En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, 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. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"J., O. G. c/ P. A. SRL s/ SUMARIO (Cobro de Pesos e indem. de ley)", expte. nro. 573/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 114/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 693), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes 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. 648/653? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 657, agravios fs. 662/677). Corrido el traslado de la expresión de agravios, fue contestado por la actora (fs. 679/684).

I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa en razón del detalle ya efectuado en la sentencia de grado, diré que el actor Sr. O. G. J. promovió demanda laboral contra la firma P. A. SRL por el cobro de la suma de pesos ciento noventa y cinco mil novecientos cuarenta y cinco con trece ctvs. ($195.495,13) con más la aplicación

de intereses desde la mora hasta su efectivo pago conforme la tasa mensual activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de redescuento bancario y su capitalización por igual período, costas y lo que en más o en menos se estime conforme pruebas aportadas al proceso. Practicó liquidación. Ofreció prueba. A su turno, contestó demanda la accionada. Opuso al progreso de la acción excepción de prescripción. Cumplió con el imperativo procesal negando hechos. Desconoció documental. Impugnó liquidación. Ofreció su prueba. Formuló reserva del caso federal. Pidió se rechace la acción impetrada, con expresa imposición de costas a la contraria. Se produjo la prueba. Pasaron los autos para resolver.

El fallo de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. O. G. J.,

y en consecuencia condenó a la firma P. A. SA a entregar el certificado de en el plazo de 10 (diez) días y abonar en idéntico lapso la suma de pesos ciento sesenta y nueve mil setecientos cuarenta y dos con cuarenta y cuatro centavos ($169.742,44), con más los intereses conforme considerando respectivo. Impuso las costas a la demandada. Reguló los emolumentos de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

La queja de la parte actora se centró en la existencia o no de la causal invocada al disponerse el despido causado del actor, la procedencia o no de la condena al pago de la indemnización del art. 80 LCT, la procedencia o no de la condena al pago de la

indemnización del art. 2 de la Ley 25323, la tasa de interés fijada, y los

honorarios regulados al

perito integrante del Cuerpo Médico Forense. Así ha quedado la cuestión planteada y en mérito a ello es que

habré de resolver.

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Así, el punto que hace al primer agravio se vincula con la existencia –o no– de la causal invocada por la empleadora para el despido del actor. En tal contexto, el decisorio en crisis determina que la dolencia invocada por el trabajador existió y, en consecuencia, no hubo razón que justificara el distracto dispuesto por el principal. Para ello, señala el recurrente, la señora juez *a quo* tuvo en cuenta la pericia médica (fs. 583 y 621) como también la respuesta al Oficio N° 691/2014 suscripta por el Dr. J. A. B. y la declaración testimonial del Dr. C..

En relación con la pericia, critica que la misma no cumple los recaudos rituales establecidos en el art. 472 CPCCCh –entiendo que se refiere al art. 476 de dicho cuerpo normativo que establece “PRESENTACION DEL DICTAMEN-. El perito presentará su dictamen por escrito, con copias para las partes. Contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde. Los consultores técnicos de las partes dentro del plazo

fijado al perito podrán presentar por separado sus respectivos informes, cumpliendo los mismos requisitos".

Del cotejo de la pericia ya individualizada y su ampliación, cabe destacar en primer lugar que tal prueba fue solicitada por la misma demandada (fs. 103 *in fine*) "a fin de que teniendo a la vista la documentación acompañada en este escrito, así como también a la que esta parte en cumplimiento a lo peticionado por la parte actora en el Punto c) del Capítulo de la Prueba, podrá aportar en el futuro, determine si el Sr. O. J., padeció o no, de epicondilitis desde el 30 de Noviembre de 2011 y hasta el 21 de Diciembre de 2011".

Luego, advierto que la documental acompañada por la demandada se corresponde con un examen médico de post –egreso del Sr. O. J., de fecha 31 de Enero de 2012, expedido por U. SRL-. Es claro que del mismo mal podía el perito dar respuesta concreta a lo solicitado desde que nada refiere a la dolencia en cuestión (fs. 97/98). Por tanto, debe estarse al resto de la documental objeto de la pericia solicitada, la que luce a fs. 125/132. En orden con la misma, pongo de resalto, en particular con el informe obrante a fs. 129 que, amén de haber sido efectuado con fecha 27 de diciembre de 2011, es decir con posterioridad al alta del actor –que poseía certificado médico de fecha 30 de noviembre de 2011 por 15 días (fs. 63)– nada dice en concreto en referencia al padecimiento de la epicondilitis en el período mencionado, sino que se limita a dejar constancia de la situación del empleado al día de examen. Cabe presumir, sin hesitación, que a la hora del examen el empleador ya estaba recuperado, sin

que dicho examen resulte idóneo –adelanto- para justificar el posterior distracto impulsado por el principal.

De tal modo, bien cabe preguntarse como pretendía el demandado que el perito, a la vista de la documentación que he individualizado, diera otra respuesta a la pericia requerida, más que basándose en el certificado médico expedido por el Dr. A. B. (fs. 63), única documental que resulta contemporánea con la dolencia invocada por el trabajador, ratificado por el galeno en informe de fs. 637. Entonces, cierto es que no dejo de percibir lo escueto del informe pericial, más entiendo que la forma deficiente en que fue solicitada la pericia -reitero que al profesional se le requirió que informe en relación con determinada documental- no daba margen en el caso particular para que lo hiciera de manera distinta a la que lo hizo. Es así que no considero procedentes los argumentos del apelante para desvirtuar el valor probatorio de la pericia en cuestión, y consecuentemente juzgo acertado el criterio de la señora juez de grado al haberla tenido en cuenta a efectos de tomar su decisión.

Y si se trata de la declaración testimonial del Dr. C., pues no surge de la misma que el empleado no haya sufrido la dolencia, ni siquiera que al momento en que lo examino no lo aquejara, de hecho afirmó haber indicado una resonancia magnética, la cual se corresponde con el estudio efectuado luego de que el empleado se recuperara. Mal puede el apelante cuestionar la valoración que dicha prueba haya efectuado la sentenciante.

Agrego además, y es criterio del suscripto mantenido ya en fallos anteriores, que la mera

diferencia de criterio en la valoración de la prueba en especial de la testimonial– que efectúa el juez de grado, no es idónea para fundar la queja. Recuerdo que "sobre el tópico relacionado con la valoración de las probanzas los jueces de grado tienen amplias facultades en la faena jurisdiccional de valorar los medios de prueba producidos y adquiridos para el proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso que faciliten al juzgador la valoración de las normas jurídicas aplicables. Sólo excepcionalmente tal principio cede cuando se demuestra la existencia de un absurdo material o formal" (SCBA, Ac. 81.595, sent. del 17 XII 2003; entre otras).

Luego, el cuestionamiento del oficio respondido por el galeno. Reseña el recurrente la teoría del árbol envenenado con argumentos que tengo aquí por reproducidos. Critica así la manera en que ha sido obtenida la prueba de referencia. En análisis del punto, advierto que en el momento de incoar demanda, la parte actora ofreció al punto D) inciso 2. del acápite PRUEBA la siguiente: “Se libre oficio a la A. E. d. S. M. a fin de que se sirva remitir historia clínica del actor e informe emitido por el Dr. J. A. B. respecto a atención y tratamiento impartido al actor en noviembre 2011.” (fs. 82). Dicha prueba fue proveída fs. 117 *in fine*.

Existe en consecuencia, un primer oficio dirigido a la clínica en cuestión (fs. 431) recepcionado en fecha 6 de mayo de 2013. Ante la falta de respuesta de parte del requerimiento (informe médico), fue solicitado reiteratorio (fs. 495), el que luce a fs. 525 recibido en fecha 26 de agosto de 2013. Considero que la raíz del problema se asienta en la respuesta del director médico de la institución y el siguiente proceder de la actora. Es que, en el responde referida (fs. 529) se indica que la solicitud de

informe debe ser cursada en forma directa al médico actuante. He allí el núcleo del planteo del recurrente.

La petición de prueba, que se corresponde con el texto que antes transcribiera, no permite concluir que el oficio requerido por el actor a fs. 632 se relacione con prueba distinta, como lo dice el apelante argumentando que allí no se hiciera requerimiento al Dr. A. B., sino que por el contrario resulta meridianamente claro que se trata de la misma prueba. En efecto, allí se pidió el informe del médico. Que el nosocomio manifieste que el mentado informe le debe ser requerido en forma directa al profesional no transforma la prueba en otra, es la misma prueba, y por ello es que la señora juez de grado dispuso el libramiento del oficio.

Todo lo expuesto me lleva a concluir que no hay demostración concreta en relación con la inexistencia de la dolencia invocada, luego mal puede haber invocado el empleador la pérdida de confianza para justificar el despido del empleado.

Recuerdo aquí que en relación con dicha causal, el presunto hecho desleal y sus alcances deben ser fehacientemente probados por el empleador no bastando sus meras conjeturas. Así, "la pérdida de confianza puede justificar una medida rescisoria en los términos del art. 242, LCT, cuando esa apreciación de carácter subjetivo es el resultado de circunstancias objetivas debidamente probadas y no una mera hipótesis o inferencia fundada en suposiciones (Sala 2da., 22/6/99, "Espinoza, Eduardo Dalmiro v. Carrefour Argentina").

En consecuencia, y por lo que hasta aquí he expresado, que no puede juzgarse justa la causa del despido, no encontrando razón cierta que me lleve a admitir el agravio, razón por la cual habré de rechazarlo.

En segundo agravio, cuestiona el recurrente la condena que manda a pagar la multa establecida en el art. 80 de la ley laboral. En efecto, en la demanda impetrada es reclamado tal concepto. Advierto que la accionada no rechaza el reclamo en virtud de manifestar haber entregado el certificado de referencia, sino que se dice no intimada para ello desde que el trabajador le exigió la entrega del "certificado de servicios", y no la entrega del "certificado de trabajo" (fs 102 vta.). De hecho, la empresa demandada tampoco acompañó en el responde la demanda el mentado certificado de trabajo.

En consecuencia, no cabe sino concluir que el empleador no cumplió en debido tiempo y forma con la entrega de la documentación, digo no cumplió en resumen con su obligación legal, razón que impone se la condene a llevar a cabo tal obligación de hacer.

El tema es, si tal incumplimiento trae aparejada en forma automática la aplicación de la sanción prevista en el art. 80 de la LCT, y si bien la respuesta es negativa, se ha cumplido aquí con la exigencia legal. En efecto, la ley exige el requisito de la intimación para aquel fin, despachada por el trabajador si luego de treinta días corridos de extinguido el vínculo laboral el certificado no le es entregado. Y no puede venir el apelante a sostener seriamente que aquél no lo hiciera. En la misiva de fs. 8 se comprueba efectivamente que el empleado requirió el "certificado de servicios", claro, no dijo "certificado de trabajo", mas luce allí la expresa referencia al art. 80 de la LCT. No cabe duda de que el empleado no se refería a otra cosa que al certificado de trabajo, lo cual adiciono a lo que mencionara en el párrafo precedente, vale decir a la efectiva falta de entrega del mismo –y correspondiente incumplimiento legal -por parte del

empleador. Rechazaré el agravio.

En relación ahora con el tercer agravio y la condena al pago de la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323: de la lectura de la queja interpuesta por el apelante, surge que el agravio es subsidiario para el caso en que se considere el despido incausado. Así lo he resuelto

al tratar el primer agravio, por lo cual corresponde se analice el cuestionamiento.

Recuerdo que el objetivo perseguido por la norma "es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo" (Grisolía, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", t. II, pág. 1105).

Es criterio del suscripto que cabe al trabajador, en efecto, intimar fehacientemente al empleador al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, más ello a mi entender no significa que deba intimarlo a que lo haga bajo apercibimiento de requerir el pago de las multas que la legislación laboral prevé para el caso en que no lo hiciera en tiempo y forma. Tales agravantes surgen naturalmente frente a la inconducta o incumplimiento en el pago, la intimación fehaciente no se vincula con ellas, sino que lo que se intima es el pago de la indemnización. Y aquí el empleado intimó en debida forma (fs. 8), y el empleador no pagó, y de hecho aquí estamos con un proceso incoado en el año 2012 –hace más de 3 años-, por lo que huelga aclarar que el litigio no solo no se evitó, sino que sin lugar a dudas la conducta dilatoria del empleador generó gastos y pérdidas de tiempo, razón por la que entiendo procede la multa prevista en la ley. Rechazo el agravio.

En tratamiento ahora del cuarto agravio y la tasa del interés dispuesta en la sentencia. Tengo dicho en

anteriores fallos en relación con idéntica situación (“M., V. V. c/ M. SA s/ Sumario (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)”, expte. Nº 553/2015, entre otros) que las garantías constitucionales de trabajar y ser retribuido de manera justa, de inviolabilidad de la propiedad, de usar y disponer de ella, y de protección al trabajo en todas sus formas (arts. 3, 14 bis y 17 Carta Magna Nacional) mueven a apreciar este tema con particular delicadeza, partiendo de la base de que todo cuanto pueda mellar el salario de un trabajador debe ser enfocado con cuidadosa prudencia.

Si el objetivo trascendente de la tarea de los magistrados es la realización de la justicia material de todos los días, parece incuestionable que la protección del ingreso del empleado requiere atención prioritaria.

En tal contexto, la función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho, no siendo prudente que los jueces se desentiendan de los resultados de sus decisiones cuando la aplicación mecánica de un texto legal conduce a consecuencias irrazonables o absurdas (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 04/11/1998, "Q., M c. C. S., S. y otros", LLNOA, 2000, 860).

A mayor abundamiento, se ha expresado en reiteradas ocasiones el carácter alimentario de los créditos laborales, y es ese carácter de sujeto de preferente tutela constitucional que ostenta un trabajador, lo que impide que sea objeto de un trato peyorativo respecto de otros grupos o sectores sociales, por lo que para evitar el trato desigual, necesariamente deberá fijarse una tasa acorde por parte del juzgador.

En el caso de autos, la señora juez, como responsable de dicha tarea, ha fundado acabadamente su decisorio, y a esa ahora ha resaltado que comparte el

criterio que estableciera el voto minoritario de la Dra. Pinto Varela, integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo
Acta 2601 del 07/05/2014). Ha fundamentado su postura en el hecho de considerar que la tasa activa de interés no resulta suficiente para cumplir con el fin de la institución, por lo que a su juicio resulta adecuada la propuesta por la magistrada antes mencionada.

Sin perjuicio de ello, entiendo que la señora magistrada incurre en un error de interpretación. En efecto, menciona expresamente que el la inflación alcanzó un 40,20% mientras que la tasa aplicable (refiriéndose a la activa) arrojó un 41,64%. Ello la llevó a sostener que la tasa activa es insuficiente porque según dice "solo alcanza para cubrir la variación de los precios, sin cubrir el interés por no contar –la dependiente– con las sumas de dinero (indisponibilidad).

Ahora bien, sabido es que la tasa activa de interés es aquella que la entidad financiera cobra a los clientes por el otorgamiento de créditos. En cambio la pasiva es la tasa que el banco pagará en oportunidad de recibir dinero de inversores, como ser por ejemplo un plazo fijo. En tal inteligencia, obsérvese que si consideráramos la hipótesis de que la actora hubiera contado con su crédito y lo hubiera colocado en el Banco, por ejemplo a plazo fijo, hubiera obtenido en el mejor de los casos el interés correspondiente a la tasa pasiva. Luego, en el caso puntual, esta última ya beneficia al trabajador, sin necesidad alguna que justifique la aplicación de una tasa superior, so pena de un eventual enriquecimiento sin causa de aquel. Las razones invocadas son suficientes para acoger

parcialmente el agravio de la demandada, por lo que dispondré se aplique al capital de condena la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

Ingresando a la queja que compone el quinto agravio. Argumenta el apelante que no corresponde se regulen honorarios al integrante del Cuerpo Médico Forense que interviniera como perito médico. Conforme fuera establecido por el STJCh en Acuerdos Plenarios 4195/14 y 4357/15, se rechazan los agravios.

Resta resolver lo atinente a las costas de esta alzada, y sin perjuicio de lo resuelto en los últimos dos agravios desde que lo allí dispuesto no se corresponde con planteos de la demanda, entiendo corresponde se impongan a la demandada apelante vencida por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes ante esta alzada para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mi distinguida colega de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia modificar el fallo de grado en el punto que establece la tasa de interés disponiendo se aplique al capital de condena la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

2) Las costas se imponen a la demandada apelante vencida (art. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes por ante esta alzada para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro. 80/2015 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción dispuso: Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. O. G. J., en consecuencia condeno a P. A. SA a entregar el certificado de en el plazo de días y abonar –en idéntico lapso- la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($169.742,44), con más los intereses.

Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 648/653). Contra la misma se alzó la parte demandada a fs. 657.

A fs. 662/677 se agregó el memorial de la apelante

demandada. Fueron contestados a fs. 679/684.

El primer agravio: la inexistencia de la causal invocada para el distracto.

Detalla y transcribe la prueba producida concluyendo que de las mismas surge que en diciembre de 2011 el actor no padecía la enfermedad, indicando que el examen posocupacional da cuenta de ello. Deja sentado que no pretendió cambiar la causal de despido, que la jueza *a quo* no se convencía de los dichos de un testigo debió haber citado de oficio a los que nombraba este cuando se mofaba de la empresa.

Segundo agravio: la improcedencia de pagar la indemnización del art. 80 LCT. El actor no intimó en su carta documento fehacientemente indicando que le faltaba. No cumplió con el Dto. 146/2001.

Tercer agravio: la improcedencia a pagar la indemnización del art. 2 de la Ley 25323.

No corresponde el pago de esas indemnizaciones porque el despido fue causado.

Cuarto agravio: procedencia de una tasa de interés no pedida por la actora que es además muy superior a la que se aplica en la jurisdicción.

Quinto agravio: la condena al pago de los honorarios del médico Dr. S., integrante del Cuerpo Médico Forense que actuó como perito de oficio.

Sostiene la actora en su escrito que la demandada ensaya una interpretación distinta de la prueba.

El único testigo de la demandada ahora pretende sostener su inconsistencia.

Sostiene que corresponde la multa del art. 2 de la Ley 25323 porque ante la insistencia de la empleadora se vio obligado a iniciar acciones judiciales, más aun cuando la sanción resultó inatendible.

Sostiene la aplicación de la tasa de interés porque en materia de derecho del trabajo debe primar la realidad material.

Análisis:

Sustancialmente el quejoso critica la valoración que la jueza de grado hizo de la causal del distracto, sosteniendo que en autos quedó demostrada la falsedad de la dolencia del trabajador –actor- para no cumplir su débito laboral.

La causal del distracto invocada por la patronal conforme surge de la Carta Documento 23280345 de fs. 3, es por pérdida de confianza, detalla ”...según los médicos de la empresa no padece de epicondilitis en su brazo derecho, significa que mintió,... que el indebido e injustificado comportamiento se traduce en pérdida de confianza...”. Remitida al actor el 5 de enero de 2012. Que no quedó sin respuesta, y en este análisis que desarrollo me referiré infra.

Con relación a esta causal de disolución del vínculo laboral, siguiendo jurisprudencia en la materia, en oportunidades anteriores hice mía la interpretación que la pérdida de confianza, es un mero sentimiento subjetivo y carece por sí sola de operatividad para fundar el despido a falta de otro hecho objetivo que la

sustente (CNTrab, Sala VI 17-7-92, DJ 1992-1071-Sent. Def.54/99, 20/99 entre otras que obran en los registros del tribunal).

Si un hecho objetivo que por sí solo no alcanza a configurar injuria suficiente para el despido causado y sostiene el elemento subjetivo de falta de confianza, este último también debe apreciarse y dimensionarse, en orden a la realidad en que se desarrolló el contrato de trabajo y la relación de empleadora y dependiente. Sostuvo la jurisprudencia que "el empleador tiene la facultad de rescindir el contrato de trabajo ante un incumplimiento de las obligaciones propias del trabajador que, por su gravedad no admita la continuidad de la relación laboral, de acuerdo a los términos del art. 242 de la LCT. La justa causa o injuria es un motivo legal de denuncia consistente en el incumplimiento de deberes contractuales propios de la relación de trabajo. Asimismo, se establece que la valoración debe ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la ley y las modalidades y circunstancias personales de cada caso" (C.4ta. Trab., Mendoza, 4-6-96 DJ1997-1-1010/1).

Ahora bien, el recurrente entiende que la jueza *a quo* valoró erradamente la prueba producida en el expediente tendiente a demostrar la falsedad de la dolencia, dicho sea, la causal objetiva que dio sustento a la subjetiva para producir el distracto.

No desconozco -como puntualiza el primer votante, Dr. Hayes- la deficiencia de la pericia médica. Pero la pregunta del millón es: ¿estuvo enfermo a partir del 30 de noviembre de 2011 en que se recomendó reposo, hasta el momento del distracto, y cuando lo revisaron los médicos de la empresa?

Conforme sostuvo el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia "... la comunicación de la causal de despido, sea directo o indirecto, constituye una obligación para ambas partes del contrato laboral. La

normativa del art. 243 de la LCT no solo es de aplicación para ambas partes, sino que exige la invariabilidad de la causa alegada como operadora del distracto...” (ver elDial.com - BC208).

La "ratio legis" del art. 243 de la L.C.T. protege el interés probatorio y el derecho de defensa de la parte denunciada, con el objeto de que no pueda ser sorprendida en su buena fe, en el acto de la traba de la litis, con la invocación de motivos distintos de los consignados en la comunicación documentada del distracto, es decir, la invariabilidad de la causa de despido. No me permite apartarme de las causales invocadas en la carta documento de la empleadora, más aún cuando decidió P. A. SA despedirlo porque los médicos empresarios detectaron que no estaba enfermo y el trabajador respondió al despido diciendo que fue revisado cuando ya estaba recuperado (fs. 5 CD 12960958).

Verificando estas circunstancias surgidas del intercambio epistolar; de la documental agregada y de la prueba peticionada por el actor a fs. 82 “informes médicos efectuados” proveída a fs. 117, reservada en la caja de seguridad del tribunal bajo el nro. 447/15 –ver también fs. 129- que existe un estudio informado el 2712-2011 y el informe médico agregado que da cuenta que estaba el Sr. J. sin lesiones (no dejo de señalar que la fecha es del 4-1-2011, considero un error de impresión del galeno respecto del año), lo que me lleva a la conclusión que el actor fue revisado por la patronal con posterioridad a los 15 días de reposo recomendados para la recuperación.

No existe una contradicción en el fallo ni una arbitrariedad, sino una apreciación y valoración de los hechos que fueron motivo del pleito, diversa a la que efectúa la perdidosa. No surge de la lectura de la sentencia jueza *a quo* haya valorado erradamente la prueba existente, lo que se evidencia es la diferencia

conceptual para la graduación de la sanción impuesta por la empleadora; es más no se ignora que hubo una conducta por parte del trabajador sancionable, lo que se encuadro en un grado de menor gravedad la falta, delimitando o tipificando la facultad disciplinaria de la empleadora en un parámetro diverso.

Según lo dispuesto por el art. 242 LCT una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultante del mismo que configuren injuria que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. En este caso, la empleadora, fue la primera juzgadora de los hechos. Los consideró de una gravedad incompatible con la continuidad del vínculo. Ahora bien, si esta causa es discutida en juicio son los jueces quienes realizarán la valoración prudencial de la injuria teniendo en cuenta el carácter de las relaciones que resultan del contrato según lo dispuesto en la ley y las modalidades y circunstancias personales de cada caso.

"Entonces la calificación atribuida por la parte que rescinde puede y debe ser revisada o convalidada por los jueces. Existen dos momentos en la valoración de la injuria dentro de nuestro sistema legal. El primero tiene lugar en la conciencia del contratante y se expresa mediante la comunicación del despido. El segundo, en la convicción del juez, y se expresa en la sentencia. Para emitir tal juicio, el magistrado utiliza el material informativo que le proporcionan las partes, valorándolo según las condiciones del contrato de trabajo y las modalidades y circunstancias de cada caso (art. 242 *in fine* LCT)" (elDial - AL6CB).

Detalladas las circunstancias que rodearon y enmarcaron el caso, que el apelante asienta su queja en el punto en que J. mintió y que no estuvo enfermo cuando se ausentó y faltó a su trabajo, efectuando en su memorial una valoración de la prueba producida, considero que en el curso del pleito no fue demostrado

sin lugar a dudas sobre todo cuando emerge de las fechas de los informes acompañados por la empresa la posterioridad de los estudios al diagnostico de reposo por quince días.

Debe tenerse en cuenta que en derecho del trabajo no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tomar en cuenta la igualdad jurídica entre las partes. Al contrario, tiene un carácter tuitivo del empleado, a fin de asegurarle una igualdad sustantiva y real, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta el desnivel de su capacidad de negociación. En consecuencia, no rige plenamente el principio de la autonomía de la voluntad, sino solo en los casos en que se han asegurado ciertos límites que constituyen "el orden público laboral" que impregna casi todas sus normas.

Su aplicación debe respetar las fuentes y los otros principios propios del derecho. No es una franquicia que se otorga sin más al que debe aplicar la ley (juez o administración laboral) para crear la norma. Su utilización en el caso concreto debe compatibilizarse con la seguridad jurídica.

El referido principio se expresa de reglas fundamentales, entre ellas, "in dubio pro operario"; este actúa como directiva dada al juez o al intérprete para elegir, entre varios sentidos posibles de la norma, el que resulte más favorable para el trabajador (art. 9 LCT).

Se opone al criterio utilizado en las demás ramas jurídicas, según el cual la duda se resuelve, por lo común, a favor del deudor. Aplicado este al derecho del trabajo, en la mayor parte de los casos lo sería en beneficio del empleador (que tiene ese carácter en gran parte de las obligaciones de derecho laboral). De acuerdo con esta regla se ampara al más débil.

Su aplicación concreta exige tener en cuenta que solo lo es en caso de duda, por lo cual en manera alguna

permite violar la voluntad del legislador, es decir, la *ratio legis*. No es sin más un principio *pro operario*, sino "in dubio pro operario". Su utilización solo se justifica cuando haya duda en la aplicación de la ley, convenio, interpretación de ella, del contrato o de los hechos. Puede ella servir tanto para extender un beneficio, como para restringir un perjuicio. La aplicación de dicha regla exige moderación, y solo para los casos en que haya duda. Considero que en la especie se han dado las condiciones más que suficientes para la aplicación.

Dijo la empleadora que el trabajador mintió, por ello hay pérdida de confianza (causal subjetiva), en el caso y modo de ver según lo detallado en párrafos precedentes no probó el demandado la mendaz invocación de enfermedad.

Tratándose el despido la mayor sanción expurgatoria que disuelve el vínculo la prudencia en juzgar la causal se exacerba, y conforme el desarrollo efectuado, agrego que el contrato de trabajo entre las partes se había iniciado en junio de 2004 y el distracto en enero de 2012, es decir un lapso apreciable de vinculación, la invocación de una falta – causal objetiva- con la carencia de certeza detallada, haya producido la causal de disolución por falta de confianza, sin la posibilidad que la empleadora enderece la relación, o adoptado medidas previas antes del distracto, me llevan a la convicción que debo confirmar lo decidido en la instancia de grado y rechazar los agravios.

Segundo agravio: la multa del art. 80 LCT, no ha de prosperar la queja por cuanto la invocación a la redacción de la intimación es inadmisible a la luz del texto del telegrama en el cual se lee que intima conforme la normativa, es decir art. 80 LCT. Además, la empleadora debe conocer la ley y por lo tanto hacer la entrega conforme a derecho, lo que echa por tierra los argumentos expuesto. Se rechaza el agravio.

Tercer agravio: la multa del art. 2 de la Ley 25323. Emerge de la lectura que peticiona una atenuación, como se resolvió la cuestión central, el distracto, no considero aplicable en la especie una reducción. Se cumplen los parámetros exigidos por la norma además, y remitiendo a lo dicho, la empleadora pudo haber revisado su decisión, el trabajador brindó explicaciones de su conducta al contestar el distracto y se vio obligado a litigar. Rechazo el agravio.

Cuarto agravio: la tasa de interés aplicada por la jueza de grado.

En cuanto al referirse al criterio seguido por la jueza *a quo* de tribunales de otra jurisdicción judicial, me parece oportuno citar lo que dijo el STJ de nuestra provincia en sentencia definitiva nro. 02/SRE/04 autos "N. SA c/ I. C. SA s/ Ejecución hipotecaria" (expte. 19014-N-2003) transcribo el criterio que comparto: "Menos aún tiñe de arbitrariedad al pronunciamiento de la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, el hecho de que esta se apartara de las previsiones de un fallo plenario de un Tribunal de otra provincia. "La doctrina sentada en un fallo plenario no es una ley, sino una interpretación de esta última, de alcance obligatorio para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla Tribunal de Alzada" (CNCiv. Sala F, "Obras Sanitarias de la Nación c/ Consorcio de Propietarios Paraguay 1984", LL, 1985-A, 129; DJ.985-21-649). El plenario al que hace referencia el recurrente, en modo alguno obliga al tribunal que pronunció la sentencia de autos; la obligatoriedad de aquel plenario no se extiende fuera de la jurisdicción del tribunal que lo emitió o pronunció, y carece en absoluto de fuerza vinculante para todos los tribunales de esta Provincia. Pueden, en todo caso valer como guía de la opinión que se quiere compartir en función de cierta certeza jurídica al señalar una interpretación mayoritaria, mas pueden implicar la vulneración del

derecho de los magistrados a emitir sus juicios de valor sin imposiciones vinculantes extralegales (*cf*. CNCrim. y Correc., Sala V 1986/04/23, LL, 1986-D, 39; DJ, 986-2-807).

”… En este orden de ideas este Superior Tribunal, ha sostenido que "No cabe sostener... la validez vertical, lisa y llana de los fallos del Tribunal Supremo de la Nación pues ello significaría otorgar vigencia y efectos normativos a sus decisiones y a la doctrina que de él diman. Así se concedería a esta, alcances no determinados en nuestra constitución al definir la órbita de competencia de los Poderes del Estado y efectos no regulados en nuestro sistema de fuentes derecho, tal como ocurre en los países donde se aplica el "stare decisis".(SI. N° 101/90.STJCH). Tan solo este Cuerpo ha aceptado que ciertos valores jurídico políticos de gran significación, que constituyen materia federal regida por la constitución, requieren de pronunciamientos uniformes, que reafirmen la seguridad de las instituciones, eviten disparidad en las situaciones particulares y constituyan un sistema útil y efectivo. (SI N° 10/96)”.

En el caso se trató de una postura jurídica, no mayoritario, que adoptó la sentenciante de grado, para sostener la decisión de apartarse del criterio que ha seguido esta alzada, que si bien no existen en nuestra provincia fallos plenarios, este ha sido sostenido de manera unánime y reiterada, en ambas salas que componen el tribunal, por lo que estimo además que ha generado un dispendio jurisprudencial innecesario.

No ignoro y resulta veraz que la doctrina de CSJN y el STJ de nuestra provincia, mantienen el criterio que la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Código Civil queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos siempre que la decisión no lesione las garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una

versión reglamentaria única del ámbito en cuestión (“B. S. c/ B. S.A...” y “S....”). Pero y como dije precedentemente, el pronunciamiento de la jueza *a quo* se aparta de los reiterados de este tribunal de alzada salas A y B, que sin constituir jurisprudencia plenaria son constantes y uniformes en punto a la tasa de interés que corresponde aplicar al capital en condena, y no existen razones de tal contundencia que me inclinen a apartarme de las anteriores decisiones.

Cabe recordar, que para casos como el presente, el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en los autos: "S., C. c/ L. P. S.A. y/u otro s/ indem. por Acc. Trabajo", expte. N° 15.502-S-1996 y conforme con el art. 622 CC, dejó a los tribunales de la causa la fijación de las tasas de interés conforme a su razonable discreción.

Por ello, que en ejercicio de la discrecionalidad que gozan los jueces de acuerdo a la doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia que señaló como "razonable discreción de los jueces de la causa", sin reglas inexorables y siendo la aspiración llegar a soluciones justas en los casos concretos, procederá la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina, entidad asimismo tradicional referente en la materia, a fin de adecuarla a las circunstancias económicas que variaron en el transcurso del año 2002, índice que se aplicará sobre el capital de condena desde el momento debido y hasta el efectivo pago.

Ello así pues, resulta congruente establecer otra tasa activa que se adecué a las circunstancias y variaciones del momento, y la necesidad de unificar índices de cálculo que simplifiquen y no resulten dispares ni variados al momento de efectuarse liquidaciones judiciales como la presente, circunstancia delicada que debe tener en cuenta la jueza al momento de variar el criterio unánime y pacífico que viene aplicándose tanto en primera como en segunda

instancia de esta Circunscripción. Ello es en virtud razones de economía procesal y evitar dispendio jurisdiccional que hacen que deba acatarse el criterio expuesto, más allá de la opinión que pueda merecer lo decidido al respecto e incluso dejarse a salvo la propia.

Es por ello que corresponde hacer lugar a los agravios planteados por la apelante demandada y, en consecuencia, revocar parcialmente la decisión del fallo estableciendo aplicar al capital de condena la tasa activa para las operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina.

Quinto agravio: los honorarios regulados del perito médico forense. He de coincidir con el primer votante y como fuera citado por quien me precedió, se confirma lo decidido de acuerdo a lo dispuesto en el Acuerdo Plenario 4195/14.

Las costas de la alzada se imponen a la demandada recurrente, conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 CPr), en la convicción que el éxito parcial obtenido no justifica la excepción contemplada en el segundo párrafo de la norma.

Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada apelante. Modificar el fallo venido en crisis en el punto que condena intereses que, conforme considerando respectivo, corresponde aplicar al capital de condena la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento.

2) Costas a la apelante. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del acuerdo.

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia modificar el fallo de grado de fs. 648/653 en el punto que establece la tasa de interés, disponiendo se aplique al capital de condena la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

2) Costas de la alzada a la demandada apelante vencida.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizado en la alzada a los Dres. J. J. E. y M. C. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y al Dr. H. J. F. d. l. C. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara