

## Despido Indemnizacion Agravada Despido Por Causa De Embarazo Carga Dinamica De La Prueba

### JURISPRUDENCIA

[Ver correlaciones](#) En la ciudad de Buenos Aires,

21-10-14 para dictar sentencia en los autos caratulados: ?A., M. P. C/ THE DIFFERENCE S.A. Y OTROS S/ DESPIDO?, se procede a votar en el siguiente orden: EL DOCTOR ROBERTO C. POMPA dijo: I- Contra la sentencia de primera instancia a fs. 254/265 y aclaratoria de fs. 267/268 que hicieron lugar parcialmente al reclamo, recurren las partes, según los escritos de fs. 269/275 (codemandada The Difference S.A.) y fs. 276/283 (actora), respondido a fs. 294/299 (actora). II- La cuestión introducida con el fin de revertir lo decidido en torno de la categoría laboral y las diferencias salariales admitidas en la sede de grado no tendrán favorable recepción. Digo esto, pues coincido con la sentenciante en que los testigos que declararon a influjo de la parte actora, han sabido ilustrar acabadamente sobre el tipo de tareas que desempeñaba la actora y su posición funcional en la organización empresaria; de manera tal que, frente a la determinación cualitativa de las tareas, cabe atenerse a la calificación contractual que surge del convenio colectivo. En este sentido, el art. 1º del CCT n° 57/89 "Descripción de las áreas y categorías", dispone: "área de cuentas" Ejecutivo senior: Es aquel profesional que realiza el enlace entre los anunciantes y la agencia, orientando y promoviendo el desarrollo de las cuentas a su cargo, ?interviene en las presentaciones ante el cliente, pudiendo tener una o más cuentas a su cargo.". Ejecutivo junior: Es aquel que inicia la carrera en el área secundando y asistiendo en esa etapa de formación al ejecutivo senior y/o a la dirección según corresponda, en todas las áreas inherentes con la atención al cliente.". Ahora bien, O. (fs. 233) afirmó que la actora empezó como diseñadora gráfica, luego paso a ser asistente de cuentas, sin dejar de desarrollar su actividad como diseñadora gráfica, y luego con el correr de los años sumó el cargo de productora sin dejar su función como ejecutiva de cuentas ? lo sabe porque hacia trabajos que el dicente le encargaba ? cada uno tenía proyectos asignados a marcas con las que trabajaban, la actora trabajó con Farmacity, Nesspreso, Danone, Unilever ? como ejecutiva de cuentas hacia contactos directos con los clientes ??. Por su parte D. (fs. 203) manifestó que: ??hacia servicios de producción audio visual, su trabajo lo hacia dentro de Tamura ? la actora físicamente no estaba en Tamura, estaba en otra empresa trabajando para la demandada ? su último periodo sí realizaba las tareas dentro de Tamura, que esas son las tareas que recuerda, que lo sabe porque trabajaba dentro de la estructura física de Tamura e interactuaba con ella, cuando era diseñadora gráfica recibía material de ella para hacer su trabajo, luego cuando pasó a hacer cuentas y producción tenía una relación estrecha porque le pedía servicios, presupuestos y mediaba con el cliente??. Declaraciones que lucen concordantes, asertivas, y con suficiente razón de sus dichos (art. 386 C.P.C.C.N.), y que me permiten formar convicción en orden a que la accionante no se limitaba a "colaborar" simplemente con un "ejecutivo de ventas senior"; ejecutivo este que, por lo demás, no fue individualizado al contestar la demanda ni surge de lo actuado; sino que, por el contrario, era ella misma quien mediaba con los clientes, y a la cual se le pedía presupuesto; resultando sumamente esclarecedor, en este aspecto, los dichos de O. (fs. 233) ?compañero de trabajo de la actora durante nueve años-, quien precisó que la actora atendía clientes tales como: Farmacity, Nesspreso, Danone, Unilever -entre otros-. Por todo lo expuesto propongo confirmar el fallo apelado, en cuanto a la categoría de ejecutiva de cuentas senior que debió ostentar la actora de acuerdo a las tareas que efectuaba y, en consecuencia haciendo lugar las diferencias salariales reclamadas sobre el salario básico, (ver el informe evacuado por el perito contador con detalle de remuneraciones para las diferentes categorías). III- A la misma conclusión cabe arribar en lo atinente a la pretensión encaminada a revertir el progreso de las horas extras reclamadas, ya que las declaraciones que sobre este tópico brindaron los testigos de fs. 198, 203, 232 y 237, analizadas íntegramente y en sana crítica (cfr. arts. 90 de la L.O. y 386 y 456 del C.P.C.C.N.) se observan suficientemente objetivas y verosímiles como para justificar la trascendencia probatoria que les fue asignada por la Sra. Juez ?a quo? para acreditar la realización de trabajo en horario extraordinario. En efecto, las referidas testificales ?cuyas partes pertinentes fueron transcriptas en el fallo apelado- respaldan la decisión allí adoptada, pues si bien no resultan coincidentes en cuanto al horario de trabajo efectivamente cumplido por la accionante, ilustran de manera concordante y coincidente que la prestación de servicios de la Sra. A. excedía la jornada máxima legal admitida, por lo que revisten plena fuerza probatoria y valor convictivo suficiente. Así la testigo J. (fs. 198) señaló que: ??sabe que trabajaba a la mañana y varias veces la buscó salía 20.00 hs. Por su parte la deponente D. (fs. 203) declaró que: ?? ella estaba de 9.30 hs. hasta las 19.00 hs. como mínimo en la agencia ? el horario de la actora era el mismo??. Asimismo O. adujo que: ??fue compañera de la actora durante 9 años ? esto fue en Tamura ? que no recuerda con exactitud, el horario teóricamente era de 10 de la mañana a 18 hs. el cual nunca cumplía y terminaba mínimo a las 20.00 hs, lo sabe porque él estaba ahí??. Por lo demás, tampoco se señalan en el escrito recursivo elementos probatorios objetivos e idóneos tendientes a desvirtuar y controvertir tales testimonios. La demandada insiste en la conclusión contraria, pero su planteo se

circunscribe a referencias aisladas, que tampoco tienen el alcance que pretende atribuírseles en la expresión de agravios. En consecuencia, dado los escuetos argumentos vertidos en el memorial recursivo que no logran rebatir las razones dadas en el pronunciamiento de primera instancia para dar viabilidad al planteo en cuestión, no encuentro mérito para apartarme de lo allí resuelto en este sentido, de modo que sugiero confirmar el fallo apelado en lo que respecta a estos agravios. IV- A continuación corresponde analizar el recurso de apelación deducido por la parte demandada en relación a la procedencia de la indemnización prevista en el art. 1 de la ley 25.323, y en tal sentido asiste razón al quejoso. Digo ello pues, en mi opinión, no se verifica el presupuesto de clandestinidad contemplado en el precepto legal para su procedencia, cuando la deficiencia que se atribuye obedece a la registración de una categoría laboral distinta de la efectivamente desempeñada (en el caso, se registró como "ejecutiva junior" del CCT 57/89 en lugar de la categoría "ejecutiva senior"), toda vez que la situación "a mi ver- puede considerarse como un incumplimiento de la obligada en la categoría laboral desempeñada, que no empece a la regularidad e sus registros, máxime si no se verifica (como ocurre en el caso) que se hubieren abonado sumas fuera de registración. En consecuencia, de prosperar mi voto, corresponde desestimar este segmento del reclamo y detraer del monto de la condena la suma de \$ ? que ha sido admitida por dicho rubro. V- También, ha de prosperar el agravio expuesto por la parte demandada tendiente a revertir la condena a hacer entrega de certificados de trabajo previstos en el art. 80 de la L.C.T.. Digo ello pues, toda vez que en su momento la accionante no solicitó la entrega de los mismos, y en tal sentido, cabe señalar que, de acuerdo al principio de substanciación que rige en nuestro sistema procesal, la exposición circunstanciada de los hechos en que se funda la pretensión es requisito imprescindible de la demanda, cuya omisión constituye un obstáculo insalvable, toda vez que ésta, conjuntamente con su contestación, determina el "thema decidendum", es decir, los alcances de la sentencia definitiva, la cual sólo puede versar sobre las cuestiones articuladas por las partes, no pudiendo el sentenciante manejarse a tientas (conf. esta Sala, "in re" "Navarro, Pablo Daniel c. Tipper, Elisa Isabel s/despido", S.D. Nro. 10.351 del 26/3/03, entre otros). En dicho ámbito, de la lectura del escrito de apertura no surge que se haya reclamado la entrega de los certificados previstos en el artículo 80 de la L.C.T. "ni siquiera subsidiariamente- para el caso de resolverse a su favor sobre la procedencia de las diferencias salariales por categoría; debido a que lo único solicitado expresamente es la indemnización del art. 45 de la ley 25.345. Por ello, entendiendo que la condena a entregar los certificados normados por el artículo 80 de la L.C.T. se aparta de lo peticionado en el libelo de apertura y consecuentemente atentaría tanto contra el principio de congruencia (art. 277, CPCCN), como contra el derecho de defensa en juicio de la contraria, consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, por lo que en dicha perspectiva, voto por dejar sin efecto la condena en cuestión. VI- Seguidamente habré de analizar la queja planteada por la actora respecto del rechazo de la indemnización derivada del art. 178 de la L.C.T., la que de prosperar mi voto, tendrá favorable recepción. Digo ello pues, de la prueba informativa dirigida al Dr. R. L. T. (fs. 219/222) surge que la actora se encontraba embarazada. Así el informe dice: "paciente embarazada, primer consulta 2/08/2010 ? aborto espontáneo con fecha septiembre del 2010?". A ello cabe agregar, el testimonio del Sr. O. "compañero de trabajo de la actora durante 9 años- quien manifestó que se enteró del embarazo de la actora por el Sr. I. P. V., que era la persona que le daba órdenes de trabajo a la actora, lo que implica que la demandada no podía desconocer el embarazo de la Sra. A. y menos, en mi opinión, la lamentable interrupción del mismo, en razón de su impacto. Por tales razones, en tanto se decidió el despido de la actora por una supuesta restructuración que no fue ni precisada ni acreditada durante el período de tutela previsto en el art. 178 de la LCT cabe presumir que obedeció a razones de maternidad o embarazo, resultando de aplicación la teoría de la inversión de la carga de la prueba (CSJN, Caso "Pellicori"), por cuanto es la demandada quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar la veracidad de la causal invocada y no lo hizo. En consecuencia, corresponde adicionar al monto a condena la suma de \$... correspondiente a la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT (\$... x 13). VII- Resta analizar el embate de la parte actora tendiente a obtener la responsabilidad solidaria de las personas físicas codemandadas, la cual, en mi opinión, no ha de prosperar, atento a que no se ha demostrado en estas actuaciones que los Sres. M. L. P. y L. J. P. hubieran incurrido en maniobras fraudulentas que justifiquen aplicar en el caso la normativa emergente de los arts. 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales. Lo entiendo de este modo dado que, a los fines pretendidos por la demandante, resulta insuficiente la sola acreditación de la calidad de socio, administrador presidencia o vice de la sociedad empleadora pues, conforme lo dispone la normativa aludida en los párrafos precedentes, se requiere "además- comprobar que las personas físicas han incurrido, participado o permitido, la configuración de alguna maniobra fraudulenta ya sea en forma dolosa o culposa, circunstancia que en la especie no aparece configurada. Lo digo, porque si bien no soslayo que se ha acreditado la existencia de una deuda salarial (dado que a la trabajadora se le adeudaban las diferencias salariales correspondientes a la categoría de ejecutivo senior y las horas extras laboradas), considero que dicho accionar, que sin dudas constituye un incumplimiento contractual por demás reprochable desde el punto de vista jurídico, no habilita "per se" a tener por configurada una maniobra fraudulenta por parte de las personas físicas demandadas en los términos de la L.C.T. ya que no puede reputarse como un acto tendiente a violar la ley (las normas antes citadas), el orden público laboral expresado en los arts. 7,

12, 13 y 14 LCT, la buena fe o para frustrar derechos de terceros (a saber, el trabajador, el sistema previsional, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial), como lo sería el caso de abonar sumas fuera de registración. Esta conclusión contempla la necesidad de indagar en cada caso, en sana crítica y a la vista de lo afirmado y probado durante el desarrollo del pleito, la configuración de alguno de los supuestos excepcionales previstos por el régimen de la citada ley 19.550; sin soslayar las implicancias que tiene la diferenciación entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios y administradores, diferenciación en la cual ?en definitiva- asienta el régimen especial citado, y que ha sido aludida en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al descalificar fallos que habían extendido la responsabilidad. En este orden, estimo que los incumplimientos que a esta altura del litigio cabe tener por atribuibles a la empresa empleadora, por su significación y características, no justifican la aplicación de las normas de excepción que contiene la Ley de Sociedades Comerciales para establecer la responsabilidad solidaria de los socios, directivos o administradores. Todo ello permite diferenciar el caso sub examine de otros ?como los que pudieron ser objeto de examen en esta alzada, frente a circunstancias comprobadas específicamente durante el desarrollo del juicio- para llegar a una conclusión diversa acerca de los reproches que pudo merecer la actuación de las personas físicas en relación con el despliegue de sus obligaciones patronales. En mérito de estas consideraciones, y dado que a mi modo de ver no se configuran en la especie los presupuestos fácticos de procedencia exigidos por la norma bajo análisis para hacer extensiva la responsabilidad solidaria, voto por confirmar el decisorio de grado también en este aspecto. VIII- En lo atinente al pago efectuado por la parte demandada ?que fuera materia de apelación de dicha parte a fs. 274- por no haberse hecho el descuento pertinente en la liquidación establecida a fs. 264 del pronunciamiento de grado, considero que asiste razón al quejoso, toda vez que mediante informe del experto contable a fs. 225 se ha acreditado que la empleadora abonó mediante depósito en cuenta sueldo efectuado en el Banco Standard Bank la suma de \$..., amén del reconocimiento expreso que efectuó la parte actora a fs. 24 -punto VIII- del inicio. Dicha suma además coincide con el recibo de sueldo que obra en sobre de prueba reservada nro. 12.674, fs. 17; que si bien no aparece suscripto por la demandante fue acompañado por ésta misma, por lo que cabe admitir aquel importe como pago a cuenta de lo adeudado, toda vez que fue calculado sobre una base incorrecta -según previsiones del art. 260 L.C.T.-. Ahora bien, corresponde señalar que dicha suma (\$...) fue imputada a liquidación final por egreso (cfre. fs. 225, punto b). Por lo tanto, sugiero que en la etapa prevista por el art. 132 de la L.O. deberá descontarse el importe depositado por la demandada disponiendo que sobre la suma dineraria diferida a condena se computen los intereses fijados en el pronunciamiento desde la exigibilidad hasta la época del pago parcial (fecha 5/11/10), imputándose primero a intereses y luego a capital (art. 777 del Código Civil). El saldo resultante devengará intereses a la tasa fijada en la sentencia hasta el momento del efectivo pago (art. 622 Cod. Cit.). IX- Como corolario de lo resuelto precedentemente, de prosperar mi voto, corresponde modificar parcialmente la dictada en la anterior instancia y elevar el capital de condena a la suma de \$... (\$... monto de condena establecido en primera instancia más \$... indemnización art. 178 L.C.T. menos \$..., en concepto de multa art. 1º de la ley 25.323), suma ésta a la que deberá descontarse el importe abonado de \$... conforme lo resuelto en el apartado anterior y disponiendo que sobre la suma dineraria diferida a condena se computen los intereses fijados en el pronunciamiento desde la exigibilidad hasta la época del pago parcial (5/11/2010) imputándose primero a intereses y luego a capital (art. 777 C.Civil). El saldo resultante devengará intereses a la tasa fijada en la sentencia de primera instancia ?que llega firme a la alzada- hasta el momento del efectivo pago (art. 622 C. Civil). X- Atento las modificaciones propuestas, y de conformidad con lo normado por el art. 279 CPCCN, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios practicada en la anterior instancia, y proceder a fijarlas en forma originaria, adecuando ambos tópicos al nuevo resultando del litigio, lo cual transforma en abstracto el análisis de las apelaciones formuladas a su respecto. A tal fin sugiero que las costas por el debate suscitado con la codemandada The Difference S.A. sigan corriendo a cargo de ésta, por resultar vencida en lo principal y sustancial del reclamo, pues sin que corresponda ceñirse a un criterio estrictamente aritmético, he de estar al principio general que rige la materia, que emana del artículo 68 del C.P.C.C.N. y que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota. En efecto, si bien no escapa a mi criterio que el monto por el que prospera la demanda es inferior al reclamado, entiendo que no corresponde adoptar un criterio puramente aritmético para la fijación de las costas derivado sólo del cotejo entre el importe reclamado y el monto de condena sino que es menester tener en cuenta cuál es el litigante que, en lo sustancial, resultó vencido (cfr. art. 68 del C.P.C.C.N.). Respecto de las costas derivadas de la acción entablada contra las personas físicas Prieto María Laura y Prieta Luis Javier, considero que resulta equitativo para el mantenerlas en el orden causado (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.), pues en atención a la naturaleza de la cuestión jurídica debatida en las presentes actuaciones la demandante pudo válidamente considerarse asistido de mejor derecho para litigar. En cuanto a las retribuciones de los profesionales actuantes, teniendo en cuenta el resultado del litigio, su valor económico, las pautas arancelarias de aplicación (arts. 6, 7 y concs. de la ley 21.839 ?modificada por ley 24.432, y art. 38 de la L.O.), como así también el mérito, calidad y extensión de las labores desarrolladas en la anterior instancia, estimo adecuado regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la codemandadas ?en conjunto- y de la perito

contadora, en el %, % y %, respectivamente, del monto total de condena, comprensivo de capital e intereses. XI- Sugiero que las costas originadas en esta sede por el debate suscitado en autos en un 80% a cargo de la parte demandada y un 20% a cargo de la parte actora (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N.). A tal fin, sugiero regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y codemandada The Difference S.A., por sus actuaciones ante esta alzada, en el % para cada una de ellas, de lo que en definitiva le corresponda percibir por sus trabajos en la instancia anterior (art. 14 ley 21.839). EL DOCTOR ALVARO E. BALESTRINI dijo: Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede. EL DOCTOR GREGORIO CORACH no vota (art. 125 L.O.).- A mérito del acuerdo que precede el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar parcialmente la sentencia dictada en la anterior instancia, y elevar el monto de condena a la suma PESOS ? (\$...), suma ésta a la que deberá descontarse el importe abonado de \$... conforme lo resuelto en el considerando VIII y disponiendo que sobre la suma dineraria diferida a condena se computen los intereses fijados en el pronunciamiento desde la exigibilidad hasta la época del pago parcial (5/11/2010) imputándose primero a intereses y luego a capital (art. 777 C. Civil). El saldo resultante devengará intereses a la tasa fijada en la sentencia hasta el momento del efectivo pago (art. 622 C.Civil); 2) Dejar sin efecto la condena a hacer entrega del certificado de trabajo, conforme lo resuelto en el considerando V; 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, demandadas ?en conjunto- y experta contable, en el %, %, y %, respectivamente, del monto de condena, comprensivo de capital e intereses; 4) Confirmar la sentencia de grado en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravios; 5) Imponer las costas de la alzada en un 80% a cargo de la parte demandada y un 20% a cargo de la parte actora; 6) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y codemandada The Difference S.A., por sus actuaciones ante esta alzada, en el % de lo que, en definitiva, les corresponda percibir a cada una por sus trabajos en la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.-

Correlaciones: [M., A. I. c/Magalguer](#)

Cita digital:

[SA s/despido](#) - Cám. Nac. Trab. - Sala IX - 30/05/2014