



1971 - 2020
49
ANIVERSARIO

Buenos Aires, domingo 19 de enero de 2020

Nº 4901

Edición de los Domingos



El “Despido Discriminatorio” por causas de salud.

Comenta el Dr. Rodolfo Aníbal González

Consideraciones generales.

Entre las conductas empresariales que los jueces consideraron como discriminatorias, se encuentran aquellas que obedecieron a motivos de la salud del trabajador.

En general, los despidos realizados por los empleadores habían sido calificados al producirlos como “sin causa”, en los términos del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, con el pago de las indemnizaciones de la citada ley.

En algunos casos, los empleadores encubrieron el acto discriminatorio haciendo mención a “motivos de reestructuración”.

Se trató de dolencias graves y/o crónicas, con elevado ausentismo previo por motivo de enfermedad inculpable o con pronóstico del mismo.

En todos los casos, las empresas no dieron -o no probaron- cuáles fueron las reales razones y motivos de los despidos que llamaron “sin justa causa”, respecto de los cuales se presentaron en los juicios, como prueba, serios indicios de la conducta subyacente, que según los tribunales, fue discriminatoria.

Finalmente, la empresa cuya conducta es calificada como “discriminatoria” es condenada por los jueces al pago de un resarcimiento por daño moral.

En esta nota, hemos recopilado algunos fallos donde se aplicaron los conceptos precedentes.

Portador de HIV (Sida).

1) El riesgo de discriminación con relación al **sidótico** se produce en los dos extremos de la relación de trabajo, ya que al ser positivo le es tan difícil obtener empleo, como fácil que lo echen. En tal sentido, **los portadores de HIV** y los sospechosos de serlo constituyen un grupo de riesgo laboral posible de ser discriminado.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT Sala II, Sent. Def. del 21/9/2005 “I., N. E. c/Lamartine SA s/ despido” (González - Rodríguez)

2) Debe considerarse discriminatoria la actitud de la empleadora del trabajador **portador de Sida** que, una vez vencidos los plazos de la licencia por enfermedad prevista por la Ley de Contrato de Trabajo, fue renuente a los pedidos de otorgamiento de tareas livianas por parte del dependiente, dilatando su decisión y supeditándola a la necesidad de que se le practicaran controles médicos.

Lo que debió hacer, por el contrario, fue admitir el reingreso del trabajador con base en las constancias médicas que aquél ponía a su disposición. Ello, sin dejar de lado los recaudos que pudiera tomar para tornar más segura la tarea, tanto para el enfermo como para las restantes personas que pudieran estar involucradas, con cuidado de no afectar el derecho a la intimidad del enfermo.

CNAT Sala VII Expte N° 10.366/03 Sent. Def. No 39.706 del 3/11/2006 “C., R. A. c/ Marofa SA s/ despido” (Rodríguez Brunengo - Ferreirós)

3) Cuando se acredita **estar incluido dentro de un grupo de riesgo o susceptible de ser discriminado**, la prueba de que el acto no tuvo esas características recae sobre la persona que lo llevó a cabo (art. 1 segundo párrafo ley 23592).

Si, como en el caso, **descartada la inidoneidad** para el puesto de trabajo, el despido tuvo lugar al día siguiente de haber comunicado el trabajador su condición de **portador asintomático del virus HIV**, no puede sino concluirse que existió discriminación.

CNAT Sala VIII, del 05/06/2013 “CPC SA c/V.M.E. s/consignación”. (Catardo - Pesino).

4) En atención a que **la empresa demandada invocó una “reestructuración” para despedir al trabajador** y que de las constancias del juicio **surge que en la sucursal donde cumplía funciones sólo se lo despidió a él** y, al no haber demostrado la empleadora que su accionar con el trabajador se debió a una causa distinta a la de su condición de **portador de HIV**, cabe tener por cierto que el despido obedeció al estado de salud del trabajador, por lo cual, incurrió con su accionar en la figura de despido discriminatorio comprendido en los términos de la ley 23.592.

CNAT Sala VI, Sent. Def. N° 63.791 del 27/3/2012 “V., C.A.c/Coto CICSA s/ despido” (Craig – Fernández Madrid)

Tratamientos de recuperación por alcoholemia.

5) El trabajador fue despedido al finalizar su tratamiento **por alcoholemia sin causa alguna**, lo que se entiende como un **elemento indiciario** suficiente para considerar que el despido fue discriminatorio.

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 podía resultar inconveniente para el normal desarrollo de su actividad, si tuviera una recaída en su enfermedad, lo que expresaría solo la búsqueda del beneficio por el empresario.

Por ello, atendiendo a los bienes que deben protegerse en estos casos, corresponde consolidar firmemente la protección del empleado en situación de vulnerabilidad, **quien no debe estar sujeto a ninguna consecuencia perjudicial derivada de su enfermedad**, máxime cuando se trata de quien ha buscado y logrado la recuperación. De modo que aquellos empleadores que decidan la terminación de la relación laboral, **deben justificar acabadamente que la cesantía no guarda relación con la enfermedad**.

CNAT Sala VI sent. del 15/07/2011 “V.,O. A. c/Societé Air France S.A. s/despido”. (Fernández Madrid – Raffaghelli).

Carcinoma de pulmón.

6) En el caso, la propia demandada afirmó que le ofreció a la empleada que trabajara el “doble” o poco menos y ésta se negó a hacerlo por su estado de salud – **carcinoma de pulmón** del cual fue intervenida quirúrgicamente a través de una lobectomía izquierda con vaciamiento ganglionar regional - lo cual provocó que se la despidiera y se mantuviera a la hasta ese momento suplente, constituyendo eso una **“reorganización”**.

Ante esta situación, es evidente que nos encontramos, lisa y llanamente, frente a un acto vedado por el art. 1 de la ley 23.592, dado que, en verdad, la accionada habría utilizado el problema de salud de su empleada para mejorar sus costos administrativos.

Tratamientos de fertilización asistida.

7) Corresponde hacer lugar al reclamo por despido discriminatorio, incluyendo en la condena la reparación por daño moral, efectuado por la trabajadora cuyo despido tuvo lugar luego de llevada a cabo la **fertilización del óvulo y de su implantación en el vientre materno**, mientras se encontraba de licencia por tal motivo, por estar en juego una cuestión de género.

Si bien es cierto que los tratamientos de ambos sexos pueden realizarse tratamientos médicos que requieren de licencia, lo cierto es que las intervenciones producto de los **tratamientos de reproducción asistida** solo afectan directamente a las mujeres. Se encuentra en juego una garantía de rango constitucional, como lo es la **tutela de la mujer frente a conductas discriminatorias por cuestiones de género**. (En el caso, la accionada rescindió el vínculo invocando cuestiones de reestructuración que no logró probar).

CNAT Sala VI, sent. del 31/05/2012 "V.G M I c/G. C. del O. SA s/despido". (Fernández Madrid - Raffagheili)

Cáncer.

8) El hecho de que la trabajadora haya sido despedida con la excusa que la empleada que la suplantó tuvo un rendimiento superior no hace más que resaltar el factor discriminatorio que se pretende despejar, que fue en razón de la minoración de su salud y en consecuencia de su rendimiento laboral pleno, que decidió el **intempestivo e incausado despido**.

La situación expuesta justifica la procedencia de las reparaciones fundadas no sólo en el daño extrapatrimonial que el despido incausado le produjo al ánimo de la reclamante en las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba, frente a las prácticamente nulas posibilidades de reinserción laboral que el mercado le podía ofrecer padeciendo una **grave enfermedad**, sino también en la afección psicológica objetivada a través del informe médico., resultando la incidencia concausal del despido discriminatorio del propio dictamen y del agravamiento de la depresión que le produjo la situación de vulnerabilidad y despojo del amparo legal que le infringió la demandada con su actitud rescisoria desaprensiva.

CNAT Sala IX, sent. del 25/09/2013 "B., M. A. c/ Giesso SA s/ Despido". (Pompa - Balestrini)

Despido por maternidad durante el período de excedencia.

9) La **protección de la maternidad no se agota** con la presunción del art. 178 de la Ley de Contrato de Trabajo o, lo que es lo mismo, no puede válidamente considerarse que fuera de dicho período no exista la protección legal y/o constitucional tanto para la trabajadora que fue madre como para el interés general del niño.

La situación de excedencia reglamentada en el art. 183 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo, se encuentra indudablemente comprendida en la protección especial que otorgan los tratados internacionales así como los principios constitucionales, toda vez que no es otra cosa que una extensión del descanso por maternidad obligatorio contemplado por la ley. **Si el despido fue producido durante la licencia fundada en descanso por maternidad, como es la excedencia, el distracto resulta ilegal** y se encuentra prohibido.

CNAT Sala IX, Sent. del 30/05/2014 "M., A. I. c/Magalguer SA s/despido". (Pompa - Balestrini)

Enfermedad neurológica irreversible.

10) Se advierte la existencia de trato discriminatorio propinado al trabajador al disponer la empleadora su despido, puesto que aun en el caso en que el actor hubiera incurrido en los incumplimientos que le atribuye –y los mismos no hubieran tenido relación con su enfermedad-, no se entiende porqué la empleadora –si tenía realmente la intención de proteger a su dependiente como afirma- no optó por utilizar ninguna de las medidas correctivas y/o disciplinarias a su alcance de modo de brindarle al actor al menos la posibilidad de reflexionar y revertir su conducta para poder conservar de ese modo su fuente de trabajo, sino que decidió disponer directamente la disolución del vínculo laboral.

CNAT Sala X, Sent. Def. No 22.842 del 14/10/2014 "B., F. c/Estancias Lauquen de Inchauspe SA s/despido". (Corach -Stortini).

Diabetes.

11) La ley 23.753 especifica cual 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**. El art. 2 de esta ley taxativamente establece que “la diabetes no será causal de impedimento para el ingreso laboral”.

Es innegable, que si se dictó una ley para proteger la admisión en los empleos de las personas con diabetes, es que han sufrido discriminaciones por esa causa.

CNAT Sala VII Expte. No 14.241/2011 Sent. Def. No 49.310 del 15/07/2016 “G., M. F. c/NT Servicios y Cargas SA s/despido”. (Ferreirós -Rodríguez Brunengo).

Enfermedad pulmonar.

12) Cabe considerar que en la causa existe prueba que da cuentas del hecho base –**enfermedad pulmonar** de la trabajadora por la cual debió guardar reposo por un mes -, generador de la pretensión discriminatoria y de la consecuente y requerida condena con fundamento en los Tratados Internacionales y la ley 23.592, si la demandada adujo en la comunicación rescisoria que el **despido obedecía a la reestructuración de la empresa y omitió probar haber despedido a otros compañeros** de trabajo de la accionante.

CNAT Sala VII Expte No 6146/2012 Sent. Def. No49.745 del 30/09/2016 “A’ZAEI SA c/T., R. C. s/consignación” (Ferreirós – Rodríguez Brunengo)

Trasplante del corazón.

13) Como consecuencia de un **trasplante cardiológico** al que fue sometida la trabajadora quedó en un delicado estado de salud que la obligaba a incurrir en ausencias e incumplimientos de horarios laborales.

Probado a través de la testimonial que su despido no obedeció a cuestiones de **reestructuración de la empresa**, tal como alegó la empresa, cabe concluir que el distracto obedeció a sus inconvenientes de salud.

La discriminación arbitraria que se evidencia en el caso es un acto prohibido por la ley 23.592, motivo por el cual no se realiza de manera explícita, sino de manera solapada, porque quien conoce la ilegitimidad de su actuar intenta disimularlo o directamente ocultarlo.

CNAT Sala VIII Expte. No 29.865/2013/CA1 Sent. Def. del 21/12/2016 “M., L. M. c/Metrópolis Compañía Financiera SA s/despido”. (Pesino - Catardo).

Esclerosis múltiple.

14) Corresponde tener por ciertos los hechos relacionados al despido discriminatorio al que fue sometido el dependiente, por cuanto se encuentra acreditado mediante prueba directa de la patronal misma, que el trabajador “dejó de trabajar porque se enfermó”, situación que venía de arrastre y que la patronal la conocía, resultando evidente la precaria situación en la que se encontraba el trabajador, quien padece de **esclerosis múltiple (enfermedad degenerativa)** y, a pesar de ello, se le endilgó un abandono de tareas cuando no fue lo acontecido.

CNAT Sala III, Sent. del 27/04/2017 “F.,D.G. c/Garabas SA s/despido” (Cañal – Pesino – Rodríguez Brunengo)

Las constantes capacitaciones y satisfactorias evaluaciones realizadas por la trabajadora, unido a sus once años de antigüedad en la empresa sin sanciones previas, permiten considerar inexplicable su despido.

Los indicios del caso permiten sospechar y presumir que la trabajadora fue despedida en razón de su enfermedad y la empresa no aportó elementos de juicio que permitan considerar que ello no fue así o que la razón del despido incausado radicara en circunstancias ajenas a esa situación de enfermedad.

CNAT Sala I Expte. No 39.227/2010 Sent. Def. No 90.585 del 10/04/2015 “A.R.A.V. c/Banco Macro SA s/despido”. (Maza – Pasten de Ishihara).

Epilepsia.

15) Resulta discriminatorio el despido de una trabajadora que padece **epilepsia**, a la que luego de una recaída la empresa accionada le informa que no tenía tareas livianas para asignarle (tareas administrativas que no requirieran prolongada deambulación). El cuadro padecido por la trabajadora está especialmente excluido de todo acto discriminatorio y especialmente protegido por la ley 25.504.

CNAT Sala VI, Sent. del 15/11/2006 "T., D c/SPM Sistema de Protección Médica SA y otro s/ despido" (Fernández Madrid – Stortini)



Preguntas frecuentes sobre preaviso

Comenta la Dra. Diana María Uzal

¿Puede el trabajador considerar extinguido el contrato de trabajo antes del vencimiento del plazo de preaviso otorgado por el empleador?

La respuesta es afirmativa.

El artículo 236 primer párrafo de la Ley 20744 de Contrato de Trabajo así lo autoriza. En tal caso, el dependiente pierde el derecho a gozar de su remuneración por el lapso faltante, pero mantiene el derecho a percibir la indemnización correspondiente al despido.

El empleado debe comunicar su decisión a la empresa en la forma determinada por el artículo 240 de la ley antes mencionada; es decir, mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente o ante la autoridad administrativa del trabajo.

¿Y puede el empleador relevar al trabajador de la obligación de prestar tareas durante el plazo de preaviso?

La respuesta es afirmativa.

El ya citado artículo 236, en su segundo párrafo, dispone que el empleador puede relevar al trabajador de la obligación de prestar servicios durante el término del preaviso.

De darse dicha circunstancia, persiste la obligación patronal de abonar los salarios correspondientes.

¿Qué obligaciones tienen las partes durante el transcurso del plazo de preaviso?

El artículo 238 del referido régimen legal impone que durante el transcurso del preaviso, subsisten para las partes las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.

LEGISLACIÓN CITADA - LEY 20.744 DE CONTRATO DE TRABAJO

Art. 236. — Extinción. Renuncia al plazo faltante. Eximición de la obligación de prestar servicios. Cuando el preaviso hubiera sido otorgado por el empleador, el trabajador podrá considerar extinguido el contrato de trabajo, antes del vencimiento del plazo, sin derecho a la remuneración por el período faltante del preaviso, pero conservará el derecho a percibir la indemnización que le corresponda en virtud del despido. Esta manifestación deberá hacerse en la forma prevista en el artículo 240.

El empleador podrá relevar al trabajador de la obligación de prestar servicios durante el plazo de preaviso abonándole el importe de los salarios correspondientes.

Art. 238. — Obligaciones de las partes.

Central de Consultas Telefónicas: (54-11) 4322-3071 / 3120 / 5654 / 6188 / 6348 /
8655 / 8700 E-mail: consultoria@actio.com.ar
Atención al Cliente: (54-11) 4322-6704 4393-8719 E-mail: atencionalcliente@actio.com.ar
Lavalle 648 - Piso 2° - 1047 - Buenos Aires - Argentina
Nuestro horario de atención es de 9:00 a 17:00 horas
Actio Reporte es una revista jurídica del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social,
bajo la dirección del **Dr. Rodolfo Aníbal González**

Si considera que este email es correo no deseado, por favor repórtelo [aquí](#)