En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de noviembre del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"H. R. F. c/ A. S.A. s/ COBRO DE PESOS" (Expte. Nº 244 - Año 2013)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. Nº 395/2010), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 413.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

La Sra. Jueza laboral dictó sentencia a fs. 360/383, haciendo lugar a la demanda, condenado a A. S.A. a abonar al actor R. F. H. la suma de $ 69.000, declarando la nulidad del despido, ordenando la reubicación del actor en su puesto de trabajo y abonar a éste el total de las remuneraciones devengadas desde el 28.02.2009 hasta su efectiva reincorporación.

En lo pertinente, para arribar a dicho pronunciamiento, consideró que el actor padecía una enfermedad profesional, hipoacusia bilateral por exposición al ruido, según dictamen de la Comisión Médica N° 19, minoración por lo que la ART M. liquidó, el 20.08.2009, la suma de $ 7.396 en concepto de prestación dineraria y la suma de $ 487 en concepto de prestaciones médicas y traslados. La pericial médica determinó que el daño sufrido por el actor era irreversible con una incapacidad parcial y permanente del 9,26%.

Indicó que la pericial técnica informó que el ambiente de trabajo donde se desempeñaba H. era ruidoso, con registros sonoros de 85,5 db en el tren de fileteadoras y 93,3 db en sala de máquinas. Que la pericial médica informó que la lesión estaba consolidada, generando incapacidad parcial para el trabajo y la vida en relación.

Estimó que el ambiente de trabajo ruidoso incidió causalmente en la enfermedad desarrollada por el actor, constituyendo una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 Cód. Civil, con virtualidad de producir daño definido.

Indicó que la entrega de protectores auditivos, por parte de la empleadora, tal como lo señalaron los testigos de autos y el informe técnico significaba que reconoció la existencia de un elevado nivel sonoro.

Concluyó, que en ese contexto probatorio no cabía duda que el daño experimentado por el actor en su aparato auditivo fue causado por las máquinas propiedad de la empresa pues el ruido constituye una exteriorización del riesgo.

A tal reconocimiento le adicionó la reparación del daño moral por lo que estimó razonable el resarcimiento por el daño total ocasionado en la suma de $ 69.000.

Consideró que la actora omitió imputar la responsabilidad de la ART como sujeto de aplicación del art. 1074, Cód. Civil, ni incumplimiento del deber de prevención y control que impone la ley 24.557, por lo que no existiendo aquel gravamen ni omisión culposa que pudiera conducir a la aplicación de las citadas normas, no se pronunció sobre la misma.

Afirmó que la accionada estaba en pleno conocimiento de la enfermedad que padecía el actor, atento lo manifestado a fs. 107 de autos.

Afirmó que cuando el trabajador se considera injustamente discriminado debe invertirse la carga de la prueba.

Analizó la prueba testimonial aportada por la demandada, concluyendo sobre la existencia de una causa subyacente y ajena a las alegadas razones de organización invocadas. Entendió que el actor se ausentaba justificadamente por enfermedad, lo que unido a la contemporaneidad existente con el despido, resultaba conducente a la presunción de discriminación.

Estimó que la demandada debió acercar medios de prueba que corroborasen que el despido directo se debió a la razón invocada, lo que permitiría dar crédito a la causa que invocó para despedir. Esta ausencia de prueba demostró que se debió a una causa distinta a la mencionada, por lo que no quedaba más que tener por cierto que el despido obedeció al estado de salud del trabajador.

Concluyó que el trabajador debería afrontar no pocas dificultades para acceder a un nuevo trabajo, por lo que decretó la nulidad del despido. Estableció que los efectos de la nulidad se retrotraerían a la fecha del despido, por lo que fijó la reparación del daño en una suma equivalente a las remuneraciones devengadas desde la fecha del despido a la efectiva reincorporación. Dispuso que se le otorgasen al actor tareas acordes con su capacidad psicofísica, manteniendo intangible su remuneración.

Impuso costas a la demandada vencida. Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 386 apeló la sentencia la demandada, expresando agravios a fs. 388/398. El mismo fue contestado por la actora a fs. 400/408.

3.

3.1.

Se agravia la parte demandada por considerar que el decisorio atribuyó indebidamente responsabilidad a su parte de la hipoacusia bilateral que

padece el actor.

En tal sentido, señala que se encuentra acreditado en autos que la empresa pesquera demandada entregó al actor periódicamente los protectores auditivos correspondientes, habiéndolo capacitado para su uso, a la vez que el actor era reacio a usarlos, por lo que se configura la eximente de responsabilidad de culpa de la víctima.

En autos se ha demandado por la vía del art. 1113, Cód. Civil, de modo que la interpretación de los eximentes se debe hacer con un sentido finalista, pero sin desentenderse de su verdadera naturaleza y alcances. En el supuesto de la norma mencionada la "culpa" de la víctima apunta a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Cuando ellas se configuran, resulta evidente que no se puede mantener la presunción de responsabilidad por cuanto el daño no es causado por el riesgo o vicio de la cosa o de la actividad desplegada, sino por la propia conducta de la víctima, culpable o no. La falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia, total o parcial de responsabilidad (cfr. Pizarro, Ramón D, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", T° I, Ed. La Ley, p.249/250).

De modo tal que la teoría del riesgo creado, contemplado en ese precepto legal, regula la atribución de la responsabilidad civil al dueño o guardián, cuando éstas intervienen activamente en la producción del daño (SCBA, 30.04.91, AyS 1991-I-157).

Recién cuando el actor prueba en un juicio que la cosa dañosa tiene el carácter de riesgosa o viciosa, y prueba también la relación de causalidad adecuada entre la intervención de esa cosa y el daño causado, se origina un supuesto de aplicación de la doctrina del riesgo creado o vicio de la cosa. En este último supuesto existe una presunción de culpa contra el dueño o guardián de la cosa (riesgosa o viciosa), presunción que sólo puede revertirse probando la culpa de la propia víctima o la de un tercero extraño,

por quien el dueño no debe responder.

Así las cosas, debe dejarse aclarado que el agravio sustenta su argumento en causales de eximisión de la responsabilidad, tales como que entregó al actor elementos protectores, que este fue capacitado al respecto y agregó una nueva que no fuera invocada en la demanda: la culpa de la víctima.

Comenzaré por el análisis de esta última.

De la prueba colectada en autos, se desprende el testimonio de H. (fs. 232/233), quien señala al contestar a la cuarta repregunta sobre el uso que hacía el actor de los protectores auditivos, que "por ahí los usaba, por ahí le molestaban y no los podía usar, el tiempo que estaba trabajando por ahí los usaba".

Más allá de la afirmación del testigo en cuanto a que el actor "por ahí" usaba los protectores, no resulta a mi modo de ver prueba concluyente en el sentido que no hiciera uso de los mismos. Ni siquiera se señala con qué frecuencia los usaba o los dejaba de usar, ni cuál era el lapso de tiempo de su uso o no uso.

La prueba de los hechos que, en este caso, implique la ruptura de la relación causal por la existencia de hechos ajenos que por su mayor intensidad y eficiencia ubiquen la causa del daño fuera de la órbita de su actuación, corre a cargo del demandado, y a mi juicio, con la sola expresión del testigo H. no lo logra.

Además, el ordenamiento jurídico protege los intereses de los damnificados mediante normas que aseguran plenas posibilidades de reparación. De esta manera, según los casos, coloca frente a ellos una pluralidad de responsables (dueño, guardián, principal responsable, agente, etc) en forma concurrente y admite un sistema de eximentes limitados, cuya interpretación debe ser restrictiva (cfr. Pizarro, Ramón D, op. ci, p. 249).

Cuadra aclarar que he dado tratamiento a una eximente (culpa del damnificado) que no había sido introducida en la contestación de la

demanda, y deseo expresar las razones por las cuales lo hice.

En un interesante fallo (TSJ Córdoba, 19.08.03, Sent. N° 91, Actualidad Jurídica de Córdoba, N° 36, 15.09.03, p. 2117) se estableció, a mi juicio con razón, que si de la realidad objetiva, contrastable del expediente, surge acreditado que el nexo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido fue interrumpido por una causa ajena, total o parcialmente, no es admisible que se haga lugar a la acción indemnizatoria sin que se haya verificado la existencia de uno de sus presupuestos de procedencia. "En nada obsta a tal conclusión la circunstancia de que el demandado no haya alegado o invocado explícitamente el factor eximitorio al contestar la demanda, siempre -claro está- que se encuentre probada la existencia de un motivo excluyente o limitativo de la responsabilidad que se le atribuye (del voto de la Dra. Kaller de Orchansky).

En suma, la acreditación de la culpa de la víctima constituye un hecho que el Tribunal debe necesariamente ponderar, por cuanto no se está técnicamente en presencia de una defensa o excepción, que requiere de articulación formal sino de un factor que incide directamente sobre el vínculo causal (hecho configurativo de la pretensión), cuya valoración, a la luz de las probanzas de autos debe el Tribunal efectuar de modo inexcusable.

De todos modos, como he señalado, de dicha ponderación se concluye que el demandado no ha logrado probar la incidencia causal de la propia conducta de la víctima en la hipoacusia bilateral que padece.

Así, no surgiendo de autos prueba alguna que permita inferir que el actor no usaba los protectores auditivos y que ello incidió causalmente en su hipoacusia bilateral, esta causal introducida en esta Instancia debe ser desestimada (art. 381, del CPCC).

No obstante ello, es dable señalar que el agravio no ha puesto en crisis los términos sentenciales en cuanto a la relación de causalidad adecuada entre

el ambiente ruidoso y la hipoacusia bilateral del actor. Simplemente señala que se ha fracturado el nexo causal adecuado (dejamos de lado ya la invocada "culpa de la víctima", analizada anteriormente) por cuanto su parte brindaba debida capacitación y proveía los elementos de protección necesarios para evitar tales daños.

Se debate en autos un supuesto que cae bajo la órbita de la responsabilidad objetiva, y no subjetiva.

En esta última, su fundamento axiológico y jurídico reposa en la idea de la culpabilidad y porque las eximentes que son propias para impedir que aquélla se configure deben ser compatibles y coherentes con dicho fundamento. Si la responsabilidad se asienta en la idea de culpa, la prueba de la ausencia de culpa (o no culpa) debe ser suficiente para provocar la liberación del sindicado como responsable. Dentro de este orden de ideas debe admitirse como eximente la prueba de la falta de culpa (o no culpa), o lo que es igual, de un obrar diligente, esto es, apropiado al objeto de la obligación en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar. En resumidas cuentas, dentro de un sistema de responsabilidad subjetiva, basado en la idea de culpa, debe alcanzar al sindicado como responsable, para liberarse, con probar que no hubo culpa de su parte.

En cambio, en un contexto de responsabilidad objetiva, la prueba de la no culpa es irrelevante, por lo que éste debe ir más lejos aun para romper la presunción que juega en su contra y probar la ruptura del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero extraño o de la propia víctima) (cfr. Pizarro, Ramón D, "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", T° I, p. 55).

Es decir, el tema de las eximentes presenta especial importancia en todos los supuestos de la responsabilidad civil, pero asume mayor dimensión en la órbita de las presunciones de responsabilidad objetiva (tal como sucede

en el caso de autos) en donde al sindicado como responsable sólo le es permitido liberarse demostrando la incidencia de una causa ajena.

No alcanza en consecuencia acreditar una conducta diligente (haber provisto elementos protectores de la audición y haberlo capacitado en cuanto a su uso); es necesario acreditar la causa ajena.

Ello es así, pues en el supuesto del art. 1113, 2ª parte, Cód. Civil, la cuestión de la culpa del presunto responsable queda fuera de toda cuestión, pues el deber resarcitorio no resultará de su conducta aunque ella fuera negligente o imprudente, sino del riesgo de la cosa de la cual aquél era el dueño o guardián (cfr. Bustamante Alsina, Jorge "Función de la culpa en la responsabilidad objetiva", en " Responsabilidad civil - Doctrinas Esenciales", T°II, ED. La Ley, p. 1077). Por tal razón, su "no culpa" también resultará irrelevante para eximirlo de responsabilidad, siendo sus únicas causales la culpa del damnificado (aquí sí la culpa adquiere relevancia, adquiriendo una función inversa), o la de un tercero extraño.

No habiendo en consecuencia acreditado el demandado ninguna de las causales eximitorias que el art. 1113, 2ª parte Cód. Civil prevé, cabe desestimar este primer agravio.

3.2.

Se queja la demandada pues el decisorio de la etapa anterior condenó a la suma de pesos sesenta y nueve mil ($ 69.000), sin detallar qué monto indemnizatorio correspondía a cada uno de los rubros reclamados y reconocidos.

Sostiene que ello le impide analizar los parámetros utilizados por el pronunciamiento, constituyendo un cercenamiento a su derecho de defensa en juicio.

El apelante no se ha agraviado del monto fijado, sino que expresa su queja porque no han sido discriminados los rubros reconocidos judicialmente.

Así las cosas, no llega a justificar la queja en qué ha consistido la privación de su derecho de defensa, desde que ha quedado firme el monto de la condena por no haberlo cuestionado.

Por otra parte, el art. 167, del CPCC dispone que *la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resulte justificado su monto*. De la sentencia recurrida surge justificada la existencia de daño por la "disminución de las aptitudes físicas" y de "daño moral", rubros cuyo monto de condena global han llegado firmes a esta Instancia.

Por tal razón, no consistiendo la queja en una crítica razonada al fallo apelado, desde que, al no agraviarse del monto resarcitorio, resulta irrelevante conocer su discriminación, y corresponde declarar desierta esta parcela del agravio (arts. 268 y 269, del CPCC).

3.3.

Causa agravio a la demandada que la pieza sentencial anterior haya tenido en consideración para su cálculo las dificultades del actor para reinsertarse en la vida laboral, toda vez que de la declaración testimonial de C. surge que el actor se desempeña como chofer de vehículos de pasajeros con fines turísticos, para lo que requiere licencia habilitante.

Tal como se expresara en el apartado anterior, el demandado no se agravia cuestionando el *quantum* indemnizatorio fijado por el pronunciamiento de grado, el que, consecuentemente ha llegado firme a esta Instancia.

El apelante no da las razones por las cuales, de no haberse tenido en cuenta la reinserción laboral del actor, otra hubiera sido la conclusión sentencial.

De allí que, al no conmover con sus dichos las bases de sustentación del decisorio, brindando a este Tribunal razones valederas tendientes a justificar que tal reinserción laboral influyó en un resultado injusto, no

puede considerarse que ha introducido una crítica razonada al fallo apelado.

Por tal motivo, considero que este aspecto del agravio debe ser declarado desierto (arts. 268 y 269, del CPCC).

3.4.

Se agravia también la demandada por estimar que la sentencia en crisis no se expidió sobre la responsabilidad de la aseguradora de autos, pese a la citación en garantía promovida por su parte.

Señala que el pronunciamiento no resuelve en concreto y ello supone una forma de denegar justicia.

El decisorio consideró que la demandada, al citar en garantía, omitió toda imputación de responsabilidad de la aseguradora.

Agregó que tampoco se configuró en autos omisión culposa que pudiera conducir a la aplicación del art. 1074, Cód. Civil ni incumplimientos a los deberes que la ley de riesgos del trabajo le impone.

Es requisito dirimente para analizar la conclusión sentencial, en el sentido que no correspondía expedirse sobre la responsabilidad de la aseguradora, que el agravio diera cuenta de la "falta de imputación de responsabilidad al ser citada en garantía".

La demandada, al citar en garantía, justificó el pedido en la existencia de cobertura por riesgos del trabajo provista por M. A. ART S.A., y "a los efectos legales que corresponden".

Claro está que el texto legal de la ley 24.557 no contempla la figura de la citación en garantía, reservada para aquellos supuestos que caen bajo la órbita del art. 118, ley 17.418, norma inaplicable al caso de autos.

De allí que, no habiendo dado razones en el agravio de los términos de la sentencia en cuanto le endilga esa ausencia de fundamentos de responsabilidad, y toda vez que la figura en análisis no se encuentra

contemplada en la normativa de seguros de riesgos del trabajo, es que considero que este agravio debe ser desestimado, en razón de carecer de crítica razonada y concreta a la porción de la sentencia apelada (arts. 268 y 269, del CPCC).

3.5

Se agravia la recurrente pues la sentencia decretó la nulidad del despido comunicado al actor, por entender que el mismo obedeció a una causa discriminatoria.

Admite que su parte, en ocasión de contestar la demanda, efectuó un reconocimiento sobre la existencia de la enfermedad, pero existe prueba en contrario de sus propios dichos, adjudicando tal reconocimiento a un "error de pluma". Cita al respecto documentación que desmiente sus propias afirmaciones.

Sostiene que el decisorio confunde "falta de compromiso del actor en el cumplimiento de sus tareas", "ausentismo" con la "situación de hipoacusia bilateral".

Refiere que el actor jamás denunció en la empresa su deficiencia auditiva, la que sólo fue invocada con posterioridad al despido, por lo que la sentencia yerra al suponer que la empresa lo despidió por su minusvalía.

Sostiene que la empresa adoptó la decisión rescisoria por razones de organización empresaria, acreditando que el actor era poco afecto al cumplimiento de sus tareas, con falta de compromiso y renuente a cumplir órdenes, corroborado ello por la manifestación de dos testigos (L. y S.).

En el plano del ordenamiento jurídico positivo interno, rige en el caso la ley 23.592.

A partir del fallo "Álvarez c/ Cencosud" (1CSJN A, 1023, XLIII. R.H. "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/acción de amparo", 7/12/2010), se zanjó definitivamente la cuestión de la aplicación de la ley

23.592 a las relaciones laborales. La CSJN se pronunció a favor de la plena aplicación de dicha norma a las relaciones laborales, la operatividad de los instrumentos internacionales de derechos humanos "en las condiciones de su vigencia", confirmó la nulidad de los despidos discriminatorios, ordenando la reincorporación del trabajador discriminado -a opción del mismo- y la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

En el caso de autos, tal como sucede en situaciones análogas donde se debate este tema, la cuestión de la carga de la prueba es de especial relevancia.

La sentencia anterior sostuvo que, cuando el trabajador se encuentra injustamente discriminado, debe invertirse la carga probatoria. El recurrente alzó su queja contra ello y sostuvo que la prueba de la discriminación debe correr a cargo del trabajador, quien la debe acreditar indubitadamente.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la carga probatoria del demandado de la razonabildad del acto que se tilda de discriminatorio no supone la eximición de prueba a la víctima de ese 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, ni 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 (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo”, 15/11/2011, LA LEY 24/11/2011 , 3).

Es decir, no se trata de un supuesto donde se invierte la carga probatoria en contradicción con el *onus probandi* (art. 381, del CPCC), sino que la prueba de la razonabilidad del acto discriminatorio sigue pesando sobre el actor.

Producida esa prueba, al demandado le corresponderá probar que fueron otras las causas del despido.

En la materia, debe atenderse a la conducta del empleador que sigue a una situación de extrema vulnerabilidad del dependiente, que permite presumir que su permanencia en la empresa podría resultar inconveniente para el normal desarrollo de su actividad (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, "V.O.A. c. Société Air France S.A. s/despido", 15/07/2011, Expte. n° 20.954/08).

Es evidente que la prueba acabada del motivo de discriminación se torna sumamente dificultosa para el sujeto más vulnerable, pero, claro está, esa circunstancia no lo exime de probar, por cuanto medio esté a su alcance, esa circunstancia que invoca.

Es decir, al trabajador le bastará con acreditar que su desvinculación se produjo en forma inmediata a haber tomado conocimiento la empleadora de la minusvalía física que padece, para que se produzca el traslado de la carga de la prueba a su empleador, debiendo ser el demandado el que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente.

Cierto es que ha quedado reconocido que la demandada sabía de la minusvalía física del actor a tenor de los términos de su contestación de demanda (ver fs. 107, último párrafo), circunstancia que el decisorio tuvo especialmente en cuenta para estimar que la empleadora se encontraba en pleno conocimiento de la enfermedad que padecía el actor.

El fútil argumento utilizado por el recurrente respecto a que dicho reconocimiento se debió a un “error de pluma”, no constituye un fundamento valedero.

El invocado error, en todo caso se torna inexcusable, pues siguiendo la línea de ideas del reconocimiento formulado, la parte actora bien pudo considerarse con derecho a quedar relevada de producir prueba, que de

otro modo hubiera desplegado, en caso que el hecho hubiese sido desconocido. De ese modo, admitir a esta altura del proceso que existió un "error de pluma" en el reconocimiento de la dolencia del trabajador, significaría tanto como afectar su derecho de defensa.

De acuerdo al principio de sustanciación que rige en nuestro sistema procesal, la exposición circunstanciada de los hechos en que se funda la pretensión es requisito imprescindible de la demanda cuya omisión constituye un obstáculo insalvable, toda vez que ésta, conjuntamente con su contestación, determina el *thema decidendum*, es decir, los alcances de la sentencia definitiva, la cual sólo puede versar sobre las cuestiones articuladas por las partes.

El reconocimiento de un hecho (en el caso, el conocimiento de la minusvalía del actor) basta por sí mismo para tener a ese hecho por cierto sin necesidad de otra prueba que lo respalde.

De lo dicho se desprende que la empleadora, conocía pues, la minusvalía del actor. Sin embargo ello no alcanza, como se verá luego, para contarlo como elemento indiciario de la causa de despido por discriminación.

La sentencia valoró los testimonios de L. y S.

A la declaración de Luna no habré de tenerla en cuenta.

Digo ello así, pues, amén de comprenderle las generales de la ley, lo que no obstaría a otorgar fuerza convictiva, resultó ser quien solicitó la desvinculación del actor (ver contestación a la 7ª pregunta, fs. 254) y en consecuencia, fue protagonista de un hecho controvertido en autos.

En tal sentido se ha señalado que no puede aceptarse la declaración de quien no sólo es dependiente de la demandada, sino que tuvo activa participación en el accidente. Le falta a dicho testigo el atributo de la imparcialidad que debe tener en cuenta quien declara en un pleito, pues tiene indudable interés en salir airoso del hecho, cuyas consecuencias le alcanzan (cfr. Kiper, Claudio, " Proceso de daños", T°I, Ed. La Ley, p. 568).

En cuanto al testigo S. (fs. 256), el decisorio ha dado cuenta de sus dichos, entendiendo que las causas que invocaba el actor para ausentarse eran justificadas, reconociendo que eran por “enfermedad, accidente”.

Más allá del reconocimiento efectuado en la contestación de demanda de la dolencia del actor, esa circunstancia no implicaba que necesariamente la demandada se hubiese valido de ese argumento para despedirlo. Era necesario acreditar, aunque más no fuere a través de indicios suficientes, la inmediatez entre la toma de conocimiento de la hipoacusia por parte de la demanda, y el consiguiente despido.

Es decir, tal reconocimiento permite concluir que la demandada sabía de la enfermedad, pero ello no alcanza para tener por acreditada la causal discriminatoria, ya que lo que no quedó acreditado fue cuándo tomó conocimiento de la misma. En todo caso, el reconocimiento del responde de demanda, nada dice al respecto y era carga de la actora probarlo, tal como quedó expresado en el párrafo anterior.

Es indispensable que exista una plataforma fáctica que permita inferir además la presencia de indicios suficientes, precisos y concordantes que conlleven a presumir que el distracto se sustentó en dicha dolencia, y no advierto de la prueba de autos la existencia de esos indicios.

El actor manifiesta en su demanda que la demandada se encontraba en conocimiento de su minusvalía desde el 12.01.2009, fecha en la que envió su despacho epistolar a la aseguradora de riesgos del trabajo haciéndole saber su dolencia. No obstante, esa CD fue remitida a la aseguradora, mas no a la empleadora, razón por la cual dicha misiva no ha de considerársela a los efectos de la toma de conocimiento de la demandada del hecho denunciado. En todo caso, la inmediatez a la que se refiere en su texto no guarda relación con su empleadora, a quien no notificó de su dolencia en esa oportunidad. No ha quedado acreditada, en resumidas cuentas, la

invocada inmediatez entre la toma de conocimiento de la disfunción y el despido de fecha 27.02.2009.

Tampoco el audiograma de fs. 23 que menciona en su demanda da cuenta que hubiere llegado a conocimiento del empleador, ya que nada surge de ello en tal sentido.

Con las salvedades señaladas, que no aportan elementos tendientes a vincular la causalidad adecuada entre la toma de conocimiento de la enfermedad-accidente y el despido, ningún otro indicio arrimó la actora a este proceso.

Si extrajéramos presunciones de la nada convertiríamos al proceso en un juego de ficciones y conjeturas, incompatible con los principios más elementales de nuestro ordenamiento jurídico adjetivo.

Tal como he sostenido en otro voto (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, "B., M. N. c/ C. S.A. y otro S/ Accidente (Expte. Nº 36/ 2012, 037/2012 SDL) si considero que el "indicio" es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido o debidamente comprobado, susceptible de llevar al juzgador por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido, y la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala IV, " C. de G., E. c. F., J. R.", 23/04/1996, LL Litoral 1997 con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra LL Litoral 1997 , 327, AR/JUR/3125/1996), no se advierte que en autos exista uno solo que me permita siquiera suponer que el despido del actor se debió a una causa de discriminación como la que plantea.

Por esa razón, siguiendo la línea de ideas de la Corte Suprema en el caso "Pellicori" ya mencionado, es dable afirmar que morigerar la carga de la prueba en cabeza del actor no significa liberarlo en absoluto de probar lo que afirma.

Y en sintonía con lo expresado al comienzo del tratamiento de este aspecto del agravio, era indispensable que el trabajador brindara elementos indiciarios suficientes en una primera operación mental, para luego, con esos elementos, en una segunda, la demandada aportara los suyos tendientes a descartarlos.

Pero si lo uno no fue cumplido ni por asomo, no procede analizar lo otro.

Nótese que la Corte ha dicho que "*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*…"

Acorde con esta postura a la que me sumo, la actora no acreditó "*prima facie*" la existencia de hechos, que así evaluados, permitieran analizar los aportados por su contraparte. Sólo quedó acreditado que su empleadora conocía de su sordera, desconociéndose desde cuándo, y faltó la prueba de la razonabilidad del despido por causa de discriminación.

Por ende, propondré al Acuerdo se revoque el pronunciamiento de autos en cuanto tuvo por acreditado el despido por esa causa y las consecuencias jurídicas que de tal de decisión se derivaron.

3.6.

En atención al modo en que se resuelve más arriba, el tratamiento de la parcela del agravio respecto a la reasignación de tareas y al descuento de las sumas abonadas al actor como consecuencia del despido, deviene abstracto.

4.

De acuerdo a lo que surge de las consdeiraciones anteriores, propondré al Acuerdo confirmar parcialmente el decisorio de grado. En consecuencia, deberá confirmarse lo decidido en la sentencia anterior en lo relativo a la enfermedad-accidente, debiendo dejarse sin efecto la nulidad del despido, reasignación de tareas y el pago de las sumas salariales devengadas desde el 28.02.09 hasta su reincorporación.

5.

Las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas (art. 282, del CPCC) y en atención al modo en que se resuelve serán distribuidas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

No obstante ello, en atención al mérito de la labor desarrollada, extensión de la misma y resultado obtenido, no encuentro razones para apartarme del modo en que el decisorio anterior practicó la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

6.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, las mismas deben ser soportadas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

En consecuencia, en atención al mérito, labor desarrollada y resultado obtenido, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. D. R. G. L. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior y de la Dra. L. M. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere. (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios expuestos por la agraviada.

2 – Tratamiento de los agravios de la parte demandada

2.1) La responsabilidad por la hipoacusia bilateral del actor.

Agravia a la empleadora la atribución de responsabilidad por la hipoacusia bilateral que padece el actor. Esgrime que entregó al reclamante periódicamente y desde tiempo suficiente los protectores auditivos correspondientes, además de capacitarlo en la necesidad de utilizarlos. Afirma que las lesiones por las cuales reclama el actor de naturaleza auditiva se produjeron por su propia responsabilidad y no por la de su parte, es decir, por culpa de la propia víctima. De la postura asumida en la queja surge que la recurrente sostiene que su parte hizo lo que tenía que hacer con respecto a su empleado (entrega de elementos de seguridad, información, capacitación, etc.) y de allí que no exista responsabilidad de su parte en la enfermedad que padece el actor. Por otra parte, imputa culpa de la víctima como eximente también de su responsabilidad.

Con respecto a la posición de la empleadora relacionada con la entrega de los elementos de protección, capacitación, etc., la misma apunta sin ninguna duda a su pretensión de demostrar la ausencia de culpa de su parte en la producción de la enfermedad que padece el dependiente. Pero

he aquí que estamos, en el caso, bajo el encuadre de la normativa del art. 1113 del Cód. Civil, el cual reposa en un factor de atribución objetivo (riesgo creado), por lo que se prescinde de la noción de culpa como factor de atribución, es decir que la responsabilidad es ajena a toda subjetividad del agente. Es por ello que el dueño o guardián de una cosa riesgosa o viciosa -que ha tenido incidencia causal adecuada en la causación del daño-, para eximirse de responsabilidad debe acreditar la existencia de una causa ajena (conf. C.Apel.Trelew, Sala A, 06/07/09, "Bonifacio", AP).

El riesgo creado por la actividad desarrollada afianza aún más la responsabilidad de quien la realiza cuando ella, además, le permite alcanzar un beneficio, comprensivo este último de cualquier tipo de utilidad o ventaja. El riesgo forma parte del pasivo de la empresa y es por ello que debe ser asumido por el empresario como parte de los costos de producción (conf. CNCiv., Sala D, 03/12/02, AP 1/5513469).

La sentencia ha concluido que no hay duda que el ambiente de trabajo ruidoso incidió causalmente en la enfermedad desarrollada por el actor y constituye una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, con virtualidad de producir daño definido. Agregó también que la entrega de protectores auditivos por parte de la empleadora significa que reconoció la existencia de un elevado nivel sonoro en el lugar de trabajo, porque la lógica indica que nadie suministra protección si ésta no resulta necesaria. Y concluyó afirmando que no cabe duda que el daño experimentado por el actor en su aparato auditivo fue causado por las máquinas de propiedad de la empresa cuya guarda detentaba ya que las mismas deben calificarse como riesgosas en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, pues el ruido constituye una exteriorización del riesgo. Estas conclusiones no han resultado desvirtuadas por los agravios de la empleadora.

Además, debe tenerse en cuenta -rebatiendo a la quejosa- que cuando el daño se produce en virtud de que ha actuado una cosa que presenta riesgo

o vicio, los responsables son el dueño o guardián de la cosa que lo generó, salvo que demuestre que la conducta de la víctima o de un tercero ha excluido o limitado la responsabilidad de aquéllos o que la cosa ha sido usada contra la voluntad expresa o presunta el dueño o guardián (conf. SCBA, 28/12/93, JA 1994-IV-253).

He dicho ya que la empresa pretende aquí demostrar que tomó los recaudos del caso para impedir los daños y demás diligencias que refiere, pero debe tenerse en cuenta que en los casos de riesgo o vicio de la cosa, la culpa, la negligencia o la falta de previsión no constituyen elementos exigidos por la norma para atribuir responsabilidad al dueño o guardián de la cosa; es por ello que aun cuando probasen su falta de culpa, ello carecería de incidencia para excluir su responsabilidad porque deben acreditar que la conducta de la víctima o de un tercero interrumpió total o parcialmente el nexo causal entre el hecho y el daño (conf. art. 1113 Cód.Civ.).

Es que la responsabilidad objetiva reconoce un marcado sentido social, por lo que para ceder, por configurarse algunas de las causales eximentes legalmente previstas, se requiere una prueba certera y contundente, ya que el factor objetivo riesgo debe cesar en casos excepcionales (conf. C.Civ.Com.Morón, Sala 2ª., 15/07/96, Juba B2351084).

Lo hasta aquí expuesto me conducen a no admitir la queja en cuanto no ha acreditado que las cosas que causaron el daño hayan sido usadas contra la voluntad del empleador o que el daño se haya debido al hecho de un tercero por quien no deba responder.

Veamos ahora la causal de exoneración que se esgrime en el agravio: la culpa de la víctima.

He de coincidir con mi colega Dr. Vivas en que esta causal no fue planteada al contestar la demanda y recién hace su aparición de la mano de la quejosa al expresar sus agravios. De todos modos y conforme también lo ha explicado debidamente mi colega preopinante, la acreditación de la misma

constituye un hecho que debe necesariamente analizar el Tribunal, por cuanto no estamos ante una defensa o excepción sino ante un factor que repercute directamente sobre el vínculo causal.

Sabemos que si el "hecho de la víctima" ha sido la causa del daño, ello configura una causa de exoneración para el presunto responsable, pues se trata de un caso fortuito. Es que la llamada "culpa de la víctima" no implica una deliberada intención de sufrir el daño, pues refiere a una conducta de tales características que lleve necesariamente a sufrir el daño en circunstancias que se aproximan al caso fortuito e interrumpe de ese modo la relación de causalidad establecida por ley (conf. CNCiv., Sala B, 20/03/2000, LL 2000-D, 871).

No advierto que de las probanzas de autos se encuentre realmente acreditado que en este caso el actor ha contribuido a causar su propio daño y que por ello no haya responsabilidad imputable a su empleador. De la prueba testimonial no surge que el actor recibiera los protectores necesarios y la capacitación específica y que directamente no utilizara protección y desoyera abiertamente las órdenes de cuidados necesarios que debía cumplimentar mientras trabajaba para la empleadora. Es que la culpa de la víctima, para funcionar como eximente total o parcial de la responsabilidad del autor del daño o de su principal, no puede estar referida a una imprudencia en abstracto o genérica, sino en relación concreta con el tipo de hecho generado por el victimario, pues sólo cuando ese hecho es previsible puede considerarse que existe la adecuada relación de causalidad que es presupuesto necesario de la culpa (conf. C.Civ.Com.San Martín, Sala 2ª., 15/12/94, Juba B2000554). Por otra parte, tratándose de una responsabilidad objetiva -conforme ya lo he referido supra-, no queda liberado de responsabilidad el dueño o guardián de la cosa riesgosa aun cuando existiese una conducta no reglamentaria por parte de la víctima, pues concierne a aquél demostrar que medio culpa de esta última, y en

grado suficiente para cortar el nexo de causalidad entre la actividad y el perjuicio, debiendo aparecer esta culpa como única causa del daño (conf. CNCiv., Sala B, 07/03/06, "Altamirano", LLOnline).

La eximente en tratamiento no ha resultado acreditada en autos por parte de la empresa demandada y de allí que no corresponda admitir su queja en este punto. Es mi voto.

2.2) La fijación de un monto único como indemnización.

Se agravia la demandada porque la sentencia ha determinado como resarcimiento total la suma de $ 69.000.- sin establecer concretamente dentro de los rubros reclamados el monto que asigna a cada uno de ellos: daño material, gastos, lucro cesante, daño moral. Afirma que ello atenta contra cualquier derecho de defensa porque impide a esta parte analizar los parámetros que ha utilizado y poder señalar si los mismos se ajustan a derecho o no.

Advierto que no se agravia la quejosa por el importe indemnizatorio sino por la falta de discriminación de los rubros. Queda en claro, por lo expuesto, que el monto de la indemnización ha sido consentido por la recurrente.

Teniendo en claro que el monto indemnizatorio está firme, no advierto dónde radica su alegado atentado contra su derecho de defensa (lo que tampoco explica, ni demuestra en su queja). Es de advertir también que la sentencia ha fijado la indemnización por el "daño total" ocasionado al actor en la suma de $ 69.000.- (conf. fs. 377 vta. in fine); por lo tanto, no advierto dónde radica el estado de indefensión dado que bien pudo la apelante plantear las quejas que considerara pertinente sobre el monto fijado, el cual es comprensivo de todo "el daño" inferido al reclamante. Además, nada ha dicho y acreditado la empleadora con respecto a que se hubiesen

indemnizado daños no acreditados durante el proceso y que ello invalidara la decisión en crisis.

De conformidad con lo expuesto, la queja no constituye un agravio digno de evaluación por esta Alzada y de allí que el recurso deviene desierto en este punto (arg. arts. 268, 269 CPCC).

2.3) <u>Consideración de las dificultades del actor para reinsertarse laboralmente</u>.

Se agravia la demandada porque la sentencia tuvo en consideración la supuesta dificultad del actor para reinsertarse laboralmente. Agrega que se acreditó que el actor no ha tenido inconvenientes en reinsertarse en el mercado productivo al trabajar en empresas de turismo.

Debo decir que en ningún momento explica la quejosa en qué radica el agravio que le ha causado la sentencia al decidir como lo ha hecho en este punto. La postura de la queja se desvanece no sólo ante la carencia de un agravio claro y concreto sino, además, porque el monto indemnizatorio para la reparación de los daños ha sido consentido por la demandada.

Tampoco explica la queja cuál sería la diferencia al resolverse el fondo de la cuestión, al no tenerse en cuenta las dificultades para reinsertarse el actor laboralmente.

Por lo tanto, es evidente que no hay aquí agravio atendible, lo cual conduce a declarar desierto el recurso en este punto (arts. 268, 269 CPCC).

2.4) <u>El no tratamiento de la responsabilidad de la ART</u>.

Se agravia la demandada porque la sentencia en crisis resolvió no tratar la responsabilidad de M. A. ART S.A., a pesar de la citación en garantía solicitada oportunamente. Afirma que no haber resuelto este punto implica negación de justicia para su parte, toda vez que interesa que la misma responsa en la medida del seguro contratado.

La sentencia ha establecido que la actora solicitó la citación de la ART, pero omitió imputarle responsabilidad a la aseguradora como sujeto de aplicación del art. 1074 del Cód. Civil, por la supuesta omisión en el cumplimiento del deber de prevención y control de los riesgos del trabajo que imponen los incs. 1 y 2 apart. 4° del art. 4 LRT. Es por ello que la a quo decidió que no existiendo imputación de responsabilidad de la parte de la ART, ni omisión culposa que pueda conducir a la aplicación del art. 1074 del Cód. Civil, no correspondía pronunciarse sobre la misma.

Lo que se advierte de la queja es que la misma no ataca con solidez estas conclusiones de la sentencia de la inferior instancia, ni demuestra el error de la sentenciante al haber decidido de la forma en que lo hizo en este punto.

A lo dicho, corresponde agregar que tanto la parte actora (fs. 63 vta.) como la demandada (fs. 116 vta.), solicitaron la *"citación en garantía"* de la ART, cuando es sabido que esta citación no está prevista en la L.R.T. sino en la Ley 17.418. Por lo tanto, no se advierte el error de la sentenciante al no haber resuelto lo atinente a la responsabilidad del asegurador, cuando el carácter en que fuera solicitada su citación no está encuadrada en la normativa de la L.R.T.

La misma demandada sostiene que le interesa que el asegurador responda en la medida del seguro contratado y es precisamente dicho seguro el que no contempla la *"citación en garantía"* del asegurador que su parte solicitara.

Por lo expuesto, el agravio no puede ser admitido.

2.5) <u>La nulidad del despido</u>.

Agravia a la empleadora el decreto de nulidad del despido por entender que el mismo obedeció a una causa discriminatoria.

He destacado ya que en el voto precedente el Dr. Vivas ha referenciado los agravios de la recurrente y de allí que no resulte necesario su reiteración aquí.

En el derecho interno, y en un todo de acuerdo con las normas internacionales, el art. 1 de la Ley 23.592 establece una directiva general destinada a proteger el pleno ejercicio, "sobre bases igualitarias", de los derechos y garantías consagradas constitucionalmente, pues permite obligar a quien, por cualquier medio, vulnere o menoscabe esos derechos, a dejar sin efecto el acto discriminatorio y, además, a reparar el perjuicio material o moral sufrido por la víctima. Es claro que esta norma se refiere a todos los derechos y garantías fundamentales de raigambre constitucional y que, por lo tanto, resulta de aplicación a las relaciones laborales.

En este contexto, ante un accionar discriminatorio por parte del empleador ya sea por cuestiones raciales, religiosas, de nacionalidad, ideológicas, gremiales, sexuales, sociales, económicas o físicas resulta plenamente aplicable la Ley 23.592 y, en consecuencia, al trabajador le asiste el derecho a solicitar y obtener la reparación de los daños y perjuicios sufridos (conf. PIROLO, M.A., "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho del Trabajo - Relaciones Individuales", T.I, pág. 619 y sigs., ed. La Ley). Existen ciertos casos -como el presente- en los cuales el trabajador solicita la nulidad del despido considerado discriminatorio y peticiona, en consecuencia, la reinstalación en su puesto de trabajo.

Sin perjuicio de las particularidades del caso en tratamiento, tengo en cuenta que uno de los supuestos que da lugar a planteos vinculados a ciertos casos de discriminación tiene que ver con los problemas de salud. "*…A nuestro entender, la mera circunstancia de que el trabajador haya padecido una enfermedad -máxime cuando no reviste carácter infecto-contagioso y de que, inmediatamente después de otorgada el alta médica hubiera sido despedido, no evidencia -por sí sola- un acto de discriminación por cuanto el sistema de*

estabilidad impropia de la Ley de Contrato de Trabajo, prevé esa posibilidad, una vez agotados los períodos de licencia por enfermedad. En concreto, cuando el empleador dispone el despido del trabajador una vez obtenida su alta médica laboral -es decir, luego de vencido el período de protección legal previsto en el art. 208 y conc. de la L.C.T- tal decisión no denota por sí sola un accionar discriminatorio; y, obviamente, queda a cargo del trabajador acreditar una razón objetiva que permita apreciar que la afección física o psíquica que padece pueda ser considerada el factor determinante de su despido…" (PIROLO, M.A., op. cit., T.I, pág. 621).

La cita doctrinaria que he transcripto, si bien no contempla exactamente el caso que aquí se ha planteado, marca una pauta de interpretación relevante en el tránsito hacia la búsqueda de la solución aplicable a la controversia en tratamiento.

Con respecto a la carga probatoria plasmada por la sentencia en crisis y que causa agravio a la empleadora, comparto la postura que sostiene que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de los derechos fundamentales, el trabajador tiene la carga de aportar un indicio de prueba dirigido a poner de manifiesto, el motivo oculto de aquél, para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal, le induzca a creer sobre su posibilidad, y una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la vulneración de derecho fundamentales (conf. CNTrab., Sala V, 14/06/06, La Ley, 2006-D, 217; DJ, 2006-3-880).

Conforme lo hasta aquí expuesto y los principios que juegan en estos casos, es para mí esencial que el trabajador (actor) produjera en autos alguna prueba que demuestre que su empleador -con anterioridad al despido- hubiera tomado conocimiento de su disminución auditiva y que su posterior despido hubiera obedecido a dicha circunstancia o enfermedad.

Es por ello que se ha resuelto que el trabajador que se considere discriminado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley antidiscriminatoria -raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.- deberá en primer lugar demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente por su índole de la animosidad alegada (conf. CNTrab., Sala II, 23/06/09, *"T., M.A. c/ Ecohabitat SA y Otro"*, LLOnline).

En el caso en tratamiento, la parte demandada ha dicho al contestar la demanda (fs. 107, in fine) que conocía la disminución auditiva del reclamante. No otro significado se acuerda a la expresión allí vertida, cuando dijo: *"…esta parte no niega el acaecimiento del accidente…"*, y así lo ha considerado la a quo en su sentencia.

La a quo evaluó luego la prueba testimonial. El testigo L. fue quien pidió la desvinculación del actor y de allí que -compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. Vivas en su voto precedente- no corresponde tenerlo en cuenta justamente por la circunstancia que acabo de apuntar.

Con respecto al otro testigo (S.), destacó la a quo que las causas que invocaba el actor para ausentarse eran por "enfermedad, accidente". Pero no he de coincidir con la sentenciante en este punto de su sentencia en crisis porque, para mí, no hay probanzas suficientes arrimadas a estos autos que permitan al menos presumir la existencia de un acto discriminatorio de la empleadora al despedir al actor.

Profundizaré mi posición. Es indiscutible que no surge de autos cuándo la empleadora tomó conocimiento de la enfermedad del actor y ello era fundamental acreditarlo para poder así evaluar si existió o no un acto de discriminación en contra del reclamante cuando se procedió a despedirlo.

Surge de la demanda la afirmación del actor en cuanto a que la demandada conocía su minusvalía desde el 12 de Enero de 2009, que fue la fecha en que realizó su envío postal a la ART, notificándole su dolencia. Pero he aquí que el despacho en cuestión fue remitido a la aseguradora y no a su empleador. Por lo tanto, cuando el actor expresa que la demandada conocía desde el 12/01/09 su dolencia, ello constituye sólo una afirmación sin sustento probatorio alguno. Por lo tanto, es evidente que corresponde concluir que no se encuentra acreditado en autos que la empleadora conocía la dolencia del actor desde el día 12 de Enero de 2009. Y la inevitable consecuencia de esta conclusión es que no surge de estos actuados que al producirse el despido del actor (el 27 de Febrero de 2009) la empleadora ya tenía conocimiento de su enfermedad. Afirmar que la demandada conocía la dolencia del actor es una cosa y afirmar que la conocía antes de proceder a su despido es otra totalmente distinta. De autos surge, conforme los términos de la contestación de la demanda, que la empresa conocía la dolencia, pero en modo alguno se acreditó que ese conocimiento existía con anterioridad a la decisión de despedir al dependiente. Es por ello que no es posible inferir aquí que la extinción del contrato de trabajo habría acontecido por la circunstancia denunciada al demandar.

No resulta fácil demostrar que tras un despido con una causal insuficiente se encierra la intención de despedir a un trabajador por ser portador, en este caso, de una dolencia o disminución auditiva. Es por ello, que resulta aplicable el aporte de indicios, elementos de prueba periféricos, análisis de conductas y comportamientos que llevan a la conclusión la verdadera intención del empleador. Es que el trabajador tiene a su cargo la prueba del acto o actos de discriminación que sufrió o padeció, para lograr articular las normas que admiten la reincorporación por tratarse de un despido inválido, o los daños y perjuicios, en especial el daño moral, si aspira a lograr una indemnización que compense el daño (conf. DE DIEGO, J.A.,

“Tratado del despido y otras formas de extinción”, T. III, pág. 210 y sigs., ed. La Ley).

Lo hasta aquí analizado me conduce a concluir que corresponde rechazar la pretensión del actor despedido, toda vez que no produjo prueba alguna que demuestre que el empleador -con anterioridad al despido- hubiera tomado conocimiento de la circunstancia de su dolencia auditiva y, menos aún, que su posterior despido hubiera obedecido a dicha enfermedad.

Y es aquí donde cabe resaltar lo expuesto al comienzo con respecto a que no cabe considerar discriminatoria la actitud del empleador aun cuando despida a su dependiente conociendo su enfermedad y luego de vencido el plazo de reserva del puesto. Si conociendo la enfermedad, no podría imputársele -prima facie- que ejerció una conducta discriminatoria, menos podría encuadrarse la conducta de despedir como ilegítima, cuando ni siquiera resultó acreditado que conocía la existencia de la enfermedad padecida por el dependiente cuando decidió resolver el vínculo.

En tanto no se acreditó que la enfermedad del trabajador accionante hubiera condicionado la voluntad de su empleador, ni surge probado que en forma contemporánea o anterior al distracto su empleador pudiera haber adoptado una actitud claramente destinada a castigar o reprimir al trabajador, resulta improcedente considerar que se trató de un despido discriminatorio.

Concretamente: el trabajador no produjo prueba alguna que demuestre que el empleador -con anterioridad al despido- hubiera tomado conocimiento de su dolencia y, menos aún, que el despido posterior hubiera obedecido a dicha enfermedad.

Es por lo hasta aquí expuesto y fundamentado que considero admisible el agravio en tratamiento, correspondiendo por ello revocar el pronunciamiento en crisis en cuanto ha decretado la nulidad del despido del actor por discriminatorio. Así lo voto.

3 – <u>Conclusión</u>

Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (arts. 268, 269 y 274 CPCC), los expuestos logran hacer mella en el decisorio apelado en los puntos relativos a la nulidad del despido, la reincorporación y reasignación de tareas y el pago de salarios devengados desde el 28/02709 hasta la reincorporación, que deben ser revocados; y confirmándose en todo lo que ha sido materia del recurso interpuesto.

4 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

Atento la revocación parcial del decisorio apelado, corresponde dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 282 del CPCC.

Teniendo en cuenta la solución final del proceso, comparto lo propuesto precedentemente por el Dr. Vivas en cuanto a que las costas de la primera instancia se impongan en el orden causado (art. 72 CPCC), no existiendo razones para modificar las regulaciones de honorarios practicadas en la anterior instancia, las cuales deben confirmarse.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada, atento la forma de resolverse el recurso interpuesto, deben ser impuestas en el orden causado (arg. art. 72 CPCC). Con respecto a la regulación de honorarios de los letrados actuantes por ante esta Alzada, corresponde realizarla en los porcentuales que propone el Dr. Vivas en su voto precedente por encontrarse ajustados a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis

VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 360/383. **CONSECUENTEMENTE**, confirmarlo en todo cuanto ha sido materia de agravio respecto de la enfermedad-accidente y revocarlo en todo cuanto ha sido materia de agravio del despido por causa de discriminación, dejándose sin efecto la nulidad decretada, reasignación de tareas y el reintegro de las sumas salariales.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, distribuyéndolas por su orden (art. 72, del CPCC), sin modificación en la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes practicada en esa sede.

3. IMPONER las costas de alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC);

4. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. D. R. G. L. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior y de la Dra. L. M. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere. (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

5. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de Villafañe no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de noviembre de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 360/383. **CONSECUENTEMENTE**, confirmarlo en todo cuanto ha sido materia de agravio respecto de la enfermedad-accidente y revocarlo en todo cuanto ha sido materia de agravio del despido por causa de discriminación, dejándose sin efecto la nulidad decretada, reasignación de tareas y el reintegro de las sumas salariales.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, distribuyéndolas por su orden (art. 72, del CPCC), sin modificación en la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes practicada en esa sede.

3. IMPONER las costas de alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC);

4. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. D. R. G. L. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior y de la Dra. L. M. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior. Todo ello, con más I.V.A., si procediere. (arts. 5, incs a), b) y c), 7, 9 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

5. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /13 SDL. CONSTE.