En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 15 días del mes de agosto de 2017, hallándose reunidos los Señores Vocales integrantes de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de dictar sentencia en los autos “R. M., P. E. c/ Terminal 4 S.A. s/ Daños y Perjuicios” y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Osvaldo Onofre Álvarez dijo:

I.- Vienen estos autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 248/ 253, expresando agravios la accionada a fs. 260/ 263, el que fuera contestado por el actor a fs. 265/ 268.

II.- Antecedentes.

El actor reclama a la empresa “Terminal 4 S.A.” la indemnización por los daños y perjuicios que alega haber sufrido a raíz de la conducta discriminatoria de la accionada.

Refiere que la firma se dedica a servicios portuarios y que, al contactar potenciales aspirantes para ocupar puestos en su planta, les efectúa diversas entrevistas a fin de evaluar sus habilidades técnicas y sociales. Superadas dichas instancias, previo a la contratación, el candidato debe efectuar un examen médico pre-ocupacional.

Señala que fue contactado por dicha empresa a fines de octubre de 2012, para manejar la base de datos informáticos relativos a la gestión de contenedores en la terminal que administra la demandada.

Relata haber rendido el examen técnico para el puesto con suficiente solvencia y que, a raíz de ello, el gerente del área lo urgió a realizar los trámites previos para concretar la contratación. Agrega que la remuneración pautada ascendía a $ 10.000 mensuales.

Expone que, luego de haber sorteado tales instancias, fue derivado a Citymed a fin de proceder a efectuar el examen médico pre-ocupacional.Que allí le fue requerido un análisis de HIV, cuya realización lo sorprendió y que, pese a su condición de portador, accedió a cumplirlo ante su imperiosa necesidad de trabajar; habiendo tomado una foto al consentimiento informado que se le solicitara en dicha oportunidad, la cual acompaña a los presentes.

Alega la falta de comunicación posterior de la empresa, decidiendo entonces ponerse él en contacto, siendo informado que no iba a ser contratado, sin brindarle mayores explicaciones. Que ante la sospecha concreta de haber sido discriminado por ser portador de HIV, se dirigió al laboratorio nuevamente a fin que le entreguen copia de los resultados de los estudios pertinentes, lo cual le fue negado, argumentando que habían sido remitidos a “Terminal 4”. Manifiesta que se le proporcionó una copia de los estudios, donde “misteriosamente” no figuraba resultado alguno del examen de HIV referido.

Frente a ello, procedió a iniciar un expediente para obtener el secuestro de su legajo de contratación, en el cual, practicada la diligencia, en “Terminal 4” le informaron al Oficial de Justicia actuante que los documentos médicos se encontraban en poder del laboratorio, circunstancia ésta desmentida conforme los hechos narrados.

Agrega que lo ocurrido menoscabó su salud psíquica y anímica, comenzando a sufrir patologías asociadas con la pérdida de motivación y de esperanza en su potencial como trabajador. Además, le privó la chance de ganar una considerable suma de dinero.

Concluye que la demandada se manejó con evasivas y sin transparencia; nunca manifestó el real motivo de su accionar en el concluso proceso de contratación, habiendo sido discriminado y maltratado, afectándose su salud espiritual, psíquica, su situación económica y en general, su dignidad como persona.

“Terminal 4 S.A.” contesta demanda dando su propia versión de los hechos. Aduce que a mediados de 2012 comenzó la búsqueda para cubrir un puesto de trabajo en el departamento de Administración, área Sistemas. Que entre los postulantes se encontraba el actor, a quien se le mandó a realizar los estudios preocupacionales.Niega que se hubiera dispuesto un examen referente a HIV.

Agrega que el accionante no era el único postulante, habiéndose efectuado estudios a todos aquellos aspirantes a los cuales se los consideraba con cierta probabilidad.

Afirma que la falta de contratación de P. R. M. se debió a un cambio de directivas respecto al perfil que debía tener la persona; habiéndose orientado la búsqueda a un trabajador “Señor”, entendiendo luego la gerencia del área que era preferible un “Junior” de menos conocimientos y jerarquía.

En consecuencia, niega que la contratación no se efectuara por ser el actor portador del virus de HIV y peticiona el rechazo de la demanda, con costas.

III.- Sentencia La magistrada de grado entendió, a la luz de la prueba producida, que resulta evidente la existencia de una eventual admisibilidad laboral del accionante por la firma demandada, como así también el interés que aquél despertó en la empleadora para que ésta ordene la realización del examen pre-ocupacional. Consideró que, si bien la emplazada acreditó que se efectuó una contratación para el cargo de programador, no así las características de la misma, pudiendo entonces presumirse que el actor resultó “descartado” por su condición de portador del virus del HIV; encontrándose probado así el acto discriminatorio.

IV- Agravios Dicha decisión es recurrida por la demandada. En su memoria cuestiona: 1) que se considere evidente la existencia de una eventual inclusión del accionante. Alude que los pasos previos constituyen un camino pero no son contratación; que la relación se da una vez que la persona tiene el alta como dependiente, no existiendo pre-contratación. Señala que el actor aplicó para la búsqueda, pero que la misma se dejó sin efecto y no se contrató a nadie hasta un año después, efectuándose una nueva selección, lo cual refleja la pericial contable.2) la presunción de la a-quo respecto a que el accionante resultara descartado por su condición de portador de HIV, cuando la empresa no sabía ni tenía conocimiento de esa situación; que de haber existido los hechos, hubieran sido probados, agotándose los medios para ello. Contrariamente el actor desistió de la prueba informativa al laboratorio que habría efectuado el análisis. Finaliza así que la conclusión arribada por la sentenciante resulta apresurada. 3) el supuesto agravio moral que dice haber padecido el accionante. Sostiene que no hay prueba de la zozobra y que los testigos solo expresan lo que el actor les contó, otorgándose el resarcimiento sin fundamento alguno. 4) la condena por pérdida de chance, cuando no hubo contraprestación alguna. Ninguna pérdida se generó al actor, no hubo trabajo, no hubo entonces salario. Pide sea descartado el rubro y, de considerarse ajustado a derecho, peticiona su reducción conforme la indemnización por despido tarifada en derecho laboral. 5) el resarcimiento otorgado por daño psíquico. Entiende que las posibilidades futuras de acceso a un laboreo no tiene vinculación con las situaciones vividas y que motivaran estos autos. Asimismo, por el exorbitante monto fijado sin fundamento por la a-quo, ateniéndonos a la propia pericia producida. 6) la condena en costas que pide se revierta al revocarse la sentencia.

V.- Se deja sentado que, en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial -ley 26.994 y su modificatoria ley 27.077-, de conformidad a lo previsto en el art 7° y teniendo en cuenta el ámbito temporal de la cuestión litigiosa, resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez.

Debo señalar que los antecedentes que obran en autos, analizados en forma integral y a la luz de los principios que inspiran la sana crítica (art.386 del CPCC), no permiten a mi criterio acatar las quejas vertidas por la recurrente.

Destaco en tal sentido el derecho elemental del juzgador de no seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, limitándose a escoger entre aquellos que guardan relación directa con la litis y que revisten sustancial importancia para la justa solución del diferendo (cfr. Corte Sup., ED 18-780; CNCiv., Sala D, ED 20-B-1040; Sup. Corte de Bs.As., Ed 105-173; esta Sala, expte. N° 114.223/98, entre muchos otros).

Se tiene reconocido que en el proceso formativo de su convicción el juzgador sólo puede excepcionalmente lograr una certeza absoluta sobre la forma en que sucedieron los hechos, pero ha de bastar para fundar su decisión haber alcanzado una certeza o convicción moral, entendiendo por ésta el grado sumo de probabilidad acerca de la verdad, tras el examen de la prueba aportada por los litigantes. Súmese a ello que dicho estudio no puede efectuarse fuera del marco que emana de la sana crítica, que no se encuentra encerrada en límites de carácter abstracto sino que -por el contrario- es la consecuencia ineludible de un razonamiento integrado de reglas lógicas y máximas de experiencia -conf. CNCiv., Sala L, 12.12.2000, ED: 194-329, entre otros-.

De igual modo, con recurrencia a lo normado por el citado art. 386 y conc. del Código Procesal, los jueces no tienen el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas que fueran esenciales y decisivas para fallar la causa, siendo soberanos en la selección de las mismas, pudiendo inclusive preferir unas y descartar otras -conf. SCBA, 16.12.1997, DJBA 154-1451, entre otros- y con aquiescencia en plausibles patrones jurídicos que determinan libremente su juicio -conf.CNCiv., Sala H, 04.10.1996, LL 1998-A, 473-.

Ahora bien, resulta adecuado señalar liminarmente que, cuando se alega discriminación, se invierte la carga de la prueba, es decir, que le corresponde a la empresa accionada demostrar que no existió tal conducta.

Dicho criterio en materia de cargas probatorias para los casos de discriminación ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El más Alto Tribunal expresó que “la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente y difícil de demostrar, ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor y, “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación” (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°). Para compensar estas dificultades, en el precedente citado, el Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con “la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”.

“En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia. Este principio de reparto de la carga de la prueba en materia de discriminación, tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, en el conocido caso “Mc Donnell Douglas Corp. vs.Green” (fallo del año 1973, publicado en 411 US 792). Esa doctrina continúa siendo aplicada por la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta la actualidad, aunque con ciertos matices -5- (ver 431 US 324, año 1977, 509 US 502, año 1993 y 530 US 133, año 2000). Asimismo, la regla fue adoptada por diversos ordenamientos nacionales e internacionales (ver, en este sentido, citas de Fallos: 334:1387 y Manual de la legislación Europea contra la discriminación, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011).” -RECURSO DE HECHO “Sisnero, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s amparo”-.

En la especie, quedó reconocido que P. E. R. M. se postuló para una búsqueda laboral en “Terminal 4 S.A.” y mantuvo entrevistas con la sociedad accionada con el objeto de lograr el puesto de trabajo en el Área de Sistemas de su Departamento de Administración. Quedó también reconocida la realización de un examen médico pre-ocupacional a tales fines; situación que conlleva a interpretar que, tras sortear las instancias en las que se evaluó su idoneidad, era intención de la emplazada contratarlo. De no ser así, no habría tenido razón de ser la realización de dichos estudios, máxime cuando su práctica supone un cierto costo que la empleadora debe asumir.

Por otro lado, no existe en la causa elemento alguno del que resulte que el actor no hubiese reunido las condiciones necesarias para ocupar el cargo, ni que existiera otro aspirante que hubiere resultado ser más idóneo.

El silencio guardado por la accionada una vez cumplido por aquél el examen médico pre-ocupacional, hace presumir que ha sido el resultado del estudio de HIV el verdadero motivo de su no contratación (cfr. art. 356 CPCC).

De la documental acompañada a fs. 9 de la demanda, se desprende que Citymed envió los estudios a la empresa. Según refiere el actor, se le entregó en la entidad copia de los mismos (fs. 10/18), no así del análisis de HIV.Contrariamente, de la prueba anticipada producida (expte. N° 70.852/2013) surge que el Oficial de Justicia no pudo cumplir la medida (obtener copia completa del legajo médico del actor), toda vez que personal de la empresa Terminal 4 S.A. le comunicó que “los exámenes pre-ocupacionales del Sr. P. R. se encuentran en poder de Citymed” (fs. 8 vta.).

A fs. 112/113 obra el diligenciamiento de oficio ordenado a Citymed efectuado por el accionante, el que reiterara a fs. 143/ 144, sin que fueran respondidos; desistiendo la parte de dicha prueba a fs. 221 en el entendimiento que la demandada no quería que la empresa por ella contratada brinde información en autos. Asimismo, a fs. 230 “Terminal 4 S.A.” fue declarada negligente en la producción de la informativa a dicho laboratorio, como así también respecto de las testimoniales que ofreciera.

Por otro lado, llama -cuanto menos- la atención que en su contestación de demanda la empresa alegara haber cambiado el perfil de búsqueda del aspirante, de un “Señor ” a un “Junior” -de menores conocimientos y jerarquía-, señalando en cambio en los agravios que la búsqueda fue dejada sin efecto, retomándose un año después.

Como se apuntara, uno de los verdaderos problemas que presentan los actos discriminatorios emanados de particulares, se encuentra en la dificultad probatoria, porque puede ser encubierta y nunca, en principio, se hace en forma clara y expresa (CNCiv. Sala H, “M, M.J. c/ Citibank s/ Daños y Perjuicios”, Sumario N° 0019125 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Como sostuviera mi distinguido colega Dr. Oscar J. Ameal en su voto en los autos “Ramírez Gómez L. c/ Goicochea Hnos. S.A. s/ daños y perjuicios” (N° 35.408/ 2014) de esta Sala, “Digno es remarcar que el trato igualitario de las personas se encuentra tutelado en el art. 16 de nuestra Carta Magna cuando señala que la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento:no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.” “Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos(Pacto de San José) celebrada en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, aprobada en nuestro país por Ley n° 23.054, dispone en su preámbulo que los Estados Americanos signatarios reafirman su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre y reconocen que tales derechos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.” “En tal contexto, al enumerar los Deberes de los Estados y Derechos protegidos, señala que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” “A su vez, el art. 5° de dicho ordenamiento, referido al Derecho a la Integridad Personal, enuncia que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y en el art.24° expone que “todas las personas son iguales ante la ley, teniendo derecho, sin discriminación, a igual protección legal.” “Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en nuestro país por Ley n° 23.313, con basamento en el reconocimiento de los derechos que se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, dispone que “los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, asegurándoles “a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto” (cfr. art. 2° inc. 2° y art 3°).”

“En igual sentido, el art. 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado -también- en nuestro país por Ley n° 23.313, refiere que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” “Con igual alcance, el art. 1° de la ley 23.592 dispone 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.A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.” “Finalmente, el art. 2° de la ley 23.798 -mediante la cual se declara de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida- establece que sus disposiciones se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda afectarse la dignidad de la persona; ni producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación.” Tal es el plexo normativo que cabe considerar en el caso.

En la relación “sub- examen” el contrato se frustró en las tratativas preliminares. El Código de Vélez no trata las negociaciones previas al contrato, no obstante, a la luz de la normativa, se puede entrever las pautas que se les aplican, como así también la responsabilidad extracontractual (precontractual), que deriva de la ruptura intempestiva de aquellas originando la reparación del daño, a interés negativo (cfr. Ameal, O. “Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI”, p. 516 /517).

En la pericia informática de fs. 140/141 el experto actuante verificó el intercambio de correspondencia electrónica entre el actor P. R. y N. G. P. por “Terminal 4”, los días 23 y 25 de octubre de 2012.

Concluyó que el contenido de los correos adjuntados a la demanda coincide con los que se encontraron en ambas casillas de mail, por lo que son auténticos.

Las copias de dichos correos se encuentran agregadas en los anexos de fs. 127/ 139, surgiendo allí que el día 23/10 se solicita al actor: documentación personal, certificado antecedentes penales y examen pre-ocupacional; como así también la fecha que debe asistir a Citymed: 24/10, 9.30 hs. El mismo es contestado por R., quien confirma que se hará los análisis y efectúa una consulta respecto al tema Obra Social. A ello N. P.- de Recursos Humanos de Terminal 4- le responde que lo de la Obra Social se lo puede consultar personalmente y le desea suerte en el examen del día siguiente.

En otro correo del día 25/10/2012 el Sr. R. informa ya haber asistido a los exámenes, entregado en la empresa fotocopia de su DNI y tramitado el certificado de antecedentes penales. Le pide a N. P. llamarla para hacerle unas preguntas. A lo que ella responde textualmente “Perfecto entonces con todo. Ahora vamos a esperar los resultados de los exámenes preocupacionales y vemos cómo seguir. Llamame de 9 a 18 cuando puedas, no hay problema”.

El intercambio reseñado da cuenta del estado y del avance que tenían las tratativas; refiriendo los testigos ofrecidos por la actora a la angustia y frustración que le provocó no haber sido finalmente contratado.

Así, Mariana Brentassi, quien manifestó ser amiga de la mujer de Pablo, adujo que lo notaba estresado, angustiado. Que estaba por entrar a un trabajo en la empresa Terminal 4 S.A., ya que el es programador y le dijeron que no existía mas el puesto o algo así; que eso lo tenía angustiado porque estaban con proyectos de avanzar y formar una familia. Pensaba que se le truncaban todos los proyectos y que jamás iba a conseguir trabajo; que le iba a pasar en todos lados lo mismo y que no veía ninguna perspectiva de encontrar un buen “laburo”. Siempre estaba con ese miedo, en cada entrevista. Respecto a los motivos por los que el actor creía que no lo contrataron, respondió que tanto él como todos los que escucharan el problema, en una reunión cena de fin de año, pensaban que era bastante obvio que eran excusas por parte de la empresa.Que cuando el puesto ya es tuyo, llegas a la última instancia de selección y justo cuando reciben los análisis del laboratorio, el resultado de VIH, se cae todo; que es al menos sugestivo.

Santiago Abel Pascuale, refirió conocer a Pablo por intermedio de una ex pareja suya, amiga de su esposa. Alegó que su estado de ánimo no era el mejor, que estaba triste. Había tenido una frustración laboral importante. Tiene entendido que iba a empezar a trabajar y de repente ese trabajo no se dio; lo cual le produjo ese malestar, ya que estaba todo dado para que comenzara. Agregó que conoce los motivos porque Pablo le comentó que cuando en el trabajo conocieron su situación de salud, cuando se conoció esa condición, el hecho que es portador de HIV, no pudo ingresar.

Liliana Di Pasquale, quien dijo conocer al actor desde hace cuatro años por ser la pareja de una persona que trabaja en el consultorio de kinesiología donde ejerce su profesión, manifestó que pasó un día a buscarla por allí y lo vio mal, por lo que le preguntó que le pasaba, ya que antes estaba contento porque había tenido varias entrevistas y había conseguido trabajo; pero que luego del examen físico prelaboral, no lo tomaron por tener HIV. Que estaba muy mal porque tenían un proyecto familiar y, además, quedó con miedo de no poder encontrar trabajo. Expuso que en la actualidad trabaja, pero que siempre teme que si quisiera cambiar a un trabajo mejor, le vuelva a pasar una situación de discriminación.

En otro orden de ideas, en la peritación médica de fs. 213, surge en las consideraciones médico legales que, conforme los estudios complementarios, el actor es portador de VIH, que es la sigla del virus de inmunodeficiencia humana.Según se desprende de la documentación aportada, es portador del mismo desde el 19 de mayo de 2006.

Pues bien, discriminar en el ámbito laboral implica precisamente “seleccionar excluyendo”, lo cual supone la utilización de una causa no justificada por la cual se prescinde del trabajador en razón de un juicio de valor peyorativo.

Considero al igual que la a-quo, que la no contratación del actor se debió a su condición de portador del virus de inmunodeficiencia humana, lo que constituye sin duda un acto discriminatorio, concretado a raíz de una condición relacionada con su salud física, carente de fundamento y, por consiguiente, menoscabante de su derecho a trabajar.

Los agravios expuestos por la demandada y especialmente sobre la valoración de la prueba, devienen procesalmente insustanciales, ya que al mediar una presunción le incumbe a la apelante desvirtuarla. Si no lo consigue, la demanda debe prosperar. Esto significa que la accionada tuvo que haber acreditado razones estrictamente objetivas para dejar de contratar al actor en la instancia de avanzadas tratativas en que se encontraban, lo cual no probó en autos. De hecho, conforme la pericial contable producida, se efectuó el ingreso de otra persona para el cargo de programador de la empresa meses después, con alta el 12/ 06/ 2013 (conf. fs. 158).

Es así que, ante la ruptura unilateral e intempestiva del vinculo negocial, habiendo acreditado el actor las circunstancias expuestas en su demanda y no habiendo aportado la contraria elementos que induzcan a valorizar los hechos de otra forma, su responsabilidad por los daños ocasionados al actor se impone.

Por todo ello, propongo al Acuerdo la confirmatoria de la sentencia apelada y la desestimatoria de las quejas formuladas.Atento la forma en que se resuelve, deviene abstracto el tratamiento del planteo relacionado con las costas del proceso.

VI.- Corresponde, seguidamente, examinar las partidas indemnizatorias cuestionadas.

A) Perdida de chance La pérdida de una probabilidad o chance, como daño cierto (el que resulta objetivamente asequible) es resarcible y tiende a reparar la probabilidad de éxito frustrada, la que debe ser apreciada judicialmente, según el mayor grado de contingencia de convertirse en cierta.

Así la “Chance” como rubro indemnizable importa la frustración de una posibilidad y conviven elementos de certeza e incertidumbre. Entre ambos debe moverse la apreciación judicial con el objeto de establecer el grado de probabilidad fáctica que existía en favor del damnificado para obtener beneficios o evitar pérdidas si no hubiese mediado el incumplimiento.

En orden a evaluar la indemnización debe considerarse que lo que el hecho causa es la pérdida de la oportunidad de alcanzar el beneficio, de allí que lo resarcible es la eliminación de la chance misma, que algún valor tiene, y no del objeto al que la chance tendía. Ello, desde luego, supone un resarcimiento menor en comparación con el que cabe en el supuesto de daños ciertos (Matilde Zabala de González “Resarcimiento de daños”, T° 2 a, pág. 371/72).

En el particular el actor señala que, de haberse producido la contratación, hubiese percibido a razón de $ 10.000 mensuales y peticiona el equivalente a un año de trabajo. La a-quo fijó el rubro en la suma de $ 90.000.

En primer lugar, he de especificar que el reconocimiento de la partida se encuentra a mi criterio justificado.Pondero, a tales fines, que el actor poseía una expectativa cierta de obtener el empleo, lo cual quedó demostrado al analizar la responsabilidad, donde se advierte que se encontraba en las últimas instancias previas a la contratación, con la consiguiente ventaja patrimonial que ello implica.

En lo que al quantum atañe, en la pericial contable producida en autos, el experto actuante expuso que, en función del puesto al que aspiraba P. R., se informa que le hubiera correspondido una remuneración mensual equivalente a $ 11.500 (v. fs. 157).

Ahora bien, no advierto elemento alguno que pudiere justificar extender el alcance de este reclamo más allá de los tres meses que impone el período de prueba laboral.

En función de ello, encontrándose determinado el daño y a la luz de la experticia en la materia, propongo al Acuerdo reducir el monto acordado en la instancia de grado a la suma de pesos treinta y cuatro mil quinientos ($ 34.500) -conf. art. 165 del CPCCN-.

B) Daño Moral.

Se ha caracterizado al daño moral como la lesión sufrida en las afecciones íntimas del damnificado, cuya determinación queda sujeta al prudente arbitrio judicial. No se trata de compensar el dolor con dinero, sino de otorgar un beneficio económico que atenúe los padecimientos. Su procedencia surge de los art. 522 y 1078 del Cód. Civil, sin imponer prueba directa de su existencia (conf. CNCiv., sala F, L. 137.891, del 4-10-94).

El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, padecimiento, sino aquello que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente (conf. Zannoni, “El daño en la responsabilidad civil”, pág. 234/235; Brebbia, “Daño moral”, pág. 47; art. 1078 del Código Civil).

La indemnización cumple una función resarcitoria, pero ello no es óbice para que en el caso del daño moral, esa función sea satisfactiva para la víctima.Ella, por lo obtenido como reparación del perjuicio experimentado, paliará éste con ventajas que subsanará en sus sentimientos o en su espíritu la situación disvaliosa padecida.

En autos está fuera de toda discusión la entidad de la discriminación padecida. En consideración a ello y teniendo en cuenta las condiciones personales del damnificado, es que propongo al Acuerdo la confirmatoria de la procedencia del rubro, como así también del monto concedido ($ 80.000), sobre el que no existe agravio de la actora .

C) Daño psíquico y tratamiento.

Así como toda disminución de la integridad física humana debe ser materia de resarcimiento, hay que admitir que cualquier merma de las aptitudes psíquicas de un individuo constituye también un daño resarcible. En este aspecto, se configura la lesión psíquica mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el mundo social.

En esa inteligencia, corresponde a mi criterio colegir la total autonomía e independencia entre el daño psíquico y el moral. Uno importa un menoscabo a la salud psíquica e integra el concepto de incapacidad, mientras que el otro repercute en los sentimientos del damnificado.

He de señalar que para fijar el respectivo quantum indemnizatorio se ha resuelto que debe tenerse en cuenta no sólo de qué manera incide su gravitación en las aptitudes de la víctima para el trabajo futuro o en la frustración de obtener beneficios económicos, pues esa incidencia no es única ni exclusiva a los fines resarcitorios, sino además de qué manera gravita en todos los demás aspectos de la personalidad de la víctima (v. esta Sala, exptes. 101.557/97 y 31.005/01, entre otros).

Ello por cuanto su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito o inserción en el mundo de relación ( conf.Zavala de González, Daños a las Personas – Integridad Psicofísica, T 2a., pág. 41).

En otro orden de ideas, acreditada la relación de causalidad de las deficiencias psíquicas que padecen los damnificados con el hecho investigado, los gastos que ocasionen los tratamientos que aconseja la perito para que disminuyan dichas secuelas, deberán ser resarcidos por el demandado.

Ello no obsta a que tenga lugar el resarcimiento por la incapacidad padecida, ni que exista por dicha causa duplicación de reparaciones (v. exptes. N° 56.220/ 00, 18.147/ 03 y 112.805/ 01 de esta Sala, entre otros), puesto que una cosa es resarcir la minoración permanente de aptitudes y otra cubrir con una terapia adecuada la posibilidad de que empeore el estado del peticionante.

Ahora bien, para que procedan los reclamos en estudio, resulta de fundamental importancia la existencia de un daño cierto resarcible que indique que el hecho generador ha provocado secuelas de carácter discapacitante, con clara relación causal.

En este orden de ideas, se hace necesario señalar que es precisamente la opinión de los expertos en la materia la adecuada para tener en cuenta a los efectos de estudiar la procedencia o no del rubro en cuestión.

A tal fin, cabe atenerse a las constancias obrantes en la causa y pericial médica, la que valoro y acepto en los términos de los arts. 386 y 477 del C.P.C.C.N.

En la experticia de fs. 116/ 121 producida por la profesional designada de oficio, surge que el Sr. R. M. presenta un Trastorno Generalizado de Anisedad, que puede ser comprendido como un “Desarrollo Reactivo”, generado como consecuencia del hecho descripto en autos. El cuadro puede interpretarse como una Reacción Vivencial Anormal Neurótica jurídicamente consolidada, relacionada a los eventos detallados en la causa. Los síntomas ansiosos adoptan la forma de una neurosis obsesiva, con vivencias de angustia y contenido ideativo penosos recurrente que escapan al control voluntario del sujeto.Presenta en su vida cotidiana una limitación en su capacidad de goce y disfrute que afecta significativamente su vida de relación, especialmente en el ámbito laboral y sus posibilidades de proyectarse a futuro.

Estimó la profesional una incapacidad del 15 % de Valor Psíquico Global que tiene una relación causal con los hechos de autos. Incapacidad que involucra las dificultades percibidas por el actor en sus posibilidades de acceder al trabajo y de relacionarse con otras personas plenamente. Determinó que el examinado debe realizar tratamiento psicológico, de entre 6 meses a 1 año de duración, con una frecuencia semanal.

Conclusiones todas ellas que ratifica la perito en su contestación de fs. 161/ 162, donde aclara que el cuadro psicopatológico diagnosticado, novedoso en la vida del actor y con claro nexo causal con el evento descripto, no puede ser deslindado en su porcentaje, porque no hay un problema de fondo que así lo requiera, separado de los síntomas actuales que se relevaron en la pericial.

En función de lo expuesto, meritando las condiciones personales del damnificado, en especial las relativas a su edad -35 años al momento del hecho-, situación socio-económica (conf. constancias del Beneficio de Litigar sin Gastos, expte. N° 70.853/ 2013), circunstancias de la causa e incapacidad sufrida, es que si mi voto es compartido, propongo al Acuerdo confirmar la procedencia del rubro y la suma otorgada en la anterior instancia ($ 50.000) -comprensiva del tratamiento psicológico aconsejado-, por no existir agravio del accionante sobre el punto.

Por las razones vertidas y si mi voto es compartido, propongo al Acuerdo: I) Modificar la sentencia recurrida en el sentido de reducir el monto fijado por “perdida de chance” a la suma de $ 34.500; 2) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera motivo de agravio y, III) Imponer las costas de Alzada a la demandada sustancialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal).

La Dra. Hernández y el Dr. Ameal por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Alvarez, votan en igual sentido a la cuestión propuesta.OSVALDO ONOFRE ALVAREZ – LIDIA B. HERNANDEZ – OSCAR J. AMEAL – JAVIER SANTAMARIA (SECRETARIO).

Buenos Aires, 15 de Agosto de 2017.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: I) Modificar la sentencia recurrida en el sentido de reducir el monto fijado por “perdida de chance” a la suma de $ 34.500; 2) Confirmarla en todo lo demás que decide, manda y fuera motivo de agravio y, III) Imponer las costas de Alzada a la demandada sustancialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal).

Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 CPCCN).

Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN.

Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

Regístrese, notifíquese por secretaría y cumplido ello, devuélvase a la instancia de grado.-