

SENTENCIA DEFINITIVA NRO. 76238 SALA V. AUTOS: “AF GEIJERSTAM MARIANNE ELENA C/ ALIANZA FRANCESA S/ DESPIDO” (JUZGADO N° 75).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 8 días del mes de mayo de 2014 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y **EL DOCTOR OSCAR ZAS** dijo:

I. La sentencia definitiva de fs. 482/485 recibe apelación de la parte actora a fs. 490/498 y de la demandada a fs. 499/502, cuyos agravios fueron contestados a fs. 504/514 vta. y 516/517.

También apela la perito calígrafa (a fs. 489) los honorarios regulados a su favor por considerarlos bajos.

II. El sentenciante de grado rechazó la demanda promovida por considerar que el despido decidido por la demandada había sido notificado a la trabajadora en fecha anterior a la de la comunicación de la guarda con fines de adopción que efectuara la dependiente y que las sumas consignadas a fs. 200 se ajustaron a derecho.

Para así decidir, el sentenciante consideró que la actora había comunicado a la demandada que había obtenido la guarda de un menor con fines adoptivos mediante carta documento del día 30/12/09, notificada el 31 de ese mes y año, según informe del Correo Oficial a fs. 228- y que la misiva rupturista enviada por la Alianza Francesa había sido despachada el día 28/12/09, dirigida al domicilio de la actora, salido a distribución los días 29 y 30/12/09, devuelta por “cerrado con aviso” y finalmente retirada por la trabajadora recién el día 6/1/10 sin ninguna justificación por la demora, circunstancias por las que consideró que el despido se había concretado el 29/12/09, es decir con anterioridad a la comunicación de la actora, ya que si el telegrama de despido fue devuelto por el distribuidor con la observación “cerrado con aviso” debía tenerse por válida dicha comunicación y producía plenos efectos.

Ello motiva la primera de las críticas recursivas de la accionante, la que adelanto que, por mi intermedio, habrá de tener favorable acogida.

Digo así pues discrepo del criterio adoptado por el magistrado que me precediera en cuanto a que, en el caso, la falta de entrega de la comunicación rupturista no puede válidamente imputarse a quien eligió el medio para comunicarse.

No es un hecho controvertido que dicha comunicación fue correctamente remitida al domicilio de la trabajadora (Gelly 3368 piso 5° C de esta ciudad),

lugar donde se le dejaron dos avisos de visita consecutivos los días 29 y 30 de diciembre de 2009, mas no comparto lo expuesto por el *a quo* en cuanto a que se advierte que la actora observó una falencia en concurrir en tiempo oportuno al correo para recibir en la misiva en cuestión.

En efecto, no se trata de un caso en que la misiva haya tenido que devolverse al remitente por falta de retiro por el destinatario; por el contrario, la trabajadora concurre al correo a retirar la misma y, si bien no lo hizo inmediatamente, lo cierto es que lo hizo dentro del quinto día hábil durante el que el correo conserva las cartas documento antes de devolverlas al remitente.

A ello se agrega que el aviso de visita que deja el empleado de la empresa de correos no individualiza al remitente ni adelanta el motivo de la comunicación, circunstancia por la que no puede presumirse de modo alguno que la actora hubiese sabido que la carta documento en cuestión giraba en torno a su distracto; nótese que no surge de las constancias probatorias habidas en autos que la Sra. Af Geijerstam hubiese estado al tanto de la decisión que había adoptado la empresa y que decidió comunicar por dicho medio –tampoco quedó acreditado que la actora se notificara de dicha misiva como se alegó en el responde a fs. 29, segundo párrafo-.

Por tales razones, a diferencia de lo sostenido por el magistrado de grado, considero que ninguna explicación ni justificación debió brindar la trabajadora del motivo por el cual recién concurre al correo el día 6/1/10, fecha que estableceré como la de la efectiva ruptura del vínculo laboral habido entre las partes.

Así las cosas, no cabe más que considerar que al momento del distracto la demandada se encontraba debidamente notificada de la comunicación remitida por la accionante referida a que le habían otorgado la guarda de un menor con fines adoptivos (v. fs. 147/149, 237 e informes del correo a fs. 228 y 243).

En cuanto al cuestionamiento por el rechazo de la indemnización que prevé el art. 178 L.C.T., haré algunas consideraciones preliminares.

La accionante hizo saber a su empleadora, mediante comunicación del 30/12/09, que el 10 de setiembre de ese mismo año se le había otorgado la guarda, con fines adoptivos, del menor D.A. e intimó también para que se aclare su situación laboral ante negativa de trabajo (v. también constancias de fs. 147 y sgtes.).

Disuelto el vínculo laboral sin causa, reclama la protección legal del art. 178 referido toda vez que considera que no puede excluirse o marginarse a la mujer adoptante de las garantías establecidas por la L.C.T. para la maternidad.

La “*Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, de jerarquía constitucional (con. art.75, inc. 22, C.N.) establece:

Expte. n° 13.904/2010

*“Art. 16.- 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:*

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;*
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;*
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;*
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos;*
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;*

La “Convención sobre los Derechos del Niño”, también de jerarquía constitucional, establece:

*“Art. 21: Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:*

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.”*

En dichos términos, encuentro que la adopción está equiparada jurídicamente a la maternidad, como lo reconoce la ley N° 24.714 de Asignaciones Familiares, al establecer una asignación por adopción, por lo que entiendo que debe ser acogido el reclamo de la indemnización especial peticionada con fundamento en los arts. 178 y 182 de la L.C.T. toda vez que la accionante puso en conocimiento de su empleadora que

había obtenido la guarda con fines adoptivos de un niño, y es dable recordar que dispone el artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo que *“La trabajadora deberá comunicar fehacientemente su embarazo al empleador, con presentación de certificado médico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobación por el empleador”* (ver segundo párrafo) y *“Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior”* (tercer párrafo). Por su parte, el artículo 178 L.C.T. dispone que *“Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley”*.

Por lo que, de conformidad con lo resuelto precedentemente en torno a la fecha en que operó el distracto (6/1/10), cabe considerar que éste se produjo con posterioridad a la recepción por parte de la demandada del telegrama mediante el que la trabajadora le comunicaba la obtención de la guarda del menor con fines de adopción. Efectivamente, según informe del correo oficial a fs. 228, dicha comunicación entró a esfera de conocimiento de la empleadora el 31/12/09, o sea, cuando todavía se encontraba vigente el vínculo laboral que, reitero, se disolvió incausadamente.

En consecuencia, procederán la indemnización dispuesta por el art. 178 L.C.T. así como también las previstas por los arts. 232, 233, 245 de dicha normativa.

De esa forma, como adelanté, debe ser admitido este segmento del reclamo inicial.

También debe hacerse lugar al reclamo fundado en el artículo 2º de la ley 25.323 habida cuenta que la accionante efectuó la intimación fehaciente a la empleadora en procura del cobro de las indemnizaciones del despido (v. fs. 140) y no surge el cumplimiento oportuno por parte de la accionada del pago de las indemnizaciones correspondientes (v. constancias de fs. 200/201).

III. En consecuencia, corresponde revocar la sentencia apelada y, para el cálculo de los rubros que he propuesto diferir a condena, estaré a la remuneración de \$ 5.334,16 sobre la cual no ha existido controversia al respecto (v. fs. 5 vta. y 16).

De ese modo, la acción prosperará por los siguientes rubros e importes: a) indemnización por antigüedad: \$ 37.339,12; b) indemnización sustitutiva de preaviso más s.a.c.: \$ 5.778,67; c) integración mes de enero de 2010 más s.a.c.: \$ 4.660,21; d)

Expte. n° 13.904/2010

vacaciones prop. 2009 –incluida prop. sac-: \$ 4.853,48; e) multa art. 2° ley 25.323: \$ 23.889; y f) indemnización por maternidad: \$ 69.344,08; los que arrojan un total de **\$ 145.864,56** cifra que llevará intereses desde que cada parcial es debido hasta su efectivo pago, a la que se le deberá deducir la de \$ 55.830 (depositada el 27/5/10, v. fs. 200/201) en el momento procesal dispuesto por el art. 132 de la L.O. y conforme lo dispuesto en el art. 777 del Código Civil, a la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según la planilla que difunde la Prosecretaría Gral. de esta Cámara (art. 622 C. Civil y Acta C.N.A.T. n° 2357 del 7 de mayo de 2002 texto sustituido por Resolución de Cámara n° 8 del 30-5-2002).

IV. Ante el nuevo resultado del litigio y en virtud de lo normado por el art. 279 del C.P.C.C.N., corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y determinarlas en forma originaria, por lo que resulta abstracto el tratamiento de las restantes apelaciones al respecto.

En virtud de que en materia laboral no debe seguirse un criterio meramente aritmético sino jurídico y, que en este caso, se admiten los rubros contenidos en el reclamo de inicio, por lo que sugiero imponer las costas en la instancia anterior a cargo de la demandada (conf. art. 68 C.P.C.C.N.).

Teniendo en cuenta la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes, así como lo dispuesto por las normas arancelarias vigentes (arts. 38 de la ley 18.345, 6, 7, 9, 11, 19, 37 y 39 de la ley 21.839 y art. 3 inc. b) y g) y 12 dcto-ley 16.638/57) propongo regular los honorarios por la actuación en primera instancia a la representación y patrocinio de la parte actora en el 16%, de la demandada en el 12% y de la perito contadora en el 4%, a calcular sobre el capital de condena más intereses.

V. Sugiero imponer las costas en alzada a cargo de la demandada y regular los honorarios al profesional actuante en la alzada por la parte actora y demandada en el 25% y 25%, respectivamente, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la anterior instancia (conf. art. 14 de la ley 21.839).

**EL DOCTOR ENRIQUE N. ARIAS GIBERT** manifestó: que por análogos fundamentos adhiere al voto del Sr. Juez de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, **el TRIBUNAL RESUELVE:** 1) Revocar la sentencia de grado y condenar a la demandada ALIANZA FRANCESA a abonar a MARIANNE ELENA AF GEIJERSTAM a la suma de PESOS

CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 145.864,56.-) que devengará los intereses fijados en el considerando III desde que cada suma es debida, debiéndose deducir la de \$ 55.830 conforme lo dispuesto en el art. 777 del Código Civil, en el momento procesal dispuesto por el art. 132 de la L.O.; 2) Costas y honorarios según lo propuesto en los considerandos IV y V del primer voto. 3) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas C.S.J.N. 15/13 (punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la vocalía 1 se encuentra vacante (art. 109 R.J.N.).

MLF

Oscar Zas  
Juez de Cámara

Enrique Néstor Arias Gibert  
Juez de Cámara