

CONTRATO DE TRABAJO. PERIODO DE PRUEBA. EXTINCION DEL  
CONTRATO. DISCRIMINACION POR RAZONES DE SALUD. IGUALDAD  
LABORAL DEL TRABAJADOR DIABETICO (L. 23753)

Sendoya Josefina O. c/ Travel Club S.A - CNCIV

Sala H - 9/4/2000

Fuente Errepar

09/01

La discriminación, totalmente voluntaria, generalmente es intencional y dolosa. Es la ruptura voluntaria de la igualdad (del voto del Dr. Kiper).

Si se tiene en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional, cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el "onus probandi" pesa sobre el empleador (del voto del Dr. Kiper).

Como la ley 23753 no considera al padecimiento de diabetes como un obstáculo para el trabajo, el trabajador no tiene necesidad de manifestar la existencia de la enfermedad (del voto del Dr. Kiper).

No puede exigirse a una persona que resuelve un dato que puede ser causa de discriminación, es decir, un dato sensible (del voto del Dr. Kiper).

Cuando se acredita la existencia de discriminación se puede promover la acción prevista en la ley 23592, 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 (del voto del Dr. Kiper).

Al existir un derecho fundamental a no ser discriminado y al ser el acto discriminatorio un acto prohibido por las leyes, aquí habrá ilicitud y el afectado, además de requerir la cesación de los actos de tal naturaleza, en caso de haber sufrido un daño se encuentra habilitado para demandar su reparación. El perjuicio patrimonial constituye un daño patrimonial indirecto ya que repercute sobre el patrimonio como reflejo de una lesión a un derecho personalísimo; el daño moral es directo, porque afecta a las personas en sus derechos y facultades (del voto del Dr. Kiper).

La circunstancia de que la trabajadora sea despedida por diabetes durante el período de prueba no mejora la situación del empleador, pues lo que se juzga es la existencia de un acto discriminatorio que es prohibido por la ley, y en consecuencia, ilícito (del voto del Dr. Kiper).

La única forma de que el empleador justifique que la diabetes padecida por el trabajador es invalidante es a través del dictamen en ese sentido de las juntas médicas previstas por el artículo 3º de la ley 25753, pues la ley no dispone ese procedimiento con carácter facultativo sino que lo hace con carácter obligatorio (del voto de la Dra. Gatzke Reinoso de Gauna).

De encontrarse la causa del comportamiento mendaz de la trabajadora -que ocultó la diabetes en oportunidad de completar la planilla de datos personales del examen preocupacional- en el temor a una posible actitud discriminatoria por parte de la futura

empleadora, contaba aquélla con el procedimiento instaurado por la ley 23753, que pone a disposición del interesado un mecanismo dirigido al esclarecimiento de la situación en el ingreso laboral a causa del padecimiento de diabetes, mediante la intervención de una junta médica en el ámbito del Ministerio de Salud (del voto en disidencia del Dr. Achával).

El mecanismo contemplado en el artículo 3° de la ley 23753 ha de ser, lógicamente, instado por el interesado, que no es otra persona que aquel para cuya protección fue ideada la norma (del voto en disidencia del Dr. Achával).

## SENTENCIA

Buenos Aires, 20 de setiembre de 2000

El doctor Achával dijo:

Contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda y condenó a la parte demandada a resarcir los daños que se derivan del hecho ilícito de que se trata, se alzan ambas partes, quienes por los motivos que exponen en sus presentaciones de fojas 263/4 -parte actora- y de fojas 266/75 -parte demandada-, intentan obtener la modificación de lo resuelto. Luego del adecuado traslado de las quejas, queda la cuestión en condiciones de dictar sentencia.

La parte demandada se agravia de la admisión de la demanda que se decide en la sentencia en recurso, exponiendo argumentos en virtud de los cuales este tribunal deberá disponer el rechazo de la misma. La parte actora, así como también la demandada, se quejan de la suma indemnizatoria dispuesta en concepto de daño moral, solicitando su elevación en esta instancia.

Comenzaré el tratamiento de las quejas por aquélla planteada por la parte demandada, adelantando, desde este momento, que el rechazo de la demanda que se propicia habrá de tener favorable acogida; ello por los motivos que siguen a continuación.

Basa la recurrente sus consideraciones, en primer lugar, en la circunstancia de haber ocultado la actora deliberadamente su condición de diabética al completar el registro de historia personal para la demandada. Esta circunstancia le impide, según afirma la recurrente, considerar la posibilidad de tomar en un puesto a quien falta a la verdad.

Luego, en segundo lugar, manifiesta que la actitud mendaz de la reclamante versó también sobre la afirmación que efectuó aquella parte acerca de haber finalizado la carrera de licenciatura en turismo, cuando, en realidad, sólo había cursado el total de las materias comprendidas en el plan, restándole aún rendir exámenes finales.

Ambas circunstancias han quedado debidamente acreditadas en autos.

En efecto, de la documental de fojas 136/7, surge que Sendoya, al requerírsele información acerca de su estado de salud a fin de llevar a cabo el examen preocupacional, omitió declarar que padece de diabetes; enfermedad que no desconocía padecer a tenor del contenido del certificado emitido por su médico personal, doctor F. P.

Luego, y a pesar de los esfuerzos interpretativos de la documental de fojas 61 que efectúa la accionante al absolver posiciones, es claro que la declaración contenida en el rubro "Educación" en la parte que se solicita se consigne "Título, certificado o último año aprobado", no permite dudar acerca de que la declarante ha obtenido efectivamente el título de licenciada en turismo, manifestación que no coincide con el hecho de haber terminado de cursar restando aún rendir exámenes finales.

La intención de restar mérito a los hechos descriptos con fundamento en la extemporaneidad de su planteo por la demandada no posee, a mi entender, suficiente andamiaje.

En efecto, la oportunidad en la que la demandada invoca las circunstancias descriptas, y que se relacionan, en concreto, con una actitud mendaz de la actora respecto de su parte ocurrida en el inicio de una relación laboral, no posee relevancia alguna frente a la contundencia de la prueba respecto de los hechos alegados.

La conclusión expuesta no se modifica por los términos de la carta documento cuya copia obra a fojas 20, donde no existe alusión alguna a las circunstancias antedichas. Ello no puede ser de otra manera a poco que se advierta que la situación de la demandada no puede ser más perjudicial habiendo contestado la comunicación que le cursara la actora, que si hubiera omitido hacerlo, desde que en este último supuesto contaría la empleadora con la libertad de hacer valer todo argumento como causa de la finalización de la relación laboral.

No encuentro justificativo para la actitud de la actora consistente en el ocultamiento de su enfermedad en la planilla de datos personales del examen preocupacional. De encontrarse la causa del comportamiento mendaz en el temor a una posible actitud discriminatoria por parte de la futura empleadora, contaba la accionante con el mecanismo instaurado por la ley 23753, que pone a disposición del interesado un mecanismo dirigido, mediando la intervención de una junta médica en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social, al esclarecimiento de la situación de quien entiende haber sido discriminado en el ingreso laboral a causa de su enfermedad (art. 3°).

En efecto, la norma en cuestión dispone que: "El Ministerio de Salud y Acción Social dispondrá la constitución de juntas médicas especializadas para determinar las circunstancias de incapacidad específica que puedan presentarse para el ingreso laboral, así como para determinar incapacidades parciales o totales, transitorias o definitivas, que encuadran al diabético en las leyes previsionales vigentes y en las que, con carácter especial, promueva el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo a la reglamentación".

El artículo transcrito, viene a completar y reglamentar en tanto fija las condiciones de ejercicio, al artículo 2° de la ley 23753, en tanto dispone que: "la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público, como en el privado".

El mecanismo instituido, persigue claramente una finalidad protectora respecto de quienes pueden ser objeto de discriminación por el mero hecho de padecer la enfermedad de que se trata -diabetes-, por lo que el mecanismo contemplado ha de ser,

lógicamente, instado por el interesado, que no es otra persona que aquel para cuya protección fue ideada la norma.

No obsta a la conclusión que antecede, la lectura que se hace de la carta documento cuya fotocopia obra a fojas 20, desde que el mecanismo legal descripto opera, justamente, en aquellos casos en que el interesado en iniciar una relación de trabajo es discriminado por razón de su enfermedad.

A mérito de las consideraciones que anteceden, propongo al acuerdo hacer lugar a los agravios, revocando la sentencia en recurso y disponiendo el rechazo de la demanda. Con costas de ambas instancias a la parte actora vencida. Así voto.

El doctor Kiper dijo:

Lamento tener que disentir con el voto de mi distinguido colega, el doctor Achával, pero considero que la demanda promovida debe tener favorable acogida, como lo hizo el juez de primera instancia.

De acuerdo a las constancias de autos la actora promueve esta demanda con el objeto de tener una indemnización por haber sido contratada por la demandada y luego sufrir la ruptura del contrato de trabajo, por el hecho de ser diabética. La otra parte niega los hechos, y argumenta que no contrató a la demandante -no obstante reconocer que trabajó dos días- por haberle ocultado información, en especial acerca de la existencia de la enfermedad y, además, en lo relativo a su diploma de licenciada en turismo. Concluye, lo que reitera en su expresión de agravios, que ante la omisión de ciertos datos, la actora no era digna de confianza.

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" - Bs. As. - 1999, y especialmente págs. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de Estados Unidos, de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe mostrar 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 artículo 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".

Sin perjuicio de la referida presunción, que obligaría al demandado a probar que no incurrió en discriminación para liberarse de su responsabilidad, lo cierto es que en autos la prueba es explícita y emana del propio involucrado. En efecto, puede verse en autos que Travel Club SA le envió una carta documento a la actora cuyo texto dice: "Habiendo concurrido los días 2 y 3 de mayo de 1996, a desarrollar ta-reas 'a prueba' y

sujetas a la aprobación de los exámenes médicos preocupacionales el día 6 de mayo de 1996 se notificó ante el centro médico 'Alfa' que no se le otorgaba el apto médico por padecer 'diabetes juvenil'. Ese mismo día se le comunicó que no podría concretarse su contratación y se puso a disposición los haberes por los días trabajados. Por ello intímole se abstenga fabricar causales inexistentes".

Surge claramente que para la demandada la única causal que impedía la contratación era el padecimiento de la diabetes. Es elocuente la última parte de la misiva en la que intima a la actora a no "fabricar" otras posibles causales.

Si bien considero que lo expuesto es suficiente para admitir que se está en presencia de un acto discriminatorio -y por lo tanto ilícito-, cabe recordar que dispone el artículo 1° de la ley 23592 que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados". Más específicamente, y en lo que a este caso interesa, establece el artículo 2° de la ley 23753 que "la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público como en el privado". Puedo agregar que el artículo 17 de la ley de contrato de trabajo -complementado por los arts. 81, 172, 180, etc.- prohíbe todo acto de discriminación en el ámbito laboral, y que la reciente ley 25013 introduce en el régimen vigente el denominado "despido discriminatorio", aunque el artículo 11 de esta última dispone que la prueba se encuentra a cargo de quien invoque la causal, idea que considero contradice otros principios que emergen directamente de la Constitución. De todos modos, en el presente caso hay una prueba explícita.

Advierto que, a mi entender, el caso es bastante claro: a) está prohibida la discriminación por enfermedades; b) específicamente, no se puede vedar el ingreso laboral con motivo de la diabetes; c) la actora no fue contratada en forma definitiva a causa de su diabetes, tal como lo reconoció en forma expresa la empleadora en su carta-documento; d) el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano, tal como surge de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales (basta tener en cuenta, en el caso, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

Dada la única causal invocada por la demandada en la carta documento cuya copia se agrega a fojas 20, el hecho de que la actora no haya manifestado la existencia de la enfermedad es irrelevante en este caso en particular. En primer lugar, si la ley no la considera un obstáculo, no había ninguna necesidad de hacerlo. 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. Es obvio que si se dictó una ley para proteger la admisión en los empleos de las personas con diabetes, es justamente porque han sufrido discriminaciones por esa causa. De lo contrario, la ley no hubiera sido necesaria, y no es posible presumir que el legislador dicte leyes sin necesidad -política social- de hacerlo.

Frente al tenor de lo dispuesto por la ley 23753, considero que cabe descartar la alegada mala fe de la actora. La situación se asemeja -aunque con menor gravedad- a la de quienes padecen la muy seria enfermedad del SIDA. Justamente, para evitar las nefastas consecuencias de que una persona no sea contratada laboralmente al revelar su enfermedad, la ley 23798, determina que las personas no pueden ser obligadas a someterse al test de detección de esta enfermedad (en esta línea ya se pronunciaron, hace tiempo, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo). Cabe agregar dentro de la tutela judicial al hábeas data, incorporado expresamente por el artículo 43 de la Constitución, con el objeto de que se eliminen, rectifiquen, o reserven datos de una persona; la norma alude expresamente al caso de discriminación. El tema se vincula con la confidencialidad con la que deben manejarse ciertos datos que pueden significar para la persona una restricción en sus derechos - además de lesionarse su intimidad-, como ocurre con los enfermos de SIDA, donde en ocasiones es necesario contar con datos a los fines estadísticos pero manteniendo la reserva, ya que su divulgación puede ocasionar perjuicios. Se trata de una manera de prevenir el daño, además de preservarse la privacidad. A la vez, como señalan algunos autores, se protege el derecho a la identidad personal (así Guastavino, E.: "Responsabilidad civil y otros problemas en computación" - pág. 136 - Bs. As. - 1987).

Otra modalidad que puede asumir el hábeas data es que se cancele o excluya determinada información, aun cuando sea cierta, por ser potencialmente discriminatoria. Es lo que ocurre con la denominada "información sensible", concerniente a ideas políticas, religiosas, gremiales, comportamiento sexual, datos raciales, etc. (conforme Puccinelli, O.: "Hábeas data. Aportes para una eventual reglamentación" - ED - T. 161 - pág. 924; Sagüés, N.: "Subtipos de hábeas data" - JA - 1995 - T. IV - pág. 352).

Tampoco mejora la situación de la demandada la circunstancia de encontrarse la actora en un período de prueba, pues ello se refiere a lo vinculado con la contratación laboral y la existencia o no de despido, mientras que lo que aquí se juzga es la existencia de un acto discriminatorio que, como señalé, es un acto prohibido por la ley y, en consecuencia, ilícito.

No obstante, debo señalar que el período de prueba permite a cualquiera de las partes extinguir la relación "sin expresión de causa" [art. 92 bis, inc. 4), LCT, texto según L. 24576], pero en el caso, el empleador expresó la causa, dando lugar al acto discriminatorio. 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 23592, "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" - Bs. As. - 2000 - pág. 102). Admitido ello, es claro que de poco le habría servido a la actora acudir al sistema previsto en la ley 23753, ya que difícilmente hubiera obtenido el empleo en atención a la precariedad legal de su situación.

Como se expuso anteriormente, los actos discriminatorios son inconstitucionales. A la vez, en la medida que su aplicación cause un daño, la víctima tiene derecho a su reparación. El perjuicio patrimonial constituye un daño patrimonial como reflejo de una lesión a un derecho personalísimo; el daño moral es directo, porque afecta a la persona

en sus derechos o facultades (conforme Goldenberg: "Indemnización por daños y perjuicios" - Bs. As. - 1993 - pág. 375).

La discriminación también puede provenir de actos o hechos de particulares. Al existir un derecho fundamental a no ser discriminado, y al ser el acto discriminatorio un acto prohibido por las leyes, aquí habrá ilicitud y el afectado, además de requerir la cesación de los actos de tal naturaleza, en caso de haber sufrido un daño se encuentra habilitado para demandar su reparación.

Señalan Alterini, Ameal y López Cabana que la culpa no requiere de un enfoque especial ya que quedará demostrada prácticamente en todos los casos. Desde que es preciso que haya un proceder voluntarista o caprichoso, tal comportamiento revela la culpa ("res ipsa loquitur"); los hechos hablan por sí mismos en razón de la incompatibilidad lógica que existe entre la conducta efectivamente obrada y la conducta prudente que ha sido omitida ("Derecho de obligaciones" - Bs. As. - 1995 - pág. 824). De todos modos, en mi criterio, la discriminación, totalmente voluntaria, generalmente es intencional y dolosa (Kiper: Ob. cit. - pág. 135). Es la ruptura voluntaria de la igualdad (conforme García Martínez, R., ponencia presentada en la Comisión N° 5 en el Congreso Internacional de Derecho de Daños - Bs. As. - abril/95).

Por su parte Mosset Iturraspe expresa que el tema debe ser enfocado en forma más amplia que la tradicional, pues ya aparecen pequeñas las concepciones de daño patrimonial y de daño moral, y recuerda que en Francia se alude al daño producido por el disgusto, por lesión a los proyectos, a las esperanzas, por ataque a las afecciones legítimas. Propone llamar al daño por discriminación "daño por impedir el pleno desarrollo de la persona humana" (Mosset Iturraspe y otros: "Responsabilidad de daños por discriminación" - Bs. As. - 1991 - págs. 1/3).

Aunque a esta solución es fácil arribar con la sola aplicación de los principios generales, la ley antidiscriminatoria (L. 23592) expresamente consagra esta solución al prever una tutela inhibitoria y resarcitoria.

En virtud de lo expuesto, también resulta irrelevante lo atinente a si la actora había finalizado la carrera de licenciatura de turismo ya que, como señalé anteriormente, la causa de la no contratación fue el padecimiento de diabetes, hecho admitido en forma expresa por la demandada y que ahora se pretende desconocer.

En suma, considero que los agravios de la demandada sobre este tópico deben ser rechazados y que la sentencia debe ser confirmada.

Se agravan ambas partes de la indemnización fijada por el a quo. La demandada sostiene que es excesivo el monto fijado, la actora solicita que la indemnización sea elevada, sin formular ninguna consideración que respalde su postura. En tales condiciones, no cumple con la exigencia de realizar una crítica fundada de las consideraciones vertidas por el a quo, lo que impone que este agravio sea declarado desierto. En efecto, además de formular consideraciones genéricas sobre la naturaleza del daño moral, plantea situaciones que no guardan una relación adecuada de causalidad con el hecho sufrido.

Evaluando las constancias obrantes en autos, y teniendo en cuenta las dificultades que suscita establecer la reparación del daño moral, el que en definitiva queda librado a la prudente apreciación judicial, considero que la cantidad fijada por el a quo es elevada, y propongo que se la reduzca a la de \$ 10.000.

Por lo tanto, voto para que se reduzca a pesos diez mil la indemnización fijada y que se confirme la sentencia apelada en lo que pudo ser materia de agravios; con costas de esta instancia a la demandada.

La doctora Gatzke Reinoso de Gauna dijo:

Contra la sentencia de primera instancia que admitió demanda y condenó a la parte demandada a resarcir el daño derivado del hecho ilícito del que se trata, mi distinguido colega doctor Achával propuso admitir agravio de la parte demandada y revocar la sentencia disponiendo el rechazo de la demanda.

A continuación mi distinguido colega doctor Kiper votó para que se confirme la sentencia en lo que pudo ser materia de agravios.

Por mi parte me permito disentir con la conclusión propiciada por el doctor Achával y votar en el sentido en que lo hiciera el doctor Kiper, en base a los fundamentos que seguidamente expondré:

Entiendo que para llegar a una solución justa es necesario delimitar los puntos que forman parte de esta litis y para ello centrar la atención en la forma en que se fueron dando los hechos que hacen a la cuestión en debate, así como en la prueba producida y en las normas legales aplicables al caso.

Según surge de las constancias del expediente, la actora trabajó dos días para la empresa demandada, dentro de lo que denomina período de prueba (art. 1º, L. 24465). Posteriormente, ante el pedido de la primera dirigido a la empresa, a través de la carta documento del 9 de mayo de 1996, para que se le definiera su situación laboral, dado que desde el 7 de mayo de 1996 se le negaba el acceso a su puesto de trabajo y a marcar la correspondiente tarjeta de control, la demandada le contestó mediante la carta documento en la que expresó:

"Que habiendo concurrido los días 2 y 3 de mayo de 1996 a desarrollar tareas 'a prueba' y sujetas a la aprobación de los exámenes médicos preocupacionales. El día 6 de mayo de 1996 se notificó ante el centro médico Alfa que no se le otorgaba el apto médico por padecer 'diabetes juvenil', ese mismo día se le comunicó a disposición los haberes por los días trabajados. Por ello intímole se abstenga fabricar causales inexistentes".

Ante los términos de la respuesta de la demandada, la actora le remitió a su vez la carta documento del 16 de mayo de 1996 en la que expresó: "La carta documento que recibiera de usted en la que se me reitera que no se me otorgaba el apto médico por padecer 'diabetes juvenil' y, por ende, no se me aceptaba para prestar servicios para esa empresa mediante contratación, muestra una clara ignorancia de las disposiciones de la ley nacional 23753 que taxativamente establece en su artículo 2º que 'la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral', como así que el Ministerio de Salud y

Acción Social dispondrá la constitución de juntas médicas especializadas que puedan presentarse para el ingreso laboral (art. 3°).

"Luego, además de puntualizar expresamente que no es mi intención 'fabricar causales inexistentes' como torpemente se me imputa, les intimo aclaren la situación adecuándola a la legislación vigente. Caso contrario me consideraré víctima de discriminación totalmente injustificada, efectuando expresa reserva de derechos."

Cabe destacar finalmente, que la demandada no respondió la referida carta y guardó silencio al respecto hasta la contestación de la demanda que por indemnización de daño moral inició la actora.

De tal manera, a la luz del contenido de las cartas documento intercambiadas entre las partes, es dable establecer que la única materia o tema que podía constituir motivo de debate en sede judicial era el rechazo hacia la actora por parte de la demandada, con fundamento en que aquélla padecía diabetes juvenil, tal como había surgido del examen médico preocupacional y expresamente se consignó en la carta documento remitida en su oportunidad.

La otra cuestión relacionada a la falta de sinceridad de la actora, invocada recién al contestar la demanda pero omitida en la carta referida precedentemente no puede ser atendida como defensa en estas actuaciones por resultar tardía su introducción, tal como lo expresó al a quo.

Es que por más que al contestar la demanda la empresa haya admitido que notificó el no apto laboral sobre la base de a) los estudios médicos adjuntos y b) sobre la falta de sinceridad de la actora, esta última causal no fue esgrimida en la carta documento que aquélla le envió.

Por el contrario, allí sólo se aludió expresamente a la enfermedad detectada, lo que dio pie a que la actora respondiera remitiéndose a las disposiciones de la ley 23753.

Cabe señalar que de acuerdo a lo que dispone la ley 24465, cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante el período de prueba sin expresión de causa y sin derecho a indemnización alguna con motivo de la extinción [art. 1°, inc. 4)], por lo que en virtud de esta normativa la demandada se encontraba en posición de extinguir legalmente la relación con la actora sin necesidad de expresar causa alguna.

No obstante, aquélla no ejerció ese derecho pues en la carta documento que le envió a la contraria explicitó la causa que motivó su accionar y que posteriormente ratificó al contestar la demanda.

Esa actuación puso en evidencia que la demandada no tuvo en cuenta que el artículo 2° de la ley 23753 sienta como principio que la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral, tanto en el ámbito público como en el privado.

En estas actuaciones la demandada ofreció la declaración testimonial del profesional que suscribió el resultado del examen médico preocupacional, doctor S. P., quien aseveró a fojas 192/4 que en el examen de laboratorio se constató una glucemia muy elevada, glucocemia que es la presencia de azúcar en la orina y cuerpos cetónicos en

orina, que estos elementos le hicieron llegar a la conclusión de que la persona era portadora de una diabetes descompensada. Que llama diabetes descompensada a la hiperglucemia, glucocemia y sobre todo a la existencia de cuerpos cetónicos no habituales en las diabetes leves cuyo incremento puede llevar al paciente a una acidosis diabética y eventualmente a un coma diabético. Que en síntesis se encontró con una persona joven ... y con elementos obtenidos por el estudio que marcaban la presencia de una enfermedad descompensada y ante la característica según información recibida en su momento, del cargo que iría a ocupar que incluía movilidad o viajes o algo por el estilo, no le pareció que en esa particular circunstancia estaba (la actora) en condiciones de asumir una actividad que podía poner en riesgo su vida.

Es evidente que la demandada intentó probar la eximente de responsabilidad por el daño que se le atribuye a través de la declaración del testigo mencionado. Sin embargo, esa declaración no posee la eficacia probatoria que pretende atribuírsele porque en este caso no se trata de un tercero imparcial y porque la ley 23753 especifica cuál es el procedimiento a seguir para determinar las circunstancias de incapacidad que se puedan presentar para el ingreso laboral ante la existencia de un cuadro de diabetes.

En síntesis, la actora demostró que la demandada invocó como impedimento la existencia de diabetes en contradicción con lo que dispone el artículo 2º de la ley 23753 y la demandada no justificó por la única vía posible que la enfermedad que aquella padece era invalidante (art. 377, CProc.).

La única forma de hacerlo era a través del dictamen en ese sentido de las juntas médicas previstas por el artículo 3º de la ley 23753, procedimiento éste que la propia demandada ha admitido expresamente en este proceso que era el correcto.

Cabe destacar al respecto que la ley no dispone ese procedimiento con carácter facultativo sino que lo hace con carácter obligatorio por lo que para poder invocar válidamente la diabetes como impedimento, la demandada tenía que observar la directiva legal y obtener el dictamen pertinente.

Al no ajustar el accionar al modo prescripto por la ley para asegurar la efectividad de la prohibición contenida en el artículo 2º, su proceder inicial devino inadecuado y arbitrario dando lugar a la invocación y aplicación de las leyes 23753 y 23592 (art. 1º) por lo que se propone desestimar la queja en este aspecto de la cuestión.

La parte actora impugna el monto fijado en la sentencia para indemnizar el daño moral sufrido (\$ 20.000) por considerarlo insuficiente.

En pos de su elevación, sostiene que la exigüidad resulta por el proceder de la contraria tanto en su trato con ella como en su actividad procesal.

Expresa que al establecer el monto el a quo no tuvo en cuenta las consecuencias que el proceder de la demandada provocó en su familia y en ella misma. A continuación refiere alguno de los dichos de los testigos que declararon a su pedido de los que, a su entender, surgen las consecuencias provocadas por el hecho.

Solicita que en función del daño causado, incluso desde el punto de vista psicológico, el que se mantiene como secuela hasta hoy tanto en ella como en toda la familia y además

en virtud del doble carácter que cumple la indemnización, se eleve consecuentemente el monto fijado en la sentencia.

La demandada argumenta principalmente que ningún derecho le asiste a la actora a peticionar como lo hace porque rechaza de plano la atribución de la conducta que esta última le imputa. También se queja en cuanto el juez expresó que el daño moral se produjo por el rechazo al puesto laboral pretendido por la actora a causa de una enfermedad y por la frustración en el avance de un eslabón de su progreso profesional que, a su criterio, ello arrastró, lo que considera que escapa a todo razonamiento lógico y jurídico.

En cuanto al monto expresa que resulta excesivo, tanto por los argumentos ya vertidos como por la total ausencia de justificación del daño.

Planteadas de tal modo las posturas de ambas partes cabe señalar que en el caso, a los fines de establecer la procedencia y el monto de la indemnización el juez se limitó a expresar que el cuadro que se presenta en el caso, el que resumió muy brevemente, es por sí mismo suficiente como para justificar el reclamo resarcitorio por daño moral sin que por ello deje de considerarse en su medida las testificales corroborantes rendidas sobre el punto.

De allí que ante la ausencia de mayores fundamentos para establecer el monto de la condena y el tenor de las manifestaciones de los apelantes, antes mencionadas es dable adentrarse en el tratamiento de la cuestión, el que se hará en conjunto.

En cuanto a la primera apreciación, el argumento a través del cual la demandada intenta cuestionar la procedencia del daño no resulta suficiente ya que frente a lo que dispone el artículo 2º de la ley 23753 que se consideró transgredido y que llevó al juez de primera instancia a tener por configurado el rechazo arbitrario hacia la actora por parte de aquella, no bastaba con expresar su disenso o formular apreciaciones sin rebatir concretamente el expreso fundamento sobre el punto, sostenido en la sentencia, es decir que el daño se produjo por la conducta de la demandada y que el hecho fue suficiente por sí mismo para justificar el reclamo (conforme arg. art. 1º, L. 23592).

Con relación al monto de la indemnización, resulta claro que sólo puede ponderarse en este juicio la repercusión que aquél pudo generar en el espíritu de la propia actora, por lo que la pretensión de que se tengan en cuenta las consecuencias que pudo provocar también en la familia de aquella excede los límites de la apelación, y no puede ser atendida en esta instancia (conforme arts. 271 y 277, CProc.). Tampoco puede tenerse en consideración a los fines perseguidos el proceder de la demandada en el campo de la actividad procesal ya que ello resulta inapropiado de acuerdo a los términos en los que se trabó la litis.

Sentado ello, tocante a la prueba testimonial producida para demostrar el grado de repercusión disvaliosa que el hecho generó en el espíritu de la actora, es dable señalar que la declaración de Quiño y Woodes poco aportan en esa dirección pues en cuanto a ello, éste sólo aseveró que aquella tuvo un cambio ya que se sintió discriminada, fundamentando su afirmación en que antes ella concurría a las reuniones de amigos y familiares a las que asistía el testigo y con posterioridad no lo hacía.

Como puede advertirse, la vaguedad de lo mencionado por el declarante no puede conducir a formar convicción sin más en el sentido que la ausencia a la que alude obedecía a que aquélla se sentía discriminada.

Luego afirmó el nombrado que sabe que la actora dejó la licenciatura en turismo, que no volvió a tomar los libros y que no trabaja y que le parecía que con antelación a los hechos no había trabajado.

Ante ello, además de observar que el testigo no dio razón de sus dichos, lo que resta eficacia a su declaración, resulta obvio que poco sabía de las actividades que desarrollaba la actora, ya que ignoraba que antes trabajaba en una agencia de turismo.

Respecto de Pedacce, luego de expresar que no conocía profundamente a la actora, afirmó que el hecho le produjo a aquélla un cambio sensible ya que dejó de estudiar.

Sin perjuicio de lo escueto del relato, cabe señalar que el testigo tampoco dio razón de sus dichos y además aclaró que el trato con la actora no era muy frecuente, que desde 1996 a 1999 la vio dos o tres veces.

A la testigo Infantidis se le preguntó también si esa situación provocó un cambio fundamental en la vida de la actora, a lo que aquélla respondió que si provocó un cambio, que directo con Josefina no, pero a nivel familiar fue una destrucción total. Luego agregó que la actora se sintió totalmente marginada al tener temor de no poder volver a trabajar en ninguna empresa, que cambió totalmente ya que tenía una tristeza total y la familia también. Aclaró luego que entre 1996 y 1999 vio a la actora unas diez veces.

Es de advertir que además de la contradicción en la que incurrió al principio la testigo, cuando se refirió a los sentimientos de la actora no dio razón de sus dichos y dada la poca frecuencia en el trato que ambas mantenían, no mucho se puede extraer de su declaración para crear certidumbre acerca del verdadero estado espiritual de la afectada con posterioridad al hecho.

Finalmente, en cuanto al testigo Gambarini, si bien se refirió a la existencia en la actora de una situación equivalente a una depresión en términos psiquiátricos, al dar razón de sus dichos luego aseveró que lo expresaba por los dichos de familiares de la actora, por lo que su declaración no tiene valor de prueba al ser testigo de referencias.

Respecto de la prueba informativa, tocante a los estudios que cursaba la actora, según surge del informe obrante a fojas 179/80 remitido por la Universidad del Salvador, que con posterioridad al hecho que motiva estas actuaciones, más precisamente el 16 de agosto de 1996, aquélla aprobó la materia Prácticas III en Empresas Hoteleras con nueve puntos y se graduó así de técnica en turismo.

Realizado el análisis de la prueba cabe recordar que se ha definido al daño moral como "la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria" (conforme Bustamante Alsina, Jorge: "Teoría general de la responsabilidad civil" - 4ª ed. - Ed. Abeledo-Perrot - N° 557 - pág. 205).

La reparación del mismo no puede ser fuente de un beneficio ni de un enriquecimiento injusto.

La fijación de su importe es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, a los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de los reclamantes y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (CNEsp. Civ. y Com. - Sala V - 9/5/1983 - ED - T. 104 - pág. 549; CNEsp. Civ. Com. - Sala VI - "García Calvo, Antonio c/Cambia, Carmelo y otro s/sumario" - 7/11/1986).

En consecuencia, como corolario de lo expuesto y del minucioso análisis del material probatorio obrante en estos autos, efectuado en particular y en conjunto, a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 386, CProc.) y teniendo en cuenta la índole del interés lesionado a través de la conducta antijurídica acreditada, la carga probatoria de la magnitud del perjuicio que pesa sobre quien pretende la reparación, y el grado de afectación a la personalidad que se encuentra configurado a través de las constancias del expediente por la que la demandada ha de responder, es posible arribar a la conclusión que la cantidad fijada en la sentencia de primera instancia resulta elevada, por lo que de acuerdo a las particularidades del caso y pruebas rendidas se propone su equitativa adecuación a la de \$ 10.000.

Por ello, a mérito de las precedentes consideraciones se propone al acuerdo modificar la sentencia en lo que hace al monto en concepto de daño moral, el que se establece en la cantidad de \$ 10.000. Costas a la parte demandada en virtud del principio de reparación integral aplicable al caso.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por mayoría de votos, el tribunal DECIDE: MODIFICAR la sentencia en lo que hace al monto en concepto de daño moral, el que se establece en la cantidad de \$ 10.000, y CONFIRMAR la misma en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y de agravio. Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada en virtud del principio de reparación integral aplicable al caso.