NEUQUEN, 9 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"VILLALON ANDREA PAOLA C/ SANTA IRENE S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA2 EXP Nº 474770/2013)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la **Dra. Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La Sra. Jueza de Primera Instancia hace lugar a la demanda y condena al pago de la suma de $57.276,33, con más sus intereses.

Para así hacerlo considera acreditado que se nos encontramos ante una relación de trabajo por tiempo indeterminado y que el despido se debió a la situación de embarazo, tornando aplicable la indemnización prevista en el artículo 182 de la LCT.

Contra este pronunciamiento apela la demandada.

Sostiene que la magistrada no ha ponderado debidamente la prueba, en tanto de la información suministrada por el Consejo Provincial de Educación, surge acreditado que el vínculo laboral era de tipo eventual. Sostiene que está probado que había sido contratada, de manera directa y por vía de excepción para brindar el servicio de limpieza en el Edificio Central, no teniendo fecha de finalización exacta.

En cuanto al embarazo, entiende que la magistrada ha obviado la aplicación de las concretas preceptivas legales. En este sentido indica que, para el agravamiento de la indemnización, es necesario que medie notificación fehaciente, lo que en el caso no ha acontecido.

Se refiere luego a la testimonial en base a la cual la magistrada entiende acreditado que la empleadora tenía conocimiento, la que luego de analizar, la lleva a concluir que es decididamente insuficiente.

Solicita en consecuencia, que se revoque el pronunciamiento, con costas a la actora.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Siguiendo el orden propuesto por el recurrente, debemos partir del principio general establecido por la L.C.T., cual es, que el contrato de trabajo se celebra por tiempo indeterminado.

Desde esta premisa, es fácil comprender, que reconocida –como en el caso- la prestación de servicios, la demostración del carácter eventual de la vinculación incumbe al empleador.

Sobre esta base, justamente, la magistrada pondera: *"De modo que la justificación de la excepción, a la indeterminación del plazo del contrato solo se produce cuando de antemano el empleador y el trabajador conocen que, por tratarse de una actividad transitoria, los servicios del trabajador no serán necesarios finalizada la misma, circunstancia que no ha quedado acreditada, en función de las tareas que cumplía la actora y las de la demandada… En autos ha quedado acreditado que la tarea para la que fue contratado el trabajador se corresponde con la actividad principal, normal y habitual de la empresa demandada, y que la misma se continúa cumpliendo, desapareciendo en tal caso el supuesto de hecho que justifica la figura del contrato de trabajo eventual transformándose el contrato en uno de tiempo indeterminado, dado que a la postre, lo que en un principio se calificó como*

transitorio, no lo es teniendo en cuenta la naturaleza del mismo y las consideraciones expuestas.

En definitiva, debo concluir que la accionada no ha acercado ninguna prueba determinante que justifique tal forma de contratación, asistiendo razón a la trabajadora al considerar su contratación como de tiempo indeterminado…"

Nótese que, en lo agravios, la demandada insiste en el carácter excepcional de su vinculación con el Consejo Provincial de Educación; reitera que fue una contratación directa y excepcional, sin fecha de finalización exacta.

Y aquí creo que incurre en una confusión: la circunstancia de que sus servicios hayan sido requeridos a través de un régimen de excepción, no necesariamente determina, ni obliga a suponer, que tal tarea impactara, en forma igualmente extraordinaria, en su propio giro empresarial.

En otros términos: debió haber acreditado que tal práctica era extraordinaria para su giro y organización empresarial, que representaba un pico de trabajo extraordinario con relación a la organización propia, normal y habitual.

Nótese que la demandada no cuestiona que las tareas para las que fuera contratada la actora, fueran las propias de su giro y, como tales, integrantes del producto ofrecido al mercado, tal por caso, al presentarse a la licitación privada que trae a colación como justificativo.

Desde allí, que debió acreditar cómo, concretamente y en el caso, se producía un pico de producción de servicios, que este se presentaba como atípico, temporario y efímero.

Nada de esto ha acreditado, limitándose a enfatizar la aludida contratación. Desde aquí, el razonamiento de la magistrada no logra ser contrarrestado en tanto coincido con la misma, en que era carga del demandado, la acreditación de los extremos que permitiesen un apartamiento del principio general.

El recurrente no ha logrado cumplir esta carga; este agravio será, por lo tanto, desestimado.

3. Distinta es la suerte del restante y aquí nuevamente entra a jugar la cuestión de la carga probatoria.

En efecto, sostuve con relación al artículo 181 de la LCT, en razonamiento que entiendo trasladable a este caso:

"…más allá de la posición que se adoptara con relación a la presunción establecida en el artículo 181 con relación a los trabajadores varones, lo cierto es que, en ambas hipótesis de tratamiento, resulta indispensable que el trabajador haya anoticiado fehacientemente al empleador la fecha del enlace…

La carga de la prueba de la comunicación se encuentra a cargo del trabajador, en tanto se presenta como un recaudo de procedencia…"

"En este cuadro de situación, claramente la indemnización prevista en el artículo 182 de la L.C.T no es viable, en tanto falta el presupuesto al cual el artículo 181 condiciona su procedencia, esto es, la notificación fehaciente: "…Ante todo, la protección del art. 181 L.C.T. requiere, como presupuesto de operatividad, que "haya mediado notificación fehaciente (de la intención de contraer matrimonio o de su efectiva celebración)", al empleador. Reiteradamente he puesto de manifiesto que, si bien el

adjetivo "fehaciente" es ambiguo, su inteligencia remite, por lo menos, a una notificación realizada mediante instrumento privado, cuyo eventual reconocimiento, voluntario o forzado, podrá otorgarle esa cualidad, de la que, por sí mismo, carece ese tipo de documentos. Algunas sentencias flexibilizan este requisito, sustituyéndolo por el "efectivo conocimiento por parte del empleador", criterio que, además de soslayar el texto de la norma, no podría ser aplicado en los casos, como el presente, en los que el empleador es una persona jurídica, de la que no sería lícito predicar estados psicológicos. Ni aún en el caso de que aquella intención haya sido conocida por el representante legal de la persona jurídica ese conocimiento podría, por lo menos en principio, ser imputado a la representada…" (cfr. CNTrab, sala VIII, 10/02/2006. "González Evans, Pablo A. c. Jockey Club A.C.". Publicado en: DT 2006 (noviembre), 1713. Cita online: AR/JUR/460/2006).

Pero, además, tampoco surge ningún elemento de esta causa, que permita establecer que la empleadora tuvo conocimiento del matrimonio contraído: que algunos compañeros de trabajo lo hayan sabido o incluso asistido a su fiesta es insuficiente, máxime tratándose la empleadora de una persona jurídica. Y, nótese en este punto, que ni siquiera se ha acreditado que el personal jerárquico tuviera conocimiento en modo informal…" (cfr. "INDA MATIAS ALEJANDRO C/ ENTERTAINMENT DEPOT S.A. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", JNQLA2 EXP Nº 401355/2009).

Como se vislumbrará, estas consideraciones son plenamente trasladables a este caso.

La única comunicación fehaciente efectuada, lo fue con posterioridad al distracto; la negativa a la recepción no se encuentra acreditada.

En este punto asiste razón al recurrente en cuanto al tenor de los testimonios y a la insuficiencia para acreditar este extremo.

Nótese que la testigo Andrés –conforme la misma magistrada transcribe- no presenció la frustrada entrega del certificado, sino que el relatado conocimiento de la "encargada" lo sabe por "comentarios de la actora".

Por ello, no entiendo operativo al art. 178 de la LCT, en tanto si bien es cierto que *"este artículo establece la presunción de despido por causa de embarazo, pero para que opere dicha presunción es necesario que la trabajadora haya cumplido con la obligación de notificar y acreditar en forma el embarazo, ya que el art. 177 enuncia que se garantiza a la mujer la estabilidad en el empleo con carácter de derecho adquirido "a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación" acompañada de certificado médico (CNAT, Sala VIII in re "Gutiérrez H. c. Frischmann y Cía. S.A." del 23 de noviembre de 1987; en TySS, 1998-243).*

En el caso de autos no se cuenta con prueba alguna que demuestre que la empleadora tenía conocimiento del estado de embarazo… con anterioridad a la finalización del vínculo; de acuerdo a lo cual, la decisión de terminar la relación no puede vincularse con la situación de la actora.

En efecto, los dos testigos citados en el memorial recursivo sólo dan cuenta de haber conocido el estado de la demandante, pero de ningún modo prueban que la empleadora haya sido notificada de tal circunstancia…" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, Seitler, Patricia B. c. I.C.N. Argentina S.A. • 20/09/2006 Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/7554/2006).

Y si bien se ha dicho que puede prescindirse de la notificación fehaciente, ello es así, y como excepción, si el "…estado de embarazo es tan evidente, tan notorio, que pueda reconocerse a simple vista" (Cámara 2a de Apelaciones del Trabajo de San Rafael, Morilla, Jezabel Elizabeth c. Stella Maris Cozzi, Aldo Vigetti y/o el mayorista • 23/12/2009. Publicado en: IMP 2010-6, 233 Cita online: AR/JUR/56389/2009. En esta causa, cursaba el sexto mes de embarazo, desde donde la notificación quedó suplida por el estado notorio).

Lo cierto es que, en los presentes, no hay prueba alguna que acredite el cabal conocimiento de la demandada.

Por estas consideraciones entiendo que asiste razón a la recurrente y que, por lo tanto, no encontrándose acreditada la notificación fehaciente del embarazo con antelación al despido efectuado, no es procedente la indemnización prevista en el artículo 182 de la L.C.T.

Por lo tanto, la demanda prospera por la suma de $10.937,83, con más los intereses establecidos en el pronunciamiento de grado.

Las costas de la instancia de origen serán impuestas a la demandada: en materia laboral debe tenerse presente que los créditos del trabajador tienen naturaleza alimentaria, por lo que corresponde ser más cuidadosos al momento de apreciar el vencimiento parcial y su incidencia en la imposición de las costas procesales (cfr. Sala II, "MORAND", Expte.Nº 378320/8).

Por ello, toda vez que no cabe atenerse forzosamente en esta materia a un criterio exclusivamente aritmético, sino apreciar las posturas asumidas por las partes en sus respectivos escritos de constitución del proceso, propongo tal solución.

Las costas de la Alzada, se impondrán en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C), debiendo en consecuencia la recurrente asumir las costas por su intervención.

Los honorarios deberán reajustarse a lo aquí decidido. **TAL MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**,

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y en su mérito modificar la sentencia de hojas 114/118, reduciendo el monto de condena a la suma de $10.937,83, con más los intereses allí establecidos.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia de grado, los que deberán reajustarse a lo aquí decidido.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de lo que corresponda en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. **Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA