

Contrato De Trabajo Despido Discriminacion Indemnizacion Dano Moral Indicios Rechazo De Demanda

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Despido. Discriminación. Indemnización. Daño moral. Indicios. Rechazo de demanda

Se rechaza la demanda por despido discriminatorio interpuesto por la trabajadora, pues no existe prueba que da cuentas del hecho base, generador de la pretensión discriminatoria y de la consecuyente y requerida condena con fundamento en los Tratados Internacionales y la Ley 23.592, pues fueron varias las mucamas a las que se le habían otorgado tareas livianas y ello no afectó la relación laboral de las mismas, por lo que considero que el empleador demostró no haber discriminado a la actora. En la Ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de marzo de 2.016, para dictar sentencia en estos autos: "O'Higgins, Elvira Marina c/ Gijón S.A. s/ Despido?", se procede a votar en el siguiente orden: LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIROS DIJO:

D) Del fallo que rechazo las pretensiones de la parte actora, recurren ésta a tenor de las argumentaciones que vierte a fs. 538/555 y la demandada -quien ciñe su agravio a la imposición de costas en el orden causado- a fs. 535/536vta., presentaciones que merecieran las réplicas de fs. 571/572vta. y fs. 574/574vta. Asimismo, esta última apela la totalidad de las regulaciones de honorarios efectuadas en grado. II) La actora demandó a Gijón S.A. con el objeto de que se declarara la nulidad de su despido sin causa -dispuesto el 7 de junio de 2.011- y se ordenara su reincorporación y el pago de los salarios caídos e indemnización por daño moral conforme liquidación que practicó a fs. 33. Refirió que se desempeñó como mucama para la demandada en un hotel de gran categoría en la Calle Rosario Vera Peñaloza 360, Puerto Madero, C.A.B.A., en las demás condiciones que describió en su demanda. Arguyó que a partir de octubre de 2.010 comenzó a sufrir una crisis de la patología columnaria que venía padeciendo, por lo que le otorgaron tareas livianas. Que ello habría desagradado a su superior jerárquico, Sr. Agustín Llanos, quien habría comenzado a discriminarla. Que en diciembre de 2.010 y enero de 2.011 ello se profundizó. Que el 31 de enero de 2.011 no advirtió que se le cayó la tarjeta magnética que permitía el acceso a las habitaciones del hotel, por lo que la perdió, aunque luego fue recuperada y que por esto fue apercibida. Que con posterioridad gozó de distintas licencias médicas por su padecimiento, lo que motivó el intercambio telegráfico que parcialmente transcribió en su demanda hasta que la demandada la despidió sin expresión de causa el 7 de junio de 2.011. Que el intercambio epistolar continuó hasta el 6 de julio del mismo año. Que la demandada le depositó en su cuenta sueldo la suma de \$23.724.- en concepto de liquidación final -cuyo descuento del monto de condena solicitó- y que retiró los certificados previstos en el art. 80 LCT con reservas en oportunidad de concurrir al SECCLO. Sostuvo que habrían existido una serie de hechos que la llevaron a concluir que su despido fue discriminatorio por razones de salud. Que los comprobantes médicos fueron entregados a la demandada y que ésta no habría respetado el lapso de licencia previsto en el art. 208 LCT -6 meses-. Invocó la ley 23.592 y planteó la inconstitucionalidad de la ley 25.561. La demandada contestó a fs. 203/223. Negó la totalidad de los hechos denunciados por la reclamante. Admitió que ingresó como mucama del sector ama de llaves (0C16CT 389/04) en el Hotel Madero el 21 de setiembre de 2.007, para cumplir tareas de limpieza, servicio y atención de las habitaciones del hotel. Que su mejor remuneración fue de \$ 3.563,45.-. Que la actora fue apercibida el 09/12/2.008 -por abrir la puerta de la habitación sin cumplir con el procedimiento de seguridad establecido-; el 27/10/2.009 -por colocar sábanas manchadas y no haber cambiado las fundas usadas- y el 03/02/2.011 -por haber perdido la tarjeta master que abría todas las habitaciones del hotel y que usaba para ingresar a limpiarlas-. Que este último incumplimiento se agravó porque la habitación estaba ocupada por huéspedes, a los que se tuvo que importunar para buscar la tarjeta. Que la actora habría comenzado a ausentarse invocando dolores de columna. Que el 04/11/2.010 obtuvo el alta y le dieron tareas livianas. Que se dispuso que otra mucama la ayudara. Que las licencias médicas se reiteraron y el intercambio telegráfico continuó como describió en su contestación. Que abonó las remuneraciones correspondientes a licencia por enfermedad conforme lo dispuesto en el art. 208 LCT. Que una vez vencido dicho plazo le notificó que comenzó el periodo de reserva de puesto (art. 211 cuerpo legal citado) y que el 7 de junio de 2.011 la despidió sin expresión de causa. Que abonó las indemnizaciones por despido incausado y puso a disposición de la actora los certificados previstos en el art. 80 LCT. Expresamente negó que cualquier superior de la actora (incluido el Sr. Agustín Llanos) la hubiera maltratado. Que debido a manifestaciones que realizó la trabajadora en algunas de sus misivas efectuó averiguaciones y determinó que tales acusaciones eran falsas. Negó que su despido fuera discriminatorio. Impugnó la liquidación y el reclamo de pago de indemnización por daño moral. Solicitó el rechazo de la acción. La sentencia de primera instancia obra a fs. 527/532 y fue totalmente desfavorable respecto a las pretensiones de la actora. III) Que, como indicó la magistrada, ambas partes coinciden en que la accionada despidió sin causa a O'Higgins el 07/06/2.011 y le pagó en concepto de indemnización y liquidación final la suma de \$ 23.724 (ver demanda fs. 33vta.). Tampoco existe controversia

respecto a los lapsos en que gozó de licencia por enfermedad motivada por su padecimiento columnario. El contador (fs. 390/410) informó que ingresó el 21/09/2.007 y egresó el 07/06/2.011, con la calificación profesional de mucama. Que de su ficha individual surge que del 10/05/2.010 a la misma fecha de 2.011 gozó de 179 días de licencia por enfermedad. Que a partir de diciembre de 2.009 se debió a artrosis discopatía degenerativa lumbalgia. El 24 de mayo de 2.011 la demandada le notificó el periodo de reserva de puesto por un año a partir del día 10 cfr. art. 211 LCT y el día 7 de junio de 2.011 fue despedida. La accionada le abonó indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva de preaviso, S.A.C., integración mes de despido, S.A.C. prop/ 2.011 e integración mes de junio. Todo esto llega firme a esta etapa. En consecuencia, solo corresponde discernir si el despido puede considerarse discriminatorio -por su deficiente salud-, en los términos del art. 1º de la ley 23.592, lo que tornaría a la demandante acreedora conforme el reclamo de autos. La juez, con fundamento en los dichos de Amuchástegui (fs. 351/353), González (fs. 356/358) y Villanueva (fs. 378/379), a los que otorgó plena fuerza convictiva (arts. 90 de la ley 18.345, 456 y 386 del CPCCN) consideró que la accionada logró demostrar que la decisión de despedirla no obedeció a sus padecimientos de salud. Valorando tales deposiciones indicó que porque se hubieran desempeñado para la demandada podría justificarse una valoración más estricta de los mismos pero en modo alguno los invalida ni mucho menos permite suponer -como sostuvo la actora en sus impugnaciones de fs. 384 y 418/419- la existencia de una necesaria complacencia respecto de la demandada. Resaltó asimismo que los sucesos laborales se dan en una comunidad de trabajo y por eso quienes participan de ella son quienes mejor pueden aportar datos al respecto, por lo que estimó que, en el supuesto de autos, la testimonial constituye un importante elemento de convicción para esclarecer la cuestión en debate. IV) Ya he tenido oportunidad de señalar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza la protección contra el despido arbitrario. En orden a ello, se ha elaborado una doctrina que quedó plasmada en la Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas, que dispone una reparación tarifada que se presume abarcadora de todos los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado la decisión rescisoria. La consecuencia del despido sin causa es la indemnización tarifada que conlleva una función reparadora. Pero el ordenamiento legal argentino también contempla indemnizaciones agravadas en razón de actos discriminatorios por los cuales están condicionadas y se elevan cuantitativamente sobre la indemnización pura y simple. Tanto la indemnización pura y simple por despido arbitrario, como las agravadas previstas en el ordenamiento laboral son indemnizaciones tarifadas, donde se tiene en cuenta el salario, la antigüedad y en su caso la existencia de la condición que radica en la presunción legal (despido por maternidad, por matrimonio, etc.). No obstante, si la acción que el trabajador ha de intentar se basa en la Ley 23.592, ya nos apartamos de la tarifa y el discriminador será obligado, a pedido del damnificado, a reparar el daño moral y material ocasionado, lo que nos remite directamente a los parámetros del Código Civil, y dicha reparación será efectuada por el Juez sobre la base de los elementos que se aporten en el proceso (ver mi trabajo ¿La indemnización pura y simple ante el despido arbitrario y la indemnización por discriminación en la legislación a la que puede acceder el trabajador?, publicado en Errepar - DLE - N° 221- Enero/2004 - T XVIII). También he señalado que procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar; tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba. Así, es un ejemplo de indicio que un trabajador que se ha opuesto a aceptar una orden injusta sea cambiado de tareas o despedido en un lapso de tiempo inmediato. Ello no quiere decir que se vaya a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante, sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba, debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere (ver trabajo completo ¿La discriminación como forma de violencia y de agravio a la inherente dignidad humana?, publicado en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Lexis Nexis, enero/2007). Son numerosos y variados los fallos que podemos encontrar sobre discriminación, en el derecho individual, donde el mobbing ha devenido en vedette, como en el derecho colectivo, donde hemos comprobado discriminación en el desdén por la libertad sindical. En los temas de encuadramiento, de paritarias, de representación gremial, de militancia sindical, de facultades de las entidades con o sin personería jurídica, etc. No creo que quepan dudas acerca del papel preponderante que tuvo, desde el ámbito civil, el fallo ¿Fundación Mujeres y Igualdad y otro c/ Freddo SA s/ amparo?, donde lo que se encontraba en juego era el acceso al trabajo y la discriminación por género (Cám. Civil, 16/12/2002) Podría afirmarse, que es allí, en la Cámara Civil, donde comienza a avizorarse la vigencia de los tratados internacionales y de la Constitución Nacional, en materia de discriminación. No obstante, esta decisión fue seguida por muchas otras en el orden de la relación individual de trabajo y fue posterior la aparición de fallos destacados, que contienen decisiones de discriminación en el ámbito del derecho colectivo. En ese orden de ideas, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ¿PELLICORI, LILIANA C/ COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL S/ AMPARO? (P. 489. XLIV, 15-11-2011) trae a mi mente, que allá por el año 2.000, ya había construido, a los efectos probatorios de la discriminación, la explicación del andamiaje de la misma, no sólo ya con la inversión de la carga de la prueba, que había explicado Morello, sino acoplando como paso previo ¿los indicios? y utilizando no solo la lógica formal, sino la lógica informal o material.

Es la base que usa la Corte en ?Pellicori...?, cuando al anular la sentencia de cámara explica los pasos a seguir. Dice Hernando Devis Echandía en ?Teoría General de la Prueba Judicial?, Tomo 2, 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 existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto, entendemos por indicio, 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 el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba, pero también la relación lógica que existe entre aquél hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante una operación mental del sujeto que lo valora, es decir el argumento probatorio que permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo. Precisamente se habla de argumentum o signum para referirse al indicio. En virtud de ese argumento probatorio que suministra 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 (ver obra citada, pág. 601) como consecuencia de la existencia de esos indicios antes indicados corresponde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, denominado así por la doctrina procesal moderna. Este principio se expresa a través de un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba, que hace desplazar el onus probandi del actor al demandado, o viceversa según el caso apartándose de las reglas usuales ?para hacerlo recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (ver Sala VII, en ?Barbe, José María c/ Metrovías S.A.?, Sent. 36.961 del 17-09-03).

V) La valoración de la prueba efectuada por la Sra. Juez a quo es atacada por el apelante, quien considera que la judicante no habría valorado los antecedentes del caso pero, a mi juicio, la reclamante no logró acreditar indicios suficientes cfr. C.S.J.N. en ?PELLICORI, LILIANA C/ COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL S/ AMPARO? (P. 489. XLIV, 15-11-2011) para que prospere su reclamo. En el sub lite, trata de demostrar su existencia, para lo que invoca las declaraciones de los testigos Chosco (fs. 259/262), Torales (fs. 354/355) y Alcántara Flores (fs. 380/382) pero a mi juicio no lo logra por las siguientes razones:

a) Los dos primeros coincidieron en declarar que la actora tuvo asignación de tareas livianas porque tenía problemas de columna cervical, que también trabajó en lencería y llevando cosas a los pisos, que para fines de 2.010 ya usaba una faja por el estado de su columna. Que cuando tenía tareas livianas tuvo menos habitaciones. Que había un ?runner? (personal masculino destinado a asistir a las mucamas para movilizar cargas pesadas) a la mañana y en turno intermedio también. Que estos eran los que movían somniers, camas y que si las mucamas lo necesitaban los llamaban.

b) Todo esto se contradice con los dichos de Angélica María Alcántara Flores (fs. 380/382) quien fue supervisora de la actora y refirió ?...Que siempre la testigo pidió al Sr. Llanos el traslado o cambio de la actora de lugar de trabajo, que la actora tenía tanto áreas públicas como lencería a lo cual Llanos decía que la actora iba a terminar como mucama y ese derecho no se lo iba a obsequiar él...?.

c) Que el trato hostil por parte del jefe directo, Sr. Llanos, el testigo Chosco lo refirió no solo respecto a la actora sino a todos sus subordinados, ya fueran mucamas o runners, incluso el propio dicente (ver fs. 259/262), cuya declaración fuera impugnada por la demandada in extenso a fs. 277/279) lo que resulta insuficiente para considerar probado un trato discriminatorio.

Vale decir que el testigo propuesto por la propia actora, Sr. Esteban Ariel Chosco (fs. 259/262), es quien -en caso de creer su versión de los hechos- desmiente la hipótesis de que hubiera sido discriminada la actor, pues el dicente refiere que el Sr. Llanos habría tratado mal y descomedidamente a todos sus subordinados (ya fueran mucamas o runners, como el propio testigo), por lo que no podría considerarse -de estarse a su versión- que discriminaba a la actora, pues dispensaba un trato igual de malo a todos sus dependientes, sin hacer acepción de personas, por lo que a lo sumo habría sido un maltratador, pero no un discriminador.

d) Torales (fs. 354/355) reconoció que la actora tuvo asignación de tareas livianas porque tenía problemas de columna cervical, que también trabajó en lencería y llevando cosas a los pisos, que para fines de 2.010 ya usaba una faja por el estado de su columna. También atribuyó maltrato a la actora por parte de un supervisor al que identifica como ?Agustín?, mas tal aspecto de su declaración luce poco circunstanciado pues, concretamente lo único que refiere es que le indicaba ?...has hecho bien u otras veces no has hecho bien...?. Ninguna situación concreta de maltrato por parte de ?Agustín? a la actora refiere haber presenciado la deponente. Por lo que se agota su referencia en generalizaciones y subjetivizaciones vertidas por la dicente que no las asocia a un momento u oportunidad concreta. Es más, relata el caso de una persona llamada Alicia Flores, que primero fue mucama y luego fue destinada a lencería por problemas de salud en su columna. También indicó que la tarea de lencería consiste en hacer costuras de cortinas, ropa de personal, lavado y en otras ocasiones lavar ropa de huéspedes y planchar. Que el lavado se hacía con lavarropa y que hasta ese lugar se trasladaban con un carrito llevando la ropa para lavar, luego traerla y colgarla por numeración o talles. Por último refiere la testigo que en el año 2.009 había alrededor de tres casos de personal con tareas livianas en ama de llaves. Que en el año 2.010 había de cinco a siete mucamas con tareas livianas y en el año 2.011 aumentó a ocho o nueve, todo lo que revela que difícilmente pudiera

haber sido ésta sola circunstancia lo que motivó a la accionada a despedir a la actora. VI) A su vez, María Amuchástegui (fs. 351/353), informó que la actora salía con una persona más y completaban un reporte que es donde están las habitaciones que se les da a cada una de ellas y en este caso era un reporte para dos personas, que son doce habitaciones. Que la actora estaba con licencia médica y que cuando se reincorporó se le dieron tareas livianas para cuidar su salud. Salía con otra persona más que realizaba las tareas más duras como levantar un colchón, limpiar debajo de la cama. Que en el caso de armar una cama extra el hotel cuenta con los runners quienes ayudan a la mucama. Que los colchones se levantan para armar las camas y poner las sábanas debajo del colchón y que quede más prolijo. Si la mucama debía levantar algo más pesado tenía que llamar a la oficina de ama de llaves donde se comunicaba con la coordinadora del sector quien llamaría a un runner para asistirle. Que no había ninguna actitud especial para con la actora respecto al uso de ascensores, era igual para todos ya que todo el personal tiene acceso al elevador de empleados, desde una mucama, un runner, la testigo, el gerente general. Que si se rompe impide la labor de todos los empleados del hotel. Que cuando se rompía un ascensor le avisaban directamente a la testigo y ésta daba aviso a su superior, quien daba la orden de usar el ascensor de huéspedes. Que la testigo nunca estuvo en ningún entredicho entre la actora y Llanos. Rodolfo González (fs. 356/358), responsable de las áreas de ama de llaves, recepción y de servicios al huésped, refiere que la tarea de la actora era la de limpieza de las habitaciones. Que el trato del Sr. Llanos, con la actora era correcto, educado y profesional. Que no hubo ninguna orden especial de la actora respecto del uso de los ascensores. Que el almuerzo de las mucamas no se interrumpía. Que se asignaban distintos horarios para que determinado segmento del personal quedara en el servicio de limpieza y otra parte tomara su descanso. Que la actora no debía hacer esfuerzos y que se la proveyó de una faja lumbar para que la utilizara durante toda la jornada. Que cuando se le concedieron tareas livianas no siempre era ayudada por la misma mucama. Carlos Aníbal Villanueva (fs. 378/379) declaró que la actora hacía tareas de limpieza de habitaciones. Que las hacía con un ayudante porque tenía tareas livianas. Que las mucamas con tareas livianas eran entre cuatro y cinco en total. Que la demandada tenía medidas de prevención para problemas de columna como, por ejemplo, un curso de postura dictada por una persona encargada de seguridad e higiene del hotel y también se les brindaba una clase de estiramiento diario. Que por tareas livianas no despidieron a nadie. Que el testigo se hubiese enterado dado que concurría a reuniones gerenciales y se trataría en ese lugar. Respecto de estos testimonios, comparto que el hecho de que se hubieran desempeñado para la demandada puede justificar una valoración más estricta de los mismos pero en modo alguno los invalida ni mucho menos permite suponer -como sostuvo la actora en sus impugnaciones de fs. 384 y 418/419 y reitera en su memorial de agravios- la existencia de una necesaria complacencia respecto de la demandada. En consecuencia, estimo que, a mi juicio, no existen en autos indicios de que la Sra. O' Higgins hubiera sido despedida en virtud de la disminución de su capacidad. Vale decir que en autos no existe prueba que da cuentas del hecho base, generador de la pretensión discriminatoria y de la consecuente y requerida condena con fundamento en los Tratados Internacionales y la Ley 23.592, pues fueron varias las mucamas a las que se le habían otorgado tareas livianas y ello no afectó la relación laboral de las mismas, por lo que considero que el empleador demostró no haber discriminado a la actora. VII) La demandada apela la imposición de costas por su orden en grado por su orden y las comunes por mitades, pero lo cierto es que existen en el caso elementos como el estado deficitario de la salud de la actora y la asignación de tareas livianas por prescripción médica previo a su despido que pudieron llevarla a suponer que su despido incausado pudo haberse motivado en dicha situación, por lo que pongo confirmar lo resuelto en grado y hacer extensiva dicha solución a las costas de alzada (art. 68, 2º párrafo, del CPCCN). VIII) La demandada apela la regulación de los honorarios regulados a la representación de la actora y perito contador por considerarlos elevados. También apela los honorarios regulados ¿a esta parte? por considerarlos bajos, toda vez que la demanda fue rechazada en su totalidad, pero lo cierto es que la accionada carece de interés recursivo en este aspecto. En cuanto los regulados a la representación de la actora y perito contador que apela por considerarlos elevados, los mismos lucen equitativos atendiendo a la importancia y extensión de los trabajos realizados, por lo que propicio su confirmación (ley 21.839, dec. Ley 16.638/57 y art. 38 de la ley 18.345). IX) Por su actuación en esta alzada, sugiero fijar los honorarios de la representación de la demandada en \$ 2.200 (pesos dos mil doscientos) y de la demandada en \$ 3.600 (pesos tres mil seiscientos) conforme lo normado en el art. 14 de la ley 21.839. En síntesis, en caso de ser compartido mi voto propongo: 1) Confirmar el fallo de fs. 527/532. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado. 3) Por su actuación en esta alzada, Regular los honorarios de la representación de la actora en \$ 2.200 (pesos dos mil doscientos) y de la demandada en \$ 3.600 (pesos tres mil seiscientos). EL DOCTOR NÉSTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO DIJO: Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede. EL DOCTOR HÉCTOR CÉSAR GUIASADO: No vota (art. 125 ley 18.345). Por lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar el fallo de fs. 527/532. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado. 3) Por su actuación en esta alzada, Regular los honorarios de la representación de la actora en \$ 2.200 (pesos dos mil doscientos) y de la demandada en \$ 3.600 (pesos tres mil seiscientos). 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la C.S.J.N. Nº 15/2.013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado por:

ESTELA MILAGROS FERREIROS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ROSALIA ROMERO, SECRETARIA Firmado por:
NESTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO, JUEZ DE CAMARA 008450E