

## Despido Discriminacion Enfermedad Onus Probandi Cargas Dinamicas Esclerosis Multiple

### JURISPRUDENCIA

Despido. Discriminación. Enfermedad. Onus probandi. Cargas dinámicas. Esclerosis múltiple

Corresponde hacer lugar a la demanda por despido discriminatorio iniciado por la actora, dado que los indicios del caso permiten sospechar y presumir que la actora fue despedida en razón de su enfermedad y la empresa no aportó elementos de juicio que permitan considerar que ello no fue así o que la razón del despido incausado radicara en circunstancias ajenas a esa situación de enfermedad.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 10 días del mes de ABRIL de 2.015, reunida la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y de acuerdo a la correspondiente desinsaculación, se procede a votar en el siguiente orden: El Dr. Miguel Ángel Maza dijo: I)- Contra la sentencia de fs. 387/388 apela la parte actora a fs. 395/405 con oportuna réplica de su contraria a fs. 409/412. Además, a fs. 391 el perito contador apela sus honorarios por estimarlos reducidos. II)- Quien me precedió en el juzgamiento rechazó la demanda tendiente a reparar las consecuencias dañosas derivadas del distracto incausado dispuesto por la demandada cuya tarifa legal, fue oportunamente abonada. La Sra. A. inició la presente acción solicitando resarcimientos por daño moral, psicológico y pérdida de la chance que fueron desechados por el Dr. Bertolini. En lo que respecta al daño moral, primer agravio vertido por la accionante, las razones que llevaron a su rechazo fueron la falta de prueba -por parte de la actora- de que el despido haya sido consecuencia de una discriminación por enfermedad -esclerosis múltiple-. En la visión de quien me precedió en el juzgamiento ninguno de los testigos abonó esta tesis o que la Sra. A. R. haya sido víctima de algún maltrato por parte de la patronal desde la toma de conocimiento de la enfermedad incapacitante. Por el contrario, concluyó, los mismos expusieron respecto de ciertos conflictos con sus compañeros de trabajo. La parte actora expresa que en casos de despido discriminatorio la tendencia, jurisprudencial teniendo en cuenta las claras dificultades probatorias que el planteo acarrea, apunta a que en casos como el presente se aplique la carga dinámica. Realiza un repaso de las normas de derecho internacional que sustentan su postura y resalta que las conclusiones esbozadas respecto de los conflictos que podría haber tenido la accionante con sus compañeros no fueron impuestas al momento de ser despedida y, por ende, serían razones extemporáneas. Además, no hay prueba de sanciones previas relacionadas con ello. Manifiesta que probó que tuvo un buen rendimiento para la accionada y señala cierta contemporaneidad entre la detección de su enfermedad con la decisión rupturista e incausada. Como lo he sostenido como juez de primera instancia (ver, entre otras, Sent. N° 3.588 del 30-5-03 en autos ?G., J. L. c/ Somed SA Sanatorio de la Providencia s/ Despido, del registro del Juzgado N° 62), estimo que la rigidez de la regla procesal dispuesta en grado debe ser aplicada de un modo atenuado en los casos en los que se aducen hechos discriminatorios. Es que, en este tipo de supuestos, según señala la literatura jurídica y doctrina judicial que comparto, el análisis ha de efectuarse a la luz del principio de no discriminación consagrado por los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional, así como por los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en particular la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. 2; la Declaración Universal de Derechos Humanos: arts. 2 y 7; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: arts. 2 y 3; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: arts. 1 y 24). Al amparo de tan cara directiva constitucional debe aplicarse el régimen legal involucrado, así como abordarse el análisis de las pruebas producidas. En este orden de ideas ha dicho la jurisprudencia que ?si se tiene en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el "onus probandi" pesa sobre el empleador? (?Sendoya, Josefina O. c/ Travel Club S.A ?, CNCIV Sala H., 9/4/2000). No obstante, ha de advertirse también que, tal como señala Claudio M. Kiper, la inversión del onus probandi parte de una presunción discriminatoria fundada en indicios serios y precisos de un trato desigual, de modo tal que quien pretenda justificar su conducta debe aportar elementos convictivos que validen su obrar (Derechos de las minorías ante la discriminación, C. M. Kiper, Ed. Hammurabi, 1998, pág. 240 y 245). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, memorando el voto de la minoría en el caso ?Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes SA? (Fallos 311:1613, voto de los jueces Petracchi y Bacqué), ha suscripto en su anterior integración este criterio explicando que la atenuación del onus probandi es ?una forma sensata y ordenada de evaluar la evidencia a la luz de la experiencia común tal como se sostiene en la crítica cuestión de la discriminación, porque se presume (por la experiencia) que por lo general las personas no se comportan de una manera arbitraria, sin mediar ninguna razón subyacente, especialmente en asuntos empresarios? (CSJN, ?Ursini, Paola Cassia c/ Geddes, Gloria y otros?. 5-10-99, Fallos 322: 2383). Este régimen probatorio es el que, por otra parte, reemplazó la CSJN en esta peculiar materia en el caso ?Pellicori, Liliana S. c/ CPACF? del 15-11-2011. En el presente pleito, pues, ambos senderos de reflexión -la moderna doctrina procesal sobre el onus probandi y el

principio de no discriminación involucrado- llevaban a reconocer en cabeza de la actora el deber de introducir al proceso los indicios y evidencias dotados de suficiente poder convictivo que ameriten la inversión de la carga probatoria para, luego, atribuir a la demandada la obligación de acreditar las motivaciones objetivas y justificadas de la ruptura del vínculo. Este es, por otra parte, el proceso de análisis por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *Pellicori c/CPACF?* ( P.489 XLIV-15/11/2011) Sentado este matiz en el enfoque del régimen acreditativo, disiento con las conclusiones del Sr. Juez a quo quien, tras estudiar los elementos de juicio colectados, no advirtió probado, siquiera, el elemento inicial que permitiría activar la presunción respecto de la conducta dolosa atribuida, esto es, la causa de la discriminación. Digo esto porque tal como se desprende con nitidez del muy detallado análisis realizado al apelar, hay elementos de juicio que llevan a afirmar que la ex empleadora tenía conocimiento al momento de disponer el despido de la patología que padece la demandante. Si bien no soslayo que entre la fecha en la que le diagnosticaron esclerosis múltiple (septiembre del 2.008), y la del despido (septiembre del 2.009) pasó un largo tiempo, no es menos cierto que la primera toma de conocimiento documentada por parte de sus superiores es de julio del 2.009 cuando, como consecuencia de la epidemia influenza A, le extendieron el certificado para presentar ante sus superiores con el fin de que la dispensen de prestar tareas por el plazo en el que duraba la pandemia. Dicha información la rescato del legajo de la accionante, acompañado por la propia demandada que obra glosado por cuerda al presente expediente (ver solapa *Asistencia?*, 5to adjunto) y concluyo una contemporaneidad entre tal hecho y el distracto incausado. Asimismo, en la misma pieza documental, en el apartado *desarrollo?*, se encuentra copia del título de Licenciada en Administración expedido por la UBA, constancias de constantes capacitaciones, y satisfactorias evaluaciones realizadas por la otrora empleadora, extremos que tornan aún más palmaria la versión de la actora pues nos encontramos ante una empleada sumamente capacitada y con once años de antigüedad en la empresa sin sanciones previas, lo que permite barruntar inexplicable su despido. Tampoco serán tenidas en cuenta las versiones de cualquier tipo de problemas de convivencia con sus compañeros toda vez, las declaraciones testimoniales no resultan coincidentes en tal punto. Sumado a ello, las mismas no fueron apercibidas en su momento, ni expuestas al rescindir el contrato. La pericia contable al responder los puntos 9 y 10 propuestos por la actora denota que no se produjo una reestructuración del sector donde trabajaba la accionante ni que en septiembre del 2.009 haya habido algún otro despido en dicha área. Por último, la propia demandada reconoce (fs.28vta.) el mail enviado el mismo día del despido donde la actora se dirige a una supervisora de modo sumamente respetuoso sin que ello pueda ser objeto de sanción justificada (ver mail acompañado en sobre color madera anexo).

De este modo, los indicios sentados por la accionante no fueron disuadidos por Banco Macro SA y ello ubica el supuesto de autos bajo la órbita de los arts. 1068 y 1078 del Código Civil, en cuanto el primero establece que habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, mientras que el segundo dispone que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima, surgiendo tal deber de lo establecido por el art. 1109 del mismo Código, que contempla el daño ocasionado por culpa o negligencia, ello en coincidencia con lo que dispone la ley 23592 en su art. 1º. Como queda dicho, los indicios del caso permiten sospechar y presumir que la actora fue despedida en razón de su enfermedad y la empresa no aportó elementos de juicio que permitan considerar que ello no fue así o que la razón del despido incausado radicara en circunstancias ajenas a esa situación de enfermedad.

III)- El segundo agravio de la accionante lo constituye el rechazo que sufrió respecto de la indemnización solicitada por daño psicológico. Explica que a diferencia de lo expuesto por el Sr. Juez de grado, la pericial médica otorga un 20% de incapacidad y lo relacionó directamente con el despido de autos. En primer lugar, aclaro que para que proceda el reclamo, no encuentro necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 39 LRT porque en el caso el hecho generador de la incapacidad no resulta comprendido dentro de sus previsiones. Es cierto lo que afirma la actora en cuanto a que el perito médico al establecer las conclusiones médico legales determinó una incapacidad del 20% de la TO relacionada con los hechos de autos. No obstante, no es menos cierto, que encontró en el trabajo un factor de agravamiento de ciertas afecciones naturales. Por ello, afirmó a fs. 313 vta. que sufre *Reacción Vivencial Anormal Neurótica con Manifestaciones Depresivas Grado III* (donde aparecen manifestaciones relacionadas con situaciones cotidianas totalmente ajenas al conflicto generador de la reacción?). Desde esta óptica, y habida cuenta que el cuestionado dictamen técnico realizado conforme lo dispuesto por el art. 472 del C.P.C.C.N. luce, a mi juicio, suficientemente fundado desde el punto de vista técnico-científico, que el impugnante de fs.317/320 no objetó la idoneidad del perito ni revela la existencia de errores manifiestos en los que pudo haber incurrido el profesional interviniente, la crítica formulada por el impugnante se evidencia insuficiente pues carece de argumentos serios, concretos y científicos que permitan enervar los sólidos fundamentos aludidos en el dictamen, ni esgrime otros elementos de juicio que controviertan las conclusiones allí aludidas por lo que, en definitiva, no encuentro motivos para apartarme del objetivo y concluyente informe rendido al que le otorgo pleno eficacia convictiva (cfrme. art. 477 CPCCN). De este modo encuentro, con apoyatura directa en las restantes constancias de la causa, que

el daño psicológico posee relación causal con el objeto de autos de modo concausal, pues es claro que el distracto directo y discriminatorio al que fue sometida la actora influyó negativamente en las afecciones psicológicas de base relacionadas con aspectos ajenos a la relación laboral. Concluyo, pues, que se evidencia un acto ilícito por parte de la demandada que concausa el daño psicológico diagnosticado y justifica el reconocimiento de una reparación de daños y perjuicios, materializada en la indemnización por incapacidad que, con una concausalidad del 50%, se estima en el 10% de la TO (arts 1109 y 1113). La proporción determinada responde a que de acuerdo a la teoría de la causa adecuada, no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes, y se reconoce como 'causa adecuada' para ver determinado un nexo de causalidad relevante aquella que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir el resultado (conf. Jorge Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8va. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 263). Para evaluar el importe del resarcimiento, tendré en cuenta las pautas que habitualmente utilizo y las propias del presente caso. Es decir, la edad de la trabajadora al momento de los hechos (34 años); el tiempo de vida útil que le resta permanecer en el mercado de trabajo; la última remuneración percibida de \$... (cfr. CNAT, Sala II, 'Alvez Pereyra Ramón c/Servicios Forestales El Bosque SRL s/accidente?', SD 94.182 del 27/4/2006, con cita de los fallos de la CSJN, 'Audicio de Fernández c/Prov. de Salta' del 4/12/80, 'García de Alarcón c/Prov. de Buenos Aires -Fallos 304:125 y 'Badiali c/Gobierno Nacional', L.L.24/12/86). De este modo, estimo prudente que la suma indemnizatoria del daño material psicológico se fijen en \$... sino que incluye la pérdida de chance y afectación del plan vital; en concepto de daño moral creo equitativo fijar un resarcimiento de \$..., teniendo en cuenta la especial gravedad del acto ilícito reprochado y su consecuente idoneidad para lesionar la esfera moral de la trabajadora. IV)- El total de \$... deberá llevar intereses desde la fecha de la ocurrencia del distracto hasta su efectivo pago conforme la tasa interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses (conf. Acta Nro. 2601 del 21.05.2014). V)- Atento el nuevo resultado del pleito que se propone, corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en grado en materia de costas y honorarios (art.279 del CPCCN) e imponer las primeras -en ambas etapas- a cargo de la accionada, en su carácter de objetivamente vencida (art.68 del CPCCN). De conformidad con el mérito y eficacia de los trabajos cumplidos en Primera instancia, el valor económico del juicio, los rubros que resultaron procedentes, el resultado final del pleito y las facultades conferidas al Tribunal, estimo que corresponde regular los honorarios correspondientes a las representaciones letradas del actor y de la demandada y los del perito médico, contador y calígrafo en el ...%, ...% y ...%, ...% y ...% respectivamente, a calcular sobre el monto total de condena con más los intereses fijados (art.38 de la LO y normas arancelarias de aplicación). VI)- Teniendo en cuenta similares pautas, propicio regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada por su actuación en la alzada, en el ...% y el ...%, respectivamente, de lo que a cada uno de ellos les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art.38 de la LO y normas arancelarias de aplicación). VII)- En definitiva, de compartirse mi propuesta, correspondería: a) Revocar el fallo apelado y en su mérito condenar a la demandada Banco Macro SA a abonar a la actora la suma de \$..., dentro del quinto día, con más los intereses dispuestos; b) Dejar sin efecto lo dispuesto en grado en materia de costas y honorarios; c) Fijar las costas, en ambas etapas, a cargo de la accionada vencida; d) Regular los honorarios de la representación letrada de la actora e igual carácter de la demandada y del Perito médico, contador y calígrafo en el ...%, ...%, ...%, ...% y ...% -respectivamente- a calcular sobre el monto total de condena, con más los intereses fijados por los trabajos cumplidos en grado; e) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el ...% y ...% -respectivamente- de lo que a cada uno de ellos les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa. La Dra. Gloria M. Pasten de Ishihara dijo: Adhiero al voto emitido por el distinguido colega, Dr. Miguel Maza. No obstante, considero pertinente agregar que, respecto de la medida rescisoria, se constató la ausencia de una explicación razonable de la demandada acerca de que su decisión tuvo como base parámetros objetivos ajenos a toda discriminación. Por el contrario, las constancias probatorias aportadas a la causa condujeron al Dr. Maza a conjeturar que era inexplicable el despido y a concluir, con fundamentos fácticos y jurídicos que comparto plenamente, que la segregación laboral se fundó en la enfermedad padecida por la actora configurando un supuesto de despido discriminatorio. Queda claro, entonces, que la demandada incumplió los estándares internacionales de derechos humanos, específicamente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), de rango constitucional, que en su artículo 11 obliga al Estado a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano y 6° inc.a) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer 'Convención de Belem do Pará', ratificada por Ley 24632 de 1996, que incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, instrumentos internacionales que en conjunto, constituyen el soporte de las disposiciones contenidas en la Ley 26485 y su D. Reglamentario 1011/2010 de Protección Integral a las Mujeres que garantiza el derecho de la mujer a vivir una vida sin violencia y específicamente contempla y reprime las conductas que afectan '...la vida, la libertad, dignidad, integridad física y psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...?' y en su art. 6° inc.c) establece que una de las modalidades de la forma en que se manifiesta la violencia laboral consiste en aquella

conducta , acción u omisión que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo público o privado y que obstaculiza, entre otros, la estabilidad o permanencia en el empleo, acarreado como consecuencia un perjuicio a la salud psicológica, el cual fue acreditado por la actora, generando el reconocimiento legítimo a una reparación por daños y perjuicios, tal como ha propuesto mi colega y al cual, reitero, me adhiero. A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, SE RESUELVE: a) Revocar el fallo apelado y en su mérito condenar a la demandada Banco Macro SA a abonar a la actora la suma de \$..., dentro del quinto día, con más los intereses dispuestos; b) Dejar sin efecto lo dispuesto en grado en materia de costas y honorarios; c) Fijar las costas, en ambas etapas, a cargo de la accionada vencida; d) Regular los honorarios de la representación letrada de la actora e igual carácter de la demandada y del Perito médico, contador y calígrafo en el ...%, ...%, ...%, ...% y ...% -respectivamente- a calcular sobre el monto total de condena, con más los intereses fijados por los trabajos cumplidos en grado; e) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el ...% y ...% -respectivamente- de lo que a cada uno de ellos les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa. Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art. 4º, Acordada CSJN N° 15/13) y devuélvase.

Miguel Ángel Maza Jueza de Cámara Gloria M. Pasten de Ishihara Juez de Cámara Ante mí: Verónica Moreno Calabrese Secretaria En ... de ... de 2015 se dispone el libramiento de cédulas. Conste. Verónica Moreno Calabrese Secretaria En ... de ... de 2015 se notifica al Sr. Fiscal General la Resolución que antecede y firma. Conste.  
Verónica Moreno Calabrese 001073E