

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 07 días de noviembre de 2018, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dres. Juan Lagomarsino, Rubén Marigo, Marina Venerandi, Jueces de Cámara, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "PAZ, DANIELA C/ MAMUSCHKA S.R.L. S/ ORDINARIO (I)", Exp. N° B642C1/18, iniciado el 23/04/2018. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe la Actuaria, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

---Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Ruben Marigo; segundo y tercer votante, los Dres. Juan Lagomarsino y Marina Venerandi.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Rubén Marigo dijo:-

---I) Antecedentes:

---a) Pretensión actora: A fs. 11 y ss la Sra. DANIELA PAZ, con el patrocinio letrado del Dr. JUAN HORACIO JOSE, promueve demanda laboral, contra MAMUSCHKA SRL, solicitando se las condene al pago de la suma de \$ 325.731 más intereses y costas conforme a los siguientes argumentos:

---1- El actor trabajó para la demandada como empleada administrativa desde el 9 de junio del 2015 en horario de 8,30 a 16,30 de lunes a viernes y éste último día por la noche de 20 a 24.-

--- En enero del 2017 presentó certificado de discapacidad debiendo tener sendas licencias por enfermedad, maternidad, enfermedad de sus hijos, habiendo sido descontadas de su liquidación final. El 19 de marzo hasta el 29 del mismo mes gozó licencia por enfermedad por una cirugía, pese a lo cual no se le liquidó dicha licencia previamente informada a la empleadora.-

---Al reintegrarse el 30 de marzo del 2017 es despedida indicando sumas descontadas por licencia lo que redundo en la pérdida del presentismo \$ 2.397,11 y \$ 1534,15 por faltas.-

---Indica que además de la liquidación final falta abonar la indemnización de 180 días de incapacidad por lo que remite telegrama del 10 de abril del 2018 que es contestado por el demandado indicando que replica esa contestación y que debe iniciar acción.-

---2- Describe como injuria el desconocimiento de incapacidad de la actora como los montos descontados por ausencias y presentismo.- Agrega que la falta de registración laboral como incapacidad repercute en la liquidación final .-

---Reclama: salarios no percibidos y diferencias de salarios pendientes, presentismo, indemnización por incapacidad de 180 días por \$ 231.800, daño moral dado que considera que su despido se debe a sus ausencias y por su discapacidad, agravado por el no pago de la indemnización por incapacidad- Tilda al despido de discriminatorio en los términos de la ley 25392.- Estima el monto en la suma de \$ 90.000, lo que hace un total de \$ 325.731.- A fs 13 funda en derecho incluso en la ley 361 de 1997, ley 25392, en jurisprudencia y ofrece prueba.-

--- b) Contestación de demanda: A fs. 24 y ss. se presenta la Dra. Carla Orticelli, con el patrocinio letrado de la Dra. María Olmedo Murua, en representación de MAMUSCHKA SRL, contestando demanda y solicitando su rechazo con costas conforme los siguientes argumentos:

---En primer lugar destaca que se reclama en base a una ley la 361 de 1997 que pertenece a la República de Colombia ajena al sistema normativo Nacional. Que el tema discriminatorio es tratado con total liviandad.

---Niega todos los hechos sostenidos en la acción, la documental acompañada, el certificado de discapacidad, oblea para libre estacionamiento y se opone a prueba de la actora.- Dice que ingresó el 9 de julio del 2015 como empleada administrativa, y que fue despedida el 30 de marzo del 2018 sin expresión de causa.-

---No discriminó a partir del despido sino que se despidió sin causa. Relata el intercambio de telegramas desconociendo el certificado de incapacidad de la trabajadora que nunca entregara y a todo evento niega la procedencia del pago de indemnización por esa causal.- Asimismo que no efectuó descuento alguno por las licencias de enfermedad y ratifica la procedencia de los descontados que analiza en cada caso.-

---Desconoce específicamente la discriminación cita jurisprudencia y solicita la plus petición inexcusable del art. 20 LCT, solidariamente con el letrado, al reclamarse una indemnización que no existe .-

-- Ratifica el rechazo de la demanda, de su liquidación, ofrece prueba funda en derecho.-

---A fs 46 y ss se ordena la prueba ofrecida por las partes, se agrega la producida y luego de fracasar la audiencia de conciliación de Fs. 46 se celebra la de vista de causa conforme constancias de fs.67 otorgándose un plazo para alegar lo que hace la actora a fs. 68 y ss y la empleadora a Fs. 73 y ss quedando, conforme lo ordenado a fs. 76 los autos en condiciones de resolver.

---Los Hechos:

---a) Conforme lo dispuesto en el art 53 inciso primero de la ley 1504 teniendo en cuenta la traba de la Litis, el análisis de la prueba ofrecida, me referiré a las cuestiones planteadas y cuales se encuentran probadas y las que no.-

---A los efectos indicados trataré el siguiente punto: Es procedente el reclamo económico del actor basado en diferentes conceptos que consideraré a continuación?

--- A dichos efectos analizará en especial la prueba documental acompañada por las partes y la agregada por oficio y la siguiente testimonial: NATALIA MARTINEZ: Fue compañera de la actora se fue antes de que fuera despedida. La actora tenía un tipo de discapacidad. Tenía problemas auditivos. La vio con audífonos y que en el auto tenía oblea de discapacidad. Le rendían la Caja a Daniela. Trabajaba sábados por la tarde cree que en forma rotativa con sus compañeros. MARIA FISSORE: trabajó dos temporadas 2015 y 2017 como cajera y atención al público. La actora en Administración le rendían las cajas a ella. Sabía que tenía audífono y una discapacidad auditiva. Los horarios eran amplios en temporada, se trabajaba fines de semana feriados. No se dio cuenta que su problema auditivo le generara algún problema en el trabajo.- AGOSTINA CANGARO: trabaja desde octubre del 2014 trabajó antes como vendedora en el 2011. sigue en la empresa. Es asistente en recursos humanos. Nunca vio problema con Daniela en la oficina era una compañera mas. No había problemas para comunicarse con ella. No vio audífono. Nunca vio trato desigual. Incluso hay un compañero discapacitado en Fábrica Gustavo Gomez -. La testigo trabajó hasta febrero 4 hs luego 5 hs. Solía faltar la actora por enfermedad de los hijos tenía incumplimientos.- MARCELO BERET: fue compañero de la actora el empezó en octubre del 2013 .No sabe de ningún problema de Daniela. Sabe que escuchaba menos de un oído. Nunca la vio con aparato. No era buena en su trabajo. A veces los compañeros o el debían terminar el trabajo que no hacía.

--- b) Considerando la prueba razonada y lógicamente entiendo:

---1- La actora es despedida sin causa el 30 de marzo del 2018 conforme acta notarial acompañada y reservada en secretaria, reconociendo la actora en su intercambio telegráfico dicha desvinculación. En su contestación intima el pago de la indemnización por discapacidad y descuentos efectuados.-

---Al iniciar demanda la actora reclama una indemnización por incapacidad de 180 días que no tiene sustento legal, mencionando en el capítulo Derecho la ley 361 de 1997. La única ley ubicada por ese número y fecha es de la República de Colombia por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, que no tiene vigencia en nuestro País, por lo que no corresponde dicha indemnización.-

--- 2- Si tiene sentido en caso de acreditarse, la posibilidad de considerar el despido discriminatorio. En este caso sostiene que el mismo se debe a la disminución auditiva de la trabajadora y a las sucesivas ausencias que fueron deducidas (Fs. 12 vuelta).-

---Es evidente que la actora padece una incapacidad que surge de la documental acompañada en la demanda, y por los dichos de los mismos compañeros de trabajo que reconocen en su mayoría que la trabajadora tenía audífonos pero que esa cuestión no le impedía trabajar ni existía diferencia de trato.- Otros testigos desconocieron el hecho.- Sí es de destacar que la actora sostiene haber entregado el certificado de discapacidad en enero del 2017 y el distracto se produjo un año después.- No existe elemento alguno que permita considerar que la desvinculación ocurrió por ese hecho.-

--- La segunda causa invocada en la demanda es que fue despedida en forma discriminatoria por sus múltiples ausencias, lo que no surge de la prueba testimonial transcrita por la actora a Fs. 72 en su alegato.- Pese a ello la Srta. Cángaro sostuvo que eran frecuentes sus incumplimientos y que se notaba que faltaba por enfermedad de sus hijos.

---De la documental acompañada y reservada en sobre que tengo a la vista se prueba que a julio del 2015 la actora estaba apta para trabajar, que el 14 de octubre del 2016 terminó su licencia por parto, que tuvo ausencia por atención familiar enfermo el 16 de marzo del 2018. Que del 19 al 29 de marzo de 2018 estuvo con licencia por reposo por una operación y que al volver al trabajo el día 29 fue despedida sin invocación de causa.

---A los efectos de analizar si hubo o no discriminación se deberá tener en cuenta los lineamientos de la doctrina y en especial los principios establecidos por la Corte desde el caso " Pellicori" en que basándose en los tratados Internacionales, dictámenes de la OIT y jurisprudencia comparada, sostiene el principio de las pruebas dinámicas "Así, a modo de conclusión, resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda iscriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica .."

---En el caso de la enfermedad debe analizarse la cuestión desde el punto de vista de la dignidad del trabajador y a no ser despedida por esa causal que suele estar solapada en el distracto. Tal como señala Martínez Vivot, en general, el empleador que desea

despedir a su dependiente por una circunstancia que pudiera ser calificada discriminatoria, la disfrazo y usa una causal, que tal vez no pudiera probar, pero que le permite efectivizar el despido, sin reproches o dificultades, a pesar de haber cometido un acto de discriminación (MARTÍNEZ VIVOT, Julio: La discriminación laboral Despido Discriminatorio. S. I., Universidad del Salvador, Ciudad Argentina, p. 78).- Se ha resuelto que "el despido del trabajador, verificado casi inmediatamente después de notificar aquel fehacientemente su estado de salud y el tratamiento que debía proseguir crea, más que una presunción, un verdadero indicio cierto respecto de la real motivación para despedir, salvo que se hubiese acreditado otra razón para el despido, aunque no revista carácter de justa causa en los términos del art. 242 Ley de Contrato de Trabajo (CNAT, Sala V, 6/5/2005, «Rossi Rodolfo Alejandro C/ Orígenes AFJP S. A. s/ Despido», MJJ5165)

---Es importante destacar además que "en virtud de la naturaleza de esta cuestión en controversia, rige con amplitud el principio de la prueba dinámica, en el sentido que basta que la actora proporcione algunos indicios serios de haber sufrido discriminación, para que se invierta el onus probandi y se desplace hacia la empleadora la carga de acreditar la legitimidad de su obrar. Así está establecido en la reglamentación del Art. 6° inciso c de la ley 26.485 sobre Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, por el decreto 1011/2010" (SENTENCIA DEFINITIVA NRO.92752 CAUSA NRO. 28475/2012 AUTOS: "P., L. G. C/ A'Zael S.A. S/ DESPIDO" JUZGADO NRO. 38 SALA I.)

---Es de mencionar que dado ser la actora una trabajadora incapacitada tiene la protección especial además de la ley 26 378 que ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.

---Ahora bien en autos la actora acreditó que fue despedida sin causa luego de tener una ausencia de diez días de enfermedad. Este es un indicio de discriminación en los términos de la ley 25392 o de la 26485? Se puede sostener que el despido fue por esa causal?. Existe un trato discriminatorio o desigual que afecta la permanencia de la trabajadora en su lugar de trabajo?

---Si sostuviera esa postura la demandada debió acreditar otros motivos difíciles de acreditar cuando el despido ha sido sin causa existiendo el límite del art 243 LCT._

---Sostuvo en su contestación que el despido sin causa fue por falta de rendimiento en el

trabajo que "en el último tiempo no cumplió con las expectativas, metas y objetivos propuesto por su empleadora " (fs. 30 vuelta).- ---De la prueba testimonial de autos surge que Cángaro mantuvo que la actora a veces no cumplía con algo que la empresa esperaba. Beret que el desempeño durante la relación no fue bueno. Que muchas veces el o los compañeros de trabajo hacían las tareas que la actora no hacía. Pese a ello no existe antecedentes disciplinarios sobre el particular pero podría ser la causa que llevó a la empleadora a efectuar el distracto.

---Esta situación compleja me lleva a analizar que en el caso concreto se despide a la actora sin causa pero que no existió un trato discriminatorio, desigual, persecutorio, en los términos de la legislación analizada dado que no existen faltas reiteradas de enfermedad salvo las acreditadas por la documental de autos destacando que la licencia por maternidad terminó un año y tres meses antes del despido, y que las anteriores al mismo fueron de diez días.- No considero que esas circunstancias revistan la calidad de indicios suficientes que indica la doctrina y la jurisprudencia.-

---Por esa causa deberá rechazarse además de la indemnización por incapacidad ya analizada la de daño moral reclamada.-

---3- Otros reclamos económicos: la actora reclama diferencias de salarios por febrero y marzo del 2018 por \$ 1534,15 por días no abonados y por los que tuvo licencia.- Ese monto surge el recibo que acompaña a fs 5 del mes de marzo y liquidación final y de la documentación reservada en secretaria acompañada por la demandada que tengo a la vista.- La demandada indica que en el caso de febrero existe una falta injustificada del día 13.

---La suma de \$ 1534,15 reclamada concretamente por la actora y por presentismo corresponde conforme sostiene la empleadora a dos ausencias de los días 5 de marzo y 16 de marzo. Uno por falta injustificada y el segundo por haber avisado extemporaneamente la enfermedad de su hijo. Conforme la documental acompañada por la demandada la ausencia, por la atención de su hijo, fue el día 16 de marzo que es considerada el 20 de marzo fuera de término por el médico de la empresa, lo que resulta abusivo dado que el mismo médico le justifica ausencia por operación a partir del 19 de marzo y hasta el 29 de ese mes, lo que indica que la salud de la actora pudo razonablemente impedirle avisar con anticipación, por lo que considero que dicho descuento no corresponde. Por otra parte no se acredita de forma alguna la inasistencia que sostiene del 5 de marzo por lo que considero procedente el reclamo de la actora por salarios y presentismo.- Más aun no se acredita que la actora se haya ausentado sin

causa más de un día en el mes. (art 40 CCT 130/75).- Es decir procede la condena de la suma de \$ 3.921,16 (15434,15+2397,11) a la que deberá sumarse conforme las normas de orden público del derecho del trabajo el SAC (\$327,60) sobre dicho importe - art 12, 121 a 123 ss LCT-, arrojando un total de condena de \$ 4.248,76.

---c) La demandada en forma expresa a Fs. 33 solicita se declare la pluspetición inexcusable conforme el art. 20 LCT, la que considero no procede dado que la actora pudo considerarse con derecho a reclamar por despido discriminatorio y en el caso de la indemnización por incapacidad si bien justifica la misma en base a una ley de la República de Colombia, a la que cita como antecedente, no aparece como descabellada dado la ley 22431 y la ley 25.392.

---Los importes adeudados reconocerán un interés mensual desde el 9 de abril del 2018 (4to día hábil del despido) y hasta su efectivo pago conforme doctrina del STJRN en los autos " Jerez", " Guichaqueo" y anteriores y, a partir de agosto del 2018 los de los autos "Fleitas, LIDIA BEATRIZ C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO" conforme liquidación que practica a continuación utilizando a dichos efectos la fórmula de cálculo publicada en la página web del Poder Judicial de Río Negro, que contempla los porcentajes indicados.-

I- Haberes adeudados mas SAC proporcional \$ 4.248,76 al 9 abril del 2018 mas intereses al 3 octubre del 2018

Fecha	Desde	Fecha	Hasta	Días	Transcurridos	Mix/activa/bna(jerez)/guichaqueo/fleitas \n(Diaria)	Interés	Devengado
09/04/2018	17/05/2018	39	0.088 %	145.27				
18/05/2018	02/08/2018	77	0.096 %	314.07				
03/08/2018	02/09/2018	31	0.135 %	177.37				
03/09/2018	03/10/2018	30	0.136 %	173.35				

Total Intereses: 810,06.- 810.06

Monto Base: \$4.248,76.- \$4248.76

Monto Base + Total Intereses: \$5.058,82.- \$5058.82

---III-LA DECISION

---Por todo lo expuesto propone: I) 1) HACER lugar parcialmente a la demanda iniciada por DANIELA PAZ, condenando a la firma MAMUSCHKA SRL al pago de la suma de \$ 5.058,82, capital e intereses provisorios calculados al 3 de octubre del 2018 en concepto de haberes adeudados y SAC proporcional conforme los considerandos que anteceden.-

---2) RECHAZAR parcialmente la demanda por indemnización de incapacidad y daño moral.-

---II) COSTAS Atento el resultado del pleito las mismas serán por su orden pero eximiendo a la actora del pago dado que su reclamo es esencialmente legal y de fundamento de derecho del cual es ajena.- Tengo igualmente en cuenta que la actora pudo considerarse con derecho a demandar como lo hizo conforme lo resuelto por la Corte en los autos "López, Enrique Eduardo c/ Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/ accidente - ley especial", no surge negligencia alguna del trabajador en el resultado del juicio si no por el contrario su razón para litigar. De lo contrario se violaría el derecho de acceso a la justicia consagrado por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25 primer párrafo L. 1504, art. 68, segundo párrafo CPCC).-

---III) A los efectos de la regulación de honorarios tendrá en cuenta la doctrina obligatoria del STJRN a partir entre otros de los autos "Martin c/ Via Bariloche", evaluando en especial el trabajo profesional de las letradas de la demanda y actualizando el monto de reclamo inicial con los intereses utilizados para el reclamo de la actora que surgen de la página Web del Poder Judicial el que asciende al 3 de octubre del 2018 a \$ \$383835.98 menos el monto actualizado que procede \$ 5.058,82.- - rechazo de demanda - determina un monto base de \$ 378.777,16. Regular los honorarios del letrado de la actora Dr. Juan Horacio Jose en la suma de \$37.120,16 - 7+40% - y los de las letradas de la demandada Dras. Maria Olmedo Murua y Agueda C. Orticelli, en conjunto y proporción a ley en la suma de \$ 74.240,32- 14+40%- (arts.6, 9, 20, 40, 48, LA), con mas los importes correspondientes al IVA de los letrados intervinientes en caso de corresponder.-

---Los montos de condena deberán ser abonados al quedar firme la presente resolución.-

---Mi voto.

---A la misma cuestión planteada, los Dres. Marina Venerandi y Juan Lagomarsino dijeron:-

---Por sus fundamentos, adherimos al voto que antecede.-

---Por todo lo expuesto, la Cámara Primera del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, RESUELVE:

---I) HACER lugar parcialmente a la demanda iniciada por DANIELA PAZ, condenando a la firma MAMUSCHKA SRL al pago de la suma de \$ 5.058,82.- (pesos cinco mil cincuenta y ocho pesos con ochenta y dos centavos) capital e intereses al 3 de

octubre del 2018 en concepto de haberes adeudados y SAC proporcional conforme los considerandos que anteceden.-

---II) COSTAS serán por su orden, conforme los fundamentos establecidos en el apartado "la Decisión" (art. 25 primer párrafo L. 1504, art. 68, segundo párrafo CPCC).-

---III) REGULAR los honorarios conforme los fundamentos establecidos en el apartado "La Decisión", del letrado de la actora Dr. Juan Horacio Jose en la suma de \$37.120,16 (pesos treinta y siete mil ciento veinte con dieciseis centavos) - 7+40% - y los de las letradas de la demandada Dras. Maria Olmedo Murua y Agueda C. Orticelli, en conjunto y proporción a ley en la suma de \$ 74.240,32-(pesos setenta y cuatro mil doscientos cuarenta con treinta y dos centavos) 14+40%- (arts.6, 9, 20, 40, 48, LA), con mas los importes correspondientes al IVA de los letrados intervinientes en caso de corresponder.-

---IV) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-

JUAN LAGOMARSINO MARINA E. VENERANDI RUBEN MARIGO Juez de
Cámara Presidente Juez de Cámara

Ante Mi:

Maria Jose Di Blasi
Secretaria