NEUQUEN, 16 de Mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"DOMINGUEZ ANA MALEN C/ CASINO MAGIC S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"**, (**JNQLA5 EXP** Nº **470745/2012**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 271/277 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 285/294 y cuyo traslado es respondido a fs. 297/305.

II.- El primer agravio consiste en sostener que se ha cometido un grosero error al desestimarse la demanda.

En tal sentido, señala que la jueza ha variado la causa del despido pese a que el mismo fue sin causa alegando un supuesto bajo rendimiento de la trabajadora y omitiendo considerar que el despido se debió al accidente de trabajo que padeciera en el mes de enero del 2.012.

El segundo agravio consiste en cuestionar la valoración de la prueba que se realiza en la sentencia.

En efecto y con respecto a la prueba documental, destaca que la jueza tuvo en cuenta los llamados de atención que recibiera sin considerar los descargos que manifestara en ellos.

En cuanto a la prueba informática, subraya que de fs. 241 surge que el correo es posterior al accidente y que del mismo se advierte la relación entre el despido y el accidente.

Apunta que de los correos del 26 y 28 de enero no surge que se decidiera el despido, reiterando que no se tuvo en cuenta el correo del 24 de marzo.

Con relación a lo informado por la Unión de trabajadores hoteleros, indica que no tenía obligación alguna de denunciar la discriminación.

Entiende además que lo informado por la ART tampoco resulta relevante, ya que no se explica lo antojadizo del período de tiempo solicitado en el informe.

Alude, luego, a la pericial contable en cuanto informa que existieron despidos sin causa dentro de los treinta días siguientes al alta médica.

El tercer agravio se refiere a que no se razonadamente la totalidad de la prueba que acredita el despido discriminatorio, citando un precedente de la Sala.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, considero pertinente señalar el marco jurídico en base al cual debe analizarse el tema.

Así y tal como señalé en el precedente Nº **417952/2010** del 23 de abril de 2015:

"Al respecto, cabe señalar que tratándose de un despido encuadrado normativamente en la ley 23.551 y 23.592, la cuestión de la carga probatoria adopta un matiz diferenciado y en ocasión de analizar un caso de aristas similares, aludiendo a la doctrina de la Corte Suprema, señalaba: "…corresponde tomar en consideración el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados —por recordar los términos del art. 75.22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional— y, por ende, resultan intérpretes autorizados de dichos instrumentos en el

plano internacional (Aerolíneas Argentinas S.A. c. Ministerio de Trabajo, Fallos: 332:170 —2009—, y otros). Corpus éste que, además de exhibir un particular concierto, tal como se verá enseguida, se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto."

"En todo caso, y sobre ello se volverá en repetidas oportunidades, ambas reglas parten de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo. A ello se suma, por cierto, que la necesaria adecuación de los remedios en los términos ya indicados, prenda de su imprescindible efectividad, adquiere todavía más entidad en casos como el presente, esto es, cuando el agravio puesto en la liza judicial involucra a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, por cuanto éstos resultan elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional…"

"…cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo "cabalmente". Para ello, 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..."

"7º) Que la cuestión en debate tampoco ha escapado al examen de la Organización Internacional de Trabajo … En tal sentido, advirtió que "[u]no 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" …. Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, "la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado. 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).

"9º) Que otro de los terrenos aludidos en el comienzo del considerando anterior, es el jurisprudencial comparado, en el cual ocupa una plaza relevante la prolífica y añosa labor del Tribunal Constitucional de España, … ese tribunal tiene juzgado que "cuando se prueba indiciariamente [por el trabajador] que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales [...] incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada" (STC 17/2007, sentencia del 12 de febrero de 2007, fundamento jurídico 3 y sus numerosas citas)."

"…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...”

“Corresponde advertir, con todo, que si bien los razonamientos de esta sentencia no han dejado de tomar en cuenta al derecho comparado, ello no implica, por parte de esta Corte, adoptar posición sobre todos los pormenores de los enunciados expuestos. Las referencias comparatistas tendieron, en esencia, a mostrar el fuerte concierto y reacción internacional en torno de la materia examinada, en cuanto a la entidad y a la gravedad de los problemas que entraña, y a las soluciones generales con que estos han sido encarados. La doctrina del Tribunal, por ende, 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.- P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal • 15/11/2011)

“En tal sentido y por aplicación de la doctrina de la Corte, el actor debía probar que los hechos que lo llevaron a considerarse despedido se inscriben “prima facie” en un acto que puede calificarse como discriminatorio.” (“P.C.A. contra P.E. S.A s/ Despido x otras causales”, 19/12/2013-Sala II).”

En similar postura, la Sala I ha indicado en los autos **474020/2013** del 22 de marzo de 2016 que:

"Cabe agregar que esta Alzada ha sostenido que: "Tampoco resultan procedentes los reparos relativos a la falta de acreditación fehaciente de la conducta discriminatoria."

"No debe olvidarse que 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 recientemente en la causa "S.M.G.", al señalar: "Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con

frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y "la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°)."

"Para compensar estas dificultades, 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)."

"Luego, toda vez que la valoración de la prueba rendida se llevó a cabo respetando el estándar probatorio elaborado por la Corte Suprema, entiendo que corresponde confirmar el fallo de grado: los hechos probados configuran indicios suficientes, precisos y concordantes que logran persuadir acerca de que el despido dispuesto por la demandada constituyó una represalia y un acto discriminatorio, precisamente por la actividad gremial llevada a cabo por el

actor", ("LOBO SILVIO C/ CENCOSUD S.A. S/ SUMARISIMO" EXP Nº 448957/2011).

En este sentido también se expresó que: "Corresponde confirmar la sentencia que concluyó que el despido del trabajador supuso un acto de discriminación que debe ser calificado como arbitrario, pues no se ha demostrado que la patronal haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, lo cual evidencia que no existieron razones para motivar la ruptura contractual (del voto del doctor Genoud)" (SCBA, Villalba, Franco Rodrigo c. The Value Brands Company de Argentina, 22/12/2010, DT 2011 (marzo), 556)."

"...ninguna otra explicación cabe que no sea la estrechísima relación que existe entre el activismo gremial del actor con la decisión del despido formulada por la demandada, tanto más cuando como ya lo señalara, respecto a la orfandad probatoria habida en torno a la acreditación de la justa causa invocada" (Sala II, en autos "F. NORMAN ALBERTO CONTRA A.J. S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", Exp. Nº 427466/2010).

Tal como se desprende de lo expuesto en los párrafos que anteceden, corresponde que el actor pruebe que existieron hechos que lleven a considerar que existió una conducta discriminatoria.

En tal sentido, la parte reclamante sostiene que existió un hecho discriminatorio por parte de la empleadora que consistió en que fue despedida luego de haber sufrido un accidente de trabajo y que la ruptura del contrato laboral se produjo una vez que le dieran el alta y se reintegrara a sus labores con indicación de que debía realizar tareas livianas y la utilización de zapatos ortopédicos.

Respecto de esta última afirmación, se destaca que en la causa no se ha demostrado dicha incapacidad dado que al respecto no se produjo prueba alguna, ya que se lo tuvo por desistido de la prueba pertinente al no haber instado la remisión del expediente por accidente de trabajo que afirmara haber deducido (ver fs. 255).

Entonces, la alegada discriminación se sustenta exclusivamente en la contemporaneidad del despido sin causa con la vuelta al trabajo luego del accidente laboral, reitero, sin que se haya demostrado la existencia de incapacidad y la realización de tareas livianas.

Ahora bien, frente a dicho argumento la demandada sostuvo que la decisión del despido fue tomada con anterioridad al accidente, conforme los motivos que esgrime.

Sin entrar a considerar que el solo despido sin causa luego de un accidente de trabajo constituye un acto discriminatorio, dado que ello no fue alegado por el accionado, entiendo que de conformidad con la prueba producida y analizada la misma dentro del marco jurídico a que se aludiera al comienzo de la presente decisión, en modo alguno puede sostenerse que existiera una decisión discriminatoria por parte de la empleadora.

En primer lugar cabe aclarar que es cierto que el despido fue sin causa, aspecto este que la accionada en ningún momento cuestiona.

Pero dado el marco en que la actora enfocó el tema del despido y conforme se señalara, cuando se trata de un despido sin causa y ante la afirmación que se está en presencia de una discriminación, corresponde por la carga probatoria que la jurisprudencia ha señalado y a la que el propio accionante hace referencia, que la empleadora prueba

que en realidad la ruptura se debió a causas que nada tienen que ver con el hecho o conducta que se le imputa.

En tal sentido, la afirmación que se realiza por parte del quejoso de que se varió la causa del despido resulta manifiestamente improcedente, toda vez que lo que el accionado debe acreditar son las razones en base a las cuales decidiera el despido sin causa y que no guardan relación con el hecho que se entiende como discriminatorio.

Esto es, de ninguna manera puede hablarse de variación de la causa desde el momento en que el despido fue sin causa, sino que lo que se trata en función de la carga probatoria que se le impone es de demostrar cuales fueron las razones que lo llevaron a proceder a la ruptura de la relación laboral.

En esa senda, lo primero que se advierte es que no existe una política o una conducta por parte de la empresa de despedir a los trabajadores accidentados, ya que como bien se indica en la sentencia y resulta de la prueba producida a fs. 153/162 y la pericial contable de fs. 216 y fs. 235, de un total de 81 accidente durante el lapso que laboró la actora solamente dos trabajadores fueron despedidos sin causa, siendo uno de ellos la actora.

En cuanto al período considerado el mismo resulta razonable y no antojadizo como se afirma sin sustento en la pieza recursiva, dado que se toma en cuenta el período laborado por la actora sin entrar a considerar la existencia de distintos empleadores, y en todo caso, la actora debió indicar cual era el período que se debía tener en cuenta.

A ello, se suma que la demandada también demostró que la decisión del despido fue anterior al accidente conforme resulta de los correos electrónicos del 26 y 28 de enero del 2.012 anteriores al accidente a lo que se suman las

declaraciones testimoniales de Nantón, Giménez y Carrera, coincidentes acerca del bajo rendimiento de la actora.

Cierto es que existe un correo posterior al hecho, a fs. 241, pero la decisión del despido es anterior al mismo conforme resulta de los correros antes aludidos y que obran a fs. 241/242.

Los mismos, además, tienen sustento en las sanciones que se le aplicaron a la trabajadora conforme se ha demostrado en la documental esgrimida por la accionada al responder la demanda, y si bien es cierto que brindó explicaciones acerca de los hechos que las ocasionaron, no por ello evitó las sanciones las que no fueron cuestionadas en debida forma con posterioridad a haberse aplicados, de manera tal que aludir al descargo previo, resulta irrelevante a los efectos de la existencia de un supuesto despido discriminatorio.

Por consiguiente, considero que el despido sin causa decidido por la empleadora no se sustentó en el accidente sino en hechos anteriores al mismo y que se encuentran debidamente acreditados, habiéndose demostrado la inexistencia de una conducta discriminatoria por parte de la empleadora en relación a los trabajadores accidentados.

Destaco que la decisión de despedir sin invocación de causa es una facultad que tiene el empleador, pero que ello no importa la inexistencia de razones para la toma de la decisión pudiendo haber estimado que ella era la decisión mas conveniente por las razones que fueran.

Pero ello, en modo alguno, permite suponer que el despido sin causa en el caso resultó discriminatorio.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada, con costas a la actora vencida,

debiendo regularse los honorarios en base a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI 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. 271/277.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia en el 30% de la suma que por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria