

"C.E.R c/ H.C.d.S -S.A s/Beneficios Laborales"

SENTENCIA DEFINITIVA N.º: XXXX (XX)

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los seis días del mes de agosto de dos mil veintiuno, reunida en Acuerdo la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minas, de Familia y de Menores de Tercera Nominación, integrada por Dra. María Alejandra Azar, Presidenta; Dr. Marcos Augusto Herrera, Decano y Dr. Pablo Rosales Andreotti, Vicedecano, Secretaría de la Dra. Paola Rosa Paradi, para conocer el recurso interpuesto en los autos **Cámara nº XXX/19 - "C.E.R c/ H.C.d.S -S.A s/Beneficios Laborales"**, se estableció la siguiente cuestión a resolver:

Es procedente el recurso de apelación interpuesto?. --

Practicado el sorteo previsto en el art. 268 del C.P.C.C., la votación se efectúa en el siguiente orden: Dr. Marcos Augusto Herrera, primer voto; Dr. Pablo M. Rosales Andreotti, segundo voto y Dra. María Alejandra Azar, tercer voto.-----

A LA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DR. MARCOS AUGUSTO HERRERA, dijo:

Conforme el orden resultante del acta de sorteo en los presentes autos, me corresponde estudiar y emitir voto en primer término.-----

Para poder iniciar el tratamiento de la causa debo efectuar una breve presentación de la misma para dejar reflejado, en apretada síntesis, cómo se presentaron las cuestiones de origen, hoy bajo revisión en algunos de sus aspectos, a saber:

1) Se presenta la Sra. E.R.C a través de las Dras. D.A y B.A, promueven formal demandada en contra de H.C.d.S -S.A. Alegan que el 02/10/2006 la demandada contrató a la actora en la categoría jefe de agencia de Catamarca, mediante contrato, que se desempeñaba de lunes a viernes de 07:30 a 14:00 y de 17:00 a 22:00 o 23:00. Que esta provincia tenía el mayor rendimiento de la zona, sin embargo existía una conducta discriminatoria hacia el sexo femenino y ello se ve reflejado en los sueldos abonados a los jefes de agencia, abonando más a los de sexo masculino. Que al jefe de agencia de la Rioja B.N.P se le abonaba la suma mensual de \$4.531,71, al jefe de Tucumán \$5.577,81, discriminando a la actora que pese a cumplir las mismas funciones se le pagaba \$1.908 en octubre del 2006 y en marzo del 2009 \$3.308, siendo la actora la única mujer de la jerarquía jefa de agencia, ya que la patronal era reacia a contratar personal de sexo femenino, por considerarlo ineficaz. Que se la obligaba a difundir su imagen

sin su consentimiento, como imagen de H.C.d.S - S.A. en los eventos. Que sufría de persecución por parte de la empresa y que incluso llegó al acoso laboral por parte de un gerente de la empresa (U.), que la trabajadora denunció ante la Dirección de Inspección Laboral. Que el acoso laboral sexual agravó el escenario laboral en que se desempeñaba la actora, provocando consecuencias en su salud. Que la situación descripta y denuncias efectuadas desencadenó el despido del acosador e inmediatamente posterior el despido de la actora. Que tal es la magnitud del padecimiento psicológico que inició el trámite de jubilación por invalidez. Que por motivo de la finalización de la relación laboral y en sede de la Dirección de Inspección Laboral se abonó la suma de \$2.700, pese a que el reclamo abarcaba más rubros, que se acordó negociar lo que jamás se concretó. Efectúa varios pedidos y los refleja y detalla en la planilla que adjunta con la demanda. -----

2) Comparece el Dr. F.I.H, en nombre y representación de H.C.d.S -S.A, niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, con excepción de aquellos de expreso reconocimiento. Alega que la demandada es una compañía aseguradora que desarrolla su actividad bajo el régimen de la ley 20.091. Que la actora ingresó bajo relación de dependencia el 02/10/2006, suscribiendo contrato de trabajo por tiempo indeterminado con periodo de prueba, donde se fijaron las condiciones de trabajo, asignándole tareas de trabajo en la Agencia Catamarca, encuadrada en el Nivel Jerárquico – Grupo I del Convenio colectivo de Trabajo N° 264/95, que rige la actividad. Que la patronal dispuso la extinción de su contrato de trabajo sin justa causa en los términos de la notificación de fecha 07/04/2009, realizada con intervención notarial. Que la actora no concurrió a la sede de la Agencia a percibir la liquidación final, iniciando una actuación ante la DIL. Opone defensa de prescripción liberatoria respecto de todo reclamo por períodos superiores a los dos años, computados desde la fecha de interposición de la demanda, en los términos del art. 256 de la LCT. Sostiene la improcedencia de reclamo indemnizatorio por supuesta utilización de imagen. Rechaza el acoso laboral, por lo que es improcedente el daño moral reclamado. Sostiene que la trabajadora jamás fue víctima de un acoso moral o psicológico en su ámbito de trabajo, por parte de ningún superior jerárquico, gerente o directivo de la empresa. Que la patronal nunca fue informada, ni tomó conocimiento del supuesto acoso sexual que la actora le atribuye a U. y la desvinculación laboral de este último no registró como causa denuncias recibidas de la actora. Que dicha situación entró en la esfera de conocimiento de la patronal luego de la extinción del contrato de trabajo de la actora, en oportunidad de la audiencia de fecha 20/04/09

celebrada en la DIL. Que en cuanto a la calificación profesional y remuneraciones quienes se han desempeñado y desempeñan con anterioridad y posterioridad en el cargo de Jefe de Agencia de Catamarca han tenido y tienen el mismo encuadramiento Jerárquico I, con un régimen remunerativo idéntico al de la actora, por lo que resulta improcedente invocar discriminación por comparación con calificación profesional y remuneraciones que pudieren haber percibido los jefes de agencia de Tucumán y La Rioja, jurisdicciones territoriales que cuentan con particularidades muy disímiles tanto en estructura, recurso humano, cantidad de asegurados, complejidad de tareas, densidad poblacional, posibilidades de penetración, competencia, actividad económica, PBI per cápita. Que la agencia de la Rioja registró la producción del 01/01/07 al 31/12/07 \$7.398.216, del 01/01/08 al 31/12/08 \$8.222.327, del 01/01/09 al 31/03/09 \$2.119.226; mientras que en el mismo periodo en la Agencia Catamarca del 01/01/07 al 31/12/07 \$650.596, del 01/01/08 al 31/12/08 \$803.378, del 01/01/09 al 31/03/09 \$169.827. Que las funciones que cumplen los jefes de estas dos agencias son propias del Grupo Jerárquico II del Convenio Colectivo N° 264 y son diferentes a las que tuvo a su cargo la actora en la Agencia Catamarca. Que la actora jamás tuvo a su cargo el manejo de la caja, tarea que era desempeñada por el empleado administrativo de la agencia. Que la ley 11.544 de jornada de trabajo en su art. 3 inc. a) excluye expresamente de su régimen a los empleos de dirección y vigilancia y que el propio convenio de la especialidad excluye al Grupo jerárquico del derecho a percibir horas extras (cláusula 13 – CCT N° 264). Solicita se cite en Garantía a Consolidar A.R.T. -----

3) Comparece C Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. a través de su letrada apoderada Dra. MCP, y dice que en el hecho que motiva la demanda, la parte actora menciona que la relación laboral se desarrolló en un marco de discriminación y abuso sexual, y que como consecuencia de ello es que actualmente padece problemas genéricos severos, migrañas permanentes, lumbalgia, contracturas, tensión emocional, estrés y depresión. Que el tercero nunca recibió denuncia alguna respecto de las supuestas enfermedades denunciadas por C., que a todo evento son de naturaleza inculpable. Que la parte actora no reclama las prestaciones en especie y dinerarias establecidas en la LRT sino que planteando la inconstitucionalidad del sistema de la ley 24.557 pretende un resarcimiento conforme la normas del derecho común. -----

4) La Sra. Juez hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, opuesta por el tercero citado C. ART; hace lugar a la excepción de prescripción opuesta por la demandada H.C.d.S -S.A; y acoge

parcialmente la demanda promovida; impone las costas a la demandada; también regula honorarios. -----

Apelación y trámite

A fs. 923 el Dr. F.I.H, representante de la demandada, interpone recurso de apelación y expresa agravios; a fs. 928 el Dr. G.A interpone y funda recurso de apelación por la actora; concedidos ambos recursos a fs. 932 se ordena correr traslado de las expresiones de agravios, cuyas contestaciones corren a fs. 938-943 vta.; se remite el expediente a esta Alzada, se dio radicación a fs. 949, se ordena correr vista a la fiscalía de cámara, obrando dictamen de la Sra. Fiscal Nº 3 a fs. 964/972; a fs. 973 se llama autos para sentencia, se efectúa el sorteo conforme acta XX/2020 y en virtud de él me corresponde preopinar en estos actuados.-----

Agravios de la Demandada

Los agravios de la demandada se ciñen a cuatro cuestiones: a) la admisión del reclamo de daño moral; b) la indemnización por la difusión de la imagen de la actora; c) la condena a la entrega del certificado; y d) la condena en costas respecto a la citada en garantía. -----

Primer Agravio: a) El daño moral.

Bajo este acápite la demandada expresa sus críticas de manera confusa, con errores de redacción, ortografía, de concepto, tratando temas no propuestos como agravios y en la última parte recién trata algo del tema refiriéndose al mobbing. --

Manifiesta que el mobbing de por sí legalmente no se encuentra legislado, que es una derivación jurisprudencial, legal y convencional, cita normativa, y dice que la juez no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por la actora y demandada. ---

Dice que la a quo se aparta de las probanzas de autos y que no es posible crear nuevas indemnizaciones, salvo que se prueben. -----

Que en el caso la empresa procedió a desvincular a la actora en el contexto del art. 245 de la LCT, y que se liquidó la indemnización tarifada que corresponde de acuerdo a la ley, la que incluye el daño al trabajador. -----

Expresa que no se acreditaron los extremos necesarios para que se configure la obligación de reparar por daños; se refieren a la pericia psicológica y sostiene que el dictamen pericial en autos de fs. 697 no puede tomarse como certero para condenar a la empresa como responsable de una conducta ilícita.

Se refiere al estado de salud de la actora diciendo que la misma ya tenía un dictamen de la Comisión Médica con el que supone que ya tenía antecedentes de incapacidad, y que es por ello que habría obtenido el

beneficio de la jubilación por Invalidez o retiro, por lo que la actora ya estaba en un proceso de salud grave; situación que no es incluida en el dictamen pericial, que lógicamente preexiste a la supuesta situación de mobbing. -----

b) Indemnización por la difusión de la imagen de la actora.-----

Dice que la actora era una persona de mucha confianza de la empresa por el cargo que desempeñaba y que como tal, era la cabeza visible de la empresa, que contaba con amplios poderes y facultades. Quien mejor que ella para que naturalmente la represente. Que una cosa es usar la imagen y otra es la responsabilidad del encargado de sucursal, de tomar las decisiones, como publicitar los actos de la empresa. -----

Que en todas las empresas del rubro ventas está implícita la exposición en los medios. Si se entrega un premio, por ejemplo, quien lo debe entregar es el encargado de la agencia de ventas. -----

La ley ni el convenio colectivo de la actividad prevén beneficios o adicionales para las partes por derecho a la imagen. Que dicho rubro resulta improcedente y sobre todo el monto desproporcional (sic) a una persona común que ni siquiera tiene otra función más que la de encargada de agencia o jefa. Sentar en el derecho dicho procedente (sic) como el que corresponde a mobbing solo traerá aparejada más inseguridad jurídica. Que en ninguno de los casos la empresa obtiene ingresos extra. Que si la empresa hubiera sabido de la existencia del acoso hubiera despedido al autor, y que en el segundo caso de la imagen, es la empresa la que categoriza a la persona y no al revés, deviniendo, en sus palabras, en un enriquecimiento sin causa. -----

c) La condena a la entrega del certificado.

Que resulta inviable el reclamo del certificado de trabajo el cual fue puesto a disposición conforme lo prevé la normativa en tiempo y forma. Como consecuencia deviene arbitraria la conminación y menos a las astreintes. -----

d) La condena en costas respecto a la citada en garantía. -----

Que deviene arbitraria la imposición de costas a su parte por la citación del tercero en garantía porque la empresa demandada tiene un contrato con la citada en garantía y que por ello no es aplicable el principio objetivo de la derrota porque fue citada en garantía. Que en todo caso deben cargarse por su orden. -----

Agravios Actora

La actora centra sus críticas en dos cuestiones: a) La recepción de la excepción de prescripción sobre diferencias; y b) El tope del 30% al reclamo de diferencias salariales. -----

La admisión de la excepción de prescripción sobre diferencias. -

Que la a quo omitió otorgarle la validez expresa del reconocimiento expreso efectuado por la demandada al contestar demanda y al reconocer expresamente –de forma lisa y llana- y sin reservas el contenido de la interpelación producido mediante el correspondiente trámite administrativo por ante la DIL, en los términos del art. 77 del CPT. -----

Que la demandada al reconocer expresamente el contenido de tal actuación administrativa impidió su agregación como prueba documental.

No solo la demandada lo reconoció sino que en el momento de oponer defensas ni siquiera lo cuestionó, ya que en ese momento se encargó de otras cosas (fecha de ingreso y fecha de vencimiento del crédito) pero no del rubro bajo examen. -----

Propicia se aplique el art. 9 de la LCT y el principio protectorio como guías para resolver el caso, solicitando se revoque la sentencia en este punto, y que se tome como causal interruptiva de prescripción la presentación e interpelación cumplida por ante la DIL, haciendo lugar a los rubros declarados prescriptos. -----

b) El tope del 30% al reclamo de diferencias salariales.

Resulta una violación al principio de congruencia y a la vez inaplicabilidad de la normativa vigente para la solución del caso, cuando determina un tope en las diferencias salariales de solo un 30% de los sueldos de los encargados de las otras sucursales en favor de la actora. -----

Afectaría el principio de congruencia porque dice que la juez luego de hacer un tratamiento correcto de la cuestión con citas doctrinarias y jurisprudenciales de raigambre constitucional, concluye poniendo el tope del 30% más de las diferencias peticionadas. -----

Considera como segunda causal de arbitrariedad cuando sin fundamentación dispone reconocer sólo el 30% de las reclamadas. -----

Ataca la sentencia porque dice que bajo afirmaciones dogmáticas se pretenden o constituyen fundamentos aparentes. -----

Que si bien la sentencia cita el art. 75 inc. 22 para esa aparente fundamentación, deja de lado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su consecuencia la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer (y su Dcto. Reglamentario 1011/2010). Efectúa una consideración al respecto y cita que en la misma línea debe tenerse en cuenta Convenio 111 de OIT relativo a la discriminación en materia de empleo. -----

Hace especial referencia a la doctrina de la CSJN en la causa “Sisnero” sobre trato discriminatorio de la mujer y transcribe una parte de los considerandos, a la que me remito en honor a ser breve. -----

Pide que se tomen las consideraciones alegadas y se revoque la condena de abonar sólo el 30% de las diferencias reclamadas en la demanda, por lo que debe condenarse al pago del 100% de las diferencias por igual tarea y responsabilidad, adiciona intereses y costas. -----

1.- Tratamiento de los agravios

a) Agravios de la demandada

I.- Primer Agravio

Voy a empezar diciendo al letrado de la demandada que debe poner un poco más de atención en cuanto a la redacción de sus escritos, pues no solo son vagos, imprecisos y carentes de sentido y lógica, sino que suponen un doble esfuerzo leerlo para tratar de interpretar lo que pone y a lo que se refiere; se convierte realmente en un gran obstáculo que deja su presentación al borde de la deserción del recurso por no ser específico, claro y lógico en sus planteos. -----

Cuestiona en este agravio que se haya admitido el reclamo por daño moral con fundamento en acoso laboral y el posterior despido tras su denuncia ante la empleadora. -----

Del contexto probatorio me parece hasta violento que en esta instancia todavía la demandada recurra a argumentos tan fútiles y estériles como a los que se refiere diciendo que “no se han acreditado los daños”, o “que la indemnización del art. 245 de la LCT incluye todos los daños”; nada más alejado de la realidad del presente expediente. -----

Solo es necesario reparar en los informes médicos, pericias, declaraciones testimoniales y demás elementos incorporados a la causa para poder afirmar sin temor a equivocarnos de que estamos ante un claro caso de despido en el que existió falta de perspectiva de género, visualizándose la misma en el ejercicio de violencia efectiva traducida en sus diversas formas: violencia moral, psicológica, sexual, simbólica y económica en contra de la actora. -----

Son más que concluyentes los testigos que declararon en la causa, en especial quienes fueron compañeros de trabajo o que compartían espacio físico sin ser compañeros (caso de la ordenanza), ya que sus testimonios son cardinales en cuanto a la existencia de los maltratos, destratos y la violencia de la que era víctima la Sra. E.R.C, no voy a reproducir sus testimonios pero basta consultarlos: P.(Fs. 528/529); C.(fs. 533/534), C.(fs. 617) y A.(fs. 771) para entender por qué la juez de instancia originaria no erró en ponderar esas pruebas. -----

Es evidente que la actora soportó el mal clima y entorno de su trabajo atada a la necesidad que le imponía su realidad humana, sus propios inconvenientes personales, la enfermedad de su marido, el problema de su

hija, que si bien tuvieron su evidente influencia en ella, el trabajo lejos de ser un cable a tierra era un cable directo de alto voltaje a su persona por las descargas que debía soportar, figurando el ejemplo con la electricidad, y por lo tanto no podemos los jueces dejar de llevar en cuenta esa información al momento de decidir. -----

Todo lo que la actora manifestó en su demanda fue corroborado por los testigos directos de esas situaciones, las que solamente eran desconocidas o no recibidas por la patronal, quien dice no haber sido reportada por la actora. -----

Las situaciones vividas en ese ambiente laboral influyeron en su salud de manera directa produciendo que el deterioro que podría haber tenido se acrecienta, máxime con el inicio de la presente y las sucesivas intervenciones y las alternativas que todo proceso judicial acarrea. -----

Sometida la causa a un exhaustivo estudio sobre lo que la apelante esgrime como crítica, no encuentro que la juez haya obviado considerar prueba de la actora o demandada para conceder el rubro daño moral por sí mismo, ya que de las mismas constancias se desprenden, de modo indubitable, los padecimientos que sufrió la actora durante el tiempo de trabajo.

Si bien es cierto que el rubro cuestionado no se encuentra expresamente tipificado en alguna norma específica, es una derivación o extensión de lo que se prevé en varias leyes y convenciones con fuerza de tal: Leyes 23.592, 26.485, 26.486, 23.179 (Aprobación de la Convención sobre Eliminación de la discriminación de la mujer); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Consenso de Quito (2007); otros antecedentes internacionales importantes: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5a Conferencia Mundial de Población (El Cairo 1994); 4a Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995); Convenios de la OIT ratificados por la Argentina: 100, 156, 183, 111 y últimamente el Convenio 190 de la OIT sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo (24/06/2020 con el dictado de la Ley Nacional Nº 27.580), que considera a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como una “violación o abuso de los derechos humanos” incompatible con la igualdad y el concepto de trabajo decente; entre otras fuentes. -----

“En relación a casos de violencia contra las mujeres, el derecho a un recurso judicial efectivo contenido en el artículo 25 de la Convención Americana, interpretado junto con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 8.1, debe entenderse como “el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado -sea

éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado- de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada” (CIDH, Informe Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, Capítulo I, B, párrafo 38). -----

La Ley N° 26.485 define las modalidades de violencia y establece ámbitos de competencia específicos para el abordaje de la violencia en sus diferentes manifestaciones, y en su art. 6 dice en su inciso c) que aquí debemos aplicar: “Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: ... c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral...”. -----

El derecho evoluciona a la par de la sociedad, o al menos así debería serlo, y quienes operamos con el derecho adoptando decisiones tenemos la obligación de sujetarlas a los parámetros y estándares doctrinarios, jurisprudenciales y convencionales que rigen para el caso y en la materia que se trate; es decir, que no podemos apartarnos de lo que el contexto normativo, convencional, doctrinario y social nos impone como guía para acercar nuestro decisorio a la realidad, ya que una sentencia así es más efectiva que otra que sea abstracta o alejada de la realidad cuyo cumplimiento se convierta en inútil, injusto o imposible. -----

“El derecho del trabajo es un "derecho mínimo" y ello se advierte con claridad, integrando sus clásicos principios en el contexto más amplio de los derechos humanos. Admitir la reparación adicional del agravio moral que sufre el trabajador afectado en estos nuevos tópicos, oxigena y moderniza aquellos rígidos e impotentes argumentos que, en su momento, se vieron consagrados en el régimen de la tarificación del daño. Es que la "autonomía" de esta rama del ordenamiento jurídico siempre ha sido del tipo relativa, precisamente por la necesidad de integrar al derecho del trabajo en

un ordenamiento más amplio y omnicomprendivo del género, como son los derechos humanos. -----

Porque, en definitiva, el planteo acerca de la procedencia del daño moral en las relaciones de empleo, es propio de la humanización del trabajo y la dignificación del ser humano como tal, independientemente de su condición laboral. (“El daño moral y los ilícitos adicionales del empleador”, por Hugo R. Mansueti, id SAIJ: DASF080091). -----

Más allá, que en doctrina y jurisprudencia se discute sobre la legitimidad de otorgar daño moral al concluir una relación laboral, por lo hasta aquí expuesto, soy de la idea que sí debe otorgarse ese rubro siempre y cuando quede acreditado en la causa que ese daño fue probado y también su causal. Para el presente considero que ambos extremos se encuentran reunidos y por ello es de plena aplicación también lo preceptuado en el art. 1 de la Ley 23.592 que dice: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.” --

En el caso sub examine la actora expresamente solicitó la reparación del daño moral derivado de todas las situaciones descriptas y efectivamente probadas durante la relación laboral, por lo que sí corresponde expedirse al respecto y considerarlo como un pedido más dentro de su demanda. -----

Los límites a la procedencia del daño moral como rubro autónomo que integre la indemnización por despido sin causa justificada obedecía a que, en este tópico, la tarifa está destinada a compensar el daño emergente de la pérdida del empleo en virtud de la naturaleza transaccional que informa la disciplina laboral. Sin embargo, dicha tarifa indemnizatoria no puede convertirse en un precio cuyo pago permita neutralizar toda conducta injurante y gratuita, ni es ni debe ser una franquicia para agredir la esfera de la persona trabajadora. En este orden de ideas es necesario poner de resalto que aquí está en juego la garantía constitucional de igualdad ante la ley contenida en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional. -----

La ruptura también se encuadró en la órbita de la ley antidiscriminatoria (Ley 23.592) por lo que se genera la obligación de reparar los padecimientos sufridos por la dependiente en cuanto exceden las consecuencias de la tarifa legal. -----

La magistrada de grado efectuó un análisis integral y adecuado de la pretensión inicial ceñida a las constancias del expediente, llevando en

cuenta la actividad probatoria desplegada por las partes y sus aportes, por lo que su decisión al respecto deviene inmodificable y debe ser confirmada en este punto. -----

II.- Segundo Agravio

Critica la recepción del reclamo de indemnización por la difusión pública de la imagen de la actora. -----

La sentencia acoge el reclamo por entender que no existió consentimiento expreso de la actora y porque tampoco existió el pago de un adicional por ello. -----

Es preciso definir la ley aplicable, en razón que los hechos invocados y aquí discutidos datan del periodo 2006/2009, mientras estuvo vigente el Código Civil, ya que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, por lo que es necesario expedirse al respecto. -----

Debemos tener presente que más allá de la consabida discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema, hoy ya superada, debe considerarse el tipo de cuestión bajo examen y la incidencia de la nueva ley en su resolución. -----

En el presente, por tratarse de un daño instantáneo que ocurrió en aquel momento, no se produce ninguna variación en el derecho por lo que resulta de aplicación el Código Civil en lo que corresponda y en su parte determinante la ley 11.723 sobre Propiedad Intelectual. -----

Previo a ingresar a tratar el tema es necesario apuntar y aclarar lo que es la protección del derecho a la imagen. -----

El derecho a la propia imagen constituye una especie de los denominados derechos personalísimos que -junto con el derecho al honor y a la intimidad- protege las manifestaciones espirituales de la persona. En tal sentido, se lo ha definido como “aquel cuyo regular ejercicio permite oponerse a que por otros individuos y por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique – sin su consentimiento o el de la ley- su propia imagen” (Rivera, Julio C. Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, 2da Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000). -----

El ejercicio de este derecho supone dos aspectos a considerar:
a) Uno de connotación positiva consistente en el derecho de toda persona de captar, reproducir, publicar o difundir su propia imagen de acuerdo a su voluntad; b) otro de ribetes negativos como la facultad de la que goza toda persona de impedir la captación, reproducción publicación o difusión de su imagen sin su consentimiento. -----

El ordenamiento jurídico argentino resguarda el derecho a la propia imagen desde diversos ámbitos y en tal sentido se ha precisado que

la tutela no en todos los casos resulta autónoma respecto de la protección dispensada a otros derechos personalísimos (Hooft, Irene “La protección de la Imagen” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2006-2 “Honor Imagen e Intimidad”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006): -----

a) La primera vedando su utilización como marca comercial (art. 3 inc. h de la Ley 22.362 reproducción del art. 4 de la Ley 11.723); -----

b) La segunda contenida en la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual, prohibiendo su puesta en el comercio o simple publicación sin el consentimiento expreso de la persona o, de haber ésta fallecido, de sus derechohabientes (arts. 31, 33 y 35); -----

c) El art. 1071 bis del Código Civil prevé la hipótesis en que la publicación de la imagen constituye un medio de entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, generando su mortificación en sus costumbres, sentimientos o afectando de cualquier modo la intimidad del sujeto; -----

d) Asimismo se afirma que el derecho a la imagen encuentra resguardo cuando se registra como dato en infracción a la Ley de Protección de Datos Personales 25.326. -

Frente a la problemática expuesta, centraré mi análisis en relación a lo que dispone la Ley de Propiedad Intelectual, es decir, la cuestión de la “puesta en comercio de la imagen” (art. 31 de la Ley 11.723), que en mi parecer es la que se debe aplicar en el presente.-----

El art. 31 de la Ley 11.723 dispone: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”. -----

En doctrina se ha expuesto que la circunstancia de que una persona sea retratada en su ámbito laboral, aún a sabiendas, no enerva su facultad de oponerse a la utilización o difusión comercial de su imagen por parte de su empleadora y de la correlativa necesidad de obtener el consentimiento al efecto (Hooft, Irene, obra citada). -----

Tal como ocurre en este caso bien la actora pudo haber consentido la toma de la fotografía, como dice la demandada, pero no necesariamente haber consentido su difusión con fines comerciales. La Corte

Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto “de una exégesis de la Ley 11.723 se extrae que el legislador ha prohibido -como regla- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que sólo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho” (CSJN, 28/6/88, Fallos 311-1171, publicado en LL 1989-C-478). -----

No surge del contexto del expediente que la Sra. E.R.C haya prestado expresamente su consentimiento, ni tampoco que la empresa haya abonado algún adicional por el uso comercial de su imagen, por lo que adelantando opinión me inclino por confirmar lo resuelto en instancia originaria. -----

El hecho que dichas fotografías sean de diferentes tiempos y sorteos publicados no quiere decir que haya existido un consentimiento tácito por parte de la actora; pues ella se encontraba en la espera que le sean abonados los adicionales que por dicho rubro le habían prometido desde la patronal. -----

Es por lo expuesto que no encuentro reparos a lo que decidió la juez de primera instancia por lo que este punto debe ser confirmado. -----

III.- Tercer Agravio

Se queja por la condena a la entrega del certificado de trabajo, fundando la misma en que su parte hizo entrega de ese documento. -----

De las constancias de autos surge que en la audiencia por ante la DIL de fecha 20/04/2009 se hizo entrega de la documentación y del cheque por \$27.398,19, pero ese certificado no refleja la categoría determinada en la sentencia, rubro que arriba firme, y como consecuencia las remuneraciones correspondientes. -----

“Si el certificado de trabajo no consigna la antigüedad real del trabajador (por indicar una fecha de ingreso posterior a la verdadera) o da cuenta de una remuneración inferior a la percibida, cabe entender que dicho instrumento no refleja la realidad de la relación de trabajo, deficiencia esta que impide tener por cumplida la obligación prevista en el citado art. 80 de la L.C.T.” (CNAT Sala IV, Expte. N° 19.318/2009 Sent. Def. N° 95264 del 31/03/2011 “Rojas, Christian Ariel c/Campo Austral SA s/despido”). -----

En el presente caso el problema radica en que el certificado de trabajo que se entregó en aquella oportunidad no refleja la real prestación de servicios que sí quedó configurada, probada y no recurrida; por lo tanto, la demandada deberá confeccionar uno nuevo ajustándose a las previsiones de la sentencia de instancia de origen. -----

Es por ello que no corresponde hacer lugar a la queja y confirmar en este punto el decisorio de origen. -----

IV.- Cuarto Agravio

Cuestiona la condena en costas en relación a la admisión de falta de legitimación pasiva que interpuso la tercera citada en garantía C ART, argumentando que de acuerdo al contrato que los ligaba dicha condena devendría arbitraria. -----

Adelanto mi opinión que en el caso no existe arbitrariedad en la resolución impugnada por cuanto la parte recurrente no ha logrado demostrar los vicios imputados. En efecto, los razonamientos de la sentenciante no se muestran como apartados de las constancias objetivas de la causa, ni contrarían las reglas de la lógica, ni se apoyan en consideraciones dogmáticas o carentes de razonabilidad como lo exige la excepcionalidad del remedio intentado. -----

En efecto la demandada no acercó copia del contrato que lo ligaba con la tercera citada, ni ninguna otra circunstancia que permitan a la magistrada de anterior instancia apartarse en la especie de hacer legal aplicación de lo que dispone el CPCC en lo que se refiere a las costas en este tópico, por lo que la imposición de las mismas con el criterio objetivo de la derrota es el que corresponde. -----

Por lo tanto, en los autos quedó demostrado que la citación de la tercera fue injustificada ya que por la situación fáctica que rodeaba el caso no era necesaria su presencia, no obstante ello la demandada pidió su intervención, que fue desestimada y como lógica consecuencia de ello, su citación inadecuada y la ausencia de prueba del contrato, no puede prosperar la crítica intentada. -----

Agravios de la Actora

I.- Primer Agravio

Cuestiona la admisión de la excepción de prescripción opuesta por la demandada. -----

En este punto es necesario aclarar que del relevamiento de las constancias del expediente judicial no se encuentran los motivos por los cuales la actora considera que las diferencias declaradas prescriptas (octubre/2006 a enero/2007 y abril a julio 2007) puedan considerarse exigibles. -

Si bien es cierto que en la DIL se cumplieron actos de emplazamiento a la demandada y que se hizo un reclamo total, igual que en las comunicaciones telegráficas, en ninguno de los casos existen planillas o individualización de los periodos reclamados. -----

Más allá que la demandada haya reconocido la existencia de la gestión administrativa y el reclamo por ante la DIL, no fueron acercadas a la causa por la recurrente constancia que evidencien el reclamo puntual de las

diferencias salariales de los periodos desconocidos, y por ende tampoco pueden entenderse como reconocidas tácitamente por la patronal demandada. Esta conclusión me lleva a convencerme de no acoger el reclamo de la actora en este punto y por lo tanto confirmar lo resuelto. -----

II.- Segundo Agravio

Se agravia el recurrente porque dice que la a quo puso un tope del 30% al reclamo de las diferencias salariales. -

Que de acuerdo a lo que establece la sentencia en crisis en f. 895 párrafo 2do. dice: "... En consecuencia condeno a la demandada al pago de unas (sic) indemnización equivalente al 30% del total que resulte del cálculo del rubro diferencias salariales...", el recurrente yerra en su interpretación y por eso percibe que sus derechos fueron disminuidos, cuando en realidad la juez lo que hace es otorgar un plus como condena del 30% sobre el monto que resulte de calcular las diferencias salariales, con fundamento en la discriminación en razón del género por ser mujer la actora, de conformidad a lo dispuesto por el art. 35 de la Ley 26.485. -----

Siendo el origen del presente agravio una cuestión de interpretación, zanjado por la explicación que antecede, y que a todas luces en el texto original (sentencia) queda claro, por no existir materia que le cause gravamen a la actora, propongo no acoger la crítica que propugna la recurrente y confirmar lo decidido. -----

Confirmación sentencia de grado

De acuerdo a lo tratado se confirma en todo lo decidido en primera instancia y que fue materia de agravios. ----

Vivir, trabajar y juzgar con perspectiva de género.-----

Se debe dejar expresamente establecido que la Sra. E.R.C, en su condición de trabajadora, es sujeto de preferente tutela constitucional, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en especial en la doctrina de los fallos "Vizzoti" y "Aquino", (Fallos: 327:3677 y 3753, entre otros), y de las constancias probatorias supra señaladas, no me queda duda alguna que la trabajadora en su condición de mujer, no solo fue afectada en su dignidad, sino que el obrar de parte del superior jerárquico U. con el hostigamiento y violencia laboral, provocó un daño grave en la salud de la trabajadora, quien luego de haber sido despedida sin causa no pudo insertarse en el mercado laboral. -----

En el presente y atento el estado de las cosas en cuanto a las realidades sobre las que debemos intervenir mediante nuestras decisiones, a los magistrados y funcionarios de todos los poderes del Estado se nos obliga a realizar cursos sobre la temática de violencia de género y o perspectiva de género. -----

Ahora bien, esos cursos obligatorios, no solo deben ser cursados y aprobados por quienes componemos el estado sino que también deberían ser de realización y aprobación obligatoria para todos los que operan con los poderes del estado, en este caso con el Poder Judicial, ya que no podemos obligar a unos de lo que no exigimos de otros, o sea no podemos tratar las causas o fallar con perspectiva de género sin que el intermediario operador (abogados = auxiliares de Justicia) entienda o conozca sobre la temática, pues no podrá explicar a sus clientes ni mucho menos dimensionar de lo que se trata si mínimamente se anotició de lo que implica vivir y actuar con perspectiva de género. -----

Las discusiones sobre el tema lejos están de agotarse y por eso es necesario continuar con su tratamiento como tema central cuando la causa así lo requiera. -----

Debo decir también que el letrado de la demandada, más allá que juega un papel netamente defensorista de su representada, debe medir las consecuencias de sus afirmaciones, ya que por sus palabras induce a descontextualizar los hechos que rodean la causa, queriendo desmarcar la responsabilidad de la entidad bancaria y sus empleados de cualquier manera y sin importar los costos. -----

Por supuesto, entiendo, que su función es la de tratar de mantener indemne a su mandante, pero ello siempre dentro de un contexto de respeto por la otra parte en toda su persona, en consonancia con las concepciones imperantes en la sociedad sobre el respeto a cualquier ser humano. -----

Pensar con perspectiva de género debe ser un ejercicio diario que no suponga esfuerzos, libros, sentencias ni cursos, debe ser parte de nuestra vida cotidiana, pues ello representa lo más básico que debemos guardar por un semejante, cual es el respeto por la integridad física, moral, ética, psicológica, social, espiritual, económica y política de los géneros en sus diversas manifestaciones y existencias. El respeto es el reaseguro que como sociedad nos debemos guardar entre todos, porque si algo falla en la cadena de respeto se producen las desviaciones extremas que suponen las más crueles consecuencias como ser la guerra o los enfrentamientos ideológicos, donde no prima la razón sino la pasión, y engendra los grandes desastres que nuestra historia nos señala con su dedo acusador: el hambre, la postergación, la pobreza y los holocaustos (guerras). -----

A estas alturas y en estos tiempos la obligación de juzgar con perspectiva de género no debe ser entendida como alusiva exclusivamente a los jueces o a los poderes del estado, la sociedad en su conjunto debe aspirar a compartir esa concepción para que deje de ser un motivo de

estudio independiente como lo extraño, lo excepcional, lo no cotidiano. Es necesario crear conciencia desde los niveles elementales de educación sobre la temática para que tengamos una sociedad más justa, igualitaria e inclusiva. -----

De las constancias de la causa surge evidente y hasta de manera grosera la manera en que la patronal intencionalmente discriminó al género femenino cuando mensualmente y sin ruborizarse al respecto liquidaba la remuneración de la actora de modo desproporcionado y desigual a como lo hacía con los gerentes masculinos que cumplían igual función. -----

La violencia en el lugar de trabajo se conceptúa por la OIT 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, entendiendo la violencia interna en el lugar de trabajo como la que tiene lugar entre los trabajadores, incluidos directores y supervisores, y la violencia externa la que tiene lugar entre trabajadores y toda otra persona presente en el lugar de trabajo. (“OIT - “Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla” – 2003”. DAÑO PSÍQUICO y TRABAJO. LUIS A. RAFFAGHELLI. Doctrina Laboral ERREPAR, Tomo XXVIII, Diciembre 2014. Cita Digital EOLDC091124A. Editorial Errepar). -----

d) Curso obligatorio para la demandada

Siguiendo este temperamento estoy convencido que en pos de lograr un cambio en el pensamiento y en prevenir y erradicar posibles situaciones que a futuro o contemporáneamente puedan presentarse, es que voy a imponer a la demandada H.C.d.S -SA, en la persona de sus cuadros de dirección (para el caso de haber más de uno como surge de la copia de poder que rola en autos, F.L.Ry J.C.B, o quienes actualmente ocupen ese lugar), gerentes y en todo el personal, incluso el jurídico, contable y de recursos humanos que integran la planta de empleados de la sucursal de la provincia de Catamarca a realizar talleres de capacitación obligatoria en género y violencia de género, con los contenidos de la ley 27.499 -Ley Micaela-, (organismos Provinciales o Nacionales públicos o privados debidamente acreditados) para la “Sensibilización y Capacitación en Perspectiva de Género”, en razón del domicilio real denunciado por los obligados, debiendo acreditar esa certificación de capacitación en el plazo de 90 (noventa) días, debiendo acercar dicha constancia a estos actuados, bajo apercibimiento de imponer astreintes en caso de incumplimiento, cuyo monto

será fijado en \$1.000 por cada día de demora, y su destino será depositado en estos autos a favor de la actora. -----

Para así decidir es necesario tener presente lo que dice sobre el tema la Dra. Graciela Medina: "...corresponde fallar con perspectiva de género porque: a) Los jueces tenemos el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad. b) Porque los magistrados no podemos ignorar la existencia de patrones socio-culturales y, en consecuencia, no podemos decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el que se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas, sino que debemos juzgar con perspectiva de género. c) Porque la existencia de normativa supranacional, nacional y provincial si no se incorpora la perspectiva de género en las decisiones judiciales y, d) Porque los jueces tenemos la posibilidad de traducir las normas en realidades, de evidenciar el compromiso del Estado con la Justicia y de evitar la revictimización." ("Juzgar con perspectiva de género: ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?" - Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año VII, Nº 10, noviembre 2015, La Ley). -----

El derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, supra, párr. 92, y Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala). -----

2.- Costas

Conforme el resultado obtenido en esta Alzada, las costas será impuestas por su orden, dado que ninguna parte logró conmovier lo resuelto en instancia de origen. -----

3.- Honorarios de Alzada

Regular los honorarios profesionales de quienes actuaron en la presente instancia en un 25% de los honorarios de primera instancia en relación a los rubros que fueron objeto de apelación, lo cual deberá incrementarse de los que fueron regulados en anterior instancia. -----

En definitiva y por lo que antecede auspicio: I) No hacer lugar al Recurso de Apelación interpuesto por la demandada H.C.d.S -SA, de conformidad a lo tratado en pto. 1) a) I.- al IV.-; II) No hacer lugar al Recurso de Apelación propuesto por la actora, por lo considerado en pto. 1) b) I.- y II.-; III) Confirmar el fallo de primera instancia en todo lo que fue materia de agravios, pto. 1) c); IV) Imponer a la empresa H.C.d.S - S.A. en la persona de sus cuadros de dirección, (para el caso de haber más de uno como surge de

la copia de poder que rola en autos, F.L.R y J.C.B, o quienes actualmente ocupen ese lugar) gerentes y a todo el personal, incluso el jurídico, contable y de recursos humanos que integran la planta de empleados de la sucursal de la provincia de Catamarca a realizar talleres de capacitación obligatoria en género y violencia de género, con los contenidos de la ley 27.499 -Ley Micaela-, en consonancia con lo que se trató supra, pto. 1) d), bajo apercibimiento de aplicar astreintes de \$ 1000 por día de incumplimiento (art. 802 CCyCN); V) Imponer las costas por su orden, pto. 2.-; VI) Regular los honorarios de los letrados de las partes actora y demandada, por sus trabajos en la presente instancia en los porcentajes de 25%, respectivamente, de los honorarios de primera instancia en relación a los rubros que fueron objeto de apelación, pto. 3. ES MI VOTO. -----
-

A LA CUESTION PLANTEADA, EL DR. PABLO MARTIN ROSALES ANDREOTTI dijo:

Examinada la causa, y el exhaustivo voto emitido por el Dr. Marcos Augusto Herrera, no puedo menos que compartir las consideraciones formuladas por el Sr. Camarista que me precede en el estudio del expediente, por lo que adhiero a la solución final propuesta, y me pronuncio en idéntico sentido. ES MI VOTO.-----

A LA CUESTION PLANTEADA, LA DRA. MARIA ALEJANDRA AZAR dijo:

Me corresponde estudiar y votar en tercer término la presente causa y los Sres. Camaristas que me preceden en dicha tarea coinciden en la solución que brindan a los recursos interpuestos por ambas partes. Comparto plenamente el análisis que efectúa y las conclusiones a las que arriba el Dr. Marcos Augusto Herrera y por ello voto íntegramente en idéntico sentido. ES MI VOTO.-----

Con lo que terminó el acto quedando acordada la siguiente sentencia, doy fe.-----

Y VISTOS:

Los autos **Cámara nº XXX/19 - "C.E.R c/ H.C.d.S-S.A s/Beneficios Laborales"**;

En mérito al acuerdo que precede y por unanimidad de votos de los Sres. Jueces;

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minas, Familia y Menores de Tercera Nominación:

RESUELVE:

I) - No hacer lugar al Recurso de Apelación interpuesto por la demandada H.C.d.S -S.A., de conformidad a lo tratado en pto. 1) a) I.- al IV. del voto del vocal preopinante. -

II) - No hacer lugar al Recurso de Apelación propuesto por la actora, por lo considerado en pto. 1) b) I. y II.-----

III) - Confirmar el fallo de primera instancia en todo lo que fue materia de agravios, pto. 1) c). -----

IV) - Imponer a la empresa H.C.d.S -S.A. en la persona de sus cuadros de dirección, (para el caso de haber más de uno como surge de la copia de poder que rola en autos, F.L.R y J.C.B, o quienes actualmente ocupen ese lugar) gerentes y a todo el personal, incluso el jurídico, contable y de recursos humanos que integran la planta de empleados de la sucursal de la provincia de Catamarca a realizar talleres de capacitación obligatoria en género y violencia de género, con los contenidos de la ley 27.499 -Ley Micaela-, en consonancia con lo que se trató supra, pto. 1) d), bajo apercibimiento de aplicar astreintes de \$ 1000 por día de incumplimiento (art. 802 CCyCN). -----

V) - Imponer las costas por su orden, pto. 2. -----

VI) - Regular los honorarios de los letrados de las partes actora y demandada, por sus trabajos en la presente instancia en los porcentajes de 25%, respectivamente, de los honorarios de primera instancia en relación a los rubros que fueron objeto de apelación, pto. 3. -----

VII) - Protocolícese y notifíquese. Firme, bajen los autos al juzgado de origen. -----

Fdo. Dra. María Alejandra Azar - Presidenta

Dr. Marcos Augusto Herrera - Decano

Dr. Pablo M. Rosales Andreotti - Vice Decano

Dra. Paola Rosa Paradi - Secretaria