TOMO: XCV **SENTENCIAS**

REGISTRO: 2935

FOLIO: 196/205

PROT. ELECT.: **A 201** 117 **221**

En la ciudad de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz, a los veintún días del mes de marzo de dos mil veintidos se reúnen los integrantes de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para dictar sentencia definitiva en los autos "**HERRERA CAMILA NEREA Y OTRA C/ VIDEO CABLE S.R.L. S/ LABORAL**" Expte. N° 37.023 del año 2019 que tramita en el Juzgado de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Caleta Olivia, que tuviera ingreso en esta instancia bajo el N° 7705. A estos fines se fijó el siguiente orden de estudio:Dra. Griselda I. Bard,Dr. Humberto Eduardo Monelos y Dr. Mario A. Albarrán para resolver las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia recurrida? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

I.- A fs.01/34 se presentan la Dra. Maria Carolina Sotomayor, Dr. Nicolás Alejandro Fernández y Dr.Luis Maria Della Rosa, como apoderados de Camila Nerea Herrera y Andrea Adriana Mercado, y promueven demanda laboral en contra de Caleta Video Cable SRL, solicitando se ordene a la demandada el pago de la indemización integral de los rubros laborales que se reclaman y de la liquidación final por despido por el monto aproximado de $2.355.797,75, más las sumas de multas

art.132 bis de LCT, diferencias salariales por incorrecta recategorización conforme CCT 634/2011 y lo que en más o menos resulte de la prueba a rendirse, con más intereses, depreciación monetaria y costas del proceso.-

Describen el inicio y el final de la relación laboral de las actoras, operado éste para Herrera y Mercado en fecha 5 de diciembre de 2018, mediante escritura 541 y 542, respectivamente, las que transcriben, calificando de inexistente la causal invocada para despedirlas. Respecto a Herrera sostienen que ingresó a trabajar el 21 de septiembre de 2010 como locutora, categoría 6 (CCT 643/2011). En 2013 se categoriza como destacada, lo que no consta en los recibos de haberes de noviembre y diciembre. Desde junio de 2016 y hasta la finalización de la relación laboral fue categorizada como Operadora. Ello sin perjuicio de que, desde el inicio hasta la culminación del vínculo laboral, realizó edición de dos noticieros, "Hora 13" y "Hora 21", y también hizo notas en exteriores para esos programas. Indican que su horario laboral hasta mayo de 2018 fue de 9 hs a 12 hs y de 19 hs a 22 hs, a partir de junio de 2018 fue igual por la mañana y de 18 hs a 21 hs por la tarde, cumpliendo sus labores con normalidad y responsabilidad. En relación a Andrea Adriana Mercado expresan que comenzó a trabajar para la demandada el 2 de mayo de 2012, categoría 4 (CCT 635/2011), cumpliendo tareas de productora del programa radial televisado denominado "Radio 2" y del programa televisivo "Hora 21", en el horario de 08:30 hs a 13 hs y de 19 hs a 21 hs. Dicen que desde el inicio estuvo registrada como editora, no obstante que desde noviembre de 2016 comenzó a realizar tareas de producción de ambos programas, los que fueron reconocidos y abonados recién desde el mes de abril de 2018. Que siempre se desempeño de forma responsable. Transcriben la respuesta a la notificación del despido.-

Insisten en la inexistencia de la causa de despido y exponen que más allá de las suspicacias del texto de las misivas, se desprende que no se delimitan cuáles eran los términos ofensivos así como tampoco se circunscriben con detalle cuáles habrían sido las amenazas proferidas. Niegan los motivos de despido aludidos por la demandada y afirman que las probanzas fueron obtenidas ilegalmente por la demandada violentando la privacidad de las actoras. Efectuan diferencias parciales a liquidar para cada una de las actoras, a las que se deducirán los pagos parciales que recibieron en concepto de liquidación final. Solicitan se apliquen multas del art.43 de la Ley 25.345 en el caso de acreditarse la omisión de depósitos a las contribuciones y aportes previsionales, sindicales y sociales retenidos en los haberes, con motivo del art.132 bis lct. Reclaman diferencias salariales y diferencia de categorías por lo percibido y lo que correspondía abonarles conforme escala salarial CCT 634/2011, por el tiempo no prescripto (2 años anteriores a la demanda). Indican que a Herrera correspondería categoría 2 y no la 6; y a Mercado correspondía categoría 1 y no la 4. Solicitan la aplicación de intereses, actualización de montos depreciación monetaria y la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928 de considerarse que el art. 276 LCT no resulta aplicable. Requieren la aplicación del art.770 inc b. del CCCN a fin de la capitalización del monto a abonarse, computando interés del interés desde el momento de la notificación a la contraparte del inicio de la demanda, ofrecen prueba,fundan en derecho, hacen reserva del caso federal y formulan su petición final.-

II.- Corrido traslado de la demanda se celebra la audiencia del art. 47 de la ley 1444 (fs. 101) a la que comparecen las actoras con sus letrados apoderados Dra. Maria

Carolina Sotomayor y Dr. Luis Maria Della Rosa, y el Dr. Heraldo Nanni como apoderado de la demandada. Fracasada la etapa conciliatoria de la audiencia, el apoderado de la demandada contesta la demanda a fs.45/99. En esa pieza formula una negativa de los hechos invocados en la demanda y de la totalidad de la documentación. Sostiene que las actoras no negaron que al utilizar una computadora de la empleadora, incorporaron el sistema de whatsapp para fines personales y enviar y recibir mensajes agraviantes y amenazantes respecto a la Gerente Administrativa y apoderada Verónica Baylet y Antonella Palmisano, razones por las cuales, la injuria está configurada y la justa causa del distracto también. Expone que es indiscutible que el despido posee justa causa ya que el accionar temerario, desleal y contrario a la buena fe laboral son tan concluyentes que ameritaba el distracto por culpa de las actoras. Señala que ambas tenían sanciones disciplinarias anteriores al distracto, lo que acredita con originales del 2018 que acompaña (fs.81/87), indicando que no se encuentran cuestionadas. Indica que se encuentra en trámite una denuncia penal por amenazas en contra de las actoras, iniciadas por Baylet y Palmisano, no siendo dable ampararse en el derecho a la privacidad para justificarse.-

Explica que en oportunidad de inspeccionar el funcionamiento de la computadora Baylet encontró en funcionamiento la aplicación whatsapp en el perfil de Herrera y fue allí donde leyó y escuchó los audios recibidos por Mercado en un grupo, constatándose esto por un escribano público. En ese contexto la empleadora decide despedir con causa a las actoras, atento haberse vulnerado el principio de lealtad y buena fe laboral y pérdida de confianza.-

Respecto a la indemnización del art.80 LCT reclamada refiere que las actoras fueron notificadas formalmente de que la certificación de servicios se encontraban a su disposición

en el domicilio de la empresa, no habiendo concurrido a retirarlos. Asimismo, expone la improcedencia de la sanción del art.43 de la Ley 25.345 ya que se han integrado todos los aportes y contribuciones, sin que las actoras hayan reclamado la integración bajo apercibimiento alguno. Niega diferencias salariales. Por último rechaza la pretensión de aplicar la tasa activa efectiva mensual, actualización por depreciación monetaria y en subsidio la inconstitucionalidad de los arts.7 y 10 de la Ley N° 23.928 y art.4 de la Ley N° 25.561 y anatocismos amparados en el art.770 inc. b del CCCN. Impugna liquidación, ofrece prueba, funda en derecho y hace su petición final.-

III.- A fs. 118/122 se abre la causa a prueba y se provee la considerada pertinente.-

A fs.383/387 las actoras plantean revocatoria con apelación en subsidio contra el interlocutorio de fs.118/122, en cuanto a las oposiciones de los medios probatorios, se rechazan los fundamentos esgrimidos y se concede el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto con efecto diferido (art. 84 ley 1444). A fs.436/439 la demandada contesta el traslado conferido.-

Producida la prueba obrante en autos a fs.696 se declara cerrado el período probatorio y se señala la audiencia del art. 70 de la ley 1444, siendo agregado a fs.468/480 los alegatos de la parte actora.-

A fs.482/484 dictamina el Agente Fiscal Dr. Carlos Augusto Borges respecto al planteo de inconstitucionalidad efectuado por la actora, colocándose a fs.714 las presentes a despacho para dictar sentencia.-

IV.- A fs.487/499 se dicta sentencia que hace lugar a la demanda promovida por Camila Nerea Herrera y Andrea Adriana Mercado en contra de Caleta Video Cable SRL por indemnización por despido indirecto por la relación laboral, condenándola a

pagar rubros indemnizatorios conforme liquidación final a practicarse por el perito contador interviniente en autos. Establece que la suma resultante deberá ser abonada dentro de los 10 días de encontrarse notificada, con más los intereses calculados a la tasa activa del Banco Nación desde la fecha del distracto y hasta su efectivo pago. Hace lugar a la recategorización solicitada por las actoras, rechaza la multa del art.43 de la ley 25.345 con motivo del art.132 bis de la LCT; desestima el planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.928, rechaza la aplicación del art.770 inc. b del CCCN, ordena la entrega, en el plazo de 30 días de encontrarse firme la liquidación final contable, del certificado de trabajo que determina el art. 80 de la Ley 20.744 y el certificado que determina el art. 12 inc. g de la Ley 24.241, en relación a ambas actoras, establece costas a cargo de la demandada vencida, difiere la regulación de honorarios profesionales y la determinación de la tasa de justicia, hasta tanto obre nueva liquidación.-

V.- A fs. 507 la parte demandada interpone Recurso de Apelación contra la sentencia recaída a fs.487/499 y expresa agravios a fs.508/516. Se agravia la demandada por considerar arbitraria la valoración de la prueba. Sostiene que el aquo con sus argumentos parecía apoyar la postura de la demandada en cuanto a las facultades de la empleadora en el control de sus computadoras y el contenido que se encuentre en las mismas. Que a pesar de ello, el juez de grado justifica el accionar de las actoras amparándolas en el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, todo lo cual considera improcedente y alejado de las relaciones laborales. Expresa que el hecho de advertirse en las computadoras de la empleadora mensajería que puede despretigiar a la empresa o agredir a sus directivos u empleados, el distracto es justo por su gravedad. Sostiene que el magistrado incurre en un

error al entender que la empleadora debe poner en conocimiento previo a los empleados de los controles sobre las computadoras.

Considera que el Aquo incurre en contradicción al sostener que si bien la empleadora tiene facultades de contralor no pueden concebirse sistemas de contralor que sean producto de constataciones o investigaciones sobre el comportamiento o actitudes de sus dependientes. Dice que la demandada no se excedió en sus facultades de control ni realizó investigación alguna sino que sólo se limitó a chequear sus computadoras. Respecto a la libertad de expresión como fundamento del accionar de las actoras, manifiesta que jamás coartó la libertad de expresión de las actoras, y que aquí se esta ante una situación de extrema anomalía pues las actoras agraviaron y amenazaron a superiores jerarquicas. En orden al derecho a la intimidad refiere que los mensajes remitidos y recibidos pasaron a ser públicos ya que no fue la empleadora la que vulneró alguna contraseña de seguridad personal sino que accedió a la computadora de la empresa, a sabiendas de las empleadas quienes conocían a la perfección el sistema de trabajo.-

Indica que se afectó la dignidad de las superiores jerárquicas al recibir agresiones por parte de las actoras. La autoría de los mensajes fue expresamente reconocida en ocasión de absolver posiciones. Por su parte los testigos Pirastu y Della Malva también reconocieron haber participado en el grupo de whatsapp y que las actoras fueron las que enviaron los mensajes que determinaron el despido.-

Destaca que ambas trabajadoras tenían sanciones previas al despido, conforme lo acredita con la documentación adjuntada a fs.80/87 sin que las mismas hayan sido cuestionadas. Expresa que el despido fue con causa por falta de buena fe, lealtad laboral y confianza.. Se puede vislumbrar

el incumplimiento de las actoras, quienes, en vez de ser respetuosas, estaban mandando y enviando mensajes agraviantes a dos empleadas jerárquicas e, inclusive, a toda la gente del canal. Ello frusta la expectativa acerca de la conducta leal y acorde al deber de fidelidad creadas en el devenir del vínculo, lo que lleva a la convicción de que las trabajadoras ya no son confiables.-

Por último se agravia la demandada cuando el aquo ordena la recategorización de las actoras sin siquiera exponer las razones por las cuales estaban mal categorizadas. Solicita se deje sin efecto la sentencia atacada, con expresa imposición de costas.-

VI.- A fs.522/523 apela y expresa agravios la parte actora. Manifiestan que la sentencia de autos nada refiere acerca de la multa del art.80 LCT ni del incremento de indemnización establecido en el art.2 de la Ley 25.323. Dicen que si bien la sentencia y su aclaratoria establecen que deben entregarse los certificados conforme la recategorización ordenada, debe señalarse que dicha documentación ha sido entregada extemporáneamente, y carecen del requisito de la baja de AFIP, que conforma, junto con la certificación de servicios y remuneraciones de la ANSES, la documentación que debía entregarse a las actoras.-

Sin perjuicio de que el Juez de primera instancia entendió que la multa del art.2 de la Ley 25.323 no correspondía por no haber sido objeto de la demanda, la parte actora expresa que en el objeto (punto 3) de la misma se requirió el pago de "rubros laborales que se reclaman" y además se lo incluyó el la liquidación practicada. Además la aplicación de dicho rubro indemnizatorio fue requerido en las misivas postales remitidas a la demandada.-

A fs.527/534 contesta agravios la actora. Dice que la contraparte al apelar ha olvidado que no se ha probado en

autos que Herrera y Mercado actoras sean las autoras de los supuestos mensajes que se les atribuyen. Que sin perjuicio de ello, tales mensajes han sido obtenidos de forma irregular, ilegítima y antijurídica. En caso de que Mercado hubiera dejado abierta la aplicación de whatsapp en la computadora de la empleadora, dicho proceder podría haberse debido a que no imaginó que alguien osara ingresar en su intimidad de esa manera, siendo lo correcto que cualquier empleador al encontrar una aplicación privada abierta proceda a cerrarla sin husmear mensajes que no fueron ni remitidos ni recepcionados por la empresa. Más allá de ello, quedó demostrado que la empresa nunca realizaba tareas de control e inspección de las máquinas. Pretender, como lo quisiera la demandada, que las conversaciones de whatsapp de un móvil privado son públicas por el sólo hecho de estar abiertas en una computadora brindada a las actoras para el ejercicio diario de sus tareas, es tan ilógico como entender que una carta dirigida o recepcionada por un dependiente es pública por el sólo hecho de estar sobre su escritorio de trabajo, lugar que brinda la empleadora para la realización de sus tareas.-

Por otro lado sostiene que, la falta de buena fe, lealtad laboral y pérdida de confianza invocadas por la demandada, no constituyen una crítica concreta, razonada y fundada de la sentencia en crisis. Respecto al agravio de la recategorización, expresa que Herrera percibía una suma menor a lo que le correspondía conforme categoría de las labores que desempeñaba, puesto que en recibo se categoriza como "Operadora", y se referencia que se abona por categoría 6, cuando correspondía abonar, al menos, por categoría 2. Ello acreditado mediante la prueba testimonial del testigo Luis Alberto Castillo (fs. 485 grabacion 37023 2 minuto 22:20)y Franco Gabriel Pirastu Cáceres (grabacion 37023 2 minuto

51.07 y 57.50.-

Por su parte, Mercado percibía también una suma menor a lo que le correspondía conforme la categoría de labores que desempeñaba (Productora), siéndole abonada la categoría 4, cuando en realidad le correspondía la 1 (Productora de Programas conf. CCT 634/11). Ello acreditado mediante la prueba testimonial de los testigos Pirastu (grabación 37023 2 minuto min 49.55, Luis Alberto Castillo min 22.10 y Roberto Murua (grabación 37023 4 min 6.30, 8.42, 9.15.). Asimismo, resulta valiosa la prueba confesional de las actoras que describen todas las tareas que desempeñaban. Finalmente, hace reserva del caso federal, con expresa imposición de costas.-

A fs.535/537, contesta agravios la demandada y sostiene que la empleadora puso a disposición de las trabajadoras la documentación exigida por el art.80 de la LCT, que no hay ningún perjuicio a las trabajadoras, que no ha existido ninguna violación al espíritu de la sanción del art.45 de la Ley 25.345 y que lo único que pretenden las actoras es lograr una indemnización por sanción de manera indebida. Que de igual manera corresponde el rechazo de la indemnización agravada del art.2 de la Ley 25.323 por no haber sido objeto de la demanda, debiendo desestimarse tales agravios con imposición de costas.-

VII.- Se elevan las presentes a Cámara con la certificación de estilo y recibidos se integra Cámara, se dicta el llamado de autos a sentencia y pasan los autos a estudio conforme el orden fijado. -

VIII.- Antes de entrar en el análisis de los agravios, debo aclarar que, el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs.383/387, no será tratado en esta instancia toda vez que no sostuvo su interés ni se agravio de ello en oportunidad de recurrir la sentencia, conforme lo dispuesto por los arts. 84 y 91 de la Ley 1444 lo que impide su

tratamiento.-

IX.- Establecido ello corresponde ingresar al examen de los recursos a efectos de evaluar la decisión cuestionada por las partes. Por una cuestión de orden habré de tratar en primer término los agravios de la parte demandada ya que el principal tema a analizar es si existió una justa causal de despido. La causa invocada por la empresa para despedir a las actoras es sentirse injuriada a raíz de que las interesadas han enviado y recibido diversos mensajes de whatsapp refiriendo términos ofensivos hacia sus superiores jerárquicos, aclarando que se toma conocimiento de ello a través de las computadoras que la empresa provee para trabajar. Entiende que dichas expresiones son contrarias a la buena fe y lealtad y que constituye agravio suficiente para impedir la continuación de la relación laboral. Por su parte las actoras resisten esta postura manifestando que se habría invadido su privacidad e intimidad, habiendo obtenido datos personales en actitudes que constituyen una violación de correspondencia electrónica.

En esta situación entra en juego el poder de control del empleador y el derecho de privacidad de las personas.

El hecho invocado como causal está relacionado estrictamente con el uso del whatsapp; tal como detalla claramente el Juez de grado sobre los usos de las redes sociales y de internet. Debo recordar que el WhatsApp es una aplicación de chat para teléfonos móviles, los llamados smartphones. Sirve para enviar mensajes de texto entre sus usuarios. Los servicios de comunicación instantánea son una realidad de creciente utilización en todos los órdenes de la vida diaria, sea personal, familiar, empresaria o comunitaria. En principio es de uso personal, ya que requiere de un celular y número de línea del usuario a diferencias de redes públicas como el facebook por ejemplo. En el caso se

trataría de la línea telefónica de las actoras pues, si bien la demandada señala que la computadora le fue proporcionada para laborar, no así el teléfono, tampoco invoca que se trataría de un chat generado por la empresa o en el marco del desempeño del trabajo. Se enseña en este aspecto que "El artículo 318 del Código Civil y Comercial de la Nación -CCyCN- establece que la correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. En la actualidad, la denominada correspondencia epistolar fue dejada de lado para ser reemplazada o suplida por los correos electrónicos y los mensajes de texto, que resultan una nueva modalidad de comunicarse, y consecuentemente corresponde equiparar al concepto de correspondencia las premencionadas maneras o formas de comunicación, incluidas con sus propias variantes la información compartida en las distintas redes sociales. En concordancia con la actual época, el precitado art. 318 del ordenamiento civil y comercial unificado autoriza la utilización de dichos medios, dejando a salvo la confidencialidad de acuerdo con los requerimientos explicitados en el art. 18 de la Constitución Nacional." (ACTUALES MODALIDADES DE LA CORRESPONDENCIA COMO MEDIO DE PRUEBA Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Elías, Jorge A., 16-10-2019, Colección: Doctrina, Cita: MJ - DOC - 15078-AR||MJD15078)

En sus declaraciones, que se encuentran acompañadas en CD, tanto las actoras como las demás personas que declaran afirman que se utilizan los teléfonos celulares personales para trabajar. Mario Raúl Della Malva, Luis Castillo y Franco Gabriel Pirastu, brindaron declaración testimonial, todos prestaron o prestan servicios para la demandada y son coincidentes en que el grupo de chat sobre el cual se los

interroga es un grupo privado donde comparten diversas cosas personales; también afirman que se utilizaba el whatsapp web para facilitar el trabajo con el material que se recibía y posterior edición, pero que los móviles eran particulares. Ello impone analizar si el empleador tiene facultades para la supervisión de la mensajería privada de la forma en que lo realizó para tomar conocimiento del contenido de los mensajes. En este aspecto el art. 70 de la LCT señala *"Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal. Los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo"*; y el art. 71 agrega *"Los controles referidos en el artículo anterior, así como los relativos a la actividad del trabajador, deberán ser conocidos por éste."*

Pocos antecedentes se registran en nuestro país con respecto al puntual tema de que se trata toda vez que la realidad de las comunicaciones ha sufrido cambios trascendentales desde el dictado de la ley de contrato de trabajo y se ha intensificado durante la pandemia, aún en las formas y relaciones de trabajo. Por tal razón habré de referir a un antecedente español que señala *"...para que la instalación de sistemas audiovisuales de control por parte del empresario no resulte lesiva del derecho a la intimidad del trabajador -art.18.1 de la Constitución Española- no sólo debe tenerse en cuenta el lugar elegido...sino otros elementos de juicio tales como si aquella es indiscriminada y masiva, si los sistemas son visibles o se han colocado subrepticiamente, la finalidad real perseguida, las razones de seguriad que puedan justificar dicha implantación, etc.*

(D.T.2000-B-2209)." Citado por Ojeda, Raúl Horacio, Ley de Contrato de Trabajo, comentada y concordada, 2da. edición, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 1, pag. 490.-

En éstos todas las personas que declararon señalan que existían cámaras de seguridad dentro de las instalaciones de la empresa por las cuales se tenía acceso a ver lo que hacían las empleadas/os; en particular María Verónica Baylet y Cintia Palmisano señalan que periódicamente se realizaba un relevamiento de las máquinas computadoras, que ello se realizaba on line pues Julio Rodriguez, quien era el encargado se encontraba en Comodoro Rivadavia, también son coincidentes en que Julio Rodriguez avisa que había una conversación privada abierta en el whatsapp web, ante ello Baylet va al lugar, toma vista de la situación, convoca a Palmisano y al escribano para que constate e inclusive abren otras conversaciones del grupo al que se hace referencia. Todas éstas conductas en claro apartamiento de lo que importa el relevamiento del equipo de computación. Debo recordar que en base a los principios de legalidad, razonabilidad y buena fe la empleadora debe notificar claramente su política en relación al uso permitido de los recursos informáticos dispuestos. Para que además pueda 'supervisar' los mensajes privados deberían existir normas claras conocidas por la totalidad del personal y preavisar al personal que existirían esos controles, que a todas luces se presentan como desproporcionados. En el caso particular, las trabajadoras no han sido informadas sobre los límites en el uso de los dispositivos informáticos, ni de sus controles, generando esta situación una expectativa de intimidad por parte de las trabajadoras, es decir, que no sería vigilada su intimidad o privacidad. Tengo presente además que no se encuentra acreditado que dichos controles sean periódicos, generales, y preavisados, ya que si bien podría haberse alegado que las

actoras se encontraban utilizando herramientas de trabajo para otros fines, ello no se invocó como causa del distracto, sino que se imputa en forma específica los términos proferidos en el chat de whatsapp. Se transgredió el límite de razonabilidad exigido para el control empresarial, avasallando el derecho a la intimidad personal ya que *"...otra manifestación del derecho a la intimidad la constituye el derecho al secreto, aspecto correspondiente a ciertas manifestaciones personales destinadas a permanecer plenamente inaccesibles al conocimiento de los demás."* (Mosset Iturraspe Jorge -Piedecasas Miguel A., Responsabilidad por Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. 1,pag. 333). En este orden de exposición, entiendo que la empleadora ha excedido sus derechos de control y supervisión, violando el derecho a la privacidad de las personas y por tal razón este agravio no debe prosperar, constituyendo un despido sin justa causa. Sumado a ello, puede agregarse que el temor que se invoca por las amenazas fue canalizado en sede penal y habiendo requerido informe telefónico por Secretaría se hizo saber que la causa fue archivada, sin haberse evaluado la responsabilidad penal de ninguna persona por estos dichos.-

X.- En otro agravio el demandado sostiene que el juez no puede recategorizar las actoras como lo hizo. En este aspecto debe partirse que lo requerido en el libelo de demanda es una diferencia de haberes por los dos últimos años de trabajo de cada una de las actoras y no ser recategorizadas. Al respecto refieren que Andrea Adriana Mercado percibía por categoría 4 y le correspondía la 1 en tanto que Camila Herrera percibía como categoría 6 y debía serlo como categoría 2. Habrá de verificar al respecto las tareas correspondientes a dichas categorías dentro del convenio colectivo aplicable Nro. 634/211. En este aspecto coincido con las valoraciones efectuadas por el Juez de Grado, habida cuenta que los

testigos,Luis Castillo, Franco Pirastu Cáceres, Della Malva y posteriormente Roberto Murúa, son contestes en que Andrea era productora, hacía varias cosas, no tenían horarios fijos por el tipo de trabajo que realizaba y las tareas encomendadas, así como que Camila era editora y además realizaba otras tareas aún móviles exteriores. Johana Soto también agrega que ella editaba con Camila. Particularmente Murúa señala que debió asumir la responsabilidad de la producción una vez que Andrea fue desvinculada de la empresa. Es decir que las actoras realizaban tareas por las categorías cuya diferencia reclaman, y si bien el Juez de grado refiere recategorización, habrá de entenderse como admitir las diferencias salariales y desestimar el agravio de la demandada en este aspecto.-

XI.- Corresponde ingresar al tratamiento de los agravios propuestos por la parte actora. En primer término se agravia por cuanto no se ha condenado a la multa contemplada por falta de entrega de la certificación del art. 80 de la LCT, entendiendo que no se ha consignado la baja y no fue entregada en forma tempestiva. Al respecto entiendo atendible el argumento de la parte demandada, por cuanto las actoras fueron notificadas de que la documentación se encontraba a su disposición en sede de la empresa, y posteriormente la acompañaron al contestar la demanda. Es decir que si bien ahora habrá de modificar algunos datos la demandada tuvo buena fe e intenciones en este punto de dar cumplimiento con la obligación a su cargo. Se en seña en el punto que "*A partir de estas ideas, hemos sugerido que los jueces al evaluar la aplicación de la sanción del art. 80 de la LCT, con relación a la entrega de una constancia documentada de los depósitos previsionales, deberán merituar las particularidades del caso y las conductas de las partes dentro de los carriles de la buena fe contractual (arts. 62 y*

63 y concordantes de la LCT)." (Revista de Derecho Laboral - Actualidad- Rubinzal- Culzoni año 2010-2 página 285).

La procedencia de la multa por incumplimiento de entrega de certificado requiere una conducta contumaz o claro incumplimiento por parte del empleador, ya que se trata de una sanción que tiene interpretación restrictiva. En el caso no se observa que la parte demandada haya incurrido en ese tipo de conductas como se expresara en forma precedente, razón por la cual este agravio no puede prosperar.-

Por último se agravia la parte actora de la improcedencia de tratamiento al pedido de agravamiento dispuesto por el art. 2 de la ley 25323. Este punto si bien no constituyó un capítulo expreso en el escrito de demanda la actora lo incluyó en la liquidación y en atención a lo dispuesto por el art. 277 del CPCC habrá de analizarse. Tengo presente lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia en el punto en los autos "MURUA CARLOS FRANCISCO c/ SCHLUMBERGER ARGENTINA S.A. s/ LABORAL-COBRO DE PESOS", Expte.M-10.300/06 (M-1.819/11-TSJ), donde haciendo referencia a que esta norma es de interpretación restrictiva, señala que: *"...Conteste con lo señalado, se ha manifestado que dicha excepción resulta aplicable cuando surge de la causa que el empleador pudo considerar un acto del dependiente como causa justificada para el despido pero no pudo probarla en juicio o que existió pero no justificaba el despido (confr. Grisolía, Julio Armando, Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo, 4ª ed., Nova Tesis Editorial Jurídica, Rosario, 2007, pág. 484); y además que "…la indemnización prevista por el art. 2° ley 25.323 debe ser concedida con carácter restrictivo y sólo en aquellos supuestos en que no exista prueba alguna de la causa o la invocada resulte absolutamente improcedente a los fines del art. 242 LCT, pues de lo contrario se produciría una clara limitación del*

derecho de defensa en juicio para el empleador, quien frente al riesgo de que se incrementen las indemnizaciones, debería abstenerse de someter la cuestión a la consideración de los jueces, pese a que éstos son los únicos que pueden pronunciarse válidamente sobre el tema" (confr. CNLB, Capital Federal, 21-6-2002, "Aca, Adrián R. c/ Don Battaglia S.R.L.", JA 2002 IV, 129, citado en RODRÍGUEZ SAIACH, Luis Armando, 'Cálculo, indemnizaciones laborales: bases, liquidaciones', ejemplos, topes indemnizatorios, jurisprudencia, 5ª ed., GWA Ediciones Profesionales, Buenos Aires, 2008, págs. 337/338)." (T. XVII - SENTENCIA- T.S.J., REG. N° 576; FOLIO 3.279/3.288; PROT. ELECT. TSS1 015S.141, 11 de julio de 2014)-

Es decir que frente al despido dispuesto por el empleador con invocación de causa, sin perjuicio de que fuera posteriormente revertida dicha situación en sede judicial, entiendo que la demandada pudo creerse con derecho a actuar como lo hizo, teniendo en cuenta la situación que se encontraba con respecto a las actoras, la existencia de sanciones previas, la dificultad que puede generar el uso de redes sociales y formas de comunicación actual en cuanto al límite entre lo privado y lo público. Por estas razones, la interpretación que debe darse a la norma por tratarse de una sanción, en consonancia con lo decidido en forma reiterada por el Máximo Tribunal Provincial, entiendo que el agravio no debe prosperar y eximir del pago de la indemnización del art. 2° de la ley 25.323.

Por la forma en que se deciden los agravios tratados las costas en la instancia deben ser en el orden causado (art. 71 CPCC por remisión de la ley 1444).-

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

XII.- Coincido con el análisis de los agravios formulados por el primer votante, y justa la sentencia en crisis. Adhiero al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

XIII.- En función de las razones expuestas al responder a la primera cuestión propongo al Acuerdo dictar el siguiente pronunciamiento: 1°) Desestimar el tratamiento del recurso concedido con efecto diferido por no haberse mantenido al momento de apelar la sentencia. 2°) Rechazar los agravios formulados por la actora y la demandada respectivamente. 3°) Confirmar sentencia en crisis en todo cuanto fuera materia de agravios, con la aclaración en el punto 2 de que se trata de diferencia de haberes y no recategorización. 4°) Costas en la instancia en el orden causado 5°) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se encuentren regulados en la instancia de grado. 6°) Tener presente la reserva del caso federal. 7°) Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos al Juzgado de origen.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

XIV.- Que adhiero al voto que antecede por considerar justo el pronunciamiento en crisis.

Por ello se dicta la siguiente sentencia:

Caleta Olivia, 21 de marzo de dos mil veintidos.-

Y CONSIDERANDO:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, resultado de la votación citas legales y lo dispuesto por el art. 44 de la ley 1 Orgánica del Poder Judicial, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial

F A L L A:

1°) Desestimar el tratamiento del recurso concedido con efecto diferido por no haberse mantenido al momento de apelar la sentencia.

2°) Rechazar los agravios formulados por la actora y la

demandada respectivamente.

3°) Confirmar sentencia en crisis en todo cuanto fuera materia de agravios, con la aclaración en el punto 2 de que se trata de diferencia de haberes y no recategorización.

4°) Costas en la instancia en el orden causado.-

5°) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se encuentren regulados en la instancia de grado.

6°) Tener presente la reserva del caso federal.

7°) Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos al Juzgado de origen.

El Dr. Mario A. Albarrán no suscribe la presente por no existir disidencia.

CRISELDA I. HARB
Juez de Cámara

HUMBERTO EDUARDO MONELOS
Juez de Cámara-Presidente

ANTE MI:

Carolina M. Lima
Secretaria de Cámara