SD 65088 – Expte. 32.918/2010 – "P. M. A. c/Servicios Diplomat S.A. y otro s/despido" – CNTRAB – SALA VI – 26/04/2013

Buenos Aires, 26 de abril de 2013

VISTO Y CONSIDERANDO:

En la Ciudad de Buenos Aires reunidos los integrantes de la Sala VI a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicando el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.//-

LA DOCTORA GRACIELA L. CRAIG DIJO:

La sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda ha sido apelada por las codemandadas BBVA Banco Francés S.A. (fs. 243/245)), por Servicios Diplomat S.A. (fs. 247/252) y por la parte actora (fs. 257/261), cuyas réplicas lucen a fs. 267/270, 271/273, 275/277. Asimismo la representación letrada de la parte actora apela la regulación de sus honorarios por considerarlos reducidos.-

Trataré en forma conjunta los agravios de ambas demandadas que cuestionan, fundamentalmente, la decisión del sentenciante de grado de considerar que la actora prestaba tareas propias y permanentes de la demandada BBVA Banco Francés S.A., y encuadró el vínculo en los términos del art. 29 de la LCT.-

Sostiene el BBVA Banco Francés S.A. que no contrató a P. sino que lo hizo con Servicios Diplomat S.A. para que desarrolle tareas propias, normales y específicas de ésta última y que son accesorias y secundarias del banco demandado, por lo que asegura, deviene improcedente la aplicación del art. 29 LCT.-

Aseguran, que el decisorio efectuó una errónea valoración de la prueba testimonial rendida en la causa.-

Cuestionan, que no () haya otorgado validez al preaviso efectuado por Servicios Diplomat S.A., en la que le notifica a la actora la extinción del contrato de trabajo.-

Criticán la condena a abonar la multa prevista en el art. 1 de la ley 25.323 por cuanto –sostienen- no se acreditó que se trate de un supuesto de clandestinidad de la relación laboral y por su parte Servicios Diplomat S.A. reprocha la imposición de la multa establecida en el art. 2 del mismo cuerpo legal.-

Reprochan el decisorio por cuanto este no detrae del monto de condena las sumas que –aseguran- surge de la pericial contable ya han sido abonados por la empleadora.-

BBVA Banco Francés S.A. apela la imposición de costas y la regulación de honorarios de los letrados de la parte actora por considerarlos elevados.-

Por su parte, Servicios Diplomat S.A. se queja por la condena solidaria recaída sobre ella. Sostiene que contrató a la actora bajo la modalidad de contratación a plazo fijo y esta empresa tiene por objeto la tercerización de personal para distintas empresas que así lo requieran.-

Más allá de los cuestionamientos que efectúa la recurrente Servicios Diplomat S.A. de las testimoniales rendidas en la causa, he de adelantar que en mi opinión la queja no tendrá favorable acogida puesto que, a la luz de los distintos elementos probatorios de autos, surge que la actora prestó sus servicios en forma directa a favor de BBVA Banco Francés S.A., realizando tareas propias y permanentes de ésta última.-

Y para llegar a esta conclusión resulta de vital importancia las declaraciones de los testigos, Lifszitz a fs. 174, Garay a fs. 163 y Thul a fs. 166, todos ellos resultan concordantes y convictivos y aún cuando han sido oportunamente impugnados –Lifszitz, por tener juicio pendiente contra las demandadas- cabe señalar que en el terreno de la apreciación de la prueba, y en especial de la testimonial, lo exigible (art. 386 CPCCN) al juzgador es que la valoración de la misma lo sea de conformidad con los principios de la sana crítica, y en el caso los

testimonios examinados resultan, en mi opinión, valiosos por la congruencia de sus dichos.-

De lo expuesto, surge acreditada la prestación de servicios de la actora en el ámbito empresarial de BBVA Banco Francés S.A. Adviértase que los declarantes (compañeros de trabajo de la actora) han compartido experiencias laborales similares y fueron contestes en corroborar aquella prestación mediante la interposición de Servicios Diplomats S.A. indicando de manera y concordante la modalidad de las distintas tareas que llevaban a cabo, los horarios que debían cumplir, y demás pormenores inherentes a la relación laboral habida, todo lo cual forma mi convicción en el sentido de declarar procedente el reclamo del recurrente.-

Desde tal perspectiva de análisis, resultando BBVA Banco Francés S.A. la empleadora principal de la actora (art. 29 LCT), se toman viables los reclamos indemnizatorios pretendidos, aún en lo relativo a la circunstancia de encuadrar el vínculo bajo el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo y las convenciones colectivas aplicables a la actividad de la empleadora principal, resultando admisible en consecuencia las diferencias salariales por categoría pretendida en autos.-

En efecto, teniendo en cuenta lo expuesto más arriba, considero que corresponde confirmar el derecho de la actora a estar regida por el CCT que invoca, ello por cuanto en el caso la empleadora principal ha sido BBVA Banco Francés S.A.-

Cabe recordar anteriores pronunciamientos de la Sala que integro al señalar: "Ni la celebración por escrito de un contrato de trabajo eventual, ni la intermediación de una empresa de servicios temporarios inscripta en el registro que lleva el Ministerio de Trabajo eximen de la prueba de la necesidad objetiva eventual, justificativa del modelo. Ello así pues no basta el acuerdo de voluntades sanas y la observancia de las formalidades legales, en nuestro ordenamiento jurídico, para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto. Debe mediar también una necesidad objetiva del proceso productivo que legitime el recurso a alguna de esas modalidades" (conf. Sala VI sent. del 19/07/96 in re Perez Marcucci, Osvaldo c/ Liverpool SRL s/ Despido).-

En conclusión, de prosperar mi voto propongo se confirme la sentencia recurrida en cuanto a los agravios tratados precedentemente.-

En cuanto a la crítica vertida por Servicios Diplomats S.A. porque el decisorio no le otorga validez al preaviso efectuado por ésta, en la que le notifica a la trabajadora la extinción del contrato de trabajo, corresponde destacar el testimonio de Thul a fs. 166 quien declaró: "Todos firmaban el contrato de trabajo y esto era en blanco, y firmaban también un preaviso". Y el testigo Lifszitz a fs. 174 manifestó en el mismo sentido que: "... Sabe que la actora firmó un contrato obligatorio con la demandada Servicios Diplomats y del cual nunca recibió copia alguna. Sabe esto puesto que a la dicente no le dieron copia y porque esto se lo contó la actora, y firmaron un preaviso de despido en blanco el cual sabe que la actora se negó a firmar y le dijeron que era obligatorio para ingresar a trabajar. Esto lo sabe porque la actora se lo contó y porque la dicente pasó por la misma situación."

Nuevamente analizando las declaraciones testimoniales, estas resultan concordantes y coincidentes con lo denunciado por P. en su escrito de inicio, y evidencian una metodología de la empresa al momento de contratar al personal, razón por la que propongo rechazar el agravio en este aspecto.-

En cuanto al cuestionamiento por la condena del art. 1º de la ley 25.323, sostiene que no se acreditó que en el caso se haya configurado un supuesto de clandestinidad de la relación laboral.-

Como se puede advertir en esta anémica argumentación el recurrente disiente con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición ni dar base jurídica alguna a su contrario punto de vista lo que, desde ya, no es expresar agravios.-

Por otra parte se entiende que la relación o contrato de trabajo no ha sido registrada –entre otras cosas- cuando el empleador no hubiere inscripto al trabajador en el libro especial del art. 52 LCT o en la documentación laboral que haga sus veces y quedó acreditado en la causa, que quien fuera el empleador directo de la actora no procedió a lo establecido en la normativa en cuestión, razón por la que resulta procedente la multa establecida

en el art. 1 ley 25.323.-

En lo que se refiere al reproche efectuado al decisorio por considerar procedente la multa establecida en el art. 2 de la ley 25.323, manifiesta la recurrente, que la magistrada de grado omite considerar la prueba del pago realizado.-

La multa que analizamos corresponde cuando el empleador fehacientemente intimado a pagar las indemnizaciones del art. 245, 232, y 233 no las abonare y obligare al trabajador a iniciar acciones judiciales, y de la experticia contable de fs. 186 I, a la que refiere el recurrente, surge que no se abonaron en el caso de autos los rubros preaviso ni integración del mes de despido, lo que torna viable la indemnización referida, por la que no prosperará su agravio en este aspecto.-

Asimismo las demandadas cuestionan que la sentencia no tuvo en cuenta los montos abonados y solicita se detraigan los mismos de la suma de condena.-

El valor que se intenta cuestionar en esta Alzada no excede el equivalente a 300 veces el importe del derecho fijo previsto en el artículo 51 de la ley 23.187, conforme lo normado en el art. 106 de la L.O., por lo que corresponde declarar que el recurso de apelación ha sido mal concedido.-

Servicios Diplomat S.A. apela la resolución que, ante la incomparecencia de los representantes legales de las demandadas, hizo efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 86 de la L.O., teniendo a las accionadas por reconocida la documental que le es atribuible y fuera acompañada por la parte actora.-

Atento el modo de resolver y a que las argumentaciones vertidas brindan adecuado sustento al pronunciamiento, razón por la que se omite el análisis de las demás cuestiones que se hubieran planteado en tanto resulten inconducentes para la solución del litigio. En tal sentido la C.S.J.N. ha señalado que; "los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino solo a tomar en cuenta lo que estiman pertinente para la correcta solución del litigio" (conf. Fallo del 30.4.74 en autos "Tolosa Juan C. C/ Cia. Argentina de Televisión S.A." pub. En La Ley, Tomo 155 pag. 750 número 385).-

Por todo lo expuesto, propongo desestimar la crítica vertida y confirmar el decisorio recurrido en tal aspecto, por lo que deviene inoficioso el tratamiento de las demás cuestiones sometidas, por el accionante, a consideración de esta Alzada, cuando no resultan conducentes para resolver la controversia.-

A su turno, la parte actora apela la sentencia de grado en cuanto esta desestima el reclamo referido a la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT.-

Al fundar el recurso, sostiene –básicamente- que su parte notificó a la empleadora su estado de gravidez y que si bien luego la gestación fue interrumpida por un aborto espontáneo, la actora fue preavisada del distracto estando aún embarazada.-

Ahora bien, la actora notificó su estado de embarazo el 21/05/2009, y posteriormente, en fecha 22/06/09 comunica que el mismo fue interrumpido por un aborto espontáneo. En fecha 7/07/2009 intima por dación de tareas y la demandada le responde mediante telegráfica que a partir de fecha 7/7/09 se encuentra despedida.-

A los efectos de establecer si resulta procedente la indemnización prevista en el art.182, y dejando a salvo que efectivamente la actora fue despedida sin causa el siete de julio de 2009, o sea dentro del plazo de protección que dispone el art. 178 del RCT procede considerar que cuando la accionada toma conocimiento de la ocurrencia de la interrupción del embarazo también toma conocimiento de un suceso que coloca a su dependiente dentro de un período especial contemplado por una normativa específica por las características propias de la situación que no puede equipararse con una enfermedad o dolencia de otra índole.-

La notificación fehaciente del embarazo acompañada del certificado médico o con el requerimiento de su comprobación por el empleador es lo que surge del art. 177 del RCT a lo que se añade el art. 178 disponiendo

que se acredite el nacimiento del hijo mediante la partida o certificado del Registro Civil y Capacidad de las Personas. En cuanto al supuesto no contemplado expresamente en el artículo señalado supra, cual es la de la interrupción del embarazo, su acreditación debe hacerse mediante el pertinente certificado médico. He de señalar con especial énfasis que siendo ad probationem el requisito de la notificación y acreditación del embarazo, de su interrupción o bien el del nacimiento del hijo, considero probado cabalmente que la demandada tenía conocimiento de estos hechos, tal como se ha acreditado en autos, por lo que no existe motivo para excluir la aplicación del art. 178 si medió despido dentro del período de protección.-

Entiendo que el aborto no priva a la mujer que lo sufre de su derecho a la estabilidad por el tiempo posterior, ya que la protección legal no está destinada solo a asegurar el periodo de los primeros cuidados del recién nacido sino también al resguardo de la salud psicofísica de la mujer al finalizar –cualquiera sea el resultado– la gestación.-

En nada obsta que la demandada haya tomado conocimiento de que el proceso gestacional se había interrumpido por el aborto espontáneo pues el derecho a la estabilidad de la mujer trabajadora embarazada, conforme el texto legal cubre el periodo de gestación o sea entre la fecundación o concepción y el nacimiento del hijo o como en el caso de marras su interrupción. Y si bien es cierto que la norma jurídica no contempla específicamente el aborto como forma de finalización del proceso de gestación entiendo que para alcanzar una solución justa corresponde tener en cuenta cuál ha sido el sentido y finalidad de la norma, que fue establecer un plazo de protección durante la gestación sin que el modo en que este período termine sea óbice para su procedencia.-

Este plazo de tutela contra el despido incausado de la mujer embarazada es concordante con el espíritu de las convenciones internacionales que tienen en mira eliminar todo acto o práctica de discriminación en razón del género.-

La protección de la maternidad y el derecho a cuidados y asistencias especiales derivados de ella ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, 2; Declaración sobre los Derechos del Niño, principio 4; Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, art. 11, b); Declaración de Lima sobre los Derechos de la Mujer, art. 1, d); O.I.T., Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la O.I.T., Filadelfia, 1944, III, h); íd. Convenio 117, relativo a las normas y objetivos de la política social, 1962, art. 14, 4; Declaración de los Principios Sociales de América, recom. 1º, d); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 7º; I Conferencia Interamericana de Seguridad Social, Santiago de Chile, 1942, Resolución 11; VI Conferencia Interamericana de Seguridad Social, México, 1960, Resolución 53, art. 14).-

Se ha señalado que sin perjuicio de que la licencia de maternidad no debería considerarse como licencia de enfermedad (O.I.T., Recomendación 157, cit., art. 42, 2), una enfermedad provocada por el embarazo o siguiente al parto, da derecho al goce de las licencias respectivas (O.I.T., Convenio 103, cit., art. 3º, 5 y 6; íd. Convenio 110, cit., art. 47, 6 y 7).-

Cabe recordar que el derecho a la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora, para que no sea despedida con motivo del embarazo o del parto, aparece reconocido en instrumentos internacionales, tales como la Declaración sobre la eliminación..., cit., art. 10, 2; Programa de Acción Internacional..., cit., Metas C, 1; Proyecto de Convención sobre la eliminación..., cit., art. 11, 2, a); O.I.T., Convenio 3, cit., art. 4º; íd. Convenio 103, cit., art. 6º; íd. Recomendación 95, cit., 4; íd. Convenio 110, cit. Art. 49; Resolución de La Habana, cit. 5; Resolución de Montevideo, cit., 26 y Comisión de Plantaciones, Resolución cit., 5.-

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en concordancia con los preceptos allí expuestos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer que entrara en vigor el 3 de setiembre de 1981 procura la participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre rescatando la importancia social de la maternidad. En el art.2do inc e) los Estados

Partes conviene "adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer". El art. 4 inc 2) dispone "La adopción por los Estados Partes de medidas especiales incluso las contenidas en la presente Convención encaminadas a proteger la maternidad no se consideran discriminatorias". Y en el art. 11 inc f) se acuerda que "El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de reproducción". Este ha sido el sentido de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "CONVENCIÓN DE BELEM DO PARA" del mes de junio de 1994 cuando en el capítulo II de los Derechos Protegidos se legisla entre otros al derecho de la mujer a que se respete su integridad física, psíquica y moral (inc. c), que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia (inc. e) como así también el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. Así también en capítulo III de los Deberes de los Estados en su artículo 7 las partes acuerdan; c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; g) Establece los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención. Artículo 9. Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socio-económica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad "-. Es sabido que debido a que las mujeres tienen una conexión psicológica mucho más fuerte ante la pérdida de un embarazo, las emociones y experiencias relacionadas con el aborto espontáneo y con la tristeza y el duelo se harán visibles en los meses siguientes al episodio traumático. Las sensaciones de conmoción emocional, incredulidad, ira, tristeza, sensación de pérdida, aislamiento, sensación de soledad, culpabilidad, sensación de fracaso son algunas de las más comunes formas en que las mujeres reaccionarán ante la pérdida de un embarazo durante el proceso del duelo posterior al aborto espontáneo. Todas estas reacciones son completamente normales, y es muy común que sean experimentadas en las diferentes etapas del duelo, por un plazo aproximado de seis meses posteriores al aborto espontáneo, y son las que han tenido en cuenta los legisladores al establecer los plazos de protección ante un hecho biológico, que cualquiera fuera el resultado, coloca a la mujer que lo transita en un estado de vulnerabilidad que debe ser tenido en cuenta al evaluar el accionar del empleador que produce un despido incausado transcurridos unos pocos días.-

Es por lo expuesto que considero corresponde revocar el fallo de primera instancia en este aspecto haciendo lugar a una suma en concepto de indemnización en los términos del art.182 del RCT que asciende a \$ 19.996,73, y que deberá adicionarse al capital de condena fijado en la instancia anterior. Por lo expuesto, deviene innecesario pronunciarme sobre las circunstancias referidas al segundo embarazo de la actora quien se encontraba con dos meses de gestación a la fecha del distracto (ver constancias de autos).-

Me abocaré ahora al tratamiento de la queja del accionante que versa sobre el rechazo de la multa consagrada en el art. 80 de la LCT (mod. por el art. 45 de la ley 25.345) y al respecto anticipo que, de prosperar mi voto, tendrá favorable acogida.-

Digo ello porque considero que la obligación impuesta por el art. 80 LCT no se encuentra cumplida, por las razones que seguidamente expondré.-

En primer lugar, la citada norma impone al empleador la entrega al trabajador de una constancia documentada del ingreso de los fondos de seguridad social y sindicales a su cargo y de un certificado de trabajo que contenga

la indicación sobre el tiempo y naturaleza de los servicios prestados y constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. Además, la ley 24.576 (Cap. VIII del Título II de la LCT), establece que el empleador deberá dejar constancia en el certificado previsto por el art. 80 LCT de la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones de capacitación.-

El documento obrante a fs. 53 permite señalar que, quien figura allí como "Empleador Certificante" es Servicios Diplomat S.A., cuando la relación sustancial ha sido mantenida con quien, finalmente, se valió de la prestación de trabajador, es decir, que su real empleador -como ya expuse- fue BBVA Banco Francés S.A., de lo que se sigue que el instrumento en cuestión no contiene los datos verídicos de la relación laboral, con lo cual la obligación no puede considerarse cumplida.-

A mi juicio entonces, las razones expuestas bastan para acoger la sanción a la que alude la última parte del art. 80 de la LCT (mod. por art. 45 ley 25.345) que en el caso, teniendo en cuenta la remuneración de la actora que arriba firme a esta instancia (\$3.227), ascenderá a la suma de \$9.681 (resultante de calcular (\$3.227 x 3), por lo que cabe revocar lo decidido en la especie en el fallo cuestionado y condenar a las demandadas a abonar a la actora la suma referida (\$9.681).-

En cuanto a la apelación de costas formulada por BBVA Banco Francés S.A. y la regulación de honorarios de los letrados de la parte actora por considerarlos altos, considero que han sido debidamente impuestas y fijados en la sentencia de grado, por lo que corresponde su confirmación.-

Se imponen las costas de alzada a las demandadas vencidas (art. 68 CPCCN), regulándose los honorarios de los letrados intervinientes en el 25% de lo regulado en la instancia anterior.-

EL DOCTOR LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.-

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la Ley 18345), EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Hacer lugar parcialmente a la queja de la parte actora y modificar la sentencia de grado condenando a las demandadas a abonar a la actora la suma de \$32.702 (PESOS TREINTA Y DOS MIL SETECIENTOS DOS) que llevará intereses según las pautas establecidas en primera instancia; II) Confirmar el decisorio en todo lo demás que fue materia de recursos y agravios; III) Confirmar el modo de imposición de costas y la regulación de honorarios; IV) Imponer las costas de alzada a las demandadas vencidas;; V) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 25% de lo regulado en la instancia previa.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan.//-

Fdo.: GRACIELA L. CRAIG - LUIS A. RAFFAGHELLI

Citar: elDial.com - AA7F7D

Publicado el 18/06/2013