

Despido indirecto. Indemnización. Trabajadora embarazada. Indemnización agravada



Se resuelve que los rubros indemnizatorios del despido proceden porque la decisión rupturista de la actora fue legítima; y también los remuneratorios que correspondan porque son exigibles cualquiera sea la causa del despido si no consta su pago.

En la ciudad de Rosario, a los 2 días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, se reunieron en Acuerdo las Juezas de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dras. Roxana Mambelli, Lucía María Aseff y Adriana María Mana, con el fin de dictar sentencia en los autos caratulados "Barboza, Mariela c/ Barberis Cassini SRL s/ Reclamo Laboral» -Expte. N° 199/2017-. La sentencia N° 2044 cuyo testimonio fue glosado a fs. 180/187, dictada el 24 de noviembre de 2016 por el titular del Juzgado de Distrito de 1ª. Instancia en lo Laboral de la 2ª. Nominación de esta ciudad, receptó parcialmente la demanda promovida por Mariela Ayelén Barboza, condenando a Barberis Cassini S.R.L. a abonarle los rubros reclamados con excepción de las diferencias salariales, y a cumplir la obligación de hacer condenada, con intereses y costas. Y rechazó la excepción de plus petición opuesta por la accionada.

Contra el pronunciamiento se alzó la demandada interponiendo a fs. 188 recursos de apelación y conjunta nulidad, siendo concedidos a fs. 200.

Elevadas las actuaciones y radicadas en esta Sala expresó agravios a fs. 211/213, los que fueron respondidos por la parte actora a fs. 215/216.

Sustanciado el trámite, han quedado los presentes en estado de resolver.

Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1. ¿ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA?
2. ¿ES JUSTA?
3. ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR?

Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dras. Aseff, Mana y Mambelli.

A la primera cuestión: La Dra. Aseff dijo: El recurso autónomo de nulidad previsto en el procedimiento laboral no ha sido mantenido en esta instancia. No surgiendo del trámite de la causa la existencia de vicio sustancial alguno en las formas - ni en el procedimiento ni en el pronunciamiento - que amerite su declaración de oficio, cabe desestimarlos.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión: Las Dras. Mana y Mambelli dijeron: Atento lo expuesto precedentemente, votamos en idéntico sentido.

A la segunda cuestión: La Dra. Aseff dijo: Se queja la parte demandada porque el a quo: 1.- Hace una consideración acerca de la fecha de ingreso de la actora que a su criterio no surge de la testimonial en la que se basa. 2.- Invierte la carga de la prueba. 3.-

Desconoce la normativa especial del CCT 389/04 y lo dispuesto en su artículo 7.6.2 sobre el personal Extra-Eventos. 4.- Fija el salario de la actora en la suma de \$ 1.648 mensuales. 5.- Concede rubros indemnizatorios que el encuadramiento convencional de la trabajadora no admite, incluyendo la indemnización del art. 80 de la LCT que no fue reclamada en la demanda ni consta que la actora haya cumplido con los requisitos establecidos en la ley 25.345 y el Decreto reglamentario 146/01.

Trataré los agravios en el orden propuesto adelantando que cotejada la sentencia de grado con la normativa de aplicación al caso en

examen, las pruebas rendidas y las quejas vertidas he arribado a la conclusión de que algunas de ellas resultan idóneas para modificar el fallo recurrido.

La fecha de ingreso de la actora

En esta queja acompaño al recurrente

También esta Sala considera que el tradicional tópico del derecho romano antiguo *testis unus, testis nullus* ha sido hace ya bastante tiempo superado por el derecho procesal y en determinadas condiciones otorga al testigo único plena fuerza convictiva, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que el testimonio único, para poder ser la fuente de convicción que de sustento exclusivo a una decisión judicial condenatoria dentro del sistema de evaluación que se encuadra en las reglas de la sana crítica, debe poseer ciertas notas distintivas.

Es así- que se exige que el testigo exhiba un conocimiento directo y personal de los hechos, que exprese lo que sabe con precisión, claridad y detalles, que pueda fundamentar sus aseveraciones, que explique claramente las razones que permitan evaluar si su conocimiento y sus expresiones son veraces, y que se desprenda de ellas su total objetividad y sinceridad.

Además, los dichos de quien tenga dentro del proceso esta categoría, no deben aparecer controvertidos o desvirtuados por ningún otro elemento de la causa que conduzca al juzgador a dudar de sus declaraciones.

Para que puedan admitirse los dichos de un único testigo para acreditar los hechos sobre los que declara, de su testimonio debe surgir suficiente fuerza convictiva, porque si el mencionado testigo no ha sido preciso ni contundente y su testimonio no se ve reforzado por ningún otro elemento probatorio, estas circunstancias lo privan de solidez y fuerza convictiva.

En tal sentido sostuvimos, (en "Studer c. Refinería San Lorenzo, expte. N° 159/2001, así- como en "Lussiatti c/ EPE», Acuerdo N° 67/2014) que "en el ámbito del procedimiento laboral, no rige el principio '*testis unus testis nullus*' atento que se contradice con el de la 'sana crítica'. Pero, "Para que el mismo sea 'fuente de convicción', el testimonio único debe complementarse y sustentarse con el resto de la prueba. La interacción de todos los elementos probatorios debe ser precisa y contundente. No hay margen para una abierta contradicción. (Gabet, Alejandro 'Fuerza probatoria del testigo único en el procedimiento laboral', DT 2014 (marzo), 653. AR/DOC/252/2014)».

Y en este caso no solo es poco convincente el testimonio que la Sra. Sánchez presta a fs. 113, porque no precisa fecha alguna de ingreso de la actora siquiera aproximada, ya que afirmar "Yo sé que trabajaba desde hacía tiempo porque cuando ingresé en el año 2010 ella ya estaba en la empresa» nada aporta a la elucidación de este dato, puesto que la declarante ingresa 4 años después de los que alega la actora por lo que el hecho de que ella estuviera ya en la empresa nada precisa en cuanto a en qué fecha lo hizo.

Porque pudo haber sido unos meses antes, o más tiempo - en cuyo caso lo más probable es que la testigo lo supiera por dichos de terceros o de la propia actora, pero obviamente no por su directa percepción - y no suma fuerza convictiva a sus dichos ni que a ella no la hubieran anotado ni que estuviera ausente en la audiencia el letrado de la demandada, porque es su testimonio el que resulta escaso e insuficiente.

Tampoco es relevante que conociera a sus superiores ni el estado de embarazo de la actora - que aquí- no se discute - porque este conocimiento se deriva naturalmente de su condición de compañera de trabajo ingresada en el año anterior al distracto, pero nada garantiza proyectándolo cuatro años hacia atrás, por lo que tampoco puede obrar en su favor el principio de primacía de la realidad sólo porque la demandada no hubiera estado presente en la audiencia.

Yerra en su análisis el juez cuando afirma que la testigo no se explayó en demasía respecto de los horarios y días de trabajo - cuestión relevante en este litigio - y/o categoría profesional de la actora, porque el hecho concreto es que no se explayó en absoluto, ni siquiera lacónicamente. Y aunque es cierto que la demandada no estuvo en dicha audiencia - por lo que no podía atacar sus dichos - no obstante hizo una crítica en el alegato que no es menor, y particularmente considero debe ser atendida.

Porque destaco tres datos que no carecen de importancia en este análisis: a) Que si bien en la demanda se menciona dentro de la prueba intimativa la exhibición de los recaudos laborales, esta intimación no se reitera en la audiencia de trámite ni se pide apercibimiento alguno al respecto; b) Que la pericia contable da cuenta de que la demandada llevaba los recaudos laborales en legal forma, sin que ello fuera observado por las partes; c) Que la actora ofreció tres testigos más en su demanda que no declararon en autos (dos de ellos fueron citados sin concurrir, otro no) sin que la interesada instara su concurrencia a declarar, a lo que sumo que es esta parte la que, sin producirla pese a que podía eventualmente obrar en su favor, pide la clausura del término de prueba poco más de un año después de la apertura de este período.

En función de estos elementos es que particularmente considero que el a quo, cuyo estudio de los casos y la adecuada fundamentación de sus fallos denota su preocupación por los derechos de los trabajadores, su dedicación y su laboriosidad, en este caso se ha deslizado peligrosamente al sistema de la libre convicción que nuestro sistema no admite, pese a que para fundar su decisión invoca el art. 9 de la LCT, porque no lo considero aplicable a este caso.

Sobre el particular esta Sala ha sostenido reiteradamente - ver, por todo, "Villegas c. Mansur», Acuerdo N° 468 del 21.12.16- siguiendo a Antonio J. Barrera Nicholson, que se analizan en estos casos tres situaciones: a) falta lisa y llana de la prueba; b) insuficiencia indudable de la prueba; y c) duda.

"Con respecto a los primeros dos casos se coincide en que no hay aplicación posible del in dubio; y con respecto al tercero sería el único caso en que el mismo resultaría aplicable.»

"Para estos casos sostiene López que "la razonabilidad de esa limitación se funda... precisamente en la situación de duda... Ello exige... la existencia efectiva de una duda insuperable luego de agotado el estudio de la causa e, incluso, si fuere el caso, de agotados los medios de investigación que la ley le permite usar al Juez».

Agrega, citando a Miguel Angel Maza que, "no toda duda en la valoración de la prueba puede caer bajo este recurso técnico provisto por el legislador. Solo puede... resolverse mediante la invocación de la regla del Art. 9 LCT una duda insuperable, profunda... una dada en la que la producción probatoria está casi a punto de producir convicción, no lográndolo sólo por muy poco...no debe confundirse una situación de pruebas producidas que generan dudas con aquellos supuestos de falta de pruebas, ni con la endeblez probatoria o con pruebas que no convencen». (Cf. Libro de Ponencias - XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal - Ciudad de Santa Fe - 8 al 10 de junio de 2011- Comisión de Procesal Laboral - "El espacio de la duda en la apreciación de la prueba en el proceso laboral»)

Desde esta perspectiva, en el caso no corresponde la aplicación de este principio desde que no existe en modo alguno una situación de duda insuperable luego del análisis de la prueba rendida, sino que habiéndola analizado a la luz de las reglas de la sana crítica racional y de las restantes probanzas de autos, considero que la actora no probó la fecha de ingreso que denuncia en la demanda, aunque la demandada tampoco logró acreditar que lo hubiera hecho en la fecha que la inscribió.

Por lo que corresponde receptar parcialmente el agravio.

La inversión de la carga de la prueba

Es por ello que caí-da esta aseveración de la actora acerca de su fecha de ingreso, pierden sustento las presunciones establecidas en los artículos 23 y 55 de la LCT a las que acude el juez de grado para justificar su actitud rupturista - tema que abordaré más adelante porque efectivamente la actora no estaba correctamente registrada - en un giro donde al amparo de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a mi juicio incorrectamente aplicada, le exige a la demandada pruebas que no está en condiciones, necesariamente, de aportar, e invierte indebidamente la carga de la prueba.

Sin contar los dichos que surgen de la confesional de la trabajadora que destaca el recurrente en su libelo, a los que me remito en mérito a la brevedad.

La aplicación del artículo 7.6.2 del CCT 389/04 a la actora

Reza el artículo que "dadas las características y particularidades del sector hotelero y gastronómico, en las cuales se intercalan a la actividad ordinaria la realización de eventos de diversa naturaleza, congresos, exposiciones, fiestas, presentaciones, promociones, ferias, picos de demanda por circunstancias especiales, sin que ello pudiera determinarse como una actividad normal, constante y previsible; se contempla la posibilidad de instrumentar la vinculación de los colaboradores que fueran requeridos a los fines de satisfacer el nuevo nivel de demanda a producirse por el evento y lapso previsto a través de esta modalidad de contratación temporaria» (el subrayado me pertenece).

Aquí- corresponde destacar dos aspectos del encuadre que intenta otorgar la accionada a la relación laboral que la unió con Barboza. Por un lado no puede soslayarse que la propia letra del artículo destina esta modalidad de contratación a circunstancias especiales de demanda de actividades, mas sólo cuando no refiera a aquellas normales, constantes y previsibles, propias del giro comercial del empleador. Al respecto, la propia demandada reconoce que su comercio, que gira bajo el título "Villa Margherita», es un salón de fiestas, por lo que resulta claro que escapa a los supuestos particulares para los que la figura fue prevista.

Por otra vertiente, partiendo del hecho de que el empleador invoca una modalidad que altera el principio general de contratación por tiempo indeterminado, pesaba sobre su cabeza la prueba de las circunstancias particulares que ameritaran dicha calificación. No sólo no las produjo, sino que ni siquiera esgrimió justificación alguna, al dar su versión de los hechos, de las razones que llevaron a la contratación de modo excepcional de Barberis, pues sólo se limitó a destacar su calificación ajena al "personal de planta permanente». No reviste la menor entidad la mera invocación de que la actividad "no tiene fechas fijas y horarios fijos» o que "existen temporadas altas y bajas» realizada al momento de absolver posiciones (cf. fs. 56 vta.), puesto que dichas circunstancias propias de su giro comercial no bastan para vulnerar el principio de contratación del art. 90, LCT.

Conforme a las particularidades del caso, entonces, concluyo que el contrato de trabajo habido inter pars tenía plazo indeterminado y la prestación de servicios era de carácter discontinuo. Por ello, corresponde el rechazo del agravio.

El salario de la actora

También en esta queja acompaño a la recurrente.

Es que no basta la defectuosa registración como trabajadora "Extra-eventos» -sin más- para considerar acreditada la remuneración denunciada en la demanda. Por el contrario, del análisis de las constancias de la causa no se han producido pruebas que den cuenta de la jornada denunciada en el libelo de inicio y tornarí-a aplicable el supuesto salario convencional denunciado por la actora -que tampoco fue probado-.

Lo expuesto, teniendo en cuenta que la única testigo que prestó declaración no fue interrogada sobre el punto y que los cálculos efectuados por el perito contador fueron "para el supuesto e hipotético caso de prosperar la demanda en todos sus términos, teniendo en cuenta las pautas de la misma» (cf. fs. 85).

Entonces, la única pauta de cuantificación salarial de las tareas cumplidas por la actora surge de los recibos de sueldo reconocidos por las partes, donde las mejores remuneraciones fueron devengadas en los meses de junio y julio de 2011, por un monto de \$653,47.- cada uno, conforme la pericia contable (cf. fs. 84 vta.).

Los rubros admitidos

Si bien el testimonio de la Sra. Sánchez no es idóneo para acreditar la fecha de ingreso denunciada por la actora en su demanda y en sus reclamos postales previos, sí- lo es para tener por cierto que estaba incorrectamente registrada, porque si ya estaba trabajando en el año 2010 cuando la testigo entró, que en una de sus cartas documento la demandada le reconozca como fecha de ingreso la del 1º de abril de 2011 así- lo indica, lo que legitima el despido indirecto en que se colocó y tornan procedentes los rubros reclamados en la demanda que fueran admitidos en la sentencia, solo que en lo que corresponda se habrá de tener en cuenta que ingresó el 1º de enero del año 2010, porque no surge de las constancias de autos otra fecha tentativa que razonablemente se pueda admitir adoptar.

Los rubros indemnizatorios del despido proceden porque la decisión rupturista de la actora fue legítima. Y también los remuneratorios que correspondan porque son exigibles cualquiera sea la causa del despido si no consta su pago.

Los de la LNE porque estaba mal registrada (art. 9) y ello fue la causante de la extinción del vínculo (art. 15), sin importar que fuera por un despido indirecto.

El art. 2 de la ley 25.323 porque fue obligada a litigar para percibir sus legítimas acreencias.

La indemnización agravada del art. 178 de la LCT porque siendo de conocimiento de la demandada que la actora estaba embarazada al momento del distracto, y habiendo sido causado el mismo por su accionar, dentro del plazo que la ley establece para aplicar la presunción de que ésa fue la causa, debe ser abonada.

La procedencia de la indemnización del art. 80 de la LCT

La atenta lectura del fallo impugnado indica que este agravio carece de sustento, por dos razones:

- a) Porque contra lo que sostiene el apelante el rubro fue pedido como lo concede el juez, que ordena el cumplimiento de las obligaciones emergentes del art. 80 de la LCT, o sea, la entrega del certificado de trabajo, la certificación de servicios y remuneraciones (formulario ps 6.2 ANSES) y acreditación del pago de aportes correspondientes a la seguridad social, donde deberán consignarse los montos y extremos expuestos en la sentencia bajo apercibimiento de astreintes, que no requiere que el reclamo cumpla condiciones específicas.
- b) Porque ni se pidió ni se concedió la indemnización establecida en el 3er. párrafo de esta norma, modificada por la ley 25.345, que sí- las exige.

Determinados los extremos que anteceden y en relación al interrogante sobre la justicia del fallo voto, pues, por la afirmativa parcial.

A la misma cuestión: Las Dras. Mana y Mambelli dijeron: Atento lo expuesto precedentemente, votamos en idéntico sentido.-

A la tercera cuestión: la Dra. Aseff dijo que corresponde: I.- Desestimar el recurso de nulidad deducido por la demandada y receptor parcialmente su recurso de apelación, en el sentido de establecer como fecha de ingreso el 01.01.2010 y la mejor remuneración en \$653,47.- confirmando en lo demás la sentencia recurrida en cuanto fue materia de agravios. II.- Imponer las costas por el trámite cumplido en esta sede en el orden causado, de conformidad con lo normado en el art. 102 del CPL. III.- Fijar los honorarios de los profesionales actuantes en el ... % de los que, en definitiva, les sean regulados en primera instancia.

A la misma cuestión: Las Dras. Mana y Mambelli dijeron: Corresponde votar el voto propuesto por la Dra. Aseff, así- votamos.-

A mérito del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral;

RESUELVE: I.- Desestimar el recurso de nulidad deducido por la demandada y receptor parcialmente su recurso de apelación, en el sentido de establecer como fecha de ingreso el 01.01.2010 y la mejor remuneración en \$653,47.- confirmando en lo demás la sentencia recurrida en cuanto fue materia de agravios. II.- Imponer las costas por el trámite cumplido en esta sede en el orden causado, de conformidad con lo normado en el art. 102 del CPL. III.- Fijar los honorarios de los profesionales actuantes en el 50 % de los que, en definitiva, les sean regulados en primera instancia.

Insértese, hágase saber y oportunamente, bajen.- (Autos: "Barboza, Mariela c/ Barberis Cassini SRL s/ Reclamo Laboral» -Expte. N°

199/2017-)
ASEFF
MANA
MAMBELLI
NETRI

Nota:

(*) Sumarios elaborados por Juris online
027093E