

TS07D43441

PODER JUDICIAL DE LA NACION

SENTENCIA DEFINITIVA N° 43441

CAUSA N° 901/2009 - SALA VII - JUZGADO N° 56

En la ciudad de Buenos Aires, a los 31 días del mes de marzo de 2011, para dictar sentencia en los autos : "R. R., M. A. C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ DESPIDO", se procede a votar en el siguiente orden:

LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO:

I.- A fs. 5/10 se presenta el actor e inicia demanda contra BANCO HIPOTECARIO S.A. en procura del cobro de unas sumas a las que se considera acreedor con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.-

Aduce que se desempeñó en relación de dependencia con la demandada desde el 22 de junio de 2005 en las condiciones y con las características que detalla.-

Sostiene que en virtud de su buena conducta siempre ha percibido el máximo de los premios e incentivos anuales y que en los últimos meses anteriores a su desvinculación los superiores le informaron, como casi un hecho, que iba a ser ascendido.-

Así entonces y por una cuestión de sinceridad decidió informar a compañeros y superiores algunos aspectos de su vida privada, como ser su sexualidad y su condición de portador de HIV, lo que hizo que la relación empleador-empleado se tornara cada vez más fría, más distante y sin noticias sobre el ascenso prometido.-

Explica que en el año 2007 solicitó y obtuvo autorización para abrir una caja de ahorro a favor de su hermana -menor de edad- lo que si bien no está permitido por la normativa bancaria, era usual que lo hicieran todos los empleados, debiendo para ello modificar la fecha de nacimiento.-

Afirma que la demandada utilizó ese hecho como excusa para despedirlo cuando en realidad la decisión se generó en su condición sexual y de salud.-

Viene a reclamar las indemnizaciones correspondientes al despido incausado, incrementos previstos en la normativa laboral. También pretende el cobro de una indemnización por daño moral por la actitud discriminatoria asumida por la demandada (cfr. art. 1° de la ley 23.592) y una suma para cubrir el tratamiento psicológico.-

A fs. 52/63 responde BANCO HIPOTECARIO S.A.-

Desconoce los extremos invocados por el actor; relata su versión de los hechos; realiza algunas consideraciones más y, tras impugnar liquidación; pide el rechazo de la demanda.-

La sentencia de primera instancia obra a fs. 347/350 en la que el "a-quo", luego de analizar los elementos de juicio obrantes en el expediente, decide en sentido desfavorable a las pretensiones del actor.-

El recurso que analizaré llega interpuesto por la parte actora (fs. 357/362vta.). También hay apelaciones por honorarios de la demandada (fs. 351) y del Sr. perito contador (fs. 369/374).-

II.- En líneas generales el accionante cuestiona el fallo en tanto el "a-quo" consideró que el despido

decidido por la demandada resultó legítimo. Para hacerlo, afirma que no se han evaluado adecuadamente los elementos fácticos y jurídicos de la causa.-

A mi juicio tiene razón el apelante.-

En efecto, cabe recordar que producido el despido directo, la carga de la prueba de la causa del mismo queda en cabeza del demandado y de no ser así cae la justificación de rescisión del vínculo más allá de la existencia o no de actividad probatoria del actor. Ello es así, en los términos del art. 377 del Código Procesal y del art. 499 del Código Civil.-

Es función del jurista reconstruir el pasado para ver quien tiene razón en el presente y según se haya distribuido la carga de la prueba, será la actividad que deba desarrollar cada uno.-

Esa carga determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener el éxito en el proceso y debe apuntar al objeto de la prueba, es decir los hechos no admitidos y no notorios que a la vez de controvertidos, sean conducentes a la dilucidación del litigio.-

En el caso que nos convoca, la demandada tuvo a su cargo la prueba de los extremos denunciados como causa del despido: esto es que el actor violó la normativa del Banco al abrir una caja de ahorros a favor de su hermana -menor de edad- hecho gravísimo que impedía la continuidad del vínculo.-

En primer lugar cabe tener en cuenta que el actor reconoció haberlo hecho, mas desconoció que el hecho fuera de tal gravedad en tanto era uso y costumbre hacerlo en el banco y que el despido en realidad obedeció a su condición sexual y de salud y considero que tiene razón.-

La evaluación de la injuria -tarea reservada a los Jueces teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad- debe realizarse, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, lugar y persona.-

Tanto G. (fs. 99/104); como G. (fs. 178/183); y C. (fs. 186/192) -propuestos por la demandada- han sido coincidentes en líneas generales al señalar que era habitual realizar la apertura de una cuenta a nombre de un menor de edad modificando la fecha de nacimiento aunque había que comunicárselo al superior-

Pero más elocuentes aún han sido las declaraciones de los testigos propuestos por la parte actora (M. -fs. 105/110-; D. -fs. 123/128-; L. S. -fs. 194/196-; M. -fs. 242/245-) al indicar que era frecuente hacerlo, engañando al sistema.-

A mi modo de ver constituyen prueba testifical idónea de que, si bien se encontraba prohibido por la normativa bancaria, en realidad había como un virtual consentimiento por parte de la empleadora de que se abrieran cajas de ahorro en las condiciones descriptas, por lo que no parece ajustado a derecho despedir al actor por esa misma causa. Mas bien entiendo que fue despedido por su condición sexual y por su enfermedad, es decir que se trató de un despido discriminatorio.-

En relación a este tema, 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 abarcativa 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 reparatoria .-

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).-

Señalé también 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, LexisNexis, enero/2007).-

Y bien, a mi juicio existen en autos más que indicios de la discriminación.-

Si bien los deponentes M. y L. S., dijeron saber que fue despedido por su condición de homosexual, M. en cambio escuchó la conversación entre J. C. (jefe directo de la dicente) y C. cuando aquél le decía que iban a desvincular al accionante por su condición sexual (escuchó tal conversación porque estaba muy cerca del despacho, a un metro más o menos). Dijo también que dos días después hubo otra conversación, que Caminos la llama y le pregunta si sabía la condición del actor entre otros términos irreproducibles aquí (v. fs. 242/245).-

Dice Hernando Devis Echandía en "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo 2, que la voz latina "*indicium*" es una derivación de "*indicare*", que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista 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).-

Y bien, 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 SA", sent. 36.961 del 17-09-03; "Rybar, Héctor Hugo c/ Banco de la Nación Argentina", sent. 40.175 del 08-06-07).-

En el presente caso, la dificultad del tema en estudio hace que la demandada estuviera en mejor posición para demostrar que no hubo discriminación, a pesar de los indicios.-

Ella misma es quien debió demostrar que el despido del actor, no obedeció a su condición sexual y a su enfermedad. Recordemos que quedó descartada la causal relativa a la apertura de una cuenta a favor de una persona menor de edad.-

Es decir, la demandada no logró demostrar que no discriminó al actor.-

En consecuencia, estimo que resulta acreedor de todas las indemnizaciones previstas por la Ley de Contrato de Trabajo para el despido incausado, más una indemnización por daño moral con fundamento en el art. 1º de la ley 23.592 que me parece justo fijar en \$ 60.000.-

III.- Para determinar el monto de condena estaré a la mejor remuneración informada por el Sr. perito contador (\$ 3.114,22.- fs. 272vta.).-

LIQUIDACIÓN

- Ind. Antigüedad	\$ 9.342,66.-
- Preaviso c/SAC	\$ 3.373,73.-
- Integ. c/SAC	\$ 3.373,73.-
- Art. 2 L.25.323	\$ 8.045,06.-
- Daño Moral	\$ 60.000,00.-

TOTAL \$ 84.135,18.-

Sobre dicha suma se liquidarán intereses desde que cada suma fue debida y hasta el momento del efectivo pago de acuerdo a lo previsto en el ACTA N° 2.357, conforme Resolución de Cámara Nro. 8 del 30.5.02.-

IV.- La solución que he dejado propuesta, impone realizar un nuevo pronunciamiento en materia de costas y honorarios, lo que torna abstracto el tratamiento de los recursos interpuestos al respecto (art. 279 del Código Procesal).-

En tal tesitura, propicio se declaren las costas en ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 68 del citado cuerpo legal) y se regulen honorarios a su representación letrada; a la de la actora y al Sr. perito contador en el 13%; 17% y 8%, respectivamente, a calcularse sobre el monto de condena con intereses (arts. 38 de la ley 18.345 y demás normas arancelarias).-

Por los trabajos de alzada sugiero se fijen honorarios a favor de la representación letrada de la demandada y de la actora en el 25% y 35%, respectivamente, de los determinados para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores).-

EL DOCTOR NESTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENGO:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede y añado:

En lo que concierne al pedido de indemnización por daño moral, es mi opinión que dicho reclamo debe ser acogido con amplitud cuando como en este caso concreto corresponde, en lo que coincido con lo expresado por la Corte Suprema en autos: "Forni c/ Ferrocarriles Argentinos, 7/IX/89" I.D. "Bonadero alberdi de Inaudi c/ Ferrocarriles Argentinos" 16-VI-88), donde dijo: "El daño moral tiene carácter resarcitorio y no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un accesorio de éste", y conocida doctrina que expresé en autos: "Paucar Flores, Jorge Luis c/ Compañía de Comunicaciones Capital S.A. y otros s/ despido" (Causa N° 21.277/02, Sala VIIa., Sentencia Definitiva N°39.103).

LA DOCTORA BEATRIZ INES FONTANA No vota (art. 125 de la Ley 18.345).-

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal RESUELVE: 1) Revocar el fallo apelado y condenar a BANCO HIPOTECARIO S.A. a abonar a M. A. R. R., dentro del 5to día la suma de \$ 84.135,18 (PESOS OCHENTA Y CUATRO MIL CIENTO TREINTA Y CINCO, CON DIECIOCHO CENTAVOS) más intereses de acuerdo a las pautas que se indican en el considerando respectivo. 2) Declarar las costas en ambas instancias a cargo

de la demandada. 3) Regular honorarios a la representación letrada de la demandada, de la actora y al Sr. perito contador en el 13% (trece por ciento); 17% (diecisiete por ciento) y 8% (ocho por ciento), respectivamente, a calcularse sobre el monto de condena con intereses. 4) Regular honorarios de alzada a la representación letrada de la demandada y de la actora en el 25% (veinticinco por ciento) y 35% (treinta y cinco por ciento), respectivamente, de los determinados para la primera instancia,.-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-