

///MA, 12 de junio de 2008.-

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “ORREGO, ROSANA M. C/ ENTRETENIMIENTOS PATAGONIA S.A. S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (Expte. N° 22642/07-STJ), puestas a despacho para resolver, y- - - - -

- - - - - CONSIDERANDO: - - - - - El señor Juez doctor Luis Alfredo LUTZ dijo: - - - - -

-----1.- ANTECEDENTES.- - - - -

-----1.1.- Mediante la sentencia que luce a fs. 87/96, la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de San Carlos de Bariloche hizo lugar a la demanda y condenó a Entretenimientos Patagonia S.A. al pago de una suma de dinero en concepto de indemnización por despido e indemnización especial prevista en el art. 178 de la LCT.- - - - -

-----1.2.- Para así decidir, el Tribunal de grado -por el voto mayoritario de sus miembros- determinó que el empleador había tomado conocimiento del estado de embarazo de la actora a través de un correo electrónico enviado por el médico de la empresa, el cual fue recibido, leído y respondido por la oficina de personal. Establecido ello, agregó que la demandada tampoco había logrado probar eficazmente que el despido se hubiera producido por otra causa distinta del estado de embarazo (conf. voto del doctor Lagomarsino). En sentido concordante, el doctor Asuad otorgó plena certeza acreditativa a la comunicación de fs. 12 y tuvo para sí que la comunicación del embarazo devino cierta y oportuna y que el despido inmotivado dispuesto de manera inmediata hacía presumir que había obedecido a tal causa, lo que viabilizaba el derecho a percibir la indemnización especial del art. 182 LCT. Por su parte, el voto en minoría del doctor Salaberry -por las observaciones que dejó formuladas- consideró que el mail de fs. 6 no podía tenerse como el medio de comunicación fehaciente del embarazo que establece la ley (art. 178 LCT). Sin perjuicio /// ///-2- de ello, también reparó en la existencia de un antecedente que -a su juicio- permitía descartar que el despido hubiera obedecido a la situación de embarazo. Concretamente, valoró que días antes había habido una fuerte discusión de la actora con el gerente del casino, lo que a su vez había motivado que aquélla remitiera a diversos destinatarios -entre ellos, a la jefatura central de la administración y al responsable de marketing de todos los casinos de la empresa- un correo electrónico en el que descalificaba al gerente del casino local, lo que seguramente había sellado su suerte, pues difícilmente éste podría admitir la continuidad del vínculo que se manifestaba seriamente deteriorado con menoscabo de

su jerarquía.- - - - -

-----2.- AGRAVIOS DEL RECURSO.- - - - -

-----Contra lo así resuelto se alzó la parte demandada mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido con fundamento en los términos que se desprenden de la pieza obrante a fs. 103/111 vlta..- - - - -

-----Como fundamento de la pretensión recursiva, sostiene que la sentencia impugnada es arbitraria por hallarse fundada en el mero voluntarismo de los magistrados, en clara violación de los principios constitucionales de legalidad y del debido proceso. Asimismo, entiende que el sentenciante equivocadamente atribuye a su parte la carga de probar que el despido no obedeció a causa del embarazo. Ello así pues insiste en señalar que nunca supo que la actora estuviera embarazada, dado que ésta no cumplió con el recaudo inexorable de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo (art. 178 LCT). Vinculado con ello, cuestiona lo expresado por el doctor Lagomarsino en el sentido de que, aun existiendo dos probables razones que pudieron haber motivado la extinción del vínculo, en todo caso la duda debía beneficiar al trabajador, pues entiende que ello importa una errónea aplicación del principio “in dubio pro operario” que opera pura y exclusivamente cuando la duda recae sobre la /// ///-3- interpretación de normas, pero no cuando se refiere a hechos o pruebas. Asimismo, se extiende en consideraciones tendientes a demostrar que el fallo impugnado realiza afirmaciones meramente dogmáticas y carentes de lógica, se aparta de la solución legal que corresponde al caso y aplica las costas cuando las consideraciones efectuadas se fundan en razones de derecho y no en meras subjetividades. Por último, alega que la Cámara de grado no dedujo del monto de condena la suma abonada a la actora en concepto de indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.- - - - -

-----3.- ANALISIS DE ADMISIBILIDAD.- - - - -

-----3.1.- En primer término, el recurrente alega que la Cámara de grado atribuyó erróneamente a la demandada el conocimiento del hecho del embarazo de la dependiente. En tal sentido, sostiene que la mera constatación objetiva del transcurso del plazo previsto en el art. 178 LCT no invierte por sí sola la atribución de la carga probatoria, sino que necesita además de otros elementos importantísimos y determinantes que no habrían mediado en el presente caso; tales son la noticia y prueba del hecho del embarazo.- - - - -

-----Ahora bien, la detenida lectura del fallo de Cámara no autoriza a concluir que el razonamiento seguido por los magistrados que conformaron la mayoría decisoria

hubiera prescindido del recaudo de la notificación del estado de embarazo de la actora, sino que, por el contrario, ambos tuvieron por perfeccionado dicho anoticiamiento con el correo electrónico remitido por el médico de la empresa a la dirección de e-mail de ésta "controlhorariobariloche@worest.com.ar" -desde donde a su vez fue reenviado al correo corporativo de la actora- en el que, con base en los resultados del análisis de la misma fecha obrante a fs. 12 y vlta., el médico informaba que la trabajadora "presenta laboratorio con subunidad beta cuantitativa positiva. Dicho estudio permitiría afirmar estado de embarazo a confirmar por ecografía" (fs. 6). Según también / ///-4- tuvo por cierto la Cámara, ello sucedió un día antes de que la empresa le remitiera el telegrama de despido "sin causa" a la trabajadora.- - - - -

-----Establecido ello, determinar luego si los términos empleados fueron lo suficientemente claros y precisos para dar cuenta del estado de embarazo de la dependiente, y si la comunicación llegó, o no, a conocimiento de las personas que ostentaban facultades para disponer el despido de la actora, son todas cuestiones que por su naturaleza resultan absolutamente ajenas al ámbito casatorio, pues remiten a la evaluación que el sentenciante ha realizado de la plataforma fáctica del litigio. En este sentido, el recurso plantea temáticas cuya dilucidación resulta inescindible de la merituación de las probanzas incorporadas a la causa, tarea esta que por su especial contenido se encuentra atribuida a las instancias de grado y no al tribunal de casación (in re: "MEIRA, MARIA PAULA C/ MAXIMA S.A. A.F.J.P. S/ SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" - Expte. N° 20.549 - Se. 173/05).- - -

-----Así, el agravio esgrimido por el recurrente pretende traer solapadamente a esta instancia de excepción el análisis de cuestiones de hecho y prueba propias de los Tribunales de grado. Concretamente, la accionada intenta lograr que este Superior Tribunal de Justicia realice una nueva ponderación de la prueba obrante en autos con el fin de determinar con certeza si el empleador tuvo, o no, efectivo conocimiento del estado de embarazo, cuestión que el sentenciante de la anterior instancia dio por debidamente acreditada. Es válido recordar que según lo normado en el art. 53 de la Ley P N° 1504, la valoración en conciencia de las pruebas producidas en autos es materia reservada a los jueces de grado, y sólo en caso de absurdidad o arbitrariedad corresponde que este Superior Tribunal realice un nuevo análisis de ellas, lo cual no se observa en el caso de autos.- - - - -

-----Conforme con lo dicho, la Cámara de grado tuvo por /// ///-5- acreditado que la comunicación del embarazo ingresó a la esfera de conocimiento del empleador antes de

que éste enviara la carta documento notificando el despido inmotivado. De esta manera, quedó activada la presunción que el art. 178 de la LCT establece a favor de la mujer trabajadora cuando el despido fuese dispuesto dentro del plazo de siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha del parto. Esta presunción es *iuris tantum* (admite prueba en contrario), de modo que el empleador puede demostrar en el juicio que su actitud de despedir, durante el plazo referido, no tuvo como causa el embarazo o el nacimiento del hijo. El empleador no sólo debe invocar una causal justa para despedir, sino que, además, debe demostrarla, pues si no la acredita el despido resulta injustificado y, dada la operatividad de la presunción, debe abonarse la indemnización agravada.-----

-----Siguiendo tales lineamientos, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho: “La presunción establecida por la norma -en el sentido de que el despido producido dentro de los márgenes temporales allí descriptos responde al hecho del embarazo- es de aquellas que admiten prueba en contrario (*\iuris tantum*). Y, en principio, es al Tribunal de juicio a quien le compete en exclusividad el examinar las probanzas y los hechos de la causa para dilucidar si una presunción de aquella naturaleza ha sido, o no, desvirtuada por los elementos de convicción allegados al proceso. La temática no es, por consiguiente, materia susceptible de ser traída a la vía de excepción (conf. *\CIFUENTES* del 09.12.93, *\IOMMI* del 01.12.93, *\VARGAS* del 09.12.94, *\CARCAMO* del 16.03.95, *\NOGUERA* del 01.11.95; íd. SCBA in re: *\MORENO* del 02.04.85, entre otras). Sólo cede esa regla de irrevisibilidad en los casos en que se invoque y demuestre un supuesto de *\absurdo notorio* en la merituación de los componentes casuísticos vinculados a la determinación de esos ingredientes” (in re: “Dos Santos Pirchiner, Silvana c/ Sanatorio San Carlos s/ Despido s/ Inaplicabilidad de Ley – /// ///-6- Expte. 14.469 – Se. 162/00).-----

-----3.2.- De acuerdo con lo expresado, existe una presunción “*iuris tantum*” de que si el despido se produjo en los siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha de parto, se sospecha que obedeció a la comunicación del embarazo o la maternidad, y es el empleador el encargado de destruir esta presunción y probar que el despido tuvo fundamento en otra causa distinta. En este marco se inscribe el segundo agravio, en el que el recurrente cuestiona lo afirmado por el magistrado de segundo voto –Dr. Lagomarsino- por entender que extiende indebidamente a los hechos la aplicación del principio “*in dubio pro operario*”, cuando razona que debía beneficiar a la trabajadora la duda que en todo caso pudiera subsistir frente a la existencia de dos causas probables de

despido -una, la desacreditación del gerente local de la empresa efectuada por medio del correo remitido por la actora; y otra, su estado de embarazo-.-----

-----Aun si se afirmara, en coincidencia con lo postulado por el recurrente, que la regla del art. 9 de la LCT se aplica sólo en supuestos de duda en torno a la interpretación de normas y no a la valoración de hechos, ello no modificaría la suerte de las partes porque en definitiva, en este caso en particular, lo expresado por el señor Juez de Cámara denota que -a su juicio- la demandada no ha logrado desvirtuar plenamente la presunción de que el despido de la actora obedeció a su estado de embarazo, cuestión cuya dilucidación excede el ámbito de decisión propio de esta sede. En efecto, este Tribunal ha dicho que el art. 178 de la ley 20744 (t.o.) no contempla un supuesto indemnizatorio absoluto sino, simplemente, establece una presunción de aquellas que -por su naturaleza- admiten prueba en contrario, pero “no es al Superior Tribunal, sino a la Cámara de juicio, a quien compete examinar las probanzas para determinar si una presunción de las referidas ha sido -o no- desvirtuada en función de la plataforma casuística de la // ///-7- controversia. En definitiva, corresponde al Tribunal llamado a pronunciarse sobre los hechos y las pruebas evaluar si éstas resultan idóneas para enervar aquella presunción... salvo absurdo” (STJRN in re: “VARGAS”, Se. N° 155/94, y “MEIRA”, Se. 173/05).-----

-----3.3.- Asimismo, el recurrente solicita se revoque la imposición de costas a su mandante, con fundamento en que al momento del despido la demandada ignoraba el estado de embarazo de la actora y por ende consideró que podía resistir con éxito el embate litigioso impulsado por ésta. Agrega además que las consideraciones efectuadas tienen sustento suficiente en derecho y no en meras subjetividades.-----

-----Es doctrina reiterada de este Superior Tribunal de Justicia que la cuestión relativa a la imposición de costas es materia privativa de los Tribunales de grado e irrevisable en casación, salvo en aquellos supuestos de apartamiento palmario de la ley o régimen arancelario aplicable, grosero error de cálculo o disvalor en orden al resultado por un razonamiento absurdo o arbitrario, extremos que no se advierten manifiestamente configurados en el caso de autos (Conf. “NOVA S.A.” Se. 54/05 del 21.04.05; “FEDERACIÓN DE OBREROS Y EMPLEADOS DE ESTACIONES DE SERVICIO” Se. 121/05 del 31.08.05; “MUNICIPALIDAD DE CINCO SALTOS” Se. 78/07 del 29.08.07 y los precedentes a los que en ellos se remite). De esta manera, no encuentro fundamentos suficientes para apartarme de la imposición costas a la demandada

dispuesta por el grado.- - -

-----3.4.- Por último, el recurrente alega que en caso de confirmarse la sentencia recurrida en cuanto admite la pretensión de percibir la indemnización prevista en el art. 182 LCT, de todas maneras deberá deducirse del capital de condena lo abonado por su mandante en concepto de indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 LCT, también reclamadas por la accionante.- - - - -

-----De la atenta lectura de las constancias de la causa se /// ///-8- advierte que, al aprobar la liquidación practicada en la demanda y establecer esa suma como monto de condena en concepto de indemnizaciones derivadas del despido e indemnización especial del art. 178/182 de la LCT (confr. fs. 19 vlta. y fs. 95, punto dispositivo primero), la Cámara de grado omitió descontar las sumas abonadas por la demandada como indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva de preaviso e integración mes de despido, según surge del recibo acompañado por la propia parte actora a fs. 11 vlta. En consecuencia, respecto de dicho agravio, corresponde declarar bien concedido el recurso y, atento a la índole de la cuestión, expedirse directamente sobre el fondo (conf. doctr. de este STJ in re: "QUESADA", Se. N° 105 del 30.03.04; "ARGAÑARAZ", Se. N° 4 del 15.02.06; "GIANELLO", Se. N° 4 del 06.02.07). En tal sentido, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso y remitir las actuaciones al Tribunal de origen para que proceda a practicar una nueva liquidación en la que deberá descontarse el pago parcial realizado y adecuar las regulaciones de honorarios de la primera instancia en función de la solución que se le imprime al asunto. MI VOTO.- - -

- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijo:- - - - -

-----Adhiero a los fundamentos del colega que me precede y VOTO EN IGUAL SENTIDO. No obstante ello, deseo dejar expresamente sentada mi posición respecto de dos cuestiones de sumo interés que presenta el caso de autos: - - - - -

-----En cuanto a la primera, manifiesto mi coincidencia con el criterio mayoritario del fallo de Cámara en el sentido de otorgar plena validez a la notificación del estado de embarazo cursada por correo electrónico enviado a una cuenta corporativa.- - - - -

- - - - -

-----En su interesante artículo "La inviolabilidad relativa del correo electrónico", publicado a modo de comentario al fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, del 07.11.07, en autos "Viloria, Myrian A. c/ Aseguradora/ ///-9- de Créditos y Garantías S.A." ("Derecho del Trabajo", año LXVIII, número IV, abril 2008, págs. 411 y sgtes.), Andrea García Vior dice: "Como lo señalara

Juan Bonilla Blasco en su trabajo 'Los efectos jurídicos del correo electrónico en el ámbito laboral' [publicado en Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, agosto 2002, pág. 1015], la introducción de nuevas tecnologías en el ámbito laboral plantea numerosos retos jurídicos que debemos afrontar con los instrumentos legales tradicionales. Es por ello por lo que nuestro derecho laboral vigente debe adaptarse a la nueva realidad social, caracterizada por un entorno tecnológico que cambia con mucha mayor rapidez con la que se pueden modificar las estructuras legales. En este sentido, debemos destacar el papel de los tribunales como intérpretes de las normas".- - - - -

-----Así, el e-mail constituye una herramienta tecnológica de amplísima difusión en el mundo actual para llevar a cabo las comunicaciones, y su incidencia en el ámbito laboral no puede ser desconocida.- - - - -

-----No existen en el presente caso los problemas que podrían llegar a plantearse por el hecho de que la actora obtuvo el texto del correo electrónico remitido por el médico a la cuenta corporativa "controlhorariobariloche@worest.com.ar" (por la posibilidad de que ello hubiera supuesto un caso de violación de correspondencia -acción expresamente prohibida por el art. 18 de la C.N.- o, dejando de lado la cuestión atinente a la aplicación temporal de las leyes, hubiera configurado el delito previsto en el art. 153 del Código Penal, sustituido por el art. 4 de la ley 26388 -sancionada el 4 de junio de 2008-), pues en este caso el acceso a ese texto obedeció a que el mensaje fue reenviado desde la dirección de correo electrónico donde fue recibido a la propia casilla de la actora (véase fs. 6).- - - - -

-----Si bien fuera de los límites en que está trabada la litis y obiter dictum, no puedo dejar de ponderar la justicia del /// ///-10- fallo cuya fuente, según la interpretación que le ha dado el maestro Bidart Campos ("Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, 1995, Tº III, pág. 637/639, punto 7) se debe remontar al art. 75 inc. 22 de la Const. Nac. y específicamente a la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer en el que inscribe la protección especial de los arts. 172 y 177 de la LCT como discriminación inversa (confr. Juan Carlos Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", 3ra. edición, Tº 2, pág. 1868).- - - -

-----En cuanto a la segunda, también adhiero al criterio de declarar parcialmente bien concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley exclusivamente en lo atinente a la falta de deducción en el monto de condena de la liquidación final ya abonada y resolver en el mismo acto, abreviando así el nuevo llamado al Acuerdo del art. 292 últ. parte del CPCCm. Al respecto, destaco especialmente el artículo de doctrina

de Augusto Morello "Crisis y futuro de la casación" (publicado en La Ley del 16 de mayo de 2008) en el que expresa: "El rol actual de la Casación es multifacético y constantemente debe adaptarse a nuevas exigencias de gente urgida por las definiciones justas y definitivas (sin sucesivos recursos y controles interiores y externos, transnacionales). Que logren, insistimos, resultados útiles en el tiempo oportuno. No satisface ni el reenvío ni lo circular o retardatario (ida y vuelta en la intervención del control de diversas instancias y nuevas sentencias). El interés directo de las partes es finiquitar el litigio". MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo BALLADINI dijo:- - - -

-----Atento a la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 de la L.O.).- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Declarar parcialmente inadmisble el recurso de /// ///-11- inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte demandada a fs. 103/111 vlta. en lo atinente al agravio dirigido a cuestionar la procedencia de la indemnización especial de los arts. 178/182 de la LCT. Con costas (art. 68 CPCCm).- - - - - Segundo:

Declarar parcialmente bien concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la parte demandada a fs. 103/111 vlta. exclusivamente en lo atinente a la falta de deducción en el monto de condena de la liquidación final ya abonada.- - - - -

- - - - - Tercero: Hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley -con el alcance expuesto en el punto precedente- interpuesto por la parte demandada a fs. 103/111 vlta. y, en consecuencia, remitir las actuaciones a la Cámara de grado con el fin de que proceda a efectuar la liquidación que corresponda y a adecuar las regulaciones de honorarios de la primera instancia en función de la solución que se le imprime al asunto, con costas (art. 68 CPCCm).- - - - - Cuarto: Por su

actuación en esta instancia, regular los honorarios profesionales de los letrados Rubén MARIGO y Alejandra PAOLINO -en conjunto- en el 30% de los que les correspondieren en la instancia de origen calculados en función de las sumas involucradas en la impugnación rechazada en el punto primero, y los del doctor Carlos RINALDIS en el 25% calculados de igual forma (arts. 15 y ccdtes. de la Ley G N° 2212). Notifíquese a la Caja Forense y cúmplase con la ley 869.- - - - -

- - - - - Quinto: Regular los honorarios profesionales del doctor Carlos RINALDIS en el 30% de los que le correspondieren en la instancia de origen calculados en función de las sumas involucradas en la impugnación acogida en el punto tercero, y los de los letrados Rubén MARIGO y Alejandra PAOLINO -en conjunto- en el 25% calculados de igual forma (arts. 15 y ccdtes. de la Ley G N°2212). Notifíquese a la Caja Forense y //

///-12- cúmplase con la ley 869 .- - - - - Sexto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.- -

LUIS A. LUTZ -Juez-

VICTOR HUGO SODERO NIEVAS -Juez-

ALBERTO I. BALLADINI -Juez en Abstención-

ANTE MI: GUSTAVO GUERRA LABAYEN -Secretario-

TOMO: I

SENTENCIA: 62

FOLIO N°: 268 a 279

SECRETARIA: 3