En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de octubre del año dos mil dieciséis se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos

caratulados: **"D., M. B. c/ P. Y B. S.A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. 181 Año 2016)**, venidos del Juzgado Laboral No.1 (Expte N° 206/14) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es

justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 211.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 1 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 182/186, la cual fue apelada por la parte demandada a fs. 190, siéndole concedido el recurso a fs. 191. Expresó agravios la recurrente a fs. 192/198 vta., siendo contestado por la contraria a fs. 200/203, el traslado conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda condenando a Punto y Banca S.A. a abonar a M. B. D. R., previo descuentos de ley, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 209.050,82.-

, con más los intereses expresamente determinados en la decisión; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Tratándose de una cuestión de despido indirecto, plasmó la a quo que la actora debía acreditar la causal del mismo.

Señaló la sentenciante que no está discutido en autos la existencia de los certificados médicos expedidos por el médico de la trabajadora y que ésta contó con las certificaciones de su médico que justificó por enfermedad las ausencias en que incurriera.

Dejó constancia que el art. 210 otorga a la empresa el derecho de contralor de la enfermedad de sus empleados, pero que ante la divergencia de criterio médico no prevalece la opinión de un profesional sobre el otro sino que la empleadora debió arbitrar los medios necesarios para requerir una junta médica oficial y de allí que no habiendo observado tal conducta, resultó improcedente el descuento de haberes de la actora que realizara. Remarcó que es el empleador quien debe arbitrar -por estar en mejores condiciones fácticas- una prudente solución para determinar la real situación del dependiente.

Es por ello que ha dicho la a quo que la intimación realizada por la actora el 10/12/2013 resultó fundada en derecho y la insistencia de la empleadora de otorgar prevalencia a la opinión del médico de contralor frente al especialista que certificaba la ausencia de la actora y su concomitante actitud de proseguir sin abonar los haberes, pese al requerimiento formulado, resultan injurias de suficiente entidad como para justificar el despido indirecto dispuesto por la actora.

Es por lo concluido que consideró procedente a favor de la reclamante las indemnizaciones por despido incausado y liquidación final y los salarios adeudados desde el 04/11/2013 hasta el distracto incorrectamente detraídos. A ello incorporó el agravamiento previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323.

Con respecto a la multa del Art. 45 de la Ley 25.345 la declaró inadmisible dado que la única queja de la actora es que carecía de la certificación de la firma y ello no constituye un requisito legal.

Con respecto a los Intereses, expresó la a quo que respeta el criterio de esta Alzada con respecto a la tasa activa del Banco del Chubut a aplicarse hasta el 01/08/2015 y a partir de esta fecha condenó a pagar la tasa que establece el art. 552 del CCyC por aplicación analógica en razón de la naturaleza alimentaria del crédito del trabajador. Es por ello que la tasa de interés debe ser la más alta que cobren los bancos a sus clientes conforme reglamentaciones del BCRA, correspondiendo la fijada por el Banco Nación para descubiertos en cuenta corriente no solicitados previamente, la que a la fecha de la sentencia es del 60,47% anual.

3 – Agravios de la parte demandada y su tratamiento

3.1 – Discrepancia de criterios entre el médico de la empleada y el del empleador

3.1.A) Esgrime la queja que la sentencia le ha exigido a la patronal una conducta que la ley no le impone, violándose el art. 19 de la C.N. Ratifica que el médico de la patronal evaluó a la actora y consideró que estaba en condiciones de trabajar luego de cumplido el término de la primera licencia por 30 días otorgada por su médico de cabecera. Reconoce el intercambio postal habido entre las partes y que se han incorporado al proceso y

expresa que *"…Se sintetiza la cuestión en debate a cuál es la solución cuando existen criterios opuestos entre el médico particular del empleado y el médico de contralor patronal…"* (fs. 193 vta.).

Expresa su queja en cuanto a que si bien la sentenciante consideró que no prevalece ninguna de las opiniones médicas, ha sido arbitraria pues dijo que la jurisprudencia unánime establece que la empleadora debió arbitrar los medios necesarios para requerir una junta médica oficial. Según el agravio no hay tal jurisprudencia unánime sobre el tema y no hay una norma que imponga una solución determinada en caso de discrepancia
entre los médicos. Cita opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema.

Por último plantea que bien pudo la actora solicitar ante la Secretaría de Trabajo Provincial la formación de una Junta Médica para dirimir la cuestión y no lo hizo. Admite que ambas partes estaban en igualdad de condiciones de solicitarlo.

Sostiene que al condenarse a su parte la a quo no ha hecho otra cosa que darle preeminencia al certificado de la médica de la actora, contraviniendo con ello la opinión que no debe prevalecer una opinión médica sobre otra.

3.1.B) Surge con claridad de toda la actuación extrajudicial reconocida por las partes que, ante la discrepancia médica planteada en el caso, la patronal hizo prevalecer la opinión de "su" médico laboral (Dr. M. W.), dejando de lado y considerando sin valor vinculante para el caso las certificaciones e indicaciones expedidas por la médica de la dependiente (Dra. V. B.) y, conforme a ello, consideró injustificada su no presentación a trabajar, en razón de que "su" médico (el de la empleadora) no justificó las ausencias durante los mimos días que la profesional de la

dependiente. Como consecuencia de tal proceder, no abonó la

remuneración que reclama la actora en su demanda.

Ante los hechos aquí ocurridos, a la luz de lo sentenciado y del tenor del agravio, la cuestión nodal a discernir, como bien lo reconoce la agraviada, está dirigida a determinar los alcances del control médico al que la norma del art. 210 LCT somete al trabajador.

He tenido oportunidad de resolver una cuestión similar al votar

recientemente in re: *"T., M. A. c/ E. M. S.A. s/ Cobro de Pesos"*, 20/09/2016, N° 53/16 SDL). Por lo tanto, he de volcar aquí los

mismos fundamentos.

El "control" que en formato de atribución le confiere el art. 210 LCT al empleador, supone la posibilidad de que éste despliegue los medios idóneos para constatar que la dolencia denunciada por el trabajador se corresponda con su cuadro físico y sintomática, de forma tal de tener por cierto o al menos probable en alto grado, que su estado de salud se encuentra mermado en los términos que afirma; aventando así

comportamientos simulatorios o conductas reprobables.

Versando el art. 208 LCT sobre enfermedades o accidentes ajenos al ámbito laboral, desaparece la obligación estatuida sobre el empleador como

custodio de la integridad psicofísica del trabajador (art. 75 LCT), quedando estrictamente en manos de este último la salvaguarda de su salud en expresión máxima del principio de reserva (art. 19 CN); y, por ende, dentro de su esfera íntima la selección y elección de los medios y formas que mejor estime corresponder para el adecuado tratamiento de su estadio, tendientes al apropiado recupero de su anterior capacidad.

En tal inteligencia, el "control" establecido por el art. 210 LCT, constituye un mero avizoramiento de la situación, el que no puede trasvasar la simple

visación del cuadro denunciado; en tanto lo contrario, implicaría condonar la ingerencia y participación del empleador en el direccionamiento y decisión en una cuestión íntima y discrecional del trabajador, cual es el gobierno de su salud, avasallándose abiertamente la dignidad más elemental que debe observarse respecto de toda persona humana. En esta dirección ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional que *"…El derecho a la intimidad, consagrado en forma genérica por el art. 19 de la Constitución Nacional, protege un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones y hechos y que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad… El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona…"* (conf. CSJN, Fallos, 322:2139).

La "discrepancia" entre el diagnóstico del Médico del Trabajador y el Médico el Empleador, para ser atenida como tal y surtir efectos entre las partes, debe versar sobre la inexistencia misma del cuadro denunciado, es decir, la materialización de una conducta simulatoria, ardidosa o dolosa del trabajador, que alega una situación que no es real; pues los diferentes pareceres respecto de una sintomatología determinada, no deja de ser una cuestión científica propia en el ámbito de los profesionales del arte de curar, y que habitualmente acontece; de donde sigue que ese contrapunto posicional, representa una disparidad de opiniones dentro de parámetros científicamente discutibles, y en donde necesariamente debe prevalecer lo

signado por el profesional del trabajador, en tanto lo contrario implica despojar a este último del cuidado de su propia integralidad corporal, desplazando esa tutela hacia el empleador, a la sazón, tercero ajeno a la situación (conf. Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, LLOnline AR/JUR/59207/2012).

Dice Mario ACKERMAN que siendo el trabajador el único interesado en ganar el salario de incapacidad, el aviso de la misma es la condición o presupuesto del derecho a la remuneración (conf. *"Incapacidad Temporaria y Contrato de Trabajo"*, pág. 253). La contrapartida de ello representa la facultad del empleador de efectuar el control del ausentismo (art. 210 LCT), cuyo fundamento radica no sólo en la necesidad de éste de adoptar las medidas que eviten un perjuicio a su explotación empresaria, sino en poder arribar al conocimiento de las causas y manifestaciones de la invalidez, para determinar su previsible prolongación y sus consecuencias sobre el trabajador en relación a la continuidad de la vinculación o para la adopción de las medidas necesarias en tutela de la integridad psicofísica de aquél (art. 75 LCT). Resulta violento sino inequitativo otorgar mayor primacía a una certificación médica por encima de la otra, por cuanto las mismas representan en sí el legítimo ejercicio de los derechos de ambas partes integrantes de la relación sustantiva laboral. A pesar de ello no resulta reprochable admitir los argumentos de aquellos autores que han interpretado que de reconocerse primacía a alguno de los dictámenes debería darse preferencia al del trabajador, básicamente por la confrontación de los intereses en juego: la salud del dependiente y su derecho a la prestación alimentaria que constituye el salario de incapacidad temporaria, frente a las consecuencias exclusivamente patrimoniales que ello puede acarrear al dador de trabajo (conf, ACKERMAN, M., ob. cit., pág. 269). El referido autor cita a RAMIREZ GRONDA quien sostiene que al atribuirse a

la empresa una parte del riesgo que supone la enfermedad o accidente inculpable aparece también como facultad suya la de enterarse de la existencia del infortunio y verificar su magnitud, el reconocimiento de esta facultad reclama examinar con cuidado las diversas posibilidades que sugiere el asunto, a objeto de que, so color de proteger los derechos del principal, no se llegue a reducir o anular el beneficio que se instituye a favor del trabajador que ha caído víctima del infortunio (conf. Cám.6ª.Apel.Trabajo, Mendoza, in re *"Duci, S.E. c/ Consolidar Comercializadora S.A. s/ Despido"*, N° 18.119; Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, cit.).

La prevalencia del criterio médico del profesional del trabajador encuentra sustento no sólo en el respeto a la dignidad de la persona de este último; sino también en resultar el mecanismo que mejor garantiza el beneficio que la ley le concede; por cuanto admitir la supremacía del facultativo de la patronal, importaría conferirle a dicha parte no solo la potestad de otorgamiento de la licencia sino también la posibilidad de interrumpirla. Por lo demás, del conjuro de los arts. 208 y 209 LCT, claramente surge que el dependiente para acceder a la licencia paga por enfermedad o accidentes inculpables debe dar aviso a su empleador por medio fehaciente que certifique la situación incapacitante, en lo que constituye un acto jurídico autosuficiente que no requiere consentimiento o validación alguna de la patronal para tornarse operativo; de donde sigue que fue explícita la voluntad del legislador de limitar al empleador a un mero control mediante el art. 210 LCT; en definitiva, única obligación del trabajador (conf. voto Dr. Dardo A. Fernández, Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, cit.).

En esta misma dirección se ha decidido que si bien no existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el del control empresario, en principio, es

razonable privilegiar la opinión del primero de ellos, ya que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador (conf CNTrab., Sala V, 31/05/2011, DT 2011 (octubre), 2682; CNTrab., Sala VIII, 22/08/2008, LLOnline AR/JUR/9629/2008).

El argumento para dar prioridad al dictamen del médico del trabajador se basa en que éste es quien tiene a su cargo el tratamiento médico del dependiente y consecuentemente es quien sabe con mayor precisión en qué estado se encuentra el trabajador, pues el médico de la empresa sólo puede controlar el diagnóstico dado por el mismo (confirmándolo o cuestionándolo), más no puede dar indicaciones al trabajador respecto del tratamiento que debe seguir (conf. CNT., Sala X, 18/04/2011, *"González, C.A. c/ Dota S.A."*; CNT., Sala VIII, 22/08/2008, LLOnline AR/JUR/9629/2008; GASQUET, P.A., *"La problemática de los certificados médicos en el ámbito de las relaciones laborales"*, DJ 07/08/2013, 1).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, también es válida la opción de recurrir a una tercera consulta médica para desempatar las opiniones, pero el empleador debe tomar la precaución de requerir la asistencia de un profesional despojado de subjetividad a favor de alguna de las partes en conflicto, tal como suele ocurrir con la opinión de los médicos de las empresas de medicina laboral, quienes (a veces) con el objetivo de conservar al cliente procuran atemperar su opinión profesional si la misma puede no ser conteste con la intención esbozada por el empleador. Por ello, es aconsejable que esa tercera opinión esté despojada de todo tipo de prejuicios o intereses sectoriales (conf. GASQUET, P.A., ob. cit.).

La jurisprudencia avala esta posibilidad y es por ello que se ha resuelto lo siguiente: *"Con un criterio de colaboración y solidaridad, constituye un obrar prudente del empleador realizar al menos una tercera consulta, ante la discrepancia*

de los dictámenes médicos relativos a la salud del trabajador" (CNTrab., Sala X, 12/07/2006, in re: *"Casaccio, G.C. c/ Transp. Autom. Plaza S.A."*; cit. GASQUET, ob. cit.). La empleadora no recurrió a este procedimiento.

Corresponde destacar que, frente a una problemática como la que aquí se planteara entre las partes, debe priorizarse el cumplimiento de un principio rector que nos dice que si bien el empleador debe ejercer sus facultades de control, también es su deber evitar en lo posible originar un perjuicio para alguna de las partes, en su intención de hacer cesar un estado de incertidumbre y de allí que antes de tomar la decisión extrema de extinguir el vínculo, resulta lógico y conforme a la Ley de Contrato de Trabajo, que agote los medios que tiene a su alcance para mantener su continuidad (conf. CNTrab., Sala IV, 30/05/2012, LLOnline AR/JUR/29778/2012).

Bajo los parámetros que hasta aquí he venido desarrollando, la conducta de la demandada al tener por justificadas solamente las ausencias que admitiera el médico de la patronal, es porque ha considerado que las certificaciones presentadas por la dependiente y que otorgara su médica personal no fueron aptos para acreditar enfermedad, patología, ni imposibilidad para trabajar y entiendo que ello no se ajusta a derecho. Y el desajuste se debe a que la empleadora -como el profesional médico que la asesora- no puede abrir juicio de valor en relación a la aptitud del facultativo que extendió la certificación, por cuanto ello importaría erigirlos en una instancia superior revisora de la idoneidad de dicho galeno, careciendo de las facultades para tal proceder y es por ello que el cuestionamiento de la aptitud de los certificados presentados por la actora -que surge evidente de la conducta asumida por la patronal- aparece infundado y huérfano de atención.

De lo analizado se advierte un ejercicio abusivo por parte de la demandada, del control médico previsto por el art. 210 LCT, en tanto excedió los límites de la mera visación, para directamente disponer del estado de salud de la actora al detener y no respetar el goce de la licencia en curso; y, por ende, el emplazamiento requiriéndole que retome sus tareas encontrándose de licencia, carece de virtualidad legal suficiente para sustentar la requisitoria, como también lo ha sido la retención de sus haberes oportunamente reclamados por la dependiente y no abonados por la requerida.

Dentro de este cuadro de situación, el hecho que el empleador ejerza el derecho de control previsto por el art. 210 de la LCT y que no se encontrara satisfecho con los informes médicos elaborados por la profesional que asiste a la dependiente por existir discrepancias entre los profesionales de ambas partes, no implica lisa y llanamente que pueda suspender el pago de los haberes de la trabajadora, resultando prudente en ese supuesto eximir de prestar tareas a la dependiente y continuar con el pago de su remuneración, empero comunicarle fehacientemente que el mismo está condicionado al resultado del dictamen médico emitido por un tercer profesional imparcial, pues en el supuesto que el mismo no justifique la dolencia de la trabajadora, sus ausencias serán calificadas como injustificadas y se le dará por decaído el derecho a percibir los haberes por dicho lapso, procediendo al inmediato descuento como ausencias injustificadas. Este procedimiento tampoco fue empleado por la demandada y de allí que sea reprochable su conducta, tal como se decidiera por la sentencia en crisis.

La fundamentación que hasta aquí he desarrollado me conduce al rechazo del agravio bajo análisis.

3.2 – <u>Vacaciones no gozadas año 2013 y remuneración de Diciembre de</u>

2013

3.2.A) Agravia a la demandada que la sentencia la condenara a pagar las "vacaciones no gozadas del año 2013" que en la liquidación volcada en la demanda asciende a $ 9.732,53.- Expresa la quejosa que oportunamente dijo que este rubro fue oportunamente depositado en la cuanta de caja de ahorro-sueldo de la actora en el Banco Macro por la suma de $ 9.140,49.- en razón de haberse deducido cuatro días de suspensión. Agrega que el banco informó sobre dicho depósito y de allí que no pudo integrar la condena.

Agravia también la inclusión del mes de "Diciembre de 2013" en el que la actora no dio aviso de enfermedad, no se sometió al control del médico patronal, ni prestó su débito laboral.

3.2.B) Con respecto al rubro "Vacaciones No Gozadas Año 2013", al contestar la demanda la empleadora acompañó los recibos que incluyen el mismo (fs. 59/60), si bien dejó sentado que la actora lo percibió mediante el correspondiente depósito bancario pero que no había firmado el recibo. Al contestar la actora el traslado que se le confiriera de la documental adjuntada por la demandada, expresó: *"…respecto de la prueba instrumental ninguna observación tiene esta parte que formular…"* (conf. fs. 87). Por lo tanto, dicho recibo corresponde que sea tenido por reconocido y, en consecuencia tenerse por pago el rubro en cuestión.

Además de lo expuesto, el Banco Macro informó sobre el depósito en la cuenta de la actora de la suma referida por la demandada (conf. fs. 128/131).

En razón de lo expuesto y admitiendo esta parte del agravio, del monto a pagar por la demandada fijado en la sentencia deberá descontarse el que corresponde a la "Indemnización Vacaciones No Gozadas Año 2013" ($ 9.732,53.-).

Con respecto a la remuneración correspondiente al mes de Diciembre de 2013, si bien es cierto que no consta la existencia de certificado médico que justificara la imposibilidad de trabajar por parte de la actora durante ese mes, también lo es que el día 04/12/2013 la empleadora le cursó el envío postal obrante a fs. 7 y allí nada se le notificó a la empleada sobre su ausencia al trabajo en ese mes y, menos aun, se le hizo intimación alguna para que se presente a trabajar. Ello demuestra que la demandada le dio continuidad al vínculo de trabajo pese a la ausencia de la dependiente.

Por otra parte en el certificado expedido por la demandada consta como *"Fecha de Fin de la Relación Laboral: 31/01/2014"* (fs. 28) y del resto de la certificación obrante a fs. 28/32 surge el pago de haberes y de aportes hasta el mes de Diciembre de 2013 inclusive. Por lo tanto, el pago de la remuneración correspondiente a Diciembre de 2013 debe ser confirmado.

3.3 – <u>Multa Art. 2 Ley 25.323</u>

3.3.A) Esgrime la demandada que el segundo párrafo del art. 2 de la Ley 25.323 establece que la Justicia puede reducir y hasta eliminar la misma en caso de existir causas que justificaren la conducta del empleador. Afirma que en este caso han existido causas justificantes para que la patronal no abonase una indemnización por cuanto el distracto no se ajustaba a derecho. Por ello, solicita se la exima de su pago.

3.3.B) No advierto de las constancias de autos que hayan existido causas serias y razonables que justifiquen la conducta de la demandada y que ello permita eximirla de la sanción que impone la norma en cuestión. Tampoco ello ha sido cabalmente demostrado por la agraviada.

Por lo tanto, el agravio no debe admitirse y la aplicación de la sanción debe confirmarse.

3.4 – La tasa de interés

3.4.A) Agravia a la demandada la tasa de interés que aplica la a quo a partir del día 01 de Agosto de 2015, haciendo aplicación del art. 552 del CCyC en razón de la analogía del crédito de la actora con los alimentos. Refiere que los salarios tienen carácter alimentario, pero no las indemnizaciones ni las multas.

Remarca que la tasa fijada es contrario a lo determinado recientemente por el STJCH en la Acordada N° 4406/16 relativa a la Tasa de Justicia donde se fija la tasa de interés activa promedio mensual del Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuentos de documentos comerciales, lo cual se ajusta a la norma del art. 768 del CCyC. Esgrime la inaplicabilidad de la norma del art. 552 del CCyC a la cuestión de autos ya que se trata de una norma exclusiva para el incumplimiento de deudas de alimentos entre parientes obligados a prestarlos y establecida como forma de asegurar el cumplimiento.

3.4.B) En lo que concierne a los intereses moratorios, en principio, habré de destacar que el período comprendido desde la exigibilidad de los mismos hasta el efectivo pago involucra la existencia temporal de dos normas: primero, el art. 622 del Código Civil derogado y, luego, el art. 768 del Código Civil y Comercial (conf. Ley 26.994, B.O., 8-10-2014 y Ley 27.077, B.O., 19-12-2014).

La aplicación temporal del nuevo régimen, específicamente del art. 768, exige acudir al art. 7 del mismo cuerpo normativo, en donde se establece:

"Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

El presente art. 7 se asemeja -en lo sustancial- al art. 3 del Código derogado. Razón por la cual, desde el 1° de agosto de 2015 rige el art. 768 del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) a los fines de la determinación de los intereses moratorios (conf. SCBA, 18/05/2016, Causa B 62.488, *"Ubertalli"*).

A partir de lo expuesto, entonces, también corresponde precisar que por el período comprendido desde la exigibilidad de los intereses hasta el 31 de julio de 2015, los mismos están regulados por el art. 622 del Código derogado.

Cabe ahora abordar la cuestión de la tasa de interés moratorio en el marco del régimen normativo aplicable desde el 1° de agosto de 2015, debido a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (conf. Ley 26.994, B.O., 8-X-2014; y Ley 27.077, B.O., 19-XII-2014).

La cuestión ha sido resuelta ya por esta Cámara in re: *"P. S E. c/ A. W. J. s/ Cobro de Pesos"*, sentencia del 29/09/2016, Reg. N° 56/16 SDL), en la que expresé mi voto, que he de reiterar aquí.

La norma contenida en el art. 768 establece que a partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes y la tasa se determina: *"a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central"*.

En la presente causa no existe acuerdo de partes ni ley especial que los rija, razón por la cual, debe aplicarse -entonces- el inc. “c” de la norma bajo análisis.

En este marco legal, debe esta Alzada resolver si corresponde aplicar la norma del art. 552 del CCyC a los créditos aquí reclamados, tal como lo resolviera la a quo y que agravia a la recurrente.

En el desarrollo de este análisis -y en razón de compartirlos plenamente- he de basar mi postura en los fundamentos que expusiera el Dr. Eduardo Julio Pettigiani al votar in re: *“Ubertalli”* que he referido supra.

En la Sección Primera sobre *”Alimentos*" del Capítulo Segundo correspondiente a los *”Deberes y derechos de los parientes”*, encontramos la norma en cuestión, el art. 552 que expresa: *”Intereses. Las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso”*.

De modo tal que nos hallamos ante la obligación alimentaria entre parientes, por lo cual considero que resulta esencial explicitar, con la mayor precisión posible, el fundamento de la misma a los fines de evaluar su posible extrapolación al supuesto previsto en el inc. "c" del art. 768 del Código citado.

En el deber alimentario *”el sentido más espiritual y solidarista del derecho aparece patente*" (conf. REZZONICO, J.C., *”Esencia jurídica del derecho alimentario y mandato”*, La Ley, 1989-B, pág. 593). Efectivamente, dicho autor resalta que se trata de una *”relación de índole asistencial que trasunta principios de solidaridad, es en su línea general una obligación autónoma e independiente, que nace directamente del vínculo familiar y que reconoce en las relaciones de familia, su causa y su justificación plenas”* (conf., ob. cit., pág. 594).

Estos rasgos de la prestación alimentaria, su carácter asistencial derivado del deber moral de solidaridad (conf. LLAMBIAS, J.J., *"Código Civil Anotado"*, t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1978, pág. 1087; BOSSERT, G.A., *"Régimen Jurídico de los Alimentos"*, Ed. Astrea, Bs. As., 1995, págs. 1/3; BUERES, A. J. y HIGHTON, E. I., *"Código Civil"*, T. 1, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, págs. 1230 y 1338; ZANNONI, E., *"Derecho de Familia"*, Ed. Astrea, Bs. As., 2006, pág. 117), no se modifican por la circunstancia de que el contenido de la prestación sea económico (que se traduzca, concretamente, en pago de dinero o especie), es decir, *"si bien su contenido es patrimonial, el fin primordial es extrapatrimonial: la satisfacción de necesidades personales de quien requiere la prestación alimentaria para asegurarse la conservación de la vida"* (BELLUSCIO, C.A., *"Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico"*, Ed. Universidad, Bs. As., 2006, pág. 51).

En este mismo sentido, deviene ilustrativo y elocuente la descripción que efectúa Obal -en base a las reflexiones de Cicú- respecto de quien posee el derecho a alimentos y quien está obligado a ellos. Así, por un lado, sostiene que *"el derecho del alimentista no constituye un elemento activo de su patrimonio, ni puede servir de garantía a sus acreedores; no tiene los caracteres de un interés patrimonial individual, con protección legal adecuada a esa fisonomía, ya que dicha protección se otorga en defensa de un interés superior y familiar"* (conf. OBAL, C.R., voz "Alimentos", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. I, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1954, pág. 646). Y, a su vez en cuanto al revés de esta relación, manifiesta que *"el débito por alimentos no constituye para el obligado un elemento pasivo de su patrimonio, ya que su importe no entra en la valuación económica del deudor, como tal"*. Estas características descriptas lo llevan a concluir que *"no se trata, pues, ni una ventaja ni una carga patrimonial, porque su carácter prevalente es la naturaleza superior, familiar y social de la institución*

que la excluye del ámbito de las relaciones individuales, puras y simples de contenido económico" (conf. OBAL, C.R., ob. cit., pág. 646).

En efecto, la naturaleza de las obligaciones dinerarias aparece sustancialmente diferente a la de las obligaciones alimentarias, que se dan en un supuesto especialísimo, fincado en la solidaridad que une a los miembros de una misma familia, en una relación estrecha producto de esa pertenencia, en la que no se ha entregado nada por contrapartida, pero donde la reciprocidad aparece como un componente dominante en casi todas las situaciones que se presentan, conformando -al decir de Cicú- un interés individual tutelado por razones de humanidad (conf. CICU, A., "*Gli Alimenti"*, Torino, 1939, pág. 276; citado voz "Alimentos" por Carlos R. Obal, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. I, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1954, pág. 646).

Asimismo, la obligación alimentaria es esencialmente variable, apontocada en situaciones eminentemente circunstanciales que pueden ser más o menos prolongadas, dependiendo de las necesidades cambiantes de las personas y de su economía, del costo de la vida, de la existencia de un estado de necesidad por una parte, y de la correlativa solvencia por la otra.

La obligación alimentaria se funda esencialmente en un deber moral de socorrer, objetivado en una ley positiva para dotarlo de coercitividad y posibilidades de efectividad, siendo comprensiva -a diferencia de toda otra prestación debida- de *"todo lo que es necesario para pasar la vida"* (conf. ESCRICHE, J., *"Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia"*, T. I, Madrid, 1874, pág. 441).

Entonces, las consideraciones precedentes que destacan las específicas y singulares características de la obligación alimentaria, resultan razones suficientes para sostener que el criterio contenido en el art. 552 del Código Civil y Comercial no puede en modo alguno ser extrapolado a la hipótesis

que regula el inc. "c" del art. 768 del CCyC, tal como hiciera la sentencia en crisis, lo cual -y así lo propongo al Acuerdo- debe ser revocado.

Por lo tanto, en virtud de lo fundamentado, ante el cambio normativo que importó el inc. "c" del art. 768 del Código Civil y Comercial, que conlleva una particular incidencia en la ponderación judicial al estar ante un circunscripto y concreto espectro de opciones, y teniendo en cuenta los valores de igualdad y seguridad jurídica, he de considerar que por el período que va del 1 de agosto de 2015 hasta su efectivo pago deberá aplicarse la tasa activa para las operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A., en razón de ser la tasa que ha solicitado la parte actora al demandar y no encontrarse ello controvertido en el proceso.

Si bien es cierto que los jueces están facultados para fijar la tasa de interés aplicable al caso, aquí no solamente se ha hecho jugar de manera inadecuada la normativa del art. 552 del CCyC sino que se hace aplicación de una tasa de interés que no es la que viene aplicando de manera uniforme nuestro STJ sin que haya fundamentado adecuadamente la a quo las razones que justifiquen su apartamiento.

En virtud de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo admitir la queja en tratamiento y, en atención a que la a quo ha resuelto respetar el criterio de esta Alzada con respecto a la tasa de interés por el período anterior al 01 de Agosto de 2015, determinar que la tasa que debe aplicarse sobre el monto de la condena es la tasa activa para las operaciones de descuentos de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A.

3.5 – La condena en costas

3.5.A) Plantea la queja la modificación de la proporción de la condena en costas en razón de haber resultado su parte vencedora en la cuestión relacionada a la multa del art. 45 de la Ley 25.345 y de allí que no corresponda imponerle la totalidad de las costas de la instancia originaria.

3.5.B) En razón de tener que considerar seguidamente el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC, esta cuestión será tratada al referirme a ello.

4 – Conclusión

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado me conduce a concluir que corresponde **revocar parcialmente** la sentencia recurrida: a) en cuanto condenó a pagar el rubro "Vacaciones no gozadas año 2013" y b) en cuanto aplicó por analogía el art. 552 del CCyC para determinar la tasa de interés aplicable sobre el monto de condena a partir del 01 de Agosto de 2015 y **disponer:** que a partir del día 01 de Agosto de 2015 la tasa de interés a aplicarse sobre el monto de condena es la tasa activa para las operaciones de descuentos de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A. En todo lo demás que fuera materia de agravio, la decisión dictada en la instancia originara debe ser confirmada. Así lo voto.

5 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación parcial de la sentencia recurrida conduce a la aplicación de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC.

La demandada ha planteado en sus agravios su pretensión en cuanto a que esta Alzada modifique la imposición de costas de la primera instancia entendiendo que su parte no debe responder por su totalidad.

He de anticipar que los puntos que los que la sentencia recurrida es revocada no produce una modificación sustancial en el carácter de vencida que ostenta la parte demandada en el proceso y de allí que he de proponer mantener la condena en costas de la primera instancia a dicha parte.

En materia laboral el principio objetivo de la derrota debe ser interpretado de acuerdo con el sentido protectorio que tiene el derecho del trabajo. Con este enclave se afirma que por el solo hecho de no cumplir el empleador con las obligaciones a su cargo y obligar al trabajador a presentar su demanda ante la justicia, le corresponde el cargo de las costas aunque la acción no prospere en todo lo reclamado (conf. Cám. 1ª. Trab. Paraná, 30/05/80, SP La Ley, 981-231).

En base a lo expuesto, lo cual es un criterio ya fijado por esta Cámara (ver: *"B., L.A. c/ B., A. s/ Cobro de Pesos"*, 11/06/2013, Reg. N° 43/13 SD; *"F., P.I. c/ R., J.L. s/ Cobro de Pesos"*, 28/11/2013, Reg. N° 92/13 SD y

"P., R.L. c/ P. H. S.A. s/ Cobro de Pesos", 20/02/2014, Reg. N° 06/14 SD; entre otros), considero que no hay razones para efectuar una nueva distribución de las costas, correspondiendo confirmar el decisorio de la

inferior con respecto a la imposición de costas y regulación de honorarios.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención a la conclusión arribada precedentemente, evaluando que la parte actora no ha rebatido el cuestionamiento realizado por la demandada con respecto a la tasa de interés -la que fuera fijada de oficio por la a quo-, como así tampoco el planteo recursivo sobre los rubros "Vacaciones 2013" y

“Remuneración Diciembre 2013”, corresponde imponer las costas de la Alzada en el orden causado (art. 72 CPCC y concs.), regulándose los honorarios del Dr. F. A., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. G., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de

corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs., Ley XIII N° IV y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen:

2.2.1

La cuestión medular que causa agravio a la parte recurrente es la decisión de la magistrada de grado de estimar legítimo el despido dispuesto por la actora al establecer que *“ la intimación realizada por la actora el 10/12/2013*

resulta fundada en derecho, y, por su parte, la insistencia de la empleadora de otorgar prevalencia a la opinión del médico de contralor frente al especialista que certificaba la ausencia de la actora, y su concomitante actitud de proseguir sin abonar los haberes, pese al requerimiento formulado, resultan, a mi juicio, injurias de suficiente entidad como para justificar el despido indirecto dispuesto por la actor".

Los agravios puestos a consideración de esta Alzada deberán determinar si resultó procedente la ruptura del vínculo laboral dispuesto por la actora (art. 242 LCT).

No tengo dudas que el eje de la decisión, y en los términos en que se ha planteado el agravio requiere decidir sobre el alcance del control médico previsto en el art. 210 LCT.

Llega firme a esta instancia que *"… no se ha discutido en autos la existencia de los certificados expedidos por los médicos tratantes de la trabajadora, por el que se le aconsejaba una primera licencia por 30 días a partir del 04/10/13, que la demandada no cuestionó ni controló y dos licencias subsiguientes, la primera por treinta días, presentada ante el médico de contralor y no convalidada, y la segunda presentada directamente por la actora ante la Secretaría de Trabajo, por veinte días más; todas por idéntica patología. …"*

En los términos de la sentencia y de la cuestión fáctica puesta a resolver por esta Cámara, entre la Dra. V. B. médica tratante de la trabajadora y el médico de la empleadora Dr. W., se dio el supuesto de discrepancia en relación a la dolencia, indicaciones y tratamiento a seguir por la Sra. D. R..

Tal como informa el Dr. Fiordelisi, ya hemos tenido oportunidad de expedirnos sobre una cuestión similar por SDL N° 53/16 de fecha 20 de septiembre de 2016.

Es claro que ante la discrepancia, la empresa demandada hizo prevalecer la opinión del médico laboral Dr. M. W., dejando de lado el criterio médico expuesto por la Dra. B. y en base a ello, considerando sus ausencias injustificadas, no abonó las remuneraciones correspondientes al mes de noviembre de 2013.

La norma del art. 210 de la LCT precisa que el trabajador está obligado a someterse al control que efectúe el facultativo designado por la patronal. Sin embargo *"La norma…no determina el alcance y las condiciones en que el empleador puede efectuar el control (…) en suma, la facultad se limita a la verificación de la existencia cierta de la enfermedad incapacitante "*(Tosto "Ley de Contrato de Trabajo" TIV pág.30 Ed La Ley).

La Sra. D. R. dio aviso de su enfermedad y puso a disposición del contralor médico de la empresa los certificados médicos que dieron cuenta de su patología y el tratamiento indicado, entre los cuales estaba el reposo ambulatorio. El primer período de licencia no mereció cuestionamiento alguno y contaba con licencia hasta el día 4 de noviembre de 2013 (fs. 33).

Del mismo documento surge que la actora debía presentarse en fecha 1/11/13 y así lo hizo (v. doc 00008400 fs. 34).

Luego concurrió al servicio médico el día 4/11 con un nuevo certificado- según asentara el profesional- desde el 4/11 al 30/11 y el Dr. W. no valida el certificado del médico tratante y decide no justificar la ausencia del 4/ 11 (v. fs. 34).

Está acreditado que con fecha 5 de noviembre, la actora depositó el certificado médico otorgado por la Dra. B. y otro de la sicóloga G. que indicaban tratamiento y prescripción de licencia laboral hasta el 30 de

noviembre de 2013, como que la empresa se niega a recibir el certificado (ver actuaciones remitidas por la Secretaría y que obran a fs. 101/114).

Dispuesto el contralor médico en ejercicio de la facultad que le brinda el art. 210 LCT, la Sra. D. R. se avino a los mismos, sin que se hubiera alegado que la actora no colaborara o mostrara resistencia al control así ordenado, ni tampoco que la patología fuera inexistente o simulada.

Se dijo en la contestación de demanda *"consideró según su saber científico-médico y conocimiento pleno del tipo de actividades del trabajo concreto, que la Sra. D. R. estaba en condiciones de prestar su debito laboral".*
Consecuentemente la disparidad de opinión radicó a la necesidad o no de ausentarse a cumplir el débito laboral.

Conforme señalara en la sentencia individualizada y que reiteraré aquí de lo que se trata entonces es decidir si corresponde dar prevalencia a la opinión del médico laboral por sobre la opinión del médico personal de la trabajadora y es claro que la cuestión no resuelta en el texto de la ley, ha generado distintas opiniones en doctrina y jurisprudencia. *"La norma no ha previsto un mecanismo para dilucidar las discrepancias. La justicia del trabajo, en diferentes pronunciamientos ha determinado distintas pautas, las que tomadas por la doctrina se las puede enunciar del siguiente modo: a) No cabe asignarle mayor o menor peso a ninguna de las opiniones médicas de cada una de las partes; b) El empleador posee un deber de iniciativa por lo que le cabe arbitrar los medios para una solución que procure conservar el vínculo; sin embargo, lo dicho no es óbice para que el trabajador proponga algún mecanismo igualmente eficaz para dilucidar la cuestión, aun cuando no está obligado a ello; c) Ambas partes están obligadas a un uso funcional del derecho obrando activa y pasivamente en un marco de buena fe y colaboración"* (Tosto op.cit pág 31/32).

Frente a la controversia suscitada por la enfermedad denunciada por la actora, se deben ponderar las conductas de las partes bajo las reglas de aplicación al caso. En primer lugar se debe saber si existió verosimilitud sobre la situación de enfermedad invocada por la actora y notificadas a la demandada y su comportamiento al respecto.

Como ya he señalado, la actora cumplió con avisar a su empleadora y entregar los certificados médicos, estuvo a disposición para el control en las oportunidades que le fue requerido, por lo que no existen constancias que se haya negado al control de la demandada.

En concreto, la actora ejerciendo sus derechos preservados por el principio protectorio y las condiciones dignas y equitativas garantizadas por el arts. 14 bis CN, gozaba del derecho a licencia paga del art. 208 LCT cuya reglamentación indica que el trabajador debe avisar y someterse al control pero no al diagnóstico unilateral del empleador. En todo caso el empleador debe respetar ese derecho (arts. 11, 62, 63, 64 y 65 LCT*). "El principal no puede considerar injustificadas las inasistencias del trabajador sobre la única base de la opinión de su propio servicio médico, contraria a la del médico de aquél "* (citado por Fernández Madrid- Caubet- Fernández Madrid "Despidos y Suspensiones" T I , págs. 522 Ed. La Ley).

Ahora bien, mientras la actora puso a disposición los certificados médicos que respaldaban sus dolencias y se puso a disposición para los controles, no existe prueba técnica que contradiga a la actora.

Y esto es así porque más allá de discrepar con el otorgamiento de las licencias, la empleadora no adoptó ninguna medida al respecto no obstante el tiempo transcurrido desde la primera comunicación de enfermedad. Dispuso unilateralmente interrumpir el pago de salarios lo que constituye

un avance hacia la privación alimentaria de la actora en circunstancias en que, como se comprobó, ostentaba razonable respaldo médico para afirmar su situación laboral y finalmente imputando a la actora estar ausente sin justificación a partir del 4/11 (exteriorizando así su postura negativa de que las dolencias certificadas la imposibilitaban trabajar), la emplazó a retornar a prestar tareas bajo apercibimiento de considerar abandono (v. fs. 9) La misma tesitura adoptó en la comunicación que obra a fs. 8 del 12 de noviembre y las subsiguientes comunicaciones (fs. 6 y fs. 5). Agrego que en la comunicación del 10 de diciembre, la actora intimó al pago de los salarios completos del mes de noviembre (fs. 11).

Si el empleador no estaba de acuerdo con el diagnóstico del médico tratante de la actora debió controvertir técnicamente dicho diagnóstico con sus propias auditorias y traerlas a juicio en su caso; tampoco argumentó ni probó en este expediente que el médico tratante falseó la verdad cuando indicó la imposibilidad de la actora de trabajar y menos aún, requirió el dictamen objetivo de un organismo administrativo independiente.

Luego de ello, considero que este caso y dadas las particularidades que el mismo presenta, debe resolverse el mismo partiendo de la base del valor de la certificación médica aportada por la actora. Ello así en el entendimiento de que no existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el de control empresario -la Ley 21297 eliminó el sistema establecido en el texto original de la L.C.T.- por lo que, en principio, es razonable privilegiar la opinión del primero de ellos, que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador.

El único argumento defensivo de la parte y en el que se insiste en el agravio es el criterio médico del Dr. W., quien a tenor de su propia

declaración, evaluó a la empleada, consideró que estaba realmente de alta y que no aceptó la nueva licencia por considerar que no coincidía con el cuadro sicótico.

Diré también que la supuesta comunicación con la Dra. B. y donde presuntamente concordaban que la paciente estaba de alta, quedó en la manifestación del testigo en tanto la médica tratante no reconoció esa comunicación.

Por otro lado y existiendo un certificado médico que aconsejaba la licencia laboral, resulta obvio que cualquier modificación del criterio del médico tratante debió instrumentarse de un modo fehaciente para avalar la actitud posterior de la empresa.

Los dichos del testigo W. son a mi criterio es insuficientes para refutar lo aconsejado por el médico tratante. *"Ante la existencia de certificados médicos contradictorios de la actora y de la demandada, la cuestión debió dirimirse a través de un tercer dictamen, no pudiendo desconocerse e invalidarse, por decisión unilateral, una constancia médica como la aportada por el trabajador. Se trata de una de las situaciones en las que se contradicen constancias médicas y, si bien es cierto que la ley 21.297 derogó la solución normativa, en virtud de la cual se designaba un médico oficial, por la vía administrativa, por lo cual existe un verdadero vacío legislativo en relación al artículo 210 de la Ley de Contrato de Trabajo, ello no implica desistir de una salida razonable y objetiva, cual es la de obtener un tercer criterio, opinión o dictamen médico."* (Caballero, Marcelo F. c/ Frig. Avícola Basavilbaso s/ Cobro de pesos. Cámara CU Sala Laboral, 2468 S 22-11-2000, Base elDial.com - AT27C5).

No puedo soslayar que el control médico de las inasistencias por

enfermedad incide no solo la prestación efectiva de las tareas y su correlato de la percepción del salario, sino las eventuales consecuencias que pueden derivar en un mayor agravamiento de la salud del empleado quien -no encontrándose en condiciones de cumplir su trabajo- es puesto en el trance de hacerlo para evitar el desmedro de su retribución.

En suma, el accionar de la demanda tuvo tres puntos esenciales: no pagar salarios, desconocer los respaldos médicos de la actora sin que obren en autos fundamentos técnicos y considerar que faltaba sin causa colocándola en situación de tener que contrariar los consejos médicos de no asistir a trabajar para preservar el contrato de trabajo.

Esta línea de conducta es contraria a los deberes de buena fe, colaboración y solidaridad y los derechos del trabajador de permanecer con goce de licencia paga en caso de enfermedad inculpable.

Por lo tanto, la conducta del empleador encuadra en la hipótesis de injuria grave que no consiente la continuidad laboral según lo previsto en el art. 242 LCT y autorizó a la actora a denunciar el contrato de trabajo de lo que había apercibido a la demandada con anterioridad.

2.2.

En el segundo agravio se queja de la condena a pagar las vacaciones no gozadas del año 2103 por la suma reclamada en la demanda de $9.732,53 y la inclusión del mes de diciembre en el que la actora no dio aviso de enfermedad ni se prestó al control médico ni prestó su débito laboral. Señaló la sentencia que se debían las sumas correspondientes al despido incausado y liquidación final debían abonarse los salarios adeudados hasta el distracto y desde el 4/11/2013 incorrectamente detraídos y salvo la indemnización art. 45 ley 25.345 condenó a los rubros y montos liquidados

a fs. 52.

Respecto de las vacaciones no gozadas del año 2013, debe tenerse acreditado con recibos agregados a fs.59/60 y el informe bancario que obra a fs. 128/ 131 (ver última referencia Hoja 57) que la actora percibió en ese concepto la suma de $ 9.140,49 que deberán descontarse al tiempo de practicar la liquidación de ese rubro.

En cuanto al agravio respecto de la condena a abonar el mes de diciembre de 2013, sostendré que si la trabajadora no presentó un nuevo certificado médico posterior al 30 de noviembre de 2013, en que vencía la licencia otorgada por su médico tratante, e inmersas las partes en el conflicto suscitado por las discrepancias médicas a las que hice referencia, su conducta de no asistir a cumplir el débito laboral, merecía de la empleadora la intimación a reanudar el trabajo tal como había actuado conforme la intimación obrante a fs. 9.

Véase que en la comunicación cursada de fs. 7 y de fecha 4 de diciembre nada dice sobre el reintegro a las tareas, y al no hacerlo admitió la prosecución del vínculo laboral. A ello puede sumarse que de la documental de fs. 28/32 se certificó servicios hasta mes 12/ 2013 (fs. 28); sueldos para el mes de diciembre de 2013 (fs. 28 vta.) como los aportes y contribuciones a la seguridad social y cuota sindical, para el mismo período.

De modo tal, que la condena a abonar el mes de diciembre 2013, tal como fuera liquidado a fs. 52 debe confirmarse.

2.3

Cuestiona en el tercer agravio, la imposición de la multa prevista por el art.

2 de la ley 25.323.

La queja debe rechazarse.

Los recaudos que establece el artículo para viabilizar el incremento indemnizatorio se encuentran cumplidos. La intimación que exige la norma obra a fs. 12 y conforme vengo desarrollando mi voto, es claro que confirmado el despido indirecto, los incumplimientos de su parte habilitaron esta instancia judicial sin que pueda advertirse causa que justifique su conducta y consecuentemente su morigeración.

2.4

La cuestión puesta a resolver al Acuerdo es la tasa de interés que fija la jueza de primera instancia a partir del 1 de agosto de 2015 y donde aplica analógicamente la norma del art. 552 del CCy C.

Conforme es sostenido en doctrina y jurisprudencia a partir de la sanción del nuevo código civil y comercial la disposición legal que habilitaba a los jueces para fijar la tasa de interés en caso de que no hubiere sido pactada por las partes ni existiese una ley especial que la fijara (Art. 622, inc. 3º CC)

fue derogada.

El art. 768 del CCyC dispone *"Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a. por lo que acuerden las partes; b. por lo que dispongan las leyes especiales; c. en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central".*

En una primera aproximación al tema debo señalar que no existió controversia entre las partes cuando al tiempo de formular su reclamo económico, la parte actora solicitó se fijen los intereses a la tasa activa para descuentos de documentos del Banco del Chubut S.A..

Por otro lado, no hay ley especial en material laboral que haya fijado tasa alguna para atender la mora en que pudieran incurrir los empleadores y a la fecha, el Banco Central no ha dictado resolución alguna que reglamente la facultad que la nueva normativa le concede.

Queda entonces por determinar si la tasa de interés aplicada en estos actuados resulta razonable.

La Sra. jueza de grado y sin mayor fundamentación, aplica analógicamente la tasa de interés establecida en el art. 552 del Código Civil y Comercial, dada la naturaleza alimentaria del crédito del trabajador y que en la especie según la web del Banco Nación Argentina es la prevista para descubiertos en cuenta corriente no solicitados previamente que a la fecha de la sentencia se encuentra en el 60,47 % anual.

Resulta un dato cierto que el STJCh de nuestra provincia, mantiene 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 y que para el caso, a falta de controversia, la tasa de interés adecuada a las condiciones económicas debió ser la requerida en la demanda. (S N° 6/SCA/02)

Véase que en las sentencias dictadas durante el curso del año 2016, respecto las diferencias salariales de personal policial, se condenó a las mismas a la tasa que fija el Banco del Chubut SA para las operaciones de descuento de documentos comerciales requerida en sendas demandas (Entre otras SD N°34/SCA/2016).

Ahora bien, en el límite de la cuestión que ha sido materia de agravios voy a coincidir con el apelante, que no es aplicable analógicamente la norma del

art. 552 CCyC.. Conforme informa el Dr. Fiordelisi, ya nos hemos expedido sobre la cuestión por SDL N°56/16, por lo que reiteraré aquí mis fundamentos.

En primer término haré propio lo señalado por Foglia respecto a la aplicación analógica de la norma a los créditos laborales *"El art. 529, dentro de cuyo título se ubica el artículo en cuestión, establece que "parentesco es el vínculo jurídico entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción asistida, la adopción y la afinidad". Como primera observación es dable señalar que el vínculo jurídico habido entre un trabajador y un empleador, y cuya caracterización surge de los arts. 21 y 22, es sustancialmente diferente al existente entre parientes. El trabajador no es pariente del empleador sino dependiente mismo (aunque en algunos casos ambas situaciones puedan coincidir). La causa y el título jurídico de ambas situaciones son sustancialmente distintos y no equiparables, y así, al no ser sustancialmente y ni siquiera similares las posiciones jurídicas, tampoco lo son sus consecuencias y sus regulaciones de cada especie de vínculo jurídico. Es decir, es diferente la causa de por qué se deben alimentos, por ejemplo a los hijos o a los padres, que la causa por la cual se debe pagar el salario, o las indemnizaciones al trabajador. Los créditos alimentarios son una categoría genérica que reconoce varias especies según sea la causa o el título por la cual son debidos o deben ser prestados. Así, por ejemplo, entre los créditos de naturaleza alimentaria están los laborales, los debidos por las relaciones de familia y los previsionales, entre otros. Cada uno de ellos puede tener una regulación específica conforme a la causa o fuente de la obligación, noción esta que se omite en*

el pronunciamiento comentado. Y ello es así por cuanto las situaciones son objetivamente diversas, el legislador pudo darle, a cada uno de ellos, un tratamiento diferente en función de su causa, que constituye una razón objetiva y razonable de diferenciación. Es por ello que el Código Civil y Comercial de la Nación pudo

establecer un criterio general aplicable a la tasa de interés moratoria (art. 768) y otro específico para un tipo especial de relación jurídica entre parientes, que no es trasportable a otras situaciones de causa o título distinto, como es el contrato de trabajo. (Ricardo Foglia. "La tasa de interés en el Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en los litigios laborales" publicado por El Derecho Trabajo y Seguridad Social bajo el título La tasa de interés en el Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en los litigios laborales, en la edición Enero-Febrero de 2016).

Por otro lado y para dar respuesta a la queja, el art. 552 no solo hace mención a los alimentos debidos sino, dentro de ellos, para aquellos que lucen incumplidos luego del plazo previsto, lo que indudablemente acota lo designado.

Véase que la norma dispone la aplicación de la tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, con una doble y evidente finalidad, la protección del crédito alimentario y disuadir al potencial responsable de un incumplimiento. Y ello en mérito del estado de necesidad en que se encuentra el alimentado que depende, en buena
medida, de dicho estipendio para su subsistencia.

Los créditos laborales no son comparables con los de naturaleza civil, en general, o comercial, sin que implique ello desconocer su condición de alimentarios. La tasa de interés en los juicios laborales tiene naturaleza indemnizatoria. Esto implica, que la tasa aplicable no debe ser utilizada como sanción punitoria al deudor, pues para ello, el sistema jurídico regula otros institutos: por ejemplo, la capitalización de intereses o el art. 2 de la
Ley 25325.

Tal como informa el Dr. Fiordelisi tanto el Dr. Pettigiani en el fallo "Ubertalli "como reitera en "Trofe, Evangelina Beatriz contra Fisco de la Provincia de Bs. As. Enfermedad profesional" – SCBA – 15/06/2016 como el Dr. Soria se

han expedido en contra de la aplicación del art. 552 del CCyC a los créditos laborales. En este último fallo el Dr. Soria dijo *"En lo concretamente debatido en estos autos, aceptar que el ordenamiento jurídico resguarda a las acreencias laborales de una manera, en modo alguno conduce a aplicarles la tasa que el art. 552 del Código Civil y Comercial ha previsto, en una cláusula puntual, para el específico supuesto de incumplimiento del pago de la cuota alimentaria. La regla, en concreto, hace referencia a la tasas de interés "... equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las*

reglamentaciones del Banco Central" a la que -continúa- "... se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso". Situado en el Libro segundo: "Relaciones de Familia", Titulo 4: "Parentesco", Capítulo 2: "Deberes y derechos de los parientes", en su respectiva Sección 1: "Alimentos", el precepto se inserta en el marco de los instrumentos que el codificador ha elaborado para resguardar en el ámbito de este tipo de relaciones el cumplimiento de la obligación alimentaria, de eminente carácter asistencial. Además, en vista del contenido de la tasa regulada en esa norma, la solución allí prevista parece desbordar el propósito propio de los intereses moratorios y asumir también -junto con lo normado en el art. 553- un ingrediente del mandato judicial. En tal sentido, la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en sus "Fundamentos" -a los que nuevamente resulta útil acudir- expresa que la tasa de interés examinada forma parte de las medidas de las cuales dispone el juez para asegurar la eficacia de la sentencia (conf. Código Civil y Comercial de la Nación, texto cit., pág. 490). Cabe recordar, que en el precedente L. 94.446 "Ginossi" (sent. de 21-X-2009), afirmé que el interés moratorio es -por regla- un resarcimiento que la ley concede ipso iure al acreedor de una obligación de dar sumas de dinero frente a la mora de su deudor. También, que la finalidad de dicho incremento del capital exige la fijación de una

tasa que debe cubrir ese retardo del incumplidor moroso o -como se suele afirmar- resarcir la renta de la que se vio privado el acreedor durante el lapso en que no pudo disponer de los fondos que se le adeudaban; la tasa elegida, entonces, debe encontrar una adecuada justificación, no resultando apropiada la adopción de una alícuota que contenga componentes que excedan o distorsionen su finalidad.- Cierto es que, en el terreno de los infortunios laborales, la Ley de Riesgos del Trabajo establece en el art. 11.1 que "... Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas". Más allá de tener presente lo allí estatuido, en el sentido de que dichas expresiones, un tanto imprecisas, parecen corresponderse con el art. 374 del Código Civil anterior (cfr. Ackerman, Mario Eduardo; "Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada", 2da. Edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2013, pág. 241), disposición que hoy guarda semejanza con el art. 539 del Código Civil y Comercial de la Nación, no se desprende de la ley 24.557 sino un nivel de tutela a las prestaciones previstas en el sistema que permite extenderle ciertas prohibiciones que contiene la ley común (v.gr., la de compensar o transar). En cambio, no se deriva del citado art. 11.1 que sea el vehículo de remisión a una regla legal muy puntual, inexistente al tiempo de su dictado, como el señalado art. 552 del Código unificado, cuyo marco normativo, diseño y especificidad, exceden el escenario propio de los créditos laborales.-"

Por lo expuesto y aun compartiendo que la determinación de la tasa de interés es esencialmente provisional y responden a un contexto económico dado y que resulta válido revisarlos, voy a coincidir con los antecedentes que he transcripto, resolviendo en el caso, que no corresponde la aplicación analógica de las pautas que, para la determinación de intereses establece el art. 552 del CCyC y que fijó la magistrada de grado.

Por otro lado y sin ningún argumento que lo justifique, se prescinde en la sentencia que los intereses requeridos en la demanda fueron los de la "tasa activa para descuento de documentos del Banco del Chubut S.A." y que vigente el nuevo CCy C, nada observó la parte respecto de la aplicación del mismo en materia de intereses y menos aún insinuó la tasa determinada en la sentencia.

De modo que y en tanto la parte solicitó la aplicación de una tasa activa para descuentos de documentos del Banco del Chubut S.A., que no ha sido controvertida, corresponde determinar que esa será la tasa que deberá aplicarse sobre el monto de condena desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago.

Y así lo afirmo porque no se individualiza en la sentencia a qué tasa activa refiere la señora jueza para el período anterior al 1 de agosto de 2015, sino que alude a que respetará el criterio de esta CAPM, que no es otro que el del STJCH ya enunciado.

2.5.

La cuestión de las costas que integra el quinto agravio de la recurrente será tratada, al tiempo de expedirme en los términos del art. 282 del CPCC.

2.6

Concluyo el tratamiento de los agravios admitiendo que la sentencia deberá revocarse en cuanto condenó a pagar el monto total de las vacaciones no gozadas del año 2013 y aplicó analógicamente los intereses del art. 552 del CCyC y confirmándolo en todo lo demás que decide.

3.

Las costas.

a) Conforme el art. 282 del CPCC pueden readecuarse, al resultado del recurso, las costas y honorarios de la instancia de grado. Sin perjuicio de ello y aun cuando se desestimó en la instancia de grado la multa del art. 80 LCT, lo modificación de la sentencia que se propone no altera la condición de vencido de la demandada (art. 69 CPCC) y los honorarios, estipulados en porcentajes, se ajustaran al monto de condena que resulte.

b) **Las costas en la Alzada**, donde existieron vencimientos recíprocos deberán imponerse en el orden causado. (art. 72 del CPCC). Para ello tengo presente que la cuestión de los intereses fue dispuesta oficiosamente por la magistrada de grado y no fue sostenida por la actora en su contestación de agravios, como que tampoco controvirtió la cuestión de las vacaciones 2013. Los honorarios propuestos por el Dr. Fiordelisi se ajustan a la actuación cumplida por los profesionales en esta sede en cuanto al mérito y resultado obtenido (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mi colega integrante de esta Alzada los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1°) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida: **a)** en cuanto condenó a pagar el rubro "Vacaciones no gozadas año 2013" y **b)** en cuanto aplicó por analogía el art. 552 del CCyC para determinar la tasa de interés aplicable sobre el monto de condena a partir del 01 de Agosto de 2015.

2°) DISPONER: que a partir del día 01 de Agosto de 2015 la tasa de interés a aplicarse sobre el monto de condena es la tasa activa para las operaciones de descuentos de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A.

3°) CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

4°) NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA INSTANCIA.

5°) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado (art. 72 CPCC y concs.), regulándose los honorarios del Dr. F. A., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. G., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs., Ley XIII N° IV y modificat.).

6°) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1°) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida: **a)** en cuanto condenó a pagar el rubro "Vacaciones no gozadas año 2013" y **b)** en cuanto aplicó por analogía el art. 552 del CCyC para determinar la tasa de interés aplicable sobre el monto de condena a partir del 01 de Agosto de 2015.

2°) DISPONER: que a partir del día 01 de Agosto de 2015 la tasa de interés a aplicarse sobre el monto de condena es la tasa activa para las operaciones de descuentos de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A. **3°) CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

4°) NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA INSTANCIA.

5°) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado (art. 72 CPCC y concs.), regulándose los honorarios del Dr. F. A., apoderado de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. G., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs., Ley XIII N° IV y modificat.).

6°) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.