

## Contrato De Trabajo Despido Discriminacion Violencia Contra La Mujer Tutela Psicofisica De La Trabajadora Embarazo Dano Moral

### JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 23 de septiembre de 2020

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. EL DR. LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO: 1. La sentencia de primera instancia obrante a fs. 265/271 hizo lugar a la acción entablada y condenó a BANCO H. SA a pagarle a la actora la suma de \$266.665,06 con más intereses y costas. Interpone recurso de apelación BANCO H. SA (fs. 274/278) y la actora lo hace a fs.279/287 con réplicas recíprocas: la accionada (fs. 289/295) y la actora (fs. 296/298). La demandada apela los honorarios regulados por altos y la actora por bajos. El perito contador los apela por bajos (fs. 272 y vta.). La sentencia de grado acogió la demanda promovida por la demandante considerando que la accionada despidió a la actora pero articuló el cese mediante la figura de un acuerdo e hizo lugar a las indemnizaciones derivadas del despido y la del art. 2 de la Ley 25323. 2. La demandada BANCO H. SA se agravia por cuanto la sentencia de grado: a) consideró que la actora suscribió el mutuo acuerdo a través de escritura pública sin patrocinio letrado y con una evidente desproporción en las prestaciones. A fs. 274 y ss. expresa que resulta irrelevante la falta de patrocinio letrado por cuanto se le explicó a la actora las bondades de la firma del acta de extinción laboral frente a la posibilidad de despedir en forma directa. Señala que los testigos declarantes en autos no estuvieron presentes en esa reunión por lo que sus dichos carecen de relevancia, discurriendo luego en consideraciones generales de jurisprudencia de la materia. Luego señala que no es cierto que existiera una evidente desproporción de las prestaciones entre la actora y su parte, sosteniendo que lo abonado por la empleadora es superior a lo que hubiera correspondido por ley (fs. 276). El sentenciante a fs. 267 de sus considerandos señala luego de meritar los dichos de los testigos G, Scafati y Benítez que fueron contundentes en desbaratar la defensa de la empleadora en cuanto a que hubo un acuerdo extintivo bilateral, concluyendo que hubo un despido por voluntad unilateral de la empresa y que lo percibido por la actora debe considerarse como "pago a cuenta" de las indemnizaciones contempladas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT. Por tanto, en mi criterio la queja no supera el valladar de rigor establecido por el art. 116 de la LO y debe ser desestimada, confirmando lo decidido en éste aspecto. Así lo dejo expresado. b) condenó a su parte a abonar la indemnización del art.2 de la Ley 25323. A fs. 276 vta. se queja por la condena del rubro e insiste con su tesitura anterior en cuanto a que pagó más de lo que correspondía y que no corresponde el pago de la citada indemnización. El agravio no rebate el fundamento de condena en cuanto a que la actora remitió el telegrama de reclamo con fecha 28.12.16 que surge a fs. 117, y que no cumplido por la accionada prospera el art.2 de la Ley 25323, solución que en mi criterio debe ser confirmada, ya que se subsume razonable y equitativamente en los hechos de autos. Así lo dejo expresado. c) Condenó a su parte a pagar la indemnización del art. 80 de la LCT. A fs. 277 y ss. expresa que no corresponde la condena del rubro por cuanto puso a disposición las certificaciones respectivas. La queja no prospera ya que no rebate la conclusión del sentenciante expresada a fs. 269. En efecto, habiendo sido intimada su entrega, lo que está fuera de debate, la demandada no demostró su entrega ni haberlos adjuntado en el proceso. 3. La actora apela por cuanto la sentencia de grado: a) Rechazó la indemnización agravada de los arts. 177 y 182 de la LCT. A fs. 280 y ss. la actora se queja por el rechazo de la referida indemnización, sosteniendo que el banco empleador tenía conocimiento fehaciente de su estado de embarazo. Menciona la declaración testimonial de G, en cuanto a que la accionada conocía el estado de embarazo de su parte, pero que no recibía el certificado médico hasta el tercer mes del embarazo y que lo sabía porque era "supervisora de venta de todo el país del plan sueldo" como lo expresó a fs. 281. Agrega que el sentenciante no tuvo en cuenta tampoco los dichos de SALEH, quien dijo que era de público conocimiento el embarazo de L. S. y que explicó el protocolo de la empresa en éste aspecto a fs. 282. En el considerando IV el sentenciante expresó que "...no existen pruebas fehacientes que indiquen que la actora haya notificado su embarazo con anterioridad a la extinción..." (fs. 269). Agrega que la mención de S. (fs. 186) no se encuentra apoyada por las restantes pruebas. Luego alude a la documental médica de CEMIC adjuntada a fs. 119/133 con atención médica desde el 24.5.16 al 26.8.16 y que la actora manifestó en demanda que la empresa le recibió el certificado el 12 de setiembre de 2016. Señaló que la actora no adjuntó copia del certificado entregado ni otro documento escrito o comunicación postal acreditante de que la demandada haya estado en conocimiento de su embarazo, lo que lo lleva a desestimar el reclamo con sustento en el art. 182 y daño moral de la Ley 23.592. Corresponde analizar la prueba escogida por el sentenciante, la mencionada por la apelante y las demás obrantes en la causa. Respecto de los hechos materia de agravio declara Pamela G (fs. 148). Dijo saber que mientras estaba trabajando la actora cursaba un embarazo complicado, al punto que lo

perdió y que sufrió presión del banco para "...ver cuando se incorporaba..." dijo saberlo porque estuvo presente y porque la actora tenía que reportarle todo lo que pasaba. Que en caso de ausentismo se tenía que presentar un certificado y justificar el motivo de la ausencia, dar aviso al jefe directo y a recursos humanos e igual en caso de embarazo, con la particularidad que había que notificarlo después de los tres meses de ocurrido. Respecto de las comunicaciones de ausencias por motivos de enfermedad coincide la testigo Paola SCAFATI (fs. 150) y asimismo ratifica que el embarazo debía notificarse después de tres meses. V A S (fs. 187/188) afirmó que era de público conocimiento que la actora se encontraba embarazada, que lo perdió y luego volvió a quedar embarazada, que lo buscaba. Ratifica los dichos de las anteriores declarantes mujeres en cuanto a que el certificado de embarazo había que presentarlo a los tres meses, antes no. Manifestó que ella misma quedó embarazada "...presentó el certificado antes y se lo devolvieron y le dijeron que lo tenía que notificar a los tres meses..." que el certificado lo recibía recursos humanos "...que si estabas embarazada no se tenía en cuenta..." para un ascenso o cambio de sector (fs. 189). Luego afirma que a la actora la desvincularon embarazada y "...todos sabían que estaba embarazada..." los que la conocen trabajaban e interactuaban con ella "...que los superiores de la actora estaban al tanto del estado de la actora..." que lo sabe porque todos llamaban para felicitarla y que se enteró no por L. S. sino por otra colega y que ello fue antes que la despidieran. Luego explica como eran los requisitos del certificado de obstetricia y trámite en Anses para la licencia por maternidad. El testigo C G B (fs. 161/164) aportó elementos sobre la modalidad de la desvinculación-despido reflejados en los considerandos de la sentencia pero nada dijo sobre la cuestión de la notificación de embarazo y algo similar ocurrió con el testimonio de otro varón, el Sr. Christian Martín PUENTE (fs. 190/191). Los testimonios citados antes, corresponden a dependientes de la accionada, conocedores del *modus operandi* laboral del banco demandado y resultaron concordantes. La pericia contable (fs. 210/211 y vta.) informa al responder el punto sobre fechas de "licencia médica por embarazo" de la actora refiere al "resumen Ausentismos" y a fs. 204 obra la planilla de licencias "enfermedad" en los meses 9/15; 11/15; 1/16; 4 a 6/16. A fs. 119/131 obra la historia clínica de la actora de la cual surge que cursó en 2016 un "embarazo ectópico complicado" (fs. 119/125) cuyas fechas son del 24/5/16 con reciente aborto espontáneo (fs. 127), con realización de cirugía mayor (fs. 129). La actora sostuvo en demanda que con fecha 30.5.2016 entregó en recursos humanos certificado de CEMIC dando cuenta de su estado de embarazo, indicando que debía guardar reposo obteniendo el alta médica el día 13 de junio siguiente por pérdida del mismo, quedando nuevamente embarazada lo que notificó antes del despido el 26.9.2016 (fs. 5 vta.). Adelanto que, en mi criterio, lo afirmado resulta creíble y concordante con la prueba obrante en autos. La negativa de la accionada (fs. 44 vta.) negando el embarazo y la gravedad del estado de la actora no se compadece con las licencias médicas y haberes por enfermedad que ella misma reconoció conforme surge del informe pericial contable, resultando rayana con el quebrantamiento de la buena fe procesal. Las testigas G y S tienen juicio pendiente contra la demandada -por rubros diversos al presente agravio- y por ello sus dichos fueron impugnadas por la demandada. Adelanto que tal impugnación no es eficaz ya que los dichos de aquellas son corroborados por la testiga S, por la prueba contable y documental antes citada. El testimonio se constituye como "...un acto procesal por el cual una persona informa al juez lo que sabe de ciertos hechos, sea en un proceso o en diligencias procesales previas" (DEVIS, ECHANDIA, Hernando: Compendio de la prueba judicial, T. II, página 7. Rubinzal Culzoni, 2000). El art. 427 del CPCCN, al establecer quiénes se encuentran inhabilitados para declarar como testigos (los llamados "testigos excluidos"), no menciona a los dependientes de la demandada ni a quienes mantengan un juicio pendiente con la misma. Por lo tanto, se ha dicho que será tarea del Juez analizar las declaraciones prestadas por aquellos, "en base a las reglas de la sana crítica y como parte de un todo conformado por los demás testimonios y los demás medios de prueba que formaron parte del proceso".<sup>(1)</sup> La doctrina de éste Tribunal es clara desde hace tiempo respecto del testigo con juicio pendiente. Si bien deben analizarse con mayor rigurosidad y estrictez que la prestada por un testigo absolutamente despojado de sentimientos hacia las partes, la existencia de un juicio pendiente no es suficiente para excluir la declaración al momento de sentenciar (CNAT, Sala II, 10/10/2006, "JARZAB Susana c/ Villa Real Cooperativa de Crédito Limitada y otros s/ despido"). El testigo con juicio pendiente no invalida sus testimonios per se, ni lleva por ese sólo motivo a dudar de la veracidad de quienes declararon bajo juramento, máxime si no se aduce concretamente la falsedad o inexactitud de lo referido resultando de ello un mero cuestionamiento abstracto (SD Expte. N°61971/2012/CA1 AUTOS: "SOSA Pablo C/ JUMBO RETAIL ARGENTINA S.A. s/ Diferencias de salarios" Bs.As. 25/10/19). La aseveración según la cual quien tiene un juicio pendiente no es testigo idóneo, por cuya razón debe ser descalificado, constituye una mera afirmación dogmática y como tal violatoria de la norma procesal que rige en materia laboral la apreciación de la prueba tal como lo ha sostenido un tribunal superior relevante (SCBA Causa L. 102.040, "Brea, Noelia Grisel contra "PHYNX S.A." y otro. Despido y cobro". La Plata 10 octubre 2012). El acuerdo-despido de la actora conforme la documental de fs. 40/42 tuvo lugar el 26 de setiembre de 2016, mientras que las licencias por embarazo de la actora, liquidados en los haberes informados por la perito son anteriores, ingresando en el plazo presuncional del art. 178 de la LCT de protección a la maternidad. Por tanto en mi criterio, de los elementos probatorios apreciados conforme las reglas de la sana crítica (art.386 CPCCN) considero acreditada en autos, la

existencia del embarazo de la actora y su conocimiento por el empleador, sobre todo por sus peculiares características, que exceden el curso natural, como "embarazo ectópico complicado" con licencias e intervención quirúrgica, según lo refiere la historia clínica remitida por CEMIC, agregada en la causa. Si no existe prueba en contrario ni lo relatado contradice restricciones físicas o lógicas, es deber de los jueces analizar la prueba ofrecida de acuerdo a las reglas de "la sana crítica", es decir a los imperativos que surgen del sistema jurídico, de las reglas lógicas y de la experiencia. La adopción de éste principio importa desde ya descartar máximas correspondientes al período de la prueba tasada y, consecuentemente, si no existe prueba en contrario que descarta lo afirmado plausiblemente por los testigos, no se advierte la razón para descartar prueba bilateralmente adquirida, tal como lo sostenido una Sala de éste Tribunal (CNAT - SALA V Autos: "MORON, Andrea Carolina c/ Serrano, Noelia Silvina y otros s/ Despido" Expediente N° CNT 12547/2010/CA1). Y la misma Sala sostuvo que "...no puede perderse de vista que, en el ámbito cerrado en que se desarrollan muchas relaciones laborales, nadie conoce mejor los hechos de la causa que los dependientes o ex dependientes. En este sentido, no es posible que el juez presuponga que los testigos, por tener un determinado ánimo mientan respecto de los hechos percibidos por sus sentidos o tengan alucinaciones pues el principio de inocencia impide aplicar la primera de esas presunciones y la presunción de habilidad de los adultos hasta su declaración de insania, la segunda. Si no existe prueba en contrario, ni lo relatado contradice restricciones físicas o lógicas es deber de los jueces analizar la prueba ofrecida de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es decir a los imperativos que surgen del sistema jurídico, de las reglas lógicas y de la experiencia?".

Resulta por tanto, contrario a las reglas de la lógica, el sentido común y la experiencia de las relaciones humanas en el trabajo, que siendo la demandada una importante entidad bancaria, con un protocolo riguroso en el control de ausentismo por enfermedad y embarazo, suponer que desconociera la situación que atravesaba la señora L. S., por su delicado embarazo en un periodo inmediato anterior al despido, además de la prueba que he meritado. Es necesario señalar que se encuentra en juego una garantía de rango constitucional, como lo es la tutela de la mujer embarazada según lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y lo que surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre... Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial... (art. VII); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 apdo. 2... "Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social" y fundamentalmente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, corroborado por lo dispuesto en el art. 75 inc. 23, Constitución Nacional. Por ser ello así, considero que en el caso en examen existen una serie de indicios y hechos reales que producen convicción reitero acerca de que la demandada tenía conocimiento de la situación de embarazo de la actora con anterioridad a la notificación de despido, por lo que la decisión rupturista, resulta alcanzada por la presunción del art. 178 LCT, sin que la misma haya sido desvirtuada por prueba en contrario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa CSJ 699/2016/RHI "CALIVA, Anabela Soledad c/ PROYECTION S.A. s/ Cobro de pesos" del 20.02.2018 estableció un criterio hermenéutico amplio en cuanto al concepto de notificar y acreditar en forma, previsto en el art. 178 de la LCT En el considerando 4° de la citada causa dijo "...a los efectos de evaluar el cumplimiento de las exigencias legales respecto de la obligación de notificar y acreditar "en forma" el hecho del nacimiento, el tribunal omitió valorar la prueba documental de la que surge la constancia expedida en fecha 28 de marzo de 2006 por el profesional médico que atendió a la trabajadora, en donde indicó reposo por "cuadro de endometritis puerperal" referencia ésta - especialmente el último de los términos utilizados - que no deja dudas, acerca de que el parto ya se había producido. Lo mismo cabe decir del telegrama colacionado que la demandante remitió al día siguiente al empleador (fs. 63) -constancia de recepción a fs. 59-, en el que hizo concreta referencia al "certificado médico 'de fecha 28/03/06 depositado a su disposición en SubPrograma...". Y en el considerando 5° completó el concepto interpretativo amplio... Que no está de más recordar que es jurisprudencia del Tribunal que el ejercicio de la prudencia en la apreciación de las constancias de la causa es particularmente exigible frente la especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a la maternidad... (Fallos: 318:871). Llama la atención que solo los testimonios de las mujeres declarantes repararon en las exigencias reglamentarias desmedidas y fuera de normas legales o convencionales, exigidas por el demandado respecto del trámite de presentación de certificados de embarazos, mientras que los varones solo se refirieron al aspecto exclusivamente vinculado con la particular modalidad extintiva adoptada como práctica habitual por el banco demandado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan... Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia,

incluida la revictimización de las denunciadas. La Corte reafirma que prácticas como las señaladas, tendentes a devaluar a la víctima en función de cualquier estereotipo negativo y neutralizar la desvalorización de eventuales responsables, deben ser rechazadas y calificadas como incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>(2)</sup> La Comisión Interamericana de DH considera que "cuando una autoridad judicial se encuentra con un alegato de discriminación encubierta, la obligación de debida diligencia le impone investigar más allá de la motivación formalmente declarada y tomar en consideración todos los elementos indiciarios, circunstanciales y de otra índole".<sup>(3)</sup> Sin duda presionar a una mujer en situación de embarazo para trabajar o expulsarla del lugar de trabajo es un acto de violencia de género. Si bien son ostensibles los avances en la conciencia media de nuestra sociedad en las nuevas generaciones, tampoco puede negarse que las mujeres siguen siendo hoy un grupo desaventajado frente a los hombres en múltiples contextos, y el laboral en lugar primordial. La Corte Federal Argentina en el considerando 3° de la causa "SISNERO, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros si amparo" (Bs.As. 20.5.2014) señaló "... la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares" (ídem "ALVAREZ, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD SA", Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315)...reitero, estas conclusiones son aplicables a los poderes públicos y la relación entre particulares, estando en juego derechos fundamentales. En el considerando 4° del fallo antes citado expresó que "...de acuerdo con los compromisos adoptados por nuestro país al aprobar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y por aplicación de la ley 26.485, consideró que correspondía "tomar medidas apropiadas para lograr la modificación de los patrones socio- culturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios [...] a fin de garantizar el goce pleno del derecho de igualdad laboral de las mujeres". Consecuentemente propondré hacer lugar a la queja en éste aspecto y diferir a condena la suma de \$ 482.923 (\$37.147,94 x 13) equivalente a un año de remuneraciones en los términos del art. 182 de la LCT, considerando el salario mensual de la actora tomado en sentencia (fs. 270), al que se adicionarán intereses desde el 26.09.2016 a la tasa establecida por el Acta 2630/16 y 2658/17 hasta su efectivo pago. b) Solicita la aplicación de la Ley 23592. A fs. 284 la actora sostiene que como corolario del agravio anterior surge su segundo agravio que en caso de que se haga lugar al primero "deviene en discriminación por embarazo de la mujer trabajadora". Luego fundamenta su petición la que se encuentra en concordancia con el reclamo efectuado en demanda respecto del daño moral invocado por violación de la Ley 23592 al considerar configurados sus presupuestos conforme las circunstancias fácticas de la causa que se han citado. El daño patrimonial producido por la conducta del banco demandado se encuentra tasado en la indemnización del art. 178/182 de la LCT, pero no incluye el daño extra patrimonial y en mi criterio la conducta de aquel respecto de la demandante en situaciones difíciles de su existencia, en momentos que estaba en juego su integridad psicofísica en una búsqueda existencial fundamental como es la de ser madre, ameritan la reparación pretendida y por ende la admisión de la queja. Recientemente la Corte ha dicho "...tanto el derecho a una reparación integral...como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)...el principio de la reparación integral es un principio basal del sistema de reparación civil que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional..." (cfr. "ONTIVEROS Stella M. c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas". CSJ 85/2014 del 10/8/2017). Sabido es que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización por pérdidas e intereses la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima, tratándose de un daño in re ipsa, receptado como "consecuencia no patrimonial" en el art.1741 del CCCN L.26994. La actora como damnificada directa tiene acceso a tal reclamo. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido. La CSJN tiene reiteradamente dicho que en la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros). El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del

mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extra-patrimoniales (CSJN Fallos 334:376, Considerando 11°). El pago de una indemnización pecuniaria que repare el sufrimiento y las aflicciones que ha causado la vulneración de los derechos fundamentales evidenciados en autos, tiene piso de marcha, ya que la actora se vio fuera del trabajo en las circunstancias difíciles por las que atravesaba y que debió una conducta prudencial del empleador en el marco de las obligaciones que le impone su obligación genérica como empleador y el deber de obrar con buena fe, previsto en los arts. 62 y 63 de la LCT, en éste caso al extinguir el contrato de trabajo, no exento de un reproche de discriminación, que la Ley 23592 efectivamente busca desterrar. Tal como lo ha señalado la Corte (Cons. 11 Sisnero) ¿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). Y señala que en el ordenamiento jurídico nacional, constituye una referencia obligada en el tema, ley 26.485 (B.O. 14/04/2009), que, luego de establecer que violencia laboral contra las mujeres es aquella que ¿discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad y permanencia en el mismo? (art. 6° inc. c) y decreto 1011/2010), dispone que el Estado Nacional debe implementar el desarrollo de acciones prioritarias, concretamente a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, referidas a desarrollar programas de sensibilización, capacitación e incentivos a empresas para eliminar la violencia laboral contra las mujeres, debiéndose respetar el principio de no discriminación ¿El acceso al puesto de trabajo, en materia de convocatoria y selección;...? (cfr. art. 11, apartado 6, inc. a), pto. 1) y, ver también Recomendación General CEDAW Nro. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, 26 de julio de 2017). Por ello propondré fijar en concepto de daño no patrimonial la suma de \$100.000 a valores de la presente sentencia. Así lo dejo expresado. c) Rechazó el reclamo de horas extras, viáticos, comisiones y diferencias salariales. A fs. 285 vta. y ss. expresa la apelante que al rechazar el presente reclamo, el sentenciante no tuvo en cuenta que la actora trabajaba hasta las 18/18.30 horas y que durante sus viajes laborales su jornada también se extendía. Reconoce que no cumplió con el requisito del art.67 de la Ley 18345 por entender que era materia probatoria (fs. 286). El sentenciante rechazó el presente reclamo no por la norma que cita la apelante sino por cuanto no cumplió con la exigencia del art.65 de la ley citada, de individualizar con precisión la cosa demandada que esquiva al ¿objeto concreto de la condena pretendida? conforme lo expresa claramente a fs.268 de los considerandos del pronunciamiento, en tanto no precisó los periodos del reclamo ni subsanó tales omisiones. No indicó la cantidad de horas reclamadas ni sus recargos y ¿con relación a viáticos y comisiones solo denunció montos globales?. El recurso no rebate eficazmente ni critica aspectos tan puntuales del fallo, en los términos del art. 116 de la LO. Tal como lo tiene dicho la doctrina de ésta Sala la exigencia de que la expresión de agravios contenga esa crítica que se le reclama, no es meramente ritual, puesto que dicho escrito hace las veces de demanda dirigida al superior por lo que su contenido determina los límites precisos de la actividad revisora (CNAT Sala VI 16.11.1987 DT 1988-623). Las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho, dados para arribar a la decisión impugnada, que no encuentro cabalmente individualizados por la actora y vinculados con las circunstancias de la causa. La CSJN ha dicho que corresponde declarar desierto el recurso de apelación ¿si el escrito de expresión de agravios no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el sentenciante de la anterior instancia desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la decisión impugnada; no bastando en consecuencia escuetos argumentos que no constituyen más que una mera discrepancia con el criterio sostenido en el fallo recurrido y que distan de contener una crítica concreta y razonada de los argumentos que sostienen aquel? (Fallos 323:212). El principio de congruencia tal como se ha dicho ¿implica por un lado que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios?...Sala Civil CSJ de la República de Perú, Lima, 7/9/2001. Por tanto, se desestima la queja en éste aspecto y se confirma lo decidido en grado. Así lo dejo expresado. 4. Honorarios y Costas. En atención a la naturaleza y mérito de los trabajos profesionales cumplidos en autos, resultado final del pleito y pautas arancelarias vigentes, entiendo que los honorarios cuestionados resultan adecuados, por lo que deben ser confirmados con la salvedad de que deberán proyectarse sobre el nuevo monto de condena (art. 38 LO, dto. 16638/57) Por otra parte, las

costas de la presente instancia se establecen a cargo de la demandada vencida (art. 68, CPCCN) a cuyo efecto, estimo los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el ...% de lo fijado en la etapa anterior (art. 19, Ley 21.839) LA DOCTORA GRACIELA L. CRAIG DIJO: Que adhiere al voto que antecede. Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art.125 de la Ley 18.345, el Tribunal RESUELVE: I- Modificar la sentencia de grado, y en su mérito, hacer lugar a la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT por la suma de \$482.923 (Pesos cuatrocientos ochenta y dos mil novecientos veintitrés); crédito que devengará intereses desde el 26/9/2016 y hasta su efectivo pago a la tasa fijada en grado; II- Acoger el reclamo de la indemnización por daño no patrimonial en la suma de \$100.000 (Pesos cien mil) a valores de la presente, conforme las consideraciones que anteceden; III- Confirmar la sentencia de grado en todo lo restante que decide; IV- Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada vencida; IV- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el ...% de lo fijado en la etapa anterior. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art.1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nº 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. LUIS A. RAFFAGHELLI JUEZ DE CAMARA GRACIELA L. CRAIG JUEZ DE CAMARA Notas:

(1) PERUGINI, Eduardo ¿Tener juicio pendiente con la demandada es una tacha absoluta? DT-1985-B-1401.

(2) Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307 177

(3) CIDH, Caso San Miguel Sosa y otras vs.

Venezuela sentencia del 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Correlaciones:

Caliva, Anabela Soledad c/Proyección SA s/cobro de pesos - Corte Sup. Just. Nac. - 20/02/2018 - Cita digital IUSJU023783E

002142F