

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

CÁMARA CIVIL – SALA H

REC. N° 510.828 - "M., M. J. C/CITIBANK N.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS"

En Buenos Aires, a los 7 días del mes de abril de 2.009, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos "M., M. J. c/Citibank N.A. s/daños y perjuicios" y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 798/803)), que hizo lugar a la demanda por la cual el actor perseguía la indemnización de los daños sufridos por la supuesta conducta discriminatoria de la demandada, expresan agravios el actor (fs. 828/40) y la demandada (fs. 847/58). El primero contestó el traslado a fs. 865/75, mientras que a la segunda se le dio por perdido el derecho de hacerlo (fs. 886 y 891).-

Se agravia el actor, tras reseñar las circunstancias del caso, de que no se haya hecho lugar al reclamo indemnizatorio por daño material, a su entender pedido en la demanda. Considera errado el razonamiento del fallo en el sentido de que la petición no fue introducida en la litis. Sostiene que debió fijarse una indemnización por daño psicológico y tratamiento, y otra por lucro cesante, consistente en el posible ascenso al cargo de gerente y lo que hubiera percibido por tal función (\$8.000 o \$9.000 mensuales) durante un lapso considerable de tiempo (31 años). Además, considera insuficiente la suma fijada por la a quo en concepto de daño moral.-

Por su parte, la demandada se agravia de que se haya reputado que existió discriminación hacia el actor y, además, sostiene que al haberse acogido el demandante a un plan de retiro voluntario y haber percibido una indemnización, renunciando a cualquier otro reclamo, esta demanda sería inadmisibile.-

En cuanto a lo primero, sostiene que: a) la enfermedad recién la conoció en el año 2002;; b) le otorgó al actor varios préstamos; c) adoptó una política de contención; d) el banco tiene reglamentos de conducta que vedan las prácticas discriminatorias; e) el actor nunca formuló una denuncia; f) no debió invertirse la carga de la prueba; g) no hubo mala fe en la entrega del legajo; h) la prueba fue valorada parcialmente, en especial la testimonial; i) los informes psicológicos reflejan declaraciones del propio actor.-

Por razones lógicas, debo comenzar por el examen de los agravios vertidos por la demandada, esto es, establecer si el actor fue, o no, discriminado cuando trabajó para aquella y, en su caso, si el acogimiento al retiro voluntario le impide demandar los daños, total o parcialmente.-

Es un hecho no controvertido en esta instancia que el actor es homosexual y portador de HIV. Se desempeñó como empleado en la institución demandada desde el 18 de abril de 1994 hasta el 4 de abril de 2003. Tampoco se discute que tuvo diversos ascensos hasta marzo de 1998 en que quedó en el cargo de jefe de división de 1º hasta la oportunidad de su retiro. Su desempeño fue merecedor de diversos reconocimientos hasta aquella época, sin que obren menciones en su legado a partir de 1998. También se ha demostrado que el actor fue trasladado a distintas sucursales, así como que obtuvo diversos préstamos (hipotecarios y personales) por parte de la institución bancaria demandada.-

Lo anterior fue acreditado por la juez de primera instancia, sin que fuera objetado por la apelante, de modo que lo tengo por cierto. También debo aclarar que la a quo llegó a la conclusión de que la demandada tomó conocimiento de la enfermedad del actor aproximadamente en 1997 (ver fs. 800 vta), y no en 2002 como sostuvo la demandada en sus primeras presentaciones, y que esta conclusión se encuentra firme al no haber sido objeto de crítica alguna.-

Antes de examinar los agravios de las partes debo sentar mi posición sobre un tema que es cuestionado por la demandada. La juez de primera instancia, con cita -entre otros- de un precedente de esta Sala, resolvió que cuando se alega discriminación se invierte la carga de la prueba. La demandada al expresar agravios sostiene que debió el actor probar la pretendida conducta ilícita.-

Coincido con el fallo apelado. El actor acreditó ser homosexual, portador de HIV (dos causas que, lamentablemente, suscitan actitudes discriminadoras), haber trabajado para la demandada, y haber extinguido la relación laboral, especialmente cuando su empleadora estaba al tanto de su condición. Acreditados estos hechos, no dudo en reiterar en que el retiro del empleado debe presumirse un acto discriminatorio, salvo que el empleador pruebe que no fue así.-

Debe evaluarse la existencia de una presunción discriminatoria, si se está en presencia de una persona o de un integrante de un grupo que la realidad muestra que suelen ser objeto de discriminación.-

Luego, como sostuvo esta Sala en la causa "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.", del 16/12/2002, cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional. Se dijo también que "Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación

emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el "onus probandi" pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe (ver Kiper, Claudio, Derechos de las minorías ante la discriminación, 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla. En idéntico sentido, en España, la ley de procedimientos laborales de 1990 dispuso en su art. 96 que 'en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad' (4/9/2000, "S., J. O. c. Travel Club S.A.", mi voto, JA, 2001-II-462, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe).-

La Ley Nacional de Lucha Contra el Sida 23.798, de 1989, en su art. 2 prescribe que sus normas y las complementarias que se establezcan "se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda: a) afectar la dignidad de la persona; b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación". A ello debe sumarse también que no puede dejarse de lado la enorme evolución procesal existente sobre el tema de la carga probatoria. Así, se suele sostener que debe probar quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, que ya no se acepta quietamente la concepción que pone en cabeza del actor la prueba de los hechos que invoca y del demandado de aquellos por los que pretende excepcionarse, y que se sostiene también muchas veces que la prueba, que puede ser suministrada por cualquiera de las partes, puede perseguir la finalidad de satisfacer la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte.-

Sobre el caso puntual de quienes soportan esta enfermedad, ha dicho Wierzba que "la protección del trabajador despedido por causas relacionadas con su carácter de portador del VIH. -con o sin evolución hacia la enfermedad sida- ha sido garantizada pacíficamente por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Es que en tanto tal condición no lo inhabilite para prestar servicios eficientes en su puesto originario o bien en otro acorde con sus posibilidades al cual la empresa pudiere reasignarlo, el distracto normalmente se asociará a una actitud discriminatoria del empleador, por la estigmatización que supone la patología en cuestión. Dicha estigmatización parece surgir de una combinación de factores que rodean al virus: su carácter contagioso; el hecho de que la infección en

muchos casos se asocia a conductas culturalmente reprobadas como las que supone la vida sexual promiscua o el consumo de drogas por vía endovenosa; y la generación de una enfermedad de larga latencia, que se instala en forma silente, con evolución a cuadros de gran compromiso físico-psíquico hasta un desenlace que hasta hace poco tiempo resultaba casi siempre fatal. El prejuicio a su respecto no parece haber cedido significativamente en nuestro medio, a pesar de los avances científicos que permitieron prolongar el tiempo y la calidad de vida de los pacientes y tomar medidas simples y adecuadas para evitar la propagación del virus. (...) En estos casos las circunstancias en las cuales se produce el distracto suelen ser poco claras, pues existe conciencia sobre la ilegitimidad de la decisión del despido o no contratación, y sobre la exposición a reclamos que la misma supone. Y los jueces han tendido pacíficamente a hacer recaer sobre los demandados los efectos de tal falta de claridad" (HIV. y discriminación en el ámbito laboral, JA 2006-I-339).-

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente: "...Uno 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. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y 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... 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.-

"...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada... En un estudio general precedente, la Comisión ya tuvo ocasión de subrayar que, en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical... De todas estas consideraciones 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, y en todo caso la

duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, 'Estudio General de 1988 sobre Igualdad en el Empleo y la Ocupación')".-

Admitido lo anterior, los agravios expuestos por la demandada sobre el punto, y especialmente sobre la valoración que se hizo de la prueba, devienen insustanciales, ya que apuntan a demostrar lo que no se probó, cuando al mediar una presunción le incumbe a la apelante desvirtuarla. Si no lo consigue, la demanda debe prosperar. Esto significa que la demandada debe acreditar que hubo razones estrictamente objetivas para que el actor dejara de ascender a partir del momento en que era público su estado, que también razones puramente de mejor servicio justificaban su traslado de sucursal y, en definitiva, que el actor libre y voluntariamente quiso dejar la empresa y extinguir el vínculo laboral, sin sentirse presionado a causa de la discriminación.-

No obstante, es ilustrativo el legajo agregado por la demandada, luego de varias insistencias de parte de la juez de primera instancia. Aclaro que, como se resolvió, también la reticencia en presentar el legajo genera indicios o presunciones en contra de la demandada.-

Lo cierto es que su desempeño se evaluó anualmente, siempre favorablemente, hasta 1998. A partir de 1999 no hay en su legajo ninguna constancia, lo que suele ser muy llamativo e indica que algo varió en su carrera laboral.-

En el mismo sentido, la juez tuvo en cuenta las declaraciones de algunos testigos. Se trata de G. R. R. y P. F. (fs. 323 y 325), quienes trabajaron como empleadas del Citibank, y dieron cuenta de presiones de un gerente para que el actor dejara el Banco. La segunda de las nombradas dijo que la gerente de la sucursal Independencia se burlaba del actor por su condición sexual, lo que hacía delante de otros empleados y de clientes del banco.-

La demandada se queja de que se le haya asignado mayor valor a estas declaraciones que a las de los testigos por ella ofrecidos. Pero esto es lógico, si se advierte que los testigos propuestos por la demandada son sus empleados. Además, como ya adelanté, olvida la demandada que no basta con criticar la prueba que favorece al actor, sino que debe desvirtuar una serie de presunciones y de indicios que por distintos motivos aparecen en esta causa.-

En esta línea, la crítica que formula la demandada a las conclusiones obtenidas de lo informado por las dos psicólogas que trataron al actor, no favorecen su posición, pues -insisto- debe destruir la presunción que pesa en su contra.-

No obstante, en autos se expidió una perito psicóloga, quien también arribó a la conclusión de que el actor tuvo vivencias de discriminación en su ámbito laboral (ver fs. 393/4).-

El hecho de que el Banco tenga Códigos de conducta y reglamentos que vedan el maltrato, y que aludan a la posibilidad de hacer denuncias o reclamos, si bien saludable, no significa que el actor no haya sido discriminado. Por otro lado, no puedo soslayar que la discriminación suele ser encubierta, disimulada, solapada, nunca se discrimina -en principio- en forma clara y expresa.-

Tampoco la circunstancia de que el actor no haya presentado una denuncia ante las autoridades del banco significa, entonces, que no haya sido discriminado. Generalmente, quien se siente víctima por su condición, no quiere exponer la situación ni hacerla más conocida, máxime cuando está en juego su trabajo.-

Ya sostuvo esta Sala, hace unos años (4/9/2000, S., J. O. c/ Travel Club S.A., Lexis 0003/008202), que "... La gente no suele manifestar en sus búsquedas de trabajo aquellos datos que son innecesarios y que, a no dudarlo, pueden repercutir negativamente. En segundo lugar, y en esto creo que hay que detenerse, mal puede exigirse a una persona que revele un dato que puede ser causa de discriminación, esto es, un dato sensible".-

En suma, creo que es innecesario seguir valorando los argumentos de la demandada, pues al margen de pesar presunciones en su contra, considero que el actor acreditó las circunstancias invocadas en su demanda, mientras que la contraria no aportó elementos que induzcan a ver los hechos de otra forma.-

Propongo que se confirme la decisión apelada en tanto tuvo por acreditada la discriminación sufrida por el actor.-

Ahora bien, sostuvo la demandada, e insiste en esta instancia, en que al haber solicitado el actor su retiro voluntario y haber percibido una indemnización, a la vez que renunciado a formular reclamos posteriores, esta demanda resulta inviable. En subsidio, pide que se descuenta de la indemnización lo que el actor ya percibió.-

No comparto su planteo. Lo acordado y percibido entre las partes se refirió a la extinción del vínculo laboral, como podía haber hecho cualquier otro empleado. En cambio, en este juicio el actor demanda los daños sufridos por haber sido discriminado en la institución en la que trabajó, lo cual es ajeno a la indemnización ya percibida. Cabe observar que aun cuando no se hubiese extinguido el vínculo laboral, de todos modos el actor tendría derecho a exigir una indemnización por discriminación, pues eso surge de los principios generales y, expresamente, del art. 1º de la ley 23.592 (conf. Ferreirós, Estela, La discriminación en el trabajo y el derecho a ser reparado sin darse por despedido, Revista Doctrina Laboral, Errepar, Tomo XV, Agosto/01). De no ser así, sería siempre la misma situación para los empleados discriminados como para quienes no lo son; pero no puede el discriminado estar igual que quien no lo fue. Sería una extraña forma de reparación.-

También debo decir que la renuncia es de interpretación restrictiva, máxime cuando se trata de derechos fundamentales protegidos por la Constitución Nacional. Por ende, no puedo extender los efectos de aquella más allá de su texto: el actor renunció a reclamar cualquier otra indemnización causada por la extinción del vínculo laboral, nada más.-

En estas situaciones, cuando se acredita la existencia de discriminación, como bien explica J. Martínez Vivot, se puede promover la acción prevista en la ley 23.592, "sin pretender consecuencias laborales, que son ajenas en la circunstancia y perseguir... la sanción a la conducta discriminatoria, eventualmente en el fuero civil, ya que sólo el hecho tiene una conexidad laboral, que opera en otras circunstancias" (La discriminación laboral, p. 102, Bs. As., 2000).-

Se dijo en un caso en el que hubo discriminación que es procedente otorgar una reparación adicional a la del art. 245 de la ley de contrato de trabajo cuando el trabajador sufre un daño moral nacido de hechos distintos al despido, originado en hechos extracontractuales en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella, que serían indemnizables aún en ausencia de relación laboral y causados por un obrar culposo o doloso del empleador (Juzg. 1a Inst de Distrito en lo Laboral de 5a Nominación, Rosario, 22/6/2007, LA LEY 2007-F, 441). Claro que, en este caso y dada la índole de los agravios, alguna incidencia tiene, pues el actor no puede reclamar aquí -como ahora pretende- los daños vinculados a la posible chance de ascender en la empresa y obtener mayores ingresos, pues esa vía la cerró al optar por la indemnización prevista en las normas laborales (conf. Ferreiros, ob. cit.). Por lo tanto, lo que puede reclamar en este litigio es el daño moral sufrido por haber sido discriminado en su relación de empleo, con prescindencia de que este continúe o se haya extinguido (ver también por la admisión del daño moral: CNCiv., sala I, 3/4/1997, T., P. c. E. S. S.A., LA LEY 1997-D, 398, DJ 1997-3-112; sala C, 14/12/1999, "M., M. A. v. Bagley S.A. y otro s/daños y perjuicios"; sala F, 4/8/2005, F., V. H. v. Fiat Argentina S.A., JA 2006-I-334; CNTrab, sala III,16/5/2008, LA LEY 29/10/2008; sala II, 29/2/2008, LA LEY 4/7/2008; 4/12/2007, DJ 2008-II-929; sala V, 7/12/2007, DJ 2008-II-425; sala I, 28/12/2006, LA LEY 2007-B, 574; sala VI,13/12/2006, APF c. ARJ, La Ley Online; C 1a Civ y Com, Mar del Plata, sala II, 10/8/2000, LLBA 2001- 759, RCyS 2001-436; entre muchos otros), y algún daño material que no haya sido alcanzado por la indemnización voluntariamente percibida. Aun cuando diga que tal retiro voluntario en rigor no fue tan voluntario -es posible- y que se trató de un despido discriminatorio, lo cierto es que en tal caso debió pedir la nulidad del convenio y no lo hizo (conf. Ferreiros, ob. cit.). Sobre la posibilidad del trabajador de demandar, en caso de despido discriminatorio, la nulidad del despido y la readmisión al empleo, por ser ese el modo más idóneo y eficaz para garantizar in natura el contenido esencial del principio fundamental vulnerado, me remito al profundo voto de mi colega de la Cámara Nacional del Trabajo, Dr

Zas, para evitar extensas transcripciones (CNTrab., sala 5ª, 20/12/2007, RDLSS 2008-6-514).-

No se me escapa que en algunos casos resueltos por la Cámara Nacional del Trabajo se dijo que el hecho de haber percibido la indemnización tarifada por despido prevista en la ley de Contrato de Trabajo no impide reclamar, además del daño moral, el daño material sufrido por el despido discriminatorio. Aún aceptando este criterio, lo concreto es que en el caso no hubo un despido sino un retiro voluntario el que, como dije, no fue impugnado por el actor.-

De todos modos, la discusión es un tanto redundante, pues lo cierto -y así lo resolvió la a quo- es que el actor no formuló este reclamo en su escrito de demanda, sino que lo introdujo posteriormente (en el alegato). Puede verse que en el escrito de inicio, en el punto I titulado "Objeto", el actor manifestó: "que vengo a iniciar formal demanda por daños y perjuicios (daño moral y daño psicológico por discriminación)". Términos similares utilizó más adelante, y en parte lo reconoce ahora en su expresión de agravios. Es claro que el reclamo de lucro cesante, o de pérdida de chance, no fue introducido debidamente en esta litis.-

El hecho de que el art. 1º de la ley 23.592 permita en forma expresa reclamar tanto el daño moral como el material, no significa que el actor no deba formular el reclamo en su demanda y, en su caso, acreditar el daño sufrido. Es sabido, y en el caso lo admite la demandada, que en los supuestos de discriminación el daño moral surge in re ipsa, sin necesidad de mayores pruebas, pero no puedo decir lo mismo del daño material. No sólo no se presume, sino que es necesario, en primer lugar, pedirlo con cierta claridad, aunque no se precisen términos sacramentales, a los que no soy adepto.-

También dicha norma permite disponer el cese del acto discriminatorio, pero no puedo ir más allá de lo pedido en la demanda. Mal podría, en este caso, ordenar que la demandada restituya al actor en su puesto.-

Además, tampoco bastaría con que el actor dijera en su demanda que reclama la indemnización del "daño material", como sostiene ahora el apelante. Se requiere un poco más, una explicación fáctica de lo que se está exigiendo, y la prueba respectiva. Máxime cuando se reclama lucro cesante (ni mencionado en la demanda), donde la jurisprudencia suele ser más exigente. De no respetarse estos mínimos recaudos, como es sabido y mucho se ha escrito, se afectaría el derecho de defensa de la parte demandada, que también está protegido por el art. 18 de la Constitución Nacional.-

En cuanto al daño psicológico, sí reclamado expresamente en el escrito de demanda, no fue omitido por la a quo. Lo que ocurre es que fijó una indemnización de \$100.000 en conjunto para el daño moral y el psicológico; se lee en el fallo que la juez tuvo en cuenta ambos daños y que dicha suma es "por

los conceptos en análisis", esto es, en plural (ver fs. 802 vta). Que los haya valuado en conjunto y no por separado no es un perjuicio en sí mismo, ya que lo importante es que el monto se adecue a los perjuicios padecidos.-

En cambio, los gastos de tratamiento, no admitidos, no fueron reclamados en la demanda.-

Por último, en cuanto al monto de la indemnización, que suscita agravios del actor, como se ha dicho reiteradamente, es difícil valorar el daño moral. En el caso, considero que la cantidad fijada es razonable y prudente, y propongo que sea confirmada. Más aún, señalo que la suma es superior a la fijada en la mayoría de los pronunciamientos que antes cité y que tuve a la vista.-

Por todo lo expuesto, propongo que se confirme la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios; con costas de esta instancia a la demandada, sustancialmente vencida, máxime teniendo en cuenta que el recurso del actor no fue respondido. El Dr. Jorge A. Giardulli, por las consideraciones expuestas por el doctor Kiper, adhiere al voto que antecede.- Con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores Jueces por ante mi de lo que doy fe.-

FDO.: JORGE A. GIARDULLI - CLAUDIO M. KIPER.

El Dr. Jorge A. Mayo no firma el presente por hallarse en uso de licencia (Ac. 34/77 y 12/04 C.S.J.N.).-

///nos Aires, de abril de 2009.-

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: Confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios;; con costas de esta instancia a la demandada, sustancialmente vencida. Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase.-

FDO.: JORGE A. GIARDULLI - CLAUDIO M. KIPER.

El Dr. Jorge A. Mayo no firma el presente por hallarse en uso de licencia (Ac. 34/77 y 12/04 C.S.J.N.).-