En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., B. c/ E. E. SRL s/ SUMARIO -Cobro de pesos e Indemnizaciones de Ley-", expte. nro. 278/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 295/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 440), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 409/417vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) La Sra. Juez de la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la excepción de prescripción opuesta por la demandada E. E. SRL, y declaró prescripto todo crédito anterior a julio de 2007 inclusive.

Admitió parcialmente la demanda incoada por la Sra. B. B., en consecuencia condenó a la firma E.E. SRL a abonar en el plazo de diez (10) días la suma que se

establecerá al practicar liquidación conforme las pautas establecidas -IV.3, IV.1, 2 y 3-, con más los intereses impuestos en el acápite IV.4.

Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios.

II) El demandado apela la sentencia y los honorarios por altos.

Concedido el recurso cumple el apelante con la carga procesal (art. 60, 1er párrafo, Ley XIV Nro. 1).

a) Se agravia en primer término por el encuadre legal que la Sra. Juez dio a la relación laboral, quien admitió la aplicación de la Ley 13047, desestimando el argumento articulado por su parte en cuanto a que la Provincia del Chubut no adhirió ni expresa ni tácitamente a la Ley 13047, ya que esta en cuanto se refiere a las relaciones de los establecimientos del Estado, se limita a la jurisdicción nacional.

Reitera las circunstancias que alegaron en la instancia anterior y agrega que el error del fallo radica en considerar que la actividad académica se encuentra comprendida por la Ley 13047 y que el establecimiento se encuadra en el inciso a) “adscriptos a la enseñanza estatal”. Señala que si bien brinda educación primaria también brinda educación inicial, trabajando la actora como maestra jardinera, de allí que no sean de aplicación las leyes 13047, 24195, 26206, 24049 y 23838 pues son de orden nacional no pudiendo confundirse la política educativa nacional con las atribuciones expresamente delegadas a las provincias, tampoco las resoluciones emanadas del C. G. D. E. P. que no pueden imponérsele.

Insiste en que la relación laboral se encuentra regida por el Convenio Colectivo de Empleados de

Comercio.

Agrega que la actora sabía cuál era la normativa que regía la relación laboral, asimismo, el criterio por el que se sostiene que el convenio de la CEC contempla la categoría “maestra jardinera” solo en caso de que la misma se desempeñe en un centro materno infantil, es arbitrario.

b) En el segundo agravio se refiere a la remuneración que dispuso la sentencia, correspondiente a un docente de nivel inicial, lo que se colige con los argumentos ya expuestos.

c) El tercer agravio se dirige contra la decisión de ordenar el pago de los haberes correspondiente a los meses de enero/febrero de 2008, ello porque la actora nunca reclamó en las misivas el pago de tales haberes, requiriendo solo lo adeudado por los años 2006 y 2007.

d) Cuarto agravio: Se agravia en cuanto el decisorio concibe que el contrato de trabajo se extinguió por despido indirecto y que el mismo resulta injustificado aplicando al caso la presunción del despido por maternidad, ya que por el contrario se trató de una renuncia tácita.

Y para sostener su postura repasa los hechos: debió la actora reincorporarse el 7-1-2008, ya que se encontraba vencido el plazo por maternidad, y no lo hizo ni comunicó al empleador que se acogía a los plazos de excedencia dentro de las 48 h anteriores a la finalización de la licencia.

Agrega que yerra el Juez al tratar la opción tácita del art. 176 de la LCT, transcribiendo lo argumentado por la Sra. Juez y lo que dice el artículo, resultando claro que el legislador ha entendido conveniente, que, vencidos los plazos de licencia, se

produzca una renuncia tácita.

Señala que otorgó licencia por 90 días, no correspondiendo la aplicación de la Ley 13047.

Peticiona que junto a revocar este punto declare improcedente las indemnizaciones correspondientes a los arts. 245. 178 y 182 LCT, art. 2 de la Ley 25323 y preaviso.

e) Quinto agravio: Solicita se acoja subsidiariamente la crítica con relación a la improcedencia de las indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso y el incremento del 50% sobre dichas indemnizaciones.

Y ello porque nunca se intimó al pago de indemnización por antigüedad, ni la indemnización sustituta del preaviso y lo más grave es la procedencia del 50% de esas indemnizaciones cuando omitió la intimación fehaciente. Cita antecedentes del STJ y de esta Cámara.

f) En el sexto agravio controvierte la imposición de costas, ya que la admisión de la prescripción de muchos períodos reclamados permite la imposición de acuerdo al éxito obtenido por cada una de las partes.

Mantiene la reserva del caso federal.

II) Corrido el traslado, solicita el actor la deserción del recurso y subsidiariamente contesta los agravios.

a) En principio y por la adopción de esta Cámara de un criterio amplio sobre el cumplimiento de las pautas del artículo 268 del CPCCCh, he de tratar los agravios en tanto ellos mínimamente resulten una crítica concreta y razonada.

Dijo la Sra. juez que se trata de un establecimiento –C. P. d. S.- que está adscripto a la

enseñanza estatal y que la supervisión se encuentra a cargo del Ministerio de Educación de la Provincia, lo que fue admitido por la quejosa con objeciones: “si bien es cierto que nuestra representada brinda educación primaria en su establecimiento”, y “si bien el Ministerio de Educación de la Provincia ejerce la supervisión sobre los institutos de enseñanza primaria”, no es menos cierto que también brinda educación inicial,... trabajaba como maestra preescolar jardinera”, de allí que no es de aplicación la Ley 13047.

Dicha Ley en el art. 2° fija también el ámbito de actuación para los docentes particulares que se desempeñan en establecimientos adscriptos definidos como "... establecimientos privados de enseñanza primaria fiscalizados por el Consejo Nacional de Educación y de enseñanza secundaria, normal o especial, incorporados a la enseñanza oficial dependiente del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública...".

Avanzando en la consideración del caso, y acudiendo a conceptualizaciones producto de la actividad jurisprudencial de la CSJN, cabe decir —en cuanto refiere a la naturaleza de la actividad que llevan a cabo los institutos privados de enseñanza y al encuadramiento laboral de sus docentes— que, conforme a un criterio arraigado en el derecho administrativo, dentro de los casos en los cuales se manifiesta lo que ha dado en llamarse colaboración de los particulares en la prestación de un servicio público (caracterización conceptual que subsume la de "colaboración por actividades paralelas", en la que la intervención de aquellos concurre con la del Estado en la satisfacción del beneficio general de la comunidad), la

participación de los particulares se enmarca en el ejercicio privado de la función pública toda vez que, aunque medie un interés del Estado, se realiza en nombre propio sin que, aunque en el desempeño de esas tareas estén sujetos al control de los órganos de gobierno, los prestatarios integren la organización administrativa estatal. Y siendo ello así, esto es, definida de tal modo la labor de los institutos privados de enseñanza, no cabe sino concluir —como natural derivación o consecuencia— que el personal que allí presta servicios, se vincula a ellos por una relación de empleo privado, ajena a la que caracteriza al empleo público.

Por consiguiente, surge espontánea una primera y fundamental definición: el personal docente de los establecimientos privados se vincula a ellos por una relación de empleo privado, ajena al empleo público, relación laboral que se halla regulada por las normas generales (fundamentalmente la LCT) en todo aquello que, a tenor del contenido de las leyes especiales (v.gr., el estatuto particular del sector) no importen contradicción conforme lo establece el art. 2 de dicho plexo. En suma, la relación de empleo del personal que presta servicios docentes en institutos privados adscriptos o incorporados a la enseñanza oficial (aquellos que el art. 38 de la Ley —24195— Federal de Educación denomina Establecimientos Educativos de Gestión Privada reconocidos) configura una relación de empleo privada, regida —como ya dijera— por el Estatuto para el Personal Docente de Establecimientos de Enseñanza Privada —Ley 13047-, la Ley 20744 de contrato de trabajo y la Ley Federal de Educación 24195, AR/JUR/2902/2006.

En tal sentido, ha señalado la CSJN que resulta contrario a lo dispuesto en el art. 67, inc. 11 de la Const. Nacional (hoy art. 75 inc. 12) el dictado en el ámbito provincial de normas que importen un indebido avance sobre las facultades legislativas otorgadas al Congreso Nacional, recordando, a mayor abundamiento y tal su doctrina (con cita de Fallos: 183: 190, 204; 307: 293), que cuando la aplicación de un poder deferido choque con la de otro conservado, debe prevalecer el ejercicio del deferido por ser la ley de la Nación dictada por el Congreso sobre la base de un mandato constitucional y gozar, por lo tanto, de la supremacía que le acuerda el art. 31 de la Ley Suprema (cf. "Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés y otros c. Provincia de Buenos Aires y otra", 30/3/89, LA LEY, 1989-E, 26).

El principio de igualdad constitucional (art. 16 CN) exige que se trate del mismo modo a todos los docentes de aquellos servicios educativos cuyo control se transfiere a las provincias desde 1992 que a los que ya venían controlados en jurisdicción provincial, o los que posteriormente se inicien en ella. Es así entonces que la vieja Ley Nacional Nro. 13047, titulada "Estatuto para el personal de los establecimientos privados de enseñanza", dispone que todos los establecimientos privados de enseñanza, cualquiera sea su naturaleza y organización ajustarán sus relaciones con el Estado y con su personal a las prescripciones de la presente ley.

La Ley 24049, facultó al PEN a transferir, a partir del 1 de enero de 1992 a las provincias los servicios administrados en forma directa por el Ministerio de Cultura y Educación, así como las

facultades y funciones sobre los establecimientos privados reconocidos, manteniendo para los docentes particulares dependientes de servicios educativos cuyo control se transfiere a las provincias, los derechos emergentes de la normativa nacional sobre la materia, Ley Nro. 13047 a la que se integra, en consecuencia la Ley 24049 ratifica la vigencia de la Ley 13047 y por lo tanto todos los establecimientos privados continúan ajustando sus relaciones con el estado y con su personal a sus prescripciones, tal como lo establece en su artículo 1°.

Asimismo, dictada la Ley 24195 en abril de 1993, se ejerce la facultad de dictar planes de instrucción general que las provincias le delegaron (art. 75, inc. 18 C.N.).

Esta ley en su artículo 7° define el sistema educativo formal como integrado por los servicios educativos de las jurisdicciones nacional, provincial y municipal, que incluyen los de las entidades de gestión privadas reconocidas, que no son otros que los establecimientos privados caracterizados por el artículo 2° inc. a de la Ley 13047- "Revista de Derecho Laboral". "Estatutos y otras actividades especiales -I- Rubinzal Culzoni, "La aplicación del Estatuto docente de Enseñanza primaria", págs. 81 y sgtes., artículo doctrinario al que hiciera mención el actor.

Asimismo, el art. 38 dispone que los docentes de las instituciones educativas de gestión privada reconocidas tendrán derecho a una remuneración mínima igual a la de los docentes de instituciones de gestión estatal, es decir que introduce el principio de equiparación salarial, lo que implica que en las 24 jurisdicciones educativas, todo docente que preste

servicios en los establecimientos a los que se refiere el artículo 2°, inciso a, de la Ley 13047, deberá percibir una remuneración no inferior a la que perciben los docentes de servicios educativos estatales.

Y es a partir de tal decisión, la transferencia a todas las provincias y las cláusulas constitucionales ya mencionadas, que ninguna adhesión tácita ni expresa necesitaba la provincia para que sea de aplicación la Ley 13047, pues más allá de ello la larga nómina de los derechos que reconoce a los docentes el art. 46 puede considerarse un desarrollo de la fórmula del art. 11 de la Ley 13047.

Ello así, pues las modificaciones introducidas por el Sistema Educativo Nacional por las Leyes 24049 y 24195 no han significado la derogación de la Ley 13047, cuyas normas son aplicables a todos los docentes de los establecimientos privados del país, en una interpretación armónica de la mencionada legislación, entre la que debe incluirse necesariamente la Ley Provincial Nro. 2121 de Enseñanza Privada -Normas sobre Reconocimiento de Establecimientos Educativos- (BO 17/12/ 1982).

Por las Leyes 24049 y 24195 se estableció un diseño educativo único comprensivo de los servicios educativos privados, reciban o no aporte estatal, y los públicos, consagrándose un sistema de equiparación salarial. A efectos de regular las relaciones laborales del sector se ha creado el Consejo Gremial de Enseñanza Privada y ni la Ley 24049, que autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a las provincias y al Gobierno de la Ciudad de Bs. As., servicios educativos, ni tampoco la Ley Federal de Educación (24195), reitero, han derogado la ley en cuestión sino que se

complementan junto con las normas provinciales.

Como última aclaración he de decir siguiendo a Vázquez Vialard, "Tratado del Derecho de Trabajo", Tomo 6, pág. 91, que la Ley 13047 se aplica al nivel preparatorio, primaria, secundaria y terciaria no universitaria, lo que indica que es de aplicación en autos.

De acuerdo a lo decidido en el punto anterior, el segundo agravio debe ser rechazado, ya que el quejoso lo funda en "los argumentos anteriormente expuestos".

Por entender que el tercer agravio se encuentra sujeto a lo que decida en relación al cuarto agravio sobre el despido indirecto e injustificado que decidiera la Sra. Juez, es que me expediré en primer término sobre este.

No se discutió en los presentes que la ruptura de la relación laboral se produjo el día 13 de noviembre de 2008, por decisión del empleador.

Tampoco existió queja en punto a la secuencia de los hechos que puntualizara la Sra. Juez, tales como la falta de reincorporación de la actora, la intimación previa por parte de la misma para que se otorgue la licencia de 120 días por aplicación de las Leyes 13047 y 26202 y la negativa por parte de la empleadora y la comunicación de la resolución del contrato de trabajo.

He de señalar siguiendo doctrina extraída de "Revista de derecho Laboral", "Extinción del contrato de Trabajo", Tomo IV - Rubinzal Culzoni, págs. 45 y sgtes., José Daniel Machado, que nuestro ordenamiento no contempla la posibilidad de una renuncia tácita, sino de manera lateral o indirecta, como surge del art. 240 LCT no solo exige que sea expresa, sino que rodea al acto de una serie de solemnidades.

Sin embargo, considerada como decisión desvinculante unilateral e incausada, aparece como sustento material de varias disposiciones legales que enuncia, el art. 58 que si bien inhibe la posibilidad, efectúa la salvedad ante comportamientos inequívocos: el art. 241 que se refiere a comportamientos concluyentes e inequívocos lo que no conduce a la probabilidad ni verosimilitud.

Y otro supuesto al que alude y es el que interesa, de renuncia tácita a propósito del instituto del "estado de excedencia", sostiene que artículo 183 de la LCT, al que alude la Sra. Juez y el quejoso, en el inc. b) contempla como una de las posibles opciones de la trabajadora que ha dado a luz de rescindir el vínculo por tal causa con una compensación por tiempo de servicio, pero luego el art. 186 asigna al silencio de la trabajadora tras el vencimiento del plazo de licencia por maternidad, siempre que no se reincorpore ni comunique alguna causa de licencia (art. 209), que tácitamente opta por aquella alternativa.

Reitero, la Sra. B., mediante carta documento solicitó se otorguen los días de licencia faltantes hasta completar 120 días, por entender de aplicación las Leyes 13047 y 26206.

En suma, la respuesta o motivo dado para no reincorporarse "aborta la configuración", ya que de tal comunicación se desprende la intención de continuar con la relación.

Asimismo, si el empleador consideró que la actitud de la trabajadora infringía la norma debió intimarlo previamente para que se reintegre a sus tareas habituales y no negar lo requerido y tener por extinguida tácitamente la relación laboral.

Motivo suficiente para rechazar el agravio.

Con relación al pago de los meses de enero y febrero de 2008 que dispusiera la sentenciante y que da origen al tercer agravio, será rechazado, toda vez que decidido que el despido fue por causa injustificada y resultando de aplicación la Ley 13047, y no la pretendida por el demandado, debió y no lo hizo haber abonado los meses correspondientes a enero y febrero de 2008.

El quinto agravio se admitirá parcialmente. He coincidido con la Sra. Juez que el despido fue injustificado, la consecuencia lógica de tal decisión es el cumplimiento de lo que disponen los artículos 231 y 232 y 245.

Pero sí entiendo asiste razón a la indemnización otorgada por aplicación del art. 2° de la Ley 25323.

Surge de fs. 34, a la que remite la Sra. Juez, que el empleador no fue intimado fehacientemente a abonar la indemnización que surge del art. 2° de la Ley 25323. Y no solo la jurisprudencia de esta provincia traída por el quejoso, sino que doctrina y jurisprudencia del país admiten mayoritariamente la necesidad de una intimación fehaciente para que tal rubro prospere, "recaudo que se impone bien como manifestación de buena fe del acreedor, bien como modo de dejar indudablemente acreditada la renuencia inexcusable a cumplir".

"La intimación al deudor constituye una condición del nacimiento mismo de la obligación resarcitoria que, por así decirlo, se agrega a la obligación original en mora. Y lo mismo ocurre respecto del artículo en análisis. Se trata de dos cuestiones conexas pero autónomas. Ello resulta de la proposición típica "y consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones

judiciales", de lo que se sigue que es dicha circunstancia, y no la falta de pago en sí, la que da origen al incremento" ("Teoría y práctica del artículo 2° de la Ley 25323", pág. 397 y sgtes.", "Contratación y Registración Laboral", Revista de Derecho Laboral. 2009-2).

No dejo de advertir que el requerimiento fue efectuado en la demanda, a lo que se opuso el demandado ante el reclamo previo fehaciente.

Admitido parcialmente el agravio cinco (indemnización del art. 2° de la Ley 25323), pierde virtualidad el sexto agravio en tanto y en cuanto costas y honorarios deben adecuarse por mandato procesal (art 282 CPCCCh).

Las costas de la primera instancia se mantendrán de acuerdo a lo que dispusiera el fallo de la instancia de grado, ya que la actora fue victoriosa en lo sustancial y se vio en la obligación de litigar para que se le reconozcan sus derechos, aunque la condena no alcance totalmente la suma pretendida, pues como hemos dicho reiteradamente con apoyo jurisprudencial ("Revista de Derecho Procesal", Procedimiento laboral-I 2007-1, págs. 607/609), en materia laboral, las normas procesales sobre costas deben interpretarse conforme a los principios esenciales del derecho del trabajo y en especial el protectorio del trabajador, recordando, asimismo, que la imposición de costas no es una cuestión meramente aritmética, que se deba apoyar tan solo en el resultado del pleito medido en números, sino que debe tenerse en cuenta el resultado de los distintos planteos.

Las costas de esta instancia con iguales fundamentos de los dados en el párrafo anterior,

estarán a cargo de la demandada.

A fin de regular los honorarios de ambas etapas que difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6, 7, 9 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Modifica parcialmente la sentencia de fs. 409/417vta. y admite los agravios relacionados con la indemnización del art. 2 de la Ley 25323, en consecuencia, excluido tal rubro se confirma el punto 2) de la sentencia.

2) Impone las costas de ambas instancias a la demandada vencida y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

3) Tiene presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 427/431vta. la parte demandada expresa agravios, a fs. 432 se corre traslado de los mismos, contestándolos la actora a fs. 433/435.

I.B-1) El primer agravio de la parte demandada (fs. 427/428) se centra en lo atinente a que la a-quo

desestimó su argumento en cuanto a que la Provincia del Chubut no adhirió ni expresa ni tácitamente a la Ley nro. 13047, razón por la cual la misma no era aplicable en el caso de autos.

Es entendimiento de la suscripta que en casos como el de autos -aplicación o no de determinadas leyes-, el razonamiento que lleva a interpretar una ley no se debe efectuar en forma aislada, sino que también en la comprensión de la finalidad que tuvo la misma se deben incorporar las normas que reglamentan el funcionamiento de estos establecimientos.

En dicho contexto amerito que la Ley Pcial. nro. VII (Estatuto Único del Docente de la Provincia del Chubut - Acordado por Acta Paritaria nro. 01/2005 – Homologada por Resolución 70/2005 S.S.T.) en su art. 11 prescribe que las disposiciones impuestas en dicha Ley resultan de aplicación exclusivamente a los docentes del sector público en tanto que regula, en su calidad de empleados de la Administración Pública, sus relaciones con el Estado Provincial.

A ello debe adunarse el Dto. VIII, nro. 1531/83 Reglamentado por Ley VIII nro. 24 (antes 2121) "Régimen de Incorporación de los Institutos Privados a la Enseñanza Oficial", en su Título I, Capítulo X –Del Plantel del Personal-, expresamente dispone que:

Art. 32: "La designación del personal directivo, docente, auxiliar y de disciplina será efectuado por el propietario de acuerdo a las prescripciones legales de la Ley Nacional nro. 13.047 y las que al respecto se dicten a través del Ministerio de Educación para su adecuación, atendiendo el carácter de los títulos que posea el mencionado personal, y ajustándose las remuneraciones a lo dispuesto en la Ley VIII (antes

2152) y Decreto VIII nro. 1237/83”.

Art. 35: ”Las relaciones entre el propietario y el personal docente, docente auxiliar y de disciplina se regirán por el respectivo contrato de empleo, y lo dispuesto por la Ley Nacional nro. 13.047, en lo que resulte de aplicación supletoria”, y

Art. 36: “La remoción del personal directivo, personal docente, docente auxiliar y de disciplina será efectuada de conformidad con lo determinado en los artículos 13ero., 14to. y 15to. de la Ley Nacional nro. 13.047 y lo dispuesto en la Ley Nacional nro. 20.744. Ley de Contrato de Trabajo”.

Asimismo, tengo presente que la Ley de Educación Nacional nro. 26206, sancionada el 14/12/06 y promulgada: 27/12/ 06 dispone que:

Título III - Educación de Gestión Privada-:

Art.64. — Los/las docentes de las instituciones de educación de gestión privada reconocidas tendrán derecho a una remuneración mínima igual a la de los/las docentes de instituciones de gestión estatal, conforme al régimen de equiparación fijado por la legislación vigente, y deberán poseer títulos reconocidos oficialmente.

TITULO IV

Los/as docentes y su formación

Capítulo I - Derechos y Obligaciones -

Art. 67. — Los/as docentes de todo el sistema educativo tendrán los siguientes derechos y obligaciones, sin perjuicio de los que establezcan las negociaciones colectivas y la legislación laboral general y específica:

Derechos:

f) Al mantenimiento de su estabilidad en el cargo

en tanto su desempeño sea satisfactorio de conformidad con la normativa vigente y

g) A los beneficios de la seguridad social, jubilación, seguros y obra social.

De las normativas legales precedentemente transcriptas no cabe la menor duda más aún con lo contestado en la informativa prestada por el Sindicato Argentino de Docentes Particulares – Obra Social de Docentes Particulares (fs. 378/383), que corresponde al caso subexamine la aplicación del estatuto específico contenido en la Ley 13047/47 y subsidiariamente las disposiciones contenidas en la L.C.T., pues se trata de una cuestión suscitada entre un colegio privado que conforme el art. 2 inc. "a" de dicha normativa legal la categoriza como "adscriptos a la enseñanza estatal" y un docente dependiente del mismo, por lo tanto la relación motivo del conflicto, reviste carácter privado y consecuentemente regulada por el derecho común.

En sentido similar en cuanto a la temática sometida a examen ha determinado la jurisprudencia que la misma debe ser analizada a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley 13047 (así como las leyes nacionales nros. 24195, 26606, 24094, 23838) y, subsidiariamente, las disposiciones de la L.C.T. Siendo entonces pertinente que si el despido se causaba en inasistencia del actor, la empleadora debió sustanciar previamente el sumario correspondiente (art. 13 Ley 13047) antes de concretar la medida y si, por el contrario, la imputación era de abandono de cargo, debió, previo al despido, intimar al docente a reintegro al trabajo con resultado negativo (cf. crit. STJ Tucumán, Dres. Veiga – Goane - Brito, Sentencias año 2002: "Ferro de Bulacia Marta Josefina vs. Colegio

San Ignacio de Loyola S.R.L. s/ Cobros" del 23/09/02; Sentencia N° 291 - "Zelarayán César Américo c/ Escuela Comercial Social de Cultura Nuestra Señora del Valle s/ Indemnización por despido (Casación)" - Corte Suprema de Justicia - 01/06/1994: eldial.com - bb1a29).

Tanto lo prescripto por las normas legales citadas y la jurisprudencia mencionada han sido seguidas y aplicadas correctamente por la a-quo conforme emerge del análisis y conclusión a la que arriba en su considerando 1ero. (fs. 411vta/ 412vta), razones todas estas por las cuales corresponde no hacer lugar a los agravios planteados por la parte demandada a fs. 427/428 y confirmar en este sentido la sentencia.

I.B-2) Atento a que de la línea argumental expuesta por la apelante demandada a fs. 428vta./429 en la cual la misma colige que es consecuencia de los argumentos expuestos en su primer agravio y teniendo presente que estos fueron rechazados, los mismos siguen igual suerte, razón por la cual se desestiman y, en consecuencia, se confirma la sentencia.

I.B-3 y I.B-4) Dado que la decisión que se tome sobre los agravios expresados por la recurrente demandada en su cuarto agravio (fs. 429/430) ha de incidir directamente en lo que recurre en su tercer agravio (fs. 429), he de invertir –al igual que la colega preopinante– el tratamiento de los mismos.

La demandada apelante considera errónea la interpretación de la a-quo en cuanto considera configurado que en el caso de autos se trató de un despido directo cuando a su entender lo que realmente sucedió es que se configuró una renuncia tácita por parte de la actora, al no haberse reincorporado a su empleo el día 07/11/08 ni haberle comunicado dentro de

las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la finalización de su licencia por maternidad que se acogía a los plazos de excedencia, basándose en lo prescripto por los arts. 177, 186 de la LCT y reiterando su postura de la inaplicabilidad de la Ley 13047.

Ha llegado firme a esta instancia lo decidido por la a-quo en cuanto a que la fecha de finalización de la relación laboral fue el día 13/11/08 por la decisión de la empleadora.

Entrando en el análisis de la temática planteada es criterio de la suscripta que el art. 186 LCT no consagra un presupuesto de extinción automática del vínculo, sino una presunción iuris tantum –sustentada en el silencio de la trabajadora y que, como tal, admite prueba en contrario- que se aparta del principio general del art.58 LCT y, por tanto, constituye un supuesto de excepción que debe analizarse en forma restrictiva. En ese mismo orden de ideas, sostengo que el mecanismo establecido en la norma referida debe interpretarse sin perder de vista el amparo que el legislador ha querido brindarle a la trabajadora madre, por lo que la opción tácita de referencia deberá considerarse prevista en beneficio de la trabajadora, a la que se protege de ser despedida sin indemnización por abandono, y no está destinada a suministrar al empleador pretextos para prescindir de una trabajadora cuya estabilidad garantizan especialmente los arts. 176 y 177 LCT.

Conforme lo ha señalado Liliana Hebe Litterio para “Ley de Contrato de Trabajo”, dirigida por Antonio Vázquez Vialard (T.II, pág. 494), con cita de Podetti, Banchs y Fernández Madrid, "...el empleador debe actuar

con prudencia antes de tener por rescindido el contrato, sin que una aplicación automática de la norma, que considere solamente el hecho objetivo de la no reincorporación, pudiera en definitiva ser acogida, ya que ello implicaría tomar como tácita una declaración de voluntad que no ha sido tal. Por lo tanto queda claro, entonces, que la interpretación de las situaciones ocurrentes debe hacerse en forma restrictiva, porque en los casos de duda prevalece el principio de la continuidad o subsistencia del contrato (art. 10 LCT). En ese orden de ideas, "el deber de tender a la conservación del empleo con base en la norma del art. 10 de la LCT se impone en virtud de la compaginación de dicha norma con la de sus arts. 62 y 63" (CNAT, Sala VII, 21/5/93, DT 1994-B-2149, citado por Carlos Alberto Etala en "Contrato de Trabajo", 4ª. edición, ed. Astrea, pág. 195).

A mayor abundamiento, expreso que a partir del momento mismo del nacimiento del hijo de la trabajadora nace una garantía de estabilidad (art. 177 LCT), que está complementada con la operatividad de la presunción que establece el art. 178 LCT, la que fue creada, precisamente, para evitar que se discrimine a la mujer en razón de su gravidez. Por lo tanto, si se produce el despido sin causa o con causa imputable a la empleadora, dentro del período allí aludido, no es imprescindible que la trabajadora acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad, porque, en realidad, tiene garantizada una estabilidad temporalmente limitada, cuya vulneración supone, "per se", la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado, porque fue presumido por el legislador al instituir la referida

garantía de estabilidad.

Es decir que en caso como el de autos es la demandada quien debe acreditar fehacientemente una justa causa de despido para excluir la aplicación de la presunción legal, lo cual no lo ha cumplido en virtud de las constancias de autos y de lo decidido sobre el régimen aplicable conforme la categoría laboral de docente de la demandante.

Concretando lo expuesto y a mi modo de ver, la disposición contenida en el art. 186 de la LCT, claramente se aparta del principio general consagrado en el artículo 58 del mismo cuerpo normativo; se impone una interpretación en forma restrictiva de aquel, sobre todo si a dicho análisis se añade el principio de continuidad o subsistencia del contrato de trabajo (art. 10 LCT). En tal sentido, sobre la norma esgrimida como fundamento para disolver el vínculo laboral por la accionada, se ha dicho que "se trata de una disposición legal que debe ser interpretada restrictivamente, ya que impone a la inactividad de la trabajadora –no regresar al trabajo y no dar aviso al empleador de la actitud a adoptar– una consecuencia grave: la extinción del contrato de trabajo al presumir la voluntad de rescindirlo. Esta disposición de la Ley de Contrato de Trabajo se aparta del principio general del art. 58, que no admite presunciones en contra del trabajador.

Así, es criterio doctrinario expuesto por el Dr. Julio Armando Grisolía en "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I, págs. 895/896, Lexis Nexis y jurisprudencia allí citada, que: "Una interpretación lógica y armónica del art. 186 LCT, es aquella que acentúa la protección de la trabajadora y no la que la coloca en inferioridad respecto de cualquier trabajador

que hace abandono”.

A ello ha de sumarse que, en la circunstancia que no retomara la trabajadora sus tareas al término de la licencia por maternidad, el empleador deberá intimarla a aclarar la situación, y de no reintegrarse, ahí sí el vínculo debe ser considerado extinguido en los términos del art. 183, inc. b), LCT . Situación esta que conforme los términos en que se expidió la demandada no efectuó tal intimación previa (conforme informativa prestada por Correo Argentino a fs. 263/264 y 348).

He de agregar, a mayor profundización del estudio del presente caso y de la interpretación de la normativa laboral aplicable, que el art. 186 LCT debe interpretarse en el sentido de que no podrá considerarse incursa a la trabajadora en abandono de trabajo en caso de no reintegrarse luego de la licencia por maternidad, no como la posibilidad de la empleadora de poner fin al vínculo por tales circunstancias, sin cumplir con los requisitos del art. 244 LCT.

Es indudable que el empleador debe actuar con extrema prudencia antes de tener, sin más, por rescindido el contrato porque, además de la regla general establecida por el art. 10 de la LCT, se lo impone el principio de buena fe consagrado por el art. 63 de la LCT.

Ha determinado jurisprudencia aplicable al caso como es la del STJ Pcia. Tucumán, con lo votos de los Dres. Díaz Ricci y San Juan, Sentencia nro. 37, autos caratulados: “Garay de ARAY Tannure A. M. c/ Cooperativa de Servicios y Educación Acción Social Gabriela Mistral LT s/ Cobro" - Del Trabajo - Sala 3 - 09/03/2000: elDial.com - BB41AF, que: “A fin de garantizar el empleo de la mujer trabajadora durante

los períodos de gestación, la legislación laboral ha establecido para concretizar tal derecho, una presunción legal y un régimen indemnizatorio especial para cuando tal supuesto se configure. En el sentido la L.C.T. en su art. 178 aplicable supletoriamente por remisión hecha por el art. 14 de la Ley N° 13047 - Estatuto para el Personal Docente de Establecimiento de Educ. Privada- (el texto remite al Código de Comercio, pero hoy debe entenderse Ley n° 20744 reformada) consagra en primer término la presunción legal (iuris tantum) que el despido de la trabajadora embarazada ocurrido en el tiempo previsto normativamente lo ha sido por dicha causa. Ello significa poner en cabeza del empleador la carga probatoria de acreditar válidamente que el despido no ha obedecido a razones de maternidad o embarazo, sino a otros motivos desbaratando así mediante prueba en contrario la presunción legal. Igualmente requiere la normativa en análisis y para que esta presunción legal se torne operativa el previo cumplimiento de requisitos obligatorios por parte de la trabajadora embarazada, pues la adquisición del derecho a la garantía legal consagrada en el mentado art. 178 de la L.C.T., está sometida a una doble existencia: a) la acreditación del estado de embarazo y b) su notificación al empleador. En la especie ambos requisitos no están discutidos. En consecuencia, no existiendo prueba tendiente a desvirtuar las probanzas aportadas por la actora ni tampoco enervar la presunción legal del art. 178 del la L.C.T., corresponde admitir la procedencia de la indemnización especial reclamada".

Por los entendimientos y criterios doctrinarios y jurisprudenciales precedentemente expuestos,

corresponde rechazar los agravios planteados por la demandada apelante a fs. 429/430 y confirmar lo decidido en la sentencia.

En lo atinente al agravio expresado por la apelante demandada en cuanto recurre la decisión de la a-quo de condenarla a abonar los haberes correspondientes a los meses de enero y febrero del año 2008, teniendo en cuenta lo decidido en cuanto a la normativa aplicable a la relación laboral existente entre las partes en la cual se establece el período de licencia por maternidad en ciento veinte (120) días, corresponde rechazar los agravios de la demandada apelante, ya que estaba obligada a abonar los salarios correspondiente a los meses de enero y febrero del año 2008, razones por las cuales se rechaza los agravios expuestos a fs. 429 y se confirma la sentencia en dicho sentido.

I.B-5) A fs. 430/431 plantea subsidiariamente para el caso -como en realidad se ha decidido en el presente voto-, que se acoja la crítica en cuanto la jueza hizo lugar a las indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso y el incremento del 50% sobre dichas indemnizaciones.

En virtud de lo decido en el presente voto y por sus fundamentos corresponde rechazar los agravios expuestos por la demandada en cuanto a las indemnizaciones por antigüedad y omisión de preaviso.

Respecto de la aplicación del artículo 2 de la Ley 25323, el mismo es claro al establecer que cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley

25013 o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, estas serán incrementadas en un 50%.

Ahora bien, analizando dicha normativa es entendimiento de la suscripta que el incremento indemnizatorio previsto por la Ley 25323, si bien refiere en su misma enunciación a un argüido tópico resarcitorio, no es tal, sino que representa una suerte de sanción respecto de aquel empleador que no reconociere extrajudicialmente reclamos por despido, y de tal modo provocare la promoción de actividad administrativa o judicial tendiente a su percepción por parte del trabajador. El sentido de tal apreciación surge de la lectura del último párrafo del mentado artículo 2° de la Ley 25323. Ese apartado prescribe, luego de reconocer aquel incremento del 50% sobre la indemnización laboral, que si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago. Esta legislación importa una sanción análoga a las conminatorias previstas por el Código Civil art. 666 bis, lo cual da cuenta de la relatividad objetiva en la procedencia de tal rubro, en función de circunstancias eventuales y potestades de los jueces que podrían rebatir este incremento. Tal carácter impide el reconocimiento sobre el tópico de un privilegio. Ello así en tal preferencia debe ser interpretada restrictivamente con arreglo a la ley, con apartamiento de apreciaciones fundadas en la analogía" (cf. crit.

causa 16306/05 - "Sisic SA s/ concurso preventivo s/ Incidente de revisión" (por Yameo, Elba Sonia - CNCOM - SALA D - 27/06/2005). Es decir, que al establecer una sanción, debe existir una conducta contraria a la ley que merezca la sanción, no correspondiendo una simple configuración mecánica de los hechos haciendo alusión a causa justificada para eximir del agravamiento indemnizatorio al patrón, lo que no equivale a justa causa (arts. 245, 247 LCT), por lo cual ambos conceptos no deben superponerse indiferentemente.

Lo determinado en el párrafo anterior implica que el sentenciante tiene la facultad de ameritar si se cumplieron en forma total los requisitos exigidos por la normativa legal, esto es, "notificación fehaciente", es que no se advierte que el telegrama CD ******** * del 19/11/08 (fs. 34), ya que se limita a apercibir la aplicación de la Ley 23545, arts. 43 y 45, no haciendo referencia alguna a la solicitud de la aplicación del art. 2 de la Ley 25323, con lo cual no cumplió con la intimación fehaciente requerida por la normativa legal aplicable.

Por dichas razones corresponde acoger parcialmente los agravios expuestos por la apelante demandada fs. 430/431 y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia en el pto. 2do. de su fallo en cuanto condena a la indemnización del art. 2 de la Ley 25323.

I.B-6) Atento a cómo se ha decidido en el presente voto, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre el agravio planteado por la apelante demandada a fs. 431 en cuanto a la imposición de costas (art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -Digesto Jurídico-).

I.C) En cuanto a la imposición de costas, corresponde la aplicación de lo prescripto por el art.

282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico-, es criterio doctrinario y jurisprudencial en cuanto a esta temática que la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio, y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber pagado aquello procedente. Por lo tanto el fundamento aludido del hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere (cf. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-B, pág. 112/113; Cám.Nac.Com., sala D, 30/07/82, La Ley, 1982, v.D, p. 465; Cám.Nac.Civil, sala F, 10/03/80, Der., v. 88, p. 532).

Es criterio sustentado por la suscripta (sent. def. nro. 32 de esta Sala B nro. del 16/05/01, entre muchos otros), que es de aplicación el principio jurisprudencial que establece que: "En la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la materia deben interpretarse conforme el principio protectorio" (CNTrab, Sala III, 20/10/92, "Canal, Ana M. c/ Sanatorio Lavalle SRL", DT-1992-B-,2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda, razones todas estas por las cuales arribo a la conclusión de que debe mantenerse la imposición de

costas dispuesta por la a-quo en el pto. 5to. de su fallo (fs. 417) e imponer las de esta Alzada también a la codemandada apelante.

Atento a que la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes de primera instancia han sido fijados en porcentuales, los mismos se mantienen. En cuanto a los honorarios correspondientes a esta instancia teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 7, 9, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 –Digesto Jurídico-, difiero los mismos para el momento el acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la distinguida colega preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169, a la misma adhiero.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Modificar parcialmente la sentencia de fs. 409/417vta. y admitir los agravios relacionados con la indemnización del art. 2 de la Ley 25323; en consecuencia, excluido tal rubro, se confirma el punto 2) de la sentencia.

2) Imponer las costas de ambas instancias a la

demandada vencida.

3) Confirmar la regulación de honorarios en porcentuales de primera instancia y regular los honorarios profesionales de la alzada al Dr. E. G. A. en el veintiocho por ciento (28%) y a los Dres. D. M. C. B. y N. G. F., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"