

(Libro de Acuerdos N° 58 F° 1938/1944, N° 551). San Salvador de Jujuy, República Argentina, a los nueve días del mes de septiembre de dos mil quince, los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia, doctores María Silvia Bernal, Sergio Marcelo Jenefes, Sergio Ricardo González, Clara Aurora De Langhe de Falcone y José Manuel del Campo, bajo la presidencia de la nombrada en primer término, vieron el Expte. N° 10353/13 caratulado “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en expte. N° B - 164082/06 (Sala III Tribunal del Trabajo) Indemnización por despido discriminatorio y otros rubros: R. V. c/ Caminos S.A. y Demisa Construcciones S.A.”

La Dra. Bernal dijo:

El Tribunal del Trabajo, por sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, rechazó la demanda entablada por el actor por indemnización por despido, preaviso, vacaciones no gozadas, aguinaldo, incrementos indemnizatorios de las leyes 25323 y 25561, indemnización del art. 80 de la LCT, e indemnización por daño moral por despido discriminatorio.

Para así decidir consideró que los rubros indemnizatorios reclamados no eran procedentes porque en el caso el régimen aplicable era el de la construcción (ley 22250 y CCT 75/76).

En cuanto al reclamo por vacaciones no gozadas y aguinaldo los rechazó porque de las constancias de autos surgía acreditado que habían sido oportunamente abonados; igual temperamento adoptó respecto al rubro del art. 80 LCT en tanto la certificación de servicios fue entregada al trabajador.

Finalmente, para rechazar el reclamo por daño moral consideró, en lo sustancial, que según jurisprudencia mayoritaria en casos en que se denuncia un acto discriminatorio la valoración de la prueba debe hacerse con aplicación del principio de carga dinámica de la prueba, en virtud del cual no solo el trabajador debe probar sus afirmaciones sino que, además, el demandado debe acreditar que el acto extintivo tuvo una motivación ajena a la discriminación.

Aclarado ello, consideró el tribunal que la actora no acreditó uno de los presupuestos esenciales, cual es que la empleadora “hubiera tenido conocimiento de la enfermedad que el obrero padecía, cuando decidió despedirlo”.

En tal sentido valoró que a fs. 98 vta. la accionada negó haber conocido la dolencia en cuestión y desconoció la documental adjuntada en la demanda, a lo que agregó que los únicos instrumentos que referían al diagnóstico (HIV) eran los obrantes a fs. 6 y 12 (OMS B12) y fs. 13 (inmunodepresión severa) los que, a más de haber sido desconocidos, no contenían constancia de recepción por parte de la patronal.

Señaló además que el único certificado que podía colegirse como recibido por el principal era el de fs. 14, que aconsejó el reintegro del actor a tareas livianas, porque como consecuencia de ello el trabajador fue intimado a reincorporarse a sus labores,

agregando que dicho certificado ninguna referencia hacía al síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

Atribuyendo arbitrariedad a la sentencia la Dra. Carolina Susana Pérez en representación del actor deduce recurso de inconstitucionalidad (fs. 7/22), agraviándose únicamente del rechazo de la demanda por despido discriminatorio. Expresa, en apretada síntesis, que su mandante se vio obligado a hacer uso de licencia por enfermedad inculpable desde el mes de septiembre de 2005 hasta el 26 de diciembre de 2006, según surgía de las copias de certificados médicos que presentó oportunamente (y al promover demanda) y en los cuales constaban los síntomas que presentaba y su situación médica con el código OMS B24 que utiliza la Organización Mundial de la Salud para distinguir a las personas que viven con el síndrome del sida; dice que al recibir estos certificados la empleadora tomó pleno conocimiento de la situación que aquejaba a su representado.

Refiere que en fecha 12/1/06 la médica del actor dispuso su alta para trabajar, recomendado que realizara tareas livianas y cerca de su grupo familiar; que al presentarse en la empresa se le notificó que había vencido su período de licencia paga por enfermedad por lo que se le reservaba el puesto de trabajo por un año; que ante la insistencia de su mandante en que se le asignaran tareas se le remitió carta documento, intimándolo a presentarse a trabajar en las oficinas de la ciudad de Salta, haciendo caso omiso de las recomendaciones médicas. Dice que el trabajador cumplió con tal intimación y que con posterioridad a ello, en fecha 17/3/06 el empleador le comunicó que a partir de esa fecha disponía declarar disuelta la relación laboral.

Sostiene que la sentencia es arbitraria porque de la causa no surge que el empleador desconociera la enfermedad del trabajador y que, por el principio de la carga dinámica de las pruebas, era a cargo de aquel acreditar que el acto extintorio tuvo una motivación ajena a la discriminación. Señala que en la contestación de demanda se reconoció expresamente que su mandante gozó de licencia médica por enfermedad inculpable desde el 16/9/05 hasta el 16/12/05 y que no se invocó ni aportó prueba que acredite que tal licencia se debió a otra dolencia que no fuera el HIV del actor, circunstancia que unida a la contemporaneidad que existe entre su reincorporación y el distracto resultan conducentes para presumir la discriminación. Agrega que la accionada invocó en la contestación de demanda que el despido obedeció a "cuestiones o razones de operatividad, funcionamiento o necesidades según el desarrollo de la obra", pero que ello no fue probado.

Sustanciado el recurso, a fs. 32 se dispuso tener por decaído el derecho de la contraparte a contestar el traslado, decisión que fue confirmada por resolución de fs. 49/50.

Cumplidos los demás trámites procesales que corresponden, emite dictamen la señora Fiscal General Adjunta (fs. 54/57), pronunciándose por el rechazo del remedio tentado, opinión que no comparto por los siguientes fundamentos.

Considero, luego de estudiada la causa, que la sentencia atacada revela una inadecuada comprensión de las circunstancias de hecho, realiza una incorrecta valoración del marco probatorio e incurre en errónea aplicación del derecho, lo que se traduce en lesión a garantías constitucionales; por tanto, la decisión es arbitraria. Entiendo que en este caso, en el que el trabajador alega que el empleador decidió el distracto de la relación laboral debido a la enfermedad que padece y, por ende, fue discriminatorio, debe operar el desplazamiento de las reglas tradicionales de la carga de la prueba a fin de que sea posible tutelar adecuadamente el derecho fundamental a la no discriminación, reconocido en normas constitucionales y supra nacionales, y en atención a las serias dificultades que presenta la acreditación del hecho discriminatorio.

En este sentido ha señalado la Corte Suprema de Justicia que "... el Comité contra la Discriminación Racial, ..., señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado `prima facie´ que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente (Concluding observations: Zambia, 2005, CERD/C/ZMB/CO/16, párr. 18 ...). En igual sentido se ha pronunciado en otras y numerosas oportunidades (v.gr.: Concluding observations: Australia, 2005, CERD/C/AUS/CO/14, párr. 15; Concluding observations: Iceland, 2005, CERD/C/ISL/CO/18, párr. 14; Concluding observations: Republic of Moldova, 2008, CERD/C/MDA/CO/7, párr. 10; Concluding observations: United States of America, 2008, CERD/C/USA/CO/6, párr. 35, entre muchas otras). Todo ello, por lo pronto, en correspondencia con lo expresado por el citado Comité en su Recomendación general XXX, de 2004 (párr. 24)."

"Procede agregar, desde luego, que los descriptos resultan lineamientos tan sólidamente arraigados como extendidos, según lo demuestra su presencia en la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto para la discriminación en general (v.gr. Observaciones finales: Hungría, 2007, E/C.12/HUN/CO/3, párrs. 8 y 31), cuanto para la referente a la relación de empleo (Concluding observations: Liechtenstein, 2006, E/C.12/LIE/CO/1, párrs. 7 y 26; Concluding observations: Luxembourg, 2003, E/C.12/1/Add.86, párr. 10; Observaciones finales: Grecia, 2004, E/C.12/1/Add.97, párr. 6; Observaciones finales: Polonia, 2002, E/C.12/1/Add.82, párr. 7). Su Observación general N° 20.

La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 2009, que tuvo por objeto aclarar la comprensión del art. 2.2 del PIDESC, reitera la perspectiva enunciada (párrs. 6 y 40).”

“Súmanse a dichos órganos, incluso en el terreno laboral, tanto el Comité de Derechos Humanos (Observaciones finales: Islandia, 2005, CCPR/CO/83/ISL, párr. 5; Observaciones finales: Chile, 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 18), cuanto el Comité contra la Discriminación de la Mujer (Observaciones finales: Alemania, 2009, CEDAW/C/DEU/CO/6, párrs. 17 y 18; asimismo: Observaciones finales: Luxemburgo, 2003, A/58/38, párr. 295; Observaciones finales: Lituania, 2008, CEDAW/C/LTU/CO/4, párr. 5).”

“Es del caso acotar que estas pautas no sólo asisten a las presuntas víctimas de discriminación en tanto que litigantes, sino que también tienden a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia (v. Concluding observations: Zambia, cit., párr. 19; v. asimismo el segundo párrafo in fine del considerando siguiente). Luego, también tributan al combate contra la impunidad, la cual, resulta innecesario expresarlo, `propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos´ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso `Garibaldi vs. Brasil´, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de septiembre de 2009, Serie C Nº 203, párr. 141 y sus citas).”

“7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo, máxime dado el especial y casi centenario cuidado puesto por ésta a los principios de igualdad y de no discriminación en el universo laboral, reafirmados e integrados, para 1998, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (2.d). Así lo demuestra el estudio especial Igualdad en el empleo y la ocupación, elaborado por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de dicha Organización, en 1988, íntimamente vinculado con normas fundamentales de esta última, así como con el Convenio Nº 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958 (ratificado en 1968), de jerarquía suprallegal, como todos los de su género, de acuerdo con el art. 75.22, primer párrafo, de la Constitución Nacional (Milone, Fallos: 327:4607, 4616 -2004).”

“En tal sentido, advirtió que `uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido´ (párr. 224). Lo más frecuente, acotó, `es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar [...] tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de

discriminación' (ídem). Por consiguiente, continuó, `en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante. El Gobierno de Canadá ha señalado que los tribunales y otras

autoridades competentes deben dar muestras de flexibilidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ha indicado que, en materia de derechos humanos, cuando los indicios sean más bien favorables al demandante, es decir si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación' (ídem). En diversos Estados, agregó con cita de Estados Unidos de América, República Federal de Alemania, Francia, Jamaica, Finlandia y Suecia, `la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etc. Si tal cosa se demuestra, la carga de la prueba será de la incumbencia del empleador, que habrá de demostrar que había un motivo legítimo, no discriminatorio' (ídem). ... La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo' (ídem, citas omitidas). Dicha Comisión, en suma, consideró que la cuestión de la carga de la prueba tiene una `importancia fundamental en toda discriminación alegada', dado que, con frecuencia una persona discriminada dudará en llevar su caso a las instancias competentes [...] porque la mayor parte de las veces no dispondrá del conjunto de elementos de prueba necesarios [...]" (párr. 225), para concluir en que, de todo ello, `se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación [...]' (ídem)."

"... Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica." (CSJN, P. 489. XLIV., "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo.", 15/11/11).

Analizado el caso de autos a la luz de estos postulados, advierto que el actor acreditó prima facie que el empleador tuvo conocimiento de su enfermedad.

En efecto, al demandar acompañó copia simple de certificados médicos de los que surge justificada su inasistencia al trabajo en las fechas en que ambas partes reconocen gozó de licencia por enfermedad; a su vez en los de fs. 6 de fecha octubre de 2006 y fs. 12 de fecha 5/12/05 se consignó "OMS B 24" ,que es el código



utilizado por la Organización Mundial de la Salud en la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (actualmente CIE-10) para identificar la “Enfermedad por virus de la inmunodeficiencia humana [VIH]”, y en el de fs. 13 de fecha 26/12/05 se consigna “inmunodepresión severa”.

El demandado al contestar demanda dijo desconocer que el actor era portador HIV y también la documental que acompañó al demandar, sin embargo tales desconocimientos por sí mismos no pueden desacreditar las alegaciones del actor. Sobre ello cabe señalar que el demandado reconoció las licencias por enfermedad del actor, y si bien es cierto que negó conocer que se debieran a la enfermedad de HIV, no lo es menos que no acreditó en autos que tales licencias obedecieran a cualquier otra patología o dolencia. Considero que, dado el particular mecanismo probatorio que rige en estos casos, debe tenerse por cierto que las licencias por enfermedad de que gozó el actor fueron por las causas que surgen de la documental médica que obra a fs. 6/14 del principal, pues el accionado no produjo prueba alguna que acredite lo contrario.

En relación a ello cabe precisar que, sin dudas, el empleador tenía en su poder los certificados médicos o alguna otra documentación que acreditaba la enfermedad del actor, y en base a la cual justificó la licencia concedida, la que de ser diferente a la que acompañó el actor (y dijo haber presentado oportunamente a la patronal) necesariamente debió presentar en la causa al contestar demanda, a los fines de sustentar su postura de desconocimiento respecto a la enfermedad de HIV y de los certificados médicos traídos con la demanda.

En otras palabras, si no fueron los certificados médicos acompañados por el actor los que oportunamente se le presentaron al empleador para justificar la licencia, debió este último acompañar a la causa aquellos en base a los que justificó la licencia.

Por otra parte, en la carta documento de fs. 18 el empleador reconoce haber recibido por fax en fecha 26/1/06 el certificado de alta en el que se sugieren tareas livianas (fs. 14), siendo poco probable que fuera solo este el único certificado que se le presentó.

En mérito de lo hasta aquí expuesto considero que debe tenerse por acreditado que el demandado conoció la enfermedad de HIV padecida por el actor.

En cuanto al distracto discriminatorio invocado por el trabajador, corresponde señalar lo siguiente.

Las partes reconocen que, luego de la licencia por enfermedad, el trabajador se reincorporó a cumplir funciones el 14/2/06 (ver carta documento de fs. 18 y constancia asentada en la certificación de servicios, fs. 28), asimismo, que la relación de trabajo que las vinculó quedó extinguida el 17/3/06 (ver comunicación de fs. 23).

El actor sostuvo al demandar que el empleador resolvió tal disolución laboral discriminatoriamente, a causa de la enfermedad que padece; a su turno el accionado alegó que el trabajador no fue discriminado, que no se expresó causa

alguna al momento del distracto “el cuál tuvo lugar pura y exclusivamente en cuestiones o razones de operatividad, funcionamiento, o

necesidades según el desarrollo de la obra. Estos hechos o causas son normales en el régimen de la construcción, donde los empleados son tomados y/o despedidos según las necesidades de la obra (tipo de tareas o ítems a desarrollar, regularidad en el pago por parte del comitente, etc)” (ver fs. 99 vta. segundo párrafo).

Ante estas circunstancias, y conforme al particular tratamiento que debe brindarse a los casos en los que se invoquen actos discriminatorios, correspondía al demandado demostrar que el fin de la relación laboral, que dispuso unilateralmente, respondía a causas ajenas a la discriminación del trabajador en razón de su enfermedad.

En este caso, debió mínimamente acreditar aquellas razones operativas y de funcionamiento según el desarrollo de la obra que invocó al contestar demanda, lo que en modo alguno hizo.

De más esta decir que la prueba de tales extremos era de fácil producción para el empleador ya que, tratándose de una empresa (en realidad de dos transitoriamente unidas, UTE), sin dudas debió obrar en su poder la documentación para acreditarlas (plan de obra, nómina de personal contratado o cesante en la misma época, disminución o finalización de las tareas para las que fue contratado el actor, informes o testimonio del encargado de personal, finalización o paralización de la obra, falta de pago del comitente, etc.).

A ello debe sumarse que el distracto fue decidido por la patronal al mes de producirse el reintegro del trabajador, relación temporal esta que permite establecer, cuanto menos indiciariamente, que la extinción del vínculo laboral fue motivada por la enfermedad de HIV del trabajador. Más aún teniendo en cuenta que el actor dijo en la demanda que, cuando se reintegró al trabajo, el capataz a cargo del sector al que fue asignado se mostró molesto por el hecho de que tomara su medicación, a la mañana y a la tarde, acompañada por una infusión (debido al malestar que le provocaban los medicamentos), poniéndose por esta razón en tela de juicio su desempeño y aumentando la hostilidad en el ámbito laboral, situación esta que no fue controvertida por la patronal al contestar demanda.

En definitiva, considero que el empleador no ha logrado demostrar –como correspondía que lo hiciera– que la finalización de la relación laboral, en las condiciones descriptas, haya obedecido a las causas que invocó al contestar demanda, ni que tales cuestiones operativas hayan tenido entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan justificar objetiva y razonablemente el distracto, eliminando toda sospecha de que el mismo fue en razón de la enfermedad de HIV que aqueja al actor, y por ende, discriminatorio.

En mérito de lo expresado corresponde hacer lugar al recurso deducido para revocar la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013 en lo que fue materia de

agravio, en consecuencia, declarar procedente el reclamo por daño moral formulado por el actor y reenviar los autos a la sala

sentenciante a fin de que fije el monto de la indemnización que por tal concepto le corresponde percibir. Asimismo, revocar la imposición de costas y la regulación de honorarios realizadas en la sentencia recurrida, debiendo el tribunal imponerlas y fijarlos conforme a la nueva solución adoptada en la presente.

Las costas de esta instancia se imponen a la recurrida vencida (art. 102 Código Procesal Civil) y se difiere la regulación de honorarios hasta que sean fijados los correspondientes a la instancia de grado.

Los Dres. Jeneffes, González, de Falcone y del Campo adhieren al voto que antecede.

Por ello, el Superior Tribunal de Justicia,

RESUELVE:

1º) Hacer lugar al recurso deducido por la Dra. Carolina Susana Pérez en representación de R. V. para revocar la sentencia dictada por la Sala III del Tribunal del Trabajo en fecha 12 de noviembre de 2013 en lo que fue materia de agravio, en consecuencia, declarar procedente el reclamo por daño moral formulado por el actor y reenviar los autos a la sala sentenciante a fin de que fije el monto de la indemnización que por tal concepto le corresponde percibir. Asimismo, revocar la imposición de costas y la regulación de honorarios realizadas en la sentencia recurrida, debiendo el tribunal imponerlas y fijarlos conforme a la nueva solución adoptada en la presente.

2º) Imponer las costas de esta instancia a la recurrida vencida (art. 102 Código Procesal Civil) y diferir la regulación de honorarios hasta tanto sean fijados los correspondientes a la instancia de grado.

3º) Registrar, agregar copia en autos y notificar por cédula.

Firmado: Dra. María Silvia Bernal; Dr. Sergio Marcelo Jeneffes; Dr. Sergio Ricardo González; Dra. Clara Aurora De Langhe de Falcone; Dr. José Manuel del Campo.

Ante mí: Dra. María Elena Cáceres - Secretaria Relatora.