

NEUQUEN, 19 de diciembre de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "P. A. C. C/ C. C.

S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (JNQLA2 EXP Nº 501905/2013), venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia del 28.12.2016 (fs. 264/267), fundando la apelación a fs. 275/288.

Sostiene que la sentencia ha desvirtuado groseramente la regla de la sana crítica en la valoración de las pruebas producidas, sin armonizar de manera concreta y circunstanciada los elementos obrantes en la causa.

Considera que no fueron valoradas las declaraciones testimoniales de Yezzi, Rolón y Koenig, que acredita el despido verbal de la actora con anterioridad al día en que ésta enviara el telegrama por el cual comunicó su estado de gravedad. Se agravia que no se considerara el efecto notificadorio de la carta documento remitida al último domicilio declarado por la actora el 23.08.2013.

Cuestiona que no se atendiera a las razones objetivas del despido que informaron los testigos, bajo el argumento de que no hubo causa.

Critica la falta de valoración de la conducta de mala fe de la demandante, que mudándose de su domicilio para evitar la recepción de la carta documento de despido, así como contradictoria, cuando afirma por un lado que pretende la conservación del vínculo, y rechaza la proposición expresa de continuar con la relación.

Finalmente, que no se considerara el desconocimiento del estado de embarazo de la actora al momento de desvincularla, y la buena fe que demostró una vez que tomo conocimiento del embarazo, ofreciéndole retomar el contrato de trabajo. Asimismo, ataca los honorarios regulados, por elevados.

II.- Sustanciado el recurso (fs. 289), responde la actora a fs. 293/298; pide se rechace la apelación con costas.

Niega la existencia de comunicación verbal del despido anterior; que se acreditó por testigos que se había presentado en el lugar de trabajo el día 24.08.13 con una nota donde comunicaba su estado de embarazo, que fue rechazada, viéndose obligada a remitir telegrama a tal fin; que la notificación del despido nunca llegó a su conocimiento en razón de haberse mudado del domicilio; que resulta contradictorio pretender dos formas de comunicar el despido; que anotició en término el cambio de domicilio que se había producido el 21.08.2013, por lo que no obró de mala fe y que cumplió acabadamente con lo previsto en el art. 177 de la LCT; que la recurrente soslaya que el mismo día que tomó conocimiento del embarazo, reiteró el despido sin causa al nuevo domicilio; que se pretende acreditar supuestas razones objetivas previas que

determinaron la ruptura del contrato de trabajo, cuando nunca antes se habían hecho referencia, con lo que le asiste razón al juez de grado respecto de que el distracto se produjo por despido directo sin causa; en relación a la mala fe por no aceptar la retractación del despido, reedita lo vinculado con el intercambio epistolar, y que ello fue con motivo de advertir la falta grave en que se había incurrido.

III.- Que a fs. 290 el perito contador apela por bajos los honorarios regulados.

IV.- Abordando la cuestión traía a entendimiento, resulta que la sentencia en crisis hizo lugar a la demanda y condenó a la empleadora a abonar la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT luego de concluir que el cese de la relación laboral fue por causa de embarazo, al ser aplicable la presunción que regula el art. 178 de la LCT, y con sustento en que el despido se produjo el día 27.08.2013 y que con anterioridad a esa fecha, el 26.08.2013, la actora había notificado su estado de embarazo, junto con la denuncia del cambio de domicilio.

En relación al argumento defensivo de que el despido fue dejado sin efecto, concluye que el art. 234 de la LCT únicamente permite desdecirse de la ruptura ya notificada por acuerdo común de voluntades, el cual fue negado y no tuvo prueba respaldatoria.

Que la prueba relevada ha evidenciado que:

A.- El día 23 de agosto de 2013 la empleadora remitió a la actora telegrama comunicando despido incausado a partir del día siguiente (24.08.2013), misiva que fue devuelta con el informe de que la trabajadora se había mudado (fs. 66/67).

El día 24 de agosto de 2013 la actora comunica por telegrama el embarazo conforme análisis de sangre, con fundamento en la negativa de recibir la nota a tal fin (fs. 3), así como el nuevo domicilio real (fs. 4), piezas que fueron recepcionadas el 26 de agosto de 2013 a las 13.08 hs (fs. 205).

El día 26 de agosto de 2013 la empleadora remite misiva comunicando nuevamente el despido antes dispuesto y que no había sido notificado (fs. 69), que es recibido el 27.08.2013 (fs. 68).

El día 30 de agosto de 2013 la empleadora responde los dos telegramas (estado de embarazo y nuevo domicilio), retractándose del despido dispuesto e intima a la actora a que se presenta a cumplir con sus tareas en el lugar y horario habitual de trabajo”, invocando el principio de buena fe laboral y considerando que la gravidez era una situación de hecho que desconocían (fs. 5); dicha misiva es recibida el 02.09.13.

El día 04 de septiembre de 2013 la actora responde: “El distracto se produjo por despido directo incausado inmediatamente después que comuniqué fehacientemente mi estado de gravidez en cumplimiento del deber impuesto por el art. 177º LCT. En efecto Uds. tenían pleno conocimiento de mi estado de embarazo, pues el 23/08/13 informé mi concurrencia al Centro Médico Galenos

para realizarme estudios y análisis para corroborar mi estado de gravidez, y luego lo confirmé con el resultado de los mismos. Y el 24/08 ocurri personalmente al establecimiento de la empresa, sito en San Martín nº 2.803, a presentar una nota notificando mi estado de embarazo, la cual fue rechazada por personal de recursos humanos. En consecuencia, me vi en la necesidad y obligación de notificar mi situación mediante telegrama CD 370145892. Por ende, Uds. han actuado con total mala fe, despreciando mi actual estado, en abierta violación del art. 177º LCT y Tratados Internacionales que prohíben el despido de la mujer pro motivo de embarazo. Además la retractación del despido que pretende es una artilugio que carece de sustento jurídico, puesto que aquella solo será válida si mediare acuerdo de partes, lo cual no ocurre en el caso concreto, ya que expresé fehacientemente mi intención de no retornar al lugar de trabajo. Por todo lo expuesto, intímole para que en el plazo perentorio de 4 días hábiles me abone las indemnizaciones previstas en los art. 232, 233 y 245 LCT, vacaciones no gozadas y su SAC, el SAC proporcional 2º semestre 2013, haberes de agosto/13, e indemnización agravada (conforme art. 178º y 182º LCT), todo bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales pertinentes, con consecuente incremento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la Ley 25323". (fs. 6 recepcionado el 05.08.2013 conforme fs. 205).

El día 09 de septiembre de 2013, la empleadora rechaza el telegrama anterior, niega haber recibido comunicación fehaciente y que tuviera conocimiento del estado de gravidez, y haber actuado de mala fe. Acusa de mala fe a la trabajadora atento a que mudó el domicilio para evitar la notificación de la postal remitida, con el ardid de incrementar la indemnización, y por eso rechazó la retractación. Lamenta la aptitud rupturista, contraria el principio del art. 10 de la LCT, con intereses económicos, contrarios al espíritu de la ley de contrato de trabajo. La intima a que reflexione y acepte la retractación para continuar la relación laboral (fs. 73) que fue recibida el 11.09.2013 (fs. 72).

Por telegrama de fecha 11 de septiembre la actora rechaza el anterior destacando que la empleadora cuando remitió el segundo telegrama de despido conocía del nuevo domicilio y su estado de embarazo (fs. 8, que fue recibido el 12.09.2013 –fs. 205).

El día 14 de septiembre de 2013 la demandada responde negando accionar contradictorio, y que ante la negativa a aceptar la retractación del despido, procederá a depositar en su cuenta sueldo la liquidación final, indemnización por antigüedad y preaviso rechazando la procedencia de la indemnización agravada (fs. 75 y recepción de fs. 74).

B.- Por otra parte, no fue objeto de desconocimiento el certificado de embarazo original de la actora emitido el 08 de octubre de 2013 con fecha probable de parto el 13 de abril de 2014 (fs. 40), ni el resultado de laboratorio fechado el 23 de agosto de 2013 con indicador de Electro Quimioluminiscencia 18411

mUI/ml con valor de referencia de 4 a 9 semanas de gestación: 5000 – 100000 (fs. 194).

C.- Que la litis apelatio se concentra en los efectos del despido dispuesto por la empleadora el 23 de agosto de 2013, que al pretenderlo anotar a la trabajadora, se vio frustrado por su mudanza; luego ratificado (26.08.2013) cuando la primera ya conocía el estado de embarazo de la segunda; y finalmente, la retracción de la ruptura del 30 de agosto de 2013, que la actora rechaza al validar el despido comunicado el 26 de agosto de 2013.

V.- A la crítica introducida conduce a dejar sentado en forma liminar que la Ley de Contrato de trabajo, impone que en toda relación laboral: “Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad” (art. 62) y a “obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo” (art. 63).

De la aplicación de tales principios, entre otros, deriva el “carácter recepticio de las comunicaciones” que impera en materia laboral, por el que la necesaria comunicación entre las partes no depende del arbitrio del sujeto destinatario, que está obligado a informar y mantener actualizado un domicilio, asumiendo que allí van a ser recibidas las notificaciones que le cursen a los efectos del contrato.

Así, doctrina y jurisprudencia coinciden en que cuando una misiva es devuelta a su remitente porque el destinatario o el domicilio es “desconocido” o porque el destinatario “se mudó”, se tendrá por válida la notificación en la medida que haya sido dirigida a un domicilio aportado por el destinatario (Cfr. GUERRERO, Agustín A., “Comunicaciones telegráficas en el contrato de trabajo”, DT 2007 (marzo); CNAT, Sala IV, 12/02/08, “Neri Héctor Enrique c/ Díaz Adolfo Rubén s/ despido”).

Lo expuesto importa que no se exija necesariamente que el destinatario tenga conocimiento efectivo de la notificación, siendo suficiente que hubiera podido llegar a destino, y que, como en el caso, el domicilio donde se intentó hacer la entrega coincide con el ocupado por la madre de la actora, con la que convivía, hasta que se cambió a una casa en la misma cuadra (testigos Trinidad -fs. 235 y Barra-fs. 236).

VI.- Que a tenor de lo expuesto, resulta procedente concluir que:

1.- Si el informe de laboratorio donde se indica la presencia de signos de embarazo fue emitido recién el 23 de agosto de 2013, nunca antes de esta fecha la empleadora pudo haber conocido la existencia de dicho estado; tampoco se deriva ello de otro medio de prueba.

2.- El anoticiamiento del despido dispuesto el 23 de agosto de 2013 no fue

posible porque la trabajadora se había mudado y sin haber dado aviso a la empleadora, mientras el nuevo domicilio recién llega a conocimiento el día 26 de agosto de 2013.

3.- La ratificación del despido que se comunica el 26 de agosto de 2013 es tan posterior al anociamiento del embarazo, como lo es éste respecto al originario distracto dispuesto el día 23 de agosto de 2013.

4.- La retractación de fecha 30 de agosto de 2013 recepcionada por la actora el 02 de septiembre de 2013, es anterior a su rechazo del despido efectivizada por telegrama del 04 de septiembre de 2016.

VII.- Que el marco legal que define la procedencia del crédito que reconoce la sentencia, resulta por un lado del art. 177 de la LCT que establece: “La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador. La trabajadora conservará su empleo durante los períodos indicados, y gozará de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizarán a la misma la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al período de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demás requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas. Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior” (conf. art. 1° de la Ley N° 21.824 B.O. 30/6//1978).

A continuación el art. 178, impone que “Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley”.

Que la ley querido otorgar una especial protección a la trabajadora con el objeto de evitar todo tipo de discriminaciones negativas por razones de embarazo o maternidad, reconociendo la situación de vulnerabilidad a la que se expone en dichos períodos.

Así se garantiza la estabilidad de la relación laboral en dichos periodos, al estimar que el empleador será más proclive a concluir la relación laboral; para luego agravar las consecuencias de concretar la conducta prohibida, al establecer la presunción de que fue por causa de embarazo o maternidad el despido que se concreta en el lapso que va desde los siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, y que ante la ruptura deberá abonarse una indemnización especial equivalente “un año de remuneraciones (art.

182 LCT).

Anticipando mi conclusión de que en el caso no se configuraron los presupuestos para hacer operativa la presunción legal para justificar la condena, el rechazo de la pretensión será en base a que, y más relevante aún, inmediatamente a su comunicación el despido fue retractado, anoticiando la continuidad de la relación de empleo, ajustándose al régimen protectorio de la maternidad y en salvaguarda de la estabilidad del contrato, concretando así el mandato que le imponía obrar de buena fe, que excluye toda vinculación con la condición protegida.

A.- Por un lado, se acreditó que el despido dispuesto fue anterior a que el embarazo pudiera llegar a conocimiento de la empleadora, incluso fuera del plazo de 7 meses y medio anteriores, conforme la fecha probable de parto (13 de abril de 2014); ello no concreta las condiciones que hacen operativa a la presunción.

“La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires registra dos antecedentes próximos sobre esta materia, resueltos en un sentido contrario a las soluciones adoptadas en los fallos de la justicia nacional citados precedentemente. Ambos casos se referían al despido cuyo preaviso había sido notificado con anterioridad a la comunicación del estado de embarazo de la trabajadora. Las comunicaciones del preaviso también habían sido realizadas fuera del plazo de operatividad de la presunción del despido por causa de embarazo dispuesto por el artículo 178 de la LCT, de siete meses y medio precedentes al parto. Existía un precedente del tribunal, en la causa "Sandri de Canizares", sentencia del 25/04/1978) que resolvía a favor de la procedencia de la indemnización del artículo 194 de la Ley 20744 texto originario, en un supuesto similar al analizado. En ambos casos, el tribunal resolvió apartándose del criterio de aquel precedente, en el primero destacó que el embarazo de la trabajadora fue puesto en conocimiento del empleador después que éste comunicara a aquella su decisión de despedirla y que la actora fue notificada del despido con más de ocho meses de anticipación de la fecha prevista para el parto, por lo que al no estar reunidas las condiciones exigidas por el artículo 178 de la LCT para hacer operativa la presunción ni estar probado que el despido estuviera motivado en la situación de embarazo de la actora, se debía rechazar el recurso interpuesto por la trabajadora (SCBA, 16/12/2009, causa L. 88.903, "Sigampa, Fedra Noemí c/ Red Informática de Pagos S.A."). En el mismo sentido resolvió en el caso "Eliseche, Cora Fabiana c/ Consorcio de Propietarios Edificio Av. Colón 1906 de Mar del Plata s/ diferencias de indemnización" sentencia del 10/03/2010, SCBA, causa L. 84225, cuyo sumario expresa: "No puede juzgarse configurado el presupuesto fáctico de aplicación del artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o.), si el preaviso de extinción del contrato -por despido- fue notificado no sólo con anticipación a que la trabajadora diera a conocer su embarazo, sino además, fuera del marco

que dicha norma establece a los fines de delimitar el ámbito de actuación de la presunción legal". En ambos fallos se registra la disidencia de la Dra. Kogan, cuyo voto estimó el recurso de la parte actora." (Enrique Caviglia, Notificación del embarazo efectuado por la trabajadora recibida durante el preaviso).

B.- A su vez, si bien es cierto que la ley dispone que "el despido no podrá ser retractado, salvo acuerdo de partes" (LCT, artículo 234), la retractación que cumple la empleadora de manera inmediata acredita en contra de la operatividad de la presunción, aún cuando se hubiera sostenido que estaba excluida del presupuesto legal de tipo temporal.

"En la justicia nacional, se resolvió que si el empleador toma conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora durante la vigencia del preaviso, debe respetar su estabilidad ya que si persiste en su decisión de despedirla, será aplicable la presunción del artículo 178 de la LCT. En el caso, la empleadora había preavisado a la trabajadora su despido, el 9/09/2004 y durante el curso del preaviso, el 22/09/2004, la trabajadora comunicó su embarazo a la empleadora, con la correspondiente entrega del certificado médico. El voto del Dr. Scotti consideró que durante el transcurso del preaviso, las partes están obligadas al mantenimiento de los deberes de conducta, fidelidad y buena fe, ínsitos en la relación laboral. Que luego de otorgado el preaviso, el contrato se mantiene vigente y el acto resolutorio no queda perfeccionado con la simple recepción por la destinataria sino que está sujeto también al cumplimiento del plazo, por lo que en el caso, la empleadora tomó conocimiento del estado de embarazo encontrándose vigente el contrato, ya que el plazo del preaviso vencía el 30/09/2004. El juez advirtió que no soslayaba la imposibilidad de una revocación unilateral de la decisión disolutoria (LCT, artículo 234, que dispone que "el despido no podrá ser retractado, salvo acuerdo de partes") pero que si la empleadora, frente a la comunicación del embarazo, hubiese propuesto rever su decisión y la trabajadora no lo hubiere aceptado, de ningún modo podría responsabilizársela en los términos de los artículos 177 y 178 de la LCT, solución que encuentra fundamento en el principio de buena fe, que debe imperar en las relaciones entre empleadores y empleados. También recordó que a una solución idéntica se arriba, por aplicación de la parte final del artículo 239 de la LCT, que establece que si la causa de suspensión del contrato fuera sobreviniente a la notificación del preaviso, el plazo de éste se suspenderá hasta que cesen los motivos que la originaron, por lo que podría concluirse, "equiparando el embarazo o el parto a una enfermedad, que la notificación del preaviso suspendería los efectos del preaviso en un contrato por tiempo indeterminado ... "(CNTrab, sala X, 16/07/2007, "Corazzini, Marisa Noelia c/ Spell S.A. s/ despido", voto del Dr. Scotti, al que adhirió el Dr. Stortini). (Dr. Enrique Caviglia, Notificación del embarazo efectuado por la trabajadora recibida durante el preaviso).

Que la actitud de la actora resultó atentatoria del principio de buena fe porque conoció que la retractación del despido estuvo motivada en su comunicación del embarazo, tanto como que le era atribuible la inicial notificación del distracto –previa a que se conociera su estado- frustrada por haberse mudado, y en tal contexto, invocar el impedimento del art. 234 de la LCT, dejando evidenciado su manifiesta voluntad rescisoria, cuando el régimen de la LCT ha privilegiado la subsistencia de las relaciones laborales, obstando a que pueda responsabilizarse a la empleadora en los términos de los arts. 177 y 178 de la LCT.

VIII.- Conforme lo expuesto, propiciaré al acuerdo que haciendo lugar a la apelación, se revoque la sentencia de grado y se rechace la demanda en todas sus partes.

IX.- Las costas en ambas instancias se impondrán a la actora en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC).

X.- A tenor de la forma en cómo se decide, deviene abstracto el tratamiento del recurso arancelario.

XI.- Dejar sin efecto los honorarios regulados, y conforme lo establecido en el art. 20 de la L.A. vigente, sujeto al resultado de la planilla a practicarse (art. 20 L.A.), fijar los del Dr. ... que actuó en el doble carácter por la actora, en el 16%, y para el Dr. ..., su patrocinante, en el 7%; y para los Dres. ... y ..., por la demandada, en el 9% y 23% (arts. 6, 7,8, 10, 11, 12, 15 37 y 39 L.A.).

XII.- Abordando la apelación de la perito contador, y considerando lo decidido, se habrán de confirmar los honorarios regulados a su favor.

TAL MI VOTO.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA III

RESUELVE:

- 1.- Revocar la sentencia de grado dictada el 28 de diciembre de 2016, y rechazar la demanda en todas sus partes.
- 2.- Imponer las costas en ambas instancias a la actora en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC).
- 3.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios a los letrados, los que conforme lo establecido en el art. 20 de la L.A. vigente, y sujetos al resultado de la planilla a practicarse (art. 20 L.A.), se fijan los del Dr. ... que actuó en el doble carácter por la actora, en el 16%, y para el Dr. ..., su patrocinante, en el 7%; para los Dres. ... y ..., por la demandada, en el 9% y 23% respectivamente (arts. 6, 7, 8, 10, 11, 12, 15, 37 y 39 L.A.).
- 4.- Confirmar los honorarios regulados a la perito contador
- 5.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA