

Ponencia X Jornadas regionales de derecho laboral de Río Negro y Neuquén

Autor: Victorio Nicols Gerometta, juez de la Cámara Laboral

Primera de General Roca

TITULO: “REFLEXIONES SOBRE LOS DAÑOS PSICOLÓGICOS EN EL TRABAJO.- ASPECTOS PROCESALES. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE VIOLENCIA PREVISTO EN LA NUEVA LEY N° 5631”.

I.- PROPUESTA:

El objetivo de la presente tiene como norte reflexionar en relación a un fenómeno que viene surgiendo con mayor asiduidad en los últimos años y que tiene estrecha vinculación con la evolución que sufre el derecho del trabajo, ello a partir de los cambios en las tecnologías aplicadas en el mercado laboral y las nuevas formas de producción.

En este sentido, y si bien históricamente se ha puesto el acento en la prevención y reparación de los daños provocados por los riesgos físico ambientales, ello ha venido modificándose en los últimos años ampliando el espectro a los riesgos psicosociales y al cuidado de la salud mental en el trabajo.

Por eso y partiendo de la definición de daños se analizarán los distintos tipos de daños resarcibles, las clases de acciones judiciales para reclamar su reparación, los criterios jurisprudenciales los inconvenientes prácticos en materia probatoria.

Por último, se acentuará el análisis sobre el procedimiento especial previsto en la Ley Provincia N° 5631 para los casos de violencia y acoso laboral que innova sobre este punto, culminando con una reflexión relativa a aquello que nos podría deparar el futuro próximo respecto de estos temas y sus efectos hacia todos los actores que conforman el fuero del trabajo.

II.- DAÑOS RESARCIBLES.- DEFINICION.- OPCION LEY 26773.

En el Derecho de daños argentino existe un núcleo central, para llamarlo de alguna manera, que consagra el principio de reparación plena o integral de todo daño injustamente causado, provenga el mismo del incumplimiento contractual o de los actos ilícitos cualquiera sea el factor de atribución.

En el caso específico del Derecho del Trabajo, tenemos que las vías de reparación de los daños emergentes de los accidentes o enfermedades derivadas del trabajo, pueden ser ejercidas a través de las normas del código civil o las previstas por la LRT N° 24557.

En este último caso, en la parte referida a la responsabilidad civil del empleador se estructura en función de los siguientes preceptos-ejes:

a) El artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo relativa a la obligación de seguridad que consagra la responsabilidad tanto del empleador como de la aseguradora.

A partir de este diseño normativo, podemos señalar que con la modificación art. 75 de la L.C.T., la obligación de seguridad pasó a ser un deber típico pues sólo se podrá imputar su incumplimiento cuando se encuadre el supuesto fáctico en algunos de los tipos normativos de la ley de higiene y seguridad.

Ello es así, por cuanto ya no se exige el deber de seguridad en función del tipo de trabajo, de la experiencia y de la técnica necesaria para tutelar la integridad psicofísica del trabajador. El fundamento de esta obligación de seguridad ahora es exclusivamente la normativa sobre higiene y seguridad del trabajo.

Con el nuevo precepto, los daños que sufra el trabajador, a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones típicas de seguridad, se regirán por

las disposiciones de la Ley de Riesgo del Trabajo dando lugar únicamente a las prestaciones allí establecidas (nuevo art. 75 LCT).

b) Un sistema único y cerrado de resarcimiento en materia de accidente de trabajo y enfermedades profesionales establecido por el art. 1 de la ley 24.557. Este artículo recepta ese mandato legal y establece que la prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo se regirán por esta L.R.T. y sus normas reglamentarias.

c) Un régimen de contingencias resarcibles típicas señalado por el art. 6 de la Ley de Riesgo del Trabajo.

En particular el art. 6 de la L.R.T. establece un régimen típico de contingencias resarcibles, tipicidad que deriva o de la definición legal de lo que es un accidente de trabajo (súbito y violento) o de un listado confeccionado por el Poder Ejecutivo respecto a dolencias, agentes de riesgos y actividades laborales que pueden generar exposición del trabajador al agente de riesgo. Con ello y desde una perspectiva del Derecho de daños podemos afirmar que la L.R.T. consagra un régimen de daños y causalidad típicas, donde solo es resarcible el perjuicio y la relación causal normativamente definidas como tales.

d) La eximición de responsabilidad civil del empleador por los accidentes del de trabajo y enfermedades profesionales, salvo dolo delictual sentado por el art. 39 de la ley 24.557 aunque también alguna jurisprudencia lo extiende al dolo eventual.

Recientemente, la Cámara Primera del Trabajo de la III Circunscripción dictó una sentencia en los autos: "BARRIA"¹ a través de la cual se eximio de responsabilidad a las demandadas, fundándose el decisorio en la culpa grave de la víctima al conducir a velocidad excesiva.

Que, en relación a la opción prevista por el artículo 4º de la Ley 26773, cabe señalar que, a partir de la reforma introducida por el artículo 4º de la

¹ Barría, Franco C/Rutas del Sur SRL y Otros Expediente N° BA-03321-L-0000

ley 26773 se estableció la opción excluyente. Sobre el alcance de dicha opción ratificando el carácter de opción disyuntiva, tuvo oportunidad de referirse el STJ en los autos "RIVERA"² confirmando una Sentencia dictada por la Cámara Segunda de General Roca que rechazó el reclamo iniciado por el actor fundado en las normas del derecho civil al haber percibido previamente prestaciones sistémicas derivadas de su incapacidad.

En lo que refiere al reclamo sistémico, nos encontramos con cuatro hipótesis que se pueden plantear en las demandas judiciales, ello dependiendo de la causa fuente del reclamo, a saber: accidentes In itinere, accidentes como motivo o en ocasión de trabajo, enfermedades profesionales listadas y no listadas.

En todos estos casos, deviene necesario agotar el paso previo por la Comisión Médica, todo ello en orden a lo dispuesto por la Ley 27348, y su adhesión Provincial N° 5253, cuya constitucionalidad ha sido confirmado por la SCJN en el precedente "POGONZA"³ y por el STJRN en autos: "LOPEZ, LUCAS JULIAN C/ FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO (L) S/ INAPLICABILIDAD DE LEY"⁴, con excepción de la inconstitucionalidad del artículo 7º de la Ley 5253 en lo que hace al plazo de caducidad para iniciar la acción judicial.

En el caso de las enfermedades profesionales no listadas debe tenerse presente que para determinar el nexo causal que exige la norma, resulta útil establecer una cadena de hipótesis entre el hecho que se le atribuye causalidad dañante y el daño psíquico, sobre todo en materia de enfermedades, las que se puede establecer en una escala de diversos grados entre la cercanía del hecho con el daño y viceversa, tratándose de un arduo problema para el Juez.

Así, por ejemplo, la Cámara Primera del Trabajo de General Roca al tiempo de dictar sentencia en autos: "MUÑOZ JULIA ISABEL C/SWISS MEDICAL ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO(I)"⁵ ha dicho: "La circunstancia de que el

2 Decisorio de fecha 17.12.2020

3 Fallos: 344:2307

4 Decisorio de fecha 18.10.2022

5 Expediente N° H-2RO-2291-L1-16

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Dec.658/96 no prevea específicamente a los trastornos mentales entre las enfermedades cubiertas, no impide su reconocimiento como tal, en tanto se verifique la dolencia, debidamente acreditada, y su vinculación con el trabajo. En el preámbulo del Decreto n°658/96 se enuncian los elementos que deben concurrir para establecer la existencia de una enfermedad profesional:

- a. Agente de riesgo: "...debe existir un agente en el ambiente de trabajo que por sus propiedades puede producir un daño a la salud; la noción del agente se extiende a la existencia de condiciones de trabajo que implican una sobrecarga al organismo en su conjunto o a parte del mismo..."
- b. Exposición: "...debe existir la demostración que el contacto entre el trabajador afectado y el agente o condiciones de trabajo nocivas sea capaz de provocar un a daño a la salud..."
- c. Enfermedad: "...Debe haber una enfermedad claramente definida en todos sus elementos clínicos, anátomo-patológicos y terapéuticos, o un daño al organismo de los trabajadores expuestos a los agentes o condiciones señalados antes"
- d. Relación de Causalidad: "deben existir pruebas de orden clínico, patológico, experimental o epidemiológico, consideradas aislada o concurrentemente, que permitan establecer una asociación de causa a efecto, entre la patología definida y la presencia en el trabajo, de los agentes o condiciones señaladas más arriba".- Esta última surge de las pericias y psicológicas, amén de la testimonial.

III.- FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIALES.- DAÑO PSICOLOGICO.- RELACION CAUSAL.- NECESIDAD DE APORTAR INDICIOS Y ELEMENTOS DE PRUEBA.- PERICIA PSICOLOGICA/PSIQUIATRICA.- RVAN GRADOS.- TABLA DE EVALUACION INCAPACIDADES DECRETO N° 659/96.- STREES POSTRUMATICO.- ACCIDENTES IN ITINERE.-

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Siguiendo al Dr. Luis RAFAGHELLI en su Obra sobre: “Los Riesgos Psicosociales en el Trabajo” de Editorial Rubinzal Culzoni se puede detallar lo siguiente:

LISTADO DE FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIALES:

- ✓ DEMANDA PSICOLOGICA Y SOBRECARGA DE EXIGENCIAS.
- ✓ STRESS -Desequilibrio entre exigencias y los recursos y capacidades para hacer frente a las mismas- Puede ser episódico o crónico.
- ✓ EXIGENCIAS EMOCIONALES.
- ✓ AUTONOMIA EN EL TRABAJO.
- ✓ RELACIONES SOCIALES EN EL TRABAJO. -AISLAMIENTO SOCIAL.- TELETRABAJO.-
- ✓ CONFLICTOS ETICOS O DE VALORES.
- ✓ INSEGURIDAD EN EL EMPLEO.

El citado autor expresamente menciona que para que un hecho entendido jurídicamente devengue en daño psíquico se requiere de la convergencia de dos factores:

Uno de orden externo, cual es la dimensión del estímulo que provoca la respuesta psíquica y el otro interno que es la posibilidad del sujeto de dimensionar la realidad. Así que, cuando se rompe el equilibrio entre ambos estamos ante un conflicto psíquico y eventual daño psíquico.

En principio, todo daño emocional ocasionado por un acontecimiento disvalioso y donde hay un responsable legal puede ser susceptible de resarcimiento pecuniario. Sin embargo no todo trastorno psíquico es daño psíquico dado que existen sufrimientos normales, o sea los que no son susceptibles de dejar una secuela incapacitante de carácter psíquico pero que verosímilmente han sido padecidos, por eso el perito los detecta y señala. Y se reserva a la labor judicial su estimación, mérito y alcance.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Para la determinación del daño psíquico se debe contar con el concurso inescindible del médico psiquiatra y del psicólogo -en particular es indispensable contar con el Test de Rorschard-.

El daño psíquico es innegable cuando se trata de infortunios severos, ya sean súbitos o derivados de enfermedades profesionales dependiendo a su vez de otros factores -edad, grado de incapacidad-secuelas-

En lo referido a incapacidades psicopatológicas el baremo del Decreto N° 659/96 establece que: "...las enfermedades psicopatológicas no serían motivo de resarcimiento económico, ya que en casi la totalidad de estas enfermedades tienen una base estructural"

Por esa razón, cuando se evalúa una incapacidad en sede administrativa ante las comisiones médicas no se consideran secuelas psíquicas o se las considera como sustrato previo o inculpable.

El Baremo solo reconoce las reacciones o desordenes por stress postraumático, las reacciones vivenciales anormales neuróticas, los estados paranoides y la depresión psicótica que tenga un nexo causal específico relacionado con un accidente o enfermedad.

Por ello, cuando se trata de una acción extra sistémica no existe esta limitación o en su defecto debería plantearse ab inicio la inconstitucionalidad del Baremo.

Los supuestos más aplicados consisten en la Reacción Vivencial Anormal Neurótica (RVAN) o el Desarrollo Vivencial Anormal Neurótico (DVAN).

Las RVAN son un proceso con manifestaciones agudas de 3-6 meses mientras que los DVAN son manifestaciones crónicas.

En particular el Baremo contempla cuatro grados de RVAN:

Grado I: Relacionado a situaciones cotidianas, la magnitud es leve, no interfiere en las actividades cotidianas.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Grado II: Se acentúan los rasgos de la personalidad de base. Necesitan algún grado de tratamiento medicamentoso o terapéutico y otorgan una incapacidad de 10%.

Grado III: Requiere un tratamiento más intensivo. Se verifican trastornos de memoria y concentración -depresión, crisis de pánico, fobias y obsesiones- Otorga una incapacidad del 20%.

Grado IV.- Necesitan de una asistencia permanente por parte de terceros. Otorgan una incapacidad del 30%.

La CNAT utiliza también el BAREMO DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS DE BUENOS AIRES que prevé los siguientes grados:

Leve (0-10%) Moderado (10/25%) Grave o Muy Grave (25/35%) y Gravísimo (35/60% Figuras tutelares)

Como sabemos, la prueba es definida como la actividad desarrollada en el proceso a fin de obtener la convicción del juzgador, positiva o negativa, en relación con los hechos alegados y controvertidos.

En el caso particular de los daños psicosociales deviene imprescindible las conclusiones que surjan de las pericias médicas psiquiátricas y psicológicas, debiendo contener los siguientes datos:

- Estado de la víctima al momento del examen;
- Antecedentes Médicos y Psicológicos peritados;
- Tipo de Incapacidad, -definitiva, provisoria, parcial o total y el valor porcentual que se le asigna;
- Baremos utilizados y en caso de proponer un tratamiento, su incidencia en el porcentaje de incapacidad asignado;
- Es fundamental la preparación de los peritados. -2/3 encuentros-

Existen a su vez criterios de inclusión para el daño psíquico que se clasifican en 5 elementos:

ARTÍCULOS JURÍDICOS

1.- SINDROME PSIQUIATRICO COHERENTE: El daño psíquico es una enfermedad mental, las cuales no pueden ser diagnosticadas en base a un solo síntoma sino que deben ser agrupados en algún cuadro clínico.

2.- NOVEDAD: Debe ser novedosa en la vida del paciente ya sea porque antes no estaba o porque se ha acentuado significativamente.

3.- NEXO: Debe tener una relación con el trabajo o con el accidente y puede ser causal o con-causal. En este último caso el perito deberá valorar la intensidad de los trastornos previos y de esa valoración surgirá cual es el tipo de nexo entre el evento y el estado actual del actor.

4.- DEBE OCASIONAR UNA INCAPACIDAD.

5.- DEBE SER IRREVERSIBLE O CONSOLIDADA -2 AÑOS DESDE SU COMIENZO O DEL EVENTO-

Debe tenerse presente que, el estado de bienestar psíquico^s, es una deseable utopía que dista mucho de la realidad clínica. Todos sufrimos padecimientos psíquicos que se expresan en nuestra modalidad psicopatológica.

En este sentido, y si bien en el proceso laboral se aplica el principio de las cargas dinámicas de la prueba, así como la presunción contenida por el artículo 9º de la LCT, ello no implica que el actor no deba aportar prueba alguna respecto del nexo causal o del incumplimiento o conducta disvaliosa por parte del empleador, la aseguradora o un tercero que deba responder.

IV.- ENFERMEDAD PROFESIONAL: RECLAMO POR VIA SISTEMICA.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL LISTADO: FALLO CSJN "SILVA C/UNILEVER".- BOURN OUT/STRESS CRONICO.--FALLO STJ: "MALDONADO C/COMISION MEDICA N° 9" - RECLAMO POR VIA EXTRASISTEMICA. FALLO "GARCIA GARCIA C/PROVINCIA DE RIO NEGRO"

Como primer punto cabe señalar que a partir del dictado del fallo de la CSJN de Justicia en autos: "SILVA, FACUNDO"⁶, expediente que se origina

⁶ Fallos: 330:5435

en el reclamo por parte de un empleado que trabajaba en los depósitos de la empresa Unilever de Argentina, quien promovió juicio para reclamar indemnizaciones por enfermedad laboral de asma bronquial, habiéndole asignado una incapacidad laborativa del 37% de la total obrera.

El Juez de primera instancia, hizo lugar al reclamo por haberse comprobado que el ambiente de trabajo estaba contaminado por gases producidos por la combustión de gasoil y de emanaciones de los productos depositados en el lugar de trabajo.

La Sala VIII de la Cámara del Trabajo revocó la sentencia, rechazando la demanda fundada en la anterior doctrina de la Corte (caso "GOROSITO"⁷) y en que la LRT no contemplaba las enfermedades reclamadas como enfermedades reparables interponiendo recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la nación, la que revoco el rechazo de la Sala 8va de Cámara del Trabajo, ordenando a que otra Sala de la misma Cámara dicte un nuevo fallo de acuerdo a la nueva doctrina.

La Corte sostuvo que aunque una enfermedad laboral no esté incluida en el listado de enfermedades de la LRT confeccionado por el P.E.N., si se demuestra que dicha enfermedad está vinculada causalmente a la actividad laborativa corresponde la indemnización en base a las disposiciones del derecho Civil zanjando definitivamente el debate jurisprudencial en el sentido que las enfermedades no tipificadas como tales por el restrictivo listado confeccionado por Poder Ejecutivo Nacional conforme a las facultades que le otorga la LRT en el artículo 6to. Apartado 2do., deben ser igualmente reparadas, aunque ya no en base a las pautas y requisitos de la LRT, sino en base al derecho civil fundamentando luego el dictado del Decreto N° 1278/2000.

Este precedente fue utilizado como piedra angular por el SRTJ al tiempo del dictado de la Sentencia "MALDONADO"⁸ por el cual se reconoce al "síndrome de burn out como una enfermedad profesional".

7 Fallos: 325:11

8 Decisorio de fecha 08.07.2010

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Al respecto resulta ilustrativo el citado precedente en cuanto a que se extiende respecto de la definición del concepto de burn out, así como las características, causa u origen y los presupuestos que deben acreditarse para su reparación.

Cabe tener presente en este sentido que la doctrina refiere al stress como un proceso que se da cuando aparece un factor que se presenta como desbordante para los recursos y/o capacidades de un sujeto, existiendo una íntima relación con el concepto de “alostasis” entendida como la habilidad para adquirir estabilidad a través de los cambios, en contraposición a la resistencia a los cambios.

Cotidianamente nos encontramos en Tribunales ante situación que son planteadas bajo el prisma que encuadran como conflictos en el ámbito del trabajo cuya raíz radica en la imposibilidad -lógica- en muchos casos de adaptarse a las nuevas formas de trabajo.

En relación al reclamo por vía extra sistémica resulta por demás ilustrativo lo señalado por el STJ en las recientes sentencias dictadas en los autos: “GARCIA GARCIA, MARIA DEL CARMEN C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO”⁹ respecto de los recaudos que deben extremar los jueces en materia probatoria con el fin de tener por acreditado con prueba pericial la concurrencia de dichos factores en el ámbito o como consecuencia del trabajo así como lo atinente al nexo causal, en particular cuando se reclama en base a la responsabilidad civil del Estado.

V.- VIOLENCIA.- ACOSO LABORAL.-MOOBING. FALLOS STJ DUFEY C/ENTRETENIMIENTOS PATAGONIA SA y BRONZETTI C/FUNBAPA- SCJB “FERNANDEZ Humberto C/INCAT SRL S/Despido”. CNAT Sala II: “R.F.P. C/ Citytech SA S/ Moobing 16.02.2012”. CAMARAS DEL TRABAJO II CIRCUNSCRIPCION: “VOGL PATRICIA FABIANA C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (CONSEJO PROVINCIAL DE SALUD PUBLICA) S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (I)” (Expte. Nº I-2RO-265-L2014).- “ALONSO GISELL C/ Crown Casino SA” y “CHAMSEDIN C/Provincia de Rio Negro”).- EXTENSION DE CONDENA SOLIDARIA Art 1113 CC (CNAT SALA VI 24-9-2014 “AA

⁹ Decisorios de fechas 29.11.2022 y 29.12.2023

C/SHELL CIA ARG S/Despido”). CESION DE PERSONAL ARTICULO 229 LCT.- CUANTIFICACION DEL DAÑO.

El vocablo “mobbing” se utiliza precisamente para identificar las situaciones en las que una persona o un grupo de personas ejercen violencia psicológica extrema, de forma sistemática, con intencionalidad y durante un tiempo prolongado sobre otro sujeto, con la finalidad de lograr que la víctima quede aislada de su entorno y abandone el sector, el grupo o la empresa. Tiene una dirección específica hacia la víctima con una intencionalidad subjetiva y perversa de generar daño o malestar psicológico y el consecuente sometimiento o su egreso de la organización empresarial o del grupo. Si, como en el caso, se han acreditado tales conductas por parte de la demandada quien incurrió en una actitud de hostigamiento y de violencia moral contra el actor, la situación es susceptible de encuadrarse en las conceptualizaciones doctrinarias precedentes. Ello implica un apartamiento de la empleadora de las obligaciones que la LCT pone a su cargo y constituyen un acto ilícito de carácter extracontractual destinado a afectar la dignidad personal del trabajador que genera la responsabilidad de la empleadora (arts. 1109 y 1113 del C. Civil) por el daño provocado y justifica el reconocimiento de la reparación de ese daño al margen del sistema tarifario previsto con relación a los incumplimientos de índole contractual.

En el caso de nuestra Provincia, su definición y estudio data de hace varios años, en particular podemos mencionar que uno de los primeros precedentes en que se aborda esta cuestión por parte del STJ resulta ser el precedente “DUFÉY”¹⁰ y luego replicado en “BRONZETTI”¹¹ en donde el Más Alto Tribunal con el voto del Dr. Soderó NIEVAS se explaya sobre la definición y el análisis de este fenómeno así como la responsabilidad que le cabe al empleador.

Todos estos fallos citados y mencionados ut supra resultan ilustrativos en cuanto a la definición del moobing, requisitos para que se constituya el

10 Decisorio de fecha 06.04.2005

11 Decisorio de fecha 31.08.2009

mismo, aspectos probatorios a analizar en lo que respecta al nexo causal y distintas soluciones adoptadas por los Tribunales dependiendo de la prueba producida en el expediente.

Otro de los puntos interesantes a analizar y que se está dando con mayor asiduidad en los expedientes judiciales en las acciones por daño moral resulta ser el pedido de la extensión de la condena a los acosadores, así como la extensión de la condena solidaria al empleador principal o en caso de cesión de personal, tal como se menciona en el precedente citado por la CNAT “AAY C/SHELL CIA ARG S/DESPIDO”¹²

Al respecto vale mencionar y así lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria, que si se han acreditado las conductas ilícitas de las cuales fue víctima la parte actora durante el desarrollo del vínculo laboral, protagonizadas por quienes, por sus funciones jerárquicas, representaban al empleador en el lugar de trabajo, a aun en el caso de tratarse de compañeros de trabajo o aun terceros vinculados a la empresa, los danos ocasionados en la persona de la trabajadora resultan resarcibles por aquel por los hechos del dependiente, aun en ausencia de un vínculo contractual (art. 1113 , 1º párrafo, del C. Civil). El Civil Civil establece que el deber de respetar los derechos y libertades de los demás no se agota en la mera abstención de ejecutar una voluntad dañina (art. 1072), sino que se extiende al deber de guardar cierto cuidado o prudencia en los comportamientos para evitar la expansión innecesaria del riesgo al que, con nuestros actos, exponemos a las demás personas (art. 1109). Por ello, también corresponde que la condena sea extensiva en forma solidaria a los codemandados quienes, como quedo acreditado, fueron los causantes, con su conducta, del daño ocasionado¹³.

También se ha dicho que: “De los elementos probatorios de la causa no es difícil colegir que tanto el ambiente de trabajo hostil en que presto servicios la reclamante como el maltrato personal que padeció de sus

12 Cámara Nacional del Trabajo, SALA VI 24-9-2014

13 CNAT Sala III Expte n° 22012/05 sent. 88908 12/7/07 « Veira, Mónica c/ Editorial Perfil SA s/ despido » Guibourg. Eiras

compañeros y superiores jerárquicos, han podido razonable y presumiblemente generar dolor moral, sufrimiento emocional y padecimientos que deben ser reparados. Sin llegar a calificar la situación como “mobbing” se desprende que es necesario fijar una reparación de ese daño padecido por la trabajadora. No puede soslayarse que el art. 75 LCT, en su párrafo 2° reenvía a tal fin a las normas de la ley 24557 que no contempla ningún supuesto de daño moral resarcible. Tampoco el listado del decreto 658/96 reconoce entre las enfermedades que contempla, las derivadas del ambiente hostil de trabajo. Como corolario, corresponde fijar una reparación conforme con las reglas generales que emanan del derecho común (arts. 1068, 1069 y 1078 del C. Civil). Para ello será necesario considerar que ese consuelo o bálsamo para el alma puede lograrse obteniendo descansos reparadores, un viaje compensador, unas vacaciones, acceso a distracciones, lecturas, espectáculo, etc; por lo que teniendo en consideración la magnitud y duración el hecho ofensor, las circunstancias del ámbito injuriante, la situación personal de la víctima, su salario y antigüedad, resulta adecuado fijar esa partida en la suma de \$20.000, la cual solo llevara intereses de no ser abonada por la demandada dentro del plazo de cinco días de que se notifique la liquidación del art. 132 de la LO¹⁴.

Sin duda que, uno de los aspectos que demanda mayor complejidad no solo al profesional que debe iniciar el reclamo judicial, sino también para el magistrado al tiempo de resolver esta dado por la cuantificación del monto de la reparación.

En este sentido la jurisprudencia resulta sumamente ecléctica y variada en cuanto a cómo conmensurar y justipreciar el daño, a modo de ejemplo se citan diversos precedentes judiciales, a saber:

“Teniendo en cuenta que se acredita en autos que la accionante fue víctima de acoso sexual por parte de sus superiores jerárquicos, resulta apropiado tener en cuenta a los efectos de la cuantificación del daño

¹⁴ CNAT Sala II Expte n° 7358/05 sent. 95304 12/10/07 « Reinhold, Fabiana c/ Cablevisión SA s/ despido » Maza.- Pirolo

moral, las circunstancias personales de las partes y las características del caso, por lo que es ajustado a derecho, confirmar lo decidido en primera instancia donde se fijó como reparación un año de salarios. Dicho parámetro resulta análogo al criterio adoptado por la LCT al fijar las reparaciones para los casos de despido por causa de matrimonio o de embarazo¹⁵.

“No puede perderse de vista el principio de reparación integral al momento de cuantificar el resarcimiento de este tipo de padecimientos y si bien es cierto que la determinación de su cuantía puede resultar harto difícil por su imposibilidad de traducir en dinero la magnitud del daño, esa dificultad puede sortearse atendiendo a la índole del hecho generador de la responsabilidad, las molestias ocasionadas y los inconvenientes que el suceso provoco en el damnificado, sin perder de vista las circunstancias particulares que rodearon a la cuestión¹⁶.

VI.- PRUEBA TESTIMONIAL-NUEVAS TECNOLOGIAS (Artículo 51° de la LEY 5631). PERSPECTIVA DE GÉNERO. HAZ DE INDICIOS.

Sabemos que, en nuestra doctrina y jurisprudencia argentina se invoca lo que denominamos como la "teoría de las cargas probatorias dinámicas" en la cual las partes deben aportar al proceso todos los datos de la realidad que estén a su alcance antes del dictado de la sentencia, ya que no pueden refugiarse en un mero abstencionismo o cómoda inactividad porque las consecuencias se verán al momento de saber la verdad material que los enfrenta. La misma es calificada como una atribución cooperativa de la carga de probar ciertos extremos relevantes y la particular fluctuación de las cargas concretas de probar en un proceso dependiente de circunstancias propias de cada caso.

La autora e investigadora española Marina PARES SOLIVA en su trabajo “Acoso Laboral” de Editorial Ananke al hacer referencia de los medios

15 CNAT Sala III Expte n° 6443/04 sent. 88311 22/11/06 « Parals, Eliana c/ Bandeira SA s/ despido » (Porta.- Guibourg.-)

16 CNAT Sala IX Expte n° 25805/03 sent. 14141 12/4/07 « Gómez, Hilda c/ San Sebastián SA s/ daños y perjuicios » (Balestrini. Zapatero de Ruckauf.)

probatorios en el mobbing o acoso moral considera que "el lenguaje del acosador es fuente de prueba ya que, en el lenguaje, quien hostiga cada palabra oculta un malentendido que vuelve en contra de la víctima elegida pretendiendo ocultar el ejercicio de la violencia. Quien acosa utiliza información privilegiada para dañar". La destacada autora española hace referencia a la necesidad de realizar tres pericias durante los procesos de acoso moral y son:

1-La pericia médica: es la que determina los síntomas físicos de las alteraciones psicoanalíticas producidas por el hostigamiento.

2-La pericia psicológica: determina las alteraciones emocionales producidas por el mobbing realizando un análisis del contexto laboral.

3-La pericia social: emplea como técnica básica la entrevista y se basa en la prueba de indicios, testimonios, escritos, y determina el tipo de acoso y la fase en que se encuentra, siendo este último proceso el rol que debería adoptar el juzgador al tiempo de la audiencia de vista de causa.

En lo que se refiere a las condiciones dignas y equitativas de labor, deben ser probadas por el empleador, no teniendo por qué presumirse atento la relación de subordinación o dependencia en que se encuentra el trabajador. Es importante destacar lo que expresa la Dra. Marie- France Hirigoyen (2008) en su trabajo "El acoso moral en el trabajo, op. cit., p.17" sobre el perfil del acosador en el mobbing al señalar que "en los perversos, las decepciones producen ira o resentimiento, y un deseo de venganza. Cuando un perverso percibe una herida narcisista (una derrota o una repulsa) siente un deseo ilimitado de obtener una revancha. No es una reacción pasajera, sino de un rencor inflexible".

De este modo, también es importante considerar, en qué situación se encuentra el trabajador víctima del mobbing o acoso laboral durante la etapa probatoria en el juicio; sabemos que la misma reviste de una fragilidad evidente debido al estado de desprotección y en condiciones menores que el acosador, por lo que es necesario otorgar la carga de

ARTÍCULOS JURÍDICOS

probar los hechos que persigue su acción interpuesta en la demanda laboral, aplicándose en muchos casos el principio del favor probationis que se utiliza en los casos de dificultosa probanza en beneficio del más débil.

Es importante señalar, que en los casos de violencia o acoso laboral se presenta como primera dificultad la probanza de los hechos relatados por la víctima (trabajador) del fenómeno en la demanda laboral, siendo una tarea ardua para los profesionales y para el mismo juez laboral ante la ausencia de una ley que regule el mismo, aunque podemos detallar igualmente aquellos medios de prueba que se deberán tener en cuenta, a saber:

A-Prueba Testimonial. Se considera que este medio de prueba revela los dichos de quién como testigo puede describir la conducta del acosador en el maltrato psicológico vertido en el trabajador víctima de violencia laboral. Es por ello que los testimonios vertidos por compañeros de trabajo pueden dar una exposición de los hechos pero que las mismas se encuentran condicionadas a las presiones de la propia empresa de que no revele determinados hechos ocurridos en la organización. A veces resultan insuficientes los testimonios debido a que el hostigamiento que sufre con frecuencia la víctima es ocurrida en la intimidad siendo de muy difícil prueba para el profesional que asiste legalmente a la víctima ya que los testigos pueden no declarar por temor a ser despedidos, etc.

B-Prueba Documental: La misma es de vital importancia en tanto es una herramienta útil para probar la presencia del hostigamiento sufrido por la víctima siendo las más perceptibles y que juegan en contrario al hostigador, el envío de e-mails, cartas o amenazas de sanciones por escrito, modificaciones de condiciones laborales hechas por escrito sin ningún fundamento objetivo, haciendo plena alusión que el mismo acosador tiene una idea persecutoria y obsesiva hacia la víctima.

C-Haz de Indicios o Presunciones: PALACIOS en su Manual de Derecho Procesal Civil define a las presunciones "como las consecuencias que la

ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido. La presunción comporta pues un razonamiento que partiendo de un hecho determinado (indicio) y de conformidad con la experiencia referente al orden normal de las cosas, permite afirmar la existencia del hecho que se desea probar". Es así como en el derecho laboral se ha receptado dicho medio probatorio sin exigir los requisitos legales para la procedencia de los indicios (graves, precisos y concordantes) ya que la misión del juez será un examen evaluando los mismos dentro de un ámbito dificultoso para acreditar los hechos relatados por la víctima de acoso o violencia. Al momento de dictar sentencia, el juez laboral deberá evaluar las conductas hostigadoras del acosador haciendo una valoración de los hechos y recurriendo a algunos principios previstos en nuestro procedimiento laboral a saber: el principio de primacía de la realidad, el principio protectorio y el de razonabilidad.

D-Pericial Psicológica: Particularmente en los casos de mobbing o acoso psicológico el dictamen pericial es uno de los elementos probatorios claves durante el período de prueba, debiendo ser valorado conjuntamente con los demás medios probatorios siendo de importancia las exposiciones reveladas por el perito acreditando o no el hostigamiento del acosador sobre el trabajador (víctima). Algunas de las meras referencias que deben contener todo dictamen pericial en materia de mobbing son acerca de la degradación psicológica sufrida por la víctima durante el hostigamiento, los maltratos psicológicos frecuentes de parte del hostigador, cambio infundados de tareas frecuentes en su labor, el aislamiento de la víctima y de sus compañeros de trabajo, etc.

Por ultimo debe tenerse en cuenta y resulta de fundamental importancia lo dispuesto por el artículo 51º de la Ley 5631, a saber: "Cuando deba recurrirse a medios de prueba no previstos en esta ley, se proveerán y producirán conforme a las disposiciones establecidas en otros ordenamientos en los que estén regulados, en tanto no colisionen con las disposiciones aquí determinadas, o en su defecto en la forma establecida por el Tribunal. Estas pautas se aplican especialmente para la

ARTÍCULOS JURÍDICOS

incorporación al proceso de los medios de pruebas digitales y virtuales. Se consideran como tales, y de manera enunciativa, los correos electrónicos, los mensajes de texto, los mensajes de voz, las páginas oficiales de red informática, publicaciones en redes sociales y videograbaciones. En su caso, el Tribunal podrá disponer: a) Prueba anticipada sobre medios digitales o virtuales, a los efectos de no frustrar su incorporación al proceso. b) De manera excepcional, mediante providencia debidamente fundada, el secuestro de los elementos de hardware, siempre que el perito designado no pueda generar una copia de la información a peritar o el cotejo judicial sobre las páginas oficiales de red informática acompañadas en copia simple e individualizadas sus direcciones. Para denegar este tipo de pruebas el Tribunal deberá fundar el rechazo. Asimismo, cuando se encontraren en poder del empleador los elementos informáticos y/o tecnológicos referidos en el presente artículo y se solicitare su exhibición, constituirá presunción en su contra si nos los exhibiere o intencionalmente no los hubiere preservado, siempre que mediare juramento de la parte trabajadora o sus derechohabientes sobre el contenido de los mismos.

A modo de síntesis cabe destacar que las diversas dificultades que deben padecer las partes en este tipo de reclamos en materia de prueba, las cuales vale aclarar se han venido flexibilizando a partir de las nuevas tecnologías -emails, filmaciones, audios, publicaciones en redes sociales, etc-, no debe conducir a interpretar un impedimento para las partes durante la etapa probatoria, sino que se exige medios probatorios que orienten al juez laboral a formar una convicción evidente de los hechos expuestos por las partes durante dicha etapa para lo cual también resulta imprescindible escuchar a la víctima y fallar con perspectiva de género.

VII.- CONCLUSION.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL VIOLENCIA LABORAL - ARTÍCULO 72° Y SIGUIENTES LEY N° 5631- CONVENIO 190 OIT.- RECOMENDACIÓN N° 260 OIT.- UNA MIRADA HACIA EL FUTURO- HACIA UN DERECHO PREVENTIVO DE DAÑOS Y NO RESARCITORIO (acción preventiva Artículo N° 1711 CCNN/Artículo 75º LCT. Ley 26485).-

Como corolario de lo expuesto en este trabajo, me permito hacer una referencia específica al procedimiento especial regulado en nuestra reciente reforma de la Ley de Procedimiento Laboral N° 5631 que implica sin dudas en la práctica un cambio de paradigma, al asumir y brindar herramientas legislativas a una problemática cotidiana al que debemos enfrentarnos los operadores judiciales del derecho del trabajo y que hasta el momento de la reforma procesal no se encontraba positivada, sin que existan antecedentes normativos en las restantes jurisdicciones siendo pionera nuestra Provincia en la materia.

Dicha reforma refleja y hace operativos los preceptos emanados del Convenio N° 190 de la OIT -al que adhirió nuestro país con la sanción de la Ley N° 27580- así como la Recomendación N° 260 significa, como dije, un cambio de paradigma ya que el objetivo primordial de la norma es la adopción de acciones que impliquen el cese de la conducta violenta y el acoso laboral evitando la continuidad del daño, pudiendo en una segunda instancia y en el marco de un juicio de conocimiento pleno efectuar el reclamo patrimonial correspondiente.

Pensemos en este sentido que hasta antes de dicha reforma, en la mayoría de los expedientes judiciales originados por demandas originadas por situaciones de violencia o acoso laboral culminaban en reclamos por auto despido o acciones civiles por daños y perjuicios una vez extinguido el vínculo por parte de la víctima en búsqueda de una reparación que no solo resultaba tardía sino lo que es peor, muchas veces en montos irrisorios con motivo de la depreciación monetaria, luego de un derrotero judicial por demás complejo y con resultado incierto debido a lo complejo en materia probatoria.

Por ello, este proceso especial guarda similitud con la acción preventiva prevista en el Artículo N° 1711 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación CNN y se fundamenta en el Artículo 75º LCT así como en los objetivos propuesto por la Ley N° 26485, brindando a los operadores judiciales del sistema una herramienta procesal fundamental para el cumplimiento de los objetivos propuestos, a saber:

- Propiciar un ambiente laboral libre de discriminación, hostigamiento y violencia en los términos del artículo 72, promoviendo la equidad y el respeto como ejes rectores de las relaciones laborales.
- Cesar de inmediato la situación de violencia o acoso restableciendo las condiciones alteradas.

Desde el punto de vista procesal, también este procedimiento resulta innovador, ello al contemplar eventualmente la posibilidad de contar con multiplicidad de partes involucradas, a saber: denunciante/s, denunciado/s; empleador/es, ART, Organismos del Estado involucrados en la problemática, asociaciones sindicales, etc.

Por último, entiendo oportuno mencionar que como todo proceso nuevo, plantea dificultades prácticas que nos generan diversos interrogantes, por ejemplo en los recaudos a contemplar para la apertura del procedimiento –vale decir si los hechos que se denuncian encuadran como violencia o acoso laboral-, dictado de medidas protectorias que colisionan con las facultades del empleador o derechos de los denunciados –por ejemplo fuero sindicales-, también en materia de regulación de honorarios profesionales, así como la remisión del expediente a una instancia conciliatoria ante el CEJUME o la autoridad administrativa en caso de que las partes lo acuerden, etc.

A modo de reflexión final, me permito transcribir una definición de la Organización Mundial de la Salud que me resulta sumamente ilustrativa y un norte que debemos seguir, a saber: *“UN LUGAR DE TRABAJO SALUDABLE ES AQUEL EN QUE LOS TRABAJADORES Y EL PERSONAL SUPERIOR COLABORAN EN LA APLICACION DE UN PROCESO DE MEJORA CONTINUA PARA PROMOVER Y PROTEGER LA SALUD, LA SEGURIDAD Y EL BIENESTAR DE TODOS LOS TRABAJADORES Y LA SOSTENIBILIDAD DEL LUGAR DE TRABAJO”*

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Bibliografía utilizada:

Luis RAFAGHELLI en su Obra sobre: “Los Riesgos Psicosociales en el Trabajo”

NEFFA, JULIO CESAR: “LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO”

“El Mobbing y los medios probatorios en el proceso laboral” por ANDREA FABIANA MAC DONALD