En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año dos mil diecisiete 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., J. I. c/ E. T. S. S.A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N° 199 Año 2016)**, venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte N°244/14) 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. 136.

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. 112/117, la cual fue apelada por la parte demandada a fs. 120, siéndole concedido el recurso a fs. 121. Expresó agravios la recurrente a fs. 122/124.

2 - La sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda condenando a E. T. S. S.A. a abonar dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos a J. I. D. la suma de $ 76.360,97 comprensiva de las indemnizaciones por despido incausado, multas del art. 80 LCT y art. 2 de la ley 25.323, con más los intereses expresamente determinados en la decisión; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Tratándose el caso de un despido con causa dispuesto por la demandada, la a quo dejó sentado que quien invoca una justa causa de despido debe probarla, por lo que correspondía a la demandada demostrar la conducta del trabajador que consideró injuriosa a sus intereses. Luego del análisis de las pruebas producidas en autos, ha dicho la a quo que la accionada no logró satisfacer la carga probatoria en relación a los hechos imputados en la comunicación rescisoria como, asimismo, la ausencia de proporcionalidad de la misma.

Con respecto a los Intereses, expresó la Sra. Magistrada de grado 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 - El despido del actor

A) Agravia a la demandada que la a quo no haya considerado justificado el despido oportunamente dispuesto con respecto al actor de autos y ello debido a la ausencia de prueba de las causales en las cuales fundó su decisión rupturista del contrato de trabajo.

B) La causa de la cesantía debe ser aducida en el momento en que se notifique la ruptura del contrato de trabajo, no sólo para que el trabajador pueda formular revisión en el juicio laboral, sino también por ser una exigencia del deber de buena fe (conf. CNTrab., Sala VI, 26/02/86, TySS, 1982-

472). El art. 243 de la LCT, tiene como finalidad evitar que se invoquen extemporáneamente las causas del distracto, de modo que el empleado tenga pleno conocimiento del motivo de aquéllas, y si resuelve promover demanda, disponga con tiempo de los elementos de juicio para demostrar su inexactitud y no se vea obligado en un plazo perentorio a "salir a buscar" la prueba que hace a su derecho (conf. CNTrab., Sala III, 26/04/89, TySS, 1989-795). La mencionada norma persigue el propósito de que las partes conozcan, desde el inicio del proceso, y aun antes de la traba de la litis, el contenido cierto e invariable de la causa del despido, como una forma de salvaguardar el principio constitucional de la defensa en juicio (conf. CNTrab., Sala V, 26/12/86, TySS, 1987-331).

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde remitirme al instrumento de fs. 13 que es el redactado por la empleadora para notificar a la actora la causal de su despido ya que ello demarcará -según hemos visto- el campo dentro del cual las partes dirimirán el conflicto planteado en autos.

En tal sentido, en dicha misiva se demarcó la causa del distracto en los siguientes términos: *"… al retirarse de su jornada laboral el día 29/04/2013 a las 12 hs sin motivo alguno ni justificando su falta intempestiva y ante la ausencia injustificada el día 30/04/2013 lo que amerita la pérdida de confianza de la empresa hacia Ud. notificamos la desvinculación de la misma a partir de la fecha…"*.

Debe tenerse presente que la comunicación del despido tiene carácter vinculante, por lo que una vez invocada la causa de la rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior. De allí entonces que no es posible admitir que el empleador omita expresar otras causales de despido -si es que las hubo-.

Las causales deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento mediante el cual se notifica al dependiente su despido, sin que corresponda hacer mención de otras conductas o circunstancias en la contestación de la

demanda.
Y ello es así porque el principio de invariabilidad que ya he tratado aquí, no sólo se aplica a la inadecuación entre lo escrito en la notificación del despido y la modificación de las causales en el proceso ulterior, sino también cuando el texto de la notificación expresa una causal no clara, genérica o imprecisa y luego se le procura suplir esas falencias en el proceso judicial, ajustando los hechos a la verdad real. Con ello se demuestra que resulta preferible pecar por exceso en la descripción de los hechos o actos que motivaron el despido, antes que ser escueto, sintético o genérico, que a todas luces no responde al mandato legal. El juez, cuando evalúa la causal a los efectos de determinar si es suficiente para motivar el distracto, circunscribe la causa al marco descripto por el empleador al producir el despido motivado, todo lo cual se inscribe en el principio de congruencia y de buena fe, y un apartamiento de dichos límites, viola el derecho de
defensa y relativiza cualquier defensa, sea por faltad de claridad, sea por no haber mantenido la causal expresada en la notificación del distracto (conf. CNTrab., Sala II, 08/04/09, LLOnline: AR/JUR/5181/2009; esta Cámara in re: *"Correia"*, cit.).

C) Por lo tanto, tengo en claro que las únicas causales del despido que deben aquí analizarse son las que he precedentemente detallado y que surgen de la comunicación de fs. 13. Ellas son las que se debieron acreditarse fehacientemente en autos para que el despido pueda ser considerado "con causa" y sin derecho a indemnización por parte del empleado.
El último párrafo del artículo 242 LCT otorga a los jueces la facultad de apreciar la existencia de la *injuria*. Corresponde en consecuencia a esta Alzada y en base al agravio vertido, revisar la decisión de la patronal y la causal a los fines de su suficiencia a los efectos de determinar si le asistió razón a la Jueza a quo al considerar que el despido dispuesto fue incausado

a la luz de las probanzas de autos o si, por el contrario, la decisión rupturista de la empleadora está justificada.

En el caso la patronal esgrimió la *"pérdida de confianza"* para proceder al despido del actor. Pero para ello es menester contar con actos culposos o dolosos de parte del trabajador que lleguen a lesionar la confianza, la fidelidad y la honradez que es generalmente requisito común del trabajo dentro de la comunidad laboral y dentro de la sociedad.

La pérdida de confianza como causal de despido debe encontrar fundamento en hechos objetivos de magnitud suficiente que la justifiquen (CNTrab., Sala II, Junio II-1987, TySS, 1987-901.557). Es que la misma no constituye una causal autónoma de rescisión del contrato de trabajo y debe sustentarse en comportamientos injuriosos para los intereses de la afectada (conf. CNTrab., Sala VIII, 30/11/87, TySS, 1988-833).

En tal sentido, FUNES DE RIOJA destaca que *"…la causal de despido es el acto del trabajador que originó la pérdida de confianza y el despido debe fundarse en él, independientemente de que también se invoque la pérdida de confianza, para resaltar la gravedad de la injuria. Un despido fundado exclusivamente en la pérdida de confianza, es un despido sin causa. Por eso, se resalta que, en la notificación del despido, para cumplir los requisitos del art. 243 LCT, debe detallarse con claridad, como justificación del mismo, el acto injurioso del trabajador que originó la pérdida de confianza. Luego, puede o no mencionarse la pérdida de confianza…"* enunciando después que, entre los supuestos más frecuentes invocados, encontramos *"…la apropiación de herramientas propiedad de la compañía, la sustracción o intento de sustracción de mercadería sea cual sea su valor-, faltantes de caja cuantitativa o cualitativamente graves, viáticos o gastos no efectivamente realizados, falseamiento de informes, falseamiento de datos en los currículums, entre otros…"* (FUNES DE RIOJA, D., *"Despido por pérdida de confianza en el trabajador"*, publicado en: IMP2013-5,

163 – DT 2013 (julio), 1556, LLOnline: AR/DOC/1480/2013).
Es por ello que POSE aclara que para que exista pérdida de confianza *"…tiene que haber algún hecho objetivo y concreto imputable o reprochable al dependiente que sirva para que el empleador asuma la convicción razonable de que ya no puede fiarse de su subordinado…"* (POSE, C., *"La pérdida de confianza como factor rupturista del vínculo laboral"*, DT 2012 (octubre), 2688, LLOnline: AR/DOC/4927/2012).

D) Aquí, el acto injurioso que da sustento a la "pérdida de confianza" invocada encuentra fundamento fáctico en dos hechos, a saber: a) el retiro del trabajador sin motivo alguno ni justificado del día 29/04/2013 y b) la ausencia injustificada del 30/04/2013. De las probanzas reunidas en autos no se advierte con nitidez que los hechos imputados a la parte actora resulten justificativos de la decisión rupturista esgrimida por la patronal y esto es lo que decide la suerte del recurso interpuesto.
Ocurre que el despido del actor aparece como carente de otro de los requisitos exigidos en estos casos; me refiero al de la *proporcionalidad* que debe tener la medida dispuesta por el empleador.
Adviértase que se ha decidido que aun mediando incumplimiento del deber del accionante de conducirse como un "buen trabajador", que implicaba actuar con especial cuidado en los intereses del empleador, ello no significa necesariamente que el despido fuera la única reacción posible frente a tal circunstancia (conf. CNTrab., Sala VIII, 04/08/2000, TySS, 20001008).
Por las mismas razones se resolvió que si el empleador dispone la extinción de una relación contractual de varios años de duración debe proceder con ajuste a la directiva de *proporcionalidad*, tanto en cuanto a los alegados antecedentes, como en cuanto a la apreciación de la última conducta que

esgrimió como injuria. Si el trabajador tenía cierta antigüedad en la empresa y no se prueban documentalmente sanciones disciplinarias anteriores, concurre entonces el reparo de no haberse guardado en el caso la directiva de proporcionalidad en cuanto al ejercicio de la potestad sancionatoria (conf. CNTrab., Sala V, 23/08/82, TySS, 1983-270).

La teoría de la *proporcionalidad* se ha elaborado especialmente con relación al despido; y a efectos de apreciar la gravedad de la falta, la jurisprudencia ha adoptado, en general, el criterio del decreto-ley italiano de 1924, sobre el empleo privado, en el sentido de que debe tratarse de una falta *"tan grave que no consienta la prosecución, ni siquiera provisoria de la relación de trabajo"*. Así, se ha resuelto que *"el despido, para que sea justificado debe guardar relación con la causa que lo motiva y ser la sanción correlativa, directa e inmediata de una falta tan grave que no consienta, ni siquiera provisoriamente, una vez conocida y comprobada, la prosecución del contrato".*

También se ha hablado simplemente de una *falta gravísima*: "El despido debe fundarse en *falta gravísima*, sin que deje en el ánimo del juez la menor duda sobre la justicia de la medida y de los perjuicios que se evitan al patrón" (CNCom., La Ley, 42-882) (FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", Ed. La Ley, pág.21).

Luego del análisis realizado, llego a la conclusión que la imputación efectuada al actor y que llevó ínsita la pérdida de confianza alegada por la empleadora fue apresurada, por cuanto la demandada debió ponderar, a la hora de resolver la situación de la trabajadora, un previo pedido de explicaciones a efectos de clarificar lo ocurrido, siendo que se trataba de un dependiente con el que se había mantenido una relación laboral sin que haya sido sancionado.

Si realmente la empleadora entendió que el actor había cometido alguna falta no se entiende por qué motivo no le brindó la posibilidad de formular un

descargo, o no le solicitó explicaciones acerca de lo ocurrido, garantizándole de ese modo su derecho de defensa (art. 18 CN) antes de decidir acerca de su responsabilidad y separarla intempestivamente de la empresa.

Es que para que se encuentre habilitada la facultad de rescindir el contrato de trabajo con causa, el agravio dirigido de una parte hacia la otra debe ser de una total gravedad que destruya los fundamentos de la relación obreropatronales y resulte incompatible con su carácter. Se trata de un obrar contrario a derecho o incumplimientos que asuman una magnitud suficiente para desplazar el principio de conservación del contrato, regido por el art. 10 LCT. Considero que en este caso -vale reiterarlo- no se ha acreditado por la demandada la falta gravísima cometida por el reclamante y de allí que no corresponda admitir el agravio en tratamiento ya que el despido debe considerarse incausado, confirmándose la sentencia en este punto.

3.2 - <u>Cumplimiento del art. 80 L.C.T.</u>

Sostiene el demandado que dio cumplimiento a la normativa del art. 80 LCT acreditando con testigos que entregó la documental del caso, que ello no fue considerado por la *a quo* y que no es procedente la aplicación de la multa (art. 45 Ley 25.345).

En principio, debemos establecer si realmente se ha acreditado la entrega del certificado de trabajo. Dadas las vicisitudes del caso, procedemos a continuación a realizar un detalle de las cuestiones alegadas, reconocidas y acreditadas al respecto.

A fs. 45 vta, la demandada afirmó que con fecha 18/06/2013 el actor retiró la siguiente documentación: i) baja AFIP, ii) PS.6 y iii) certificado de trabajo. Por su parte, a fs. 28 vta., el actor reconoce expresamente que le fue entregado el certificado PS 6.2 (copia del mismo obra a fs. 9/10). En cuanto

a la copia del certificado art. 80 LCT que acompañara la apelante al momento de contestar demanda (ver documento de fs. 42/43, cuyo original fuera reservado por secretaría), el Sr. D., procedió a desconocer a fs. 50 la firma inserta en el mismo, cuya autoría le imputaba la demandada a efectos de acreditar su entrega.

Si alguna duda pudiera existir en cuanto a tal desconocimiento, en el marco de la prueba confesional (fs. 72), ante la primera posición el actor desconoce la firma de fs. 43 y, formulada la segunda posición, responde negando la recepción del certificado obrante en copia a fs. 42/43.

Ante dicho desconocimiento de firma, la demandada requirió la realización de la pericia caligráfica pero, a fs. 106, la a quo decretó su caducidad.

En cuanto a los testimonios que cita la apelante y que, según su entender, dan cuenta de la entrega del certificado de fs. 42/43 los mismos resultan, a mi entender, un indicio que debía ser complementado con otros elementos probatorios. En este caso, al desconocer el actor la firma inserta en dicho instrumento, resultaba menester la realización de la prueba pericial caligráfica a efectos de dar certeza al citado indicio pero, como hemos destacado párrafo anterior, la a quo decretó la caducidad de dicho medio probatorio.

Por lo tanto, cabe concluir que en la presente causa solo se encuentra acreditado -ante el reconocimiento de las partes- que se hizo entrega del formulario PS 6.2 de ANSES.

En cuanto al certificado de trabajo, como tiene dicho esta Cámara, el mismo debe contener: a) tiempo de prestación de servicios, fecha de ingreso y de egreso (art. 80 LCT); b) naturaleza de los servicios, especificando la categoría o servicios prestados (art. 80 LCT); c) constancia de los sueldos percibidos (art. 80 LCT); d) mención de los aportes y contribuciones efectuados con

destino a los organismos de la seguridad social, es decir, jubilaciones, asignaciones familiares y obras sociales (art. 80 LCT) y e) la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación (Ley 24.576, Título II, Capítulo VIII, LCT). Teniendo en cuenta las exigencias legales, es evidente que si sólo se le entregó a la actora una *"certificación de haberes"*, no fue ello suficiente para cumplir con la manda legal.

La norma del art. 80 LCT es estricta al respecto, exigiendo que el empleador libre el certificado de trabajo con las constancias del caso entre ellas la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación y al mismo tiempo las constancias documentadas de los aportes; mientras ello no suceda, incumple con la norma y debe ser compelido a cumplirla (conf. CNTrab., Sala VI, 19/02/03, *"Soldavini, J.I. c/ ITMArg. S.A. y Otro*").

He de concluir el punto destacando que, es criterio uniforme de este Cuerpo que los formularios P.S. 6.2. de la ANSES en modo alguno constituye el certificado que exige el art. 80 de la L.C.T.

Lo hasta aquí expuesto me conduce a proponer al Acuerdo el rechazo del agravio analizado dado que en modo alguno el demandado acreditó debidamente en autos la entrega de la documentación que exige el art. 80 LCT y de allí la procedencia de aplicarle la multa prevista por el art. 45 de la Ley 25.345 decidido por la sentencia en crisis, que debe ser confirmado.

3.3 - <u>La tasa de interés</u>

3.3.A) Agravia a la recurrente la aplicación de los intereses conforme la normativa del CCyC a partir del 01 de Agosto de 2015. La a quo ha dicho

que respeta la postura de esta Alzada hasta esa fecha aplicando la tasa activa del Banco del Chubut S.A. y a partir de allí dispuso aplicar la tasa de interés que determina el art. 552 del CCyC en razón de la naturaleza alimentaria que tiene el crédito del actor.

3.3.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: *"Prado Sebastián Eduardo c/ Aranda Walter 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., "*GliAlimenti"*, 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 descuento de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A., siguiendo el criterio de nuestro STJCH expuesto en el Ac. Plenario 4400/16.

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 aplicando la tasa "activa" pero no especificando a cuál de ellas se refiere, procede decidir que la tasa que debe aplicarse sobre el monto de la condena es la tasa activa para descuento de documentos comerciales del Banco del Chubut S.A. desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago.

4 - <u>Conclusión</u>

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado me conduce a concluir que corresponde **revocar parcialmente** la sentencia recurrida 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. Así lo voto.

5 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de la sentencia dictada en la primera instancia conduce a la aplicación de lo dispuesto por el art. 282 del CPCC. Debo decir que el resultado final del recurso no altera el carácter de vencida en el proceso que ostenta la parte demandada (art. 69 CPCC) y de allí que no sea procedente realizar adecuación alguna tanto en la imposición de las costas como en la regulación de los honorarios practicada en la instancia originaria, en virtud de ajustarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria vigente.

6 - <u>Costas de la Alzada</u>

Procede imponer las costas de la Alzada a la parte demandada en su calidad de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), teniendo en

cuenta que la determinación de la tasa de interés fue una cuestión introducida de oficio por la Magistrada a quo y no sustanciada en el proceso. Procede regular los honorarios del letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. G., en el 28% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 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 Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

2.1) El primer agravio de la empresa recurrente dirigido a cuestionar la desestimación de la causal de despido, contiene varios aspectos que analizaré en el mismo orden en que han sido planteados.

a) Inicio el tratamiento de las quejas, recordando que conforme el artículo 242 LCT, las partes se encuentran posibilitadas de denunciar el contrato de trabajo ante el incumplimiento del otro sujeto de la relación que configure injuria, cuya magnitud sea tal que impida su continuación.
En el caso que la extinción la disponga el empleador, éste la debe fundar en justa causa. La ley difiere a los jueces la valoración prudencial de la existencia de "justa causa" de despido, pero condiciona esa ponderación, a pautas precisas que deberán inexcusablemente observar y que son, el análisis de: a) carácter de las relaciones y b) las modalidades y circunstancias personales de cada caso. Vale decir, recién luego de este examen que deberá realizar el juzgador, podrá estimar si la causa invocada
es justa.

Por su lado, el artículo 243 de la LCT exige que el despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deban comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato.

Agrega la norma citada que, ante la demanda que promoviere la parte interesada no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas. Vale decir que el
dispositivo exige tres condiciones: 1) comunicación por escrito; 2) expresión de los motivos; 3) invariabilidad de la causa del despido. Los dos primeros conciernen a la calificación del acto y sus consecuencias; su inobservancia por parte del empleador, transforma al despido en incausado, con las consiguientes responsabilidades indemnizatorias.

La esencia de la tercera condición atañe a una cuestión de conocimiento. Su propósito consiste en evitar que se sorprenda la buena fe de la contraparte.

Quién alega una justa causa de despido debe ser explícito en cuanto a identificar plenamente el incumplimiento, para permitir la mejor defensa de la contraparte la que no debe hallarse en situación desventajosa.

En suma, se 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 a los consignados en la comunicación documentada del distracto, es decir, la invariabilidad de la causa del despido.

De modo tal que este recaudo formal que exige la expresión suficientemente clara de los motivos causales del despido, tiende a preservar el deber mutuo de buena fe que deben guardarse las partes y la necesidad de conocimiento cierto del denunciado de los motivos que determinan tan grave decisión, lo que en modo alguno significa exigir formas 'ad solemnitatem', pero sí requiere de precisiones de personas, lugar, tiempo, etc. que permitan la defensa de la contraparte.

Lo expuesto es lo que en definitiva señala la magistrada de grado, cuando anuncia que limitará los argumentos de la demanda solo a aquéllos que tengan relación con la causal de pérdida de confianza invocada en la comunicación de fs. 13. *"Para evitar las indemnizaciones provenientes de la ruptura del contrato de trabajo el art.243 L.C.T. impone a las partes la acreditación de los siguientes extremos. a) comunicación categórica; b) hechos contemporáneos y por último, c) que sostengan y prueben en juicio la misma causa de despido, ello a fin de asegurarles su derecho de defensa ya que el Tribunal se encuentra obligado a sujetarse a la causa invocada, sin importar que existan o se prueben otros hechos distintos e injuriosos que aunque tengan la entidad de tal, justifiquen la ruptura."* ("I., J.C. c/ G. s/ Despido" - Fallo: 1190059 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 2001/05/09. Base: elDial.com - MC2F95).

El agravio en el punto, debe desestimarse.

b) El otro aspecto de la queja, es que la sentenciante no comprendió en su dimensión y entidad la causal de pérdida de confianza invocada.

De conformidad a las reglas que rigen la carga de la prueba en la materia, correspondía a la parte demandada demostrar el asidero de su derecho, es decir que la conducta del actor era injuriosa para sus intereses en una magnitud tal que no consentía la prosecución de la relación laboral ni aún a título provisorio, conforme lo determina el art. 242 de la L.C.T. .

Al respecto cabe precisar que la justa causa del despido debe ser probada por quien la invoca, sea con los medios comunes de prueba o mediante la correspondiente resolución de otro organismo a la cual se atribuye valor probatorio. En los casos de despido directo, impugnado por el trabajador, ello significa que la prueba está a cargo del demandado. Si bien esto parece contradecir la regla que al demandante le toca la prueba de los hechos que alega, la dificultad de suministrar la prueba de un hecho negativo -la no existencia de justa causa- hablaría por sí sola a favor de la inversión.

En realidad no se trata de una inversión de la prueba. El trabajador despedido tiene derecho a ser indemnizado (o reincorporado), siempre que la cesantía no se funde en justa causa. Esta se presenta, pues, como una excepción que destruye o impide el nacimiento del derecho que se hace valer con la demanda y como tal, ha de ser probada por quien la alega (conf. Krotoschin -'Tratado práctico de Derecho del Trabajo', vol. I, pág. 504).

Por lo demás el concepto de justa causa está definido en el art. 242 de la L.C.T., pero el criterio aplicable se desprende, además de la doctrina y jurisprudencia, las cuales a su vez han contribuido a revisar su carácter e inspirado la ulterior definición legal (Krotoschin, -'Instituciones de Derecho del Trabajo', 1ª Edición 1.947 -vol. 1º pág. 427).

En este aspecto cabe consignar que conforme la LCT, la justa causa consiste en la inobservancia por una de las partes de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo, inobservancia que configura injuria y no consiente por su gravedad la prosecución de la relación, siendo el término aplicado más amplio que para el correspondiente delito del derecho penal y puede consistir tanto en un no hacer como en un hacer; implica daño causado a la otra parte que puede ser físico, material o moral y quebrantamiento del espíritu de colaboración que gobierna el contrato de trabajo.

A ello se agrega que la injuria debe ser prudencialmente valorada por el Juez teniéndose en consideración precisamente el carácter de las relaciones que resultan del contrato de trabajo, más las modalidades y circunstancias personales en cada caso: per ejemplo, grado de confianza y respeto mutuos requeridos, diligencia necesaria, etc.

En consecuencia la justa causa debe ser al mismo tiempo, causa grave, propicia a destruir el fundamento de la relación, que es la buena fe y la colaboración y la parte injuriante debe haberse excedido en su conducta frente a la otra, por su hacer o por su omisión, de lo que puede considerarse como tolerable desde el punto de vista de la empresa y de la modalidad de la relación personal y el exceso debe haber sido tal que no consienta la continuación de la relación, ni siquiera provisoriamente, es decir, durante la duración del plazo de preaviso.

En el caso concreto, considero que de las constancias de autos no surgen elementos de juicio para modificar el criterio sustentado al respecto por la Sra. Jueza.

Comparte el apelante que la pérdida de confianza en materia laboral no es causal autónoma de despido.

Consecuentemente con ello, la causal invocada exige la prueba concreta de la existencia de hechos que demuestren la deslealtad con la suficiente envergadura para justificar la extinción unilateral del contrato de trabajo, y de ese modo, la doctrina es conteste que esta causal se encuentra conformada por un factor subjetivo necesario para justificar la ruptura, el que a su vez debe estar invariablemente apoyado en un factor objetivo constituido por un hecho de carácter injurioso atribuido al dependiente, de modo tal que haga imposible la continuidad de la vinculación laboral.
En los términos de la comunicación del despido, el único hecho objetivo denunciado es el retiro injustificado del día 29 de abril y la ausencia del día 30 de abril y que ello constituyó para la empresa, la pérdida de confianza reprochada.

La magistrada de grado sostuvo que más allá si el retiro o a la ausencia estaban justificadas con certificado médico, cuya recepción en la empresa fue negada, la decisión de la demandada no se ajustó a los parámetros que rigen para dar concluido el vínculo laboral.

Insistirá en su agravio en los antecedentes previos que fueron generando esa pérdida de confianza. Reitero que los expuestos al contestar la demanda como los supuestos daños que le generó la conducta de los días 29 y 30 de abril, quedaron fuera de la litis en los términos del art. 243 LCT.

La jueza de grado -conforme a la valoración prudencial y al carácter de las relaciones y circunstancias del caso, por imposición del art. 242 LCT- efectuó el juicio de valor acerca de la conducta injuriosa atribuida al trabajador, y determinó que la medida dispuesta fue desproporcionada.

Para reexaminar lo dispuesto, necesariamente debe tenerse en cuenta el principio de congruencia entre el antecedente y su consecuencia, es decir entre el hecho considerado injurioso y la decisión de extinguir el vínculo

laboral con justa causa. “La ruptura justificada del contrato de trabajo debe receptar los principios de causalidad y proporcionalidad” (conf. C.N.A.T., Sala I, 29/4/77, L.L. t. 1.978-D, pág. 815, Nº 34.815; C.N.A.T., Sala VI, 2566&80, D.T.

Con respecto a la proporcionalidad que equivale a decir que el hecho invocado debe guardar relación con la gravedad de la medida, es necesario para la justificación que la conducta incriminada impida continuar la relación dentro del marco de confianza, colaboración y buena fe en que debe desenvolverse.

Y es ese punto el que la recurrente no logra rebatir. Tal como señala la magistrada de grado, la cuestión de salud invocada por el Sr. D. no fue en momento alguno considerado por la patronal para disponer el despido.

La causal de “pérdida de confianza” es entonces una injuria que además de sustentarse en los parámetros de evaluación de toda injuria- causalidad, proporcionalidad y oportunidad- debe estar referida a actos irregulares del actor que objetivamente afecten la confianza depositada en el por empleador, conforme la normativa laboral.

La pérdida de confianza recriminada, se originó en el retiro y ausencia que ambas partes reconocen que sucedieron. Para el actor, justificada en certificado médico acompañado y extendido por el Dr. Palma y cuya recepción fue negada por la empresa.

La demandada adujo que el actor se retiró dando un portazo porque se le exigía mayor contracción al trabajo, circunstancia no alegada en la comunicación del despido. Tampoco se hizo referencia allí de otros incumplimientos laborales y de las sospechas que subyacen en los argumentos recursivos expuestos en el memorial. Menos aún se aludió al

supuesto daño económico que le generó la jornada y media de trabajo que estuvo ausente el Sr. D..

El retiro del lugar de trabajo y la ausencia por un día consideradas en forma aislada, no permiten abrir un juicio de valor sobre la conducta del trabajador ni menos pensar que el contrato no puede continuar por pérdida de confianza.

Al tiempo de disponer el despido, la parte no invocó faltas reiteradas e injustificadas que hubieran constituido actos de inconducta que hubieran merecido prevenciones, amonestaciones o advertencias previas para modificar una actitud displicente del trabajador ni que, frente a los hechos invocados en la comunicación rupturista, medió una intimación previa y persistencia de la falta.

Tengo en claro que el vínculo laboral, requiere del trabajador el cumplimiento de los deberes de fidelidad acordes con las tareas encomendadas. Pero en el límite de la causal invocada, el incumplimiento reprochado al trabajador no luce como un hecho objetivo grave que brinde convicción (elemento subjetivo de la causal) que el trabajador no es confiable y que autoricen a denunciar el contrato.

Desde esa perspectiva, la conclusión de la magistrada de grado en el sentido que *"Si bien la inconducta cometida por el actor pudo resultar un hecho capaz de provocar una lesión en la confianza que debe estar siempre presente en el vínculo laboral, las características que tuvo la relación laboral, la ausencia de acreditación de un perjuicio grave y real al empleador y la ausencia de sanciones anteriores, ponen de manifiesto la desproporción de la medida, máxime cuando la empleadora tenía a su disposición otras menos extremas*.", resulta ajustada a las constancias del expediente .

Sostiene Meilij:*"... hay en este aspecto un cierto consenso en exigir que haya relación de causa a efecto entre la conducta del trabajador y el despido; que éste constituya una medida que guarde proporción con la injuria y que haya contemporaneidad entre el hecho injurioso y la decisión resolutoria"* (conf. 'Contrato de Trabajo'. T. II, pág. 463).

En consecuencia, corresponde desestimar el agravio y confirmar que el despido dispuesto por la demandada fue incausado con las consecuencias indemnizatorias que de ello derivan.

2.2) En el segundo agravio se queja de la condena a pagar la multa del art. 45 de la ley 25.345.
En los términos del agravio, la recurrente procura que se tenga acreditado con la prueba testimonial rendida por las testigos M. (fs. 76) y Montserrat (fs. 84), que D., recibió el certificado del art. 80 LCT.

Reconoce el actor que concurrió a la empresa y se le entregó la certificación de servicios y Remuneraciones en el Formulario PS.6.2, no así el certificado de trabajo.

Para que el empleador pueda liberarse de su obligación de entregar la documentación a la que se refiere el artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo requiere, indefectiblemente, el concurso del empleado de receptar tanto el certificado de trabajo como la certificación de servicios y remuneraciones.

El actor, frente a la puesta a disposición de la demandada, concurrió a recepcionar tal documentación por lo que no es admisible como agravio que el actor debió probar que fue a buscarlo con resultado negativo.

La concurrencia está reconocida por las partes y lo que debe resolverse es si la demandada entregó en ese momento, el certificado del art. 80 LCT.

Vale recordar que el formulario PS.6.2. de la ANSES, retirado por el actor, es una certificación de servicios y remuneraciones que tampoco sustituye las constancias de aportes que debe ser expedida por el empleador de conformidad con las exigencias del art. 80 LCT.

El actor intimó la entrega del certificado de trabajo por telegrama laboral, impuesto el 2 de octubre de 2013 (fs. 16), sin que obre en autos respuesta de la patronal negando la pertinencia de tal requerimiento.

Tengo en cuenta, que conforme la contestación de demanda, en fecha 18 de junio de 2013 el actor había concurrido a la empresa y lo había retirado, por lo que en mérito de esa posición, no se explica porque no respondió a la intimación cursada.
Por otro lado, la demandada ofreció prueba pericial caligráfica para el supuesto que el actor negara alguna de las firmas atribuidas.

En realidad la única firma atribuida era la que obra en la copia simple de fs. 43 y que fuera expresamente negada por el actor a fs.50 y que luego, teniendo ya a la vista el documento original, reiteró en la audiencia de absolución de posiciones agregada a fs. 72. Ante ello la parte demandada
solicitó que se realice la prueba pericial caligráfica, la que ordenada a fs. 73, se decretó su caducidad a fs. 106.

Negada por el actor la firma y la recepción del certificado del art. 80 LCT, incumbía a la parte demandada y a mérito del art. 381 del CPCC, probar la existencia de tal presupuesto para liberarse de la indemnización prevista en la norma legal.

El argumento medular de la sentencia en el punto, no ha sido rebatido eficazmente por la recurrente.

Se ha sostenido reiteradamente, que la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio litigante: es una circunstancia de riesgo, que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis. (conf. Fassi, S., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. II, p. 163, Astrea, Buenos Aires).

El principio de autorresponsabilidad de la parte en la proposición y producción de la prueba indica que deberá cargar con las consecuencias de su omisión. *"La carga de la prueba implica, por una parte, una regla para el juzgador (regla de juicio), toda vez que indica cómo debe fallar, en el caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuales fundará su decisión y reviste asimismo, el carácter de una regla de conducta para las partes, porque fija cuáles son los hechos que a cada una le interesa acreditar; lógicamente consagra el principio de autorresponsabilidad de los litigantes, pues deja librado a su arbitrio el aportar o no pruebas al proceso, sometiéndose en este último caso a las adversas consecuencias."*(López, Martha Rufina c/ Abraham Textil S.A. s/ Indemnización por despido" - SALA Nº 2 CÁMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO - RS - L000 353 RSD-26-96 - Resolución Definitiva - 13-51996.Base elDial - AR26D).

Luego, los dichos de las testigos vinculadas laboralmente con la demandada, no pueden constituirse en prueba dirimente para la cuestión. Era necesario frente a la negativa del actor a la recepción y al desconocimiento de la firma atribuida, realizar la pericia caligráfica cuya caducidad fue declarada por la señora Jueza y en mérito a lo expuesto, la

indemnización prevista por el art. 80, agregado por la ley 25.345 se ajustó a derecho y el agravio debe desestimarse.

2.3. En el tercer agravio se queja de la tasa de interés aplicada.

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 al tiempo de promover la demanda, la parte requirió la aplicación de intereses sin especificar a qué tipo de tasa por lo cual, es válido sostener que la requerida era la tasa activa del Banco del Chubut S.A., usual en todas las circunscripciones de la provincia, a la fecha de la demanda.

Por otro lado, conforme la doctrina legal del STJCh en materia de intereses no estipulados ni establecidos, cuando la parte actora no especifica en el libelo inicial la tasa de interés conforme la cual deberá ser liquidada la acreencia cuyo cobro persigue por ante esta Jurisdicción, cabía imponer la más adecuada a las circunstancias económicas, estimándose como tal la Tasa

Activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A. (S.D. N° 6/SCA/02).

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.

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), sin mencionar al art. 768 del CCyC.

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.

Ya nos hemos expedido sobre la cuestión entre otras, 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, 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.

La SCBA, y con voto del 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, vigente el nuevo CCy C, nada observó el actor respecto de la aplicación del mismo en materia de intereses y menos aún insinuó la tasa determinada en la sentencia, ni medió de parte de la Juzgadora una convocatoria a las partes para que se expidan sobre el punto y que hubiera permitido, quizás, superar la cuestión que llega en apelación.

A los fines de determinar la tasa aplicable, tendré en cuenta que por Ac. Plenario 4400/16, el STJCH entendió, que en el caso del deudor moroso del tributo judicial la tasa de interés activa promedio mensual que informa el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuentos de documentos comerciales, resultaba la más ajustada para indemnizar el daño moratorio ya que, dicha tasa se encuentra en consonancia con el mercado local de capitales y con lo dispuesto por el art. 768 del Código Civil y Comercial, de modo que, conforme hemos sostenido en SDL N° 61/16, esa será la tasa de interés 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.

3.

Concluyo admitiendo parcialmente el agravio respecto de la tasa de interés aplicada y desestimando los otros argumentos recursivos de la demandada.

4. <u>Las costas</u>.

a) La revocación parcial de la sentencia no altera la condición de vencida de la demandada, por lo que no corresponde readecuar ni las costas ni los honorarios determinados en la sentencia de grado (art. 282 CPCC).

b) Las costas en esta instancia serán soportadas por el apelante vencido en lo sustancial del recurso (art. 69 del CPCC), para lo cual tengo presente que la tasa de interés fue una cuestión resulta de oficio por la magistrada de grado y no sostenida en esta instancia por la contraria.

Los honorarios que propone el Dr. Fiordelisi se ajustan a la actividad profesional cumplida en esta sede, su mérito y resultado obtenido, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera. (arts 7, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la 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 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 agravios.

4°) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art.

69 CPCC), regulándose los honorarios a su letrado apoderado, Dr. J. G., en el 28% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

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

Conforme el sentido de mi voto 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 febrero de 2017.

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 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 agravios.

4°) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios a su letrado apoderado, Dr. J. G., en el 28% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDL. CONSTE.