

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 12 días del mes de agosto de dos mil dieciseis, se reúnen en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dra. Alejandra M. Paolino y Dres. Jorge A. Serra y Carlos D. Rinaldis, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "GUTIERREZ, Natalia E. C/ CATEDRAL ALTA PATAGONIA S.A. S/ INDEMNIZACION POR DESPIDO", Exp. N° 26369/15, iniciado el 05/06/2015. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, 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. Jorge Serra ; segundo votante, Dr. Carlos Rinaldis, y tercer votante, Dra. Alejandra Paolino.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Serra dijo:-

---I) ANTECEDENTES:

---I-a). Que a fs. 10/22 comparece el Dr. Nicolás Verkys, con el patrocinio letrado del Ezequiel Palavecino, en representación de la Sra. Natalia Emilce Gutiérrez.- En tal carácter inicia demanda contra Catedral Alta Patagonia S.A., a la que reclama la suma de 65.608,02.-, en concepto de indemnización por despido injustificado, por falta de preaviso , SAC proporcional y multa del art. 2 de la ley 25.323, con más intereses sobre el monto indemnizatorio y las costas del juicio.-

--- Sostiene que la actora comenzó a trabajar para la demandada en agosto del año 2008, desempeñándose como rescatista/pistera. La relación laboral se desarrolló sin mayores inconvenientes hasta la temporada 2014, en que la Sra. Gutiérrez y sus compañeros de tareas formalizaron sus reclamos por condiciones dignas de trabajo y encuadre convencional. A partir de ese momento, comenzó una actitud persecutoria de parte de la accionada, que finalmente culminó en su despido, invocando la empleadora para justificar el mismo una falsa causa.-

--- Detalla las tareas que cumple el "equipo de patrulla" del Cerro Catedral, las condiciones en que se prestan las mismas, los riesgos que implican para los trabajadores y la falta y/o malas condiciones de los equipos provistos por la demandada.- Me remito a una lectura de fs. 11/14.-

--- Asimismo, refiere las circunstancias en que se produjo el distracto resuelto por Catedral Alta Patagonia S.A., invocando como causal del despido la publicación por parte de la Sra. Gutiérrez en su página de "Facebook" de ciertas expresiones que la

empleadora consideró injuriosas y que imposibilitaban la prosecución del vínculo laboral.-

--- Más allá de haber negado la autoría de publicación, sostiene que las mismas ningún perjuicio podrían haber causado a Catedral Alta Patagonia S.A., por no resultar aquella presunta página de Facebook personal de acceso habitual y/u ordinario para los clientes de la empleada, por lo que sólo una actitud persecutoria y violatoria de garantías constitucionales por parte de la misma justificaría el conocimiento de esa publicación privada (ver fs. 14/18).-

--- Detalla el intercambio epistolar que tuvo lugar entre las partes (ver fs. 18vta./20), practica liquidación (fs. 20vta./21) y ofrece prueba (fs. 21/22).-

--- I-b) A fs. 23 se corrió traslado de la demanda, compareciendo a fs.50/63 el Dr. Hernán Gandur con el patrocinio letrado del Dr. Fernando Valenzuela, en representación de Catedral Alta Patagonia S.A.- Niega los hechos invocados por la accionante, en especial, que existiera una persecución de su mandante hacia la Sra. Gutiérrez (ver fs. 50/55).- Atribuye a la misma una "campana de desprestigio" hacia su mandante, manifestándose a través del empleo de herramientas electrónicas de libre acceso a terceros, en términos injuriantes -que transcribe a fs. 56- y que son vulneratorios del deber de buena fe que debe existir en la relación laboral.- Por ello, no había otra posibilidad para la empresa que proceder a su despido con justa causa.- Me remito a una lectura íntegra de los argumentos vertidos a fs. 55/60.-

--- Impugna la liquidación practicada en la demanda (ver fs. 60/62) y ofrece prueba (ver fs. 62/63).-

--- I-c) A fs. 66 se fijó audiencia en los términos del art. 36 de la ley 1504 y ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo en esa oportunidad, se ordenó la producción de una prueba pericial informática (producida a fs. 87/88).-

--- A fs. 93 se proveyó la restante prueba conducente y se fijó audiencia de vista de causa, que fue celebrada conforme surge del acta de fs. 124.-

--- Habiendo alegado las partes en esa oportunidad, se dispuso el pase de los autos a sentencia, por lo que se hallan estos autos en condiciones de emitir un pronunciamiento definitivo.-

--- II.- HECHOS;

---Conforme lo dispuesto por el art. 53 de la ley 1.504, habré de referirme en primer término a las cuestiones de hecho que, relevantes para la resolución de la litis considero probadas y las que no lo han sido.-

--- En tal orden de ideas cabe señalar que;

---II-a) No existe controversia entre las partes respecto a la existencia de la relación laboral que se iniciara en agosto de 2008 (fecha no desvirtuada) y concluyera el 8 de septiembre de 2014, fecha en que la demandada remitiera el telegrama de despido a la actora.-

--- Tampoco se ha cuestionado la categoría de la misma "Auxiliar Especializado "b" (AEC) y las remuneraciones que percibía, las que surgen de los recibos de fs. 34 y ss., cuyos valores coinciden con los consignados en liquidación practicada en el escrito de demanda (ver fs. 20vta.).-

---II-b) Que habiendo negado la parte actora que fuera suya la cuenta de Facebook en que se publicaron las expresiones constatadas por el Escribano Francisco Vazquez y que la empleadora considero injuriosas (ver acta notarial de fs. 43/49), el Tribunal dispuso la producción de prueba pericial informática ofrecida por la demandada, designándose a tal efecto al Analista de Sistemas Informáticos Cristian Caravá.-

--- El perito dictaminó que no podía confirmar la titularidad o propiedad de la cuenta de Facebook identificada, agregando que la página había sido eliminada (ver fs. 87/88), no pudiendo tampoco recuperar la información que hubiera en la misma, ni siquiera verificar si la base era de libre acceso para cualquier persona.-

--- Si bien el perito señaló que no podía determinar si la página era de libre ingreso o había que ser "amigo" de su propietaria, surge del acta notarial de fs. 46/48 que para ingresar a la página de "Naty Gutiérrez" no era necesario ser aceptado o amigo, siendo suficiente tener una cuenta de facebook.-

--- II-c) Que el testigo Mario Ruiz, quien manifestó desempeñarse como Jefe de Patrulla, refirió que se comunicaba por Facebook con la actora a través de dicha página y que la tenía incluida entre sus amigos.-

--- Me permito agregar que la aceptación de la persona requerida, es requisito para ser incluida como amigo de ella.- Ello, sin perjuicio de algunos otros mecanismos utilizados para soslayar ese requisito, que siguiendo el glosario criollo resultarían "truchos".-

--- Ahora bien, resulta un elemento sustancial para la resolución de la causa, lo manifestado por el testigo en la vista de causa en cuanto declaró que el día 31/8/14, le había comunicado a la Sra. Gutiérrez que finalizaba su contrato.-

--- III.- DECISORIO:

---III-a) Que aun cuando he de tener por acreditado en virtud de la declaración del Sr.

Mario Ruiz que la página de Facebook cuyas copias obran a fs. 45/47, es o fue de propiedad de la accionante, no albergo duda de que nos hallamos ante un despido incausado.-

--- En primer lugar y en mi opinión, en el marco del conflicto suscitado entre varios patrulleros y Catedral Alta Patagonia SA, (que ha motivado la existencia de juicios tramitados ante este Tribunal) y con posterioridad a la misiva que la actora remitiera el día 21/8/14 (ver fs. 103 y 106), la empleadora había tomado ya la decisión de desvincular a la Sra. Gutiérrez.- Tal es así que el propio testigo Ruiz declaró que le había comunicado que finalizaba su contrato, un día antes de la publicación en Facebook que luego se sostuviera que, supuestamente, motiva el despido con causa.-

--- Y en este punto, me permito transcribir el último párrafo de la publicación realizada por la Sra. Gutiérrez, que dice "...A mis compas les deseo un buen final de temporada dentro de todo lo que se pueda!!!! y yo seguiré con mi vida que es mágica!!!! (ver fs. 44).-

--- Sin necesidad de efectuar un mayor esfuerzo interpretativo, es obvio que se trata de una frase de despedida de la actora hacia sus compañeros de tareas, lo que corrobora que la Sra. Gutiérrez ya había sido informada anteriormente de que sería desvinculada de Catedral Alta Patagonia S.A.-

--- Por eso, considero que la publicación en cuestión (realizada en el marco de la pérdida de un trabajo y con la afectación emocional que ese trance genera), fue leída por quien es Gerente de Recursos Humanos de Catedral Alta Patagonia S.A. (ver fs. 46vta.) y, conocida por la empleadora, fue utilizada como presunto justificativo posterior de una decisión adoptada previamente y que ya le había sido informada a la trabajadora.- Es obvio, que de esa forma se pretendía evitar el pago de la indemnización que legalmente le correspondía a la misma.-

--- III-b) Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que aún cuando no hubiere existido comunicación previa de la extinción del vínculo laboral (posición más favorable a la demandada), entiendo que tampoco se encontraba justificado el despido de la Sra. Gutiérrez como medida disciplinaria.-

--- En efecto, tal como lo he señalado en reiteradas oportunidades es (inclusive al pronunciarme en la causa "COLLIN LLAIQUEN, Miguel A. C/ CATEDRAL ALTA PATAGONIA S.A. S/ INDEMNIZACION POR DESPIDO", Exp. N° 26381/15, fallo del 1/3/16 -entre otros casos-) más allá de la decisión que pudiere adoptar el empleador, es indudable que, en definitiva, es potestad del Tribunal establecer si se ha configurado

una injuria que justifique el despido, es decir determinar si el incumplimiento o las faltas atribuidas al trabajador revestían tal gravedad o trascendencia, que impidiera la prosecución del vínculo laboral (justificándose así el despido y la no aplicación de una sanción menor).-

---Ello así, ya que “...el despido es la sanción más grave dentro del sistema; existen otras instancias previas y el empleador puede, por ejemplo, apercibir o suspender al trabajador de modo de motivar que su conducta sea modificada. La calificación de la proporcionalidad entre el hecho injurioso y la sanción está vinculado de modo directo con la gravedad de la falta: cuanto mayor sea ésta más justificada estará la decisión del despido...” (Mario Ackerman, “Tratado del Dcho. del Trab., tomo IV La Rel. Indiv. de Trabajo-III”, pag. 288 y ss.).-

---Y aun cuando los hechos estén acreditados, no puede soslayarse que la relación contractual exige que cada una de las partes haga lo necesario para que la misma se mantenga (principio de conservación del contrato de trabajo art. 10 LCT-.- De modo tal, que la resolución es excepcional y debe ser interpretada por el Juzgador con carácter restrictivo.-

---Ello no obsta a que una sola falta pueda constituir injuria suficiente (un hurto, por ejemplo), ni que sea requisito indispensable que el trabajador pueda tener antecedentes desfavorables o sanciones previas.- En síntesis, un solo hecho puede justificar el despido.-

--- Cabe señalar al respecto que “...Se acepta que la proporcionalidad exige la adecuación entre medio a fin; la selección de penalidades menos gravosas y que mejor cumplan su rol; la evitación de un daño innecesario o exagerado al aplicar el medio sancionatorio; la ponderación de la reincidencia, el daño causado, la gravedad objetiva y subjetiva del hecho sancionado, el nivel jerárquico del imputado (art. 902 CC), la antigüedad, la existencia de malicia o mala fe, en fin las pautas del art. 512 del CC y del art. 242, segundo párrafo de la LCT para el caso...” (cf. César Arese; “Derechos Humanos Laborales”, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 293 y ss.).-

---Ahora bien, más allá de la circunstancia de que la página de Facebook sea propiedad de la actora y la misma pudiera resultar de libre ingreso para terceros que a su vez tuvieran una cuenta de Facebook, y que hubieran sido aceptados por la titular de la página, no existe ningún elemento en la causa que permita inferir que hubiere existido un real peligro potencial de que se produjera algún descrédito para la imagen de la demandada o sus autoridades, en forma indiscriminada.-

--- En efecto, no tratándose la Sra. Gutiérrez de una persona famosa o pública, considero realmente difícil que ingrese a la página de la misma, alguien que no sea de su entorno o actividad (o por lo menos que no lo hagan numerosas personas), por lo que bien pudo haberse intimado a la trabajadora al inmediato retiro de la publicación y eventualmente aplicársele un sanción en los términos previstos por los arts. 67; 68; 219; 220 y ccs. LCT, tal como aquella hizo eliminando la página posteriormente.-

--- No cabe duda alguna que una sanción de gravedad tal como una suspensión hubiera resultado más que prudente.-

--- Reitero que me he colocado en este punto en la posición más favorable a la demandada, soslayando la comunicación previa del cese de la relación laboral.-

--- En síntesis, considero que el despido de la Sra. Natalia Gutiérrez, debe ser considerado sin justa causa y encuadrado en los términos del art. 245 de la LCT y normas que rigen el mismo, partiendo desde ambas premisas de análisis.-

---III-c) Por lo tanto, la pretensión deducida fs. 10/22 deberá prosperar por las sumas liquidadas a fs. 20"bis" vta. por antigüedad (art. 245 de la LCT), en función de la fecha de ingreso que se ha tenido por acreditada y con más la indemnización prevista por los arts. 232, 233 y ccs. de la L.C.T. y SAC proporcional .-

--- Ello así, en tanto el monto base tomado a tal efecto no ha sido cuestionado por la parte demandada y concuerda con los recibos que fueran adjuntadas a la contestación de demanda (ver fs. 34 y ss.).-

--- III-d) En cuanto se refiere a los elementos de trabajo detallados en la planilla que obra en copia a fs. 49, habiéndose negado la autenticidad de la misma en forma expresa a fs. 65vta., ninguna prueba idónea ha producido la empleadora a los fines de acreditar su autenticidad y la entrega de dichos elementos con cargo de restitución a la trabajadora.-

--- En consecuencia y más allá de no haberse deducido ningún reclamo expreso al respecto -por la vía procesal idónea-, debe desestimarse la impugnación formulada a fs. 60/62.-

--- III-e) Respecto a la multa establecida por el art. 2do. de la ley 25.323 y más allá de compartir y haber aplicado en varios precedentes el criterio establecido por el Superior Tribunal de Justicia en autos "Tellez, María c/ Vía Bariloche S.A. S/ SUMARIO (m 1829/10 S/ INAPLICABILIDAD DE LEY (Sent. 45 del 24/9/13), en este caso he tenido por acreditado que la decisión de desvincular a la trabajadora había sido adoptada por Catedral Alta Patagonia S.A. con anterioridad al 31/8/14 (en que le fuera comunicada

verbalmente por el Jefe de Patrulla) y a la fecha de la publicación que se calificó de injuriosa, habiéndose aprovechado posteriormente la misma para intentar aplicar a la actora un despido justificado.-

--- Como lo he manifestado anteriormente no albergó dudas de esa circunstancia, que conlleva una inexcusable falta de sustento de la postura incumplidora de la demandada, la que motivó que la trabajadora debiera litigar hasta esta instancia para obtener el reconocimiento de sus derechos.-

--- En consecuencia, entiendo que procede en la presente causa la aplicación a la empleadora de la multa prevista en el art. 2do. de la ley 25.323.-

---III-f) A los fines de practicar la liquidación y conforme las pautas establecidas por el Tribunal, deberá calcularse un interés del 24% anual desde la fecha de mora y hasta el 31/12/14.-

--- A partir del 1/1/15 y hasta el efectivo pago, deberá calcularse un interés del 36% anual conforme lo establecido de manera uniforme por esta Cámara.-

--- Soy partidario de no modificar dicha tasa de interés, sin perjuicio de lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en autos "Jerez, Fabiana c/ Municipalidad de San Antonio Oeste s/ accidente de trabajo s/ inaplicabilidad de la ley" (expte. nro. 26.536/13 STJ, Sentencia del 23/11/15).

--- Siendo de consideración obligatoria dicha jurisprudencia (art. 43 L.O.), entiendo que la tasa fijada no difiere sustancialmente de la aplicada por el S.T.J., que además responde adecuadamente a la finalidad de evitar la litigiosidad, pero esencialmente resulta de fácil comprensión, análisis y cálculo para las partes no letradas, que en definitiva son destinatarias principales de la decisión judicial.-

--- III-g) En cuanto se refiere a las costas del pleito, estimo que las mismas deberán ser impuestas a la demandada, por resultar vencida y no existir motivo alguno que justifique un apartamiento del principio general que rige en la materia (art. 68 del Cod. Procesal).-

--- En consecuencia, propongo al Acuerdo;

---1.- Hacer lugar a la demanda, condenado a Catedral Alta Patagonia S.A. a abonar a la actora Natalia Emilce Gutiérrez, la suma de 65.608,02.- (conforme liquidación de fs. 20vta.), con más los intereses fijados en el apartado III-f.-

---2.- Costas a cargo de la parte demandada (art. 68 Cod. Procesal).-

---3.- Regular los honorarios correspondientes a los Dres. Nicolás Verkys y Ezequiel Palavecino, por su labor como letrados de la parte actora, en forma conjunta e idénticas

proporciones, en el equivalente al 16% del monto que resulte de la liquidación definitiva.- En el caso de los Dres. Hernán Gandur y Fernando Valenzuela, fíjense los honorarios, en el equivalente al 12% de la misma base e en forma conjunta e idéntica proporción.- En ambos casos se deberá adicionar el 40% devengado por la labor procuratoria.-

---Dichos porcentuales resultan razonables a los fines de fijar razonables emolumentos, en función de la extensión de la labor desplegada por los letrados y la cuantía del juicio (arts. 7,8,9,10, 40 y ccs. L.A.).-

--- Asimismo en caso de corresponder, la condenada en costas deberá asumir el IVA correspondiente a los letrados intervinientes.-

--- 4.- Fíjense los honorarios correspondientes al perito informático Cristian Caravá -ver fs. 87/88-, en el equivalente al 5% de la misma base, en los términos del art. 18 de la ley 5069.-

--- 5.- Las sumas fijadas en los apartados precedentes deberán abonarse en el plazo de diez días, a partir de la aprobación de la liquidación definitiva y fijada su cuantía, en el caso de los honorarios profesionales.-

--- MI VOTO.-

---A la misma cuestión planteada, el Dr. Rinaldis dijo:

---adhiero al voto del Dr. Serra, por compartir íntegramente el análisis de los hechos de la causa y la conclusión a la que arriba, especialmente en cuanto considera injustificado el despido de la actora por cuanto la decisión de desvincularla ya le había sido comunicada con antelación a la publicación de la Srta. Gutierrez hiciera por Facebook, como "consecuencia" de la desvinculación que ya le había sido informada, siendo por ello improcedente que se haya pretendido utilizarla ex post facto, como "causa" para su despido "con causa" notificada formalmente, con posterioridad.-

---Mi voto.-

-----A la misma cuestión planteada, la Dra. Alejandra M. Paolino, dijo:

--- Por compartir los fundamentos expuestos, adhiero al voto del Dr. Jorge Serra y lo aditado por el Dr. Carlos D. Rinaldis.-

---Mi voto.-

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

--- I) Hacer lugar a la demanda, condenado a Catedral Alta Patagonia S.A. a abonar a la

actora Natalia Emilce Gutiérrez, la suma de 65.608,02.- (conforme liquidación de fs. 20vta.), con más los intereses fijados en el apartado III-f.-

---II.- Costas a cargo de la parte demandada (art. 68 Cod. Procesal).-

---III.- Regular los honorarios correspondientes a los Dres. Nicolás Verkys y Ezequiel Palavecino, por su labor como letrados de la parte actora, en forma conjunta e idénticas proporciones, en el equivalente al 16% del monto que resulte de la liquidación definitiva.- En el caso de los Dres. Hernán Gandur y Fernando Valenzuela, fíjense los honorarios, en el equivalente al 12% de la misma base e en forma conjunta e idéntica proporción.- En ambos casos se deberá adicionar el 40% devengado por la labor procuratoria.-

---Dichos porcentuales resultan razonables a los fines de fijar sus emolumentos, en función de la extensión de la labor desplegada por los letrados y la cuantía del juicio (arts. 7,8,9,10, 40 y ccs. L.A.).-

--- Asimismo en caso de corresponder, la condenada en costas deberá asumir el IVA correspondiente a los letrados intervinientes.-

--- IV.- Fíjense los honorarios correspondientes al perito informático Cristian Caravá - ver fs. 87/88-, en el equivalente al 5% de la misma base, en los términos del art. 18 de la ley 5069.-

--- V.- Las sumas fijadas en los apartados precedentes deberán abonarse en el plazo de diez días, a partir de la aprobación de la liquidación definitiva y fijada su cuantía, en el caso de los honorarios profesionales.-

--- VI.- REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS D. RINALDIS

Juez de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara