



NEUQUÉN, 26 de noviembre del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CORREA SILVANA ELIZABETH C/ CBS SRL S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS**" (JNQLA3 EXP 501941/2013) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- La actora apela la sentencia de grado que rechaza la demanda.

Sostiene que el juez efectúa un razonamiento enderezado a darle razón a la accionada, omitiendo aplicar la doctrina de la Corte Suprema en lo que refiere a la carga probatoria en los hechos en un despido discriminatorio.

Indica que es aplicable a la especie, la inversión de la carga probatoria prevista en el art. 377 del CPCC.

Critica la valoración de la testigo Rivero, ya que su relato surge de la experiencia y no de oídas.

Señala que la aplicabilidad del art. 377 CPCC es para ambas partes en el proceso y que la demandada debió probar la disminución laboral en los términos del art. 247 LCT.

Objeta que este hecho no haya sido valorado por el sentenciante, y que se centrara exclusivamente en lo que debió probar la actora, perdiendo de norte el objeto de los procesos laborales que es buscar la verdad material.

Corrido el traslado de ley, la contraria guarda silencio.

2.- Como señalara esta Sala en la causa "Lobo c/Cencosud" (N° 448957/11), en casos como el presente, en que se invoca la violación de garantías de orden constitucional como la no discriminación, el derecho a la igualdad de trato y a no sufrir persecuciones o represalias en el ámbito laboral, las pruebas producidas deben ser analizadas desde la perspectiva señalada por la Suprema Corte en la causa "Pellicori", reiterada en fecha reciente en autos "S.M.G".

En el primer precedente, el Máximo Tribunal determinó que frente a la dificultad probatoria originada en dichos supuestos "...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". Luego, continúa "...la doctrina del Tribunal, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado." (C.S.J.N., "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos 334:1387).

Esta tesitura es la que inspiró lo decidido posteriormente en la causa "S.M.G.", al señalar: "..en el precedente citado el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, 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” (conf. considerando 11).

En síntesis, 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” (CSJN, “S., M. G. y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo”, 20/05/2014, L.L. 10/06/2014 , 7 P.q.-S, ED 01/07/2014 , 4, Sup. Const. 2014, 85, AR/JUR/15946/2014).

Al respecto, se ha sostenido: “En cuanto a la adecuación de los hechos a los presupuestos de la Ley 23592 que penaliza con la nulidad los actos discriminatorios, el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada. Una vez alcanzada dicha verosimilitud, imprescindible en el ámbito procesal en que se encauzara la pretensión, habrá de ponderarse si el demandado asumió la finalidad de desvirtuarla, a través del aporte de elementos aptos para corroborar que su decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado” (Yacanto, Claudio vs. Radiotrónica de Argentina S.A. s. Sumarísimo Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX; 27-jun-2007; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 3693/09) citado por esta Sala en “FIGUEROA DANIEL ALBERTO C/ENSI S.E. S/COBRO DE HABERES”, EXP. N° 427837/10.

Desde esta perspectiva de análisis, en mi criterio, la prueba rendida en la causa, valorada conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de la tesis sentada en el precedente citado, no presenta indicios que permitan afirmar

que la decisión rupturista adoptada por la empleadora presente "humo de discriminación".

Para arribar a tal conclusión tengo en cuenta que, conforme lo afirmó el Alto Tribunal en "Pellicori", si bien en situaciones en las que se controvierte la causa real de un acto particular tildado de discriminatorio corresponde reducir el "grado de convicción" que se exige en la afirmación judicial acerca de la existencia de tal conducta (ver considerando 5°), no es menos cierto, que esta circunstancia no implica eximir de prueba a la demandante, pues, de ser aquella controvertida, tal como aquí acaece, pesa sobre éste la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido (considerando 11).

En esta línea de razonamiento, y tal como ya lo he adelantado, considero que los elementos adjuntados a la causa no permiten tener por configurado un haz de indicios suficientes que -"prima facie"- evaluados resulten idóneos para inducir la existencia un acto discriminatorio (cfr. CNAT, sala VI, H. J. A. c. Banco Macro S.A. s/ despido", 13/02/2017, LA LEY 05/07/2017, 10).

En efecto, coincido con el magistrado en punto a que no hay prueba de que la empleadora supiera que la actora debía ser intervenida quirúrgicamente.

Nótese que el certificado médico que acompaña en la demanda, no ha sido corroborado en la etapa probatoria, ni surge su anoticiamiento a la empleadora.

El magistrado consideró que "la actora no ha acreditado la recepción de este certificado por parte de su empleadora, que la misma tuviera efectivo conocimiento por otros medios de la enfermedad que padecía", y entiendo que esta conclusión no ha sido idóneamente rebatida en esta instancia.

Véase que la apelante solo refiere en su recurso al testimonio de Rivero, sin lograr controvertir, según entiendo, las apreciaciones del Sr. Juez sobre la fuerza probatoria de sus dichos, dado que había dejado de trabajar en la empresa varios meses antes de los hechos que aquí se debaten, y lo que sabe es por los dichos de la actora, debido a su amistad con ella.

Tampoco la recurrente se hace cargo de otro argumento central del decisorio, y que refiere a que "de la informativa a la clínica San Agustín, obrante a fs. 129/130, no surge que la actora haya sido atendida en el nosocomio referenciado por dolencia alguna en el pie. Solo consta que fue atendida por diagnóstico de gastroenteritis el 21/01/13 y por dorsolumbalgia el 31/07/13. No existe registro de internación de la Sra. Correa en dicha institución... Ninguno de los puntos de pericia tenía por finalidad acreditar si en los libros de la empleadora existía constancia de que la actora estaba gozando de una licencia por enfermedad inculpable al momento de ser despedida".

De todo lo expuesto, concluyo que no se han acreditado hechos de los que pueda presumirse -prima facie- su carácter discriminatorio.

Es que, como señalara el Dr. Pirolo en la causa "H.J.A.", ya citada, que "*...la imposición de la carga de la prueba en torno al marco circunstancial en que se alega el trato discriminatorio, resulta coherente con lo dispuesto por los arts. 17 y 81 de la L.C.T. y con la doctrina que al respecto sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Fernández Estrella c. Sanatorio Güemes" y, más recientemente, en la causa "Pellicori, Liliana S. c. Colegio Público de Abogados s/ amparo" antes citada; criterio que, en principio, no se ha visto conmovido a través de la normativa constitucional y supra-legal aplicable, puesto que no se ha*

interpretado de manera disímil tal tópico por los organismos de control de la OIT, ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o la Declaración Universal de Derechos Humanos no se oponen a la interpretación propiciada, y a través de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo –OIT, 1998– se han establecido las bases para el compromiso internacional en torno al alcance de las garantías que emergen de los convenios fundamentales –entre los que se encuentran los relativos a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo–; pero nada se ha dispuesto con relación al modo en que deben aplicarse las cargas probatorias en el proceso, las que, necesariamente, en lo que respecta a la configuración de un trato peyorativo o desigual, se encuentran a cargo de quien lo alega pues, al menos, debe aportar elementos indiciarios en tal sentido.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala que sólo en ciertas circunstancias, la carga de la prueba de la discriminación no debe corresponder al que la alega. El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental; y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación). En sentido similar se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los ya citados autos "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de

Capital Federal" del 15/11/2011 (P489, XLIV); y también la Sala II en "Sotelo, Ramón Olegario c. Wall Mart Argentina (SD N° 100.431 del 25/04/2012)".

En resumen, en un caso como el presente, la trabajadora tenía la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial configuró un obrar discriminatorio vinculado a su salud. Para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de elementos que, aun cuando no creen plena convicción sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, induzcan a creer racionalmente justificada su posibilidad.

No habiendo logrado tal cometido, concuerdo con el rechazo de la demanda decidido en la anterior instancia y propicio su confirmación.

Por último, agrego que la actora insiste en que el demandado no acreditó la configuración de los recaudos previstos en el art. 247 LCT, pero al hacerlo nuevamente pasa por alto los fundamentos de la sentencia dictada, dado que allí se ponderó que la accionante había circunscripto su reclamo a la existencia de un despido discriminatorio, mas no solicitó en forma subsidiaria, la indemnización derivada del despido sin causa.

Sobre esta concreta razón de decisión ninguna crítica se ha expuesto en el recurso.

Costas de Alzada a la apelante vencida. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de grado en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (art. 17 ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Cecilia PAMPHILE

JUEZA

Jorge D. PASCUARELLI

JUEZ

Estefanía MARTIARENA

SECRETARIA