

Buenos Aires, 04/09/19

El Dr. DANIEL E. STORTINI dijo:

1º) Llegan estos autos a esta la alzada con motivo de los recursos que contra la sentencia dictada a fs. 543/564 interpusieron los codemandados Cencosud S.A. (fs. 567 y fs. 570/576vta.) y R. S. (fs. 568 y fs. 577/584), lo cuales fueron replicados por la actora a fs. 586/588vta. y fs. 590/594vta. A su vez, la perito contadora (fs. 565) apela los honorarios que les fueron regulados por considerarlos exiguos.

2º) La magistrada que me ha precedido al considerar que resultó demostrado en la causa que la actora fue sometida a una situación de violencia laboral configurada por la perpetración de una conducta persecutoria, discriminatoria, abusiva e injuriosa impuso a la coaccionada Cencosud S.A. la obligación de arbitrar los medios necesarios para restablecer la armonía que debe primar en todo ambiente de trabajo, preservando la integridad y dignidad de la trabajadora, garantizando su seguridad, haciendo cesar toda situación de violencia y evitando su repetición. Y respecto del codemandado R. S. a cesar en todo acto de perturbación o intimidación que directa o indirectamente realiza hacia la actora, evitando la concurrencia al lugar de trabajo en los días y horarios en que la misma presta servicios en el establecimiento de Cencosud S.A. (sucursal Easy Palermo).

Asimismo condenó a ambos demandados en forma solidaria a abonar a la actora la suma de \$ 200.000 en concepto de daño moral.

Disconforme con ese decisorio han recurrido -según antes se dijo- ambos coaccionados, motivando la réplica de la actora.

3º) En orden a la cuestión suscitada, es menester memorar que en el proceso laboral frente a ciertos y puntuales casos de difícil prueba se presenta la posibilidad de echar mano a la prueba de indicios para así dilucidar la controversia sustancial.

He sostenido antes de ahora que el indicio está conformado por un hecho conocido que sirve en el proceso, por sí mismo o junto con otros, para inducir la existencia de otro hecho negado y litigioso mediante una operación lógica que hace el operador jurídico con fundamento en la experiencia ("La prueba de indicios", pub. revista Errepar, mayo 2019, tomo XXXIII, pág. 405).

Es decir que en el indicio debe existir primero un hecho indicador que, al hallarse en nexo de causalidad, permite arribar al hecho debatido en el pleito a través de una operación mental de la persona que investiga. Ambos hechos, el conocido y el que se investiga, constituyen un todo indivisible en virtud de esa operación lógica.

Para la doctrina mayoritaria -con la cual coincido- los indicios son un medio de prueba válido, pero no son una prueba directa sino "indirecta" al suministrarle al juez una base cierta (es decir, el hecho conocido) mediante el cual puede inducir el otro hecho (el desconocido y debatido) por medio de un razonamiento basado en la lógica y la experiencia.

En concreto, el indicio no es una prueba de segunda clase sino que es un medio de prueba autónomo que posibilita o no adquirir la calidad de prueba, siempre y cuando tenga vinculación causal con la cuestión fáctica que se discute en el pleito. Es decir que es una prueba "indirecta" porque se llega a la verdad de la existencia o no del hecho discutido a través de esa operación lógica que hace la persona que investiga.

El indicio para tener validez en el proceso debe estar en nexo causal con el hecho litigioso y ello es obtenido por el investigador a través de sus conocimientos de vida previos y con apoyo en un razonamiento lógico crítico. En otras palabras, el valor del indicio como prueba se encuentra en que sirve de base al juez para que pueda inducir lógicamente el hecho debatido en el proceso.

Sin perjuicio de lo dicho, puede acontecer que los indicios, como cualquier otra prueba, resulten ineficaces para otorgar al operador jurídico el pleno convencimiento acerca de la existencia o no del hecho cuestionado.

El ordenamiento adjetivo, en el art. 377 del CPCCN, establece la conocida carga "estática" o rígida de la prueba, la cual implica que cada litigante debe demostrar el extremo fáctico denunciado en sustento de su tesitura jurídica, sea en el escrito de demanda (actor) o en el de contestación (demandado). Así el actor deberá probar en el litigio los hechos constitutivos de su pretensión (es decir, los invocados en la demanda y negados

en el responde). Y a su vez, el demandado tendrá que probar su alegación defensiva (esto es, los presupuestos fácticos impositivos, modificativos o extintivos).

Pero la práctica judicial ha puesto de relieve que, en ciertos y determinados casos, esa carga estática de la prueba conduce a resultados desfavorables y no coincidentes con la realidad de lo acontecido. Es entonces que la realidad de los tribunales fue evidenciando, en algunos puntuales litigios, que una de las partes se veía en la dificultad o directamente en la imposibilidad de probar un hecho o aportar un documento sustancial para apuntalar la postura asumida en el juicio.

Es de aplicación entonces a contiendas laborales relacionadas con acoso moral o psicológico, sexual, conflictos laborales por discriminación arbitraria (por ideología sindical o política, por enfermedades "sensibles", raza, religión, etc.). Se trata de casos, en general, en los que el aporte de pruebas por la parte afectada es sumamente difícil o improbable porque el episodio acontece en ambientes de privacidad donde no hubo testimonios convictivos o cuando la verdadera causal o motivación del acto está ocultada o "disfrazada".

Es así como, en procura de arribar a la verdad real y objetiva con la consecuente resolución justa para el conflicto, la jurisprudencia y la doctrina de los autores fueron flexibilizando la aludida rigidez de la carga probatoria impuesta por el antes citado art. 377, apareciendo de modo pretoriano esa denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas. El nombre de "dinámica" implica que la carga de probar no está atada a reglas rigurosas e inflexibles (como las emergentes del citado art. 377 del Código Procesal) sino que, en ciertos y puntuales casos, es menester producir un desplazamiento de la carga hacia una u otra parte -de allí lo de "dinámica"- con la finalidad de conducir al esclarecimiento de los hechos discutidos.

En suma, según esta teoría corresponde atribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo ya sea por motivos técnicos, fácticos o profesionales. La teoría, en concreto, produjo un apartamiento de las normas tradicionales que rigen la carga de la prueba.

En la actualidad, gracias a la puesta en vigencia en el año 2015 del "nuevo" Código Civil y Comercial de la Nación, esta teoría ha dejado de ser pretoriana porque ahora tiene fundamento normativo. Es así que el art. 1715 prevé la facultad del juez de atribuir la carga de la prueba "ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla".

Sin embargo, es necesario un uso sumamente prudencial de esta institución procesal, atendiendo en cada caso a las limitaciones impuestas por los principios constitucionales de igualdad de las partes en el proceso, de la defensa en juicio y de congruencia (arts. 16 y 18 Const. Nacional; arts. 34 inc. 4º y 163 inc. 6º código procesal). Es decir que no podrá aplicarse válidamente la teoría respecto de hechos no articulados por las partes en sus respectivos escritos de constitución del proceso (demanda y su responde) ni suplirse la inactividad, impericia o negligencia de los litigantes en el ofrecimiento y la producción de las pruebas.

Pero es válido enfatizar que si bien se trata de específicos pleitos como los anteriormente indicados, en que al actor le resulta imposible o dificultoso el suministro de prueba en esos y se halla en una situación de desigualdad probatoria, no está eximido de toda carga en la prueba y debe traer al pleito elementos de juicio, siquiera indiciarios, para así posibilitar que se eche mano a esta teoría de la carga dinámica.

El marco probatorio sería de esta manera: primero el actor debe suministrar "indicios" que permitan inferir la existencia del acto lesivo. Una vez cumplido ese aporte indiciario, será el demandado tendrá a su cargo la prueba que aleje la presencia de un acto peyorativo o lesivo.

4º) En tal contexto, examinada detenidamente la prueba aportada por la actora advierto que no surgen indicios que permitan invertir el "onus probandi".

Obsérvese que del relato que efectúan los deponentes Barzola (fs. 317/320) y Rodríguez (fs. 325/328) se desprende que hacen referencia a acontecimientos que habrían ocurrido fuera del establecimiento laboral (mencionan distintas reuniones que habrían sido efectuadas fuera de la empresa) por lo cual es obvio que no se le puede asignar el deber de prevención a la demandada en cuanto se trataría de conductas del coaccionado fuera del lugar de trabajo (art. 75 de la LCT). Al respecto remarco que la testigo Barzola dijo que mientras laboró para la demandada "no vio al Sr. S. dentro del local" (fs. 317) y la deponente Rodríguez que "solo lo veían en las asambleas que se hacían en el fondo del local" (dijo haberlo visto unas cinco veces) y que en una de esas oportunidades se cruzó con la actora y el Sr. S. y luego la actora le "comentó" que "estaban discutiendo" "siendo esa la única vez que los vio" (fs. 327).

Si bien ambas deponentes mencionaron distintas situaciones vinculadas con conversaciones que (en forma telefónica y/o en persona) habrían mantenido con el aludido codemandado y/o con el Señor Matías Torres en las que se habría hecho referencia a cuestiones relacionadas con la actora, de sus dichos se desprende que se trata de testigos de oídas (art. 90 L.O.).

Lo propio acontece con las referencias de la testigo Gugliardi (fs. 334/339) acerca de comentarios que el señor Matías Torres le habría efectuado a la testigo (a modo de ejemplo en punto al supuesto pedido de Sr. S. para que le sacara fotos y/o grabara a la actora), así como también a la existencia de "rumores" sobre supuestas situaciones de acoso que "circulaban en el local" y que "le comentaba la propia actora" (art. 90 L.O.).

Nótese que la mencionada deponente Gugliardi declaró "no saber cómo era el trato del Sr. S. con la actora" y que al señor S. "lo vio muy poco", puntualmente "en una asamblea que se habría efectuado en los meses de septiembre u octubre del año 2016" (fs. 335).

Idéntica reflexión merecen los dichos de Gugliardi acerca de la conversación que dijo la deponente habría mantenido con distintas supervisoras (entre ellas María Manchardt) en cuanto le habrían manifestado que "si seguía estando al lado de la actora no le iban a poder cambiar el franco" (fs. 338).

Respecto de la acción contra la empleadora, cabe remarcar que en las declaraciones de las aludidas testigos se hace mención a distintos hechos y situaciones cuyo relato difiere del efectuado al demandar. Obsérvese que las deponentes Rodríguez y Gugliardi hicieron referencia a una supuesta "dieta especial" que la actora debía seguir por cuestiones de salud y a distintos episodios de incumplimiento por parte de la empresa "al no proveerle los alimentos y bebidas adecuados" para esa contingencia (fs. 327 y fs. 334). Dichas circunstancias no han sido invocadas en el escrito constitutivo de la presente "litis" (arts. 18 de la CN y 163 inciso 6º del CPCCN).

Lo propio ocurre con el episodio al que hace referencia la testigo Gugliardi al haberse "descompuesto" la actora mientras desempeñaba su labor en la caja y no ser debidamente asistida por la supervisora Noelia Ortigoza (fs. 336/337), respecto del cual nada se menciona en el escrito de inicio.

Tampoco surge del relato formulado al demandar -en punto al suceso invocado respecto al intento del Sr. Bonchoan de entregarle a la actora un presente que habría sido enviado por el Sr. S.-, que dicha persona -el mencionado Sr. Bonchoan- hubiese "arrojado algo hacia la cara de la actora" como lo afirmó la testigo Alperín (fs. 402). Nótese incluso que la deponente no brindó ningún elemento de juicio que permitiera individualizar a la persona que dijo habría protagonizado dicha conducta y solo mencionó que se trataba de un "señor", pero que no podría brindar una descripción de la persona (art. 90 L.O.)

Similar reflexión en cuanto a la declaración de la testigo Gugliardi al afirmar que a la actora le abrieron el "locker" "más de 19 veces seguro" (fs. 334). Obsérvese que la demandante solo hizo mención en su escrito de inicio a un único episodio en el cual adujo haber encontrado violentado su "locker" personal asignado por la empresa y su contenido.

En orden al hecho invocado por la actora en relación a la inscripción en su "locker" personal de la frase "no son 30.000. ahora van a ser 30.001", destaco que según surge de la comunicación postal cursada por la trabajadora se desprende el requerimiento a la empleadora a fin que "tome las medidas necesarias para evitar su reiteración" (ver demanda a fs. 9vta./10) y que de los testimonios de Weingandt y Blanco -traídos a juicio por la parte demandada- se desprende que a raíz de ese episodio se resolvió otorgarle a la actora un "locker" ubicado en el pasillo donde se contaba con cámaras de seguridad, a diferencia del anteriormente asignado a la trabajadora que se encontraba en el vestuario de mujeres donde no se contaba con cámaras (fs. 405 y fs. 414).

En el contexto precitado, la prueba testimonial aportada por la actora no es válida para extraer de ella "indicios" que permitan alterar la carga probatoria y tornar operativa la denominada teoría de la carga "dinámica" de la prueba.

Por todo ello, considero que en este puntual y particular caso corresponde revocar en su totalidad la sentencia apelada y rechazar la demanda en todas sus partes.

5º) En atención a la solución propuesta, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios y adecuarlos al resultado del pleito, de conformidad con lo establecido por el art. 279 CPCCN, por lo que el tratamiento de los recursos deducidos a tal fin, deviene abstracto.

De acuerdo con el nuevo resultado del pleito, las costas de ambas instancias se imponen a cargo de la actora vencida (art. 68, primer párrafo del CPCCN).

Por las tareas cumplidas en primera instancia sugiero regular los honorarios por la representación y patrocinio letrado de la actora -en conjunto-, de la codemandada Cencosud S.A. -en conjunto-, del coaccionado R. S. -en conjunto- y de la perito contadora en las sumas \$ 36.500, \$ 42.100, \$ 40.500 y \$ 19.500 respectivamente a valores actuales (art. 38 de la L.O.)

Por todo lo expuesto, de prosperar mi voto correspondería: 1) Revocar en su totalidad la sentencia apelada y dejar sin efecto la obligación impuesta a la coaccionada Cencosud S.A. de arbitrar los medios necesarios para restablecer la armonía que debe primar en todo ambiente de trabajo, preservando la integridad y dignidad de la trabajadora, garantizando su seguridad, haciendo cesar toda situación de violencia y evitando su repetición y al codemandado R. S. a cesar en todo acto de perturbación o intimidación que directa o indirectamente realiza hacia la actora, evitando la concurrencia al lugar de trabajo en los días y horarios en que la misma presta servicios en el establecimiento de Cencosud S.A. (sucursal Easy Palermo), así como la condena solidaria impuesta a ambos demandados a abonar a la actora la suma de \$ 200.000 en concepto de daño moral. 2) Dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios (art. 279 del CPCCN) e imponer las costas de ambas instancias a cargo de la actora. 3) Regular los honorarios de primera instancia por la representación y patrocinio letrado de la actora -en conjunto-, de la codemandada Cencosud S.A. -en conjunto-, del coaccionado R. S. -en conjunto- y de la perito contadora en las sumas \$ 36.500, \$ 42.100, \$ 40.500 y \$ 19.500 respectivamente a valores actuales. 4) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes por su intervención en esta etapa en el ...% a cada una de lo que les corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior (arts. 38 L.O. y cctes. normativa arancelaria).

El Dr. LEONARDO J. AMBESI dijo:

Disiento parcialmente con la solución propuesta por mi distinguido colega de Sala.

Si bien coincido en cuanto a revocar la condena solidaria impuesta a los codemandados en materia de reparación de daño moral, entiendo que existen elementos suficientes para mantener lo decidido en origen respecto de los restantes puntos, con los alcances que aquí se explicarán.

En efecto, cabe recordar que la actora interpuso la acción en examen con la finalidad de obtener sentencia favorable en relación a las siguientes pretensiones: a) una medida preventiva de prohibición de acercamiento contra el codemandado S.; b) la condena al mencionado a que cese en las actitudes violentas denunciadas hacia la accionante; c) la condena a Cencosud S.A. a tomar medidas efectivas a fin de garantizar la seguridad de la actora en su puesto de trabajo y d) la condena solidaria a la reparación del daño moral sufrido por la reclamante (ver fs. 2 vta.).

La magistrada de grado, a su turno, resolvió: "I) Ordenar al demandado R. S. a cesar de todo acto de perturbación o intimidación que directa o indirectamente realice hacia E. G. S. evitando la concurrencia al lugar de trabajo, en los días y horarios en que la misma presta servicios en el establecimiento de Cencosud S.A. (Sucursal Easy Palermo); II) Ordenar a CENCOSUD S.A. a que arbitre los medios necesarios para restablecer la armonía que debe primar en todo ambiente de trabajo, preservando la integridad y dignidad de la trabajadora (cfr. art. 75 t.o. ley 27.323), garantizando su seguridad, haciendo cesar toda situación de violencia, evitando la repetición (cfr. art. 26 ley 26.485), bajo apercibimiento de imponer astreintes por cada día de demora en su cumplimiento; III) Condenar en forma solidaria a R. S. y a CENCOSUD S.A. a pagar..." (fs. 563).

Despejada la respuesta de la alzada sobre el punto III) precedente, cabe fundamentar el sostenimiento de los anteriores que, como se anticipara, responden a pretensiones diferentes.

No cabe duda que el art. 75 LCT constituye una regla operativa del principio inherente a las "condiciones dignas y equitativas de labor" afincado en el art. 14 bis CN. Se trata de una obligación que, si bien se encuentra anclada en lo subjetivo (garantizar a cada trabajador dicho estándar constitucional), se proyecta a la totalidad de la comunidad productiva que se integra en el establecimiento. En otras palabras, al resultar la empresa un sujeto orgánico, atravesado por un circuito de cooperación entre sus miembros que se basa en un elemento de significación como es la solidaridad (cfr. Julio C. Simon, "La relación de dependencia. Una perspectiva fuera de la contractualidad", en Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012, Año III, N° 3, pág. 180), el cumplimiento del deber normativo impuesto a la codemandada Cencosud S.A. no constituye una mera obligación de dar individual, sino un hacer en un contexto determinado como es el ambiente de trabajo. Nótese que la testimonial rendida en autos arroja esa falta de armonía detectada por

la Sra. Jueza de grado, en conexión con situaciones pasibles de afectar la integridad psico-física de la actora, por lo que resulta procedente mantener este punto de la sentencia. No escapa a esta conclusión lo manifestado en su memorial por la coaccionada Cencosud S.A., en relación a que la condena en la materia no es concreta y queda sujeta en caso de incumplimiento al pago de astreintes. Sobre el particular, estimo que cabe atender parcialmente la queja de la empleadora, por lo que el cumplimiento de lo dispuesto, previo a la eventual aplicación de las astreintes estipuladas, se debe canalizar a través de la presentación ante la instancia de grado de un protocolo específico que contemple las medidas a adoptarse para garantizar a la actora su derecho a un ambiente laboral libre de las perturbaciones en examen.

Finalmente, en lo que hace a la aplicación del art. 26 de la ley 26.485, cabe recordar que la norma alude a medidas preventivas urgentes que el magistrado interviniente puede adoptar en cualquier etapa del proceso, de oficio o a pedido de parte, ante las modalidades de violencia contra la mujer definidas en los arts. 5 y 6 del citado texto. Dichos artículos enumeran un amplio universo de supuestos, con distintas graduaciones de afectación, siendo -en definitiva- una reglamentación operativa de principios constitucionales determinados, como los derivados del art. 75.22, especialmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

En este sentido, como he tenido oportunidad de observar, las llamadas categorías de "sospecha", provenientes de las teorías de vulneración de los derechos fundamentales, poseen una riqueza conceptual que permiten su utilización inter-jurídica, es decir, conjugando sus parámetros con los elementos esenciales de la disciplina laboral (cfr. Leonardo J. Ambesi, "Constitución, Ley y Derecho del Trabajo. El sistema jurídico laboral en la teoría y en la práctica", La Ley, Bs.As., 2017, pág. 328).

Así, considerando que la prueba de autos resulta concluyente en cuanto a la cuota de poder que detenta el codemandado Sedeño en el establecimiento (que según los testimonios llega hasta la capacidad de intervenir en el ingreso de personal), entiendo que corresponde atender al bien jurídico protegido en grado superior por el constituyente y el legislador, manteniendo la restricción de concurrencia del mismo al lugar de trabajo de la actora, durante su tiempo de desempeño. Tal conclusión no resulta conmovida por los agravios del mencionado coaccionado, quien se queja por entender que la medida resuelta en origen afecta su libertad de circulación. La restricción abarca el lugar de trabajo de la actora y el momento de su jornada (días sábados y domingos, de 12 a 21 horas), por lo que nada le impide transitar por el establecimiento durante otro lapso temporal y espacio físico.

Atento la naturaleza de las cuestiones debatidas y el modo de resolución, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios (art. 279 CPCCN). Las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado (art. 68, 2do. párrafo, CPCCN). A tal fin. Se regulan los honorarios de primera instancia por la representación y patrocinio letrado de la actora -en conjunto- en \$47.960, de la codemandada Cencosud S.A. -en conjunto- \$45.000, del coaccionado R. S. -en conjunto- en la suma de \$ 43.000, y de la perito contadora en la suma de \$ 19.500, respectivamente, todos a valores actuales

Por todo lo expuesto, sugiero: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto III) y confirmando el punto I) en su totalidad y el punto II) con el alcance establecido precedentemente; 2) Dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios (art. 279 CPCCN); 3) Imponer las costas de ambas instancias por su orden (art. 68, 2do. párrafo, CPCCN); regulándose los honorarios de primera instancia por la representación y patrocinio letrado de la actora -en conjunto- en \$47.960, de la codemandada Cencosud S.A. -en conjunto- \$45.000, del coaccionado R. S. -en conjunto- en la suma de \$ 43.000, y de la perito contadora en la suma de \$ 19.500, respectivamente, todos a valores actuales 4) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes por su intervención en esta etapa en el ...% a cada una de las que les corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO y ctes. ley arancelaria).

El Dr. GREGORIO CORACH dijo:

En lo que ha sido objeto de disidencia entre mis distinguidos colegas adhiero al voto del Dr. Leonardo J. Ambesi por compartir sus fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto III) y confirmando el punto I) en su totalidad y el punto II) con el alcance establecido precedentemente; 2) Dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios (art. 279 CPCCN); 3) Imponer las costas de ambas instancias por su orden (art. 68, 2do. párrafo, CPCCN); regulándose los honorarios de primera instancia por la representación y patrocinio letrado de la actora -en conjunto- en \$47.960, de la codemandada Cencosud S.A. -en conjunto- \$45.000, del coaccionado R. S. -en conjunto- en la suma de \$ 43.000, y de la perito contadora en la suma de \$ 19.500, respectivamente, todos a valores actuales 4) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes por su intervención en esta etapa en el

...% a cada una de los que les corresponde percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO y cctes. ley arancelaria). 5) Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la acordada de la CSJN Nº 15/2013 y devuélvase.

Fecha de firma: 04/09/2019

Alta en sistema: 25/10/2019

Firmado por: LEONARDO JESUS AMBESI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: GREGORIO CORACH, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: DANIEL EDUARDO STORTINI, JUEZ DE CAMARA