



NEUQUEN, 16 de abril del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**FERNANDEZ MANSILLA NADIA ELIZABETH C/ YPF S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS**", (JNQLA3 EXP N° 506314/2015), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 360/364, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La demandada se agravia por la conclusión a la que arriba la sentencia de grado respecto a que el despido de la actora se debió a su estado de salud, y por ello la condena al pago de indemnización por daño moral.

Sostiene que la valoración de la prueba es arbitraria, ya que se tiene por acreditados hechos que hacen a un supuesto acto discriminatorio, haciendo solamente referencia a los escritos constitutivos del proceso, a las probanzas rendidas y a las declaraciones testimoniales, pero sin sentar fechas o fojas en concreto de donde se extrae la prueba.

Señala que la demandada reconoce en su demanda que el despido fue sin causa, y agrega que en un despido la causa siempre existe, y el hecho de no mencionarla no la transforma en inexistente, pero distinto es entender que bajo la expresión sin causa subyace una causa discriminatoria.

Entiende que el juez de grado es contradictorio ya que afirma que la demandada pretende incorporar mediante prueba cuestiones que la habían llevado a despedir a la



actora, las que no fueron alegadas en su oportunidad, cuando ello es lo que debía hacer su parte: demostrar las razones objetivas que fundaron el despido de la demandante.

Sostiene que la sentencia de primera instancia no discute si la ley antidiscriminación es aplicable o no, y termina decidiendo sobre si efectivamente el actuar de la empresa pudo considerarse discriminatorio al despedir a la actora en los términos del art. 245 de la LCT, conociendo el estado de salud de la misma.

Insiste en que el nudo del pronunciamiento apelado, lo que agravia a su parte, es que el a quo haya tenido por probado una conducta discriminatoria sin siquiera describirla, sino simplemente por entender que la presunta concomitancia entre un hecho (enfermedad de la actora) y otro (despido sin causa) apareja una intencionalidad de discriminar.

Cita el fallo "Pellicori c/ Colegio Público de Abogados" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Resume que el juez de grado ha tenido por acreditado un recorrido fáctico, argumentando sobre el conocimiento de la enfermedad, hecho que no fue desconocido por la demandada, pero sin tomar en consideración los argumentos expuestos al contestar la demanda. Agrega que el sentenciante de primera instancia afirma tener indicios suficientes para confirmar la falta de motivación razonable del despido, pero no los da a conocer.

Manifiesta que mediante la prueba testimonial se han probado las razones objetivas, acreditándose que ante el conocimiento de la enfermedad, a lo largo de la relación laboral se le otorgaron a la trabajadora beneficios y contemplaciones, y que se valoraron todas las posibilidades para que la trabajadora pudiera cumplir con sus tareas.



Formula reserva del caso federal.

b) La parte actora se agravia porque no se ha hecho lugar a la indemnización por el tiempo comprendido entre el distracto y la fecha en que estuvo en condiciones de jubilarse.

Dice que la sentencia reconoce que a la actora nadie la volvió a tomar como empleada, ni se le indemnizaron los meses de sueldo perdidos, no resolviendo la sentencia el daño directo.

c) La parte demandada contesta el traslado del memorial de su contraria a fs. 379/380.

Entiende que el agravio formulado no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate la queja, sosteniendo que la actora no funda en normas de derecho común la procedencia de ese tipo de daño, por lo que no queda claro en qué términos reclama esa indemnización.

Agrega que la actora confunde daño moral con daño directo, queriendo hacer referencia a un daño emergente, y entendiéndolo como un accidente de trabajo bajo las normas de la responsabilidad civil.

d) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios de la demandada.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, advierto que la actora ha reclamado porque entiende que su despido es discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

Respecto de estos casos ya me he manifestado en autos "Guzmán c/ Municipalidad de Neuquén" (expte. n° 464.400/2012, sentencia de fecha 19/3/2013) y en autos "Torres c/ Jumbo Retail Argentina S.A." (expte. n° 448.839/2011,



sentencia de fecha 11/6/2015), entre otros, sosteniendo que: *"para que opere la aplicación de la Ley 23.592 los actores deben demostrar la existencia de un acto discriminatorio, a diferencia de lo que sucede dentro de la Ley 23.551, respecto de la cual solamente deben demostrar la representación gremial y el despido, presumiéndose entonces la conculcación de la libertad sindical. En el ya citado precedente "Alvarez c/ Cencosud", la Corte Nacional confirmó implícitamente la decisión de la Sala II de la CNAT en orden a que la carga de demostrar la situación que se invoca como el origen del acto lesivo se encuentra a cargo del trabajador, utilizando incluso indicios, cumplido lo cual, el dador de trabajo tiene a su cargo probar que el despido tuvo una causa distinta que excluye cualquier animosidad para con el activista gremial".*

Aplicando estos conceptos al caso de autos, tenemos que no se encuentra discutido ante la Alzada que la actora es portadora de una grave enfermedad.

De los testimonios rendidos en la causa, tenemos que todos dan cuenta del deterioro de las condiciones laborales de la trabajadora, como consecuencia de su enfermedad.

De estos testimonios me interesa destacar el del señor Rodolfo Carlos Barroumeres (declaración videograbada que he visto y oído), en tanto fue el jefe de la accionante durante el tiempo inmediato anterior al despido.

Declara el testigo Barroumeres que la demandante estuvo bajo su dependencia durante tres meses y que en ese término prácticamente no trabajó, que venía un rato a la mañana y después "desaparecía", y ante una ausencia prolongada solicita que sea evaluada por una junta médica, la que determinó que la actora estaba en condiciones de trabajar en horario laboral normal.



Finalmente tomo en cuenta para analizar la queja de la demandada, la documentación obrante en la causa de la que surge que la actora fue despedida por la demandada, con fecha 9 de febrero de 2015, mediante comunicación postal con el siguiente texto: "Notificamos que se ha dispuesto su despido por razones empresariales con derecho al reconocimiento de las indemnizaciones de ley...".

Uniendo estas pruebas sobre hechos concretos, se puede llegar fácilmente a la misma conclusión que el a quo: que el despido de la trabajadora estuvo motivado en su condición de salud física.

Veamos, de acuerdo con los dichos del testigo Barroumeres, las falencias que la actora podría haber presentado en su desempeño laboral eran consecuencia de su estado de salud. De otro modo, hubiera requerido la aplicación de sanciones disciplinarias y no la realización de una junta médica.

La junta médica que se realiza a la actora lo fue con fecha 11 de diciembre de 2014 (ver citación de fs. 125), y de acuerdo con el testigo referido la actora no trabajó durante el mes de enero de 2015, por lo que se tomó la decisión de despedirla en febrero del mismo año.

Nuevamente insisto en la conducta de la accionada, ya que si una trabajadora se ausenta durante todo un mes, sin justificación alguna (conforme deja entender el testigo Barroumedes), lo lógico era la intimación a que se presentara a trabajar bajo apercibimiento de considerarla incurso en abandono de trabajo (lo que eximía a la empleadora del pago de toda indemnización), o cuanto menos, que hubiera operado un despido con causa justamente en esas ausencias injustificadas.



Asimismo existe un íter temporal que vincula directamente el despido de la actora con los problemas ocasionados por su enfermedad (ausencia laboral), y la realización de la junta médica.

Frente a lo que surge de estos indicios la prueba aportada por la demandada no alcanza para desvirtuar la presunción de discriminación en el distracto determinado por la empleadora.

Le asiste razón a la recurrente en cuanto a que el mal desempeño laboral puede estar incluido en las razones empresariales invocadas por la demandada en la comunicación del despido; y en que, siendo en definitiva dicho despido sin causa, no aparece claramente que pueda aplicares en autos lo dispuesto por el art. 243 de la LCT respecto de la invariabilidad de la causa del despido ya que no hay causa del despido. Pero, el análisis de la justificación que da la demandada para explicar el despido de la demandante nos lleva inexorablemente a la enfermedad de la trabajadora.

Ello así, porque el mal desempeño laboral se vincula directamente con aquella enfermedad.

Frente a esta situación, el hecho que la demandada haya tolerado conductas de la trabajadora motivadas en su enfermedad, o que la haya ayudado por solidaridad con su empleado, no influye sobre que el motivo del distracto fue la enfermedad de la accionante.

Finalmente, cabe destacar que la Ley de Contrato de Trabajo contempla situaciones como la de autos, y establece los pasos a seguir para poder llegar a la ruptura del contrato de trabajo con perjuicio mínimo para el trabajador, pasos que no fueron respetados por la demandada, quién prefirió el despido sin causa.



Sobre esta decisión nada se puede reprochar a la accionada, ya que ello responde a la autonomía de su voluntad, pero justamente tal conducta contribuye a presumir la existencia de un trato discriminatorio hacia la actora enferma.

En estos términos el despido de la trabajadora constituye un acto discriminatorio, de los considerados en el art. 1 de la ley 23.592.

Verónica Germano y Graciela S. Matter señalan que en estos casos, cuando el trabajador presenta algún tipo de incapacidad para el trabajo como consecuencia de una enfermedad inculpable, que le impiden realizar al trabajador las tareas que antes cumplía, y se lo despide, negándole la asignación de tareas adecuadas o la derivación al sistema de seguridad social, nos encontramos ante una de las denominadas categorías sospechosas de discriminación, no sancionándose en realidad la enfermedad, sino la discapacidad de la persona para el trabajo (cfr. aut. cit., "El trabajador despedido luego de retornar a su puesto de trabajo portando una incapacidad. Categoría sospechosa. Despido discriminatorio", LL AP/DOC/525/2017).

Por ende, se desestima el agravio de la demandada.

III.- La actora, a su vez, se agravia por la omisión de tratamiento de la indemnización por daño directo, consistente en los sueldos que dejó de percibir la trabajadora hasta que se encuentre en edad de jubilarse (65 años).

La petición de la parte actora, conforme fue plasmada en su demanda, es confusa.

De acuerdo con el escrito inicial la única indemnización reclamada es el daño moral. La indemnización por daño directo no se desarrolla en el texto de la demanda y



solamente aparece enunciada en la liquidación que practica la demandante (fs. 145), sin explicación alguna que avale dicha pretensión.

Por otra parte, surge de las constancias de la causa (informe pericial psicológico) que la actora está jubilada, por lo que no podría progresar una reparación que considere los 65 años como edad jubilatoria, ya que ello no se ajusta a la realidad.

Entiendo que si la actora pretendía la percepción de los salarios caídos a partir del despido y hasta su jubilación, así tendría que haberlo solicitado, además de probar los extremos necesarios.

Pero la escueta inclusión del rubro daño directo, por un monto de \$ 3.225.600,00, aludiendo a la utilización de la fórmula Vuotto, y a un 60% del salario de la trabajadora no es una pretensión válida, que obligue al juez a su tratamiento, por lo que la queja de la demandante no puede prosperar.

IV.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación de ambas partes, y confirmar el resolutorio recurrido en lo que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, en el 5,88% de la base regulatoria para el Dr.....; 1,18% de la base regulatoria para la Dra....; y 2,94% de la base regulatoria para el Dr....., todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. José I. **NOACCO** dijo:



Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs.360/364 en todo lo que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, en el 5,88% de la base regulatoria para el Dr....; 1,18% de la base regulatoria para la Dra....; y 2,94% de la base regulatoria para el Dr. ..., todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
DRA. MICAELA S. ROSALES - Secretaria