

NEUQUEN, 18 de febrero del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"LAVARINI GIOVANNA MICAELA C/ SURBATEX S.A. S/ COBRO DE HABERES"**, (JNQLA5 EXP N° 510326/2017), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 240/245 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por la conclusión a la que llega la a quo sobre qué su parte no logró acreditar que el despido de la trabajadora embarazada tuvo causas objetivas.

Dice que su parte no discriminó a la trabajadora embarazada sino que, ante el cierre de todos sus establecimientos dio tratamiento igualitario a sus trabajadores, desvinculando a la totalidad del personal en relación de dependencia. Agrega que tal hecho ha sido corroborado por la totalidad de los testigos.

Sigue diciendo que el contexto fáctico de desvinculación colectiva es ratificado en los acuerdos de rescisión contractual entre las partes del contrato de franquicia de fs. 70/77, y hace imposible pensar en otra solución para la trabajadora embarazada.

Sostiene que la trampa lógica sobre la que se asienta al resolutorio en crisis estaría dada por un supuesto acto de discriminación realizado por un nuevo empresario o nueva empresa que habría adquirido las franquicias rescindidas por la demandada.

Señala que tal acto de discriminación surge del relato de los testigos, los que dan cuenta que varios de los trabajadores despedidos fueron contratados por un nuevo empleador, que la actora no habría tenido esa posibilidad por su condición de embarazo.

Destaca que no existe ningún vínculo jurídico, ni existió, entre la demandada y el nuevo empresario o empresa.

Pone de manifiesto que, alegada esta circunstancia desde el inicio del juicio, la actora decidió no demandar al supuesto empresario o empresa responsable de este supuesto acto discriminatorio.

Insiste en que el supuesto acto discriminatorio, en autos, provino de un tercero, que no ha tenido participación en el litigio.

Afirma que el art. 178 de la LCT castiga al empleador que despide por razones de embarazo, pero ello no puede ser equiparado a una no contratación por razones de embarazo.

Manifiesta que su parte ha demostrado de modo objetivo que el despido no obedeció al embarazo, sino al cierre de todos sus establecimientos comerciales, y a la desvinculación de todos sus trabajadores.

Cita jurisprudencia.

Solicita que, para el supuesto que se haga lugar al recurso, se modifique la imposición de costas.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 253/255 vta.

Dice que no es cierto que la demandada estuviera en una mala situación económica, que sufriera una crisis, y si bien los testigos han declarado que estaban en conocimiento de la venta de los fondos de comercio pertenecientes a la accionada, también han dicho que han cobrado en tiempo y forma sus haberes, que los alquileres como los servicios estaban al día.

Sigue diciendo que frente a una situación de despido de una mujer embarazada resulta de aplicación el art. 178 de la LCT, y que la presunción que la norma consagra no pierde vigencia porque el despido se haya hecho efectivo en el marco de una teórica crisis económica.

Explica que su parte nunca reclamó sobre la base de discriminación de una mujer embarazada, sino que lo hizo por un despido sin causa, conforme el art. 245 de la LCT, mencionando que la actora estaba embarazada, todo lo que está reflejado en el intercambio postal.

Cita jurisprudencia.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, comienzo por recordar que el ámbito de conocimiento de la Cámara de Apelaciones queda circunscripto por los agravios que formulan las partes, ya que la Alzada no puede modificar aquellos aspectos de la sentencia recurrida que no se han cuestionado y que, por ende, adquirieron calidad de cosa juzgada.

Conforme lo ha puesto de manifiesto la parte actora al contestar el traslado del memorial de su contraria, la acción de autos tuvo como objeto la percepción de los rubros indemnizatorios y liquidación final derivados del

despido de la actora, al que la accionante calificó como incausado. En tanto la trabajadora se encontraba en uso de licencia por maternidad cuando se le comunicó el distracto, reclama, como parte de su pretensión, la indemnización agravada del art. 182 de la LCT.

Los agravios de la recurrente refieren a esta última indemnización, por lo que deviene firme en esta instancia que el despido de la trabajadora configura un despido sin causa, por no haber invocado la empleadora, en la comunicación del despido, ni injuria ni fuerza o mayor o falta o disminución del trabajo.

Ahora bien, conforme ya lo he resuelto en autos "Apesteguía c/ Gestión de Emprend. Deport." (expte. n° 470.155/2012, 31/10/2017), el hecho de que el despido no tenga justa causa no impide que el empleador invoque y pruebe una causa suficiente, ajena al embarazo de la trabajadora, y así destruir la presunción que consagra el art. 178 de la LCT, la que es iuris tantum.

En el precedente citado sostuve que: *"Liliana Hebe Litterio señala que durante el período de estabilidad, la ley laboral, a la vez que dispensa de prueba a la trabajadora (quién debe demostrar solamente los presupuestos de aplicación de la norma), obliga al empleador a acreditar en juicio que el despido responde a una causa distinta de la maternidad o el embarazo. Se trata, dice la autora citada, de una inversión de la carga de la prueba (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 358).*

"Seguidamente la autora que vengo citando reseña las posturas existentes en doctrina respecto a la entidad de la prueba en contrario, a efectos de destruir la presunción del art. 178 de la LCT: "Centeno afirma que el despido debe

ser fundado o causado y que la ley exige como fundamento de la prueba en contrario, no solo la demostración de la causa del despido sino también la de su eficiencia...Martínez Vivot, Podetti y Banchs, entre otros autores, se inclinan por un concepto amplio. En ese sentido expresan que para liberarse de la pesada sanción impuesta por la ley para el caso de despido por embarazo o parto, el empleador debe acreditar que existe una causa suficiente, capaz de generar un acto de despido, no requiriéndose necesariamente la justa causa en los términos del art. 242.

"También Guibourg acepta la posibilidad de que el empleador demuestre la existencia de un motivo real, distinto del prohibido (embarazo o parto), que sin embargo resulte insuficiente para justificar el despido de acuerdo al artículo 242 de la LCT. Esta motivación, a la que denomina intermedia, debe ser oportunamente invocada y concluyentemente probada...Sin embargo, en otra línea de pensamiento se ha considerado que si el empleador quiere probar la existencia de una causa de despido distinta de la maternidad o el embarazo, tal prueba debe ser una justa causa, en los términos del art. 242 y 247 de la LCT...Sin perjuicio de la cantidad de opiniones y decisiones sobre el tema...por nuestra parte nos inclinamos por aceptar una postura amplia en tanto la finalidad de la ley es la de sancionar el despido por embarazo, de modo que si el acto extintivo no responde a ese estado de la trabajadora, a los fines de la eximición del pago de la indemnización agravada no interesa si el motivo real es la justa causa del artículo 242 u otro, siempre y cuando exista una causa seria y razonable que pueda acreditarse debidamente" (cfr. aut. cit., op. cit., pág.358/360).

"La jurisprudencia especializada también se inclina por un análisis estricto de la causa invocada por el

empleador para romper el vínculo laboral, en el período de protección a la maternidad que consagra el art. 178 de la LCT.

"Así la Sala VI de la CNAT ha dicho que el despido de la mujer embarazada, aún en situaciones de compromiso económico financiero de la empresa, requiere para liberar del pago de la indemnización especial del art. 178 LCT, una prueba convincente de que no hay un medio razonable de continuar el vínculo. En el caso se trataba de la restructuración de la empresa y los jueces entendieron que debió demostrarse que la trabajadora no podía ser contemplada en dicha restructuración (autos "Calderón c/ Philco Argentina S.A.", 27/7/1983, LT XXI, pág. 1.132).

"La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, entendió que para destruir la presunción del art. 178 de la LCT basta con acreditar una causa razonable que excluya al embarazo o al parto como motivo del distracto, no siendo necesario que aquella causa sea justa en los términos del art. 242 de la LCT; y así resolvió que el cierre definitivo de la empresa era un hecho que destruía la presunción en cuestión (autos "Moabre c/ Tarjetas del Mar S.A.", 12/10/2011, LL AR/JUR/68750/2011).

"La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, también entendió que el cierre del establecimiento de la demandada, y habiéndose probado que el despido de la actora se produjo en forma contemporánea con el resto del personal, resultan causa suficiente para destruir la presunción del art. 178 de la LCT (autos "Gatti c/ Remediar S.A.", 26/9/2014, LL AR/JUR/50157/2014).

"En similar sentido, la Sala X de la Cámara señalada en el párrafo anterior, entendió que el dictado de la ley 26.425, que eliminó el régimen de capitalización para el sistema previsional, era razón suficiente para considerar que

el despido no obedeció al embarazo de la trabajadora (autos "Cabanillas Frías c/ Consolidar AFJP S.A.", 30/6/2015, DT 2016, pág. 77). Idéntica solución adoptó la Sala VII de la CNTA, señalando que la unificación del régimen del sistema integrado de jubilaciones y pensiones en un único régimen previsional público, afectó el normal funcionamiento de la compañía ante la imposibilidad de continuar con la actividad relacionada con la AFJP, por lo que rechazó la pretensión de cobro de la indemnización agravada del art. 182 de la LCT (autos "Spessot c/ Ubs Trading S.A.", 29/4/2016, DT 2016, pág. 1.910).

"Por su parte la Sala VIII de la CNAT determinó que "la presunción del art. 178 de la LCT no es iure et de iure, lo cual implica que admite la producción de prueba en contrario para desvirtuarla, por ello en virtud de los elementos probatorios corresponde confirmar la sentencia que entendió que la ruptura se debió a una causal distinta a la maternidad de la actora, en tanto la demandada logró acreditar que no existió trato discriminatorio y/o prejuicio hacia la trabajadora embarazada; y también demostró que no se la sometió a una situación de hostilidad" (autos "Fornaroli c/ Banco Central de la República Argentina", 30/3/2017, LL AR/JUR/17853/2017).

"Surge de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales citados que la manda del art. 178 de la LCT tiene como finalidad sancionar el trato discriminatorio que puede darse respecto de la mujer embarazada o que ha sido recientemente madre, disponiendo el fin de la relación laboral por dichos motivos.

"Conforme lo señala Gonzalo Vicente Montoro Gil, la indemnización especial del art. 182 de la LCT no es porque la mujer se encuentre embarazada o haya sido madre, sino que

el agravamiento es porque el despido tiene por causa aquellas circunstancias, que no es lo mismo (cfr. aut. cit., "El despido por maternidad ante el cierre del establecimiento", LL AR/DOC/3691/2009).

"En estos términos entiendo que la causa que debe probar el empleador para destruir la presunción del art. 178 de la LCT no tiene que ser la justa causa a que alude el art. 242 de la LCT, sino que su demostración debe ser de un motivo del distracto distinto a la maternidad o el parto. Indudablemente esta causa debe ser razonable y, además, apreciada con estrictez, a efectos de evitar abusos y no convertir en letra muerta la protección a la maternidad que consagra la LCT".

En autos, si bien la causa invocada por la empleadora no fue considerada suficiente como para justificar la ruptura unilateral del contrato de trabajo, ella consta en la comunicación del despido (fs. 10 y 40) y refiere al "cese total de actividades de esta firma, que incluye el local Mimmo del Shopping Portal de la Patagonia. Que el cierre de local se produce por la rescisión de los contratos de franquicia con Mimmo & Co y de concesión con la firma Cencosud S.A.".

Corresponde, entonces, analizar si la demandada ha acreditado esta causa, y si, en su caso, la misma tiene entidad suficiente como para destruir la presunción del art. 178 de la LCT, en tanto no se discute en autos que la empleadora estaba debidamente notificada del embarazo de su empleada.

Los acuerdos de fs. 70/77 solamente acreditan que la demandada, por decisión unilateral de ella, rescindió los contratos con los franquiciantes. Pero de ello no se sigue la existencia de una crisis o dificultades económicas, ni menos

aún que la demandada no pudiera continuar con su actividad comercial.

En tanto que, conforme lo ha señalado la jueza de grado, de las declaraciones testimoniales surge que la accionada, en realidad, vendió las franquicias a otra persona, con inclusión de los locales comerciales, y que, en fraude a la ley, para encubrir la cesión del establecimiento, pretendió la renuncia y/o el despido de los empleados, ofreciéndoles un acuerdo, cuya aceptación era condición para ser contratados por el cesionario.

Así, la testigo Gabriela Gutiérrez -supervisora de los locales de Mimmo- relata que la empresa demandada tenía tres locales: Legacy, Prüne y Mimmo, y que el comentario era que no estaba bien económicamente, que el local de Legacy lo cedió a la franquiciante, y que respecto de los otros dos, los vendió. Señala que en Mimmo trabajan ocho personas, y que la gran mayoría continuó trabajando con el nuevo dueño, y agrega que estuvo en una reunión con esta última persona, quién dijo que él no iba a contratar a gente con antigüedad y a embarazadas, y que respecto de la actora sostuvo que una vez que tuviera el bebé, la llamaría, si acordaba con la accionada. Finalmente declara que la demandada tenía la idea de dedicarse al negocio inmobiliario (edificios).

La testigo Juana Carvajal Soto relata que fue compañera de trabajo de la demandante, que la empresa demandada cerró y despidió a todos sus empleados, porque iban a la quiebra, que Prüne y Legacy cerraron primero, y que ofrecían el pago del 50% de la indemnización y continuar trabajando con el nuevo dueño, que la testigo aceptó el acuerdo y actualmente trabaja con la nueva empresa, pero perdió la antigüedad (cinco años) y el cargo, ya que era

encargada. Agrega que la demandada también tenía otra actividad, que se dedicaba a la construcción.

Lo dicho me lleva a concluir, al igual que lo ha hecho la jueza de primera instancia, en que la demandada no ha logrado acreditar la existencia de un motivo razonable y suficiente para el despido de la actora, por lo que cobra plena validez la presunción de que el distracto tiene su razón en el embarazo de la trabajadora.

No paso por alto que es cierto que la demandada dejó de operar los locales comerciales que indican los testigos, pero las razones por las cuales adoptó esa decisión aparecen más como motivos de conveniencia empresarial, vinculados con la decisión de dedicarse a otra actividad, que a cuestiones de insuficiencia económica; a la vez que de los dichos de los testigos surge, como ya lo señalé, la existencia de una cesión de establecimiento, por lo menos en lo que refiere a la marca franquiciada que se comercializaba en el establecimiento donde cumplió tareas la actora.

Por lo dicho es que ha de confirmarse la sentencia de grado en cuanto hace lugar a la indemnización agravada del art. 182 de la LCT.

III.- En lo que refiere a lo requerido sobre imposición de costas, surgiendo del apartado anterior que se ha de confirmar la sentencia recurrida, no corresponde modificar la condena en costas determinada en la sentencia de primera instancia.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

A fin de proceder a la regulación de los honorarios por la labor ante la Alzada, y por aplicación de los principios generales en materia de honorarios profesionales, la base regulatoria debe estar circunscripta al interés económico comprometido en la apelación, ya que de otro modo, la regulación podría ser injusta por desproporcionada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que los jueces deben expedirse sobre la base regulatoria, es decir, determinar la sustancia económica del litigio y no limitarse a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del valor intrínseco de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito ("Fox c/ Siderca S.A.C.I.", 28/7/2005, Fallos 328:2725).

También ha sostenido la Corte Suprema que la regulación que ella efectúa no está determinada por los honorarios fijados en las etapas anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados; y que los porcentajes previstos en el art. 14 de la ley 21.839 -norma similar al art. 15 de la ley 1.594- para la regulación por las actuaciones en la Alzada aparecen referidos a la cantidad que "deba fijarse" para los honorarios de primera instancia, y no a los que, en concreto, se hayan fijado (cfr. "Vigo Ochoa c/ Encotel", 23/10/1986; Fallos 326:4351, citados por Amadeo, José Luis, "Honorarios de abogados (jurisprudencia de la Corte Suprema)", JA 2005-II, pág. 1.433).

El cuestionamiento respecto de la sentencia de primera instancia se limitó a la indemnización del art. 182 de la LCT.

Consecuentemente, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, he de tomar como base regulatoria para fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada la suma de \$ 248.571,00 con más sus intereses, los que se liquidarán de acuerdo con lo previsto en la sentencia de grado. Sobre dicha base regulatoria fijo los honorarios de los Dres. ... y ..., en el 6,72% en conjunto; ..., en el 1,35%, y ..., en el 3,36%, todo conforme lo dispuesto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 240/245 vta.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC) .

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron en segunda instancia de conformidad a lo establecido en los Considerandos respectivos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO

Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria