

Violencia De Genero Acoso Moral Discriminacion Mujer

JURISPRUDENCIA

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 18

días del mes de febrero de 2013, reunida la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe y de acuerdo al correspondiente sorteo se procede a votar en el siguiente orden: La Dra. Gabriela Alejandra Vázquez dijo: I.- El señor juez ?a quo? admitió el reclamo dirigido contra SALN (LN), orientado al cobro de una indemnización que repare los daños sufridos por una trabajadora, los que se atribuyen a violencia de género y acoso moral padecido en el trabajo. La condena además alcanza a diferencias en la indemnización por despido y a salarios por enfermedad (fojas 693/708). Para así decidir, luego de valorar las pruebas producidas y los antecedentes del caso, el Magistrado dijo que la trabajadora MAP (P.) fue discriminada en el ámbito laboral por el mero hecho de ser mujer; que se le negó por ese motivo un ascenso en el sector de comercialización rural y que además fue víctima de otros actos de violencia laboral provenientes, tanto de su superior jerárquico, como de otros trabajadores funcionalmente pares. El juez puso especial énfasis en que la empleadora le hizo cambiar a P. su nombre de pila (M.Á. por R.) y que, por ser mujer, no se la participaba de los viajes a los eventos Expoagro, organizados en diferentes ciudades del país a los que concurrían los diferentes vendedores del sector rural, a pesar de que P. era una de las trabajadoras con más volumen de ventas en el área, pauta que resultaba de especial trascendencia para seleccionar a las personas convocadas. El Magistrado de origen también tuvo por acreditado que los trabajadores varones del sector en que P. prestaba servicios, la dejaban de lado y apartaban de las reuniones de trabajo; que se referían a ella de modo peyorativo y que, a pesar de que hacía las mismas tareas y actividades que las restantes personas del plantel, no se le asignaba una categoría laboral y salario equivalente. El doctor Bertolini destacó además, como un elemento de juicio reprochable, que cuando se produjo la vacante en el puesto de Senior en el sector en que trabajaba P., y pese a estar calificada para tal cargo -al tratarse de una de las trabajadoras que más vendía-, la empresa nombró a un trabajador varón llevado de afuera y que se le encargó a la propia actora su capacitación en las nuevas funciones. También tuvo por acreditado que en la empresa se discriminaba a las mujeres con hijos y casadas, a quienes no se les otorgaba la posibilidad de hacer viajes de trabajo y que se sumaba, en lo atinente a, que era segregada por sus colegas por el hecho de tener un horario reducido a causa de la enfermedad laboral que signó el último período de la relación laboral, dolencia que el juez entendió tenía relación causal adecuada con el hostigamiento (mobbing) que padecía en el lugar de trabajo y que, según se expresó, le produjo un 33% de incapacidad por daño psíquico. En ese marco fáctico y con sustento en el derecho común, el señor juez ?a quo? condenó a L N a pagar a la trabajadora afectada la suma de \$... en concepto de daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y la de \$... por daño moral, con intereses desde el 21-4-2009, fecha en que le fue comunicado el despido sin causa. Por otro lado, el Magistrado consideró que fue insuficiente lo sufragado en concepto de indemnizaciones derivadas del despido y que se le negó ilegítimamente el pago de salario por enfermedad por 10 meses, contados desde el 19-2-2009, por lo que difirió a condena el pago de las partidas respectivas. II.- La decisión es apelada por ambas partes (fojas 709/721 y 780/790). La perito psiquiatra y el perito contador cuestionan por bajos los honorarios regulados (fojas 722 y 723). III.- Recuerdo que M A P ingresó a trabajar para el diario L N el 4-12-1995, en venta telefónica de clasificados de cualquier rubro (telemarketer). En abril de 2005 fue ascendida a Ejecutiva de Cuentas y el 2 de mayo de 2005, estando en la empresa, se cayó al engancharse un zapato con una alfombra del piso del establecimiento, lo que le provocó el estallido del bazo y su ulterior extirpación. Retomó tareas a fines de julio de 2005 pero como tuvo un ataque de pánico apenas 3 días después, tomó licencia médica por estrés postraumático. Se reintegró a trabajar el 14 de septiembre de 2005 como Ejecutiva de Cuentas en el Sector Comercial de la empresa, para realizar ventas de avisos notables para el Suplemento Campo. En 2008, la empresa propone a todos sus empleados un sistema de retiro voluntario que P. no aceptó. Ésta aduce que su superior, de nombre A., fue implacable con ella a fin que aceptase el retiro planteado y relata cómo en este último sector en que trabajó desde 2005 fue víctima de discriminación, acoso laboral y presión dirigida a su desvinculación, hechos todos éstos que, según asevera, fueron los que desencadenaron que el 25 de febrero de 2009 padeciera un ataque de pánico en el comedor de la firma y un posterior cuadro de estrés que la obligó a tomar licencia por enfermedad psiquiátrica, situación que se prolongó hasta que la empresa decidió su despido sin causa, comunicado el 21 de abril de 2009. Añadió que le fue desconocido el derecho a percibir salario por enfermedad durante el mes de marzo de 2009. IV.- L N objeta la sentencia porque se tuvo por demostrada la discriminación laboral que P. invocó al demandar y afirma que el juez de primera instancia valoró equivocadamente la prueba producida. No tiene razón en su planteo. Por un lado, las abundantes y pormenorizadas declaraciones testimoniales recibidas en la causa, unidas a las conclusiones contundentes del dictamen pericial de la médica especialista en psiquiatría (fojas 444/459) -elementos todos ellos adecuadamente evaluados en su conjunto por el juez de origen, a la luz de las reglas de la sana

crítica (Art. 386 CPPN) y de las pautas establecidas por el Art. 16 inc. i de la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollan sus relaciones interpersonales (ley 26.485)-, proporcionan suficiente convicción acerca de la certeza de los hechos de violencia que padeció la actora en su lugar de trabajo. Estos hechos fueron descriptos por el magistrado que me precedió y reseñados en el considerando I de este voto. Por otro lado, el contacto personal que el tribunal tuvo con las partes en la audiencia actuada (fojas 826), celebrada en consonancia con las pautas que ordena el Art. 16 inciso c de la ley 26.485, confirmó desde la inmediatez la convicción avalada por las probanzas arrimadas al proceso acerca de la efectiva ocurrencia de los sucesos que fueron narrados en la demanda, en cuanto a los malos tratos recibidos por la actora en el ámbito de trabajo. El reproche a la fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales de R. -fs. 225-, Pe. -fs. 260 vta./261- y G. R. -fs. 262- no es atendible. No puede asignarse valor jurídico a párrafos aislados de los testimonios, dado que éstos, como lo determina la lógica de la sana crítica, tienen que ser examinados en su integridad para extraerse de ese modo lo que la persona que declara quiere expresar. En efecto, en cuanto a R (fs. 225), la crítica es inconsistente porque, si bien es cierto que la testigo, en alguna parte de su discurso, alude que conoce ciertas circunstancias por comentarios de P., también añade que esos hechos eran de conocimiento generalizado por parte de la gente que trabajaba allí: ¿en comentarios de almuerzo, quince o veinte personas comentaban que a la actora la trataban mal?. Señaló que: ¿En una oportunidad quedó vacante el puesto de Senior y la verdad que por capacidades le hubiera correspondido a ella, pero la búsqueda la terminó ocupando un hombre de afuera y es como que la bajaron de categoría, pasó a ser Junior?En general, por el tema de que era mujer, en ese grupo por la menos, para ese mercado, preferían hombres, supuestamente ese era el motivo por el que ella no ocupó el cargo de Senior, pero si capacitó a la persona que ingresó. En ese sentido, R. (fs. 225) dio cuenta del contexto laboral y los comentarios que se formulaban sobre la situación de P., agregando que ésta era conocida como R., y por su nombre, M A: ¿le habían cambiado el nombre cuando entró a trabajar porque había otra empleada con ese nombre y el jefe o supervisor no quería que hubiera dos personas con el mismo nombre?. En cuanto a Pe., lo que se transcribe en la memoria recursiva no opaca la contundencia de la médula de su relato, el que revela la presión especial que se ejercía sobre P. para que aceptase el retiro voluntario y la circunstancia adicional que ¿en general había una política en el área comercial de que no querían empleadas de sexo femenino, porque tenían hijos y por impedimento de viajes?A. puntualmente lo dijo, lo escuchó el testigo en alguna oportunidad, que tal vez es el sector que más viajaba, el sector campo, porque se armaban exposiciones o porque había clientes en el interior?. P. también señaló que ¿el trato hacia la actora no era igual que a sus compañeros?por ejemplo en las exposiciones en el interior o acá mismo, el resto del equipo viajaba y ella no?porque siendo mujer y ella sola, el costo era mayor, porque el resto del equipo compartía habitaciones y para ella había que contratar una habitación especial?. En función de lo expuesto en las declaraciones testimoniales de R y Pe, es posible afirmar que la situación de discriminación laboral padecida por P. se encuadra dentro del fenómeno que los estudios de género denominan procesos de segregación ocupacional vertical, manifiestos en la baja participación de mujeres en los niveles más altos de responsabilidad -puestos jerárquicos, directivos o de especialización superior- en gran cantidad de áreas de la actividad económica. Esta dinámica de desigualdad encuentra su origen en los obstáculos materiales y simbólicos con que las mujeres deben lidiar en diversos frentes, entre los que cobran especial trascendencia aquellos falsos supuestos que, con frecuencia, se asumen acerca de los roles femeninos -y de los masculinos- en donde se enfatiza la superioridad masculina apoyada en el mito de que es el varón quien trabaja, provee el sustento principal y resulta más apto para el contacto con el mundo exterior y, por consiguiente, sitúan a la mujer en un lugar de subordinación. Para ilustrar este fenómeno de segregación por sexo, frecuentemente se apela al concepto de ¿techo de cristal? (glass ceiling), una metáfora que da cuenta de las barreras invisibles -pero reales- que dificultan a las mujeres ascender a los puestos más altos. Tal es la situación de P., quien claramente debía enfrentar obstáculos que dificultaban la optimización de su rendimiento laboral, y que no recibía el mismo trato ni oportunidades que los trabajadores varones. En lo que atañe al testimonio de G R (fs. 262), para descalificar sus dichos se invoca que tiene juicio pendiente contra la demandada. Tal circunstancia no priva al testimonio de eficacia de convicción ni permite presumir que el testigo falta a la verdad. Por otro lado, no existe identidad de su controversia con este pleito, ni se observa la incidencia que la decisión de este proceso puede tener en el que atañe al del testigo. Es menester recordar que la Judicatura debe apreciar oportuna y justamente si el testimonio en cuestión luce objetivamente verídico, no sólo por la congruencia de los dichos, sino además por la concordancia o discordancia que ofrezcan con los distintos elementos de convicción arrimados al proceso. No puede soslayarse que los sucesos laborales se dan en una comunidad de trabajo y por eso, quienes participan de ella, son quienes pueden aportar mayores datos al respecto, tanto que en muchas ocasiones la prueba testimonial constituye el único elemento de convicción del cual depende la magistratura para esclarecer la cuestión en debate (arts. 386 y 456 del CPCCN) (Conf. CNAT, Sala I, S.D. 83.991 del 11/12/2006, Lemme, Facundo José c/ Inmobiliaria Bullrich S.A. y otros s/ despido). Se añade que al apelar no fueron analizados los dichos con el mismo detalle como para que sea revelada la parcialidad o la mendacidad. A lo antes señalado debe añadirse que en origen se valoraron además otros testimonios (fs. 694/704), los que

claramente avalan las situaciones de violencia y discriminación que vivenció P., respecto de los cuales no se ha efectuado una crítica concreta y razonada en el memorial de agravios. La mención de frases aisladas de las declaraciones de P. M y D tampoco conmueve lo expresado en el fallo acerca de que a la reclamante se le cambió el nombre de pila (R., en vez del suyo); que sufría maltrato; que en su sector de trabajo se la segregaba por ser mujer y que por tal motivo se la excluía sistemáticamente de reuniones y viajes -pese a ser una empleada destacada, con un significativo caudal de ventas realizadas, y constituir ésto un parámetro a evaluar en estas convocatorias a viajes que, asimismo, representaban sin dudas una oportunidad privilegiada para robustecer el vínculo con los clientes y generar nuevas oportunidades comerciales-; que sus colegas varones del sector campo la aislaban, dejaban de lado y se referían peyorativamente a P. en las reuniones; que sin perjuicio de que hacían las mismas tareas no se le asignaba la categoría que le correspondía en términos de equivalencia laboral; que cuando se produjo la vacante en el puesto Senior (las categorías eran: Junior, Semi junior y Senior), estando la actora en condiciones de ascender, el elegido fue un varón sin trayectoria dentro de la empresa a quien P. debió capacitar; que como antes se ha dicho, estos hechos configuran una dinámica de desigualdad entre varones y mujeres denominada segregación ocupacional vertical; que se la discriminaba por tener un horario reducido por enfermedad en la última época laboral. Por último, la apelación desconoce que, en virtud de la naturaleza de esta controversia, rige con amplitud el principio de la prueba dinámica, en el sentido que basta que la actora proporcione algunos indicios serios de haber sufrido discriminación, para que se invierta el onus probandi y se desplace hacia la empleadora la carga de acreditar la legitimidad de su obrar. Así está establecido en la reglamentación del Art. 6° inciso c de la ley 26.485 sobre Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, por el decreto 1011/2010, en cuya redacción participé. Por otra parte, esta regla es coincidente con la doctrina sentada por la Corte Federal en el caso ?Pellicori? (Fallos 334:1387), precedente en el que el Máximo Tribunal predicó que: ?En los procesos civiles relativos a la ley 23.592, en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y la evaluación de uno y otro extremo, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica?. En efecto, en esta causa se discute un supuesto de discriminación vinculada, en concreto, al hecho de ser mujer o, más propiamente, a una discriminación fundada en el género, es decir, a la construcción cultural que asigna atributos y conductas a las personas según su pertenencia a un sexo biológico, en donde rige un orden jerárquico -que ha sido naturalizado por siglos- favorable a los varones, al tiempo que se consolida la idea de inferioridad de las mujeres como una cuestión biológicamente dada, y se generan así las justificaciones necesarias para la supervivencia de esta ideología. En este contexto, corresponde destacar como aspecto adverso a la posición procesal de la quejosa, que no suministró ni invocó ningún elemento que persuada acerca de la razonabilidad de su decisión de excluir a P. de la promoción a la categoría Senior en el sector campo. Tampoco L N exhibió al Tribunal pruebas que acrediten que desarrolla su actividad con apego al cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos referidos a la igualdad entre varones y mujeres en materia de empleo (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-, Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW-, ambos de rango constitucional; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belém do Pará-, ratificada por ley 24.632 de 1996). El artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el derecho a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie. Asimismo, hace hincapié en la situación de las mujeres señalando la importancia de que sus condiciones de trabajo no sean peores que la de los varones, y en que la igualdad de oportunidades en materia de ascenso laboral constituye una condición que los Estados parte deben garantizar a los trabajadores y trabajadoras. La CEDAW, por su parte, establece en su artículo 11 los estándares que los tribunales locales deben aplicar con referencia al derecho a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en el ámbito del empleo de modo de asegurar la igualdad de derechos en relación con el trabajo mismo, en las oportunidades, en los procesos de selección y ascenso en el empleo, en las remuneraciones percibidas y la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor y en la evaluación de la calidad de trabajo. Asimismo, resguarda la libre elección de la profesión o empleo y el derecho a la formación profesional. Es importante mencionar que el Comité de la CEDAW, en ocasión de la evaluación del Informe de Seguimiento del Sexto Informe periódico presentado por Argentina en julio de 2010, formuló las siguientes recomendaciones a nuestro país: ?El comité expresa preocupación por las desigualdades en las condiciones de trabajo para las mujeres en los sectores estructurado y no estructurado de la economía, por la persistencia de la segregación ocupacional y la concentración de las mujeres en empleos poco remunerados, por las disparidades salariales entre mujeres y hombres en los sectores público y privado?; por consiguiente, ?El Comité insta al Estado parte a que adopte todas las medidas necesarias para garantizar una mejor aplicación de su legislación

laboral, poner remedio a las desigualdades salariales?? (Párrafos 35 y 36). Por último, la Convención de Belém do Pará, instrumento que, conjuntamente con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres, redefine los alcances de la violencia, establece en su artículo 6° que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y, el derecho a ser valorada y educada al margen de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. El marco normativo internacional y nacional es amplio y suficiente en lo que respecta a los derechos humanos de las mujeres, de modo que la eliminación de los roles estereotipados de varones y mujeres -y de la discriminación que esto implica- constituye una obligación del conjunto de la sociedad y, en consecuencia, también pesa sobre las organizaciones empresariales que tienen el deber de hacer más equitativas e incluyentes sus propias estructuras funcionales, objetivo que no podrá alcanzarse si se deja de lado el problema de la inequidad de género. El caso en examen nos enfrenta a una situación de estigmatización cultural que, en el ámbito laboral, asigna territorios, roles y jerarquías diferenciadas a varones y mujeres. Así, la trabajadora se desempeñaba en una unidad de negocio vinculada a un espacio de predominio masculino -los negocios del campo- donde, según surge de los diversos testimonios y de los mismos hechos, su persona devenía incómoda e inadecuada al momento de presentarse como la cara visible del negocio en los eventos externos a los que acudía la empresa (la Expoagro), sin ponderarse sus aptitudes ni su eficiencia, sobradamente demostradas en la trastienda de su escritorio capitalino a través de las transacciones telefónicas o electrónicas. En relación con el trato desigual a varones y mujeres que el sector campo de L N practicaba (los testimonios indican que se prefería a los varones porque, en un área en donde los viajes de negocios revestían gran importancia, solventar los gastos de las mujeres era más caro y la presencia de los hijos era considerada un obstáculo) resulta sugestiva la estrecha similitud de este accionar -en donde P. es confinada a un espacio de escasa visibilidad- con la histórica reclusión en el ámbito doméstico, en el mundo de lo privado, que las mujeres han debido padecer y que ha servido como sustento de una división sexual de trabajo que las perjudica. Dado que se considera a las mujeres como responsables principales -cuando no exclusivas- del trabajo doméstico no remunerado y del cuidado y la atención familiar, la presencia de niños y niñas aparece en este esquema como un condicionante para la plena participación económica femenina. Ausente la prueba de una explicación razonable por parte de la demandada que responda a parámetros objetivos, y presentes los indicios comprobados de haber existido discriminación, la conclusión más verosímil es que la segregación en el ascenso se fundó en el género, aserción que se robustece en la circunstancia de haber sido P. quien debió entrenar al varón elegido, lo que confirma su destreza para el ejercicio de las funciones que requería el puesto. En este sentido, no puede soslayarse que en el caso examinado, el solo hecho de asignar a la trabajadora la tarea de entrenar a quien ocuparía el puesto de Senior - en una jerarquía salarial más alta que la suya- importó una situación de maltrato reñida con los más elementales principios de buena fe (art. 62 LCT) porque, a la frustración derivada de haber sido excluida en la promoción a un cargo al que razonablemente pudo aspirar -sin que la empleadora argumentase razones objetivas-, se sumó la humillación de tener que vivir en carne propia el acto de injusticia en tanto su condición de mujer trabajadora. Otros hechos se añaden a los destratos ilícitamente reprochables que sufrió P. en el devenir de la relación laboral que la vinculó con la empleadora. Y quiero destacar que hay un elemento muy significativo que descarta cualquier tipo de preconcepción hacia la reclamante, en lo inherente a una virtual pretensión de enriquecimiento indebido. Es que surge de la causa que ésta sufrió un grave accidente por tropezar con una alfombra del establecimiento que no estaría en condiciones (estaría levantada), lo que provocó una caída y el posterior estallido y extirpación del bazo. En tal marco de situación, P. habría podido reclamar una reparación integral, al haberse activado la responsabilidad objetiva de su dueña o guardiana. La trabajadora acató la magra compensación económica provista por el sistema de riesgos del trabajo (ley 24.557), actitud que prima facie aporta un indicio importante en cuanto a que se está ante una persona trabajadora de esas que sienten pertenencia visceral a la empresa -en el lenguaje coloquial, ¿que tiene la camiseta puesta?- y echa por tierra la tesitura sostenida de la empleadora al repeler la acción, esto es, que se trataría de una demanda ¿con el único fin de obtener un beneficio económico? (fs. 38, cuarto párrafo). Por lo dicho hasta aquí, corresponde desestimar el planteo formulado en el primer agravio, en tanto se apunta a descalificar las conclusiones fácticas que llegan de la instancia inferior referidas a la violencia de género que padeció la trabajadora. V.- Se agravia la demandada porque el juez de primera instancia le reprocha, para considerar procedentes los créditos, que no convocó Junta Médica para conocer el estado de salud de la Sra. P., pese a que su par le había notificado en tiempo previo al despido dispuesto en el mes de mayo de 2009 de su padecimiento. La apelante sostiene que no surge de elemento alguno que la trabajadora le hubiere notificado la supuesta enfermedad que afirma padecer. Sin embargo, no se ha formulado una crítica concreta a lo expresado en el considerando IV de fs. 705, donde se valoró notificación que practicara la trabajadora mediante el telegrama cuya copia obra a fs. 136, donde anunciaba de su estado, lo que quita sustento a lo expresado en la queja. Por lo demás, el hecho de que la actora estuviese en la nómina del personal a desvincular en el marco del procedimiento establecido por el decreto 328/88 no basta para eximir a la empleadora del pago de salarios conforme lo previsto por el art. 213 de la L.C.T., debiendo estarse sobre el punto a lo decidido en origen. VI.- La

demandada también se agravia porque se admitieron diferencias en la liquidación de las indemnizaciones por despido y ello debe ser tratado en forma conjunta con los agravios de la actora, quien también se alza contra la base salarial fijada en el fallo. La queja de P. se centra en que se rechazaron las diferencias salariales reclamadas con sustento en la ilegítima rebaja del esquema de comisiones. Se señala al efecto que el fundamento de la pretensión no es el expresado en el fallo (modificación de la categoría) sino la rebaja del valor del punto comisional pues, de \$... por punto, pasó a percibir un valor de \$ Además, expresa que es erróneo que no exista prueba respecto de la rebaja de categoría interna pues la demandada nunca negó que la actora se haya desempeñado como Senior antes de setiembre de 2005. Es exacto lo expresado por la demandante acerca de que, al reclamar diferencias salariales, denunció que en setiembre de 2005 la empleadora modificó drásticamente el esquema comisional, reduciendo el valor de cada punto comisional de \$... a \$... (fs. 10vta., ap. a). Si bien en el responde se negó dicha rebaja en el punto comisional (fs. 39), con lo informado por el perito contador a fs. 507 se acredita la rebaja en el valor del punto comisional, aunque en valores diferentes a los expresados en la demanda, lo que no aparece desvirtuado por la impugnación de fs. 625/626. La demandada no invocó al momento de la traba de la litis ninguna circunstancia que la autorizara a la rebaja del valor aludido, limitándose esta última -como quedara dicho- a negar la modificación en cuestión. Si bien la facultad organizativa y el poder de dirección que atañen al empleador incluyen la posibilidad de efectuar modificaciones de las condiciones de trabajo, ello es así siempre que no impliquen alterar las modalidades esenciales del contrato laboral. El "ius variandi" tiene límites específicos de orden contractual (deben respetarse los elementos esenciales del contrato de trabajo), de orden funcional (no debe ejercerse arbitrariamente, sino que el cambio debe estar vinculado al fin común de la empresa) y sufre limitaciones derivadas del deber de previsión (respecto de los intereses materiales y morales del trabajador). En tal sentido, observo que la accionada produjo una modificación en el contrato de trabajo de la actora que recayó en un elemento que no resulta accidental (el salario), ocasionándole perjuicio retributivo. No cumplió acabadamente con los requisitos aludidos para considerar que existió un ejercicio razonable del ius variandi y, en tales condiciones, es legítimo el planteo de la actora para que se le restablezcan las condiciones alteradas, es decir, el pago de las diferencias de comisiones en base al valor del punto que venía liquidándose. En consecuencia, cabe estar al cálculo que practicara el experto a fs. 508/vta. que, por el período reclamado por los últimos 24 meses, asciende a \$ Asimismo, las diferencias salariales aludidas deben incidir sobre la determinación de la base remuneratoria, por lo que corresponde modificar el fallo en función de todo lo expresado. VII.- También se agravia la actora por el rechazo de las diferencias indemnizatorias peticionadas con sustento en el art. 33 inc. b) del Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas que el a quo fundó en que tal ítem no había sido reclamado en el escrito de inicio. La recurrente alude a lo expresado en el punto V d) de la demanda y al respecto considero que lo expresado a fs. 13 resulta suficiente para fundamentar la petición de tales diferencias máxime cuando la propia accionada, en su responde (fs. 40) se ha referido a dicho régimen para la base de cálculo de la indemnización por despido. Sin embargo, en la liquidación practicada en la demanda sólo se han peticionado diferencias por indemnización por antigüedad (ver fs. 21) y no respecto de la otra indemnización prevista en el art. 33 del Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas (Dto-ley 13.839/46 ratificado por la ley 12.921), es decir, el preaviso, por lo que no corresponde expedirse respecto de este rubro. Sentado ello, ya se señaló en otra oportunidad que los/as trabajadores/as amparados por el Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas (como el caso de la actora, quien realizaba tareas de venta de publicidad para la demandada), a los fines de poder establecer la indemnización por antigüedad en caso de despido, debe aplicarse lo dispuesto por el art. 33 del Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas (Dto-ley 13.839/46 ratificado por la ley 12.921), que fija una indemnización de "un mes de sueldo por año trabajado, del mismo modo que la ley 12.908, sin tope alguno". Y dicha normativa especial, que regula la actividad de los trabajadores de prensa, es más favorable que la contenida en el art. 245 de la ley 20.744, en tanto éste impone un tope a la base remuneratoria para cuantificar la indemnización por lo que, en atención a lo dispuesto por el art. 9° L.C.T., debe prevalecer (esta Sala, en autos "Samah Daniel José y otro c/Ferías y exposiciones Argentinas S.A. y otro s/despido", S.D. 86.546 del 12/04/11). Para el despido del personal administrativo de empresas periodísticas, el régimen especial prevé una indemnización de seis meses por preaviso omitido y un mes por cada año trabajado para el empleador, debiéndose tomar como base ¿el último sueldo devengado por el dependiente? (conf. Doctrina Plenaria 75 ¿in re? ¿López Emilio v/Empresas Periodísticas Argentinas S.A.?) Asimismo, la Sala V ha tenido oportunidad de resolver que la base de cálculo de las indemnizaciones de la ley 12.908 incluye el S.A.C. pues si la enumeración que realiza el art. 43 de la ley 12.908 en su inciso a) es meramente enunciativa, la falta de inclusión expresa en su texto del SAC no importa, en modo alguno, la prohibición legal de tomarlo en consideración para calcular las indemnizaciones que dicha norma prevé y si la enumeración expresa incluye las gratificaciones, que son excepcionales y no necesariamente periódicas ni uniformes, con mayor razón debería entenderse que incluye también el SAC, que es una prestación obligatoria y regular, cuyo cálculo está fijado por la ley y que se paga semestralmente (confr. autos "Villar Fernando Pablo c/L.S. Radio Continental S.A. s/despido", S.D. 72.950 del 24/2/10). En tal inteligencia, corresponde tomar como base la remuneración abonada en el mes de marzo de 2009 que,

conforme cálculo efectuado a fs. 505, ascendió a \$..., sumándole las diferencias salariales calculadas para ese mes de \$..., que hacen un total de \$... y a ello deberá adicionarse el SAC proporcional por \$..., por lo que la suma a computar alcanza a \$ En consecuencia, la actora debió percibir por indemnización por antigüedad la suma de \$... (\$... x ...) y como sólo cobró \$..., se le adeuda por dicho concepto la suma de \$..., monto al que se reajusta esta parte del reclamo. Por otra parte, en lo que respecta a los salarios durante la licencia por enfermedad, considero que asiste razón a la reclamante en cuanto señala que debe tomarse un promedio de lo devengado en el último semestre anterior a la licencia. En tal sentido, cabe aceptar el cálculo efectuado por el perito contador a fs. 510 vta., de \$ Así, por el período de diez meses fijado en el fallo, hace un total de \$... más el SAC correspondiente de \$..., lo que totaliza un capital de \$ En relación al mes de marzo de 2009, el juez ?a quo? expresó que surge el pago del salario de ese mes del recibo de liquidación final que acompañara en anexo la parte actora. Sin embargo, considero que asiste razón a la demandante en cuanto a que no se ha individualizado el pago de dicha remuneración en ese instrumento. Asimismo, cabe observar que la accionada, con el responde, acompañó un recibo por separado relativo a la remuneración de marzo de 2009, que no se encuentra reconocido por la trabajadora. También debe tenerse en cuenta que el perito contador expresó que no es posible contestar si le fue abonado a la actora el salario del mes de marzo de 2009 (fs. 511 vta.). Por consiguiente, debe revocarse el fallo apelado en cuanto deniega el salario de dicho mes y condenar a la demandada al pago de la suma de \$... correspondiente a marzo de 2009. VIII.- En síntesis, como corolario de la revocatoria que propicio precedentemente, la liquidación a favor de la actora comprenderá los siguientes rubros y montos: diferencia por indemnización por antigüedad \$..., diferencias salariales (considerando IV) \$..., salarios por enfermedad \$... y marzo de 2009 \$..., lo que hace un total de \$ IX.- Otro agravio de la actora se refiere al rechazo de la multa por incumplimiento de lo normado por el art. 80 de la L.C.T. Para rechazar la partida, el juez tuvo en cuenta que la accionante no mencionó ni acompañó al expediente el telegrama que exige el art. 3° del decreto 146/01. La queja es improcedente porque la trabajadora no cursó la intimación fehaciente exigida por el artículo 80, tercer párrafo, de la ley 20.744, texto según la ley 25.345. Por otro lado, del acta agregada a fojas 4 no se desprende que se haya efectuado reclamo alguno ante el SECCLO. De todos modos, aunque así se lo hubiese hecho, esta Sala tiene dicho que tal manifestación no puede ser suplida por su mención en la audiencia de conciliación o en el escrito de demanda porque, al integrar el elenco de pretensiones, su existencia como crédito debe ser preexistente a los actos constitutivos del proceso (ver autos ?Verón Juan Marcelo c/Núñez González Julio Humberto s/despido?, SD 84.645 del 28/8/07; en igual sentido, C.N.A.T. Sala VIII, "Soto, Nilda c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Senillosa 927 s/ Despido" SD 32541 del 20/05/05). En tales condiciones, lo resuelto sobre la improcedencia de la partida en examen debe quedar al abrigo de revisión. Sin embargo, tiene razón la trabajadora en cuanto a que corresponde admitir la condena a entregar las certificaciones previstas por el Art.80 de la ley 20.744 con ajuste a los extremos de hecho reconocidos en el presente pronunciamiento. La entrega deberá realizarse dentro del plazo de 30 días de quedar firme la sentencia, bajo apercibimiento de aplicarse sanciones conminatorias cuyo quantum será fijado por el juez de origen en la eta de ejecución. X.- La crítica de la demandada relativa a la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT es improcedente. Lo decidido se ajusta a la doctrina sentada por la Corte Federal en el precedente ?Aquino? (Fallos 327:3753). XI.- El reproche de L N relativo a la imputación de responsabilidad civil no puede ser atendido. Como ya lo señalé en los considerandos anteriores, la actora sufrió violencia laboral de parte de dependientes de la empleadora, quien responde por los efectos nocivos de tales actos ilícitos, de conformidad con lo establecido en el art. 1113 primer párrafo del Código Civil, el que establece: ?La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia?. Por otro lado, la perito médica, a fs. 444/459, ha sido clara en el sentido que P. presenta un cuadro psicopatológico con correlato de daño psíquico producido por una reacción a un mobbing y puntualizó, en concreto, que existe relación causal entre la perturbación psíquica y el acoso laboral. En síntesis, la queja debe ser desestimada porque concurren todos los elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución objetivo. XII.- En cuanto al porcentaje de incapacidad determinado por la experta, cabe memorar que la incapacidad posee un sustrato de enfermedad, por lo que corresponde en principio a los médicos pronunciarse desde la ciencia que le es propia acerca de la posibilidad de vincular una afección con una etiología laboral o extra laboral. Para apartarse de la valoración del perito médico, el juez debe encontrar sólidos argumentos, ya que se trata de un campo del saber ajeno al hombre de derecho, y aunque no son los peritos médicos los que fijan la incapacidad, sino que ella es sugerida por el experto y determinada finalmente por el juzgador, basándose en las pruebas que surgen del expediente y las normas legales de aplicación, su informe resulta el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena reparar. En tal inteligencia, considero que no basta lo expresado en el memorial recursivo en cuanto a que el porcentaje del 33% resulta elevado y desproporcionado dado que se trata de meras manifestaciones de disconformidad con las sólidas conclusiones de la experta, no se aportan baremos referenciales, bibliografía, fundamentos científicos que lo refuten ni documental que lo autorice. Ello, a mi modo de ver, descalifica las impugnaciones u observaciones y las convierte en simples expresiones dogmáticas de disconformidad, carentes de fuerza de convicción. Se añade

que la jurisprudencia es pacífica en cuanto a que los baremos son tablas que relacionan -en abstracto- enfermedades con disminución de la capacidad laborativa genérica estimada, frente a una dolencia determinada y la incapacidad posible. Su carácter es estimativo, ya que diferentes tablas pueden informar incapacidades distintas para una misma dolencia, según los parámetros que utilice quien la diseñó. Por ello, no basta para impugnar el grado de incapacidad otorgado la mera disconformidad o la crítica genérica por el uso de un baremo determinado sino que hay que criticar concretamente el uso que el experto hace del mismo o señalar con argumentos científicos - lógicos que la incapacidad acordada es inadecuada a los padecimientos de la actora. Además, recuerdo que ningún baremo es de aplicación obligatoria ya que no es ni más ni menos que una pauta indicativa más para estimar la incapacidad laborativa que aqueja a una persona determinada a causa de una afección en un caso concreto. El recurso a los baremos lo es a mero título instrumental y su valor es de aproximación. Es la judicatura que decide si el baremo escogido por el perito se adapta al caso y también quien opta -de ser necesario- por apartarse del mismo en atención a las particularidades de cada caso y siempre con base objetivas (estado general del paciente, profesión, edad, sexo, situación familiar, etc.) ya que, de otro modo (sin enunciar argumentos científicos de rigor) no se justificaría no seguir la opinión del experto. En tales condiciones, también concuerdo con el grado de incapacidad otorgado en primera instancia. XIII.- Otro aspecto del fallo que motiva los agravios de ambas partes es la cuantificación de la indemnización por daño patrimonial y moral. La reparación juzgada a la luz del derecho civil no está sujeta por el ordenamiento sustantivo a ninguna fórmula matemática o tarifa preestablecida, su cuantificación debe relacionarse con las particularidades del caso y orientarse a la integralidad. Se trata de reparar la incapacidad genérica y no la meramente laboral para lo cual debe partirse de una comprensión integral de la proyección existencial humana pues la persona no constituye un capital que se mide solamente por lo que pueda rendir o ganar. Así, cuando se trata del daño a la salud, es válido que ésta sea concebida no sólo como la ausencia de enfermedad, sino como un estado de completo bienestar físico, mental y social, que consiste en la ausencia de impedimentos para gozar de los bienes de la vida, independientemente de la capacidad de trabajar o de ganar dinero. La jurisprudencia nacional es unánime en cuanto a que: ¿A fin de establecer la indemnización por incapacidad sobreviniente, las consecuencias de la lesión no sólo se miden por la ineptitud laboral, sino también por la incidencia de la misma en la vida de relación de la víctima y en su actividad productiva? (Conf. CNCivil, sala D, 28-12-1993, ¿Campos, Manuel S. c. Manchinelli, Gabriel y otro?, LL online; CNCComercial, sala E, 15-3-1994, ¿Centurión de García, Angélica R. y otro c. Welder Argentina S. A. y otro?, CNCivil, sala M, 6-5-1994, ¿Fleitas, Samuel c. Empresa Ferrocarriles Argentinos?, LL, 1995-B, 310; ídem., íd., 10-11-1994, ¿Rosas Gómez, Mónica Emperatriz c. Empresa Ferrocarriles?, LL online; CNCivil, sala H, 30-4-1996, ¿Méndez Piñeiro, José A. c. Navenor S.A.?, LL, 1997-B, 156; ídem., sala E, 27-2-1997, ¿Giménez, Pablo M. y otros c. Schuartz, Eduardo?, LL, 1997-C, 262; ídem., sala J, 11-3-1997, ¿Mora, Silvia A. c. Disco S. A.?, LL, 1997-D, 574; ídem., sala H, 11-9-1997, ¿Abalos, Raúl C. c. López, Carlos A. y otros?, entre muchos otros), ya que los daños a la vida de relación también repercuten perjudicialmente en el plano patrimonial (Conf. CNCivil, sala F, 15/03/1994, ¿Romero, Victoria N. c. Transporte Automotor Varela S. A.?, DJ, 1995-1, 317). En ese orden, cuando se habla de "vida de relación" se está refiriendo a un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos los actos cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, tareas normales en la vida del ser humano, como conducir, transitar, etc.; actividades tales que, en la medida que se ven dificultadas o impedidas, como consecuencia del accidente, constituyen daño indemnizable (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 15-5-2000, ¿N. N. c. Municipalidad de Buenos Aires?, LL, 2000-F, 11, del voto de la Jueza Elena Highton). La Corte Federal ha dicho en fecha reciente, que los parámetros de la fórmula conocida como ¿Vuoto?, en referencia a la carátula de la causa en la que fue aplicada históricamente (CNAT, sala III, sentencia del 16-6-1978, LL, 1979-C, Pág.620). sólo atienden a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, y que tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico del derecho común, dada la comprensión plena del ser humano que informa a éste (Conf. CS, 8-4-2008, ¿Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía?, LL online). Asimismo, la Sala VIII de esta Cámara ha establecido que no corresponde atenerse a la rigidez de fórmulas matemáticas las que si bien pueden ser útiles para objetivar el cálculo correspondiente requieren de un acomodamiento de sus resultados a las notas específicas del entorno configurado a fin de compatibilizarlos en proporción razonable con la realidad económica general (Ver el voto del doctor Luis A. Catardo en autos ¿Roa Mira, Felipe Neri c / Bacigalup, Oscar y otros s/ ley 22.250?, Expediente N ° 16.557/2001, Sentencia N ° 34.842 del 14 de marzo de 2008, al que adherí). Este criterio se corresponde con lo que ya había dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en pronunciamientos previos (Ver, Fallos 308:1109; 320:1361, entre otros) y halla reflejo en algunas sentencias de esta Cámara (Conf. CNAT, sala IX, 24-9-2007, ¿Villagra, Marcos Daniel c. Zumbo, Juan y otros?, La Ley Online. En el mismo sentido, ver: sala VII, 4-62004, ¿Medrano, Silvio A. c. Transportes Atlántida S.A. y otro?, TySS 2005, 163). Para fijar el importe del resarcimiento a otorgar al trabajador que padece una incapacidad, esta Sala tiene en cuenta las particularidades propias del caso, es decir, la edad de la víctima al momento de los hechos; el tiempo probable de vida útil que le resta permanecer disminuida en el mercado de trabajo; la

incapacidad laborativa que porta y que fuera dictaminada por a través de una pericia técnicamente fundada, la profesión u oficio, la remuneración percibida, así como el daño emergente y el lucro cesante en que todo ello se traduce (cfr. autos "Ledesma Raúl c/Textil Charateña SA s/acc. Civil", SD 72482 del 15/7/98; Sala II, ?Alvez Pereyra Ramón c/Servicios Forestales El Bosque SRL s/accidente?, SD 94.182 del 27/4/2006, con cita de los fallos de la CSJN, ?Audicio de Fernández c/Prov. de Salta? del 4/12/80, ?García de Alarcón c/Prov. de Buenos Aires -Fallos 304:125 y ?Badiali c/Gobierno Nacional?, L.L.24/12/86). En ese marco, estimo que lo cuantificado en origen es insuficiente. Propongo, con base en el artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se eleve el monto de condena por tales conceptos a la suma de \$- por daño patrimonial y \$- por daño moral, lo que totaliza un monto de \$-, al que se adhieren los intereses fijados en origen desde la fecha del despido. Finalmente, propicio que se confirme la condena al pago de la partida para atender los tratamientos psicoterapéuticos futuros aconsejados por la perito como posibilidad para mejorar la faz psíquica de la actora, ponderando el tiempo y frecuencia sugeridos. No resulta relevante lo señalado acerca de que la actora ha sorteado dos exámenes preocupacionales y obtenido empleo luego de su egreso de la demandada. No pueden negarse a la reclamante los tratamientos adecuados para paliar o mejorar su estado psíquico de bienestar afectado por el trabajo. XIV.- En virtud de la solución que propicio, las costas por la acción con fundamento en la L.C.T. deberán correr totalmente a cargo de la accionada vencida (art. 68 C.P.C.C.N). Las correspondientes a la acción por enfermedad deberán mantenerse a cargo de la demandada y por la citación en garantía de L C ART S.A. que ha sido rechazada correrán en la forma dispuesta en origen. Por lo demás, no encuentro razones para que se admita la citación en garantía de esta aseguradora por cuanto la índole del reclamo intentado en el escrito inicial no justificaba la petición de la accionada pues la incapacidad que se pretendía indemnizar no guardaba relación de causalidad con el accidente producido en el año 2005. XV.- Finalmente, los porcentajes de honorarios lucen acordes al mérito, calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos, al resultado del pleito, a lo normado por el artículo 38 de la ley 18.345 y a las disposiciones arancelarias de aplicación (arts.1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 19 y 37 de la Ley 21839 y art.3º inc. b y g del decreto ley 16.638/57), por lo que propongo que sean mantenidos, dejándose aclarado que se calcularán sobre el nuevo monto de condena que propicio (incluyendo intereses). XVI.- Por todo lo expresado, de prosperar mi voto, propicio: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y modificarla en lo concerniente al capital de condena que se eleva a \$..., más los intereses fijados en origen y en lo tocante a los certificados del Art.80 de la ley 20.744, condenándose a S A L N a hacer su entrega a la parte actora, según lo indicado en el considerando IX; 2) Costas y honorarios por los trabajos de origen, según lo indicado en los considerandos XIV y XV; 3) Imponer las costas de segunda instancia a cargo de la demandada vencida en lo principal; 4) Regular los honorarios de la representación letrada de la actora y de la demandada, por los trabajos de alzada, en el ...% y ...% respectivamente de lo que les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (artículo 14 ley 21.839) y 5) Hacer saber al Juzgado de origen que una vez firme el pronunciamiento, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación a los efectos de la ley 25.212 (Anexo 2) y de la ley 26.485 (Art.11, apartado 6º). La Dra. Gloria M. Pasten de Ishihara dijo: Que adhiere al voto que antecede por compartir sus fundamentos. A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, SE RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y modificarla en lo concerniente al capital de condena que se eleva a \$..., más los intereses fijados en origen y en lo tocante a los certificados del Art.80 de la ley 20.744, condenándose a S A L N a hacer su entrega a la parte actora, según lo indicado en el considerando IX; 2) Costas y honorarios por los trabajos de origen, según lo indicado en los considerandos XIV y XV; 3) Imponer las costas de segunda instancia a cargo de la demandada vencida en lo principal; 4) Regular los honorarios de la representación letrada de la actora y de la demandada, por los trabajos de alzada, en el ...% y ...% respectivamente de lo que les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (artículo 14 ley 21.839) y 5) Hacer saber al Juzgado de origen que una vez firme el pronunciamiento, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación a los efectos de la ley 25.212 (Anexo 2) y de la ley 26.485 (Art.11, apartado 6º). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Gabriela Alejandra Vázquez Jueza de Cámara Gloria M. Pasten de Ishihara Jueza de Cámara Ante mí: Verónica Moreno Calabrese Secretaria de Cámara En de de 2013 se dispone el libramiento de cédulas. Conste. Verónica Moreno Calabrese Secretaria de Cámara En de de 2013 se notifica al Sr. Fiscal General la Resolución que antecede y firma. Conste. Verónica Moreno Calabrese Secretaria de Cámara Correlaciones: Ley 26485 - BO: 14/04/2009 Ley 12908 - BO: 03/02/1947 Decreto-Ley 13839 - BO: 22/05/1946 Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo - Corte Sup. Just. Nac. - 15/11/2011 Cita digital: