



NEUQUEN, 13 de junio del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**M. Y. M. C/ BELLS S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**", (JNQLA2 EXP N° 474309/2013), 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 Dr. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso a fs. 400/403vta., recurso de apelación expresando agravios contra la sentencia dictada a fs. 380/390, que hace lugar a la demanda por despido iniciada por Y. M. M., condenando a Bells S.A. a abonar la suma de \$76.236,50 en concepto de diferentes ítems indemnizatorios (arts. 245 art. 231 y 232 de la LCT, art. 2 ley 25.323, entre otros).

La recurrente critica, en primer lugar, que se haya hecho lugar al despido indirecto y a la indemnización prevista en el art. 246 LCT, cuando fue resaltada la ausencia de intimación a su parte, previo a colocarse en situación de despido.

Invoca que no se cumplió con lo establecido en el art. 243 LCT, ya que debió la actora intimar a su parte a aclarar su situación y ponerla en conocimiento del contexto laboral que estaba padeciendo, y que recién con el telegrama n° 79850576 su representada toma conocimiento del "acoso laboral y sexual denunciando y supuestos malos tratos verbal, físico y psicológico" imputados al actuar de la Sra. D. O. y del Sr. M. I..

Sostiene que de la declaración de M. F. L. a fs. 251/252, surge que la empresa cumplió con lo requerido en su momento y a los fines de proteger a la trabajadora por su



estado de salud, le otorgó tareas acorde a tal estado, pero que las mismas eran de carácter excepcional.

Dice que los hechos de acoso que manifiesta la actora no han sido debidamente probados, más allá de las diferentes declaraciones testimoniales de algunos de los testigos que declararon situaciones aisladas que sabían por comentarios de la actora y que recién son llegados a su conocimiento con el telegrama comunicando el despido.

Manifiesta que la actora nunca realizó ningún descargo por escrito ante sus superiores, solamente solicitó el cambio de sector pero sin fundamentar en dichas causales, por lo que resulta injustificado el despido decidido.

Expresa que su parte siempre actuó adecuadamente frente a los diferentes pedidos de la actora, que no fue por los motivos expresados en la demanda (malos tratos verbales, acoso, etc.), los que desconocía ya que nunca fueron denunciados frente a un superior ni se acreditó a lo largo de la demanda que su parte previamente haya tomado conocimiento.

Sostiene que por aplicación de los principios generales que rigen la prueba, es la parte actora quien se encontraba obligada a acreditar los hechos alegados y los presupuestos necesarios que condicionan la aplicación de normas en que fundamentan la presente acción, situación que no se da en autos haciendo el juez una valoración arbitraria.

Critica la valoración de las diferentes declaraciones testimoniales, expresando que el magistrado tomó de ellas solamente las frases negativas ("mandoneaba mal a M.", "la trataba mal", "la dejaba sola", "entre la actora y el O. el trato era conflictivo", etc.).

Alega respecto a la denuncia contra M. I., que el juez no tuvo en cuenta que la instrumental obrante a fs. 22 no



corresponde a la accionante sino a una persona de nombre S. M. F. no siendo, por tal motivo, hechos padecidos por la actora.

Manifiesta que en el caso de autos no se da el marco del mobbing, es decir la agresión psicológica direccionada hacia la víctima con una intencionalidad subjetiva y perversa de generar daño o malestar psicológico, y que su desconocimiento de los padecimientos de la actora por el obrar de D. O. o M. I. torna inviable responsabilizar a su parte.

En segundo lugar, cuestiona la aplicación del 50% de la multa establecida por el art. 2 ley 25323, ya que se desprende de la ley la concurrencia de dos factores, uno objetivo y otro subjetivo: el objetivo está constituido por intimación fehaciente y el subjetivo, por la conducta de su parte, ya que indemnizó a la actora por la suma que creyó legítima.

Critica la admisión del daño moral por \$ 40.000, alegando que no existe conducta reprochable a su parte, en los términos del art. 1078 del Código Civil.

b) La actora, a fs. 405/408 vta., contesta el traslado ordenado a fs. 404, solicitando se desestime el recurso por no constituir una crítica concreta y razonada la sentencia de primera instancia.

Subsidiariamente contesta el primer agravio, replicando que en autos quedó demostrado que la empresa estaba perfectamente al tanto de lo que acontecía y que de hecho, se dieron reuniones entre las partes y las delegadas de la empresa con el objetivo de poner medidas por parte de aquélla.

Que surge del testimonio de M. L. F. L. que tras el episodio en el baño del local "Ángeles y Demonios", la actora salió llorando y fue a Recursos Humanos para contarles lo que le había pasado, dejando sentado por escrito lo



ocurrido, pero que no se llegó a nada y que le consta por haber participado en una reunión con el dueño de la empresa.

Continúa diciendo que esa reunión ya mencionada, es corroborada por la testigo responsable de Recursos Humanos, Sra. D. M. G..

Manifiesta que del análisis de la prueba producida surge con claridad que la demandada tenía pleno conocimiento de la situación que vivía Y., que no tomó ninguna decisión a favor de la trabajadora y que la sometió a situaciones de violencia laboral constante.

Expresa que quedó demostrado en autos con el testimonio del médico de empresa y con la documental acompañada por la demandada, que la Junta Médica contratada por la empresa indicó el cambio de lugar de trabajo de la actora, a lo cual la demandada hizo caso omiso.

Sostiene que no sólo que la empresa estaba en conocimiento de lo acontecido con la actora, sino que además había recibido recomendaciones por parte de la propia Junta Médica que no cumplió.

Dice que la demandada tuvo más de una oportunidad para modificar su posición a los efectos de conservar el vínculo laboral, finalidad ésta de la intimación prevista en el ordenamiento laboral y que, sin embargo, obró arbitrariamente.

Respecto de la injuria, manifiesta que los padecimientos de la actora han quedado probados en autos, no sólo por los testimonios reunidos sino también por la prueba documental acompañada, informativa y pericial, y que respecto a la sintomatología que presenta la actora, crisis de angustia por estrés laboral, coincidieron las dos licenciadas que asistieron a la actora, la Junta médica y la pericial psicológica.



Invoca que de las constancias quedó probado que la Sra. D. O. era la jefa inmediata de la actora durante los años 2011 y 2012, que M. I. era el encargado del local "Ángeles y Demonios" (al menos por el período del primer semestre de 2012), que ocupaba posición jerárquica respecto de la actora y que por encima de los mencionados, M. respondía a la responsable de Recursos Humanos y en la cúspide jerárquica al dueño Sr. A..

Asimismo, que durante el embarazo de la actora y hasta el inicio de la licencia psicológica en julio del 2012 (con excepción de los períodos de licencia y los que se desempeñó en el depósito), sufrió trato discriminatorio, hostil y agresivo por parte de la jefa O. y también agresiones por parte de I. y que encontrándose informados de los hechos mencionados tanto la responsable de Recursos Humanos como el dueño de la empresa, no tomaron ninguna medida. Al contrario, el dueño de la empresa negó a la empleada el cambio de lugar, indicado no sólo por su terapeuta sino por la junta médica por Bells contratada.

III.- Entrando al estudio del recurso de apelación de autos, en cuanto a la primera queja, que apunta a la justificación del despido indirecto en que se colocó la actora, adelanto la suerte adversa del apelante.

En efecto, la demandada subraya la falta de intimación previa de la actora (ya que mediante el TCL, directamente le comunica los motivos por los que se da por despedida en el acto) y su desconocimiento de las circunstancias de acoso laboral, de malos tratos y episodio de acoso sexual, invocados por la trabajadora para decidir su despido indirecto; y a la vez guarda absoluto silencio sobre las situaciones señaladas por el a-quo por las que considera comprobadas cada una de las conductas descriptas por la actora, colocándose en situación de despido.



Ahora bien, referido al recaudo de la intimación previa, Ackerman comentando el art. 246 de la LCT, señala que:

"Desde luego, se requiere la "preparación" del despido indirecto mediante intimaciones que, a la par de exponer con claridad las razones y modalidades de la ofensa, exijan del empleador la adopción de los poderes necesarios para el cese del hostigamiento." (en "Ley de Contrato de Trabajo" comentada, T. III, p. 228).

Sin embargo y no obstante resultar la intimación previa al empleador, un recaudo receptado por doctrina, so pena de considerar apresurado el despido decidido por quien ha incumplido tal formalidad, considero que ello no implica un rigorismo insalvable, sino que debe analizarse cada caso en particular, ya que de lo contrario podría llegar a frustrarse la protección del trabajador ante el despido arbitrario.

Y sobre esta senda, considero que en el caso de autos no puede decirse precisamente que la actora haya sorprendido a la empleadora con una serie de conductas reprochables de sus dependientes, sino justamente todo lo contrario, ya que se desprende del material probatorio no sólo la existencia con cierto grado de certeza de las conductas de hostigamiento hacia la actora por parte de D. O. y de M. I., sino que muchos episodios llegaron a conocimiento de la empleadora antes del distracto decidido.

Veamos. Con relación a la Sra. O., lejos de encontrar simples "frases negativas" como así denomina la apelante en la expresión de agravios, cuando se refiere al contenido de las declaraciones de los testigos que aquí han comparecido, advierto la descripción de situaciones muy precisas, puntuales y graves.

Tal es el caso en primer lugar de lo señalado por la testigo F. L. (a fs. 251/255), en cuanto afirmó que:



"cuando... empezó D. era la superior, la regia a Y., la tenía a su cargo. Le daba órdenes, le decía a qué local ir, que limpiar, le controlaba el trabajo, porque D. le supervisaba el trabajo, lo que le exigían a ella se lo transmitía a Y." (...)
"Eso lo sabe porque...las veía y porque las tareas figuran en el reglamento. Por comentarios de la actora, y también porque lo ha visto, sabe que el trato de la Sra. O. con la actora era malo, siempre tenían problemas entre ellas, y por lo que sabe y ha escuchado a D., en referencia a O., no la quería a la actora. Los problemas que tenían era porque el trabajo de la actora nunca le conformaba a D., siempre tenía algo para decirle, no la trataba bien y D. aprovechaba eso, como era su superior, no había nada en especial, sino que D. no la quería, que la misma D. se lo comentó a la testigo".

Asimismo, expresa que: "el trabajo de la actora estaba bien hecho, nunca escuchó que algún compañero se quejara, sino que veía que era normal" (...) "O. era la que daba las órdenes de trabajo en el sector donde estaba la actora".

Resulta coincidente con los malos tratos que propinaba sobre la actora la Sra. O., la declaración del testigo G. (fs. 264/265), quien declaró que "había una encargada de limpieza D. O., que no sabe si era encargada en los papeles o a dedo, pero que era la encargada. O. la mandoneaba mal y M. trabajaba más que la propia encargada. Eran tres las chicas de limpieza, una se llama L. C. que era muy compinche de O. y la trataban mal a M., la dejaban sola y dice que esto lo veían todos los compañeros".

Por su parte, la testigo D. R. (fs. 300/301), también habla de la superioridad jerárquica que imponía O. sobre la actora y que teniendo que limpiar también, se desligaba de las tareas. Declaró que "una vez estaban en el local "Boutique", a la mañana y empezaron a escuchar gritos en



el depósito y se acercó porque estaban discutiendo mal y D. O. la tenía contra la pared a la actora. Estaban discutiendo y si yo no llegaba me parece que hubiese habido agresión”.

Si bien desde otro ángulo, la testigo D. M. (fs. 256/259), quien se desempeñaba en el área de Recursos Humanos, declaró que eran 3 las personas de limpieza (la actora, O. y C.) y que no había una persona “a cargo de ese sector”, encuentro acreditado que más allá de que no existiera un/una jefe/a del sector limpieza, la Sra. O. era considerada como tal por el resto de los empleados y su superioridad aún “de hecho” la ejercía sobre la actora.

En cuanto a las situaciones de maltrato proferidas por el Sr. I., también los testigos han declarado sobre el trato que dispensaba I..

Así G. expuso que “I. es el encargado de la empresa y ahijado del dueño” (...) “I.... como encargado se le pasaba la mano con su personalidad...”

F. L., también explicó que I. “es una persona muy machista, su prioridad son los hombres, la mujer es la última opción para él, siempre las trata de insultar, humillar”, relatando un hecho de violencia que vio respecto de otra compañera. Y sobre estas valoraciones la apelante omite toda consideración.

La mencionada testigo también declaró que luego del episodio de abuso sexual que la actora le contó sufrió por parte de I. (en el baño del local Ángeles y Demonios), se dirigió al sector de Recursos Humanos (que está en calle Alberdi), para poner en conocimiento de M. D. lo sucedido y que “lo dejó asentado por escrito”. Si bien la testigo D. M. niega que le haya relatado lo sucedido y que “nunca dejó nada por escrito respecto a ningún hecho de violencia”, no paso por alto que tampoco se adjuntó al contestar la demanda otra



documentación cual es, el legajo de la actora, adjuntando solamente algunas notas (cambio de horarios y de permisos para retirarse con antelación a la finalización de la jornada) y algunos certificados médicos.

También F. L. declaró que acompañó a la actora, en su carácter de delegada del personal, a hablar con el dueño L. A. y que: *"hablaron con él para ver si la podían cambiar, porque no quería la actora seguir limpiando, no se sentía bien, por lo que le había pasado, estaba con certificados médicos. Y el dueño le dijo que no, que había sido contratada para limpieza y que el cambio a depósito fue por su embarazo pero su contrato era por la limpieza, que no podían cambiarla". "La situación que vivió la actora con el Sr. I. lo dejó sentado, lo habló también con el dueño en presencia de la testigo."*

Advierto que la apelante pretende esgrimir que la empresa dio cumplimiento a lo requerido por la actora, otorgándole otras tareas. Sin embargo, surge de la documental de fs. 117 que ese traslado al depósito tuvo por motivo la adecuación solicitada por el médico tratante por su avanzado estado de gravidez, tal como lo declaró también, la testigo M. D. y temporalmente fue con anterioridad al episodio con I., ya que sucede cuando M. retorna de su licencia por maternidad y la habían retornado a la limpieza de los locales.

Respecto al abuso sexual que la actora dijo haber sufrido por parte de I., no encuentro que el juez para considerarlo un hecho con elevado grado de certeza, se haya basado exclusivamente en la denuncia obrante a fs. 22. Si bien, hace referencia en la sentencia a tal denuncia como realizada por la actora (no siendo ello así, ya que surge otro nombre de denunciante), también más adelante argumenta para su valoración el contenido de la pericial psicológica y prueba



testimonial, y al respecto omite el apelante toda refutación concreta y razonada.

A esta altura, queda claro el conocimiento que de manera previa tuvo la demandada respecto a los hechos que ha invocado la actora en su TCL, resultando contundente la prueba señalada frente a la insistencia de su desconocimiento invocado en la expresión de agravios.

En tal sentido, hasta el médico que la empresa contrató para integrar Junta Médica y evaluar las licencias médicas que presentaba la actora, declaró que recomendó a la demandada un cambio urgente, mediante *"un informe escrito que la Junta entregó a la empresa en un sobre cerrado y que va a su legajo"*. Tal informe es el obrante en copia a fs. 7.

En función de ello, es que considero que debe rechazarse estos agravios, confirmándose la justificación del despido indirecto decidida por el juez de grado.

IV.- Tampoco prosperará la queja sobre la aplicación de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, ya que en atención al modo en que se desarrolló el distracto y las cuestiones debatidas en la causa, el magistrado aplicó para su determinación la morigeración prevista en el segundo párrafo del art. 2° de la citada ley, resultando tal decisión justa y equitativa.

En esa línea de pensamiento, en la causa "Poo" (Expte. N° 383879/9, del 6/12/11), sostuve que:

"El art. 2° de la Ley 25.323 toma un hecho objetivo para la aplicación de la sanción que impone, la falta de pago de las indemnizaciones por la extinción unilateral arbitraria del contrato de trabajo. Y como falta de pago debe entenderse también el pago insuficiente, toda vez que éste no resulta cancelatorio de lo debido al no ser íntegro".



"Ahora bien, en supuestos de pago insuficiente, el incremento debe aplicarse sobre la base económica constituida por la diferencia indemnizatoria no satisfecha, y no por la totalidad de los rubros previstos en la norma (cfr. CNAT, Sala II, 20/12/2007, "Lucero c/ YPF S.A.", TySS 2008, pág. 334; ídem., Sala III, 30/11/2007, "Saint Jean c/ Disco S.A.", TySS 2008, pág. 53). De otro modo no existe relación de proporcionalidad entre la falta y la penalidad."

Aplicando estos criterios a la causa, teniendo en cuenta el despido indirecto y que la multa fue fijada en el 50% del importe por el que prosperaron las diferencias de los ítems indemnizatorios, la sanción así impuesta resulta ajustada a derecho y debe ser confirmada.

V.- Con respecto a la queja referida al daño moral, advierto que el apelante lejos de expresar una crítica concreta y razonada a los fundamentos que expusiera el a-quo, sólo menciona que no existió una conducta reprochable ni por culpa ni por dolo en los términos del art. 1078 del anterior código civil, lo cual no pasa de ser una manifestación genérica de disconformidad, ya que el magistrado fundamentó sobradamente en las pruebas producidas y la pericial psicológica, la admisión excepcionalidad de este rubro dentro de la esfera laboral, compartiendo sus conclusiones.

Por lo tanto, considero que debe rechazarse esta queja.

VI.- Consecuentemente, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto por la demandada, confirmándose la sentencia dictada a fs. 380/390 en todo lo que ha sido objeto de recurso y agravios. Con costas a la demandada por resultar vencida (art. 17, ley 921), debiendo regularse los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia en el 30% de la regulaciones efectuadas en



la instancia de grado, de conformidad a lo dispuesto por el art. 15 de ley 1594.

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 dictada a fs. 380/390, en todo lo que ha sido objeto de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17, ley 921).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada en el 30% del importe que surja de la regulación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

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

Dra. Patricia Clerici - Dr. José I. Noacco
Dra. Micaela Rosales - Secretaria