que, respecto al testigo B., obrante a fs. 147 y vta., allí es donde se evidencia con mayor claridad la falta de sana crítica en la apreciación de la prueba y de la normativa que obliga al juzgado a analizar beneficiosamente dicha medida probatoria ya que el *a quem* dice: “ a fs. 326 primer párrafo “Llegamos así al análisis del tercer y último testigo (fs. 147), quien confirma los dichos de la actora. De su declaración debe destacarse un dato de fundamental importancia referido a la cantidad de empleados que trabajaban en la empresa demandada. Así a la tercer pregunta respondió 24 más o

menos”....” que es un dato de fundamental importancia por tratarse de un número importante de personal, por lo que si de conformidad a lo aseverado por la actora, las inconductas de R. eran “advertidas por el personal de la firma”..., "sin reparo alguno...”, que sus compañeros se burlaban y la cargaban (fs. 178 vta.), debió haberse acreditado el hecho con mayor número de testigos o al menos con testigos directos a fin de lograr prueba contundente teniendo a su alcance según su propia afirmación numerosa cantidad de testigos”.

Que este testigo directo que como lo dice la misma sentenciante, “confirma los dichos de la actora”, es desvirtuado por el *ad quem* en razón de que dice también el testigo que eran 24 empleados entonces dice, en contra de toda normativa laboral protectora y la sana crítica, que no alcanza con un testigo directo, que debió haber tenido muchos más testigos, ello, desvirtúa todo el análisis probatorio expuesto por el *ad quem*, ya que se encuentra con un testigo directo del hecho, y no le importa, pide más testimonios en una causa, donde es de difícil prueba y toda la doctrina lo dice, que normalmente nadie quiere salir de testigo en estos casos, de allí la protección que le brinda la constitución, los tratados internacionales y la legislación Argentina dictada en su consecuencia, a estos hechos donde claramente exige al Juzgador, no dándole opción, que debe tener por acreditados estos hechos por presunciones, pero aquí, con prueba directa al *ad quem* resulta no alcanzarle para endilgarle responsabilidad a la demandada.

Afirma que con ello, todo el fallo contradice nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente a aquel que se refiere a la discriminación por razones de sexo, o género, que tiene rango constitucional. Expresa también que toda la prueba testimonial obrante en autos, tanto la directa (testimonio de B.) como la indiciaria (testigo F. y D.S.), es acompañada por la prueba informativa obrante a fs. 125 por parte del Gremio de Empleados de Comercio que da cuenta de la situación denunciada por la trabajadora y más aún las exposiciones policiales obrantes a fs. 06 y 07, donde obra denuncia del hecho de acoso, y la presentación del gerente R., el cual no rechaza la denuncia efectuada, prueba ésta que analizada en contexto, con sana crítica racional, y a la luz de la normativa aplicable a la resolución del caso, da fuerza de verdad a lo demandado por la actora.

El cuarto agravio trata de la imposición de costas a la actora y que requiere sean impuestas a la demandada.

3º) Luego del dictamen del Sr. Procurador General (fs. 369/382), queda la causa conclusa para definitiva.

4º) Que, de la lectura del pronunciamiento atacado surge que -para revocar la sentencia de primera instancia que acogía la demanda-, los Sres. Vocales consideraron en primer término los elementos que deben ocurrir para que se configure acoso sexual, los sujetos involucrados y su finalidad, exponiendo la definición del la Organización Internacional del Trabajo y Jurisprudencia. También aluden a la práctica discriminatoria del hostigamiento, consignando que "...el acoso sexual laboral puede constituir injuria, en los términos del art. 242 de la LCT, y justa causa de despido, conforme a la valoración que realicen los Jueces, teniendo en consideración el carácter de la relación laboral, lo dispuesto por la ley citada y las modalidades y circunstancias de cada caso" CNT, Sala VI "Dentone, Josefina c/ Seguridad y Custodia SRL s/ Despido", rta: 15/03/01.

Luego exponen que el fenómeno abordado presenta cierta complejidad en cuanto a su prueba debido no solo a sus elementos configurantes sino también porque puede desarrollarse/ejercerse en un ámbito de cierta privacidad; que tal es así que el principal agravio de la parte actora se sustenta precisamente en ello, en la fundamentación que al *a quo* hace sobre la prueba indiciaria para dictar su fallo.

Opinan los Camaristas que las particularidades -antes mencionadas-, que presenta la conducta endilgada a la demandada, ha motivado la aplicación del principio del favor *probationis* para los casos de difícil prueba en beneficio del más débil, y que, en tal sentido reconocida doctrina ha dicho que en estos supuestos "deberá estarse a favor de la admisibilidad, conducencia o eficacia de la prueba, y flexibilizando en particular el criterio que gobierna el régimen de admisibilidad y eficacia de la prueba indiciaria"; luego indican que la evidente dificultad probatoria conduce, necesariamente a admitir la prueba de presunciones que permiten sancionar y perseguir estos comportamientos que, por estar muchas veces referidos a ámbitos privados/subjetivos, solo pueden ser demostrados recurriendo a dicho medio de prueba.

Siguen argumentando que las presunciones juegan un rol preponderante en determinadas circunstancias por ser prácticamente las únicas que están al alcance del damnificado, máxime cuando ellas se infieren de hechos seriamente probados que lleven al ánimo del juzgador la razonable convicción de las conductas o condiciones que se quiere demostrar, por ello el Juez apreciará la prueba ponderando la totalidad de los

“indicios probatorios” que se le presenten, que puedan indicar la existencia del comportamiento alegado por la actora, y que los indicios conducen a la elaboración de presunciones en el fuero interno de Juzgador, es decir que se trata de una actividad intelectual del Juez, quien apoyándose en un indicio, concluye en la existencia de un hecho distinto pero relacionado con el primero lógicamente.

Que, consideran las disposiciones de la Ley 26485 –art. 31- y 89 del C.P.L. sosteniendo que la presunción de indicios deben hallarse constatados por prueba directa, no pudiendo extraerse presunción de otra presunción.

5º) En este punto que genera agravio a la accionante, he de destacar que en efecto, esta afirmación de la Cámara de Apelaciones, que nace de su propia exposición de la normativa y jurisprudencia concerniente, implica una interpretación exigente de la ley, ya que el enunciado legal prevé la consideración de las presunciones que estén basadas en hechos probados, evidencia de un hecho vinculado al generador de la demanda y que justamente sirve de base de la presunción, circunstancia aquella entonces, que resulta antagónica con la protección integral prevista para el trabajador e implica un apartamiento del principio *favor operari*, cuya orientación hermenéutica está contenida en el art. 9 de la Ley 26428.

Los magistrados refieren adecuadamente la normativa, pero le dan un giro inicuo cuando determinan la directriz de la ponderación de la prueba indiciaria en el presente caso.

6º) Que, también la Cámara consignó en el fallo como de fundamental importancia el dato referido a la cantidad de empleados que trabajaban en la empresa demandada, de veinticuatro personas más o menos, señalando que es un dato fundamental por tratarse de un número importante de personal, por lo que si de conformidad a lo aseverado por la actora, las inconductas de R. eran advertidas por el personal de la firma..., “...sin reparo alguno...”, que sus compañeros se burlaban y lacargaban, estima que debió haberse acreditado el hecho con mayor número de testigos, o al menos con testigos directos a fin de lograr prueba contundente teniendo a su alcance, según sus propias afirmaciones, numerosa cantidad de testigos; que resulta indiscutible según doctrina y jurisprudencia que el tipo de conductas endilgadas a R. -acoso sexual- suele resultar de difícil prueba en atención a que en la generalidad de los casos, dichas conductas se desarrollan en cierto ámbito de privacidad, dificultando así la prueba directa

admitiéndose, en consecuencia, la prueba indiciaria, pero que sin embargo, éste no es el caso de autos, donde la actora en reiteradas oportunidades a lo largo del proceso, ha manifestado que las mismas eran de público conocimiento entre sus compañeros.

Que sabidas son las particularidades que revisten las declaraciones testimoniales en el proceso laboral, en atención a que esos testigos, necesariamente, no son totalmente ajenos a las cuestiones debatidas pues dado que los hechos a acreditarse se producen en su gran mayoría, dentro del ámbito laboral, son siempre compañeros de trabajo los más aptos para informar sobre las cuestiones objeto de litis, así nos encontramos con que al trabajador le resultará siempre dificultoso que compañeros de trabajo que siguen prestando servicios para el mismo empleador, puedan declarar a su favor en el proceso, pues existe el temor, fundado, de enemistarse o sufrir represalias, y por otra parte, cuando es el empleador quien ofrece como testigo a sus propios dependientes, existe la presunción de que ninguno de ellos declararía algo en contrade su patrón, pero por otra parte quién mejor que los mismos empleados para poder testificar sobre las condiciones de trabajo en la empresa o determinado conflicto particular, y que asimismo también es común que los testigos que declaren a favor del trabajador tengan a su vez procesos contra el empleador, y ante tal situación, el Juez debe apreciar las declaraciones para formar su convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica, apreciando qué grado de fehaciencia tiene la declaración estimándola globalmente en sí misma y conjugándola con los otros testimonios, las otras pruebas producidas y los propios reconocimientos realizados por las partes, y que en atención a ello, analizada que fuera la prueba producida en su conjunto, estima que la producida por la actora no ha logrado acreditar las supuestas conductas acosadoras como tampoco brindan indicios que reúnan los requisitos exigidos por el art. 89 de código procesal laboral que crea la “presunción” de veracidad pretendida.

Señalan los Vocales que los indicios poseen carácter valorativo secundario, no obstante lo anterior, en caso de que fueran utilizados, en tanto vienen a fortalecer de alguna manera las pruebas directas que se tengan, contribuyen en el fundamento de una resolución y ponen de relieve varias cuestiones a saber: las condiciones particulares y personales de la actora, una persona instruida y con excelente vinculación personal según acreditó con el desempeño como vendedora. Las acciones llevadas a cabo por la misma en cuanto al tiempo y a su forma. Todas las medidas (comunicación

telefónica, exposición policial y asistencia al médico) acreditadas por la misma en autos, fueron realizadas entre el 15/08/09 y el 18/8/09, y que asimismo concurrió a la Asociación Mutual de Empleados de Comercio a fines de Agosto y/o Septiembre según informa dicha entidad.

Se interrogan si una persona instruida y desenvuelta como la misma venía soportando el acoso público por un lapso de más de nueve meses, no hubiera tomado las mismas con anticipación; y, que en todo caso, y ante la circunstancia de haberse sentido moralmente injuriada como afirmó en la exposición policial, y en cumplimiento del principio de buena fe, debió haber intimado por escrito previamente al empleador.

Concluyen entonces, que no se ha acreditado en autos la conducta endilgada al entonces gerente R., por prueba directa y que, las producidas no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 89 del código de forma a efectos de ser tomados como indicios es decir que sirvan de base presuncional al juzgador, y por tal motivo acogen la apelación deducida y revocan la sentencia de primera instancia.

7º) Estimo pertinente *a priori*, remitir a distintos conceptos vinculados a la temática del planteo recursivo. Es así que cabe recordar la concepción de presunción, evidencia e indicio. Y, siguiendo la perspectiva de POTHIER, se puede definir a las presunciones como las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido, para afirmar un hecho desconocido. Realizar una presunción implica un razonamiento en virtud del cual se parte de un hecho concreto y conocido (indicio), para afirmar la existencia de un hecho que es desconocido y se busca probar.

Desde la base enunciada, se admite la discriminación referida por Couture, quien - *clasifica las presunciones según estén establecidas por la ley o se desprendan de hechos del hombre*- a partir de su definición, “Presunciones judiciales: Acción y efecto de conjeturar el juez, mediante razonamientos de analogía, inducción o deducción, la existencia de hechos desconocidos partiendo de los conocidos”, las distingue en presunciones legales absolutas y las presunciones legales relativas: “Presunciones legales absolutas...: Propositiones normativas acerca de la verdad de un hecho contra la cual no se admite prueba en contrario”; “Presunciones legales simples o relativas...: Propositiones normativas de carácter legal acerca de la verdad de un hecho, contra la cual se admite, sin embargo, prueba en contrario”.

La prueba propiamente dicha es la acreditación de la verdad de cada uno de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto al hecho que se afirma delictivo, como al sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto. Su importancia radica en que, por su intermedio se intentará arribar a la finalidad perseguida en todo proceso, es el descubrimiento de la verdad material, real o histórica, entendida como la reconstrucción de los hechos tal como sucedieron; debiendo hacer hincapié en que, conforme nuestro sistema jurídico, sólo se podrán admitir como ocurridos aquellos hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante las pruebas objetivas.

Son diversas las clasificaciones de los medios de prueba. Así, tenemos las pruebas críticas y las históricas. La histórica se caracteriza por la representación del hecho objeto del proceso, como por ejemplo la prueba documental o testimonial, en la que el juez puede inmediatamente representarse el hecho sucedido, mientras que la crítica es aquella en la que el juez necesita realizar un raciocinio, infiriendo de un hecho conocido uno desconocido, como en la prueba de indicios.

Conforme la vinculación con el hecho, pueden ser directas o indirectas. En las primeras, el juez no tiene que hacer ningún esfuerzo intelectual, ya que se refieren al elemento delictuoso propiamente dicho o a uno de sus elementos. Sin embargo, serán indirectas cuando la prueba tenga por objeto mediato no el hecho principal sino otros que sirven para demostrar su existencia. En estas el juez deberá inferir de su percepción la existencia del hecho a probar. La directa comprende por ejemplo el testimonio de un testigo presencial del hecho. En cambio son pruebas indirectas los indicios.

Indicio viene de la voz latina *indicium* que significa señal o signo aparente y probable de que exista una cosa. En el campo procesal los indicios son los signos, señales, rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido. Es decir, un indicio es toda acción o circunstancia relacionado con el hecho que se investiga y que permite inferir su existencia y modalidades; así todo hecho que guarde relación con otro puede ser llamado indicio.

El indicio se propone como toda circunstancia, hecho o acto que sirve de antecedente o base para presumir la existencia de otro. De esta forma, se denomina indicio a aquellas circunstancias que aunque en sí mismas no constituyen delitos y materialmente sean distintas de la acción criminosa, la revelan por medio de alguna relación determinada que puede existir entre esas circunstancias y el hecho delictivo que se

investiga. Refiere DEVIS ECHANDIA, que la voz latina *indicium* es una derivación de *indicere*, que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni representación de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto, indicio es un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

En virtud de ese argumento probatorio que suministre el hecho indicador, el juez infiere con mayor o menor seguridad, es decir, como algo cierto o simplemente probable la existencia o inexistencia del hecho que investiga, esa inferencia se conoce como presunción judicial, que es diferente del argumento probatorio que le sirve de causa.

Indicio puede ser cualquier hecho (material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto, es decir, se le da al concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales), siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica-crítica.

8) A la luz de lo señalado considero que resulta asertiva la postura de la quejosa, habida cuenta la Alzada marca una tendencia acorde con la postura pacífica jurisprudencial respecto a la dificultad para obtener una prueba directa de la existencia del acoso, mas luego desvaloriza el aporte probatorio dado por la actora, Así, relega considerar tanto la relevancia del *onus probandi* en los casos como el presente como cuál fue la contribución del demandado –empleador- que sería la parte en mejores condiciones de dilucidar el escenario en disyuntiva. De la lectura concienzuda del fallo impugnado se desprende que le hace soportar toda la responsabilidad del convencimiento a la accionante, desconociendo la existencia de desigualdad de circunstancias de las partes, donde la actora fue despedida sin justa causa -conforme las misivas existentes- y justamente luego de hacer público su padecimiento.

9º) Respecto al segundo agravio, vinculado a la necesaria aplicación de preceptos de normativa laboral por ser inherente al proceso, entiendo surge

evidente de la propia injerencia que dio la Cámara al tratamiento del caso, al plantear inusitadamente una perspectiva, que se aparta de la relevancia que se le da a la temática y a las normas protectorias a toda forma de hostigamiento a la mujer, a su vida en relación laboral.

Procede mencionar que la Cámara también ha incluido en sus considerandos diversos preceptos que resaltan la protección de la mujer (fs.322 y sgtes.), mas ha dado jerarquía trascendente a la falta evidencia directa de la causa del expediente de marras, omitiendo evaluar circunstancias esenciales para la real ponderación del caso.

10) Es así y vinculado al tercer agravio, expone la arbitrariedad en la apreciación de la prueba, y plantea la testimonial del Sr. F. a quién la Alzada califica como “testigo de oídas o de referencia” y expone las características del mismo; de la sentencia en efecto ello se desprende, por cuanto a fs. 329 in fine afirman los Vocales...” así surge de la respuesta séptima y décima primera posición a la primera ampliatoria”, más, analizada la testimonial en cuestión, se observa que puede distinguirse otra orientación que la que sustenta la conclusión de la Cámara. Aún más, cuando al testigo se le pregunta por la razón de sus dichos, este informa: “...*La mayoría por conocimiento personal y algunos por comentarios que circulaban adentro de la empresa*” (fs. 139 vta.), lo que indubitablemente implica que el tratamiento especificado por los Vocales no es meramente de oídas.

Pero he aquí que surge lo sugestivo en el análisis de la Cámara, en un punto admite que el testigo no conoce la conducta que se le imputa al Sr. R., pero reconoce su conocimiento directo de situaciones. Y, el conocimiento que tiene y explica es que la actora era buena vendedora, responsable, cumplía horarios, el trato agresivo y autoritario del Sr. R., su insinuaciones respecto a la actora; los comentarios vulgares respecto a su situación, la dificultad de vinculación directa con la administración central, que la acción fue premiada como mejor vendedora.

Seguidamente respecto al testigo B., en efecto los Vocales lo neutralizaron en el aspecto esencial –donde afirman que aquel confirma los dichos de la actora-, justamente por su testimonio, aduciendo que ese dato aportado, ante el hecho de ser un número importante de personal -24-, las inconductas del Sr. R. tenían que acreditarse con mayor número de testigos a fin de dar contundencia a la evidencia. Luego los Camaristas insisten en la dificultad de prueba de estos casos, pero entiende que este no es el

caso, por las manifestaciones de la actora que las mismas eran de público conocimiento entre sus compañeros.

Por ello considero que especial importancia merece el tratamiento que la Cámara le ha dado al testimonio del Sr. B..

En efecto, dicho testigo oportunamente sostuvo que presenció cuando el Sr. R. efectuaba los comentarios indecentes a la actora especificando que "... le decía por ejemplo para hacer el amor con ella..." (fs. 147). Sin embargo, la Cámara neutralizó este testimonio aduciendo que debería haber estado refrendado por un mayor número de testigos atento a la cantidad de personal que prestaba tareas en ese sector y a los dichos de la actora quien sostuvo que las inconductas del Sr. R. eran de público conocimiento.

Entiendo que lo afirmado por la Cámara no se presenta como un argumento válido y razonable para desestimar las declaraciones del Sr. B. El mero hecho de que no obren en la causa declaraciones de otros testigos presenciales no se desestima *per sé* lo manifestado por el testigo, más aún si esta declaración es tenida en cuenta en conjunción con el resto de las constancias probatorias arrimadas a la causa.

A ello debe sumársele lo afirmado por la propia Cámara en cuanto a que la prueba en casos como el de autos resulta de difícil producción. Ello, atento a que muchas veces los testigos temen aportar su declaración por miedo a sufrir represalias.

Con este aserto los Sres. Vocales, desplazan en forma voluble cualquier intencionalidad de otorgarle beneficio interpretativo a quien se encuentra en la más compleja situación. Máxime cuando tal como consigna el recurrente y surge del propio texto del fallo, se ha concebido la confirmación de los dichos de la accionante.

11) Considero tal como expone el Sr. Procurador General, que es preciso tener presente las principales normas internacionales que se aplican específicamente para la protección de los derechos de las mujeres - Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer y en la legislación interna, la Ley 23.592 "Actos Discriminatorios" y la Ley Provincial de "Violencia Laboral"- y que repelen toda forma de acoso laboral, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. V), Declaración Universal de Derechos Humanos (Arts. 5 y 7). El Pacto

de San José de Costa Rica (Arts. 5 N y 11), El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 17), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (Arts. 7 y 12)- donde es necesariamente vinculante la prueba indiciaría, considerando que el trabajador tiene la carga de aportar un indicio cabal del hecho que la torna vulnerable, suministrando algún elemento que, aún sin servir para formar de una manera plena la convicción del juez sobre la existencia de actos en que sustenta su demanda, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad. A partir de ello, compete al empleador la carga de acreditar que su actuación tiene otra causa, ajena a la invocada por la parte actora y que desarticule la proporcionada por el trabajador. Carga probatoria que no constituye la mera negación del hecho, sino el aporte de real evidencia antagónica a la aportada por la contraria.

Resulta manifiesto que el presente, se define como el caso calificado de prueba difícil, por lo tanto, comparto el criterio jurisprudencial que sostiene que: *“... El Juez debe ser consciente de que en el terreno que nos movemos existe esta “dificultad probatoria” para que ella no sea sinónimo de “impunidad” y así, partiendo básicamente de las características propias de la dependencia laboral y las conductas humanas involucradas, se imponga el principio de primacía de la realidad. Es decir, en atención a la especial sensibilidad que el juzgador debe tener en esta materia no corresponde que se detenga en la superficie aparente de las situaciones jurídicas, sino que debe buscar en lo más profundo, o sea, en lo real (MAZA, M.A. “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas” Jurisprudencia Argentina, Lexis N° 0003/400344) M., L. c/H. M. y HSBC Bank Argentina s/Daños y Perjuicios, Superior Tribunal de Corrientes, IJ-CCLXI-701...”.*

Estimo, tal como expusieron los jueces del caso, que por lo general los actos que se le imputan al gerente, se relacionan con la clandestinidad, sin testigos; o, en casos de haberlos éstos prefieren no inmiscuirse en “esas cuestiones”, ergo, corresponde estarse a favor de la aplicación de principio del *favor probationis*, para los casos de difícil prueba en beneficio del más débil.

Que la Sra. D.L., era una sobresaliente vendedora de la firma de la cual dependía, que ha sido objeto de insinuaciones por parte del nuevo gerente a la sucursal de Oberá Sr. R. desde su ingreso a la firma -Diciembre de 2007-, y al ser constante y permanente el asedio por parte del mismo amparado por su poder jerárquico y las burlas

consecuentes, conllevó a la nombrada a radicar la denuncia el 15/8/2009 (fs. 6), exponiendo que las insinuaciones efectuadas por R. consistían tanto en palabras como en acciones físicas, las que eran llevadas a cabo en presencia de sus compañeros. También recurrió a la Asociación de Empleados de Comercio de Oberá (fs. 125).

Coincido con la valoración y tratamiento efectuada por la Juez de primera instancia ante el hecho que se verifica una exánime defensa tendiente a demostrar que solo se pretendía equiparar el nivel de ventas por parte de todo el personal y que la Sra. D.L. -quien fuera una notable vendedora, obteniendo reconocimiento respectivo-se resintió por la medida gerencial. También resulta comprensible la postura de los testigos de la parte demandada, ya que se encuentran en relación de dependencia.

Por lo expuesto al analizar los testimonios entiendo que los comentarios “vulgares” existían ya que los testigos indicaron que se repetían en el local comercial demostrando las intenciones del gerente respecto a la actora, como también observaron “salir llorando de la oficina”, - declaraciones de J.E.F. y S.D.S. (fs. 137/141)-.

Que, convengo con el dictamen de Procuración General, respecto a que la Cámara de Apelaciones, no ha valorado en su sentencia en forma precisa las cuestiones y normas aplicables al caso concreto, no ha sido ecuánime para admitir las declaraciones de los testigos, por lo que deriva en una conclusión contraria a derecho, provocando esta coyuntura un perjuicio serio a la trabajadora, y donde la exclusión de responsabilidad a la empleadora ante la notable situación antijurídica acaecida bajo su subordinación, implica un apartamiento de los lineamientos constitucionales que se orientan a la protección del trabajador.

Es así, porque entiendo que resulta significativo, -y aún entendiendo los objetivos y fines de la Empresa-, que es ostensible la indiferencia de la Empresa demandada ante una empleada que fue reconocida y premiada por la excelencia en su desempeño, galardonada tal como reconoce la parte demandada a fs. 27 y luego la despide sin causa - reitero, después de hacer más pública su situación laboral-.

Entonces, coincido con la merituación de la Juez de Primera Instancia, en la existencia del presupuesto de hecho denunciado por lo que corresponde el reclamo por daños y perjuicios, ya que la actora ha sido víctima de una situación que debió ser advertida e interrumpida por la demandada, entonces resulta responsable por las actitudes de su personal jerárquico, en el trato de éste con el personal a su cargo, por lo que

la obligación de la empleadora no resulta controvertida, y conviniendo con su fallo, estimo corresponde el acogimiento del recurso.

Respecto a las costas, y en base a lo resuelto, entiendo deben ser impuestas a la demandada.

Por todo ello, concluyo corresponde acoger al recurso de inaplicabilidad de ley, interpuesto por la parte actora y asumiendo competencia positiva, confirmar el decisorio de primera instancia, con costas a la demandada. ASI VOTO.

**Concedida la palabra a la Dra. Rosanna Pía Venchiarutti**

**Sartori, dijo:**

Que adhiere al voto que antecede.

**Concedida la palabra al Dr. Froilán Zarza, dijo:**

La reseña de la causa y de los agravios ha sido realizada suficientemente por el Sr Procurador General en su dictamen obrante a fs. 369/382, por lo que a ella me atenderé a efectos de evitar repeticiones estériles.

Sin embargo sí resulta útil precisar cuáles son los puntos sobre los cuales se asienta el ataque dirigido al fallo y que son los siguientes, a saber: 1) la interpretación del art. 31 de la Ley 26.485 y del art. 89 del CPL condicionando que la presunción de indicios deben hallarse constatados por prueba directa. 2) la aplicación de preceptos, principios y jurisprudencias de materia civil en contravención de los principios tuitivos de la normativa laboral aplicable al caso. 3) la interpretación arbitraria de la prueba testimonial. 4) la imposición de costas.

Por razones de método y estricta lógica comenzaré con el agravio medular dirigido a cuestionar lo decidido, en relación a la acreditación del presupuesto fáctico del acoso sexual y moral denunciado por la actora que generaría la responsabilidad atribuida a la demandada en los términos del art. 1113 del código velezano, justificándose la reparación del daño provocado al margen del sistema tarifario previsto en la LCT, adhiriendo y haciendo mío los sólidos fundamentos y solución propiciada en el voto de la Dra. María Laura Niveyro al tratar la cuestión, a los que me remito brevittis causa.

El fundamento del reclamo del daño moral excede las obligaciones que tutela el art. 245 de la LCT, referidas a las de carácter laboral, habida cuenta la conducta atribuida a la firma se basa en el supuesto de responsabilidad objetiva

previsto en el art. 1113 del código velezano que entraña un abuso de autoridad por parte del empleador o por el agente del empleador en el que éste ha delegado su autoridad para fijar cláusulas y condiciones. En el caso, si se parte de la premisa de subsumir los hechos en tal dispositivo que estatuye: "...La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia", desde el ángulo constitucional el sujeto de preferente tutela es la trabajadora acosada.

La referida tutela se concreta, en este caso, en una regla de derecho que establece la responsabilidad refleja o indirecta de tipo objetivo prevista en el citado artículo, siendo la conducta del Gerente una de las más del llamado acoso *quid pro quo*, expresión que describe la situación de la empleada obligada a elegir entre acceder a unas demandas sexuales o perder algún beneficio que le corresponde por su trabajo.

Esta conducta, resulta violatoria de los principios constitucionales de la inviolabilidad de la libertad de trabajo, la dignidad y la vida humana, los derechos consagrados por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ley 24.632), así como contra los principios y convenciones internacionales de la OIT que obligan al Estado a condenar la discriminación por razón de sexo y a establecer políticas para la eliminación de todas las formas de discriminación, como así también al pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y a la efectiva participación de las mujeres principalmente, en todos los ámbitos de la sociedad en condiciones de igualdad.

Incumbe recordar, asimismo, que la Argentina al ratificar la Convención Interamericana de Belem do Pará (Ley 24.632) asumió ante la comunidad internacional la obligación de dictar leyes y adoptar política de combate contra el acoso sexual, compromiso que el país ya había asumido en el 1998 en el marco del Plan de Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral, por lo cual - *obiter dictum* - los jueces de grado debieron analizar el plexo probatorio de marras, en el marco de amplitud probatoria exigido por el art. 31 de la Ley 26,485 sobre Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia.

Por lo tanto, despejada la acreditación del presupuesto de hecho denunciado conforme fuere acreditado por los testimonios analizados en el voto de la Dra. María Laura Niveyro que adherí, cabe indemnizar el daño moral padecido por la trabajadora que debió soportar situaciones de acoso sexual, malos tratos y hostigamiento

ante su negativa frente a demandas sexuales por parte del Sr. R. -Gerente de la Sucursal de la firma de la Ciudad de Oberá- donde prestaba servicios como una notable vendedora, en ejercicio de la potestad *iura curia novit*, por considerar que estamos en presencia de un hecho dañoso, constitutivo de un acto ilícito, específicamente un delito, regulado por el Título VIII del Código Civil Velezano, que genera responsabilidad extracontractual. Por otro lado, el art. 35 de la Ley 26.485 sobre Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia establece que la mujer damnificada por violencia de género tiene derecho a una reparación integral.

Los presupuestos que resultan exigibles para que nazca el deber de responder del principal por los daños que causen sus subordinados, son: a) el ilícito del dependiente, lo que equivale a demostrar la presencia de un daño, de una acción antijurídica, de una conexión causal entre el daño y la acción, y el factor de atribución (la relación de dependencia, esto es la autorización para obrar proveniente del principal) el nexo adecuado de causalidad entre el perjuicio ocasionado por el comitente y la función, es decir, que el daño fue producido en ejercicio o en ocasión de la incumbencia.(art. 43 CC).

Con este marco conceptual y, después de establecer el marco probatorio emergente de las constancias de la causa, se aprecia que en el *sublite* se configuran todos los presupuestos referidos supra para reparar el daño reclamado por la actora.

Sobre el particular, nótese que la existencia de "los hechos" que, fueron denunciados como motivo del acoso sexual al que fuere sometida la trabajadora se encuentran fehacientemente acreditados con las deposiciones obrantes a fs. 137/140 y 147, en las cuales los testigos se explayaron sobre el conocimiento de los "hechos públicos y notorios" que configuraban el acto denunciado, resultando suficientemente esclarecedores dichos tal vez por la misma naturaleza de la cuestión en debate, pues ante los ojos de los terceros la situación de angustia, burla y comentarios procaces, incluso la imposibilidad de acceder a una comunicación para denunciar a Recursos Humanos en la Administración Central de CABA que resultaba materialmente imposible, a los fines de denunciar en "forma contemporánea" las progresivas situaciones de acoso sexual que afectan a las mujeres, tal como pretendía la alzada en su "sugestivo análisis" efectuado sobre la cuestión a fs. 226 vlta., párrafo quinto, tuvo como única causa o motivo, la práctica del acosador desarrollada en la clandestinidad, cuya prueba directa exigían los jueces de mérito.

Sentado lo anterior, concluyo que la actora en un esfuerzo probatorio logró acreditar suficientemente todos los presupuestos que resultan exigibles para que nazca el deber de responder del principal por los daños que causen sus subordinados ante la orfandad probatoria de la demandada sobre la cuestión debatida. (art. 1113 CC aplicable al caso).

Para así decidir, en mi opinión, corresponde aplicar al caso las reglas o pautas que en materia probatoria se pronunció la CSJN en el precedente emergente del caso "Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo" del 15/11/2011, respecto a la inversión de la carga de la prueba y a la validez probatoria de la prueba indiciaria prevista por el art. 89 del CPL, resultandosuficiente para la parte denunciante, la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, devienen idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se le reprocha la comisión del acto impugnado, la prueba en contrario.

Por ello, sin que sea necesario tratar los restantes agravios de la recurrente en mérito a la proyección de lo decidido, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario articulado a fs. 334/343, dejar sin efecto la sentencia con el alcance indicado y, asumiendo competencia positiva, confirmar el pronunciamiento de primera instancia, imponiendo las costas de alzada y de ésta instancia extraordinaria a la demandada. ASI VOTO.

**Concedida la palabra a los Dres. Jorge Antonio Rojas, Cristian Marcelo Benítez, Cristina Irene Leiva, Roberto Rubén Uset y Liliana Mabel Picazo, dijeron:**

Que adhieren al voto de la Dra. María Laura Niveyro.

**Por ello**, atento a lo dictaminado por el Sr. Procurador General y siendo concordante la opinión de la mayoría (art. 41 de la Ley IV – N° 15 - antes Decreto - Ley N° 1550/82);

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

**RESUELVE:**

**I).- HACER LUGAR** al Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la parte actora y asumiendo competencia positiva, **CONFIRMAR** el decisorio de Primera Instancia, con costas a la demandada.

**II).- REGISTRESE,** cópiese, notifíquese y oportunamente bajen los autos a origen, oficiándose a tales efectos.

SV.-