

Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo
Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

SENTENCIA N° 35649	JUZGADO N° 26.-
AUTOS: "PACHECO JULIETA FERNANDA C/ ATENTO ARGENTINA SA S/ DESPIDO"	

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 31 días del mes de octubre de 2008, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden:

LA DOCTORA GABRIELA A. VAZQUEZ DIJO:

I .- El señor juez "a quo", en la sentencia de fs.274/280, hizo lugar a la demanda orientada al cobro de indemnización por despido y otros créditos de naturaleza laboral. Para así decidir, dijo que el vínculo laboral de la actora se había anidado con un empleador plural, con el alcance del artículo 26 de la ley 20.744, integrado por Atento Argentina SA y Telefónica de Argentina SA, integrantes ambas, a su ver, de un mismo grupo económico. Luego, afirmó que la relación debió encuadrarse en el CCT 201/92 y no el CCT 130/75 de Empleados de Comercio.

II .- La decisión es apelada por ambas partes. La actora lo hace a fs.296/301, memoria que fue respondida a fs.305/307; la demandada, a fs.284/294, con respuesta de su contraria de fs.296/301.

III .- **Atento Argentina SA** se queja: **a)** porque el "a quo" concluyó que hubo un empleador múltiple, encuadró el vínculo laboral en el CCT 201/92 de Telefónicos, descalificó que se aplicara el CCT 130/75 de Comercio y determinó diferencias salariales; **b)** porque juzgó legítima la denuncia contractual formulada por la trabajadora; **c)** porque se admitió la indemnización por maternidad y **d)** porque con sustento en el artículo 80 LCT se le ordenó la expedición de certificado de trabajo en el que se consignasen las remuneraciones que debieron abonarse.

IV .- La **actora** cuestiona que se haya desestimado una indemnización adicional que repare los perjuicios sufridos por la discriminación y persecución de la que habría sido víctima por parte de la demandada.

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

V.- Le asiste razón a la demandada en cuanto impugna lo decidido en grado respecto del encuadre convencional de la relación laboral que la unió a la trabajadora. No debió aplicarse, como se especificó en origen, el CCT 201/92 de la actividad telefónica.

En efecto, el señor juez que me precedió en el juzgamiento, afirmó que Telefónica de Argentina SA también era, al igual que Atento Argentina SA, empleadora del actor.

Mi desacuerdo se basa en que la plataforma fáctica sobre la que el juez “a quo” construye su decisión y concluye en la existencia de un empleador plural, no fue expuesta con ese matiz en la demanda de inicio. Así lo reconoce la actora, al contestar agravios, cuando expresa acerca de la cuestión del empleador plural: “se trata de una razón que aporta el juez” (fs.311 vta.).

Ello implica, a mi ver, la alteración los términos de la *litis contestatio*, en desmedro del principio de congruencia y de la garantía de defensa en juicio (artículo 18 CN). En el escrito inicial se dijo que la participación de Atento Argentina, del grupo Telefónica, implicaba una maniobra dirigida a lograr un perjuicio salarial de los empleados quienes, al ser encuadrados en el convenio de empleados de comercio, dejaban de percibir más del doble de la remuneración, pero **en ningún segmento del escrito se afirma que Telefónica fuera la empleadora** y, de hecho, ninguna de las piezas postales allí transcritas fueron cursadas a la que se sindicó como tal en la sentencia en crisis, sociedad que tampoco fue demandada..

Lo que ha ocurrido, de acuerdo a lo que surge de las constancias de la causa, es que Telefónica Argentina SA encargó a Atento Argentina servicios correspondientes a su actividad normal y específica, en el sentido del artículo 30 LCT, como lo ha puesto de relieve esta sala en otra oportunidad (Conf. Sentencia del 35.558 , en autos “Andrade, Cristian Hernán c / Atento Argentina SA y otros s/ despido”, expediente n ° 9473/2005, del Juzgado Nacional del Trabajo n ° 66), sin que tal delegación signifique transformar en empleadora a la empresa que celebró tal contratación - aunque por ley sea obligada solidaria de los créditos laborales debidos – ni habilitar la aplicación del régimen convencional de actividad o de empresa que corresponde a los vínculos de los trabajadores que le prestan servicios.

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

La actividad principal de Atento Argentina SA no es la de telecomunicaciones, sino la de mercadotecnia, como surge de la pericia contable y lo señala el señor juez “a quo”, en segmento que no ha sido controvertido al apelar: “el CCT 201/92 no era aplicable al establecimiento de la demandada por la índole de su actividad...la empresa no presta un servicio de telecomunicaciones” (fs.276).

En ese marco conceptual, le asiste razón a la quejosa, de acuerdo a una ratio que sintoniza con lo resuelto por esta Cámara en pleno, en el fallo plenario “Risso, Luis c/ Química Estrella SA”, del 22-3-1957 (DT, online), en base al cual, para definir un conflicto de encuadramiento convencional, es decir, responder el interrogante acerca de qué convenio colectivo le resulta aplicable a una relación laboral, lo relevante es determinar cuál es la actividad principal de la empresa o establecimiento, con la salvedad de los convenios de profesión, oficio o categoría cuando la patronal ha estado representada.

Por ello, corresponde detraer del capital de condena las sumas reconocidas en origen con sustento en el CCT 201/92 y recalcular las partidas indemnizatorias derivadas del despido, el que fue consecuencia de una denuncia legítima de la trabajadora, por las razones que se expondrán en el apartado que sigue.

VI .- La queja dirigida a cuestionar la legitimidad de la denuncia contractual de la trabajadora es improcedente.

En efecto, pasa por alto la demandada que incumplió, según se expresó en origen, el deber de ocupación (artículo 78 LCT), a pesar del reingreso de la señora Pacheco el 4-11-2006, al finalizar su licencia por maternidad; que la actora no percibió suma alguna el mes de diciembre de 2006; que se le realizó un descuento de haberes, en violación de lo establecido por el artículo 131; a lo que se suma el trato desigual que se le dispensó, como clara represalia a su reclamo de encuadramiento el que, con independencia de su ilegitimidad, no autorizaba a la patronal a adoptar conductas de segregación impropias de sus deberes de buena fe e igualdad de trato. Me referiré a este aspecto en el considerando VIII.

No es cierto lo que afirma la apelante, que la negativa de tareas que le atribuye la trabajadora se retrotraiga a sucesos acontecidos en agosto y septiembre de 2005. La señora Pacheco intimó el 3-11-2007 para que se le otorgaran tareas, imputándole a la patronal ser remisa a darlas desde su reingreso el 4-11-2006, hecho que fue confirmado en la sentencia de grado y que se tuvo por acreditado

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

sobre la base de declaraciones testimoniales. Tal conclusión llega firme a esta instancia, porque no ha recibido crítica alguna en la memoria recursiva.-

Por ello, considero que la decisión de ruptura fue legítima según lo que reglan los artículos 246 y 242 de la ley 20.744.

VII .- Le asiste razón a la demandada, que no hubo discriminación por razones de embarazo o maternidad y que corresponde detraer la partida imputada a la indemnización que cuantifica el artículo 182 LCT. Hago esta afirmación, porque del propio intercambio telegráfico que precedió a la denuncia contractual que efectuara la trabajadora por la pieza postal del 12-1-2007, surge que el conflicto tuvo como centro neurálgico, el encuadramiento convencional – con conflicto colectivo -, la falta de pago de la remuneración de diciembre de 2006, la retención salarial indebida y la negativa de tareas y tales elementos neutralizan en el caso concreto, la presunción que emana del artículo 178 LCT. Se suma que la propia actora, al contestar los agravios (ver fs. 296) cuando especifica las causas de su auto despido, omite toda referencia a una virtual segregación causada por su situación de maternidad. La queja es procedente, corresponde restar del capital de condena la suma de \$ **19.524**.

VIII .- En cuanto al *daño moral* en el contrato de trabajo y en especial en el tramo de su extinción me he expedido en autos “*Nicotra Natacha Agostina c/ FST SA s/ despido*” (ver registro de esta Sala, Sentencia N° 34.578 del 31.10.2007). He sostenido que no comparto la tesis que proscribiera, en todos los casos, la procedencia de una reparación por los agravios extrapatrimoniales padecidos. Esta noción se fundamentaría en que el módulo tarifado por el artículo 245 de la LCT subsume o mide sin rebajas ni aumentos posibles todos los intereses del trabajador que se encuentran involucrados (ver estado de la cuestión en Mosset Iturraspe Jorge “*Daño Moral en la extinción del contrato de trabajo*”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal – Culzoni, Año 2000, 1, págs. 181/189). En contraposición, estimo que existen hipótesis en las que la reparación del daño moral no puede ser marginada, por cierto si éste pudo demostrarse y guarda relación causal adecuada con un ilícito que reconozca autonomía y sobrepase al que presupone la citada preceptiva.

Con esta mirada, la queja de la actora debe tener favorable acogida y corresponde condenar a que se repare el **daño moral** provocado por las represalias

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

adoptadas contra la trabajadora, por formar parte del colectivo que reclamó la aplicación del convenio de los telefónicos. Y ello, con independencia de la legitimidad o ilegitimidad de la pretensión que impulsaran, dicho sea de paso, con el apoyo explícito de FOETRA y con el virtual aval de una decisión de la cartera de trabajo más tarde invalidada por sentencia de la sala III de esta Cámara, litigio en el que, debe recordarse, no se definió la cuestión de encuadramiento sindical (ver la sentencia del 14-11-2006, en los autos “Atento Argentina S.A. c. Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina Foetra y Otro s/ ley de Asociaciones Sindicales”, publicada en DT, 2007-185).

Digo esto porque hay prueba concluyente, a la que me referiré a continuación, en el sentido de que la actora, junto a otros dependientes, fueron sometidos a un trato más que indecoroso como represalia a las reclamaciones emplazadas en el régimen convencional que pretendían se aplicase a sus vínculos laborales.

Tal ilicitud tiene autonomía existencial, desde el plano de la antijuridicidad, ya que no se corresponde con la que presupone el artículo 245 LCT, según tesis dominante, la que recibe como contrapartida una indemnización que repara las consecuencias dañosas del paro, que el ordenamiento jurídico presume y cuantifica, sin admitir prueba en contrario.

La discriminación o la represalia como conducto de aquélla, no está incluida en esa preceptiva, ni previstos sus efectos dañosos. Buena prueba de ello lo ha sido la breve, aunque criticable tarifa que contemplara el artículo 11 de la ley 25.013, derogada por la ley de Ordenamiento Laboral 25.877.

La testigo **Caviares Mettini (fs.118)** dijo que por causa de los mencionados reclamos, “la empresa los castigaba con un lugar de trabajo sucio, sin agua a veces, cucarachas en la cocina, pulgas en las alfombras, falta de calefacción en invierno y falta de refrigeración en verano, tenían la gendarmería dentro del edificio. Dividieron barracas con muros en el lugar donde trabajaban para que no se pudieran comunicar entre ellos...que el reclamo era porque ganaban tres veces menos” que los empleados de telefónica siendo el mismo trabajo. Que eran 1500 empleados y la empresa empieza a despedir.

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

La testigo **Isla** dice que la empresa, luego de iniciarse los reclamos, **tapió y quedaron los que reclamaban, en el ala sur y los que no, en el ala norte**; que luego nos los dejaron ingresar durante un mes, que la actora estaba en la zona sur por portarse mal, los discriminaban y los mandaban allí (**fs.120 vta.**) Expone que el lugar tenía pulgas, cucarachas y que les ofrecían plata para irse.

Estefan (fs.121) afirma que cuando empezaron los reclamos pusieron patovicas, les revisaban los bolsos, “separaron con rejas a las personas que luchaban con las que no luchaban, con una muralla en realidad y entrada con rejas, dos entradas, para la gente de zona sur y la gente de zona norte...el sector sur se abandonó mucho en cuanto a la higiene”, que luego los mudaron a Medrano y Rivadavia, a unas oficinas que eran depósitos de Mc Donalds y que allí las condiciones eran mucho peores.

Oliva dijo (fs.126): que Barracas se divide en dos ponen un muro en el medio para separar los que no participaban del conflicto y los que sí,...malos tratos, higiene del edificio nada saludable”, “que una de las medidas que toma la empresa por las medidas es la quita de tareas. Las dejan sin llamadas, iban a cumplir horario solamente, seis horas sin llamadas” “alfombras sucios, pulgas, baños sucios”.

Chiapetta (fs.233) expresó: “Que los habían separado mediante una reja dentro del edificio, para que no pudieran juntarse los del sector sur y norte, la empresa prohibía la junta de los sectores, en el norte estaban los que no reclamaban y en el sector sur estaban los que llamaban conflictivos porque reclamaban, les decían piqueteros, negros de m...y demás apodos”, “llegó un momento que la situación se tornó insoportable”, “en el norte se mantenían otras condiciones de limpieza, cuidado, las máquinas de mejor calidad, pintado, ambiente más cuidado, el sector sur era un lugar de abandono de personas, cucarachas, pulgas, sacaron las máquinas buenas, gotera en una computadora por dos meses, desarmaban los boxes y los llevaban a otro edificio”. Añadió “que la reja que divide el norte y el sur fue puesta después que empezaron los reclamos dentro del edificio esto es en abril de 2005”.

Debo resaltar que la impugnación que recibieron las declaraciones de Oliva, Caviars Mettini e Isla, en la breve pieza de fs.131, no tiene entidad ni consistencia alguna. No es cierto que los testigos hayan volcado deducciones o suposiciones

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

personales; en contraposición, describieron hechos objetivos que percibieron a través de sus sentidos.

La segregación de la trabajadora, con un conjunto de dependientes, en un sector del establecimiento (el ala sur) muralla y reja mediante, para separarlos del resto del colectivo y el desigual trato con respecto a los restantes que no instaron el reclamo laboral, a quienes sí se les aseguró un espacio digno, en contraste con los primeros, tuvo **contemporaneidad** con los reclamos iniciales, para cuya conclusión se suma a las declaraciones testimoniales, el acta notarial de fs. 181/190, autorizada en octubre de 2005, que no fue redargüida de falsa. Y tal concomitancia temporal es una constancia cabal de la causalidad.

La conducta adoptada por la patronal, que propinó a la actora un trato desigual, indecoroso y de algún modo cercano a lo vejatorio, como respuesta abusiva de poder de organización y represalia a su aspiración jurídica, fuera ésta legítima o no lo fuera, constituye una ilicitud que atropella derechos humanos fundamentales como son la dignidad de la persona y su garantía de igualdad y no discriminación, plataforma medular de nuestro sistema democrático constitucional (artículo 17 de la LCT y 16 de la Constitución Nacional).

Propongo que se difiera a condena, en concepto de indemnización por daño moral la suma de **\$ 15.000.-** (artículo 1078 del Código Civil), atendiendo a la gravedad del incumplimiento y a su entidad para socavar el espíritu de la trabajadora

IX .- Lo propiciado en el considerando V) de este voto, avala la impugnación respecto de la condena a entregar el certificado de trabajo pues éste ha sido acompañado en autos con ajuste a lo establecido por el artículo 80 LCT.

X .- Corresponde actualizar la liquidación de los montos diferidos a condena, conforme al siguiente detalle (Fecha de ingreso: 7-4-2005. Fecha de egreso: 16-1-2007):

Indemnización antigüedad	\$ 1929,66 (dos períodos)
Indem. Sust. Preaviso 232 LCT más SAC	\$ 1045,23
Integración 233 LCT más SAC	\$ 505,75

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

Artículo 2 ° ley 25.323	\$ 1740,32
Indemnización daño moral	\$ 15.000
TOTAL	\$ 20.220,96

Se ha tomado como mejor remuneración, según el artículo 245 LCT, la de \$ 964,83 correspondiente al mes de febrero de 2006, atendiendo a las remuneraciones que informara el señor perito contador a fs.203 y los recibos acompañados por la actora que se encuentran agregados en el sobre reservado.

XI .- A influjo de lo normado por el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde una nueva decisión sobre costas y honorarios. Las costas de ambas instancias se imponen en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora porque hubo vencimientos mutuos pese a lo cual la demandada resultó perdidosa en lo sustancial del reclamo, atinente a despido e indemnización por daño moral, decisión que se adopta desde una visión sustancialmente jurídica y no estrictamente aritmética. Propongo se fijen los honorarios de la representación letrada de las parte actora y demandada, por las tareas de ambas instancias, en el 16% y 14% respectivamente y los del señor perito contador en el 8%. En todos los casos, del monto diferido a condena, incluido capital e intereses (artículo 68 CPCCN, artículos 6 °, 7 °, 14 y concordantes de la ley 21.839 y artículo 3 ° del decreto ley 16.638/57).

XII .- Por lo expuesto, propongo en este voto que: **(a)** se confirme la sentencia apelada en tanto pronuncia condena; se la modifique en cuanto al capital nominal que se fija en **\$ 20.220,96**, suma a la que deberán adicionarse los intereses establecidos en origen y se la revoque en tanto condena a entregar certificado de trabajo; **(b)** se impongan las costas de ambas instancias en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo de la actora **(c)** se regulen los honorarios de la representación letrada de la actora, demandada y perito contador, en el 16%, 14% y 8% respectivamente, en todos los casos, sobre el monto diferido a condena, incluidos capital e intereses.

EL DOCTOR LUIS ALBERTO CATARDO DIJO:

Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones del
Trabajo
Sala VIII

Expediente N° 21.940/2007

EL DOCTOR JUAN CARLOS E. MORANDO no vota (art. 125 Ley 18345).

Por ello, el **TRIBUNAL RESUELVE:**

- 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recursos y agravios, excepto el capital nominal que se fija en \$ **20.220,96.-**, suma a la que deberán adicionarse los intereses establecidos en origen.
- 2) Revocar la sentencia apelada en cuanto condena a entregar el certificado de trabajo previsto en el artículo 80 de la LCT.-
- 3) Imponer las costas de ambas instancias en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo de la actora.-
- 4) Regular los honorarios de la representación letrada de la actora, demandada y perito contador, en el 16%, 14% y 8% del monto de condena con inclusión de intereses.-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.-

Ante mí:
sr

GABRIELA A. VAZQUEZ
JUEZ DE CAMARA

LUIS ALBERTO CATARDO
JUEZ DE CAMARA