



Los indicios: determinantes en materia de discriminación laboral

Carrera: Abogacía

Alumno: Odera Jesica

DNI: 34.092.305

Legajo: VABG66701

Año: 2023

Tema: Derechos fundamentales en el mundo del trabajo

Tutor: Nora Gabriela Maluf

Autos: A., L. F. c/ ADMINISTRAR SALUD SA s/DAÑOS Y PERJUICIOS

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", 2022

Sumario: I. Introducción. II. Reconstrucción de la Premisa Fáctica. III. Historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal IV. Análisis de la ratio decidendi. V. Análisis Conceptual. a) Sobre indicios y presunciones. b) Sobre la carga probatoria. VI. Postura de la autora. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

En la actualidad hemos progresado de manera favorable hacia una sociedad predispuesta a la inclusión, tolerancia y respeto de los derechos de los más vulnerables, sin embargo, falta un largo camino por recorrer.

“La discriminación es un fenómeno social que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 2018, p. 5). Entre los derechos humanos más comúnmente afectados nos encontramos con la discriminación en el ámbito laboral. Algunas de las causas de discriminación laboral más frecuentes son la edad, el género y las enfermedades de índole general.

Las personas que padecen de alguna patología crónica a menudo sufren una estigmatización que les impide progresar en su desarrollo profesional, económico y personal.

El fallo que se comentará a continuación nos muestra como este tipo de actos puede ocurrir en cualquier estadio de la relación laboral, incluso en la etapa precontractual.

A pesar de tener una vasta regulación en nuestro ordenamiento jurídico, sumado al compromiso por parte del estado para dar una respuesta adecuada a la problemática actual en la práctica los actos discriminatorios, no suelen darse de forma abierta, por lo que es difícil demostrarlos judicialmente. Muchas veces esta situación provoca lo que Alchourron y Bulygin (2012) denominan una *laguna de conocimiento*. En este tipo de lagunas lo que ocurre es que hay una dificultad probatoria, no por como esa prueba fue rendida sino por la relevancia que debería dársele.

Es aquí donde entran en juego el uso de herramientas llamadas indicios y presunciones. Ahora bien, ¿Qué es una presunción en términos jurídicos? ¿Cuál es el peso probatorio que tienen? Las respuestas a estos interrogantes llaman a la necesidad de

realizar un análisis más profundo y detallado acerca de la importancia que revisten en materia probatoria y su rol en el razonamiento del juzgador.

II. Reconstrucción de la premisa fáctica

El señor A., L.F. comparece ante el Juzgado 39 de Primera Instancia en lo Civil e interpone demanda de daños y perjuicios contra Administradora Salud S.A.

El actor sostiene que la demandada se contactó con él para un potencial puesto en el área de ventas de la empresa. Se concreta una entrevista con el jefe del sector y un examen psicotécnico. La empresa le informa vía mail que estaban conformes con su desempeño en las mencionadas etapas, le suministró el contrato de trabajo y se le informó los haberes que percibiría mensualmente. La última instancia de este proceso de selección eran los exámenes previsionales. Realizados los mismos, la empresa no volvió a contactarse con A.L. F.

El sujeto demandante dice ser portador de HIV y tiene la certeza que la raíz del no contacto y de su no contratación fue un hecho discriminatorio basado en los análisis preocupaciones, que además se hicieron sin su consentimiento. Ante la incertidumbre por su situación se contacta con la empresa y se le informa que no se lo contratará.

III. Historia procesal y descripción de la decisión del tribunal

Luego de que el Sr. A., L. F. se presentara ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n.º 39 promoviendo demanda contra Administrar Salud S. A., la jueza de 1.er instancia hizo lugar al pedido de la parte actora condenando a la accionada al resarcimiento por daños y perjuicios.

Ambas partes recurrieron la sentencia. La parte actora presentó su recurso cuestionando la insignificancia de los montos concedidos por daños psicológicos y morales.

Asimismo, la demandada fundó su recurso sosteniendo la arbitrariedad de la sentencia y su sustento en meras presunciones.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala “B” admitió ambos recursos. Los jueces decidieron por unanimidad. Declararon desierto el recurso de la demandada y confirmaron la condena de 1er instancia. Solo se modificó el importe del rubro daño moral reduciendo el monto, confirmando en todo lo demás que fuera materia de agravios.

IV. Análisis de la ratio decidendi

Los argumentos centrales sobre los cuales se apoya el tribunal para confirmar la decisión de la jueza a quo se basan en la inversión de la carga probatoria. El art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) (Ley n° 17.454, BO 07/11/1967) reza que la carga probatoria incumbe a quien afirma la existencia de un hecho controvertido.

En los actos discriminatorios la mayoría de la prueba más relevante se encuentra en dominio del autor de la discriminación, tampoco suele dejarse plasmada en documentos o informes escritos. Es probable que se encuentre encubierta y disimulada. Razón por la cual en materia discriminatoria la carga de la prueba recae sobre la parte demandada. Es decir, la accionada debe probar que no discriminó, aportando toda la prueba necesaria para desmentir a la parte actora. En este fallo fue de suma relevancia la aplicación del art. 163 en su inc. 5 que reza:

Los fundamentos y la aplicación de la ley.

Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. (Art. 163, inc. 5, Ley 17.454)

La accionada no pudo probar eficazmente que, luego del avance del proceso de selección, su silencio obedeció a razones ajenas a cuestiones discriminatorias.

Los indicios y presunciones en controversias en las cuales están involucrados actos discriminatorios forman parte del andamiaje utilizado por el tribunal para desenmascarar este tipo de hechos.

Si bien no quedó demostrado que la no contratación de A., L. F. se debió a su condición de portador de HIV, la prueba rendida ofreció indicios suficientes de que se trató de un acto discriminatorio.

Es por estas razones que el tribunal analizó cuidadosamente las actitudes adoptadas por la accionada y luego de haberlas estudiado minuciosamente pudo arribar a una convicción suficiente para confirmar la sentencia de la jueza *a quo*.

No es menos interesante el argumento vertido por el tribunal el cual le otorga más relevancia al derecho a no ser discriminado por sobre el del empleador para elegir al personal que trabajara para la empresa. El tribunal considera que si bien la ley le otorga un marco de discrecionalidad, lo considera en esta situación en particular exacerbado.

V. Análisis conceptual

El convenio N.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo sostiene que discriminación es “Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.” (art. 1, inc. a).

A su vez el art. 17 de la ley de contrato de trabajo “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.” (Ley 20.744, BO 29/09/1974).

En litigios en los cuales se discuten la existencia de prácticas de índole discriminatorias la evidencia empírica es notoriamente difícil de recopilar, ya que estos actos tienden a estar ocultos y disimulados.

Retomando el problema de prueba, podemos decir que ocurren cuando no es posible la subsunción de un hecho individual al hecho general. Hay determinadas características del hecho que desconocemos o en palabras de los autores Alchourron y Bulygin:

Las dificultades de la clasificación o subsunción de un caso individual pueden originarse en dos fuentes distintas. La primera es la *falta de información acerca de los hechos del caso*. Frecuentemente ignoramos si un hecho concreto (caso individual) pertenece o no a una clase (caso genérico), porque carecemos de la información necesaria; hay algunos aspectos del hecho que desconocemos y esa falta de conocimiento es lo que provoca la dificultad de clasificar el caso. (Alchourrón & Bulygin, 1987, p. 57)

La falta de conociendo empírico dificulta la tarea del magistrado a la hora de sentenciar. El recurso que parece ser el más adecuado es el uso de indicios y presunciones. Estas herramientas “permiten al juez suplir su falta de conocimiento de los hechos” (Alchourrón y Bulygin, 1987, p.57).

a) Sobre indicios y presunciones

Según el diccionario jurídico se llama indicio a toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga, y que de algún modo permite inferir su existencia o modalidades (Zwanck, 1967). En tanto se asume que una presunción constituye el “modo de razonamiento jurídico en virtud del cual del establecimiento de un hecho se infiere otro hecho que no se demuestra” (Guillien & Vincent, 1988, p. 307)

Afirma Devis Echandía (1988) que la presunción consiste en: “...un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre)” (p. 694).

Evidente que la presunción resulta de una inferencia formulada por el juez, que llega a una conclusión sobre el hecho a probar (el «hecho ignorado») partiendo de un hecho ya conocido o probado (el «hecho conocido»), que sirve de premisa para un razonamiento, a menudo basado en máximas de experiencia. (Taruffo, 2002, p. 471)

Es decir, indicios tales como la conducta de las partes pueden llegar a tener un efecto en la apreciación de las pruebas rendidas y de esa manera llevar al juez al convencimiento de la existencia o no de un determinado hecho.

b) Sobre la carga de la prueba

Nuestro máximo tribunal de justicia ha adherido a la corriente internacional de invertir la carga probatoria a favor de la víctima de discriminación. Esto queda en evidencia en fallos como Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo. La Corte sostuvo que, “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” (CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”, Fallos: 334:1387, 15/11/2011), Consid. 11°).

Continuando la misma línea en Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido”, “pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos” (CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/

Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido”, Fallos: 344:1336, 10/06/2021, Consid. 3°).

En el caso bajo estudio la Cámara mantiene la misma postura que la Corte “se considera que cuando una persona invoca un supuesto de discriminación, como en el caso, se invierte la carga de la prueba” (CNAC, Sala B, “A. L. F. c/ Administrar Salud S.A. s/ Daños y Perjuicios”, Causa 15841/2017, 2022, Consid. VI. a).

En nuestra provincia de Córdoba Tribunal de la Sala Novena de la Cámara Única del Trabajo, manifestó que en post de “facilitarse o aliviarse en favor de quien alega ser víctima de un acto de esa naturaleza la carga de la prueba de tal extremo” la carga de la prueba debe recaer sobre quien está acusado del actuar discriminatorio (Cámara del Trabajo, “Z., P. M. c/ Distribuidora de Gas del Centro SA - Ordinario – Despido”, 2022)

En otras palabras existe un consenso a nivel judicial en que la inversión de la carga probatoria logra de un proceso más equitativo, puesto que a la hora de presentar pruebas la parte empleadora suele estar en mejores condiciones de hacerlo.

VI. Postura de la autora

El principio de igualdad contenido en el art. 16 de nuestra Carta Magna sostiene un trato igual en iguales condiciones. Esto no implica que todo trato desigual constituirá un trato discriminatorio.

El empleador suele encontrarse en una posición dominante, contar con mejores recursos económicos. En palabras de Taruffo (2002) "peligro concreto es que la "verdad" sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante" (p. 14). La ley no desconoce esta situación y a través de diversas leyes procesales logra otorgarle al trabajador un marco protectorio.

Procesalmente el juez cuenta con varias herramientas procesales para desenmascarar este tipo de conductas. Además de los instrumentos abordados a lo largo del presente trabajo, el magistrado cuenta con el principio protectorio contenido en la LCT, según el cual en caso de duda acerca de la norma aplicable el favor debe estar del lado del trabajador.

Sin embargo tampoco hay que ignorar el hecho de que un exceso en las garantías del proletario implicaría un trato desigual también para el empleador.

La situación en cuestión también provoca una pugna entre derechos contenidos en nuestra Carta Magna.

La defensa irrestricta de cada uno de los derechos en juego, provoca una colisión de derechos constitucionales, por cuanto concurre por un lado el de igualdad y de prohibición de discriminar a favor del trabajador o quien aspira a serlo (art. 16 Constitución Nacional), y por el otro, el de propiedad y el de contratar libremente que asiste al empresario (arts. 14 y 17 ídem). (González & Papo, 2008, p.5)

La ley de contrato de Trabajo le otorga al empleador un marco de discrecionalidad para elegir el personal de su empresa acorde según la idoneidad requerida para el puesto de trabajo, pero esto no implica un uso abusivo y lesivo de los derechos de los terceros de esa facultad.

Siempre debe privilegiarse la dignidad de la persona humana como condición esencial para lo que es la construcción de todos los derechos fundamentales (González & Papo, 2008).

En el fallo analizado podemos ver como el hecho discriminatorio se dio en el ámbito de una entrevista de trabajo. Es acertado afirmar que no se pudo comprobar que el hecho discriminatorio se originó en la condición del actor como portador de HIV. Sin embargo, el actor manifestó que una empleada de recursos humanos le informó que la empresa no contrataba personal con anemia ferrosa, diagnóstico obtenido de los análisis preocupacionales. Esto sumado a las actitudes de la demandada originó serios indicios de discriminación por enfermedad.

Cada caso en particular requiere de un desmenuzamiento por parte del juez del contexto en el cual la situación se produce. Considero acertada la sentencia de la Cámara y correcto el uso de las herramientas mencionadas supra. Sin embargo, también veo la necesidad de estudiar con mayor detenimiento el peso de las presunciones en el razonamiento lógico del juez en miras de ponderar la seguridad jurídica de ambas partes.

VII. Conclusiones

La discriminación es una de las problemáticas que puede ocurrir en cualquier escenario de nuestra vida cotidiana, sin embargo suele ser más recurrente en el ámbito laboral. A lo largo de este trabajo se analizaron las diferentes herramientas que otorga

nuestro ordenamiento jurídico en miras de poner en situación de igualdad a la víctima de actos discriminatorios. Se mencionó el desafío que implica demostrar judicialmente este tipo de hechos. También se estudió la postura de nuestro máximo tribunal de justicia al respecto en consonancia con la jurisprudencia internacional.

Las lagunas de conocimiento pueden manifestarse en cualquier proceso judicial, por lo cual el correcto uso de los indicios y presunciones promete dar una solución óptima independientemente de la materia que se trate.

Si bien hemos avanzando en el desarrollo de herramientas procesales más justas, la aplicación de las mismas quedará en manos del magistrado el cual deberá analizar y escudriñar cada caso en particular. Ya que, como se mencionó anteriormente no todo trato desigual implicará un trato discriminatorio.

Del estudio de la ratio decidendi surge lo determinante que fue, en este fallo particularmente, el silencio de la accionada para llegar a la convicción necesaria tanto de La Cámara como de la magistrada a quo.

Podemos concluir que existe una necesidad a nivel doctrinal de desarrollar más profundamente los alcances y límites de estos instrumentos, puesto que, de hacer un mal uso de los mismos se pondría en riesgo la seguridad jurídica de todo el ordenamiento.

VIII. Referencias bibliográficas

Doctrina

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: ed. Astrea.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. (2018). *El derecho a la no discriminación*. Recuperado el 27 de 06 de 2023, de <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/21-Discriminacion-DH.pdf>

Devis Echandiá, H. (1988). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Zavalia.

Guillien, R., & Vincent, J. (1988). *Diccionario jurídico*, 2da. ed. París: Dalloz.

González, Liliana Noemí; Papo, Lura Etel. (Marzo de 2008). *Derechos en conflicto: el derecho a la salud del trabajador y la libertad de contratar del empleador*. *SAIJ*, pp.1-5. Obtenido el 10 de 05 de 2023, de <http://www.saij.gob.ar/liliana-noem->

[gonzalez-derechos-conflicto-derecho-salud-trabajador-libertad-contratar-
empleador-dacf080012-2008-03/123456789-0abc-defg2100-80fcanirtcod](https://www.gonzalez-derechos-conflicto-derecho-salud-trabajador-libertad-contratar-empleador-dacf080012-2008-03/123456789-0abc-defg2100-80fcanirtcod)

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Zwanck, C. A. (1967). Voz "indicios", Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XV. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Legislación

Ley n° 17.454, (1967). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (BO 07/11/1967). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.

Ley n° 20.744, (11/09/1974). Ley de Contrato de Trabajo. (BO 27/09/1974). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.

Ley n° 23.592, (23/08/1988). Actos discriminatorios. (BO 05/09/1988). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.

Ley n° 24.430, (15/12/1994). Constitución Nacional Argentina. (10/01/1995). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.

Organizacion Internacional del Trabajo. (1958). *Convenio sobre la Discriminacion (empleo y ocupación)*. Ginebra. Obtenido el 14 de 04 de 2023, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1210_0_Ilo_Code:C111.

Jurisprudencia

CNAC, Sala B, “A. L. F. c/ Administrar Salud S.A. s/ Daños y Perjuicios”, Causa 15841/2017 (2022).

CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido”, Fallos: 344:1336 (10/06/2021).

CSJN, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”, Fallos: 334:1387 (15/11/2011).

CT, Sala 9, “Z., P. M. c/ Distribuidora de Gas del Centro SA - Ordinario – Despido” S. 417, (2022)