

Expediente: 273/16

Carátula: GUTIERREZ ANDREA NATALIA C/ ATENTO ARGENTINA S.A. Y TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. S/ COBRO DE PESOS

Unidad Judicial: JUZGADO DEL TRABAJO II

Tipo Actuación: CEDULA CASILLERO VIRTUAL FIRMA DIGITAL

Fecha Depósito: 07/07/2021 - 05:06

Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:

90000000000 -

CEDULA DE NOTIFICACION

San Miguel de Tucumán, 02 de julio de 2021

JUICIO: GUTIERREZ ANDREA NATALIA c/ ATENTO ARGENTINA S.A. Y TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. s/ COBRO DE PESOS - Expte N°: 273/16.

Se notifica al Dr.: RIVADEO,JUAN LUCAS

Domicilio Digital: 900000000000

PROVEIDO

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

JUZGADO DEL TRABAJO II

ACTUACIONES N°: 273/16



H103022923327

JUICIO: GUTIERREZ ANDREA NATALIA c/ ATENTO ARGENTINA S.A. s/COBRO DE PESOS. EXPEDIENTE N° 273/16.

San Miguel de Tucumán, 28 de junio de 2021.

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados “GUTIERREZ ANDREA NATALIA c/ ATENTO ARGENTINA S.A. s/ COBRO DE PESOS” que tramitan por ante éste Juzgado del Trabajo de la II Nominación, de donde

RESULTA:

DEMANDA: El 15.03.16 (fojas 02/12) se apersonó el letrado Juan Lucas Rivadeo, en representación de **ANDREA NATALIA GUTIERREZ**, DNI N°30.841.164, con domicilio real en calle Entre Rios n° 138, Manantial, Lules, y demás condiciones personales que constan en poder ad litem de foja 59. En tal carácter inició acción por cobro de pesos en contra de Atento Argentina SA (en adelante: ATENTO o la demandada) y, en contra de Telefónica Móviles Argentina SA (en adelante TMA o la codemandada) por la suma de \$436.860,132 en concepto de indemnización por antigüedad, preaviso, SAC sobre preaviso, integración mes de despido, SAC sobre integración mes de despido, SAC proporcional 2015 2do. Semestre, vacaciones no gozadas 2015, SAC sobre vacaciones, acuerdo empleados de comercio 2015 suma no remunerativa, indemnización art.

80 ley 20744, indemnización ley 25323, art.2., diferencias salariales por incumplimiento de art. 92 ter LCT, ley 23592 por despido discriminatorio por razones de salud-enfermedad inculpable, arts. 178/182 despido por maternidad. A su vez, solicita también se aplique a la demandada el art. 9 de la ley 25013, correlacionada con el artículo 275 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante: LCT) y tasa activa a los créditos adeudados.

En cumplimiento de los recaudos previstos en el art. 55 del Código Procesal Laboral (en adelante: CPL) indicó que la actora ingresó a prestar servicios para la demandada el 26.01.2009; que egresó el 18.11.2015; que fue registrada como “Administrativa A” del CCT 130/75, pero cumpliendo funciones de “Ventas B” por afirmar que prestaba servicios, en carácter permanente, para el sector “MESA DE AYUDA AL VENDEDOR” (MAVE), perteneciente a Movistar Argentina, dentro del establecimiento de ATENTO.

Específicamente, manifiesta la parte actora haber cumplido las siguientes funciones: 1) atención telefónica al agente oficial Movistar, a vendedores de productos Movistar y consumidores finales de productos Movistar. Afirma que tenía por objetivo la venta de productos y servicios de Movistar; 2) operatorias de venta y activación de líneas nuevas; cambios de equipo (ventas de teléfonos celulares), cambios de chip, alta de servicios de valor agregado; 3) Dentro del servicio de atención al vendedor: a. atención de primera línea a vendedores, agentes oficiales, casas centrales, b. back office Post venta, c. servicio de atención a clientes Tienda Movistar: cambios de equipo, cambios de plan, activación de paquetes de datos, entre otros. d. portabilidad numérica.

Indica la actora que los productos que comercializaba pertenecían a Movistar, describiendo el proceso de venta. Sostiene que la gestión era esencialmente de VENTAS (más allá de que también atendía clientes o agentes oficiales) y se concretaba con la venta finalizada, para lo cual el agente oficial se limitaba a hacer entrega del producto, quedando el resto de la operatoria en mandos de los empleados del servicio MAVE. Expresa, entre otras cuestiones, que el trabajo de MAVE es el eje central del proceso de ventas de productos de Movistar y que el asesor de MAVE que presta funciones en ATENTO no hace otra cosa que no sea cumplir con el objeto principal de Movistar.

Afirma que los sistemas son de Movistar, los clientes también y las webs internas donde se encuentran los pasos a seguir para cada operatoria también lo eran.

En cuanto a la remuneración percibida indica que era mensual y ascendía a \$6000, aproximadamente, en neto (incluye SAC), y que sus horarios de trabajo fueron de lunes a sábados de 09 a 15; que trabajó bajo la modalidad de tiempo completo, pero que su empleador le abonó como si hubiera trabajado en una jornada a tiempo parcial, inscribiendo el contrato como tiempo parcial, configurando ello un fraude laboral.

Relación laboral, sanciones y despido: Afirma la accionante que los demandados incumplieron diversas obligaciones contractuales, tales como: salarios no ajustados a derecho, faltas al deber de buena fe por negar licencias médicas y no dar lugar a defenderse, despidiéndolo ante una audiencia de conciliación pendiente en la SET; error de registración en la categoría laboral; violación al deber de conservación del contrato, al deber de buena fe, a la protección a la maternidad y el embarazo, junto a la negativa de otorgar licencia por enfermedad y por hijo fallecido. En particular, sostiene la actora que, incluso, las misivas de suspensiones o de despido son formalmente defectuosas: le fueron notificadas extemporáneamente, incluso días o semanas después de sucedidos los hechos o de cumplidas las sanciones.

Refiere la accionante que las demandadas despidieron de manera *discriminatoria por razones de embarazo*, previo humillaciones y sanciones por ausentarse de su trabajo días posteriores al parto y a la muerte de su hijo. Expresa que las sanciones y el despido representan una reprimenda por haber padecido problemas de salud y posterior a su embarazo y parto, la pérdida de su hijo recién nacido.

Manifiesta la Sra. Gutiérrez que fue hostigada y presionada para retomar al trabajo, aun cuando estaba enferma y pasando por uno de los peores momentos de la vida: la muerte de un hijo. Afirma que la empresa le negó licencia por fallecimiento, por enfermedad post parto y pérdida de su hijo, lo que le impedía trabajar.

Refiere la accionante que el parto fue el 14/04/15, que su hijo nació y falleció a los minutos, quedando su salud física y psicológica dañada.

Ante una ausencia del 27.04.15 afirma la actora que ATENTO la suspendió 3 meses después.

Expresa la actora que del intercambio epistolar se desprende que luego del parto, ATENTO inició una seguidilla de sanciones (carentes de validez formal y material) desproporcionadas y carentes de razón, que culminaron con su despido a los 7 meses y 3 días del parto.

Asevera la accionante que el despido es infundado, extemporáneo y carente de justa causa, además de ser *discriminatorio*, pues la persiguieron, hostigaron y despidieron, partiendo de su embarazo.

Alega la actora que la misiva de despido justifica la ruptura del contrato en ausencias injustificadas, las que niega y rechaza por haber sido notificadas fehacientemente las licencias y por contar con los correspondientes certificados.

Posteriormente, la accionante cuestiona cada causal de despido invocada por la demandada para fundarlo:

a) ausencias del 16 al 31.12.2014: indica que del 16.12.14 al 03.01.15 informó licencia por dolencias asociadas al túnel carpeano, enfermedad profesional con dictamen de SRT y pedido de recalificación.

b) sanción del 07.05.2015: indica que nunca sancionaron en esa fecha. Sostiene que fue sancionada en agosto de 2015 (cuatro meses más tarde), ausencia que fue debidamente justificada con diagnóstico de dolores abdominales, angustia, depresión, disnea, dolor lumbar. Todo ello, derivación directa del parto y posterior fallecimiento de su hijo. Afirma que la sanción de suspensión fue notificada a ella el 08.08.15 y su cumplimiento era para días atrás (hasta el 31.07.15)

Indica que a esta sanción la impugnó, ratificando diagnóstico médico y pidiendo se la anule, pidiendo -entre otras cosas- otorgamiento de licencia por maternidad y/o razones de su negativa, y el cese de los hostigamientos.

c) En fechas 29.05.15 al 10.06.15 la accionante afirma que notificó licencia a causa de una intervención quirúrgica por túnel carpiano, igual causa para ausencias del 20.07.15 y 21.07.15, lo cual -sostiene era conocido por ATENTO y PROVINCIA ART y que se trataba de una enfermedad inculpable. Por estas ausencias alega la accionante que la empresa, tres meses después, la suspendió maliciosamente en agosto de 2015.

d) En agosto de 2015: los días 27 a 29 afirma la actora que cumplió tareas de modo normal; que el 31.08.15 pidió licencia por hijo enfermo; luego de esta última fecha y hasta el 19.09.15 licencias originadas en túnel carpiano, gastroenteritis y conjuntivitis, todas, sostiene, notificadas. Sin embargo, señala que la empresa decidió considerarlas no justificadas después de dos o tres meses y procedió a despedirla.

Indica la Sra. Gutiérrez que todas las sanciones partes o son producto de licencias por enfermedad, cuyo origen deviene del embarazo o de enfermedad inculpable o profesional. Reitera que fue *discriminada* por su estado de salud, por ser mujer y madre; que se la condenó por haberse enfermado. Así, refiere que se la despidió antes de los 7 meses y medio contados de la fecha de parto y que las ausencias justificadas no pueden ser consideradas injurias graves, mucho menos incumplimientos.

Responsabilidad Solidaria.

a) Indica la actora que prestó servicios que fueron utilizados directamente por TMA (Movistar) al trabajar con usuarios y clientes oficiales, y recibiendo ordenes, directivas y capacitaciones de parte e personal de aquella. Que las actividades que realizó eran el eje principal de Movistar.

b) Afirma la actora que ATENTO fue propiedad de grupo telefónica, (de la cual es subordinada Telefónica Móviles) y fue vendida en octubre de 2012 a Bain Capital, con lo cual se puede notar que siempre han sido una misma unidad económica: ATENTO Y TELEFONICA. Alega que si estas 3 empresas son analizadas a la luz del art. 30 de la LCT incurren en responsabilidad solidaria por incumplimientos de índole laboral y de la responsabilidad social. Señala que ATENTO es eje fundamental y necesario de la atención al consumidor final de Movistar y que, mal podría ATENTO brindar soluciones a clientes de Movistar sin obtener de esta última la totalidad de las directivas acerca de cómo gestionar la totalidad de los reclamos de los consumidores.

Sostiene la actora que el control que siempre ha ejercido Telefónica Móviles sobre ATENTO, viene determinado por las directivas citadas, las capacitaciones impartidas, los controles habituales, las herramientas de trabajo y el hecho mismo de haber sido aquella propiedad de Telefónica. Ello, indica, en miras de aplicación del artículo 31 de la LCT por afirmar que ATENTO realiza una actividad que se identifica como normal, específica y propia de Telefónica Móviles Argentina, parte integrante de Telefónica, con la que estuvo legalmente unida, siendo -según ella sostiene- Atento propiedad de Telefónica.

Luego, entre otras cuestiones, expresa la actora que son la misma empresa, tienen los mismos capitales y directivos; y que la normativa de los arts. 29, 30 o 31 de la LCT los alcanza como corresponsables solidarios.

Indica el actor que Atento formó parte del grupo Telefónica, ambos incurren en fraude a la ley al valerse de empleados que realizan las tareas de la principal, cobrando sueldos ínfimos con encuadres legales irrisorios.

Continua y agrega la parte actora que el objeto principal de Movistar es la venta de teléfonos celulares y venta de servicios de telefonía celular mediante planes de voz e internet. El objeto principal de MAVE Movistar es la venta de teléfonos celulares y la venta de servicios de telefonía celular mediante planes de voz e internet. Es aquí donde afirma la actora prestó servicios. Cita jurisprudencia.

Luego, la parte actora transcribe el extenso intercambio epistolar suscitado entre las partes, a los que me remito en honor a la brevedad, sin perjuicio de que serán analizados oportunamente.

Por último, practica planilla de liquidación de rubros.

A foja 64 se detalló la documentación probatoria acompañada por la parte actora.

CONTESTACION DE DEMANDA: Corrido traslado de ley, a fojas 71/86, se apersona el letrado Rodolfo José Terán, adjuntando poder general para juicios para actuar en nombre y representación de la demandada y, contesta la acción incoada en contra de esta última, solicitando su rechazo con expresa imposición de costas a la contraria.

La demandada hace referencia a la documentación laboral y contable -conforme a las previsiones del art. 61 del CPL- negando en general y en particular los hechos denunciados y la autenticidad de la documentación adjuntada por la actora, salvo aquella que sea de su expreso reconocimiento. En especial, cuestiona su idoneidad para acreditar lo que la accionante pretende.

Por otro lado, Atento reconoce expresamente que existió el intercambio epistolar referido en la demanda.

Atento afirma que la fecha de ingreso indicada por la actora, 26.09.09, corresponde a la fecha en que esta última ingresó a trabajar para MICROCENTRO DE CONTACTO S.A., empresa desde la cual la Sra. Gutiérrez -según sostiene la demandada- pasó a desempeñarse para ATUSA SA a partir del 01.02.10; luego de ello, a partir del 01.04.14, sin solución de continuidad, la actora pasó a depender de CENTROS DE CONTACTO SALTA SA para, finalmente integrar el plantel del personal de ATENTO ARGENTINA SA. Señala que, en cada traspaso, el contrato de trabajo con la actora se mantuvo y se le reconoció su antigüedad en el empleo.

La parte demandada indica que la extinción del contrato de trabajo ocurrió por despido directo fundado en justa causa: por una serie de ausencias injustificadas que se extendieron por 24 días, comunicado mediante carta documento OCA 21060778 del 11.11.15.

Precisa la accionada que, tras varias sanciones de suspensión que se le habían impuesto a la actora por ausencias injustificadas entre diciembre y agosto de 2015, la actora incurrió nuevamente en ese tipo de inconductas al ausentarse de sus tareas de modo injustificado entre los días 16 de agosto y 19 de septiembre de 2015 (hecho nuevo).

Manifiesta que el 27.10.15 se realizó una auditoría interna en la empresa, en donde se detectó la reiteración de esas inconductas por parte de la actora y que, la suma de días de inasistencias injustificadas no dejó lugar a dudas que el accionar de la actora estuvo lejos de ser la conducta dable de esperar de una buena empleada. Indica que la existencia de antecedentes disciplinarios previos, influyó necesariamente para llegar a la “drástica” decisión de despedir a la accionante.

Entre otras cuestiones, niega la accionada que: la accionante no tuviera sanciones disciplinarias; que no hubiese sido sancionada por enfermarse; que las sanciones y el despido representen una reprimenda a la trabajadora; que fuera hostigada y presionada para retomar a su trabajo aun estando enferma y pasando por uno de los peores momentos de la vida; no es verdad que se le negara las licencias que indica la accionante y que si no pudo gozarlas fue porque no reunió con los requisitos necesarios para su otorgamiento; que el despido fuera discriminatorio por razones de embarazo, previo humillaciones y muerte del hijo de aquella.

Luego, afirma la demandada: *“Téngase presente que el parto y posterior fallecimiento del hijo de la actora tuvieron lugar el 14 de Abril de 2015 mientras que el despido ocurrió casi 7 meses después (Noviembre de 2015) por lo que no se ve qué conexidad puede establecerse entre esos hechos y el despido.”* (el subrayado pertenece a origen).

Niega la accionada que la ausencia de la actora el 27.04.15 haya tenido relación con la muerte de su hijo ya que indica que, según lo afirmó la Sra. Gutiérrez *“el fallecimiento ocurrió a minutos del parto que tuvo lugar el 14 del mismo mes y año por lo que no hay manera alguna de vincular ambos hechos”*.

Reitera la parte accionada que el despido no tuvo un contenido discriminatorio ya que, la actora nunca fue privada de sus licencias por maternidad y no existe prueba alguna de que la extinción del contrato tenga vinculación con cualquiera de las supuestas causas que invoca como discriminatorias la actora; insiste en que

no tuvo relación con el embarazo ni con su maternidad.

No comprende la accionada cómo la accionante permaneció tantos años vinculada con ella si era tan mala como la describe; sin que reclamase la deficiente registración, sino hasta el 26.08.15.

Continúa y agrega que: *“Aún en el caso que se hubiere resuelto el contrato de trabajo sin que hubiere existido justa causa, (lo que solo admito por vía de remotísima hipótesis), cabe decir que ATENTO puede haberse equivocado en las decisiones adoptadas con relación a la actora, pero ello de manera alguna significa que hubiere obrado de manera discriminatoria o con evidente intención de dañar”*. (Lo subrayado pertenece a origen).

Indica la parte demandada que la actora tenía la categoría laboral de “Administrativa A” del CCT 130/75, que es la categoría que tienen todos los empleados de Atento que cumplen tareas como las que tenía aquella, siendo improcedente la pretensión de haber tenido que ser categorizada como empleada de ventas “B”.

Sostiene la parte demandada que la Sra. Gutiérrez prestó servicios como “Asesor de atención telefónica MOVISTAR”, y que sus tareas consistían -básicamente- en ingresar a los sistemas de MOVISTAR los datos de los clientes que cerraban operaciones con los agentes oficiales de ventas de MOVISTAR en los locales de esa firma, y para que el servicio que contrataban esos clientes quedaran definitivamente habilitados. Señala que la actora no vendías, ya que sus tareas eran complementarias -o de ayuda- a las tareas de venta que realizaban los agentes oficiales de venta de MOVISTAR; que la venta tenía lugar cuando el comprador acudía al local físico de MOVISTAR y seleccionaba el equipo celular y las condiciones de servicio, operación que se complementaba con el posterior ingreso de los datos que estaba a cargo del asesor telefónico, empleado de Atento. En el caso, indica, era la actora.

Además, manifiesta Atento que, tal y como lo afirmó la actora, ella trabajaba en el sector MAVE (MESA DE AYUDA AL VENDEDOR).

Afirma Atento que la actora trabajaba 6 horas por día, 6 días a la semana; que la jornada de 6 horas es la jornada habitual y completa de los empleados de call center (lo que no es ilegal); y que, en virtud de la configuración de las jornadas de trabajo, aquella estuvo sujeta a un contrato de jornada reducida regulado por el art. 198 de la LCT, siendo incorrecta e infundada la pretensión de ser encuadrada dentro de las previsiones del art. 92 ter de la LCT, la que interpreta prescribe una situación que provoca que el empleador tenga la obligación de abonar al trabajador el salario correspondiente a la jornada completa.

Niega la parte demandada que se le hubiere abonado salarios insuficientes a la actora. Impugna la base salarial utilizada por la actora y que le deba suma alguna de dinero por diferencias salariales, ni por ningún otro concepto.

Señala la accionada que no puede reclamar la actora la sanción del art. 80 de la LCT porque la documentación laboral nunca le fue negada y que mediante CD del 19.11.15 la puso a su disposición sin que la actora concurriera a retirarla.

La demandada niega que hubiese existido discriminación laboral, que no se dan en el caso los supuestos fácticos que permitan así sostenerlo. Continúa y agrega que: *“Es más, hasta pudiera ocurrir que por vía de remotísima hipótesis se declare injustificado el despido, pero ello de manera alguna podrá entenderse como acto de discriminación sino simplemente como una decisión equivocada que deberá sancionarse conforme al art. 245 LCT como ocurre en un despido sin causa, pero nada más que eso.”*

Indica Atento que no puede entender ni precisar en dónde radica el tratamiento distinto o desigual que la actora habría sufrido ni la causa de la supuesta discriminación, y que la Sra. Gutiérrez no se ocupó de precisar en qué radica el daño moral que peticiona con motivo de la discriminación que alega.

Reitera la accionada que no despidió a la actora por haber sido madre, y que la lógica y el sentido común ponen de manifiesto que: *“nadie despide a una empleada que goza de la protección de las normas antes citadas cuando solo faltaban poquísimos días para el vencimiento del plazo de protección de 7 meses y medio que establece el art. 178 LCT (recuérdese y téngase presente que la actora fue madre el 14 de Abril de 2015 y fue despedida el 11 de Noviembre de 2015)debe además tenerse presente que el hijo de la Sra. Gutiérrez falleció el mismo día de su nacimiento, situación ésta que no hace más que confirmar que el despido nada tuvo que ver con la maternidad”*.

Continúa la demandada en su escrito de contestación de demanda diciendo que: *“Por todo ello y a pesar que el despido ocurrió dentro del plazo que refiere el art. 178 LCT, dado el carácter excepcional y restrictivo de la indemnización agravada y la invocación por parte de la empleadora de una justa causa de despido asentada en situaciones fácticas realmente ocurridas, debe caer por tierra la presunción de que la extinción tuvo por*

causa la maternidad”.

En relación a Telefónica Móviles Argentina SA, sostiene el demandado que las relaciones comerciales que tenga o hubiese tenido con aquella carecen de significación con lo que se debate en la causa; que no existió un control de parte de aquella sobre ella; que no es verdad que sus empleados recibieran órdenes y capacitaciones de aquella; que siempre existió empleados de Atento que prestaban servicios en otras compañías diferentes a las de Telefónica.

Por último, la demandada se opone a la aplicación del artículo 275 de la LCT y a la tasa de interés que solicita la actora, peticionando que, ante un eventual crédito a favor de aquella, se aplique la tasa pasiva de interés.

CONTESTACION DE LA CO-DEMANDA: Corrido traslado de ley, a fojas 93/98, se apersona el letrado Eduardo Enrique Palacio (h), adjuntando poder general para juicios para actuar en nombre y representación de la codemandada: Telefónica Móviles Argentina SA (TMA) y, contesta la acción incoada en contra de esta última, solicitando su rechazo, con imposición de costas a la actora.

La parte demandada niega en general y en particular los hechos denunciados que tengan relación con ella, principalmente, por no conocer a la actora ni haber tenido vínculo alguno con ella. En particular, entre otras cuestiones, niega que haya tercerizado sus servicios por medio de la contratación de Atento y que Atento se ocupe de la atención de clientes y reclamo.

TMA niega la existencia del intercambio epistolar sucedido entre la actora y la demandada; impugna la liquidación de rubros que realiza la actora; niega adeudar suma alguna de dinero a la accionante y, niega la autenticidad de la prueba instrumental acompañada con la demanda.

Luego, TMA afirma que surge de la demanda que la actora estaba vinculada con Atento, pero que nunca trabajó para ella, por lo que resulta improcedente el reclamo en su contra. Refiere que trabaja con otras empresas, las cuales tienen su propia organización y personal, pero que realizan tareas completamente ajenas al objeto social de TMA. Agrega que la actividad de Atento no es la correspondiente a la actividad normal y específica propia de TMA, por lo que no es responsable de ningún modo.

Sostiene que Atento es un contratista de ella, lo cierto es que cuando se pretende responsabilizar en los términos del art. 30 de la LCT, deberá precisarse y acreditarse con la debida individualización el tipo de labores encomendadas al “contratista” y, a su vez, que éstas han sido propias y específicas del establecimiento del comitente. Refiere que las labores que expresa la actora haber realizado no conforman trabajos o servicios correspondientes a su actividad normal y específica propia.

La accionada afirma que su actividad se circunscribe a brindar el servicio de telefonía móvil, para lo cual infraestructura que le permite al cliente obtener su línea y número telefónico personal; que ello es independiente de las tareas desempeñadas por los denominados “call centers”, establecimientos éstos donde, señala, practican actividades ajenas a su objeto social. Incluso, manifiesta que para el caso que se pruebe que Atento haya recibido reclamos de sus clientes, no existe entre las empresas subordinación jurídica, económica ni técnica.

Alega la codemandada que durante la vigencia de la relación laboral entre la accionante y Atento, jamás la primera realizó algún tipo de reclamo a ella (ni si quiera en el proceso iniciado en la Secretaría de Trabajo).

Agrega TMA que no puede confundirse la prestación de un servicio como es la telefonía móvil que ella brinda, con la actividad de atención al cliente desplegada por Atento.

Por último, impugna la planilla de rubros realizada por la parte actora, solicita aplicación del tope del artículo 245 de la LCT; plantea la prescripción de todos los rubros anteriores a los 24 meses desde que se produjo el despido de la actora, en particular, de las diferencias salariales y, hace reserva del caso federal.

APERTURA A PRUEBA: La causa es abierta a pruebas a foja 117, habiendo ambas partes ofrecido medios probatorios.

AUDIENCIA ART. 69 CPL: A foja 116 glosa acta de la audiencia de conciliación prevista en nuestro digesto procesal, celebrada el 17.10.18, a la que solo concurrió la parte actora; no así las demandadas, estando debidamente notificadas a fojas 161/163 y 165.

INFORME ART. 101 CPL: El actuario informa a foja 299 sobre la producción de las pruebas presentadas por la parte actora y la parte demandada.

ALEGATOS Y AUTOS PARA SENTENCIA: Habiendo la parte actora presentado sus alegatos a fojas 304/306 y, al haber omitido las demandadas realizar los suyos -pese a encontrarse debidamente notificadas a

fojas 301 y 303-, quedaron los presentes autos en estado de ser resueltos.

RENUNCIA AL PODER Y APERSONAMIENTO: el Dr. Rodolfo José Terán el 09.03.2020 (foja 318) renuncia al poder conferido por la demandada, apersonándose el 11.02.2021 el Dr. Hugo Sosa López en carácter de apoderado de la demandada, al que se lo tiene por presentado en ese carácter mediante proveído de fecha 19.02.2021.

CONSIDERANDO:

I. HECHOS RECONOCIDOS POR LAS PARTES: Conforme los términos de la demanda y su responde, constituyen hechos admitidos por las partes -expresa o tácticamente- y, por ende, exentos de prueba: **a)** la existencia de la relación laboral entre las partes; **b)** La fecha de ingreso de la actora (26.01.09); **c)** la aplicación del CCT 130/75; **d)** que la actora cumplió sus tareas en Av. Ejército del Norte 757, de esta ciudad; **e)** que la actora trabajo 6 horas diarias y 36 horas semanales; **f)** que el salario se liquidó y se le abonó a la actora en forma proporcional al salario convencional del CCT 130/75 previsto para una jornada completa y general de 8 horas diarias y 48 horas semanales; **g)** las epistolares intercambiadas por la actora y la demandada; **h)** que la extinción de la relación laboral se produjo por despido directo; **i)** que la actora fue madre el 14.04.15.

II. CUESTIONES CONTROVERTIDAS O DE JUSTIFICACIÓN NECESARIA: En mérito a todo lo expresado precedentemente y encontrándose los presentes autos en condiciones de ser resueltos, entiende este sentenciante que corresponde determinar cómo puntos contradictorios a tratar aquellos hechos que requieren un previo análisis de la plataforma fáctica de autos y poder así llegar a dilucidar la verdad objetiva del caso, encuadrando los supuestos probados dentro de las normas aplicables al caso concreto.

En consecuencias, las cuestiones controvertidas y de justificación necesaria sobre las que debo pronunciarme, conforme el artículo 265, inciso 5, del CPCCT (supletorio) son: **1.** Tareas y categoría de trabajo de la actora (CCT 130/75); **2.** Jornada de trabajo: su encuadre jurídico y la remuneración respectiva; **3.** Despido: fecha y justificación; **4.** Responsabilidad solidaria -o no- de Telefónica Argentina Móviles SA; **5.** Procedencia de los rubros reclamados y, **6.** Intereses. Planilla. Costas. Honorarios.

III. PRIMERA CUESTIÓN. Tareas y categoría de trabajo de la actora (CCT 130/75).

Afirma la accionante que fue registrada como “Administrativa A” del CCT 130/75, pero que cumplió funciones de “Ventas B”, que prestaba servicios, en carácter permanente, para el sector MESA DE AYUDA AL VENDEDOR (MAVE), perteneciente a Movistar Argentina, dentro del establecimiento de ATENTO.

Específicamente, manifiesta la parte actora haber cumplido las siguientes funciones: 1) atención telefónica al agente oficial Movistar, a vendedores de productos Movistar y consumidores finales de productos Movistar. Afirma que tenía por objetivo la venta de productos y servicios de Movistar; 2) operatorias de venta y activación de líneas nuevas; cambios de equipo (ventas de teléfonos celulares), cambios de chip, alta de servicios de valor agregado; 3) Dentro del servicio de atención al vendedor: a. atención de primera línea a vendedores, agentes oficiales, casas centrales, b. back office Post venta, c. servicio de atención a clientes Tienda Movistar: cambios de quipo, cambios de plan, activación de paquetes de datos, entre otros. d. portabilidad numérica.

Indica la actora que los productos que comercializaba pertenecían a Movistar, describiendo el proceso de venta. Sostiene que la gestión era esencialmente de VENTAS (más allá de que también atendía clientes o agentes oficiales) y se concretaba con la venta finalizada, para lo cual el agente oficial se limitaba a hacer entrega del producto, quedando el resto de la operatoria en manos de los empleados del servicio MAVÉ.

La demandada, por el contrario, sostiene que la actora estuvo correctamente registrada como “Administrativa A” del CCT aplicable, rechazando las pretensiones de la actora en este sentido.

Continúa y agrega que la Sra. Gutiérrez prestó servicios como “Asesor de atención telefónica MOVISTAR”, y que sus tareas consistían -básicamente- en ingresar a los sistemas de MOVISTAR los datos de los clientes que cerraban operaciones con los agentes oficiales de ventas de MOVISTAR en los locales de esa firma, y para que el servicio que contrataban esos clientes quedaran definitivamente habilitados. Señala que la actora no vendía, ya que sus tareas eran complementarias -o de ayuda- a las tareas de venta que realizaban los agentes oficiales de venta de MOVISTAR; que la venta tenía lugar cuando el comprador acudía al local físico de MOVISTAR y seleccionaba el equipo celular y las condiciones de servicio, operación que se complementaba con el posterior ingreso de los datos que estaba a cargo del asesor telefónico, empleado de Atento. En el caso, indica, era la actora.

Además, manifiesta Atento que, tal y como lo dijo la actora, ella trabajaba en el sector MAVE: MESA DE AYUDA AL VENDEDOR.

Planteada de este modo la litis, corresponde proceder al análisis de las pruebas presentadas por las partes, recordando que por el principio o juicio de relevancia puede el sentenciante considerar sólo aquellas pruebas que tengan relevancia para la solución del litigio.

PRUEBAS DE LA ACTORA:

INSTRUMENTAL: Ofrece a foja 172 el escrito de demanda y la documentación acompañada con ella (ver escrito de ofrecimiento a foja 64 y decreto de foja 65).

CONFESIONAL: a foja 205 obra nota actuarial que da cuenta que no se celebró audiencia confesional. Al respecto, se destaca que la cédula de notificación no fue cursada al domicilio legal/real declarado por la empresa, al contestar demanda, como sido en calle Ing. Huergo 723 de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 93), y que figura en el poder (fs. 88), conforme exige Art. 17 inc.3 CPL; y pese a ello se procedió a la apertura del pliego de absolución de posiciones propuestas por la actora. Sin perjuicio de esa apertura, considero no corresponde evaluar esta prueba, por el defecto de notificación apuntado.

INFORMATIVA: A fojas 232/237 consta agregada respuesta del Secretario Gremial del SEOC, quien remitió copia fiel de escala salarial periodo marzo 2009 a noviembre de 2015 para empleados de comercio, categoría Vendedor B. Dicho informe no se encuentra impugnado por las partes.

A foja 242 consta agregada la respuesta al oficio dirigido a la Secretaria de Estado de Trabajo, no impugnado por las partes, quien informó que las actuaciones 988/181-G-2015 habían sido remitidas al Juzgado del Trabajo de la IV nominación, agregadas al expediente 1025/180-J-2017.

A foja 244 consta agregada la respuesta al oficio dirigido al Sanatorio 9 de Julio, no impugnado por las partes.

A foja 247 consta agregada respuesta al oficio dirigido al Correo Oficial, quien informó que las piezas postales adjuntas a fojas 249/254 presentan similitud con el/los terceros ejemplares que obran en sus archivos. Asimismo, informó la fecha de imposición y de entrega de aquellas. Esta prueba no fue impugnada por las partes.

EXHIBICION DE DOCUMENTACION: la parte actora solicitó que la demandada exhiba la documentación laboral que figura en su presentación a foja 264. Notificada la accionada a foja 269, consta en autos que no acompañó documentación alguna.

PRUEBAS DE LA DEMANDADA:

DOCUMENTAL: la parte demandada ofreció a foja 270 las constancias de autos.

PRUEBAS DE LA CO-DEMANDADA:

INSTRUMENTAL: TMA ofreció a foja 285 las constancias de autos.

RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTACIÓN: La parte actora acompañó a la causa las misivas intercambiadas entre ella y la demandada (misivas obrantes a fojas 21/30), prueba instrumental que fue reconocida expresamente por Atento.

Por su parte, Atento acompañó a la causa una CD OCA de fecha 11.11.2015 y recibos de sueldo a fojas 112/133, los que no fueron impugnados por la parte actora en el momento procesal oportuno. Asimismo, se advierte que, en la demanda, la parte actora hace mención y transcribe aquella epistolar.

En relación a la prueba documental (sobre todo recibos de haberes), adjuntado por la actora, y dada la falta de negativa expresa y categórica, los mismos se consideran reconocidos, al igual que el intercambio epistolar entre las partes. Así lo declaro.

En relación a esta cuestión, cabe destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia ha considerado que: *“El art. 88 del CPL dispone que “Las partes deberán reconocer o negar categóricamente los documentos que se les atribuyen y la recepción de las cartas, telegramas y facsímiles que les hubieran dirigido. El incumplimiento de esta norma determinará que se tenga por reconocidos o recibidos tales documentos”. En su responde, bajo el punto “III.i. Negativa Genérica”, la accionada sostuvo: “En forma genérica niego todos y cada uno de los hechos, derecho y documentación adjuntada por la actora que no sean objeto de un reconocimiento expreso en este responde” (cfr. fs. 334 vta.). Esta Corte tiene dicho que: “La frase 'niego la autenticidad de [los] papeles*

que acompañan la demanda' no pone en duda la documentación presentada por la actora puesto que [] la genérica declaración del demandado no cumple con el requisito de precisión exigido por el art. 88 del CPL" (CSJTuc.; "Posse Aída Elizabeth vs. Ru-Mar Turismo y Otro s/ Cobros"; sentencia N° 318 del 04-5-2000); y que "En su responde, el accionado niega, en forma genérica, 'toda validez probatoria y autenticidad a la documentación acompañada por el actor con su demanda'. Por imperio del artículo 299, inciso 2°, primer párrafo, 'in fine' del C.P.C. y C. -de aplicación supletoria al fuero laboral-, el silencio, las respuestas evasivas o ambiguas, o la negativa meramente general en el responde, podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de esos hechos y, respecto de los documentos, se tendrán por auténticos los mismos. Se subrayan los verbos, 'podrán' y 'tendrán', utilizados por la disposición legal, para destacar que en el caso de los hechos, es facultad del tribunal estimarlos como reconocidos, mientras que respecto a los documentos, el mandato legal es imperativo y si no se niega concreta y puntualmente, se los debe tener por auténticos" (CSJTuc., "Tula Domingo Venancio vs. Transporte Miglio S.A. s/ Cobro de Pesos", sentencia N° 219 del 31-3-1999). Se advierte entonces que, conforme al criterio sentado en los precedentes citados, la genérica declaración de la demandada "niego todos y cada uno de los hechos, derecho y documentación adjuntada por la actora" no cumple con el requisito de negativa categórica que impone el art. 88 del CPL.". (Sala Laboral y Contencioso Administrativo, sentencias 544 del 09/05/17 y 318 del 04/05/2000).

Es decir, la norma -respecto de la prueba instrumental "laboral" que se atribuye a la contraria- resulta categórica en cuanto al "deber de negar o impugnar la autenticidad en forma categórica" y, frente a la omisión de hacerlo, ya sea por no cumplir la carga al contestar o, por incontestar la demanda; o bien, para el caso de la actora en el marco de la audiencia del artículo 71, conforme el artículo 88, inc. 2 del CPL. En tales casos debe tenerse al instrumento, o a los documentos "por reconocidos", siempre que ellos sean instrumentos que se atribuyen a la contraria; o bien: por "recibidos" (los telegramas o cartas atribuidos a la contraria) por imperio de la ley. Ello, insisto, porque la propia ley procesal lo dice en forma clara, categórica y aseverativa ("determinará que se tenga por reconocido o recibidos tales documentos", art. 88, 1er. párrafo, del CPL).

En consecuencia, tengo por reconocidos por la parte actora los recibos de sueldo adjuntados por el demandado y viceversa, por no haber sido desconocidos por las partes, respectivamente en la oportunidad correspondiente. Así lo declaro.

EL PLEXO PROBATORIO. SU ANALISIS Y VALORACION.

Continuando con el análisis de esta primera cuestión (tareas y categoría de trabajo), y teniendo en cuenta el plexo probatorio enunciado en el apartado anterior, se ingresará al examen, ponderación y valoración de las pruebas, pero no sin antes recordar las líneas directrices trazadas por el Máximo Tribunal de la Nación, en el sentido que *por el principio los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas las cuestiones que proponen a su consideración, ni a tratar una por una todas las pruebas ofrecidas y producidas, sino tan solo deben analizar y ponderar las cuestiones y pruebas que consideren relevantes o conducentes para la decisión del caso.* En efecto, desde largo tiempo atrás la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), ha sostenido -ya en el año 1964- que: "Los jueces no están obligados a considerar todas las defensas y pruebas invocadas por las partes, sino sólo aquellas conducentes para la decisión del litigio" (CSJN, in re: "Benítez, Dermidio c/ Compañía Sansinena S.A."; "Damiani, César M. c/ Rapaport, Samuel"; "Fernández, González y Tacconi, S.R.L. c/ Madinco S.R.L."; Torulice o Tortolice, Francisco c/ Blass del Yesso, Domingo", entre otros, años 1964 publicada en Fallos: 258:304.). Este mismo criterio fue reiterado y ampliado en numerosos pronunciamientos posteriores (y aún está plenamente vigente), y deja muy en claro que "los jueces del caso no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, ni a tratar todas las cuestiones expuestas y examinar los argumentos que, en su parecer, no sean decisivos" (CSJN - in re: "Ogando, Adolfo -Suc.- c/ Barrenechea, María", 24/03/1977, Fallos: 297:222; "Traiber c/ Club Atlético River Plate" del 04/07/2003, Fallos: 326:2235, entre muchos otros).

Retomando el análisis de la primera cuestión, la controversia entre las partes versa sobre las funciones que desarrolló la actora y, en consecuencia, la categoría laboral bajo la cual debió estar registrada.

Si bien las partes coinciden en que la actora trabajó en la Mesa de Ayuda al Vendedor (MAVE), controvierten acerca de que la Sra. Gutierrez hubiese cumplido tareas de ventas de productos y servicios y, en consecuencia, esta última se queja de la categoría bajo la cual estuvo registrada -Administrativo A del CCT 130/75-, afirmando que le correspondía haber estado registrada como Vendedora B del CCT 130/75.

Por el principio tradicional de la carga de la prueba (quien alega un hecho, debe probarlo), la accionante es quien debió acreditar que efectivamente prestó tareas de vendedora (ya las administrativas no se encuentran controvertidas), por haber sido esto último negado por la demandada en los términos expuestos ut supra, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 302 del CPCCT -supletorio-. Ello, a fin de convencer a este

sentenciante en tal sentido.

Al respecto, nuestra Corte Local ha expresado que: “El art. 302 del CPCyC es claro en cuanto a que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido y que cada parte debe probar el presupuesto de hecho de la norma que invoca como fundamento de su pretensión. Dado que en autos la existencia de la relación laboral afirmada por el actor y negada por el demandado, era un hecho controvertido, la carga de su prueba recaía sobre aquel” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, in re: “Toscano Carlos Alberto vs. Mario Cervice e Hijos SACIAFI S/ Cobro de Pesos”, Sentencia 1183 del 15/08/2017).

También, es importante tener en cuenta que la carga de la prueba actúa como un imperativo establecido en el propio interés de los litigantes. Es por cierto una distribución, no del poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino una distribución del riesgo de no hacerlo. No supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo de cada litigante que se verá beneficiado o perjudicado, en la medida que cumpla, o no, con la carga procesal respectiva.

Como toda carga procesal, esa actividad es la encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los “hechos controvertidos” y supone un imperativo del propio interés de cada litigante, dado que el juez realiza, a expensas de los elementos probatorios aportados a la causa, la reconstrucción de los hechos invocados, descartando aquéllos que no hayan sido objeto de demostración en la medida necesaria.

Ahora bien, aclarados tales conceptos, e ingresando en el análisis de las constancias de autos, advierte este sentenciante que **no existe prueba producida por la actora tendiente a demostrar que cumplió funciones de venta para la demandada Atento.**

Se ha considerado -con criterio que comparto- que: “En el caso, conforme a lo dispuesto en el art. 302 del CPCyC supletorio y dado que el actor afirmó haberse desempeñado como vendedor mientras que el demandado sostuvo que aquel trabajó - en una -, función prevista en el art. 11 del CCT - 379/04 - como una tarea administrativa (art. 11), resulta claro que era carga del actor probar lo que la Cámara finalmente tuvo por no acreditado, esto es, que hubiera trabajado como vendedor. Es que si el actor basó su pretensión indemnizatoria en su desempeño bajo cierta categoría laboral que fue negada por la demandada, es incontestable que pesaba sobre aquel la carga de la prueba de tal categoría.- DRES.: GANDUR - GOANE (CON SU VOTO) - SBDAR”(Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, sentencia 781 del 14.06.17 dictada en la causa “Moya Pablo Antonio vs. Piazza S.A. s/cobro de pesos”).

Además, tengo en cuenta que la actora recibió sus recibos de haberes (incluso los acompañó), sin objetar los datos consignados en ellos desde el inicio, y aun cuando su silencio no puede interpretarse como renuncia a sus derechos, lo cierto es que la seguridad jurídica debe primar cuando -como en el presente caso- transcurrió un tiempo razonable y más que suficiente (desde el inicio de la relación) como para interpretar que su situación registral estaba consentida.

En este sentido, la jurisprudencia que comparto, tiene dicho que: “La carga demostrativa referida a la fecha de ingreso al servicio, pesa en cabeza del reclamante y no puede considerársela satisfecha si los recibos de haberes coinciden con lo afirmado en el responde, máxime cuando **el accionante toleró pacíficamente a lo largo de toda la relación, la atribución de una fecha de acceso al servicio, de la que únicamente renegó en oportunidad de la extinción vincular**” (Cám. Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, 30/06/1993. Zacarías Miguel A. c/ Frigorífico Morrone S.A. DI 1994-A, 961).

En tal sentido, siguiendo esa línea directriz, considero que no se puede desconocer que la **conducta asumida por la parte actora a lo largo de la relación (sin impugnar la categorización), en cuanto genera una razonable expectativa en la contraria, en el marco de la buena fe;** y aun cuando no pueda ser determinante para resolver este tipo de cuestiones (porque no se presume la renuncia de derechos), no es menos cierto que el **mantenimiento de una conducta pacífica e invariable, durante un largo periodo de tiempo, sin observar, ni impugnar cuestiones fácticas o registrales (propias de la relación concreta, en el caso, la categoría) no puede ser totalmente ignorada,** y mucho menos cuando, justo antes de lo que sería el comienzo de las conductas que derivaron en la ruptura del contrato, con el intercambio epistolar- **se modifica totalmente ese obrar pacífico e uniforme,** al punto tal de llegar a **desconocer y contradecir (sin esbozar argumentos, ni producir pruebas, convincentes) los sus actos propios anteriores.**

Por otra parte, considero que los apercibimientos previstos en los arts. 61 y 91 del CPL y 55 LCT, que surgiría de la “falta de exhibición de documentación” (prueba ofrecida por la actora a fs.264/269), no puede prosperar - al menos respecto de este tema- porque la demandada si bien no exhibe el libro del Art. 52 de la LCT, cabe señalar que no nos encontramos ante una relación laboral no registrada; y por tanto, los datos de los libros del Art. 52 LCT son coincidentes con los recibos (reconocidos por ambas partes); por tanto, los datos contenidos en esa documentación (libro art. 52 LCT) claramente son los mismos que se consignan en los recibos de

haber, y en el caso, no permiten probar lo invocado por la actora.

Además, tratándose aquella presunción (del Art. 55 LCT reclamada por la actora) de una presunción iuris tantum, para desvirtuarla, la demandada puede producir prueba en contrario, respecto de las afirmaciones del trabajador (acerca de las funciones que afirma haber tenido). Así, volviendo sobre los recibos de haber obrantes a foja 44/58 y 112/113 consta que la trabajadora estaba registrada como “Administrativo A”. De este modo, la presunción aludida cede ante la prueba positiva en contrario producida por la accionada, prueba documental (reconocida y ofrecida por ambas partes) que da cuenta que la actora estaba registrada en la categoría de Administrativa A; categoría esta que resulta diferente a la que ella afirma debió tener, pero no acreditó en forma fehaciente. Así lo declaro.

En consecuencia, reitero, no existe prueba positiva, concreta y contundente en relación a que la actora realizó tareas de vendedora, cuando era esta última quien debía demostrarlo (art. 302 CPCCT), ante la negativa de la demandada. Por ello, considero que la Sra. Gutiérrez cumplió funciones de **“Administrativa A” del CCT 130/75**, como reflejan los recibos de haber adjuntados a la causa, y que, estuvo, en consecuencia, correctamente registrada en aquella categoría de trabajo. Así lo declaro.

IV. SEGUNDA CUESTION: Jornada de trabajo: su encuadre jurídico y, la remuneración respectiva.

IV. 1. Conforme surge de la forma en que quedó trabada la litis, las partes en litigio coinciden en que la actora trabajó 6 horas diarias, 36 horas semanales y, que resulta de aplicación al caso el artículo 8 de la Resolución 782/10 dictada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social -que homologó un acuerdo celebrado entre las partes signatarias del CCT 130/75- que dispuso: *“Ratificando las condiciones especiales en las cuales desarrollan su actividad los trabajadores que se desempeñan en las empresas de servicios de call center para terceros y conforme las previsiones del art. 198 LCT las partes convienen que dichas empresas podrán contratar personal para prestar estas tareas en un régimen de jornada laboral de hasta seis días por semana, laborables de 6 horas diarias corridas y hasta un tope de 36 horas semanales. Consecuentemente, la hora que exceda del presente régimen de jornada deberá ser considerada hora extra y abonarse con el recargo de ley. El salario, en tales casos, se liquidará conforme al régimen de jornada acordada.”*.

IV.2. Ahora bien, la demandante considera que esa jornada en la que ella trabajó -no discutida por la demandada- constituye la jornada habitual y máxima para la actividad que se desarrolla en los “calls center”. Que, por ello, debe considerarse que laboró una jornada completa y, consiguientemente, debió abonársele su salario acorde a ello.

IV. 3. La demandada indica que la interpretación que realiza la actora del artículo 8 de la resolución mencionada no es la correcta. Afirma que a aquella no le correspondía cobrar un salario igual al que le correspondería cobrar a un trabajador del CCT 130/75 que cumpla con la jornada máxima de 8 horas diarias y 48 horas semanales.

Atento no considera aplicable al caso las disposiciones del artículo 92 ter de la LCT, aunque si las del 198 de la misma ley, por cuanto sostiene que este último regula el contrato con jornada reducida, y no los contratos a tiempo parcial, como lo hace el 92 ter de la LCT.

Concordante con su postura, la demandada liquidó el sueldo de la actora en forma proporcional al salario convencional previsto para una jornada completa y general de 8 horas diarias y 48 horas semanales, conforme CCT 130/75, afirmando que no existe ilicitud ni irregularidad alguna.

IV.4. Entonces, la controversia entre las partes versa sobre la calificación jurídica de la jornada de trabajo que cumplió la Sra. Gutiérrez, para lo cual se torna necesario analizar el sistema diseñado por la Ley de Contrato de Trabajo.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia en las causas “Concha Alejandro Miguel vs. Walmart S.R.L. s/Cobro de pesos” -sentencia nro. 1297 de fecha 05/09/2017, “Jiménez Vanesa Patricia vs. Centros de Contactos Salta S.A. s/ Cobro de Pesos” -sentencia nro. 110 de fecha 20/02/2018- y, en la más recientemente causa: “Casado María Sofía c/Citytech S.A. y Telecom Personal S.A. s/Cobro de Pesos” -sentencia nro. 1615 de fecha 13/09/2019- se expidió sobre el tema en debate, en su relación con el alcance de lo normado en los artículos 92 ter y 198 de la LCT, descartando la existencia de un supuesto de concurrencia conflictiva.

Señaló la Corte que el artículo 92 ter de la LCT configura una disposición definitoria de una modalidad contractual: *el contrato a tiempo parcial, cuya característica principal es la reducción de la jornada “habitual de la actividad” diaria o semanal inferior a las 2/3 partes*. Mientras que, el art. 198 LCT, en cambio, no es una norma definitoria entendida como una disposición que estipula una modalidad contractual como “contrato de

trabajo de jornada reducida”. Tampoco éste define a la “jornada reducida”, sino que luce como una norma de competencia, es decir: *una regla que identifica qué autoridades jurídicas se encuentran facultadas para producir, en condiciones de validez, contratos de trabajo en los que el elemento estructural “jornada” se pacte por debajo de la jornada legal.*

Destacó que cuando se realiza una reducción de los máximos legales mediante alguna de las fuentes autorizadas por el art. 198 de la LCT, con virtualidad para repercutir de modo general en las relaciones laborales de los trabajadores de determinado sector o actividad, no se está haciendo más que fijar un nuevo tope máximo para la jornada de ese sector o actividad en particular, definiendo una jornada habitual específica.

En lo que concierne a la cuestión debatida en la litis, Nuestro Superior Tribunal Provincial, en forma esclarecedora, expuso que el art. 198 de la LCT autoriza una reducción de la jornada máxima legal según lo prevean las normas reglamentarias nacionales, la voluntad de las partes en un contrato individual o las convenciones colectivas de trabajo, la que puede, a su vez, disponerse en más o en menos de 1/3 de la jornada habitual de la actividad, siendo que si resulta inferior a los 2/3 queda comprendida en la modalidad de contratación a tiempo parcial y el salario puede ser reducido en proporción; caso contrario, se verifica un supuesto de jornada reducida sin posibilidad de modificar la remuneración.

En otras palabras, de acuerdo a la Ley de Contrato de Trabajo existen dos tipos de contratos -y dos subespecies dentro de uno de ellos- a los efectos remuneratorios, tomando como elemento distintivo la intensidad o duración de la jornada de trabajo, a saber: **a)** contrato a jornada completa, definido implícitamente como aquél en el que la jornada laborada por el dependiente coincide con la **habitual** de la actividad, y **b)** Contrato a jornada reducida. Esta última especie está integrada, a su vez, por: **b.1)** Contrato a tiempo parcial: se define explícitamente como aquél que tiene prevista una jornada inferior a las 2/3 de la jornada habitual de la actividad, y **b.2)** Contrato a jornada reducida que iguala o excede la mencionada fracción.

En relación a este tema se pronunció -además de los fallos del Máximo Tribunal antes mencionados- la Excma. Cámara Laboral, Sala V, en los autos caratulados: “*Díaz Mauricio Gabriel vs. Atento Argentina S.A s/Cobro de Pesos*” (sentencia de fecha 30/07/18). En dicho pronunciamiento, en el voto de la Dra. Bisdorff se señaló que *la jornada habitual para los trabajadores de las compañías de call center es de 6 horas diarias y 36 horas semanales y en función de este parámetro debe juzgarse si en el caso concreto se supera el tope de las 2/3 partes previsto en el art. 92 ter de la LCT.* Explicó que para estos casos las 2/3 partes de la jornada habitual equivale a 24 horas semanales, por lo que para entender que un trabajador de call center cumple una jornada a tiempo parcial (art. 92 ter de la LCT) *tendría que trabajar por debajo de las 24 horas semanales.*

En nuestro caso corresponde tener presente que la Resolución N°782/10 del Ministerio de Trabajo de la Nación homologó un acuerdo celebrado entre las partes signatarias del CCT 130/75, en el que se dispone que: “*Ratificando las condiciones especiales en las cuales desarrollan su actividad los trabajadores que se desempeñen en las empresas de servicios de call center para terceros y conforme las previsiones del art. 198 LCT, las partes convienen que dichas empresas podrán contratar personal para prestar estas tareas en un régimen de jornada laboral de hasta seis días por semana, laborables de 6 horas diarias corridas y hasta un tope de 36 horas semanales*”

Lo señalado evidencia que mediante una de las fuentes autorizadas por el art. 198 de la LCT *se redujo el máximo legal para la actividad de call center, de 8 horas diarias o 48 semanales a 6 horas diarias o 36 horas semanales*, siendo este último tope *la jornada habitual y propia de la actividad.* Es decir, se puede concluir que en la actividad propia que nos ocupa (operador de centros de contacto), *la jornada de 6 horas diarias y 36 semanales es, ni más ni menos, que la jornada habitual y máxima legal para todos los trabajadores “operadores” de empresas de call center.*

Sobre esta base, el trabajador que cumple esa carga horaria -o una que supera o iguala las 2/3 partes de la misma- se halla vinculado por *un contrato a tiempo completo* y -como tal- tiene derecho a percibir *el total de la remuneración prevista en la escala salarial aplicable para la categoría profesional que revista.* En el presente caso, el total de haberes previstos para una jornada completa de la categoría de “Administrativo A” del Convenio Colectivo 130/75.

En tal sentido se ha dicho que *no luce razonable, justo ni equitativo tomar el salario correspondiente a un convenio colectivo que comprende numerosísimas actividades, como es el 130/75, y luego aplicarle la proporcionalidad con relación a la jornada que pretende calificar como reducida cuando a la vez admite que esa jornada es la normal y habitual de la actividad call center* (CNAT, 2011, “*Rumán Edgardo Abel c/Teletech Argentina SA s/Despido*”. Expte. 50624/10.)

También se ha considerado que: “*Si la jornada laboral de los que cumplen tareas de “call center” es de 36 horas, la remuneración no podrá ser otra que la correspondiente a la categoría profesional prevista por la CCT 130/75. Otra solución implicaría una quita proporcional a quienes cumplen esa labor para justificar el*

pago de una jornada reducida como si se tratara de una jornada a tiempo parcial cuando, en el caso, fue admitido por la propia empleadora al contestar agravios, que se trata de la jornada habitual y completa, en tanto que la actora trabajaba 33 horas de las 36 semanales previstas conforme a la Resolución Ministerial 782/10” (CNAT sala X, sentencia de fecha 14/08/2014 in re Ferrán Amarilla, Romina Guadalupe vs. ClientingGroup S.A. y otro s/ Despido).

IV.5. Como se dijo, en este caso se encuentra fuera de discusión que la actora cumplió sus tareas durante 6 horas diarias y 36 horas semanales. Dicha carga horaria supera la proporción de 24 hs. semanales antes referida, conforme los parámetros que emanan del art. 92 ter de la LCT.

Aquí considero oportuno señalar la *Doctrina Legal* sentada por Nuestro Máximo Tribunal Provincial en diferentes causas (algunas ya mencionadas). Así, en “Concha vs. Walmart SRL” -sentencia del 05/09/17- se estableció que: “*en virtud de la interpretación armónica de los arts. 92 ter y 198 de la LCT, el dependiente vinculado por un contrato de trabajo con una jornada pactada y laborada igual o superior a las 2/3 partes de la habitual, tiene derecho a la misma remuneración que le corresponde al operario de jornada completa*”. Con el mismo alcance, en la causa “Jiménez vs. Centro de Contacto Salta SA” -sentencia del 20.02.18- se determinó que: “*conforme el artículo 92 ter de la Ley de Contrato de Trabajo, el dependiente que labora la totalidad de la jornada habitual de la actividad en la que se desempeña, sea que esta coincida o no con los topes máximos sobre jornada de trabajo fijados por la normativa general, o mediante alguna de las fuentes jurígenas autorizados por el artículo 198 del mencionado digesto para un sector particular, tiene derecho a cobrar la remuneración íntegra prevista en la escala salarial vigente para la categoría profesional que reviste*”, doctrina replicada por la Corte en la causa “Juárez vs. Atusa SA s/cobro de pesos, sentencia del 16.10.18 y, reiterada, en la causa “Casado vs Citytech SA” -sentencia del 13.09.19-.

En ese orden de ideas, cabe destacar también que La Corte en la mencionada causa “Jiménez vs Atusa” consideró que: “*Resulta obvioque si se está frente a un contrato a jornada completa teniendo en miras, claro está, la habitualidad de la actividad), el dependiente tiene derecho a la remuneración plena establecida para su categoría laboral, aunque aquella jornada no coincida con los topes máximos (generales o reducidos por alguna de las fuentes previstas en el art. 198/ LCT)*”.

Teniendo presente lo expuesto hasta aquí y, la Doctrina Legal de nuestro Superior Tribunal de Justicia, cabe concluir que la accionante no era una trabajadora con contrato *de jornada reducida* como lo sostuvo la parte demandada, sino que revestía la condición de *trabajadora vinculada a un contrato a jornada completa* por haber cumplido un jornada de trabajo de 36 horas semanales, lo que implica que su tiempo de prestación de servicios era superior a las dos terceras (2/3) partes de la jornada normal y habitual de la actividad -de 36 horas semanales-, correspondiendo, por lo tanto, que se le hubiese abonado *íntegramente* el importe correspondiente a una “jornada completa” correspondiente a la categoría laboral bajo la cual estuvo registrada -del CCT 130/75-. Así lo declaro.

IV.6. En relación a la remuneración, la demandada sostuvo al respecto que las partes se encontraban vinculadas por un contrato de jornada reducida (art. 198 de la LCT) y, en función de ello, las remuneraciones se fueron liquidadas en *forma proporcional y sobre la base de la categoría de Administrativo A del CCT 130/75*.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la accionante se desempeñó en *una jornada de trabajo a tiempo completo, en forma normal y habitual*, aquella tenía derecho a percibir la *remuneración íntegra*, entendiendo por tal la prevista por todo concepto para el trabajador que cumple *la jornada completa*, ya que al carecer de una regulación especial y propia de la actividad (por existir una ausencia de normal legal o convencional propia y específica para los calls center), corresponde acudir a la regulación que emana del Convenio Colectivo 130/75 aplicable a “*todos los empleados de comercio*” durante la vigencia de la relación debatida -y a la fecha del pronunciamiento-, y siempre tendiendo presente la categoría laboral bajo la cual estuvo registrada la accionante: Administrativa A del CCT 130/75. Así lo declaro.

Con respecto a lo decidido en el párrafo anterior, es importante ampliar y puntualizar que a la conclusión que se arriba se llega en razón que, a la fecha del pronunciamiento, insisto, no existe vigente -y aplicable a los períodos objeto de controversia- *una norma legal o convencional que establezca o regule las “condiciones laborales” especiales de la actividad (operadores de call center) y su contraprestación económica*. Es decir, no existe normativa que regule en forma puntual las condiciones especiales y propias de la actividad de los operadores de calls center, con relación a la “jornada de trabajo” propia y específica de dicha actividad (y acorde a las características especiales de la misma) y, al mismo tiempo, establezca su respectiva *contraprestación económica* (escala salarial por dicha jornada especial, legal, habitual y propia de dicha actividad).

Por lo tanto, y dada la falta de regulación legal o convencional, no queda otra alternativa que recurrir a las regulaciones generales de la materia, quedando incluidos los trabajadores de los centros de contacto dentro de la *regulación general* de todos los “*empleados de comercio*”, por cuanto forman para de dicha actividad en

términos generales.

En virtud de lo anterior, a los empleados de calls center les resultan aplicable las previsiones del CCT 130/75, pero sin que esto implique desconocer, reitero, las características propias y especiales de la relación laboral objeto de análisis, las que ameritan una regulación legal o convencional propia y específica para la actividad, dadas las características propias y singulares de la misma, fundamentalmente, en lo que hace a los “operadores” de los “centros de contactos” o “call center”. Sin embargo, hasta que ello no suceda, por no existir una norma legal o convencional propia y específica para la actividad, no queda otra posibilidad que la de acudir a la norma general que rige para todos los trabajadores del rubro “empleados de comercio”, que no es otra que el CCT 130/75.

IV.7. Formulada la aclaración precedente, en relación al reclamo que realiza la Sra. Gutiérrez, relativo a las **6.- diferencias salariales por incumplimiento del art. 92 ter LCT (nov-13 a nov-15)**, debo continuar diciendo que, **en lo referido a las sumas abonadas y efectivamente cobradas por tales conceptos**, debe tenerse como percibidos -en primer lugar- todos los importes que **surgen de los recibos acompañados por la actora**; y agrego, que **en todos los meses en que no se encuentra el recibo presentado, corresponde estar a los dichos vertidos por la actora, y volcados en la planilla de la demanda (foja 10 vuelta)**. Esto último, por cuanto -en ese punto de la controversia- si resulta relevante **la falta de exhibición de los libros del Art. 52 LCT y recibos** (cuya exhibición reclamó la actora en prueba de fs. 264/269), y no fueron presentado por la demandada. Y ello debe ser así, por la sencilla razón que **en dichos recibos y libros, deberían estar consignados los importes percibidos por la actora, y ante la falta de exhibición** (pese a la intimación de fs. 269), **sí corresponde estar a los dichos de la actora**, volcados en la demanda y planilla. Así lo declaro.

Asimismo, fue declarado con anterioridad que la actora estuvo deficientemente registrada en relación a la **jornada de trabajo** que cumplía a favor de Atento, lo que genera a su favor las diferencias salariales (que reclama) entre lo percibido y lo que debió percibir según CCT 130/75 para la categoría registrada (Administrativo A). Así lo declaro.

IV.8. Teniendo en cuenta lo ya declarado acerca de a) la categoría laboral de trabajo de la actora, b) la jornada que cumplió, c) la remuneración que debió percibir (la de jornada completa conforme a su categoría), d) los montos que se deben considerar como efectivamente percibidos y e) las escalas salariales para el personal comprendido en el CCT 130/75 vigentes en el período indicado en la demanda, de la confrontación de los importes allí establecidos con las sumas **que surgen de los recibos, y ante la ausencia, las denunciadas como percibidas por la actora**, se constata *la existencia de diferencias salariales*, cuyos importes se calcularán y detallaran más adelante en la planilla respectiva, a la que me remito en honor a la brevedad.

IV.9. En virtud de lo anterior, resulta admisible el reclamo de la actora por esos conceptos (diferencias salariales de noviembre de 2013 a noviembre de 2015, inclusive), de acuerdo a los importes que se calcularan en la planilla que forma parte del presente pronunciamiento. Todo ello, en un todo de conformidad con lo normado por los artículos 12, 260 y concordantes de la LCT. Así lo declaro.

V. TERCERA CUESTION. El despido: fecha y justificación.

V.1. De modo preliminar, cabe destacar que, como se dijo antes, las epistolares adjuntadas por la actora con la demanda han sido reconocidas por la parte demandada.

V.2. Además, cabe destacar que las partes litigantes coincidieron en que la extinción de la relación laboral se produjo por despido directo remitido mediante carta del 11.11.15, OCA adjunta a foja 111.

V.3 Ahora bien, en relación a la fecha en que se produjo el distracto laboral (fecha de recepción), existen dos elementos que me conducen a tener por extinguido el vínculo el 18.11.15, a saber: (i) por un lado, la afirmación de la actora realizada en su demanda (foja 09) acerca de que recibió la misiva rupturista el 18.11.15. Esta afirmación no fue negada en forma categórica por la demandada. (ii) Además, esta fecha o postura, resulta plenamente coincidente con lo expuesto por la propia demandada, en su CD OCA de fecha 19.11.15 a foja 21 (que responde a la actora, y expresa que el despido fue recibido el 18/11/15). En consecuencia, considero que existe coincidencia de partes, en sus respectivos dichos (tanto en lo expuesto en la demanda, como el que surgen de documentación emanada de la demandada que se ha tenido por auténtica), sobre que la carta OCA que extingue laboral fue recibida el **18.11.15**; y por tanto, conforme **la teoría recepticia** que rige la materia, considero que efectivamente la extinción del vínculo laboral se produjo en la fecha antes indicada (18/11/15). Así lo declaro.

V.4. Previo a ingresar al análisis de la causa del despido y los antecedentes disciplinarios que invocó la demandada como influyentes de su decisión rupturista, **es menester destacar en este punto que, como se dijo, no es cuestión controvertida por las partes que la actora fue madre el día 14.04.15 y que el bebé murió con**

posterioridad al parto, pues así lo reconoció expresamente el accionado (ver 72 vta., punto 9, y foja 85 vuelta). Es decir, el demandado conocía que la actora fue madre en aquella fecha.

También es importante señalar que **la propia demandada reconoció en su conteste de demanda que la actora gozaba de la protección del artículo 178/182 de la LCT**, pues afirmó a foja 85 vuelta que: “nadie despide a una empleada que **goza de la protección de las normas antes citadas cuando solo faltaban días para el vencimiento del plazo de protección de 7 meses y medio que establece el art. 178 LCT** (recuérdese y téngase presente que la actora fue madre el 14 de Abril de 2015 y fue despedida el 11 de Noviembre de 2015)”.

V.5. De lo anterior, surge que a la actora se la despidió a los 7 meses y cuatro días de haber dado a luz un hijo (de haber sido madre); es decir, dentro del plazo de protección de la maternidad, con lo cual se torna operativa la presunción iuris tantum dispuesta en el art. 187 de la LCT, debiendo la empleadora que despidió “con causa” demostrar que ella no tuvo relación alguna con la maternidad.

Es que, a fin de garantizar el empleo de la mujer trabajadora durante los períodos de gestación y posterior al parto, la legislación laboral ha establecido para concretizar tal derecho, un sistema de presunción legal y un régimen indemnizatorio especial, para cuando el supuesto se configure. En tal sentido el artículo 178 de la LCT (según texto de la Ley N°21.297) establece en primer término, la presunción legal que el despido de la trabajadora embarazada, ocurrido en el tiempo previsto normativamente, **lo ha sido por dicha causa. Tal es una presunción iuris tantum**. Es decir, pone en cabeza del empleador la carga probatoria de acreditar válidamente, que el despido no ha obedecido a razones de maternidad o embarazo de la dependiente, sino a otros motivos, desbaratando así, mediante prueba en contrario, la presunción legal.

V.6. Destacado lo expuesto en los anteriores puntos V. 4 y 5, procederemos a analizar la causa del despido directo invocada por la empleadora, a fin de analizar si aquel tuvo justa causa y si tuvo -o no- relación con el hecho de la maternidad de la actora.

V.7. En primer lugar, procederé a transcribir el contenido de la CD rupturista de fecha 11.11.15 (foja 111), mediante la cual la empleadora comunicó el despido a la Sra. Gutiérrez: “**Le informamos a usted que mediante auditoria interna realizada el día 27/10/2015 respecto de su desempeño hemos detectado que usted ha incurrido en un grave incumplimiento de los deberes contractuales a su cargo, que a continuación paso a detallar. En fecha 14/01/2015 fue suspendida por 2 días ante sus ausencias injustificadas de los días 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 27, 29, 30,31 de Diciembre de 2014 y 02 y 03 de Enero de 2015. En fecha 07/05/2015 fue suspendida por tres días, ante su ausencia injustificada del día 27/04/2015. En fecha 25/08/2015 fue suspendida por seis días por ausencia injustificadas de los días 29 y 30 de Mayo, 01,02,03,04,05,06,08,09,10 de Junio y 20 y 21 de Julio. Asimismo, y con posterioridad a su última sanción, nuevamente usted se ausenta en forma injustificada desde el día 26 de Agosto hasta el 19 de Septiembre. Todo esto pone en relevancia su falta de interés en el mantenimiento el vínculo laboral que nos une, configurando así un grave incumplimiento de los deberes contractuales a su cargo, en especial el deber de diligencia y colaboración Art. 84 LCT y que resultan contraria a los principios de buena fe y colaboración previstos por los Arts. 62, 63, LCT que sustentan el vínculo laboral y que tornan imposible la continuación del mismo. Queda usted debidamente despedido con justa causa atento al grave incumplimiento de los deberes contractuales a su cargo**” (lo resaltado me pertenece).

De la lectura y análisis de la carta documento remitida por la demandada a fin de comunicar el despido a la actora, luce acreditado el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 243 de la LCT, respecto de la forma de comunicación de la decisión de extinguir la relación laboral en términos claros y precisos, en cuanto se identifica con claridad la justa causa invocada.

Nuestro más Alto Tribunal de Justicia local ha dicho que: “...el art. 243 de la LCT determina como requisito que el despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deben comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Finalmente, la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas no podrá ser modificada ante la demanda que promoviére la parte interesada. Los dos primeros requisitos señalados, conciernen a la calificación del acto y sus consecuencias; su inobservancia por parte del empleador transforma al despido en incausado, con las consiguientes responsabilidades indemnizatorias. El tercer requisito -la invariabilidad de la causa del despido- refiere al conocimiento de ésta por parte del sujeto afectado en procura de preservar el principio de buena fe y proteger la integridad del derecho de defensa de la parte denunciada, a fin que no sea sorprendida en el acto de traba de la litis, con la invocación de motivos distintos a los consignados en la comunicación documentada del distracto. Sobre el particular, se ha dicho que constituye una carga del empleador especificar con claridad, al comunicar el despido, la justa causa en que se funda, ya que de no ser así no tendrá luego la posibilidad de alegación o complementación en el juicio” (CSJT, Roldan Adriana Dolores vs. Instituto San Pedro S.E 1019 s/ Cobro de Pesos, 13.11.2006).

Ahora bien, tratándose de un despido directo por una injuria grave, la gravedad de la misma que se invoca en sustento del despido es objetiva, es decir, independiente de la apreciación subjetiva de las partes y su valoración es privativa del juez, la que debe ser analizada desde un punto de vista cualitativo o cuantitativo, relacionado ello con la proporcionalidad de la sanción respecto a la falta cometida, la contemporaneidad y razonabilidad en el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 242 LCT), en vista que el despido resulta para el trabajador la máxima y más grave sanción disciplinaria, ya que significa la ruptura de la relación laboral y la expulsión del trabajador del seno de la empresa.

Al respecto, el artículo 242 de la LCT, aplicable al tema *decidendum*, conceptualiza la justa causa de resolución del contrato de trabajo: “...*La justa causa o injuria es un motivo legal de denuncia consistente en el incumplimiento grave de deberes contractuales propios de la relación de trabajo (deberes de prestación o de conducta). Es un ilícito (grave) contractual. Es todo acto u omisión contrario a derecho que importe una inobservancia de deberes de prestación o de conducta, imputable a una de las partes, que lesione el vínculo contractual... El párrafo último del artículo otorga a los jueces la facultad de apreciar la existencia de la injuria. Ahora bien, en la apreciación de la injuria, el juez no podrá aplicar un criterio completamente personal, sino que su libre arbitrio se halla restringido por los criterios y convicciones generalmente aceptados en el ambiente. No cualquier incumplimiento contractual configura una injuria en el sentido del artículo. Debe tratarse de una inobservancia que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación*” (Etala Carlos Alberto, Contrato de Trabajo, p. 645/648”).

De otro modo, se ha definido la injuria como un acto u omisión contrario a derecho que importe una inobservancia de deberes de prestación o de conducta, imputable a una de las partes, que lesione el vínculo laboral. Asimismo, se ha considerado que tres son los presupuestos de hecho que deben concurrir para considerar que se ha producido injuria laboral: un comportamiento antijurídico, manifestado como incumplimiento de una obligación expresa o implícitamente impuesta por la naturaleza del vínculo laboral a la parte a la que se dirija el reproche; la imputabilidad de tal inobservancia a la parte que se considere inculpada; la afectación de la relación de trabajo. (conforme Ackerman, Mario E. "Sobre la denominada valoración judicial de la "gravedad" de la injuria". Procedimiento Laboral III. Rubinzal- Culzoni Editores, Año 2008 / N°1 / Pag. 87/96. Según la jurisprudencia, la injuria que es específica del derecho del trabajo, para erigirse en justa causa de despido, debe consistir en un incumplimiento de tal magnitud, que pueda desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el Art. 10 de la L.C.T., teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad (en tal sentido: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, 31/3/2010 “Frías, Cintia Vanina vs. Chang Ki Paik y otro”, DT 2010 (junio), 1493).

Dicho esto, cabe destacar que, ***quien decide la ruptura del vínculo laboral, en el caso: la demandada, tiene la carga de probar la justa causa del distracto*** (agregando en este caso, *que debe acreditar que la causa del despido no tuvo vinculación con la maternidad*). Es decir, la existencia de la conducta injuriosa invocada como justificación de dicho acto rescisorio, debiendo el juez valorar dicha causal a la luz de las reglas de la sana crítica, tomando en consideración el carácter de las relaciones laborales, sus modalidades y circunstancias personales del caso. *Esto significa que debe probarse la existencia de un obrar contrario a derecho o un incumplimiento con magnitud injuriosa suficiente como para desplazar el principio de conservación del contrato de trabajo (art. 10 de la LCT).*

En este sentido, la sala II, de la Cámara del Trabajo, se ha expedido al decir que: “*Constituye facultad de los jueces la evaluación de la procedencia de las causas de despido invocadas en virtud de las disposiciones contenidas en el art. 242 LCT, debiendo tenerse en cuenta en cada caso el carácter de las relaciones de trabajo, modalidades y circunstancias personales de caso debiendo resolverse en caso de duda por la continuidad o subsistencias del contrato de trabajo (art. 10 LCT). Teniéndose en cuenta que no cualquier incumplimiento contractual configura injuria en el sentido de la norma mencionada, a los fines de justificar el despido, aquel debe tratarse de una inobservancia que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación laboral*” (sentencia 12 del 14/02/17 dictada en la causa “Lucena Silvina Alejandra vs. Citytech SA s/cobro de pesos”).

V.8. Aclarados tales conceptos, e ingresando en el análisis de las constancias de autos y de las pruebas aportadas por las partes, es importante puntualizar que el núcleo central del debate *está en examinar si la conducta de la parte demandada que finalizó remitiendo a la actora el día 11.11.15 una carta de despido directo luce justificada y no tuvo que ver con el hecho de la maternidad (recuérdese que la actora fue madre el 14.04.15 y que gozaba de la protección de la maternidad, cuestiones estas expresamente reconocidas por la patronal).*

Es decir, se debe juzgar si aquel accionar que culminó con el despido directo de la actora resulta ajustado a derecho y comprobado; o bien, por el contrario, si dicha conducta y decisión de la patronal debe ser considerada no probada e injustificada; es decir, como un despido “sin justa causa”; manteniéndose la

presunción relacionada con la circunstancia que la actora (Sra. Gutiérrez), había sido madre.

V.9. Para decidir sobre el tema, debe tenerse en cuenta que del contenido de la misiva rupturista surge que la demandada invocó una serie de incumplimientos contractuales (inasistencias injustificadas) de parte de la trabajadora que fueron -según indica- previamente sancionados. En su responde, indica que pese a ello, ante **un “nuevo hecho” consistente en inasistencias injustificadas desde el 26 de agosto al 19 de septiembre de 2015 -hecho nuevo no sancionado-** decidió extinguir el vínculo laboral alegando que la inobservancia de dichos incumplimientos a los deberes contractuales, basados en los principios de buena fe, colaboración y diligencia, hicieron imposible continuar con el vínculo laboral, tomando la decisión de extinguirlo.

Aclaro que, aquella posición es la que trata de fundamentar la demandada, en su responde, pero que -desde ya lo aclaro- no advierto que sea lo que surge del texto de la carta rupturista, sino que -según interpreto- en la carta no se distingue entre las “inasistencias anteriores” (ya sancionadas), y lo que sería un “hecho nuevo” (no sancionado, consistente en inasistencias del 26/08/15 al 19/9/15), sino que surge de sus términos expresos que la demandada aplica la máxima sanción (despido), por “todos los hechos relatados”, en la misiva, que -según sus dichos- surge de “Auditoria Interna”.

En efecto, estoy persuadido que es así, por cuanto del texto expreso de la misiva, comienza señalando: “informamos a usted que mediante auditoria interna realizada el día 27/10/2015 respecto de su desempeño hemos detectado que usted ha incurrido en un grave incumplimiento de los deberes contractuales a su cargo, que a continuación paso a detallar”. Es decir, no se habla de “un hecho nuevo”, ni de una “conducta aislada” (como hecho nuevo), sino que **habla en plural**, de varios hechos, diciendo que esa sumatoria de hechos constituye un **“grave incumplimiento a los deberes contractuales que paso a detallar”**.

Es más, cuando dice **“paso a detallar”**, también implica que incluye “todos los hechos”. Asimismo, corrobora esta conclusión, el hecho que luego de esta introducción (donde se enumeran todos los incumplimientos -incluso los ya sancionados y las nuevas inasistencias-), dice expresamente: **“Todo esto pone en relevancia su falta de interés en el mantenimiento del vínculo laboral”**. Es decir, la accionada hace referencia primero al “detalle de los hechos enumerando uno por uno los incumplimientos”, y luego dice: **“Todo esto”**, lo que clara y literalmente nos permite concluir que -al decidir el despido- se está refiriendo a **“todos los hechos”** relatados (que supuestamente surge de una Auditoria Interna), y no solamente al **“hecho nuevo”** (inasistencias del 26/8 al 16/9). Es que si se la estuviese despidiendo por ese “hecho nuevo”, el texto claramente debió ser diferente, y no involucrar expresamente a “todos” los hechos anteriores, que -insisto- son claramente invocados y utilizados, al expresar: “Todo esto”, en clara referencia al detalle de todos los hechos relatados.

Así las cosas, me parece evidente que el representante del actor, al ser consciente de este tema (que implica una doble sanción por los mismos hechos, violatoria del **“non bis in ídem”** -que prohíbe la nueva aplicación de sanción por un mismo hecho ya sancionado- que tiene raíz constitucional en el Art. 18 CN), **trata o intenta, explicarlo de otro modo, en la “contestación de la demanda”**; es decir, haciendo aparecer como que el despido obedece pura y exclusivamente al **“hecho nuevo” (inasistencias del 26/815 al 19/9/15)**, que no es lo que surge del texto expreso y literal de la misiva, y sobre lo que me explayaré infra. Y esta nueva posición (que aparece recién con la contestación de la demanda) resulta inadmisibles porque -además- de lo ya expuesto, viene a constituir **una intención de “alterar” o “mutar” de la causa de despido, prohibida por el Art. 243 LCT**, cuyo principio es la **“invariabilidad de la causa del despido”**. Y este aspecto no es un dato menor, o irrelevante, sino que hace a la esencia de la controversia.

Así las cosas, y de un modo preliminar (que ampliaremos seguidamente), puedo adelantar mi opinión acerca de que el despido de la trabajadora resultó contrario a derecho, ilegítimo e inconstitucional.

Continuando con el análisis de la carta del despido, diré que de lo que no cabe duda, es que en dicha misiva la propia demandada señala antecedentes disciplinarios anteriores aplicados a la demandante, y que ya habían sido sancionados por accionada.

En consecuencia, y más allá de la forma en que se “examine a los mismos” (si como “antecedente disciplinario” o como “causal del despido”), lo cierto es que son hechos objetivos que adquieren particular relevancia, lo que me lleva a tener que analizarlos; sobre todo, en lo que hace a aspectos tales como la razonabilidad, proporcionalidad, contemporaneidad, etc. de la decisión de la patronal de romper el vínculo contractual.

Así, del acto de despido surge que la demandada invocó como antecedentes al último incumplimiento de la prestación de servicios sin justificación de los días 26 de agosto al 19 de septiembre de 2015 por parte de la actora -no sancionado-, los siguientes:

a) En fecha 14/01/2015 fue suspendida por 2 días ante sus ausencias injustificadas de los días 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 27, 29, 30,31 de Diciembre de 2014 y 02 y 03 de Enero de 2015.

b) En fecha 07/05/2015 fue suspendida por tres días, ante su ausencia injustificada del día 27/04/2015.

c) En fecha 25/08/2015 fue suspendida por seis días por ausencia injustificadas de los días 29 y 30 de Mayo, 01,02,03,04,05,06,08,09,10 de Junio y 20 y 21 de Julio.

En definitiva, la actora llevaba once (11) días de suspensión desde el 14/1/15 a la fecha de la remisión de la carta de despido (11/11/15).

V.10.a En relación al punto **V. 9. a)**, es decir, la suspensión por 2 días -primeramente- invocada en la misiva, considero que de las constancias de la causa **no surge acreditado de modo alguno la existencia de esta suspensión** (por instrumental notificada a la actora), **ni tampoco están probadas las inasistencias injustificadas**, pruebas estas, que le correspondían a la demandada, por haberlo invocado (art. 302 CPCCT). Así lo declaro.

Con respecto a esta falta o ausencia de prueba (de la demandada), me parece importante mencionar que la accionada habla en su misiva de despido de una “**Auditoria Interna**”, pero no presentó ninguna prueba al respecto, ni instrumental, ni testimonial, ni de otro tipo (pericial, etc.), como para probar la existencia y veracidad de la supuesta **auditoria interna**. Mucho menos, se justificó que la misma haya sido realizada con la “participación” de la actora, contra quién se la intenta hacer valer.

V.10.b. En relación a la sanción señalada en el punto **V.9.b)**, la segunda sanción mencionada en la carta, esta vez por 3 días (donde se refiere a una “ausencia injustificada del día 27/04/2015), debo decir lo siguiente: (i) En primer lugar, entiendo que la fecha correcta de la aplicación de la suspensión, sucedió el **28/07/2015**, y no el **07/05/15** (como se relata en la carta del despido), todo lo cual surge de la fecha de imposición de la CD OCA de foja 24, donde se advierte que la demandada aplicó dicha sanción disciplinaria (suspensión por 3 días, por la ausencia del 27/04/15), efectivamente el día 28/07/15. Al respecto, lo primero que debo decir es que nunca podría sancionarse a la actora por una inasistencia del día 27/04/15, si se tiene presente que había sido madre el día 14/04/2015.

Es decir, a la actora se la estaba sancionando por una “inasistencia” (del 27/4/15), lo que equivale a decir, que la actora estaba siendo sancionada por una supuesta ausencia a su trabajo, cuando habían pasado tan solo **13 días desde que había sido madre (14/4/15)**, es decir, **cuando esta última se encontraba gozando de la licencia por maternidad (art. 177 LCT), que debe extenderse -conforme a la propia LCT por lo menos por 45 días posteriores al parto.**

Con lo cual, claramente surge que la medida aplicada -por ese solo motivo- ya resulta contraria a derecho (porque no se puede sancionar por inasistencia a quién está gozando de una licencia que emana de la propia ley) y, todo esto, sin dejar de tener presente que la actora impugnó dicha sanción mediante TCL de fecha 28.08.15 (foja 29).

Y no se pretenda decir que la “licencia por maternidad” no correspondía a la actora por el fallecimiento de su hijo, porque eso realmente sería inadmisibles e -incluso- contrario a sus derechos humanos fundamentales, los que tienen tutela constitucional y enraizada en los Pactos Internacionales con Jerarquía Constitucional (ver Art. 75 inc. 23 C.N., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 10, párrafo 2, dice: “**Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.**”, entre otros).

Además, no es un dato menor, que la sanción fue notificada el 28/7/15; esto es, casi 3 meses posteriores a la supuesta inasistencia, con lo cual, esa sanción tampoco puede ser admitida, desde el punto de vista de la “contemporaneidad”.

Así las cosas, conforme lo analizado en los párrafos anteriores, considero que la sanción disciplinaria de suspensión por 3 días aplicada a la actora el 28.08.15 (por ausencia al trabajo el 27/4/15), **resulta ilegítima por no ser contemporánea con la falta, y además, por contravenir lo expresamente dispuesto en el art. 177 de la LCT.** Así lo declaro.

Vale destacar que la jurisprudencia que comparto, tiene dicho: “*Tiene derecho al goce de la licencia especial por maternidad la dependiente que da a luz un hijo, aun cuando éste falleciera antes del alumbramiento, toda vez que la protección establecida por las leyes laborales para la maternidad, tiene por finalidad específica la protección de la integridad psicofísica de la trabajadora*” (CNAT, Capital Federal, sentencia del 14.03.1979 dictada en la causa “Rossi Stella c/Teorema SRL s/despido).

V.10.c. En relación a la sanción mencionada en el punto **V.9.c)**, sanción de 6 días, debo expresar lo siguiente: (i) En rigor, dicha sanción fue comunicada por CD del **23.09.15 a foja 22** (y no el 25.08.15 como afirma la demandada). Este dato, permite -por si solo- verificar la falta de contemporaneidad entre la sanción (aplicada el

23/9/15) por supuestas inasistencias del día 29/5 al 10/6, y días 20 y 21/7. Al respecto, es importante tener presente el criterio de oportunidad o contemporaneidad entre “la falta y la sanción”, lo que *“exige que exista una proximidad temporal entre la reacción de la parte afectada por la injuria y el momento en que su producción o comisión llega a su esfera de conocimiento”* (Etala, Carlos, Contrato de trabajo, T. II, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 241).

Si bien no exige un plazo cierto, sino que depende las circunstancias del caso, no me parece razonable que recién el día 23/9/15 se intente sancionar supuestas inasistencias del mes de mayo (29 y 30), primeros días de junio (1 al 10), y dos días de julio (20 y 21). Se intentan sancionar supuestas inasistencias casi 4 meses posteriores a las mismas, lo que luce contrario -insisto- al principio de contemporaneidad, que se debe exigir a la empleadora, en este tipo de procedimientos.

Además, al igual que lo examinado respecto de la primera suspensión, en este caso tampoco surgen probadas las “inasistencias al trabajo”; y este hecho cobra relevancia porque la sanción fue rechazada por la accionante el 30.09.15 (foja 27); donde reclamó el pago de los haberes descontados en mes de mayo, junio, y agosto. Nuevamente corresponde hacer hincapié en la “Auditoria Interna”, que nunca fue probada.

Por otro lado, nuevamente se advierte que la patronal suspendió a la actora el día 29.05.15, es decir, dentro de los 45 días del plazo de la licencia por maternidad (contado desde la fecha de parto 14.04.15) previsto en el artículo 177 de la LCT; razón por la cual esta sanción también resulta ilegítima por ser contraria a derecho. Así lo declaro.

V.10.d. Pues bien, de las sanciones disciplinarias previas al distracto y hasta aquí analizadas, queda claro que las mismas no surgen debidamente justificadas y acreditadas; y en otros casos, directamente son lesivas de los derechos legales y constitucionales de la actora; por lo que no pueden ser avaladas y justificadas.

V.10.e. En relación a las supuestas ausencias del 26/8/15 al 19/9/15 (que según la demandada, fueron el “**hecho nuevo**”), que motivara el despido, nuevamente nos encontramos ante una absoluta falta de prueba de las mismas. Y aquí lo más llamativo es el tema, es que el día 23/9/15 (es decir, 4 días “posteriores” a esas supuestas inasistencias (del 28/8/15 al 19/9/15), se le remite una carta documento OCA a la actora (el 23/9/15), y nada se le dijo sobre esas supuestas inasistencias, no siendo un dato que pueda pasar por alto que una persona esté ausente desde más de 20 días, y se le remita una carta sin decir ni una palabra de ese tema, sino que se le aplique una sanción por inasistencias supuestamente ocurridas varios meses antes (mayo/junio). Es decir, lo lógico hubiese sido -si estaba ausente desde el 26 de agosto al 19 de septiembre- que cuando se remite dicha carta (del 23/9/15) al menos alguna referencia se hiciera de que “**persistían las inasistencias**”.

Además, en esta sanción del 23/9/15, por ausencias del mes de mayo y junio, nuevamente se observa la falta o violación al recaudo de la **contemporaneidad**, ya que se sanciona en noviembre (esta vez, con el despido), supuestas inasistencias del mes de agosto y septiembre).

Otro dato que no es menor sobre este tema, **es que la actora intimó a la demandada**, casualmente el día 26/8/15 (que se alega comienzan su nuevo ciclo de inasistencias), y luego lo hizo el día 28/8/15; y en ambas le exigió (intimó) a la demandada por una serie de violaciones a sus derechos; sin embargo, dichas **intimaciones no aparecen contestadas, ni negados los hechos** (haciendo operativa la presunción del art. 57 LCT, que tampoco fue desvirtuada por prueba en contrario); al menos, no se adjuntó ningún instrumento que justifique la respuesta, por parte de la demandada, a las sendas intimaciones. Es más, en el telegrama del 28/8/15, la actora les está contestado una misiva de la demandada, pidiéndole que **se retracte**.

En efecto, es importante mencionar que -entre otras cosas- la actora (por telegrama del 26/8/15, fs. 28, cuyo original obra en caja fuerte) reclamaba la “recalificación profesional”, en referencias a enfermedad padecida y ordenada por ART y SRT (síndrome del túnel carpiano). También reclamó por falta de pago de 21 días no abonados de Octubre de 2014, días de mayo de 2015 (\$2070,59); días de junio de 2015 (4 789,92). Es decir, la actora en esa fecha (que la demandada considera incurso en inasistencias a partir del 26/8) es cuando le estaba intimando a regularizar los temas antes intimados.

Además, la actora por telegrama del 28/8/15 (fs. 29, cuyo original también está en caja fuerte), le estaba **pidiendo a Atento explicaciones sobre la “falta de otorgamiento de la licencia por maternidad”**, y además, le **intimaba a que se “retracte y deje sin efecto una sanción”**. Sin embargo, la demandada **guardó absoluto silencio, a ambas intimaciones**, pese a la entidad y relevancia que tenía las mismas respecto de los derechos en juego (nada menos que la licencia por maternidad, recalificación profesional por enfermedad, falta de pago de haberes, etc.).

Sin embargo, insisto, la demandada nada dice al respecto, ni acompaña documento alguno sobre este intercambio epistolar; pese a que se **la intimó a exhibir la prueba documental, entre ellas el “legajo personal” de la Sra. GUTIERREZ** (ver fs. 264 punto 5 y fs. 269); siendo del caso mencionar que en el “

legajo personal” de la trabajadores, donde deben estar resguardadas y archivadas todas las intimaciones, sanciones, licencias, pedidos de recalificación médica, etc. En ese contexto, en este punto también cobra relevancia decisiva la **“falta de exhibición de la documental” (legajo personal)**, torna operativa la presunción de los Arts. 61, 91 y Cctes. CPL, y 55 y Cctes. LCT, **haciendo presumir la verdad de los dichos de la trabajadora**, respecto de los datos que deberían estar documentados y registrados en los instrumentos obrantes en su “legajo personal”.

Al respecto, no es un dato menor que la trabajadora haya adjuntado un importante número de certificados médicos (supuestamente presentados), incluso copias de certificaciones de la empresa médica Arial, copias de “acta de audiencia” ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (en adelante SRT), donde se documentaría una incapacidad del 9% (Incapacidad Laboral Parcial y Permanente - ILPP), por SÍNDROME TUNEL CARPIANO, que incluso se calificó como “Enfermedad Profesional”; como también debería estar la “constancia de PROVINCIA ART” del Siniestro 01189073/001/00, donde se adjunta “CONSTANCIA DE RECALIFICACIÓN” del 01/9/2014. Y si bien no sostengo que esa documental deba tenerse por auténtica (porque emanó de terceros), no es menos cierto que esa misma prueba instrumental -relacionada con las dolencias de la actora, licencias, enfermedades, etc.- debería estar resguardada y archivada en el “LEGAJO PERSONAL”; que nunca fue presentado, y que -por tanto- torna operativa la presunción de veracidad de los datos que debería constar en tal legajo.

En ese contexto de situaciones, además, queda claro que la demandada debía expedirse -en concreto y mínimamente- sobre el reclamo de **recalificación de tareas**, siendo lógico -y una exigencias propia de la buena fe y del deber de diligencia e iniciativa del empleador- que la demandada responda a dicha intimación, y además, que mínimamente le realice un “control médico” a la trabajadora (Art. 210 LCT) para verificar si estaba, o no, con ese problema de salud que venía reclamando, para decidir si era justificada la recalificación de tareas reclamada, que incluso la ART había aconsejado, y todo lo cual, debería estar archivado en su legajo personal.

Por lo tanto, considero que la actitud asumida por la demandada, de guardar silencio absoluto frente a las intimaciones, no realizar controles médicos (al menos, no están acreditados), quebranta el deber de buena fe (Art. 63 LCT), como la obligación genérica de obrar con criterio de colaboración y solidaridad (Art. 62 LCT), como también el deber de diligencia y colaboración (Art. 79 LCT), razón por la cual, la “sanción disciplinaria” (que incluso conduce al despido de la trabajadora”, por las ausencias desde el 26/8/15 al 19/9/15), resulta arbitraria e ilegítima, claramente contraria a los derechos elementales de la actora, entre los cuales **está no solamente el de su “licencia por maternidad” (que venía reclamando), sino también los pedidos de licencia y recalificación por enfermedad (razones de salud)**, entre otros motivos, que -insisto- obligaban a la demandada a asumir una conducta totalmente diferente, donde -mínimamente- debería haber **“controlado la salud de la trabajadora”** (Confr. art. 210 LCT), que no surge acreditado, y también haberse expedido formalmente sobre la “licencia de maternidad de la Sra. Gutiérrez”, está probado que haya sido otorgada; lo que configura -como ya se dijo- una flagrante violación a derechos humanos de jerarquía constitucional, ya que emanan de la normativa constitucional y de los Pactos Internacionales sobre derechos Humanos, y son operativos en el derecho interno.

En ese contexto de situaciones, me parece absolutamente irrazonable, ilegítimo, arbitrario, y lesivos de derechos humanos de la actora, la conducta asumida por la demandada, que -sin ningún tipo de control médico- ni mucho menos cursando respuestas a las claras intimaciones de la actora, decide directamente romper el vínculo laboral (por esas supuestas inasistencias desde el 26/8/15 al 19/9/15), luego de tres (3) meses (por Carta Oca del 11/11/2015), sin antes haber realizado ninguna medida tendiente a verificar el estado de salud de la actora, ni expedirse sobre su **reiteradamente** reclamada licencia por maternidad y recalificación profesional. Así las cosas, y además de ser nuevamente extemporánea la decisión, esta vez es claramente ilegítima, arbitraria, irrazonable e inconstitucional, conforme lo antes considerado.

Es decir, de las constancias de autos queda muy claro que -antes del despido- existió entre las partes un extenso intercambio epistolar, de cuyo análisis se evidencia que, frente a las sanciones disciplinarias que comunicó la patronal a la trabajadora, esta última había manifestado **impugnaciones e intimaciones** en diversos TCL -entre otras cosas- porque **fue madre, por las consecuencias a su salud del fallecimiento de su hijo recién nacido, por haberle descontado sus haberes sin justificación, porque debía ser recalificada en sus tareas (por padecer una enfermedad profesional -síndrome del túnel carpiano-), y también, para que le expliquen por qué se le negó la licencia por maternidad, se le negó licencia posparto y post-fallecimiento de hijo** (ver TCL de fojas 25/29). Sin embargo, esas intimaciones no aparecen contestadas, por parte de la patronal, insisto, pese a la entidad e importancia de los reclamos e intimaciones.

Es más, no solo no fueron respondidas, sino que directamente -en fecha 11/11/15- la demandada decide “despedir a la actora”, alegando ausencias injustificadas (insisto, del 26/8/15 al 19/9/15), sin antes haber respondido o fijado posición alguna, respecto de los reclamos.

Antes de finalizar, también quiero agregar que tampoco **resulta razonable ni proporcionada** la decisión del despido, por ausencias al trabajo (del 26/8/15 al 19/9/15), mucho menos, cuando era objeto de debate la recalificación profesional de la trabajadora, y -además- teniendo presente a todo evento, que a la trabajadora se le habían aplicado 11 días de suspensión, sobre los 30 que se autoriza por año (Art 67 LCT), de modo tal, que la demandada tenía la posibilidad -incluso, si consideraba y verificaba que la actitud de la actora era contraria a derecho- de aplicar una nueva sanción, sin tener que llegar al despido, sobre todo, cuando era consciente que la trabajadora aún se encontraba en el período de protección del embarazo, lo que la obligaba a actuar con mayor prudencia y cautela, al momento de decidir sanciones; mucho más, si esa sanción era el despido.

En definitiva, tampoco luce proporcionada, ni razonable, la sanción del despido, en las particulares circunstancias apuntadas.

V.11. En el contexto de situaciones señaladas y comprobadas, puedo concluir que la empleadora procedió a despedir arbitraria, ilegítima e inconstitucionalmente a la actora la actora, cuando estaba **gozando de la protección de estabilidad por la maternidad (que hace presumir que el despido se debió a dicha maternidad)**, y que no solamente no ha logrado acreditar la justificación de su decisión de proceder al despido (acreditar que las inasistencias que le atribuye a la trabajadora e invoca como **hecho decisivo para disolver el vínculo sea contemporánea y de tal gravedad como para romper con el principio de conservación** del contrato de trabajo), sino que -peor aún- **quedó demostrado que su conducta fue irrazonable, ilegítima, e inconstitucional, al desconocer elementales derechos de la actora (protección a la salud, protección de la maternidad, entre otros), razón por la cual el despido directo de la demandada debe ser considerado injustificado, ilegítimo e inconstitucional.** Así lo declaro.

Es que en el caso particular, dadas las circunstancias de persona, tiempo y lugar, resultaba determinante que la accionada **acreditase en forma fehaciente los hechos que invocados como fundamento de la decisión de despedir a la actora**, y también debía acreditar que esos hechos constituían **injuria suficiente y grave a los fines de justificar la causa del despido**, dejando muy claramente probado que los mismos (esas inconductas) **debían desplazar nos solo el principio de conservación del empleo, sino también la presunción del despido por causa de maternidad** (que emana del Art. 178 LCT), por haberse producido ese despido (del **18/11/15**) dentro de los **7 meses y medio** posteriores al **parto de la trabajadora (14/04/15)**. Y esa prueba, lejos de producirse, brillo por su ausencia. Además, insisto, de las constancias de autos surge que la conducta asumida por la demandada (no realizar controles médicos y no exhibir la documentación del legajo personal de la actora, intimado), me permiten concluir la veracidad de los dichos de la actora, sobre los datos que debían estar registrados en ese **“legajo personal”** (tanto sobre sus problemas de salud, respectivas las licencias médicas, documental sobre la falta de otorgamiento de licencia por enfermedad, notificaciones ART y SRT, etc.). En definitiva, la omisión de adjuntar el **legajo personal** de la trabajadora, terminan de convencerme acerca de que **el despido resultó claramente ilegítimo, irrazonable, e inconstitucional; y por tanto, debe ser considerado como un despido injustificado, a los fines de hacer caer la presunción del art. 178 de la LCT.** Así lo declaro.

V.12. Además de todo lo ya expuesto, es importante tener presente que en el caso de autos, están en juego no solamente las normas tuitivas emanadas propias de la ley sustancial (Art. 177, 178 y Cctes. LCT), sino también las que emanan de la propia Constitución Nacional (Art. 75 inc. 23), de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo párrafo 2º, dice: **“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”**), como asimismo de los Tratados de Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), sobre esta cuestión, y que-en su conjunto- muy claramente **apuntan a brindar una amplia y mayor protección de “la maternidad”**, y si bien nuestro país solo ha ratificado uno de los tres Convenios de la OIT referidos a este tema (el nº 03/1919), no es menos cierto que no podemos apartarnos y desoír -como responsables de interpretar y aplicar la ley- las líneas directrices que pregona la OIT sobre dicho tema, ya que más allá de la fuerza vinculante de las mismas, no es menos cierto que sus principios y pautas orientadoras, igualmente nos permiten interpretar y aplicar las leyes vigentes, teniendo en miras lograr una mayor y mejor protección a derechos de jerarquía superior, lo que **nos conduce a dar preeminencia a la dignidad humana y a los derechos de la mujer y su adecuada protección en tiempos de maternidad.**

Es decir, cuando existe una divergencia donde los que aparecen como “derechos controvertidos”, uno apunta a **resguardar la salud y la integridad de la persona humana, e incluso de la familia** (como es el cuidado de la **salud del trabajador/a y la protección de la maternidad/lactancia**), y por otro lado, lo único que se pretende es que el trabajador/a **“reanude su prestación laboral”** (tal vez, apuntando a optimizar el funcionamiento de la empresa, y sin pensar que esto último no merece la adecuada tutela de las leyes), sostengo que -en caso de controversia- **debe prevalecer una interpretación y aplicación de las normas que nos conduzcan a lograr una mejor y más adecuada protección a los derechos humanos (que apuntan a garantizar la protección de la salud y familia del trabajador/a)**, por encima de otros derechos, donde solamente están en juego una visión comercial o meramente económica.

En referencia a la “**protección de la maternidad**”, y como pauta orientadora, debo destacar que, en la propia página de la OIT, se puede verificar la importancia del tema que nos ocupa, donde se apunta -lo reitero- no solamente a la protección de la **salud de la trabajadora**, sino también la protección de **la familia**, expresándose -con meridiana claridad- lo siguiente: “*La **constitución de una familia** es un objetivo muypreciado por muchos trabajadores. Sin embargo, **el embarazo y la maternidad** son épocas de particular **vulnerabilidad para las trabajadoras y sus familias**. Las embarazadas y las madres en período de lactancia requieren una especial protección para evitar daños a su salud o a la de sus hijos, y necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, **requieren una protección que les garantice que no van a perder sus empleos por el solo hecho del embarazo o de la baja por maternidad**. Esa protección no sólo garantiza a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo, sino que también les garantiza el mantenimiento de unos ingresos que a menudo son vitales para el bienestar de toda su familia. La **garantía de la salud de las trabajadoras embarazadas** y de las madres en período de lactancia, y la **protección contra la discriminación en el trabajo**, son condiciones requeridas para alcanzar una genuina igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el trabajo, y para permitir que los trabajadores constituyan familias en condiciones de seguridad*”(<https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang>).

V.13. En consecuencia, lo reitero, el accionar de la demandada no resultó ajustado a derecho por haber quebrantado derechos e intereses que no solamente gozan de la protección de la ley sustancial (art. 10, sobre conservación del contrato; art. 62 como obligación genérica de actuar con un deber de colaboración y solidaridad; art. 63 de actuar de buena fe; art. 177 y 178 de protección del estado del embarazo y la maternidad, entre otros), sino también porque a la luz de las normas constitucionales de jerarquía superior, e incluso Tratados Internacionales y recomendaciones de la OIT, ese empleador, **frente a la vigencia de la protección de la maternidad de la trabajadora, que no la desconocía, tenía la obligación de obrar con mayor prudencia y cautela al momento de decidir la ruptura del contrato de trabajo**; resultando inadmisibles que haya decidido esa ruptura del vínculo laboral **sin verificar el estado de salud de la trabajadora (donde reclamaba la recalificación por sus dolencias)**, y **durante el plazo de vigencia de la protección por maternidad**, e -insisto- sin acreditar fehacientemente que la causa del despido -en modo alguno- haya estado vinculada, u obedecido -en realidad- a otras cuestiones que resulten no solo fehacientemente probadas, sino también claramente extrañas a la situación o período de protección de la maternidad de la trabajadora, como a su estado de salud.

Por lo tanto, habiendo reconocido expresamente la demandada que sobre la situación de salud de la trabajadora (que reclamaba la recalificación laboral), y que conocía la fecha de parto y de nacimiento del hijo de la actora (14.05.15), habiendo sobrevenido el despido de la mujer trabajadora (el 18.11.15) durante la vigencia de los siete meses y medio posteriores a aquel, y no existiendo prueba en contrario producida por la demandada (en forma fehaciente), se torna operativa la presunción del art. 178 de la L.C.T. en el sentido que el despido de la actora obedeció a razones de embarazo; y por el estado de salud de la misma (que nunca fue controlado y verificado). Es decir, que el caso se encuadra en el supuesto previsto en el art. 178 de la L.C.T. y sus concordantes; violando con su accionar el demandado expresas normas constitucionales de protección de la madre durante el embarazo (art. 75 inc. 23), como también la Convención sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por la ley 23.179, que a partir de la reforma constitucional de 1994 tienen jerarquía constitucional (art. 75. inc. 22 CN). Así también, el Convenio 3 de la OIT sobre protección a la maternidad de 1919, ratificado por la República Argentina por Ley 11.726 (art. 3). Así lo declaro.

V.14. Como se dijo, de las constancias de la causa surge acreditado que la empleadora había recibido intimaciones sobre el pedido de recalificación por el estado de salud de la trabajadora; y también que ha reconocido que dicha dependiente gozaba de la protección de la maternidad y que tenía conocimiento de la fecha del parto-nacimiento del hijo de la actora (art. 178 de la LCT).

También se ha declarado que, en ese contexto, la trabajadora fue despedida, y la demandada no acreditó en forma fehaciente la causal del despido, como para desplazar no solo el principio de conservación y continuidad del contrato de trabajo (Art. 10 y Ctes. LCT), sino también de la presunción que emana del Art. 178 LCT que hace presumir que el despido (dentro de los siete meses y medios anteriores o posteriores al parto), **se presume obedece a “razones de maternidad”**.

Por lo tanto, **se concluyó -ante la falta de prueba en contrario que desvirtuase la presunción- que la demandada despidió a la actora por razones de salud y de maternidad; todo lo cual, así lo declaro.**

V.15. Todo lo antes expuesto, genera -como consecuencia necesaria- que la trabajadora tenga derecho al cobro de las indemnizaciones legales previstas en la normativa sustancial que regula la materia. Así lo declaro.

VI. Despido discriminatorio. Ahora bien, con relación al despido, indicó claramente la actora que se trataba de un “despido discriminatorio”. Es decir, ha sostenido que la motivación de la parte empleadora, al momento de despedirla, no solo resultaba injustificada, arbitraria e ilegítima, sino que tuvo una finalidad discriminatoria, solicitando que así se declare.

Por su parte, esto fue expresamente negado por la demandada, e incluso sostuvo que aun cuando pudo haberse equivocado (al momento de despedir a la actora), no por ello debe interpretarse que se trató de un despido discriminatorio.

VI. 1. Al respecto, es importante mencionar que ya he sostenido en autos, que ha quedado demostrado que la conducta de la empleadora irrazonable, ilegítima, arbitraria e inconstitucional, **al desconocer elementales derechos de la actora (protección a la salud, protección de la maternidad, entre otros)**; razón por la cual el despido directo de la demandada debía ser considerado injustificado, ilegítimo e inconstitucional.

Así las cosas, y no obstante lo expuesto en los párrafos precedentes, considero importante puntualizar que la propia demandada ha reconocido que la actora estaba en el período de protección de maternidad, incluso conociendo e identificando la fecha del parto, y del fallecimiento del hijo de la trabajadora, y -sobre todo- **que el despido se produce dentro de lo que era el período de protección de la maternidad.** También está probado que la trabajadora había intimado **la recalificación en el trabajo, por problemas de salud de la misma.**

Y no obstante ese conocimiento acabado de estos temas (pedido de recalificación por salud y protección del embarazo), la parte demandada -por un lado- **nunca controló, o hizo controlar, la salud de la trabajadora** (Confr. Art. 210 LCT); y -por otro lado- decidió **sancionar a la trabajadora a lo largo de todos esos siete meses y medio posteriores al parto, al punto tal que concluyó despidiendo a la trabajadora, durante ese período de protección de la maternidad y sin verificar mínimamente su estado de salud y expedirse sobre la recalificación en forma expresa; razón por la cual -tal como se concluyó- se trató de un despido ilegítimo, arbitrario e inconstitucional;** toda vez que nunca se logró probar -en forma fehaciente- que ese despido fue justificado; sino que -insisto- se decidió que **tuvo motivos presumidos por la situación de salud y de maternidad de la actora** (por las razones antes expuestas y que en honor a la brevedad me remito a ellas).

En ese contexto, resulta claro que el empleador no podía limitarse a invocar sus facultades o poderes de organización, dirección e incluso de despedir, cuando a través de tales actos se violentan derechos considerados como fundamentales. En el caso, el distracto decidido antes de extinguirse el plazo de protección de la maternidad, y sin contralor alguno a la situación de salud de la trabajadora, constituye un indicio serio de que el despido encontró motivos en la salud y maternidad de la trabajadora, y como tal, supone un acto ilegítimo e inconstitucional.

VI. 2. Avanzando en el tema que nos ocupa, no podemos perder de vista -como primera medida- la manda constitucional que ordena prodigar igualdad de trato a quienes se encuentran en igualdad de condiciones (art. 16 C.N.) y de no discriminar peyorativamente (art. 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 2º y 3º del PIDESC; y arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales de DDHH).

Asimismo, no se puede dejar de mencionar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), fue adoptada en diciembre de 1979 por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Argentina la aprobó mediante ley 23.179 de junio de 1985 y desde 1994 goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), ubicada en el vértice de la pirámide jurídica, junto a otros instrumentos de protección de los derechos humanos, enunciados en esa disposición constitucional.

A su vez, en el año 2006, mediante ley 26.171, la Argentina aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en octubre de 1999. En términos generales, puede decirse que el Protocolo es un mecanismo jurídico adjunto a la Convención que introduce aspectos relativos a su exigibilidad, pero que no consagra nuevos derechos. A raíz de su entrada en vigencia, nuestro país reconoció la competencia del Comité para la **Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** para recibir y considerar denuncias individuales o colectivas de violaciones -particulares o sistemáticas- a cualquiera de los derechos enunciados en la CEDAW.

Por su parte, **el derecho a la salud de las mujeres está protegido en el artículo 12 de la Convención**, que contiene obligaciones destinadas a **resguardar el acceso a servicios médicos de calidad, en particular aquellos especializados en la atención del embarazo, el parto y el puerperio, inclusive la nutrición**

durante el embarazo y la lactancia.

Además la extensa y sólida protección de los derechos humanos (entre los cuales está el tema de **la eliminación de la Discriminación contra la Mujer**), debo agregar que **el trato “discriminatorio” a la persona (más allá de su sexo)**, constituye claramente una **inconducta humana**, a la que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación calificó de **“ominoso flagelo”**, y se erige hoy como un **principio jurídico fundamental** que -insisto- **atraviesa a todo el ordenamiento jurídico y cimenta el orden público de los Derechos Humanos, tanto Nacional como Internacional, habiendo alcanzado la preeminente categoría de iuscogens**, según fuera reconocido por Nuestro Máximo Tribunal Nacional en la causa “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA” (Fallos: 333:2306).

Por otro lado, y específicamente en nuestra materia, el Convenio N°111 de la OIT -relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación- del año 1958, establece en su primer artículo: *“A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*.

Por su parte, la ley 23.592, en su art. 1 establece: *“...A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”*. Dicha ley, forma parte de un plexo normativo más amplio (que incluso goza de jerarquía superior y constitucional, como se examinó), y que resulta aplicable en todas las ramas del derecho, en tanto obliga a la “igualdad de trato” y a la “no discriminación” de la persona humana; los que además -lo reitero- ya han tenido expresa consagración en la Jurisprudencia de Nuestro Alto Tribunal Nacional en nuestra materia, no solamente en la causa “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cenconsud S.A. s/ Acción de amparo” (antes mencionada), sino en muchas otras, tales como: **“Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados”** (sentencia del 15/11/2011), **“Farrel Ricardo y otro vs LSA”** (sentencia del 06/02/2018); **“Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Tadelva SRL y otros s/ amparo”**, Sentencia del 20/05/2016, **“Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo sindical”**, Sentencia del 4/09/2018, entre otras.

Es más, en la causa “Pellicori” se sostuvo que, de conformidad con la normativa internacional ratificada por nuestro país y lo dispuesto por los órganos de aplicación, **ante los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas de discriminación y la exigencia de protección efectiva** que cabe otorgar en tales casos **“resulta 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...”**, todo ello examinado a la luz de la “sana crítica”.

Es decir, la CSJN deja en claro que cuando una parte alega trato discriminatorio, y acredita hechos que prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir o inferir un “trato discriminatorio”, debe ser el demandado (a quien se le acusa de discriminación), quién **debe producir la prueba idónea para justificar que el acto que se le reprocha, ha tenido como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación**.

En ese contexto, habiendo quedado acreditado en autos -por hecho -prima facie- evaluados- que la actora fue despedida en forma arbitraria, ilegítima e inconstitucional (**por su situación de salud, pedido de recalificación y de maternidad**); puede sostenerse que **sí están acreditados “hechos objetivos” que -prima facie evaluados- resultaban idóneos para inducir o inferir la existencia de un trato discriminatorio a esa trabajadora**; ello, sin perder de vista la particular situación de vulnerabilidad que se encontraba la trabajadora, y al haberse producido una serie de sanciones disciplinarias (que culminaron con el despido injustificado), estando claramente dentro del **período de protección de la maternidad**, y siendo esto del pleno conocimiento de la demandada, al igual que su **reclamo de recalificación por problemas de salud**.

Antes de concluir, y con respecto a este tema, no quiero dejar de destacar las afirmaciones (que a la vez se contradice con sus actos anteriores) que expresamente realizó la demandada en relación a este tema, donde reconoce “haberse equivocado en relación al despido”: *“Aún en el caso que se hubiere resuelto el contrato de trabajo sin que hubiere existido justa causa, (lo que solo admito por vía de remotísima hipótesis), cabe decir que ATENTO puede haberse equivocado en las decisiones adoptadas con relación a la actora, pero ello de manera alguna significa que hubiere obrado de manera discriminatoria o con evidente intención de dañar”* y *““Es más, hasta pudiera ocurrir que por vía de remotísima hipótesis se declare injustificado el despido, pero ello de manera alguna podrá entenderse como acto de discriminación sino simplemente como una decisión equivocada que deberá sancionarse conforme al art. 245 LCT como ocurre en un despido sin causa, pero nada más que eso.”*

Por su parte, Nuestra Corte Suprema de Justicia Provincial (siguiendo los lineamientos de la Jurisprudencia de la CSJN), ha sostenido en la causa: “*Juárez Héctor Ángel vs. Banco del Tucumán SA s/ indemnizaciones*”, sentencia N° 1422 de fecha 23/12/2015, que: “*() En los supuestos en que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en cuestión, se dijo: “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 este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado”* (CSJN, 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo”, Fallos: 334:1387, cita La Ley Online: AR/JUR/68958/2011).

Asimismo, me parece importante profundizar en el tema y señalar que luego de “*Pellicori*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -como ya se dijo- volvió a expedirse sobre el asunto “discriminación” en sentencia del 20/05/2014 dictada en la causa “*Sisnero Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s/ Amparo*”. Allí se dijo: “*Que cabe recordar que la discriminación no suele manifestarse en forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor, y “la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación”* (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°). Y para compensar estas dificultades probatorias, insisto, fue que el Tribunal Cívero Nacional ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones, como ya se explicó precedentemente, en el sentido que la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente 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*” (conforme considerando 11).

En este sentido (que vengo proponiendo), también se ha expedido la Cámara del Trabajo, sala 2, de Concepción, sentencia 183 de Fecha Sentencia: 05/09/2019.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo expuesto en los párrafos anteriores sobre **los estándares probatorios en los casos de discriminación** (dada la expresa denuncia de despido discriminatorio efectuada por la actora en su demanda), considero -siguiendo los lineamientos del caso “*Pellicori*”, “*Sisnero*”, “*Farrel*”, entre otros; y la Sentencia de Nuestra Corte local de “*Juárez Héctor Ángel vs. Banco del Tucumán SA s/ indemnizaciones*”, ya citada- **era la firma demandada quien tenía a su cargo demostrar de -modo fehaciente- que su decisión extintiva del contrato de trabajo no tenía fines o motivos discriminatorios para la trabajadora que estaba cursando el periodo de protección de la maternidad y que había reclamado la recalificación por problemas de salud**, sino que -por el contrario- ese despido efectivamente se había sustentado causas objetivas, de tal gravedad, que era imposible mantener vigente la relación laboral; prueba esta, que -insisto- **nunca fue producida por la demandada** (incluso, insisto, no quiso acompañar el legajo persona de la trabajadora, que hubiese contribuido para dirimir los hechos controvertidos sobre estos temas); lo que lleva a mantener la “**presunción de la existencia de un despido discriminatorio**” (por cuestiones de salud y maternidad) conforme las particulares circunstancias fácticas del caso, precedentemente examinadas en estos autos.

VI. 3. Como corolario de todo lo expresado en este punto, reitero, considero que el despido de la actora **resultó injustificado, arbitrario y, además, “discriminatorio”**, resultando la trabajadora acreedora de las indemnizaciones de ley que corresponda. Así lo declaro.

Habiendo declarado la procedencia de la indemnización por motivos discriminatorios, su valoración y justipreciación será realizada infra, al tratar los rubros que prosperan y la planilla. Así lo declaro.

VII. CUARTA CUESTION: Responsabilidad solidaria -o no- de Telefónica Argentina Móvil S.A.

VII.1. Indica la actora que prestó servicios que fueron utilizados directamente por TMA (Movistar) al trabajar con usuarios y clientes oficiales, y recibiendo ordenes, directivas y capacitaciones de parte e personal de aquella. Que las actividades que realizó eran el eje principal de Movistar.

Afirma la actora que ATENTO fue propiedad de grupo telefónica, (de la cual es subordinada Telefónica Móviles) y fue vendida en octubre de 2012 a Bain Capital, con lo cual se puede notar que siempre han sido una misma unidad económica: ATENTO Y TELEFONICA. Alega que si estas 3 empresas son analizadas a la luz del art. 30 de la LCT incurren en responsabilidad solidaria por incumplimientos de índole laboral y de la responsabilidad social. Señala que ATENTO es eje fundamental y necesario de la atención al consumidor final de Movistar y que, mal podría ATENTO brindar soluciones a clientes de Movistar sin obtener de esta última la totalidad de las directivas acerca de cómo gestionar la totalidad de los reclamos de los consumidores.

Sostiene la actora que el control que siempre ha ejercido Telefónica Móviles sobre ATENTO, viene determinado por las directivas citadas, las capacitaciones impartidas, los controles habituales, las herramientas de trabajo y el hecho mismo de haber sido aquella propiedad de Telefónica. Ello, indica, en miras de aplicación del artículo 31 de la LCT por afirmar que ATENTO realiza una actividad que se identifica como normal, específica y propia de Telefónica Móviles Argentina, parte integrante de Telefónica, con la que estuvo legalmente unida, siendo -según ella sostiene- Atento propiedad de Telefónica.

Luego, entre otras cuestiones, expresa la actora que son la misma empresa, tienen los mismos capitales y directivos; y que la normativa de los arts. 29, 30 o 31 de la LCT los alcanza como corresponsables solidarios.

Indica el actor que Atento formó parte del grupo Telefónica, ambos incurren en fraude a la ley al valerse de empleados que realizan las tareas de la principal, cobrando sueldos ínfimos con encuadres legales irrisorios.

Continúa y agrega la parte actora que el objeto principal de Movistar es la venta de teléfonos celulares y venta de servicios de telefonía celular mediante planes de voz e internet. El objeto principal de MAVE Movistar es la venta de teléfonos celulares y la venta de servicios de telefonía celular mediante planes de voz e internet. Es aquí donde afirma la actora prestó servicios. Cita jurisprudencia.

VII.2. En relación a Telefónica Móviles Argentina SA, sostiene el demandado que las relaciones comerciales que tenga o hubiese tenido con aquella carecen de significación con lo que se debate en la causa; que no existió un control de parte de aquella sobre ella; que no es verdad que sus empleados recibieran órdenes y capacitaciones de aquella; que siempre existió empleados de Atento que prestaban servicios en otras compañías diferentes a las de Telefónica.

VII.3. Luego, TMA afirma que surge de la demanda que la actora estaba vinculada con Atento, pero que nunca trabajó para ella, por lo que resulta improcedente el reclamo en su contra. Refiere que trabaja con otras empresas, las cuales tienen su propia organización y personal, pero que realizan tareas completamente ajenas al objeto social de TMA. Agrega que la actividad de Atento no es la correspondiente a la actividad normal y específica propia de TMA, por lo que no es responsable de ningún modo.

Sostiene que Atento es un contratista de ella, lo cierto es que cuando se pretende responsabilizar en los términos del art. 30 de la LCT, deberá precisarse y acreditarse con la debida individualización el tipo de labores encomendadas al “contratista” y, a su vez, que éstas han sido propias y específicas del establecimiento del comitente. Refiere que las labores que expresa la actora haber realizado no conforman trabajos o servicios correspondientes a su actividad normal y específica propia.

Agrega TMA que no puede confundirse la prestación de un servicio como es la telefonía móvil que ella brinda, con la actividad de atención al cliente desplegado por Atento.

VII.4. Pues bien, en relación a la pretendida responsabilidad solidaria de TMA que invoca la actora, por ser quien afirma un hecho controvertido, debía acreditar los extremos por ella invocados (Art. 302 CPCC supletorio), cosa que adelanto, no hizo.

VII.5. El artículo 30 de la LCT dispone que: “*Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o*

subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha considerado al dictar sentencia 1507 el 04.10.17 en la causa “*Armella Ernesto Jesús y otros vs Transporte Automotor La Estrella SRL y otro s/cobro de pesos*”, que: **“El segundo supuesto determinado por el artículo 30 de la LCT establece que la norma se aplicará a quienes “contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito”. De la lectura del mismo surge que para ser aplicable la norma deben darse dos condiciones: i.- que se trate de una contratación o subcontratación, cualquiera sea el acto que le de origen; y ii.- que esa contratación o subcontratación englobe trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, no importando que se desarrollen dentro o fuera del ámbito de este último. i.- El empresario para alcanzar la consecución de los fines de su empresa puede utilizar a sus propios empleados para lograrlo, a quienes contrata directamente, o puede optar por delegar parte de su actividad en otra u otras empresas, a las cuales contrata para que estas, con sus propios medios y recursos, lo asistan a realizar los fines y objetivos mencionados. Esta delegación encuentra justificación en razones de especialización, complejidad, estrategia o simple conveniencia empresarial, cuestiones que representan una estrategia lícita para el desarrollo productivo y hacen al derecho que asiste al empresario de conducir su empresa como considere correcto. Es lo que se conoce como tercerización. ii.- la norma establece que debe tratarse de “trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito”.**

En otras palabras, para que nazca la responsabilidad de una empresa por las obligaciones laborales de otra en los términos del artículo 30 de la LCT que aquí interesa, es necesario que aquella empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal y específica, debiendo existir entre ellas una unidad técnica de ejecución, entre la empresa y su contratista; así también que el actor acredite desarrollar esas tareas que benefician a la contratista; por lo que si no se prueban tales características, carece de un requisito específico para que se origine la citada responsabilidad.

Nuestra Corte de Justicia ha considerado con relación a la prueba de la responsabilidad solidaria lo siguiente: “*Esta Corte tiene dicho “que la solidaridad consagrada en el artículo 30 LCT no es automáticamente aplicable a cualquier vinculación contractual (CSJTuc., sentencia N° 1084 del 03/12/2002), sino únicamente a las subcontrataciones que revisten las características que detalla la norma, y la comprobación de estos extremos debe ser rigurosa, debido a las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos, en principio, a la relación sustancial que motivó la reclamación (cfr. Fallos: 316:713; cit. en CSJTuc., sentencia N° 325 del 12/5/2010)”* ([CSJT, “Suárez de Bernal, Claudia Elizabeth vs. Alter Producciones S.R.L. y otros s/ Cobro de pesos”, sentencia N° 844 del 01/11/2010](#)). También es criterio de esta Corte que “el acreedor laboral de una deuda de codeudores solidarios tiene la carga de demostrar en el proceso todos los presupuestos que dan origen a su pretensión, esto es, que es dependiente de una empresa, que ésta realiza una actividad que se identifica con la actividad ordinaria y específica de otra, con la cual está unida por un contrato o subcontrato, y que se han omitido deberes de control (art. 30 LCT). En otras palabras, debe aportar la prueba de los requisitos que establece la ley para que la solidaridad se produzca” (CSJT, “Robledo, Lucas Eduardo c/ Terán, Julio César y otro s/ Cobro de pesos”, sentencia N° 469 del 30/6/2010; “Toledo, Adrián c/ Refinería del Norte S.A. s/ Cobro de pesos”, sentencia N° 643 del 08/9/2010; “Carrazana, Antonio Enrique c/ Distri-Ar y otro s/ Cobro de pesos”, sentencia N° 185 del 26/3/2012). DRES.: GANDUR - GOANE - SBDAR.” (“DOMINGUEZ MONICA DEL VALLE Vs. VAZQUEZ DE HERRERA SILVIA Y OTROS S/ COBRO DE PESOS”, Nro. Sent: 926 Fecha Sentencia 22/08/2016).

VII.6. Teniendo presente los lineamientos expuestos y compartidos, en el caso de autos, sin perjuicio de que las partes demandadas reconocen una vinculación comercial, **la parte actora no ha demostrado con prueba alguna que las tareas de atención que ella desarrollaba en Atento, se tratasen de actividades normales, propias, específicas y principales de la empresa codemandada: Movistar, siendo esta prueba decisiva y fundamental para acreditar la pretendida responsabilidad solidaria.** Así lo declaro.

En relación a este punto, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, ha considerado que: “*lo hasta aquí expuesto lleva razonablemente a concluir en que, si bien el acreedor laboral de una deuda de codeudores solidarios tiene la facultad de elegir, de entre todos los sujetos pasivos obligados, a cuál de ellos demandar, ineludiblemente debe asumir la carga de demostrar en el proceso todos los presupuestos que dan origen a su pretensión, esto es, que es dependiente de una empresa, que ésta realiza una actividad que se identifica con la actividad ordinaria y específica de otra, con la cual está unida por un contrato o subcontrato, y que se han omitido deberes de control (art. 30 LCT). En otras palabras, la opción que tiene el acreedor de una deuda de codeudores solidarios de demandar a cualquiera de ellos la misma prestación, no lo releva de probar los elementos que constituyen el presupuesto de su procedencia, de modo tal que cuando la solidaridad obligacional pasiva es de fuente legal, debe aportar evidencia sobre los requisitos*

que establece la ley para que esta solidaridad se produzca. Consecuentemente, como ya se dijo, la razón de la improcedencia del reclamo no puede ser una exigencia procesal que no está prevista en la ley sino la falta de acreditación de los presupuestos exigidos por el art. 30 de la LCT para la configuración de la responsabilidad solidaria del cocontratante del empleador. Sentencia Origen: Cámara del Trabajo - Sala 3 - Sentencia n° 151 del 22/10/2008.” (“TOLEDO ADRIAN Vs. REFINERIA DEL NORTE S.A. S/ COBRO DE PESOS”, Nro. Sent: 643 Fecha Sentencia 08/09/2010).

También se ha considerado que: “Debe ser rigurosa la comprobación de los presupuestos fácticos consagrados en la mencionada norma debido a las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos, en principio, a la relación sustancial que motivó la reclamación (cfr. Fallos: 316:713). En esta perspectiva interesa destacar que para que surja la responsabilidad prevista en la disposición de marras es imprescindible que un sujeto se desprenda de su actividad normal y específica, mediante la recurrencia a contrataciones o subcontrataciones encaminadas a su realización total o parcial, de tal suerte que lo que debe verificarse en el caso es una unidad técnica de ejecución entre aquel sujeto y su contratista, con arreglo a la remisión que contiene al artículo 6 de la LCT ya que son los trabajos, que en el establecimiento se realizan o los servicios que se prestan, los que se contratan o subcontratan” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala Laboral y Contencioso Administrativo- “ABREGU DE SANDEZ JULIA ISABEL Y OTRA Vs. SOCIEDAD SIRIO LIBANESA Y OTROS S/ INDEMNIZACIONES”, Nro. Sent: 325 Fecha Sentencia 12/05/2010).

VII. 7. Cabe puntualizar que no corresponde aplicar a la codemandada la confesión ficta dispuesta en el artículo 325 del CPCT, de aplicación supletoria, toda vez que -como ya se dijo- no se verifica el cumplimiento efectivo de la notificación en el domicilio real denunciado por la demandada, sito en la Ciudad de Buenos Aires (Confr. Art. 17 inc. 3 CPL); lo que impide avanzar en este tema. Así lo declaro.

VII. 8. Con relación a la responsabilidad solidaria en el marco del Art. 31 LCT, la parte actora sostiene que ATENTO resulta solidariamente responsable con TELEFÓNICA, por alegando -sin mucha claridad- que “TELEFÓNICA controla a ATENGO y ATENTO ARGENTINA Ergo, son la misma empresa, los mismos capitales, los mismos directivos”.

Examinadas las constancias de autos, considero que la actora no ha probado los extremos fácticos invocados; resultando claramente insuficiente el haber acompañado una serie de “copias simples” de documentación que ni siquiera emanó de la empresa demandada (Telefónica Móviles Argentina SA); y que por tanto, al tratarse de documentación emanada de un tercero, las demandadas no debían siquiera negar su autenticidad, sino que estaba a cargo de la parte actora, justificar -con prueba específica, conforme el tipo de documentación- la autenticidad de las mismas; cosa que no fue cumplido; es decir, no se ha producido prueba en tal sentido.

En efecto, a la luz de las constancias de autos, no advierto prueba alguna que justifique lo expuesto por la actora; mucho menos, teniendo presente que claramente se trata de empresas (sociedades) inscriptas y que funcionan regularmente como personas jurídicas diferenciadas, y sin que se haya probado la vinculación alegada, ni los demás extremos fácticos mencionados, como para encuadrar el caso en las previsiones del Art. 31 LCT.

En efecto, no surge que -en el caso particular- la empresa ATENTO (demandada) se encuentre relacionada, ni vinculada, mucho menos subordinada; con TELEFÓNICA; ni tampoco que sean parte de un conjunto de sociedades vinculadas entre sí (como para catalogarlas que forman un “grupo económico”), ni mucho menos, de forma “permanente”.

Al respecto, tiene dicho la doctrina que el conjunto económico queda configurado cuando se reúnen las siguientes características: a) unidad de domicilio patrimonial de la empresa, b) similitud o analogía de los giros por concomitancia o sucesividad; c) utilización en común de implementos industriales; d) identidad en la integración de los directores o mandatarios de las empresas referidas a alguno o algunos de sus miembros; g) imposición de una empresa a otra de condiciones o lugar de comercialización de sus productos o con referencia a sus servicios de manera de crear una situación real (PLA RODRIGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral, Acali, Montevideo, 1978, T. 1, p. 154).

En el caso particular, no está probado que ambas empresas tengan directivos comunes, que hubieran utilizado locales comunes, ni los mismos implementos industriales, ni la imposición de una empresa a otra de condiciones o lugar de comercialización de sus productos o con referencia a sus servicios de manera de crear una situación real.

Además, tampoco se podría extender la responsabilidad a TELEFÓNICA -respecto de las deudas de ATENTO- aseverando la existencia de grupo económico, toda vez ni siquiera fue probada la existencia del grupo económico referido; y además, porque la jurisprudencia que comparto, considera que para que exista “solidaridad” (de todas las empresas del grupo económico, que lo examinamos solo por hipótesis), es necesario

probar dos recaudos, a saber: a) debe existir un grupo de empresas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente; y b) deben haber mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria (cfr. CSJT, “Coronel, Miguel Armando vs. Barone S.A. y otros s/ Despido”, sent. n° 850 del 28/8/2009; “Cantero, Juan Víctor vs. Tipa S.R.L. y otro s/ Indemnizaciones”, sent. n° 450 del 02/7/2013).

En definitiva, en el caso, no se presentan, ni están probados, ninguno de ambos supuestos, o presupuestos fácticos, para aplicar el Art. 31 LCT.

VII.8. Atento a las peculiares circunstancias de la causa no procede, en la especie, la responsabilidad solidaria pretendida por la actora por haber acreditado esta última la concurrencia de los presupuestos necesarios y previstos en la proposición normativa de los artículos 30, 31 y Cctes. de la LCT. Así lo declaro.

VIII. QUINTA CUESTIÓN: Procedencia de los rubros reclamados.

Resuelta la cuestión precedente, corresponde determinar la procedencia y la cuantía de cada uno de los rubros reclamados por la actora, por lo que se procederá a verificar cada uno de los reclamos, para definir su procedencia y cuantificación.

En relación a la determinación de la base de la remuneración que se tomará en cuenta para el cálculo de los rubros reclamados que correspondan (con excepción del rubro diferencias salariales para lo cual ha de estarse a lo declarado en la segunda cuestión, punto IV. 7), debe tenerse presente que la parte actora expresó que **su mejor sueldo** fue el correspondiente a Agosto de 2015, según escala salarial vigente a esa fecha del CCT 130/75, a jornada completa.

En efecto, en su demanda, la actora manifestó: “*sueldo Base de Cálculo: mejor sueldo correspondiente a agosto de 2015 según escala salarial vigente para empleados de comercio a jornada completa*” (ver escrito de demanda, foja 10, bajo el título “X-LIQUIDACION”).

Al respecto, considero importante puntualizar lo que fue expresamente reclamado en el escrito de demanda, ya que de sus términos explícitos, y del contenido de la contestación respectiva, ha quedado establecido el “*thema decidendum*” y la respectiva “*traba de la litis*”, lo que me coloca en la obligación de respetar dichos parámetros, básicamente el de los **reclamos concretos y sus planillas respectivas, para evitar caer en excesos que pudieren ser causal de nulidad del pronunciamiento**; ya que la CSJN ha tenido oportunidad de ratificar que “*la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio, reclama el acatamiento del denominado principio de congruencia o correspondencia*” (Fallos: 237:328; 256:504, entre muchos otros); como también **ha tenido oportunidad de descalificar los pronunciamientos judiciales que contienen un claro apartamiento de los términos en que quedó trabada la litis**, lo cual se consideró inconcebible dentro de una racional administración de justicia, según clásica definición dada por la Excma. Corte Nacional en la causa “Estrada, Eugenio” (Fallos: 247:713). Puede verse, en este mismo sentido, “Mansilla, Carlos Eugenia c/Fortbenton Co. Laboratories S.A. y Otros s/Despido” (Fallos: 337:179), Sentencia del 06/3/2014).

A lo expuesto agrego que el adicional por “presentismo” *no solo no fue reclamado, sino que, además, su cobro no es “automático” y de “pleno derecho”*, por lo que debió estar reclamado y probada su procedencia, lo que no ha sucedido en el caso de autos.

En mérito a lo expuesto, en razón que no existe reclamo y prueba que justifique incluir el adicional “presentismo” en la liquidación, y con la finalidad de no incurrir en violación al principio de congruencia, ni lesionar las garantías constitucionales antes mencionadas, se decide que en esta sentencia se calcularán las indemnizaciones y rubros salariales (con excepción de las diferencias salariales) *dentro de los límites expresados por la parte actora en la demanda*, en la cual se han reclamado como mejor remuneración el correspondiente a agosto de 2015, según la escala salarial vigente del CCT 130/75 para un administrativo A que cumplió una jornada completa de trabajo, el que se compondrá por “*sueldo básico*” y “*antigüedad*”. Así lo declaro.

Determinadas las cuestiones precedentes, corresponde determinar la cuantía y la procedencia de los rubros reclamados por la Sra. Gutiérrez, razón por la cual, se procederá al análisis de cada uno de ellos a los fines de su determinación.

(i) ANTIGÜEDAD: Este rubro pretendido resulta procedente en atención a que la extinción del vínculo laboral se produjo mediante despido directo injustificado y no consta acreditado su pago. Su cuantía se determinará en la planilla que forma parte de la presente sentencia, tomando como base de cálculo para la categoría de Administrativo A, según Convenio Colectivo de Trabajo 130/75 aplicable a la relación, el artículo 245 de la LCT, y la antigüedad que tenía la actora en el empleo. El importe será objeto de cálculo en la planilla respectiva. Así lo declaro.

(ii) PREAVISO: Conforme surge de las constancias de autos, el rubro reclamado resulta procedente atento a lo dispuesto por los artículos 231 y 232 de la LCT, pues el despido directo fue declarado injustificado y no consta acreditado su pago. Su cuantía se determinará en la planilla que forma parte de la presente sentencia, conforme las pautas antes mencionadas. El importe por el que procede este rubro, será objeto de cálculo en la planilla respectiva. Así lo declaro.

(iii) SAC PREAVISO: Con respecto a la incidencia del SAC sobre el preaviso, conforme lo establecido por la CSJT en su fallo “Domínguez Rodolfo vs. Vicente Trapani” -sent. nro. 107 del 07.03.12- sobre el modo de su consideración, el mismo se lo adiciona en la planilla de cálculos en base a su incidencia sobre el preaviso declarado admitido. Así lo declaro.

(iv) INTEGRACION MES DE DESPIDO: El rubro reclamado deviene procedente en virtud de que la causa del despido fue declarada injustificada; por la fecha en que se extinguió el contrato laboral (18.11.15) y por no constar acreditado su pago. Su importe será calculado en la planilla a practicarse en autos, conforme la base ya señalada y previsiones del artículo 233 de la LCT. Así lo declaro.

(v) SAC INTEGRACION MES DE DESPIDO: En cuanto al SAC sobre la integración mes de despido, en consonancia con los fallos que sustentan los rubros precedentes, considero al sueldo anual complementario parte integrante de la remuneración obligatoria debida a quien trabaja en relación de dependencia como accesorio necesario, con la particularidad de que su pago está diferido en el tiempo (Art. 122 de la LCT). Dado que por una ficción legal el despido producido con responsabilidad indemnizatoria se considera que surte plenos efectos a partir del primer día del mes siguiente, computándose los días faltantes como salarios por integración mes de despido, ese período devengaría SAC conforme el criterio minoritario del Plenario n° 322 “Tulosai” (02/04/2010), doctrina de la CSJT en “Pessoa Alfredo y otros vs. SADAIC s/cobros” (sent. 840 del 13/11/1998), en cuanto se dijo que: “en atención a que dicho concepto forma parte de la indemnización sustitutiva de preaviso (art. 233 2° párrafo LCT)” y más recientemente en “Luna Gabriel vs. Castillo SACIFIA” (sent. n° 835 del 17.10.13). En tal sentido, el segundo párrafo del art. 233 reza: “Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido”. De este modo, resulta procedente su pago, cuando el despido no se produce el último día del mes, de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 232 y 233 de la LCT. El importe por el que procede este rubro, será objeto de cálculo en la planilla respectiva. Así lo declaro.

(vi) SAC PROPORCIONAL 2015 2º SEMESTRE: Habiéndose determinado que el salario que efectivamente percibió la Sra. Gutiérrez fue inferior al que le correspondía según su jornada (básico de un trabajador de jornada completa, categoría Administrativo A del CCT 130/75), teniendo presente la fecha del distracto y el recibo de sueldo acompañado por la demandada a foja 113, donde consta acreditado su pago, el presente rubro resulta procedente en la diferencia pagada de menos. Su cuantía será calculada en la planilla de la presente sentencia. Así lo declaro.

(vii) VACACIONES NO GOZADAS 2015: En virtud de la fecha y año en que se produjo el distracto, lo declarado en relación a la jornada y el recibo acompañado por la demandada a foja 113, donde consta acreditado su pago, el presente rubro resulta procedente en la **diferencia** pagada de menos. Su cuantía será calculada en virtud de lo declarado con anterioridad en la planilla que forma parte de la presente sentencia. Así lo declaro.

(viii) SAC S/VACACIONES: En relación a este rubro se tiene dicho que: “...de conformidad con lo dispuesto por el art. 156 de la ley de contrato de trabajo, el salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada, posee naturaleza indemnizatoria por lo que no corresponde el cálculo del sueldo anual complementario con motivo del cese del dependiente” (pág. 1330/1331 Ley de Contrato de Trabajo, tomo II Juan Carlos Fernández Madrid (CNAT, Sala VII OCTUBRE 18/996.- “Luna, Roberto M. c. Buenos Aires Embotelladora S.A.”).

La CNAT, Sala X, al dictar sentencia n°14.283 el 25/04/06 en la causa “Candura Claudio Roberto c/ Dellvder Travel SA y otro s/despidos” también resolvió que: “...No resulta procedente -el SAC s/vacaciones- porque la indemnización por vacaciones no gozadas no es un salario, por lo tanto no genera sueldo anual complementario...”.

Atento a lo citado, corresponde rechazar el SAC de vacaciones no gozadas porque su cálculo se realiza sobre prestaciones que no equivalen a remuneración (artículo 156 de la LCT). Así lo declaro.

(ix) ACUERDO EMPLEADOS DE COMERCIO 2015, SUMA NO REMUNERATIVA: El Acuerdo 2015 de Empleados de Comercio estableció el pago de una suma fija, extraordinaria, excepcional, por única vez, no habitual ni permanente, de \$3048, de carácter no remunerativo a los trabajadores encuadrados en el CCT

130/75 (como es el caso de la actora). Asimismo, estableció que su pago sería efectuado en dos cuotas iguales de \$1524, cada una, en los meses de julio y septiembre de 2015.

Pues bien, de las constancias de autos surge que en el mes de septiembre de 2015 la demandada abonó a la trabajadora una parte proporcional de la suma no remunerativa en cuestión -\$1143-, conforme recibo de sueldo acompañado por la actora a foja 55, por lo que considero que el pago de este rubro resulta procedente en lo que sería la “diferencia”, por suma pagada de menos y de modo completo la cuota de julio 2015. Así lo declaro.

(x) INDEMNIZACION ART. 80 LEY 20.744: Cabe recordar que el artículo 80 de la LCT establece que: *“El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables. Cuando el contrato de trabajo se extingue por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formule el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente. (Párrafo incorporado por art. 45 de la Ley N°25.345 B.O. 17/11/2000)”*.

A su turno, el artículo 3° del decreto N°146/01, que reglamenta el artículo 45 de la ley N° 25.345, el cual agrega el último párrafo al artículo 80 de la LCT, expresa: *“El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. por Decreto N° 390/76) y sus modificatorias, dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.”*

Cabe recordar que esta nuestra Corte de Justicia tiene dicho que: *“para justificar la procedencia de la sanción peticionada con fundamento en el citado art. 80 de la Ley 20.744, se imponía analizar si el trabajador observó el recaudo formal de intimar la entrega del certificado de trabajo en tiempo y forma (conf. el art. 3 del Dec. N° 146/01) y, eventualmente, si concurren en el caso los extremos propios de la figura (el incumplimiento de la obligación de entregar el certificado o su cumplimiento defectuoso conforme lo establecido en el tercer párrafo del mencionado art. 80).”* (CSJT, sentencia N° 904 del 21-10-2013, “Ibáñez, Nelson Ricardo vs. Grupo Helados S.R.L. s/ Cobro de pesos”).

Pues bien, teniendo presente los lineamientos expuestos, de las constancias obrantes en la causa **no surge acreditado de modo alguno que la parte actora hubiere intimado a la demandada la entrega de la documentación laboral prevista en el artículo 80 de la LCT**, razón por la cual, el pago del rubro peticionado **resulta improcedente**. Así lo declaro.

(xi) INDEMNIZACION LEY 25323 ART. 2: Cabe recordar que la doctrina legal sentada por el Excmo. Corte Suprema de Justicia de Tucumán en los autos “*Barcellona, Eduardo José vs. Textil Doss SRL s/ cobro de pesos*”, sentencia N°335 dictada el 12/05/2010, sostuvo como requisito necesario para la procedencia de esta indemnización, que el artículo 2 de la ley 25.323 exige que el trabajador curse una intimación fehaciente al empleador moroso a los efectos de otorgarle una última oportunidad para que éste adecue su conducta a las disposiciones legales. Y que la mora del empleador en el pago de las indemnizaciones de los trabajadores recién se produce luego de transcurridos los cuatro días hábiles de producida la extinción del vínculo, tal como se desprende del juego armónico de los artículos 128 y 149 de la LCT.

En consecuencia, conforme lo anterior, teniendo presente que la extinción del vínculo laboral se produjo el **18.11.15** y que la actora intimó el pago de los rubros indemnizatorios a la demandada, conforme surge del TCL de fecha de imposición **30.11.15** -foja 30-, no constando en la causa que aquellos hubiesen sido abonados a la Sra. Gutiérrez, resulta procedente el pago de este rubro. Así lo declaro.

(xii) DIFERENCIAS SALARIALES POR INCUMPLIMIENTO DE ART. 92 TER LCT: Conforme lo declarado al tratar la segunda cuestión- punto IV, 8 y 9-, constatándose que el salario que efectivamente percibió la Sra. Gutiérrez fue inferior al que le correspondía según su jornada de trabajo, categoría Administrativo A del CCT 130/75, corresponde que se liquiden a su favor las diferencias salariales por los períodos reclamados: noviembre de 2013 a noviembre de 2015, inclusive; para lo cual deberá tenerse presente lo declarado en el punto IV. 7 de esta sentencia Así lo declaro.

(xiii) LEY 23952, DESPIDO DISCRIMINATORIO POR RAZONES DE SALUD: DAÑO MORAL. \$10.000:

Habiéndose determinado que la parte actora fue despedida injustificadamente mediante un acto de discriminación (ver lo analizado y resuelto en relación al despido discriminatorio, punto VI.1 al VI.3), encontrándose acreditado el hecho ilícito, el daño moral resulta procedente, estimando razonable la suma reclamada por la actora (\$10.000) a la fecha del distracto (18/11/2015), por lo que considero prudente la procedencia de este rubro, y su importe será reflejado en la planilla. Así lo declaro.

(xiv) ARTS. 178/182 DESPIDO POR MATERNIDAD: Habiéndose determinado que el despido -de fecha 18.11.15- sucedió obedeció a razones de maternidad, el que se produjo dentro del plazo de siete meses y medio contados desde el nacimiento del hijo (14.04.15), por no haber la demandada acreditado que lo fue por cuestiones ajenas a ella, corresponde hacer lugar al pago de la indemnización establecida en el artículo 182 de la LCT.

Es importante destacar que **esta indemnización procede aún en caso de fallecimiento del hijo luego del parto**. En este sentido se ha expedido la jurisprudencia al decir que: *“El art. 178, LCT, no autoriza la distinción entre embarazo o parto normales y embarazo interrumpido por cualquier causa o parto prematuro. En el presente caso, un embarazo doble, con cuatro meses de gestación, se interrumpe por la enfermedad y muerte de un feto que provoca el parto prematuro del otro. Es evidente que hubo un parto, aun patológico, por lo que la protección legal es inevitable si se entiende que una mujer no es una máquina reproductora que sólo debe ser protegida en función de la maternidad exitosa. La conducta de la empleadora, que se apresura a despedir a la empleada antes de que se venza la garantía establecida en el precepto normativo mencionado, genera el derecho a la indemnización especial”* (CSJN, “Mansilla, Manuel Antonio vs. Compañía Azucarera”, sentencia de fecha 30.03.92).

En idéntico sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, al considerar -con criterio que comparto- que: *“coincido con Centeno en cuanto a que el plazo de protección legal ha sido otorgado, teniendo en consideración el parto que ocurre dentro de los períodos previstos por el artículo 77 del Código Civil (entre los ciento ochenta y los trescientos días de embarazo), pero que es independiente, del nacimiento con vida del hijo o de su -más o menos inmediato- fallecimiento (conf. "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", pág. 655 citado por Liliana Hebe Litterio en "Ley de Contrato de Trabajo" Comentada y Concordada Antonio Vázquez Vialard, Director, Tomo II, pág. 413). No hay duda que durante el plazo anterior al nacimiento, la protección va dirigida a la mujer embarazada y que, durante el posterior se proyecta sobre ambos (mamá y bebé) por lo que no se debe descartar la operatividad de la presunción que consagra el art. 178 de la L.C.T. cuando el hijo nace sin vida o su deceso se produce de inmediato. El reconocimiento de la operatividad de la presunción en los casos en los que el hijo de la trabajadora fallece antes o después del parto, encuentra su explicación en las precarias condiciones psíquicas y físicas en que puede quedar la madre a raíz de la circunstancia apuntada (conf. "Legislación del Trabajo Sistematizada, Astrea Buenos Aires, 2001, p. 203). En tal marco, he de recordar que la demandada tenía conocimiento cierto del nacimiento (o parto) del hijo de la dependiente (ocurrido 13.04.05, ver fs. 4 vta. no negado en el responde); y observo que el despido imputable a la responsabilidad patronal se produjo el 06.07.05 (ver fs. 20), es decir, dentro del lapso de estabilidad garantizada por el art. 11, inc. 2, ap. a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art.75, inc. 22 de la C.N.) y por el 177 de la LCT; y dentro del plazo presuncional contemplado en el art. 178 de la LCT por lo que, con arreglo a lo establecido en esta norma, no cabe sino concluir que tuvo por causa la maternidad de la accionante así como los acontecimientos y circunstancias que derivaron de ella. Desde esa perspectiva, concluyo que a ésta le asiste, entonces, el derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT; y así lo dejo propiciado a fin de que se revoque el decisorio apelado también en este aspecto.”* (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, SALA II, “Pavón, Norma Liliana c. IpiAsac Argentina S.A.”, 08/03/2007).

Por último, también la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, se ha expresado en tal sentido al dictar sentencia en “Sierra de Bibu, Graciela c. Indico Argentina S. A.”, sentencia de fecha 07/07/1992, al considerar que: *“la doctrina que esta Corte estableció a partir de la causa L. 33.663, "Flores, Ramona c. Sil Ben S. C. A., indemnización especial”, sent. del 31/8/84; en la que se revisó y cambió la jurisprudencia que se denuncia como infringida por el sentenciante de grado. En tal oportunidad este tribunal entendió que la garantía de que goza la trabajadora a partir de la concepción dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha de parto, debe proteger a la madre aunque el hijo fallezca con el alumbramiento o después, mediante la obligación del principal de concederle a la empleada el derecho a su licencia y además asegurarle la conservación del puesto por el período de estabilidad antes indicado según lo determinado en el art. 178 de la ley de contrato de trabajo. Caso contrario deberá abonar la indemnización que establece el art. 182 del citado cuerpo legal”*.

En consecuencia, el rubro resulta procedente, y será calculado en la planilla respectiva. Así lo declaro.

(xv) MULTA DE LEY 25013 ART. 9 POR TEMERIDAD. En virtud de que la multa prevista en el artículo peticionado pues el presupuesto que condiciona su viabilidad es el mismo que el sancionado por el art. 2 de la ley 25323 (esto es, la falta de pago en término de la indemnización por despido), el que ha sido declarado procedente en esta sentencia, por aplicación del principio *non bis in idem*, cabe rechazar la procedencia de este rubro. Así lo declaro.

En este sentido se han expedido los tribunales nacionales del trabajo, al decir -con criterio que comparto- que: “toda vez que el artículo 9º de la ley Nº 25.013 dispone una sanción para el caso de configurarse la misma conducta reprochada por el art. 2 de la ley Nº 25.323, no resulta procedente aplicar ambas disposiciones legales. (Del voto del Dr. Eiras)” (CNAT, SALA III. EXPTE Nº 4.225/01. SENTENCIA 83.986. 12/09/02. “SAIEGH, SALVADOR C/ CONS. PROPIETARIOS H. YRIGOYEN 3641/49/59 S/ DESPIDO”). En idéntico sentido lo ha decidido la CNAT, Sala IV, Sent. Def. Nº 94.910 del 29/9/2010 en la causa “Forestieri, María Ángeles Lorena c/Hutchinson Telecommunications Argentina S.A. s/despido”, (Voto de Guisado - Zas - Ferreirós).

También se han expedido en ese lineamiento nuestras Cámaras del Trabajo al considerar que: “Prestigiosos autores han considerado que ambas normas persiguen idénticos propósitos, con lo cual no pueden acumularse, debiendo prevalecer la multa del art. 2 de la Ley 25.323 por sobre la sanción del art. 9 de la Ley 25.013 y que esta última resultará aplicable para los casos en que la anterior no proceda (como en el caso en que no se haya realizado la intimación fehaciente a la que refiere el art. 2 de la Ley 25.323, o cuando se trate de la indemnización a pagar a un trabajador comprendido en algún estatuto particular, o cuando se trate del pago de un acuerdo rescisorio no homologado -supuesto no contemplado en la Ley 25.323-). Tal es, por ejemplo, la posición de Carlos A. Etala (Contrato de Trabajo, Ed. Astrea 2008, T. II, p. 366) y ha sido adoptada en varios antecedentes jurisprudenciales. La Cámara Nacional del Trabajo, sala 4, ha dicho que “no corresponde hacer lugar al reclamo de la multa prevista por el art. 9, ley 25.013, toda vez que el presupuesto que condiciona su viabilidad, es el mismo sancionado por el art. 2, ley 25.323” (Méndez, Etel R. v. Empresa Distribuidora Sur SA). Comparto este criterio, ya que admitir la acumulación de ambas sanciones implicaría una violación al principio *non bis in idem*, en tanto se estaría propiciando castigar al empleador dos veces por la misma conducta. DRES.: CASTELLANOS MURGA - PEDERNERA.” (Cámara del Trabajo, sala 5 en “Alderete Francisco Antonio vs. DettaColli Juan Carlos s/cobro de pesos”, sentencia 198 de fecha 31/10/2013, Cámara del Trabajo, Concepción, sala 1 en “Medina Adela Mabel Maria vs. Wassuf Emilia Isabel s/indemnización por despido”, sentencia 73 del 24.04.13, Cámara del Trabajo, Sala 4, causa “Saracco Paula vs. Huerta Macchiarola HNOS SRL s/cobro de pesos s/x-instancia única”, sentencia 152 del 07.08.12).

XI. SEXTA CUESTION: INTERESES.

Corresponde aplicar al monto de condena la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuentos a 30 días vencidas a los fines de la reexpresión de la deuda. Ello, para dar una razonable respuesta a las cíclicas y serias crisis económicas por las que recurrentemente atraviesa el país y, consecuentemente, la inestabilidad de la moneda traducida en picos inflacionarios como el actual. Es que los magistrados estamos obligados a tener presente este aspecto en su valoración por los diversos efectos y el impacto que ellas pueden producir, los que repercuten notablemente en el fuero laboral.

Los desequilibrios que se verifican como resultado de la histórica inestabilidad del sistema económico nos lleva necesariamente a establecer criterios de cálculo más acordes a la realidad socioeconómica, buscando preservar con ello la integridad del valor de los créditos laborales reclamados, en virtud de la naturaleza y el carácter eminentemente alimentario que revisten.

De otro modo, el simple paso del tiempo vulneraría y desvirtuaría los fundamentos jurídicos que amparan al trabajador frente al despido sin causa. Por ello, la aplicación de una metodología equivocada, podría producir efectos contrarios a la legislación de fondo y al principio tuitivo y protectorio del derecho del trabajo, de raigambre constitucional, que reconoce también como fuente al derecho internacional. Verbigracia Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- “Protocolo de San Salvador”-, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convenciones de la OIT; conforme artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Cabe destacar que, en el fallo dictado el 23.09.14 por la Corte de Justicia de nuestra provincia, en los autos “*Olivares Roberto Domingo vs. Michavila Carlos Arnaldo y otro s/ Daños y Perjuicios*”, sentencia Nº 937/14, se señaló que es función de los jueces de grado aplicar la tasa de interés que consideren adecuada para garantizar el justo resarcimiento del acreedor. En el mismo sentido nuestro máximo Tribunal expresó que: “*El juez debe aplicar, de conformidad al artículo 622 del Código Civil, los intereses legales que las leyes especiales hubieren determinado*”.

Ahora bien, como no existe norma legal alguna que determine de manera expresa la aplicación de la tasa pasiva o de la activa, es **facultad discrecional del juez determinar la tasa aplicable, teniendo en cuenta la finalidad resarcitoria de la norma y el contexto socio-económico existente al momento del fallo**, considerando razonable, como se dijo, aplicar la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuentos a 30 días vencida.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, considero que no existen razones legales para imponer al trabajador/acreedor una tasa menor a la activa, porque de lo contrario se lo obliga a financiar la morosidad del deudor cobrando en tasa pasiva cuando para atender sus necesidades primarias, como es el pago de servicios públicos u otras obligaciones asumidas en materia comercial o en transacciones con cheques, pagarés, etc., debe acatar la tasa activa (o la que le imponga su acreedor), con lo que se genera un enriquecimiento sin causa prohibido por nuestro derecho vigente porque al fijar la tasa pasiva se transfiere patrimonio del dependiente a favor del empleador (deudor) que es equivalente a la utilidad bancaria (diferencia entre la tasa activa y la pasiva) vulnerando la igualdad ante la ley que emerge del artículo 16 de la Constitución Nacional en perjuicio del trabajador (parte débil de la relación laboral) y todo el sistema protectorio del derecho del trabajo.

En ese orden de ideas, también nuestro Cíbero Tribunal de Justicia se ha pronunciado recientemente al dictar la sentencia 2334 el 22/11/19 en la causa “*Rodríguez Justiniano vs. Citromax SACI s/cobro de pesos*”, al considerar que: “*A la luz de todo lo precedentemente expuesto, en estricta coherencia con la mencionada función trifásica de la casación, esto es, a) control del cumplimiento del derecho objetivo, en el caso, legislación común, b) uniformidad de la jurisprudencia, y c) justicia del caso, y en concreta relación a la naturaleza del crédito laboral reclamado en autos en el contexto de las actuales circunstancias, considero que la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días cumple adecuadamente la función resarcitoria del daño sufrido por el trabajador como consecuencia de la mora de su empleador y mantiene incólume el contenido económico de la sentencia, tal como lo establece el art. 10 del Decreto N° 941/91. Consecuentemente, concluyo en que esa es la tasa que debe aplicarse a los juicios laborales. 'Por último, los argumentos expuestos permiten trasladar la conclusión de aquella interpretación del art. 622 del Código Civil a la que corresponde asignar a las actuales normas del Código Civil y Comercial, vigente a partir del 01/08/2015 (conf. art. 7 de la Ley N° 26.994 reformado por el art. 1 de la Ley N° 27.077), desde que el texto de su art. 768 por una parte sienta el principio general en materia de intereses moratorios cuando establece que 'A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes', y por otra dispone que en los supuestos en que la tasa no ha sido acordada por las partes (inc. a) o no se encuentra prevista en disposiciones especiales (inc. b), 'la tasa se determinac) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central'”. A la luz de la consideraciones compartidas ut supra, en el caso concreto, en que el crédito reconocido al trabajador reviste carácter alimentario, considero que cabe receptar el agravio bajo tratamiento y, en consecuencia, acoger lo peticionado por la parte actora, propiciando que se aplique la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento a treinta días, a fin de calcular los intereses devengados por los rubros declarados procedentes, desde la fecha de la mora y hasta su efectivo pago.” Así, concluye el fallo aplicando la **doctrina legal de la Corte**(casando la sentencia de cámara que aplicó la tasa pasiva) que establece: “**En el contexto de las singularidades del crédito laboral objeto del proceso judicial deducido por el trabajador y de las circunstancias económicas actuales, el mantenimiento incólume del contenido económico de la sentencia conduce a liquidar los intereses que se deben a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento a treinta días desde la fecha de la mora y hasta su efectivo pago.**” (la negrita me pertenece).*

En consecuencia, este Sentenciante considera que resulta razonable, conforme las circunstancias económicas fluctuantes de nuestro país, doctrina legal de nuestra Corte y a lo dispuesto por el artículo 767 del Código Civil y Comercial de la Nación, la aplicación de la tasa ut supra referida en base a lo considerado. Así lo declaro.

PLANILLA:

NombreGutierrez Andrea Natalia

Fecha Ingreso26/1/2009

Fecha Egreso18/11/2015

Antigüedad6a 9m 22d

Antigüedad Indemnización7a

Categoría CCT 130/75Adm A

JornadaCompleta

Base Remuneratoria

Básico\$ 10.049

Antigüedad\$ 603

Sueldo Bruto\$ 10.652

Cálculo Capital e Intereses de Rubros Condenados

Rubro 1: Indemnización por Antigüedad\$ 74.564

$\$10652 \times 7 =$

Rubro 2: Indemnización p/Preaviso\$ 21.304

$\$10652 \times 2 =$

Rubro 3: Sac s/Indemnización p/Preaviso\$ 1.775

$\$21304 / 12 =$

Rubro 4: Integración mes de despido\$ 4.261

$\$10652 / 30 \times 12 =$

Rubro 5: Sac s/integración mes de despido\$ 355

$\$4261 / 12 =$

Rubro 6: Sac Prop.2do Sem. 2015\$ 2.461

$\$10652 / 360 \times 138 = \$ 4.083$

(-) menos liq. Abonada fs 113-\$ 1.623

Rubro 7: Vacaciones No Gozadas Año 2015\$ 1.660

$\$ 10652 / 25 \times (21 \times 318 / 360) = \$ 7.904$

(-) menos liq. Abonada fs 113-\$ 6.244

Rubro 8: Acuerdo Comercio Suma No Remunerativa\$ 1.905

$Acuerdo Comercio Año 2015\$ 3.048$

(-) importe abonado liquid. Fs.55-\$ 1.143

Rubro 9: Multa Art 2 Ley 25323\$ 50.064

*Indemnizac. p/antig.50%\$ 37.282

* Indemnizac. p/preav.50%\$ 10.652

* Indemnizac. p/integ50%\$ 2.130

Rubro 10: Daño Moral\$ 10.000

Rubro 11: Art 178/182 Despido por maternidad\$ 127.824

$\$ 10652 \times 12 =$

Total Rubros del 1 al 11 en \$ al 18/11/2015\$ 296.173

Tasa Activa BNA en \$ desde 18/11/2015 al 31/05/2021207,71%\$ 615.182

Total Rubros del 1 al 11 en \$ al 31/05/2021\$ 911.355

Rubro 11: Diferencias Salariales

PeríodoBasicoAntig.BrutoPercibióDif.

Recl. %

Actual.Actual.Dif. Act. 31/05/21

nov-13	\$ 5.276	\$ 211	\$ 5.487	-\$ 4.621	\$ 867255,22%	\$ 2.212	\$ 3.078
dic-13	\$ 5.276	\$ 211	\$ 5.487	-\$ 4.621	\$ 867253,67%	\$ 2.199	\$ 3.065
ene-14	\$ 5.276	\$ 264	\$ 5.540	-\$ 4.621	\$ 920252,08%	\$ 2.318	\$ 3.237
feb-14	\$ 6.763	\$ 338	\$ 7.101	-\$ 4.621	\$ 2.480250,05%	\$ 6.202	\$ 8.683
mar-14	\$ 6.763	\$ 338	\$ 7.101	-\$ 4.621	\$ 2.480247,98%	\$ 6.151	\$ 8.631
abr-14	\$ 7.912	\$ 396	\$ 8.308	-\$ 4.621	\$ 3.688245,93%	\$ 9.069	\$ 12.756
may-14	\$ 7.912	\$ 396	\$ 8.308	-\$ 5.358	\$ 2.950243,87%	\$ 7.194	\$ 10.144
jun-14	\$ 7.912	\$ 396	\$ 8.308	-\$ 8.713	-\$ 405241,82%	-\$ 979	-\$ 1.384
jul-14	\$ 7.912	\$ 396	\$ 8.308	-\$ 6.376	\$ 1.932239,76%	\$ 4.633	\$ 6.565
ago-14	\$ 7.912	\$ 396	\$ 8.308	-\$ 5.476	\$ 2.833237,71%	\$ 6.733	\$ 9.566
sep-14	\$ 8.589	\$ 429	\$ 9.018	-\$ 5.476	\$ 3.543235,66%	\$ 8.348	\$ 11.891
oct-14	\$ 8.589	\$ 429	\$ 9.018	-\$ 5.476	\$ 3.543233,60%	\$ 8.276	\$ 11.818
nov-14	\$ 8.589	\$ 429	\$ 9.018	-\$ 5.476	\$ 3.543231,55%	\$ 8.203	\$ 11.746
dic-14	\$ 8.589	\$ 429	\$ 9.018	\$ 5.427	\$ 14.445229,49%	\$ 33.151	\$ 47.596
ene-15	\$ 8.589	\$ 515	\$ 9.104	-\$ 5.839	\$ 3.265227,43%	\$ 7.425	\$ 10.689
feb-15	\$ 8.589	\$ 515	\$ 9.104	-\$ 5.839	\$ 3.265225,39%	\$ 7.358	\$ 10.623
mar-15	\$ 8.589	\$ 515	\$ 9.104	-\$ 5.839	\$ 3.265223,32%	\$ 7.290	\$ 10.555
abr-15	\$ 8.589	\$ 515	\$ 9.104	-\$ 5.839	\$ 3.265221,27%	\$ 7.224	\$ 10.488
may-15	\$ 10.049	\$ 603	\$ 10.652	-\$ 4.429	\$ 6.223219,21%	\$ 13.642	\$ 19.865
jun-15	\$ 10.049	\$ 603	\$ 10.652	-\$ 9.377	\$ 1.275217,16%	\$ 2.769	\$ 4.044
jul-15	\$ 10.049	\$ 603	\$ 10.652	-\$ 5.839	\$ 4.812215,10%	\$ 10.351	\$ 15.163
ago-15	\$ 10.049	\$ 603	\$ 10.652	-\$ 6.015	\$ 4.637213,05%	\$ 9.879	\$ 14.516
sep-15	\$ 10.049	\$ 603	\$ 10.652	-\$ 4.034	\$ 6.618211,00%	\$ 13.964	\$ 20.581
oct-15	\$ 10.049	\$ 603	\$ 10.652	-\$ 5.839	\$ 4.812208,94%	\$ 10.055	\$ 14.867
18 ds nov-15	\$ 6.545	\$ 393	\$ 6.937	-\$ 5.839	\$ 1.098207,71%	\$ 2.280	\$ 3.378
Totales	\$ 215.592	-\$ 129.374	\$ 86.218	\$ 195.945	\$ 282.163		

Total Rubros 1 al 10\$ 911.355

Total Rubro 11\$ 282.163

Total Condena en \$ al 31/05/2021\$ 1.193.518

XI.COSTAS:

Las costas serán impuestas en la forma que seguidamente se indica:

XI. 1. Respecto del reclamo actor contra Atento Argentina S.A., debo expresar que en numerosos antecedentes, nuestra Corte Suprema local ha destacado que *“la noción de vencido se establece con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados”* (cfr. CSJT, sentencia n°699, 23/8/2012, “Vega, Julio César vs. Arévalo, Ramón Martín s/ cobro de pesos”; sentencia n° 415, 7/6/2002, “López, Domingo Gabriel vs. NaculUadi s/ salarios impagos y otros”; sentencia n° 981, 20/11/2000, “Reyna, Julio Andrés vs. Ingeco SA s/ indemnización por accidente de trabajo”; sentencia n° 687, 7/9/1998, “Fernández, Ramón Alberto vs. Bagley SA s/ cobros”, entre otras). Asimismo, tiene dicho *“que el hecho objetivo previsto en la ley procesal para determinar el carácter de vencedor o vencido en un pleito se manifiesta, en particular, por la derrota de la posición procesal sostenida por la parte y por el correlativo progreso de la posición procesal de la contraria”* (CSJT, sentencia N°1.298, 5/9/2017, “Pérez, Luis Fernando vs. Caja Popular de Ahorros de Tucumán - ART SA s/ cobro de pesos”).

En el caso que nos ocupa, si bien ha existido un progreso parcial (pues se rechazan algunos rubros), no es menos cierto que en la contienda con ATENTO ARGENTINA S.A. la **parte actora debe considerarse como parte ganadora/vencedora**, ya que claramente ha prevalecido su posición jurídica respecto de la opuesta por ATENTO, en lo que fue el aspecto sustancial del debate (despido directo injustificado, arbitrario y discriminatorio, con las indemnizaciones respectivas y las diferencias salariales, etc.); es decir, frente a los puntos controvertidos -en esencia- la parte actora resultó vencedora en lo sustancial del debate. Por tanto, y sin que esto implique desconocer el progreso parcial, considero que ello no modifica la condición de vencedora que reviste la parte actora.

En consecuencia, teniendo en cuenta los aspectos antes indicados; esto es, que la actora debe ser considerada sustancialmente “parte vencedora”, pero también sin desentenderme del “progreso parcial de su demanda, considero justo y equitativo que las costas procesales de la siguiente manera: ATENTO ARGENTINA S.A., el 100% de las propias, más el 90% de las generadas por la parte actora; quién asume el 10% de las propias (Arts.105, 108, primera parte, y Cctes. del CPCC supletorio). Así lo declaro.

XI. 2. Con relación al reclamo del actor en contra de Telefónica Móviles Argentina SA., debo expresar que si bien es cierto que en el caso se ha decidido que no progresa la demanda en contra de la misma, no es menos cierto -al mismo tiempo- que la actora, Sra. GUTIERREZ ha tenido razón probable para litigar; y por lo tanto, considero razonable imponerlas por el orden causado. Ello así, por cuanto entiendo que el tema de la “responsabilidad solidaria” de las sociedades resulta ser una cuestión de índole jurídica compleja, donde incluso, existe jurisprudencia dividida. Es decir, no existe jurisprudencia pacífica en la materia; y por tanto, la trabajadora pudo considerarse con razones probables para litigar en contra de ambas sociedades, en las particulares circunstancias del caso. Consecuentemente, las costas serán soportadas por el orden causado. (conf. Art. 108 in fine y 105 inc. 1°del CPC y C., supletorio al fuero). Así lo declaro.

XII. HONORARIOS: Corresponde en esta oportunidad regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la presente causa, conforme lo prescribe el art. 46, inc 2, de la ley 6.204.

Atento al resultado arribado en la litis y a la naturaleza de la misma, es de aplicación el artículo 50 inciso 1 de la citada ley, por lo que se toma como base regulatoria el monto del capital de condena, el que según planilla que antecede asciende a la suma de \$1.193.518 al 31/05/2021.

Habiéndose determinado la base regulatoria, teniendo en cuenta la calidad jurídica de la labor desarrollada por los profesionales, el éxito obtenido, el tiempo transcurrido en la solución del pleito y lo dispuesto por los artículos 15, 38, 42 y concordantes de la ley N°5.480, se regulan los siguientes honorarios:

1) Al letrado Juan Lucas Rivadeo, por su actuación en la causa por la parte actora, en el doble carácter, en las tres etapas del proceso de conocimiento cumplidas, la suma de \$258.993 (base regulatoria x 14% x el 55% / 3 etapas x 3).

2) Al letrado Rodolfo José Terán, por su actuación en la causa por la parte demandada en el doble carácter, en una etapa y media del proceso de conocimiento cumplidas, la suma de \$64.748 (base regulatoria x 7% x el 55% / 3 etapas x 1,5).

3) Al letrado Eduardo Palacio (h), por su actuación en la causa por la parte co-demandada en el doble carácter, en una etapa y media del proceso de conocimiento cumplidas la suma de \$129.497 (base regulatoria x 14% x el 55% / 3 etapas x 1,5).

Por ello,

RESUELVO:

I. ADMITIR PARCIALMENTE LA DEMANDA promovida por **ANDREA NATALIA GUTIERREZ**, DNI 30.841.164, con domicilio en calle Entre Ríos 138, El Manantial, Tucumán, en contra de **ATENTO ARGENTINAS.A.**, CUIT 30-70969917-9, con domicilio en Av. Ejército del Norte 757, de ésta ciudad. En consecuencia, se condena a ésta al pago total de la suma de \$1.193.518 (PESOS UN MILLÓN CIENTO NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIECIOCHO), en concepto de (i) antigüedad, (ii) Preaviso, (iii) SAC preaviso, (iv) Integración mes de despido, (v) SAC integración despido; (vi) diferencia de SAC proporcional 2015 2º semestre; (vii) diferencia de Vacaciones no gozadas 2015; (viii) Acuerdo empleados de comercio 2015, suma no remunerativa; (ix) indemnización ley 25323, art. 2; (x) Pago de diferencias salariales por incumplimiento de art. 92 ter LCT; (xi) Ley 23592, despido discriminatorio por razones de salud-daño moral \$10.000 y (xii) arts.178/182 despido por maternidad, la que deberá hacerse efectiva dentro de los 10 días de ejecutoriada la presente, mediante depósito bancario en una cuenta a la orden del éste juzgado, bajo apercibimiento de ley. Todo ello conforme lo meritado.

II. ABSOLVER a la demandada Atento Argentina SA del pago de los siguientes rubros: (xiii) diferencias de Sac s/vacaciones, (xiv) indemnización art. 80 ley 20744 y (xv) multa de ley 25013 art. 9 por temeridad, por lo considerado.

III. RECHAZAR la demanda interpuesta por la actora en contra de Telefónica Móviles Argentina SA, por lo considerado.

IV. COSTAS e INTERESES: conforme son consideradas.

V. HONORARIOS: Al letrado Juan Lucas Rivadeo, la suma de \$258.993; al letrado Rodolfo José Terán, la suma de \$64.748; y al letrado Eduardo Palacio (h), la suma de \$129.497; conforme lo considerado.

VI. TÉNGASE PRESENTE la reserva del caso federal formulado por Telefónica Móviles Argentina SA.

VII. PRACTIQUESE PLANILLA FISCAL, y notifíquese para la reposición de la misma, bajo apercibimiento de remitir las actuaciones a la Dirección General de Rentas de la Provincia de Tucumán.

VIII. COMUNIQUESE a la Caja de Previsión y seguridad Social de Abogados y Procuradores de Tucumán.

REGISTRESE, ARCHIVESE Y HAGASE SABER.

Fdo:DR. EZIO E. JOGNA PRAT - Juez PDC **QUEDA UD. DEBIDAMENTE NOTIFICADO.-**

Secretarios: |DR. BRUNO CONRADO DIAZ|

|DRA. MARÍA ALEJANDRA RASKA|

Actuación firmada en fecha 06/07/2021

Certificado digital:
CN=RASKA Maria Alejandra, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27340676454

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>.