



NEUQUEN, 26 de marzo de 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"GUERRERO MARIA LAURA C/ FUNDACION PADRE JACINTO STABILLE - OBRA DON BOSCO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (JNQLA4 EXP N° 504018/2014), 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.-A fs. 205/208 vta. obra el memorial de la demandada fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de Octubre de 2018 (fs. 195/202), que imponiéndole las costas a la vencida, hace lugar a la demanda contra la Fundación Padre Jacinto Stabille -Obra Don Bosco-, y la condena abonar la suma de \$ 154.623,74 en concepto de las indemnizaciones de los arts. 232, 245 y 182 de la LCT, y la multa del art. 1° de la ley 25323.

Solicita la nulidad de la sentencia por violación al principio de congruencia, porque al determinar el sueldo mensual de la actora a los fines indemnizatorios, se aparta del monto solicitado por la misma, haciendo lugar a sumas mayores que no fueron reclamadas ni objeto de debate en juicio, incrementando la suma del litigio y violando por tanto el art. 34, inc. 4° de la ley 912.

En base a lo expuesto, cuestiona la procedencia del preaviso y del SAC sobre el art. 245 habida cuenta que no fueron conceptos solicitados.

Critica el monto por la que prospera la indemnización por antigüedad, dado que no se descuenta lo abonado por su parte en sede judicial.

Se queja por la condena al pago de la indemnización del art. 178 de la LCT, ya que al momento del despido, no estaba notificada del estado de embarazo de la



pretensora, ni era evidente el mismo, conforme se acredita con la testimonial del director del colegio.

Solicita se revoque el fallo apelado con costas.

**II.-** A fs. 212/214 responde la actora; pide se rechace la apelación con costas; expresa que en el objeto de la demanda se peticiona el rubro preaviso y que la mayor diferencia entre el monto solicitado y lo resuelto por el Juez de grado, estriba en lo informado por el sector sueldo del CPE y que en base a ello se liquidó la indemnización por antigüedad y demás conceptos.

Considera que debe ser rechazado el agravio por la indemnización del art. 178 de la LCT, en tanto el estado de gravedad de la actora era notorio, conforme el testimonio de la Sra. G., y que la clandestinidad en que se desarrolló la relación laboral, ha de tomarse como indicio a su favor, tal como lo establece la norma del art. 9 de la LCT.

**III.-** Abordando la cuestión traía a entendimiento, resulta que en lo que es materia de agravios, la sentencia admite la existencia de un despido directo sin causa de la mujer trabajadora (C.D. fs.3) en el marco de una relación laboral no registrada (que llega firme a esta Alzada), determinando las indemnizaciones debidas por ley (arts. 232 y 245 LCT y art 1º ley 25323) a la vez de concluir que el distracto tuvo su vinculación con el embarazo de la trabajadora (art.178 LCT), haciéndola acreedora del agravamiento indemnizatorio especial dispuesto por el art. 182 de la LCT.

Así decidido e ingresando al tratamiento de la crítica dirigida al monto establecido por el juez de grado para calcular la MRMNH, observo que lo realiza conforme a lo informado por el Consejo Provincial de Educación (fs. 151/158) en Agosto de 2015, con base a un salario de un auxiliar de servicio a esa fecha.



Acorde a lo anterior y tomando en cuenta que el despido lo fue en fecha 06/02/2014, encuentro que no resulta jurídicamente válido realizar una liquidación final, en base a parámetros salariales que han variado, de acuerdo a los 18 meses transcurridos.

Por ello, es que haré lugar a este planteo y me ceñiré a los montos denunciados en el escrito de demanda de \$5.800 para determinar el monto de las indemnizaciones admitidas por antigüedad y preaviso -este último demandado conforme detalle de fs. 11 vta. y 14) y la multa del art. 1º ley 25.323.

Prosperará también la queja referida a la inclusión del SAC en la indemnización por antigüedad, en tanto la petición traída a debate en esta instancia revisora no fue oportunamente planteada ante el juez de origen, lo que impide cualquier tratamiento dado la expresa prohibición contemplada en el art. 277 del CPCC (en igual sentido, esta Sala III, en autos: "Mera Mario Gustavo c/ Liberty ART S.A. s/ Recurso art. 46 ley 24557", -Expte. n° 403559/2009-Sentencia:11/03/2014).

En consecuencia el crédito derivado de los rubros analizados y decididos, alcanza a \$17.408,00.

**IV.-** Finalmente y analizando el agravio referido a la condena impuesta al pago de la indemnización del art. 178 de la LCT, anticipo que no tendrá acogida favorable.

Cabe recordar que tanto doctrina como jurisprudencia, ponen particular énfasis en remarcar la necesidad de tutelar de manera especial a ciertos trabajadores que, por diversas circunstancias, son susceptibles de sufrir actos discriminatorios; y que entre aquéllos la mujer embarazada ocupa un lugar central por su particular situación de vulnerabilidad. Dicha protección se ha entendido enmarcada en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la ley 23592 y los recientes fallos de los tribunales nacionales



e internacionales; de modo tal que se ha señalado que a la luz del principio de progresividad deben adoptarse todas las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena eficacia de los Derechos Humanos, teniendo como orientación la mejora continua de las condiciones de existencia (ver "Validez e invalidez de la invocación del período de prueba como causa de despido", Sebastián Serrano Alou, L.L. Litoral 2010, pág. 1208).

En tal sentido, también es sabido el principio que rige en la materia, en donde se presume que el despido ocurrió con motivo de embarazo, cuando el mismo tuvo lugar en los siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto (ver art. 178 L.C.T.), siendo a cargo del empleador desarticular la mentada presunción.

En el sub-lite surge que al viernes 31/01/14 la actora se encontraba con un embarazo de 12 semanas (fs. 8, 9 vta. y 116), por lo que estaba dentro del periodo de presunción legal, con lo cual la rescisión laboral directa sin causa acaecida el jueves 06/02/2014 se encuentra alcanzada por la sanción indemnizatoria pretendida, toda vez que el legislador ha definido con meridiana claridad el lapso de tiempo durante el cual la trabajadora se halla "expresamente" protegida -a través de una presunción iuris tantum a su favor y el derecho a obtener una indemnización tarifada agravada- contra las consecuencias de un eventual despido sin justa causa, y por lo tanto el ejercicio de denuncia por parte del empleador en ese período de protección se considera especialmente abusivo.

Ahora bien y aunque la empleada no logró completar con la certificación médica la acreditación de su embarazo como es evidente fue su propósito, lo cierto es que, la actitud sorpresiva e inmediata del demandado, que sin invocar causa alguna tuvo por rescindido el contrato laboral- sin ocuparse de comprobar el estado de embarazo de la misma-



es que debe entenderse que el despido de la trabajadora obedeció a razones de embarazo, habida cuenta que dicho estado de gravidez debe reputarse como conocido por el empleador teniendo en consideración la fecha en que dispuso su cesantía, que según resulta del fallo, en conclusión irreversible, fue arbitrario.

Y digo que fue evidente su propósito de dar a conocer al empleador su embarazo (en forma verbal al Director del colegio primario Sr. D. F.) en tanto y aunque éste lo negara en su testimonial (fs.172), también aseguró que se encontraba debidamente registrada y que cobraba por recibo de haberes, cuando ello claramente no fue así, ya que se trató de una relación no registrada, conforme se analizó en la instancia de grado, lo que lo convierte en un testigo de escasa credibilidad.

Por ello es que estaré a la declaración testimonial de M.G., (fs.164) quien atestigua que: ***"...Sé que estaba embarazada, lo sé porque la vi y yo todavía estaba en el transporte cuando ella estaba embarazada y además ella me lo comentó. Cuando ya no la vi más lo que me comentó es que ella entregó el certificado de embarazo y después le dijeron que no la iban a necesitar más...debe haber tenido tres o cuatro meses (de embarazo) porque se le notaba la panza..."***-

Al respecto, esta Sala III ha tenido la oportunidad de expedirse en la causa: "Quinchao Verónica del Carmen c/ Fundación Holística Morning Glory s/ Despido Directo p/ otras Causales" (Exp. N° 389413/9 - Sent. del 26/05/2011) dando cuenta que ***"..la jurisprudencia resolvió que puede suplirse la falta de notificación si se demuestra que el empleador había tomado conocimiento del embarazo, por ejemplo, si la trabajadora comentó con los compañeros su estado o el mismo fuera evidente, razones de buena fe y sentido común lo indican"***.-



Agregándose que la doctrina judicial ha dicho en tal sentido que: *"Acreditado de manera fehaciente que al tiempo de ser intimado por el cumplimiento de diversas obligaciones contractuales el empleador estaba en conocimiento de la gravidez de su dependiente, dada -además- la inocultable notoriedad inherente a un embarazo avanzado, cabe afirmarse en la premisa de que el recaudo de la notificación fehaciente de dicho estado se traduce -en el caso- en una exigencia meramente formal, ya que su imposición -a la luz de los hechos comprobados- resulta contraria al principio general de buena fe que debe gobernar la conducta de las partes del contrato de trabajo (art. 63, L.C.T.), y a la propia télesis de los preceptos legales en cuestión (arts. 177 y ccs., ley cit.), definida por la protección de la maternidad, y ello de consuno con la inteligencia de que en la tarea de interpretar la ley no se puede prescindir de la finalidad perseguida por la norma de que se trate."* (SCBA, L 93221- 02/12/2009, Ávila, Carina Del Luján C/ Fernández, José Blas S/ Despido, LDT).-

*"La carga notificatoria que el Art. 177 impone a la empleada en cuanto establece que "deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador" es un requisito "ad probationem" por lo que en principio pueden admitirse diversos medios para acreditar el conocimiento del principal del estado de embarazo."* (Murua Stella Maris C/ Adecco Argentina SA s/ Despido - N° Fallo: 07190036 - N° Exp. 34932- II CNT - 03/04/2007-LDT)(ver Sala III, voto del suscripto en autos "Quinchao" ya citado).-

De esta manera, en el caso bajo examen y aun teniendo en cuenta que en el despido directo no se invoca causa, existen una serie de indicios y hechos reales que producen convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica, acerca de que el demandado tenía conocimiento de la situación de embarazo, con anterioridad a la notificación de despido.



Ello así, la decisión rupturista resulta alcanzada por la presunción del art. 178 LCT, sin que la misma haya sido desvirtuada por prueba en contrario; confirmándose en el caso, la condena a pagar la indemnización agravada del art. 182 LCT a los fines de intentar compensar el daño extra que implica un despido en tales términos.- Despido que debe reputarse discriminatorio.

Corresponde entonces, efectuar los cálculos pertinentes considerando la anualidad laboral (12 sueldos mensuales más el aguinaldo) y siendo que la actora percibía mensualmente la suma de \$ 5.800,00, la indemnización asciende a \$ 75.400,00.-

V.- En cuanto a la disconformidad por no haber restado lo depositado y percibido en sede judicial (fs.64/66), por la suma de \$12.092,00 y si bien la sentencia que se recurre tuvo en cuenta ello, corresponde efectuar un nuevo cálculo, en tanto han variado las cuantificaciones indemnizatorias.

Por ello, a los fines de establecer el nuevo monto total de condena, se restará a los valores admitidos y determinados \$92.800 (\$17.408 + 75.400) el monto entregado de \$12.092,00, arribándose a la suma definitiva de **\$80.708,00** por la cual prospera esta acción.

VI.- Atendiendo a que la distribución de las costas procesales deben responder al resultado del proceso y conforme lo dispuesto por los arts. 17 L. 921 y 68 del CPCyC, que establecen el principio rector de costas a cargo del vencido, las devengadas ante este Tribunal serán impuestas a la demandada, al no haber progresado la apelación en lo sustancial, sino solamente en una cuestión accesoria, en tanto lo medular consistente la indemnización agravada del despido, fue rechazado (conf. arg. "Ñañez Norma Beatriz c/ Arca Distribuciones S.A. s/Despido por Causales Genéricas", Sala III -JNQLA1 EXP N°: 500747/2013-Sent. del 27/02/2019).



**VII.-** Por las razones expuestas propiciaré al Acuerdo confirmar la sentencia de primera instancia en su mayor parte, y acogiendo parcialmente la apelación de la demandada, modificar el monto de condena a la suma de **\$80.708,00.-**

**VIII.-** Las costas devengadas en la Alzada serán a cargo de la demandada mayoritaria y sustancialmente vencida (arts.17 Ley 921 y 68 del C. Procesal).

**IX.-** Regular los honorarios profesionales en el porcentaje del 30% de los fijados en primera instancia para los letrados que actuaron en la misma representación (art. 15 de la L.A.).

**El Dr. Ghisini, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs.195/202, modificando el monto de condena, el que se establece en **\$80.708,00**, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el presente pronunciamiento.

**2.-** Imponer las costas de Alzada a la demandada mayoritaria y sustancialmente vencida (arts.17 Ley 921 y 68 del C. Procesal).

**3.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

**4.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**





**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

**Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**