

SENTENCIA DEFINITIVA NRO. 92930 CAUSA NRO. 25824/2016/CA1		
AUTOS: "D.S.A., C.R. C/ MASSALIN PARTICULARES SA S/ DESPIDO"		
JUZGADO	NRO.	42
SALA I		

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 28 días del mes de SEPTIEMBRE de 2.018, 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 Doctora Gloria M. Pasten de Ishihara dijo:

I. Contra la sentencia recaída a fs. 393/403 se alzan las partes a tenor de los memoriales de agravios que lucen a fs. 404/408 (demandada) y fs. 409/434 (parte actora). A fs. 437/442 luce la réplica deducida por la parte accionante.

II. Memoro que en los presentes, el accionante demandó a su ex empleador a fin de obtener la cancelación de los créditos que individualizó en la liquidación de demanda, derivados de la ruptura de la relación de empleo que unió a ambas partes. Incluyó dentro de sus pretensiones, una suma de dinero en concepto de daño moral resarcitorio de los perjuicios ocasionados a su persona, motivados en la conducta discriminatoria traducida en el mal trato y acoso laboral por parte de su superior jerárquico según denunció en el inicio.

El Sr. Juez de anterior instancia, previo examen de los hechos controvertidos en autos y las pruebas producidas, consideró que el accionante se halló legitimado a decidir la ruptura de la relación de trabajo y, en consecuencia, se receptó el reclamo dinerario cuya cuantía se expresó en la sentencia según detalle de fs. 401 último párrafo.

Por otra parte, en torno al reclamo por daño moral, el mismo fue desestimado toda vez que conforme la valoración de los elementos adunados al proceso, no resultó verificada la existencia de las conductas denunciadas por el actor las que calificó como acoso laboral, mobbing o discriminación, en razón de su orientación sexual.

Las costas procesales resultaron impuestas a la vencida (art. 68 CPCCN).

III. La parte demandada apela el pronunciamiento dictado en anterior instancia. Se queja frente a la condena que alcanza a su parte y rechaza los argumentos del Sr. Juez que me precedió al decidir en forma adversa a su postura de responde. Critica la valoración de la prueba testimonial que condujo a tener por acreditada la fecha de comienzo de la relación de empleo tal como lo sostuvo el actor al demandar. Rebate el progreso de la sanción que contemplan los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y la multa prevista por el



art. 45 de la ley 25.345. Apela la imposición de las costas a su cargo y las regulaciones de los honorarios formuladas a favor de la totalidad de los profesionales intervinientes, por considerarlas elevadas.

A su turno, la parte actora también apela la sentencia dictada en la instancia anterior. Se queja frente al rechazo de su pretensión en concepto de daño moral. Cuestiona la valoración de la prueba testimonial y la decisión del anterior juzgador de colocar en cabeza de su parte la carga probatoria a los fines de demostrar la legitimidad de su reclamo, apartándose de la doctrina que –en supuestos como el reclamado en autos- invierte la misma, conforme la jurisprudencia que invoca. Peticiona la revisión de lo resuelto. Finalmente, considera exiguos los honorarios establecidos a favor de su representación letrada y por ello, apela los mismos.

IV. Atento las cuestiones planteadas, razones de orden metodológico conducen a examinar, en primer término, el memorial recursivo deducido por la parte demandada.

Al respecto adelanto que, de compartirse la solución que propicio, los argumentos esgrimidos por la parte apelante deberán ser desestimados.

Comparto lo decidido en anterior instancia al considerar acreditada que la efectiva prestación de tareas del Sr. D. S. comenzó en la fecha denunciada en el inicio, y bajo la intermediación de la compañía Atento Argentina SA.

El planteo deducido por la demandada que intenta conmovier lo resuelto en grado, bajo la óptica de mi análisis, no reviste la entidad recursiva que el apelante pretendió imponer. Lo sostengo en tanto que, una atenta lectura de los términos expresados, permite advertir que la motivación que allí expresa y que llevó a la parte a apelar el pronunciamiento (v. fs. 405 vta. “...se desprende de la sentencia, da por acreditada que la relación laboral de la accionante data de fecha octubre de 1988...”) resulta ajena a las circunstancias que se ventilaron en autos, toda vez que en los presentes se trata de un vínculo que inició en abril de 2007.

Si bien esta situación sellaría la suerte de este tramo del memorial, reitero que comparto el examen de las pruebas que, a la luz de lo previsto por el art. 386 CPCCN, fue realizado por el anterior juzgador.

Sobre este tópico, memórese que en el terreno de la apreciación de la prueba, en especial la testimonial, la norma antes citada (art 386 CPCCN) exige a quien juzga que realice el análisis de acuerdo con los principios de la sana crítica, siéndole totalmente lícito valorar si los testimonios le parecen objetivamente verídicos no solo por la congruencia de sus dichos, sino además por la conformidad de los mismos con el resto de las pruebas colectadas. En definitiva, se trata de una facultad privativa de quien debe decidir. Desde tal perspectiva, concuerdo con el Sr. Juez de grado en que las declaraciones de autos (fs. 290/291 de Muzykantski, fs.292/293 de Delgado y fs. 299 de Florestano) bastan para demostrar –junto con los documentos que se encuentran agregados a fs. 87/90, los contratos de fs. 110/117 y la falta de



Poder Judicial de la Nación

versión en el responde respecto de las motivaciones que, en su caso, llevaron a vincular al trabajador en el giro empresarial de la demandada y mediante la intermediación de Atento Argentina SA-, que el inicio de la vinculación entre el accionante y la empresa Massalin Particulares SA ocurrió en la fecha denunciada en el inicio, la cual se tuvo por cierta. Por ello, sugiero se confirme lo resuelto en la instancia anterior.

La parte apelante cuestiona el progreso de la sanción que contempla el art. 1 de la ley 25.323. Toda vez que en los presentes y según el tratamiento brindado a los conceptos que fueron receptados y se plasmaron en la liquidación que se formuló en la sentencia a fs. 401 in fine, dicha multa no se halla incluida, corresponde desestimar el agravio planteado en tal sentido.

También se critica en la apelación interpuesta por la parte demandada que haya sido receptada la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345 y la condena de hacer entrega de los certificados que contempla el art. 80 LCT. Previo a dar tratamiento a las cuestiones deducidas, se observa que a fs. 401 in fine se ha incurrido en un error material al consignar el rubro que se individualizó en el ítem 12 como: " Art. 2 ley 25.323: \$ 48.269,73" cuando en realidad esta suma corresponde al concepto "art. 45 Ley 25.345". Por ello, en uso de las facultades que confiere el art. 104 de la L.O. corresponde corregir lo consignado en tal sentido y, donde dice "12) Art.2 ley 25.323: \$ 48.269,73" deberá leerse "12) Art. 45 ley 25.345: \$ 48.269,73". Así lo sugiero.

Puntualmente, respecto a la sanción en cuestión y la obligación de entrega de los certificados por los que se agravia la demandada, adelanto que las críticas no pueden ser admitidas. Sin soslayar que en este aspecto, la parte apelante no controvierte las razones que condujeron al anterior juzgador a dictar la condena en tal sentido, es decir, que no cumple con los requisitos que contempla el art. 116 de la LO; lo decidido en anterior instancia deberá ser confirmado. Propicio dicha solución toda vez, conforme ha quedado resuelto, los instrumentos que agregara en su oportunidad (v. fs. 60/67) no reflejan los datos que han quedado verificados mediante la solución judicial y por los cuales se ha dictado condena en la instancia anterior en tal sentido; consecuentemente, el esfuerzo dialéctico que despliega para rebatir lo decidido, carece de virtualidad para conmovir la solución adoptada. En mérito a ello, propongo se confirme la decisión de instancia anterior.

Sobre la multa derivada a condena con fundamento en el art. 2 de la ley 25.323, también corresponderá desestimar la queja deducida por la accionada. Tal como ha sucedido al resolver respecto de la crítica sobre la fecha de ingreso del accionante, en este aspecto también la parte demandada se agravia frente a circunstancias fácticas que no responden al caso de autos. Nótese que a fs. 407 vta. pta., al intentar revertir la decisión de anterior grado, vuelve a referir extremos de una relación que no se ajusta a lo ventilado en autos. Sin perjuicio de ello, comparto lo resuelto y propongo se confirme el progreso de la sanción que se trata, toda vez que hallo cumplidos los requisitos que habilitan su procedencia (aspecto también resaltado en el fallo a fs. 398).



Seguidamente, paso a dar tratamiento a la queja planteada por la parte actora, la cual se centra en el rechazo del resarcimiento por daño moral fundado en las razones expresadas en el inicio (acoso laboral, mobbing o discriminación, en razón de su orientación sexual). Adelanto que, no comparto la decisión que se adoptó en anterior instancia y, por las razones sobre las que me explayaré, sugiero se modifique lo resuelto.

En circunstancias donde se efectúa un planteo como el de autos y de acuerdo a la forma en que quedó planteada la controversia, correspondía al actor –tal como lo expresó el anterior juzgador- demostrar los extremos invocados (art.377 del CPCCN). Pero, sin perjuicio de ello, corresponde señalar que resulta de aplicación al caso la doctrina sentada por la CSJN en el fallo “Pellicori Liliana c. Colegio de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo” (P.489, XLIV, del 15.11.11), es decir, que el actor debía aportar indicios serios y concretos acerca de que el acto empresarial –en este caso ejercido por su superior jerárquica- lesiona su derecho fundamental y, una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre la parte empleadora la carga de acreditar que su conducta se generó en causas absolutamente ajenas a la invocada vulneración de derechos fundamentales para eliminar toda sospecha de que aquella hubiese ocultado la lesión de un derecho fundamental del trabajador (en igual sentido, ver causa nº 21243/10 “Grillo, Lorena Beatriz c/ Libertad SA y otros s/Despido” SD. 88308 del 05/12/12).

Desde esta perspectiva, considero pertinente comenzar el análisis del planteo examinando la prueba testimonial recabada. De las declaraciones aportadas se puede extraer que la Sra. G.M –superior inmediato del actor-, propendía malos tratos al personal que tenía a cargo, se dirigía de forma agresiva y con dicho trato lo hacía sentir mal al actor. Sumado a ello, las inconductas descriptas eran realizadas en presencia de compañeros de trabajo.

No soslayo el reclamo formulado por el accionante según constancia que agregó a fs. 160/163 la cual, aunque desconocida por la contraria, reviste la calidad de indicio que permite su evaluación atento las circunstancias planteadas en el litigio; resaltando que si bien dicha vía de comunicación resulta ser anónima, efectuar prueba sobre la misma resultaría de imposible producción. Otro punto a tener en cuenta, es que por imperio de lo normado por el art. 58 de la Ley 20.744, ningún silencio del trabajador puede ser considerado en su contra y, menos aún, en casos sensibles de maltrato como el que se intenta dilucidar aquí; ello en respuesta a la defensa articulada por la parte demandada frente a la ausencia de reclamos por parte del Sr. D.S.

Tampoco paso por alto que el actor reclamó con fundamento en el "mobbing" sufrido y que los malos tratos fueron por su condición sexual, extremo al que refirieron los testigos analizados Sres. Muzykantski (fs. 290/291), Delgado (fs. 292/293) y Castro (fs. 300/301) –sin dejar de observar que fueron impugnados por la parte demandada (v. fs. 307/310, 312/313y fs. 314 y vta.)- aunque al coincidir en sus versiones y no tratarse de testigos excluidos, las observaciones no les restan virtualidad convictiva y su examen ha



Poder Judicial de la Nación

sido formulado con estricto criterio (art. 386 CPCCN)-, en estas circunstancias la violencia laboral expresada bajo la forma descripta por las personas que declararon no debe ser consentida.

En efecto, he señalado que la violencia laboral se manifiesta en diferentes formas de maltrato y, en cualquiera de sus expresiones, consiste en el ejercicio deliberado y abusivo del poder que se exterioriza en el desarrollo y ejecución del contrato de trabajo y que ocurre en el lugar donde debe permanecer o acudir la persona trabajadora para prestar sus servicios bajo el control directo o indirecto de la empleadora. Dicho actuar ilegítimo puede ser llevado a cabo por compañeras o compañeros de la persona trabajadora, por empleadas o empleados superiores, por la propia empleadora y hasta por un tercero o tercera persona, mediante toda acción, conducta o inactividad ejercida o tolerada en el ámbito laboral. Tiene por objeto obtener un resultado concreto que tienda a doblegar la voluntad de la víctima, ya sea para que abandone su puesto de trabajo, renuncie, sea despedida o despedido o como exigencia para que se mantengan o no sus condiciones laborales (como por ejemplo: obtener mejoras en la remuneración, ascensos u otros beneficios del contrato de trabajo), circunstancias que restringen la esfera de la libertad y constituyen un atentado a la dignidad, la integridad física, moral o sexual a quien presta su fuerza de trabajo.

Cabe agregar que la Organización Internacional del Trabajo ha definido la violencia en el lugar de trabajo como toda acción incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual la persona es agredida, amenazada , humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma (v. pto. 1.3.1. del "Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirlas", elaborado en la Reunión de expertos en octubre de 2003, Ginebra-www.ilo.org/global/langen/index.htm-OIT).

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo ha definido a la violencia en el lugar del trabajo como toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma (cfr. punto I.3.1. del "Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla", elaborado en la Reunión de expertos para elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente, Ginebra, octubre de 2003.

Memoro que el empleador debe velar por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanen del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (arts. 75 LCT y 4 apartado 1 LRT) y como contrapartida de los poderes de organización y dirección que la



Poder Judicial de la Nación

ley le otorga; tales obligaciones se complementan con el deber de previsión que surge de la relación contractual y que se convierte en una obligación legal de seguridad (Krotoschin,1968, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: De Palma), de allí, que debe preservar la dignidad de la persona trabajadora cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que garantiza "condiciones dignas y equitativas de labor" (art. 14 bis C.N.), por ello, no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de las personas que de ella dependan bajo un contrato de trabajo, sino que constituye una exigencia derivada del principio de indemnidad citado y de la buena fe exigible a la parte empleadora y esperable de ésta (arts. 62, 63 , 75 y concordantes de la LCT).

En este punto del análisis, cabe resaltar que toda persona debe ejercer sus actos respetando a su vez el principio *alterum non laedere* consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional y 1109 del Código Civil (actual 1749 CCCN) que prohíbe ocasionar daños a otras personas, de lo contrario, debe reparar ese daño y en tal sentido, la indemnización constituye un instrumento que apunta a reparar un derecho ya irremisiblemente lesionado ante la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior (art. 1083 del Código Civil, ahora art. 1740 C.C.C.N). Mediante dicha reparación se resarce el daño material que, en lo esencial, es el menoscabo económico que sufre una persona en su patrimonio y en los derechos subjetivos de la víctima que se encuentran incorporados a su patrimonio y el daño moral (daño extrapatrimonial) que comprende los padecimientos y mortificaciones en la seguridad personal, tranquilidad o en el goce de bienes, que exceden el marco de la normal tolerancia.

En orden a tales consideraciones, surge acreditado que la demandada obró con negligencia y violó el deber de previsión y de seguridad en detrimento del actor, pues permitió que su jefa, se dirigiera habitual e indebidamente al personal que tenía a cargo y que si bien dicho maltrato era generalizado, cada persona reacciona de modo diferente ante idénticos estímulos y en el caso, conforme lo destacó en su declaración el Sr. Muzykanski y los demás testigos, al actor –en particular- lo maltrataba y denigraba especialmente por su orientación sexual, situación que hacía sentir mal al Sr. D.S. y que provocó cambios en su personalidad, al punto que, si bien la relación laboral se inició en el año 2007 fue a partir del año 2012 donde comenzó con un extenso período de licencia por enfermedad (v. respuesta del informe contable obrante a fs. 349 y vta., corroborado por la prueba informativa de fs. 258).

El resultado de la escasa actividad probatoria desplegada por la parte accionada a los fines de sostener su postura respecto a la ausencia de motivación imputable a su parte y que condicionó el ambiente de trabajo en donde el Sr. D.S. se desempeñaba; conduce también a reforzar mi convicción sobre la legitimidad de la pretensión actoral. En efecto, nótese que únicamente prestó declaración (v. fs.319) la Sra. M, G.V. (Jefa del sector donde trabajaba el



actor) y su aporte a las cuestiones debatidas luce estéril toda vez que ninguna referencia al tópico que nos ocupa fue introducido en su ponencia; por otro lado, la medida probatoria testimonial -sugerida a instancias de la parte demandada- culminó a fs. 320 luego de haberse efectivizado el apercibimiento dispuesto a fs. 316. Resulta sugestivo que la accionada se escude en las evaluaciones de desempeño y comportamiento (relevadas por el perito contador en el informe pericial según lo expresó a fs. 352 vta.) y pretenda avalar un deficiente desempeño del accionante cuando según los informes "MAP" – conclusiones que fueron formuladas por la Sra. supervisora, sin injerencia del accionante- arrojaron para los años 2009,2010 y 2012 el "PMI Performance Rating: Optimal" y únicamente para el año 2011 obtuvo la calificación de "Mejorable"; asimismo tampoco se constató la existencia de algún tipo de antecedente disciplinario en el legajo de la persona trabajadora que habilite a considerar la existencia de reproche alguno en su conducta como para afirmar, tal lo indicó su ex empleadora (v. fs. 71, entre otras) que "...tuvo problemas en su ... comportamiento...".

Por lo examinado anteriormente, se impone receptar el reclamo en concepto de daño moral (arts. 1071, 1072 y 1078 del Código Civil, ahora 1738 y 1740 CCyCN), y en virtud de lo normado por el art. 165 del CPCCN, estimo justo y equitativo fijar la indemnización en la suma de \$ 50.000.- monto fijado a la fecha de la desvinculación, cantidad que integrará la condena, la cual frente a lo resuelto, se eleva a la suma de \$ 553.484,03 con más los intereses conforme la oportunidad y tasas determinados en la instancia anterior, hasta su efectivo pago.

Por dichos motivos, sugiero se modifique lo resuelto en anterior grado.

V. En cuanto a las demás alegaciones vertidas, tendré en cuenta que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión del litigio (Fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320) y, con tal base, no las encuentro eficaces para rebatir la valoración realizada precedentemente.

VI. Conforme la modificación que ha sido propuesta, considero que respecto a las costas procesales, deberá mantenerse el criterio de imposición a cargo de la parte vencida (art. 68 CPCCN). En cuanto a los honorarios de anterior instancia propongo dejar sin efecto las regulaciones realizadas en anterior grado y establecerlas en forma originaria. Por ello, teniendo en cuenta lo normado por el art. 38 de la LO, disposiciones arancelarias de aplicación y vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (arts.1, 6, 7, 8, 9, 19, 37, 57 y 59 de la ley 21.839; cfr. arg. CSJN, *in re* "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sentencia del 12/9/1996, F: 319: 1915), y frente al mérito, eficacia de los trabajos cumplidos, el valor económico del juicio, el resultado



Poder Judicial de la Nación

obtenido y las facultades conferidas al Tribunal propongo fijar los correspondientes a la representación letrada de la parte actora, los de la parte demandada y los de la perito contadora, en el 16%, 13% y 6%, respectivamente, porcentajes a calcular sobre el capital de condena, incluidos los intereses.

VIII. Además propongo imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada (art.68 del CPCCN) y, sugiero regular los honorarios correspondientes a las representaciones letradas de la parte actora y de la coaccionada, por su actuación en esta instancia, en el 35 % y 30%, respectivamente, de lo que les corresponderá percibir por su actuación en la etapa anterior (art 30 ley 27.423).

IX. En definitiva, de aceptarse mi voto, correspondería: 1) Confirmar el fallo recurrido y elevar el monto de la condena a la suma de \$ 553.484,03 (Pesos quinientos cincuenta y tres mil cuatrocientos ochenta y cuatro con tres centavos) cantidad que se acrecentará con la adición de los intereses conforme lo dispuesto en anterior instancia; 2) Costas de Primera Instancia a cargo de la parte demandada (art. 68 CPCCN); 3) Regular los honorarios de instancia anterior, a favor de la representación letrada de la parte actora, de la parte demandada y de la perito contadora, en el 16%, 13% y 6%, respectivamente, porcentajes a calcular sobre el capital de condena, incluidos los intereses; 4) Costas y honorarios de Alzada conforme se establece en el considerando VIII).

La Dra. María Cecilia Hockl dijo:

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

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, **SE RESUELVE:**
1) Confirmar el fallo recurrido y elevar el monto de la condena a la suma de \$ 553.484,03 (Pesos quinientos cincuenta y tres mil cuatrocientos ochenta y cuatro con tres centavos) cantidad que se acrecentará con la adición de los intereses conforme lo dispuesto en anterior instancia; 2) Costas de Primera Instancia a cargo de la parte demandada (art. 68 CPCCN); 3) Regular los honorarios de instancia anterior, a favor de la representación letrada de la parte actora, de la parte demandada y de la perito contadora, en el 16%, 13% y 6%, respectivamente, porcentajes a calcular sobre el capital de condena, incluidos los intereses; 4) Costas y honorarios de Alzada conforme se establece en el considerando VIII); 5) Hacer saber a las partes que, de conformidad con lo establecido en las Acordadas Nro. 11/14 de fecha 29/04/14 y Nro. 3/15 de fecha 19/2/2015 de la CSJN, deberán adjuntar copias digitalizadas de las presentaciones que efectúen, bajo apercibimiento de tenerlas por no presentadas.



Poder Judicial de la Nación

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art.4º,
Acordada CSJN Nº 15/13) y devuélvase.

