

SD 89132 – Causa 53.607/2011 – "Pastrana Daiana Solange c/Comcell SA s/despido" – CNTRAB – SALA I – 10/09/2013

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 10 días del mes de septiembre de 2.013, reunida la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y de acuerdo al correspondiente sorteo, se procede a votar en el siguiente orden:

La Dra. Gloria M. Pasten de Ishihara dijo:

I. La sentencia de fs.166/175 ha sido recurrida por la parte actora a fs.177/183 y por la demandada a fs.184/185.-

II. La demandada apela la condena al pago de las indemnizaciones por el despido directo por ella resuelto mientras la actora se hallaba en período de prueba. La Sra. Pastrana había comenzado a trabajar en el establecimiento dedicado a la venta de telefonía celular que explota la demandada el 3 de junio de 2011 y fue despedida el 26 de julio de ese año, sin expresión de causa. Días antes de la decisión resolutoria había comunicado a su empleadora –en fecha 18 de julio- que estaba embarazada. La recurrente insiste en que todo ello aconteció en el marco del período de prueba, por lo que la trabajadora carecía de la estabilidad que la habilita a percibir no sólo la indemnización por despido, sino también la indemnización del art.182 de la LCT.- Sin embargo, no comparto esa tesis, dado que he señalado que, en casos como el presente, el art.92 bis de la LCT colisiona con los arts.177 y 178, que tienen por objeto evitar la discriminación de la trabajadora con motivo de su estado de gestación, y también con las normas internacionales (vgr., el art.11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) que prohíben el despido de la mujer durante el embarazo (ver al respecto mi comentario, junto con Mónica Pinotti, al art.178 de la LCT en Régimen de Contrato de Trabajo Comentado, dirigido por M.A. Maza, Ed. La Ley, 2012, To.II, pág.909; en sentido análogo, CNAT, Sala III, "Guisado de Jakobs c/KB Servicios SA s/despido", T y SS 1998-1037).- Propongo confirmar el temperamento adoptado por el Sr. Magistrado que me precede.-

III. La actora se queja porque se desestimó su pretensión de obtener una reparación por daño moral, adicional a la indemnización agravada por maternidad, fundada en el art.1 de la ley 23.592.- Como primera apreciación, recuerdo que la empleadora despidió a la trabajadora, si bien durante el período de prueba –lo cual no excluye la protección a la maternidad, como explicara en el apartado anterior-y alegó como justificativo de la decisión rupturista adoptada en forma contemporánea con la notificación de su estado de gravidez, que la demandante no se desempeñó en forma "correcta ni responsable.... Ya había sido apercibida en forma verbal... en reiteradas oportunidades tanto por las quejas de los propios compañeros como de los clientes..." (ver responde a fs.68vta.) expresiones que sólo dan cuenta de la violación al principio de invariabilidad de la causa (art. 243 LCT), máxime que tal como puntualizara el Sr. Juez de grado, ninguna prueba se produjo en autos tendiente a corroborar tales imputaciones. Todo ello implicó la pérdida del empleo y el cercenamiento del pleno goce de sus derechos, sólo a modo de ejemplo, la ausencia de obra social, el otorgamiento de las correspondientes licencias y el cobro de la asignación prenatal, entre otros (ver mi voto, en sentido análogo, en la causa "[Balacco Daniela Mónica c/Odontología Personalizada SA y otros s/despido](#)" [Fallo en extenso: [elDial.com - AL4267](#)], SD 89.073 del 23/8/2013), consecuencias que derivan de una conducta reprochable de la empleadora contraria a derechos irrenunciables consagrados por la Constitución Nacional e instrumentos internacionales a lo que cabe agregar las disposiciones de orden público contenidos en la Ley 26.485, especialmente en el art. 6º) inc. c), de allí que, considero procedente la reparación en concepto de daño moral que pretende la actora.- En orden a ello, memoro que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por quien lo reclama, un detrimento que, de otro modo, quedaría sin resarcir. Siendo eso así, se trata de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido, el cual se encuentra receptado en los arts. 522 y 1078 del Código Civil y adquirió rango constitucional a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en el artículo 5 apartado 1 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) encuentra la debida tutela.- A los fines de su determinación, tengo en cuenta que nuestro más Alto Tribunal ha señalado que debe considerarse el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, lo que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (conf. Fallos: 321:1117, 323: 3614 y 325:1156,

entre otros); que el dolor humano es apreciable y que la tarea de quien juzga es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. También la CSJN ha expresado que aun cuando el dinero sea un factor inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extra - patrimoniales" (conf. Fallos 334: 376, Considerando 11° y "[Recurso de Hecho V.G.B. c/ Hospital Vicente López y Planes Unidad Hospitalaria de General Rodríguez s/ accidente de Trabajo](#)" [Fallo en extenso: [elDial.com - AA7F68](#)] V.206.XLV.R.HE del 04/06/2013).- En virtud de las consideraciones expuestas, propongo modificar parcialmente la decisión adoptada en grado admitiendo la indemnización en concepto de daño moral en virtud de lo normado por los arts.1071, 1072 y 1078 del Código Civil y 35 de la Ley 26485.- Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el tiempo de servicio, edad, su situación personal y su condición de mujer, y la remuneración -que llega firme a esta Alzada-, propicio condenar a la empresa demandada al pago de una indemnización en concepto de daño moral que estimo prudente, justa y equitativo, fijar en la suma de \$ 5.000 (art.165 del CPCCN), monto que devengará los intereses fijados en grado, desde la fecha del despido.-

IV. Teniendo en cuenta el mérito, calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos, el resultado del pleito y lo normado por el art.38 de la LO y disposiciones arancelarias de aplicación de aplicación (arts.1, 6, 7, 8, 9, 19 y 37 de la ley 21.839 y art.3° inc. b y g del Dto.16.638/57), considero que los honorarios regulados en origen resultan adecuados. Por ese motivo, sugiero mantenerlos.-

V. Finalmente, propicio imponer las costas de alzada a cargo de la demandada (art.68 del CPCCN). A tal fin, propongo regular los honorarios correspondientes las representaciones letradas de ambas partes, por su actuación en esta instancia, en el 25 % de lo que en definitiva les correspondiera percibir por su actuación en la etapa anterior.-

VI. Consecuentemente, de prosperar mi voto, correspondería: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y elevar el capital nominal de condena a la suma de \$55.790,05 con más los intereses fijados en origen; 2) Establecer las costas y los honorarios correspondientes a esta alzada, de conformidad con lo expresado en el considerando anterior.-

El Dr. Vilela dijo:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto que antecede.-

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, SE RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y elevar el capital nominal de condena a la suma de \$55.790,05 con más los intereses fijados en origen; 2) Establecer las costas y los honorarios correspondientes a esta alzada, de conformidad con lo expresado en el considerando V de estos actuados.- Regístrese, notifíquese, comuníquese (art. 4°, Acordada CSJN N° 15/13) y devuélvase.-

Fdo.: Gloria M. Pasten de Ishihara - Julio Vilela

Ante mí: Verónica Moreno Calabrese, Secretaria