----En la ciudad de Trelew, a los 30 días de marzo del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. G. Nicolás Walter y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T., C. D. R. c/ B. S.A.s/ Cobro de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. Nro. 47 - Año 2023 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 125.

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Vienen estos actuados al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 100 y vta., en contra de la sentencia definitiva dictada en autos, obrante a fs. 95/98.----------

----La sentencia apelada hizo lugar a la demanda entablada por el Sr. C. D. R. T. en contra de B. S.A., condenando a esta última a que abone al actor la suma de $ 1.317.979,82, con más los intereses fijados en el considerando respectivo y costas. -----

----El escrito de expresión de agravios fue presentado mediante ID 919896 (fs. 105/110 vta.).----------

----Ordenado su traslado a la parte contraria por providencia de fs. 111, éste fue evacuado mediante presentación ID 926203 (fs. 113/115). ----------

----I. La parte demandada formula los siguientes agravios, a saber:----------

----Invalidez de testimonio único. Improcedencia de las diferencias salariales: Bajo este titulado la recurrente expresa que erróneamente se declara la procedencia de las diferencias salariales reclamadas basándose exclusivamente en el testimonio del Sr. C. G. Cita y transcribe la respuesta que el mencionado testigo diera a la pregunta séptima -por la cual se lo interrogara sobre el período en el que el deponente estuvo embarcado en el barco B.-, de la cual surge, postula, que habiendo referido a que fue “…hace dos años atrás” ubica su remembranza a diciembre de 2019 cuando el actor ya no se encontraba laborando en el mismo barco. Alude a la respuesta dada a la octava pregunta, señalando que no había hecho referencia a ello al responder por las generales de la ley; y, finalmente a la respuesta que diera a la pregunta vinculada a la razón de sus dichos, indicando que su respuesta fue que *“…La mayor parte las viví a bordo y otras me contaron…”*. Postula que de tal respuesta surge que parte de su testimonio fue de oídas no habiéndose especificado en cuáles de sus respuestas se debió a vivencias propias y cuáles porque le fueron contadas conforme lo indicara, dejando a su parte –dice- en indefensión. Cita jurisprudencia vinculada a la valoración de los testimonios a la cual remito para su lectura. Termina manifestando que su parte no pretende cuestionar al testigo por el mero hecho de ser único sino porque del mismo testimonio surge que la

declaración no es sincera, es confusa, tendenciosa y no es suficiente para que con fundamento en el mismo se admitiera las diferencias salariales reclamadas. ----------

----Excesivo rigor formalista. Despido con justa causa: Expresa que la juzgadora se sitúa exclusivamente en lo dispuesto por el art. 244 de la LCT y art. 29 del CCT 311/75, los cuales refieren a la previa constitución en mora por intimación fehaciente, lo que –sostiene- trasunta un requisito meramente formal y que no es óbice para analizar y tener por configurado el despido con causa cuando es evidente la falta de concurrencia del trabajador –hecho objetivo- y su clara voluntad de no presentarse a trabajar (desde el día 12/11/2019 hasta el 14/01/2020). Cita jurisprudencia en apoyo de su posición a la que igualmente remito. Observa que por aplicación del principio iuria novit curia los magistrados de justicia deben aplicar el derecho independientemente del alegado por las partes. Por lo que, postula que si la Sra. Juez a quo consideraba que no era aplicable lo dispuesto en los arts. 244 de la LCT y art. 29 del CCT 311/75, debió aplicar lo dispuesto por el art. 242 de la LCT. Efectúa cita doctrinaria vinculada al despido con justa causa y su apreciación judicial, postulando que es inconcebible que el trabajador se ausente por más de dos meses y no sea considerado una injuria suficiente que justifique el despido con causa. Cita jurisprudencia relativa a la gravedad de la injuria.----------

----Errónea liquidación de la base salarial y de los rubros de la liquidación: Manifiesta que no obstante no corresponder rubro indemnizatorio alguno toda vez que –sostiene- el despido dispuesto por su parte fue con justa causa, postula que la liquidación es errónea. Afirma que aún con la procedencia de las diferencias salarias, la base debió ser el salario neto percibido, es decir, el ingreso de bolsillo. Puntualiza la que indica como una errónea determinación de diferencias salariales en la suma de $ 448.762,08; como así también afirma que es erróneo que se haya admitido la procedencia de los meses de diciembre de 2019 y enero y febrero de 2020, cuando ha quedado demostrado en autos que en dichos periodos el actor se ausentó de su puesto de trabajo –sin causa, motivo o explicación, señala-, por lo que mal puede haber generado un rédito laboral por la ausencia de prestación de servicios por su parte.----------

----Falta de tratamiento del planteo de inconstitucionalidad de la duplicación indemnizatoria del decreto 34/2019 y 528/2020: Advierte que en el apartado III, punto 2 H), planteó la referida inconstitucionalidad lo que no ha sido tratado por la juzgadora de grado admitiendo los rubros indemnizatorios establecidos en dichas normas lo que le causa un gravamen irreparable. Es por lo cual solicita que se resuelva dicha cuestión solicitando que se rechace la duplicación indemnizatoria concedida en la primera instancia.----------

----Improcedencia de la tasa activa del B. del C. S.A.: Refiere a los componentes que integran la tasa activa efectuando numerosa cita doctrinal. Asevera a partir de ello que la tasa que se ajusta a la realidad fáctica y normativa es la tasa pasiva –únicamente interés compensatorio- que incluye en sí misma el interés propiamente dicho y no el

riesgo financiero y gastos administrativos que no hacen a la relación entre privados y que no contraría la prohibición de indexación. Finaliza pidiendo que en el caso de una eventual confirmación del despido injustificado se liquiden intereses conforme tasa pasiva que paga el B. del C. S.A. por sus depósitos y/o plazos fijaos sin capitalización de intereses. Mantiene caso federal. Y, en el petitorio de estilo solicita se haga lugar al recurso revocándose la sentencia apelada teniendo por justificado el despido y rechazándose la demanda entablada, con costas. ----------

----La parte actora responde a tales agravios postulando que se intenta sostener en una mera transcripción de fallos no aplicables al caso y con escaso desarrollo argumental que consiste, entiende, en una mera discrepancia con lo resuelto en el anterior grado. Indica que no se atacan los fundamentos de la juzgadora a quo sino que se propone una opinión diferente sin indicar en donde yerra la sentenciante, es decir, postula, se limita a discrepar. Aún así, pasa a contestar uno por uno los agravios planteados. Sobre la recepción del testimonio del único testigo declarante señala que no se impugnó ni dedujo tacha alguna sobre la declaración del marinero G. siendo extemporáneas todas las apreciaciones realizadas en esta instancia de alzada. Observa que de haberle quedado alguna duda a la demandada ahora recurrente debió haber repreguntado y no tratar de sembrar sospechas infundadas en esta instancia. Sobre la causal del distracto, expresa que la demandada insiste en sostener que el trabajador que había intimado fehacientemente a la patronal a que le aclare su situación laboral sin recibir respuesta, se lo tenga por incurso en abandono de trabajo. Señala que lo novedoso es el argumento de “excesivo rigor formal” para justificar que no le respondió jamás al trabajador su intimación y que no lo había intimado a que retome tareas bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo. Tampoco tiene en cuenta que la empresa dejó de darle ocupación y que el trabajador intimó. Afirma que lo cierto es que no se probó el abandono de trabajo. Sobre la inconstitucionalidad pedida expresa que la juzgadora de grado no se encuentra obligada a resolver todos los planteos que las partes formulen y puede intuirse que dado la futilidad del argumento de nulidad expuesto por la demandada optó por no expresarse. Indica que los decretos de necesidad y urgencia tiene los efectos de una ley del Congreso de la Nación hasta tanto no sean rechazado por éste y, en el presente caso, el 18/11/2021 el Congreso de la Nación en el orden del día N° 592, a pedido de la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo, aprobó el DNU que la demandada cuestiona. Cita jurisprudencia de la Corte Federal referida a la constitucionalidad de la doble indemnización contemplada en el art. 16 de la ley 25.561 conocida como la “doble indemnización” considerando que dicha norma se rigió a preservar el empleo en un marco en extremo dificultoso. Sobre la tasa de interés cuestionada, señala que es jurisprudencia asentada en esta Circunscripción Judicial que es de aplicación la tasa activa del B. del C. Alude a un pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de la provincia que no individualiza en apoyo de su posición. ---------

----II. En los límites provistos por el contenido de los agravios reseñados y teniendo en consideración la respuesta dada a ellos por la contraria, ingresaré a su tratamiento siguiendo la misma metodología empleada por la recurrente para individualizarlos.----------a) Invalidez de testimonio único. Improcedencia de las diferencias salariales: De la detenida lectura del fundamento expuesto en sostén del presente agravio se advierte que puntualmente la recurrente no focaliza su impugnación en la circunstancia de que se hubiere sustentado el decisorio en un testigo único sino que éste se dirige a poner en trance, cómo y cuáles hechos sobre los que depusiera fueron conocidos directa y personalmente por el testigo Sr. C. G. y cuáles solo los conoció por dichos de otros.----------Así surge de poner bajo titubeo que éste pudiera haber compartido labores en la misma época en que el actor lo hiciera en el buque pesquero de la empleadora a partir de la respuesta que diera a la pregunta séptima; como también, al aludir a la respuesta que el testigo diera a la pregunta sobre la razón de sus dichos.----------De tal manera, pues, mediante la citada pregunta séptima se le consultó al testigo desde qué período estuvo embarcado en el barco B., respondiendo textualmente lo siguiente: *"La fecha no la recuerdo pero hace 2 años atrás"* (Sic). Si se repara que dicha declaración fue producida en autos en el mes de diciembre del año 2021, efectivamente la referencia temporal que se remonta a "dos años atrás" nos lleva al mes de diciembre del año 2019, siendo que la empleadora sostuvo al contestar la demanda que el actor se desempeñó hasta el 12/11/2019, fecha ésta en la que desembarcó de dicho buque, manifestando a la par que no volvió a tener novedades del actor sino hasta el 14/01/2020 cuando éste le remitiera un despacho postal solicitando que le aclare su situación laboral. Es por tal circunstancia que la empleadora recurrente infiere que, a esa fecha, T. no se encontraba trabajando en el buque, pretendiendo con ello desacreditar la credibilidad del testimonio. ----------Ahora bien, esta apreciación lineal atenida exclusivamente a la estricta inferencia de tiempo que surge de la remembranza del testigo, quien retrotrae su propio desempeño en el mismo buque en que lo hiciera el aquí actor, a una época desajustada a la que pudo compartir tareas con él, no puede ser preconizada de manera que excluya sin más su valor probatorio. Es que, no puede ser obviado que el registro que queda en la memoria de un testigo es extremadamente variable, siendo lo más común que concurran deformaciones de ese recuerdo, máxime si se advierte la razonable propensión al error en la memoria que se registre, el que se puede producir al realizar una referencia histórica sobre la cual se le requiera que se expida el testigo por el clima emocional de quien se encuentra sometido a un interrogatorio en el entorno de una audiencia judicial –extraño e intimidante para muchos-. Al respecto se ha dicho en tal sentido que los errores en el registro que queda en la memoria de los testigos pueden ser de distinto tipo, como por ejemplo, cuando se transfiere la memoria a corto plazo a la de largo plazo, donde se agregan: el efecto de traer el recuerdo que ya lo modifica, los estereotipos y

los prejuicios. ----------

----Asimismo, la ubicación del sujeto, el tiempo de registro del hecho y el tiempo en que se recuerda y relata el hecho nos permiten ver que un mismo acontecimiento es percibido por distintas personas de distinta manera. Además la respuesta a la pregunta está condicionada por la forma de hacer la pregunta, pero también está condicionada por lo que hemos vivido, que en muchos casos determina el resultado de lo percibido. Es por lo cual, en tren de creer o no los dichos del testigo, dado que en la especie no hay registros objetivos de los hechos sobre los que declarara y por los cuales pudieran corroborarse –por caso, en el puntual caso de este testigo hubiera sido de extrema utilidad contar con su libreta de embarque para verificar las fechas en las que efectivamente se desempeñara en el buque B.-, no queda más que fiarse de la confianza y seguridad con la que el testigo se manifestara con relación al conjunto de las demás respuestas dadas en su declaración. Y, tal apreciación no puede ser efectuada más que por el juzgador de la anterior instancia tal como de hecho la Sra. Juez a quo, quien así ponderó positivamente a dicho testimonio.----------

----Sobre esto último, lo digo y aclaro, más allá de que soy partícipe de la inteligencia que propugna que no hay manera de que una persona pueda detectar la mentira por lo cual entiendo que del mismo modo acontece con los operadores jurídicos –de cualquier instancia- merced a que no hay razones para suponer que sea diferente con ellos. Empero, en la porción del testimonio bajo análisis, se trata de la apreciación no ya de la sinceridad o verdad de lo depuesto por el declarante, sino de la trascendencia que cabe asignar a un posible fallo o error en la recuperación del recuerdo del testigo sobre una circunstancia temporal en particular, relativa a su vínculo personal con el mismo empleador demandado en autos, como lo fue el interrogante *“en qué período estuvo embarcado en el buque B.”* (Sic)(pregunta 7ª, fs. 79 vta.).----------

----Se ha explicado sobre el punto bajo análisis desde la doctrina procesal específica relativa a la apreciación del testimonio, que la tesis subjetivista distingue entre afirmaciones que voluntaria o involuntariamente afirman una falsedad –entendida ésta como la falta de correlato entre la afirmación y la realidad-, indicando que las afirmaciones falsas involuntarias no traducen una mentira sino que serían el caso de “*errores sinceros o involuntarios”*. Esto es, en estos supuestos el sujeto *cree* que su afirmación se corresponde con la realidad, pero esto no es así.----------

----Se precisa al respecto que una cosa es la sinceridad y otra muy distinta la veracidad. Ser sincero implica expresar lo que uno cree que es verdad; en cambio, ser veraz implica expresar verdades. De igual forma, mentir no es lo mismo que decir falsedades. Mentir implica decir lo que uno cree o sabe que es falso; y decir falsedades, implica expresarse sin tener correspondencia con la realidad. La mentira, al igual que el relato sincero, se analiza subjetivamente, en cambio, la verdad o la falsedad de una afirmación se analizan objetivamente. Por ello, se concluye, que hay relatos sinceros verdaderos y relatos

sinceros falsos, al igual que mentiras verdaderas y mentiras falsas. En este punto, se expresa: *"Desde el punto de vista del testimonio, por tanto, se podría simplificar las categorías en tres opciones, que se suelen ignorar, máxime en los juzgados y tribunales: a) el relato verdadero (sincero o mentiroso); b) el testimonio falso, fruto de una distorsión intencionada de los hechos (diferencia entre lo que se dice y lo que se recuerda); y, c) el testimonio falso, basado en recuerdos distorsionados a través de procesos cognitivos normales, sea de forma endógena o exógena. Al dejar de lado esta distinción, se considera que el testigo o está mintiendo, o está diciendo la verdad, con lo que se ignora la existencia de la categoría "c"…De esta forma, en general, se ignora la posibilidad de que haya errores sinceros –es decir, situaciones en las que el testigo es sincero, pero su declaración no es verdadera-, con lo que se sobrevalora el papel de la sinceridad o la mentira, que no garantizan para nada la veracidad"*(Sic) (Conf.: Paula Ramos de Vitor, "La prueba testifical", Ed. Marcial Pons, Barcelona, ed. año 2019, pág. 116, punto 2.5 y s.s.; id. Gorphe Francois, "La crítica del testimonio", Ed. Ojejnik, Chile, ed. año 2021, pág. 39 y s.s.; idem, Irisarri, Santiago M., en "Valoración racional de la prueba testimonial", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, ed. año 2021, págs. 56 y s.s.). --------

----Pues bien, a todo evento y sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí en el marco general de la apreciación probatoria previsto por los arts. 390, 460 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía de los arts. 44 y 73 de la Ley XIV N° 1; tampoco cabe soslayar que se llega a la misma conclusión por aplicación subsidiaria del principio in dubio pro trabajador contemplado por el art. 9 de la LCT, que prevé una directriz hermenéutica que recae no solo con relación a la aplicación de la norma más favorable -en caso de concurrencia de fuentes de regulación respecto a una misma situación jurídica-, sino también ante la duda en la interpretación de la ley; y, en la duda que pudiera registrarse ante la apreciación de la prueba, supuesto éste último sobre el que – igualmente- deberá realizarse en el sentido más favorable al trabajador.----------

----En conclusión, pues, por las razones expuestas propondré al acuerdo que el agravio aquí examinado sea desestimado. Así lo voto. ----------

----b) <u>Excesivo rigor formalista. Despido con justa causa</u>: Se postula que importaría un excesivo rigor formal situarse única y exclusivamente en lo dispuesto por los arts. 244 de la LCT y art. 29 del CCT 311/75, normas que exigen como recaudo previo a la denuncia del contrato por abandono la previa constitución en mora del trabajador mediante la intimación fehaciente. Expresa que de tal manera se omitió analizar la falta de concurrencia del trabajador –hecho objetivo- y la clara voluntad del actor de no presentarse a trabajar para tener por configurada la justa causa del despido que invocara. ----------

----De la sola lectura de los términos en los que, sintéticamente, se resumiera la pretendida postulación impugnativa, queda en claro que la misma resulta por sí misma inaudible, desde que básicamente se contrapone a las exigencias de la norma de

aplicación al caso. Es que tal planteo traduce solamente una aspiración atenida al exclusivo interés de la empleadora, quien persigue eximirse del pago de la indemnización por el despido que decidiera con invocación de un abandono incumplimiento, aunque admitiendo no haber satisfecho uno de los presupuestos exigidos legalmente a tal fin.----------No hay mayor discusión sobre que para la configuración del abandono de trabajo como causal extintiva sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, se exige la concurrencia de una exigencia de tipo formal: intimación previa al trabajador para que se presente a trabajar a efecto de cumplir con su obligación principal. Este recaudo converge, además, con dos elementos, uno de tipo objetivo, que radica en la no concurrencia al trabajo, y otro de tipo subjetivo, representado por la voluntad del empleado de no reintegrarse al empleo. Este último, representa el necesario *ánimus* o intención de no volver a brindar la prestación de tareas (Ver: A. Eduardo O., en "Algunas precisiones en torno al abandono de trabajo como forma de extinción de la relación laboral", en Revista de Derecho del Trabajo, "Extinción del contrato de trabajo-II", T. 2000-2, pág. 75 y ss).----------Pues, la patronal recurrente, por un lado, no controvierte que omitió satisfacer el requisito de la intimación previa, y por el otro, soslaya absolutamente referir a la concurrencia del ánimus. Sobre esto último, en verdad, intenta fallidamente sostener que el actor tuvo *"…clara voluntad de no presentarse a laborar…"* (Ver: escrito de expresión de agravios, punto B, fs. 106), sin reparar que tal como bien lo puntualizó la juzgadora de grado éste le requirió el día 17/01/2020, por vía postal, que se le aclare su situación laboral sin obtener respuesta alguna a tal requerimiento –la patronal respondió pero dirigiendo su contestación a un domicilio distinto al correspondiente al Sr. T.- (Ver: último párrafo del considerando de fs. 96 vta.). ----------Tampoco explica la recurrente la ausencia de precisión de cuándo y cómo fue que notificó su decisión de despedir por abandono de trabajo al actor, despido al que alude en su despacho postal del 06/02/2020 (Ver: CD de fs. 08), dirigida en respuesta a la segunda intimación cursada por el trabajador de fecha 24/01/2020 (Ver: TCL de fs. 04), tal como fuera correctamente señalado por la juzgadora del anterior grado.----------Finalmente, resulta improponible jurídicamente la invocación del brocardo latino "iuria novit curia" para intentar infructuosamente suplir los déficit de su propio actuar. Es que mal podría el juzgador, al menos válidamente, alterar los términos por los cuales se desenvolvió la controversia, tanto extrajudicialmente como al concretarse judicialmente con la traba de la litis. Basta con remitir a lo dispuesto por el art. 243 de la LCT, para descartar que se encuentre como una potestad del juzgador la posibilidad de modificar la causal de despido consignada en las comunicaciones previas que desencadenaron el conflicto finalmente judicializado posteriormente.----------En suma, ante tales falencias entiendo que el presente agravio adolece de suficiencia técnica suficiente que aporte la materia de análisis mínima que permita a esta alzada

ejercer propiamente su facultad revisora, por lo que propongo al acuerdo que se declare su deserción conforme los términos contemplados por los arts. 268 y 269 del C.P.C.C., en consonancia con lo previsto por el art. 60 de la Ley XIV N° 1. Así lo voto.----------

----c) Errónea liquidación de la base salarial y de los rubros indemnizatorios: Sobre el punto se sostiene en los apartados 1º y 2º titulados *"errónea base para liquidar los rubros respectivos"* y *"errónea determinación de diferencias salariales"* (Sic), aunque advierto "ab initio", sin aportar explicación alguna que sustente ninguno de tales postulados. Esto es, dicho de otro modo, se afirma sin dar razón alguna que se habría tomado erróneamente lo efectivamente percibido por el actor para calcular las diferencias de haberes que se declarara antes procedente; y que, por tanto, también es errónea la determinación del monto por diferencias salariales. ----------

----Ahora bien, la sola afirmación de que la juzgadora habría incurrido en un error, sin aportar la más mínima explicación siquiera de en qué consistiría tal error, descarta que este tribunal revisor pueda expedirse en sentido alguno al respecto, dada la absoluta carencia de materia crítica que atender.----------

----Y, sobre el punto 3º, referido a la postulada como *"errónea e improcedencia de haberes diciembre 2019, enero 2020 y días de febrero de 2020"*, basándose para ello en que se encuentra plenamente demostrado que en dichos períodos el trabajador se ausentó de su puesto normal y habitual de trabajo, esto es, sin prestar servicios, tampoco puede tener andamiento. Obsérvese que desde el punto de vista jurídico laboral, la remuneración es el pago al que el trabajador tiene derecho con motivo de la prestación de su trabajo o, aunque no preste tareas, si se pone a disposición del empleador y éste no lo ocupa o si la ausencia de prestación efectiva se encuentra especialmente protegida por la ley. Así, cabe preguntarse cuándo hay contraprestación, y doctrinalmente se ha respondido que la prestación básica del trabajador es poner su fuerza de trabajo a disposición de su empleador, y la contraprestación es la percepción del salario. De este modo, la remuneración retribuye la labor prestada o bien la mera puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo del dependiente aun cuando la patronal no la utilice efectivamente. En tal sentido, basta entonces con reparar que el devengamiento de tales créditos laborales sucedieron en la especie con solo encontrarse el trabajador actor en autos a disposición de su empleadora y a la espera de que le fueran asignadas tareas (Conf.: art. 103 de la L.C.T.). ----------

----De manera tal que, no asignadas estas, motivo que diera lugar al requerimiento postal del actor para que se le aclarare su situación laboral sin respuesta de la patronal, terminó desencadenando el despido indirecto en el que finalmente se colocó el trabajador, quien comunico tal decisión mediante el despacho postal de fecha 11/02/2020.----------

----Lo hasta aquí dicho descarta que la porción de la postulación impugnativa planteada que se encuentra bajo examen pudiera prosperar toda vez que el derecho del trabajador a la remuneración se genera con la satisfacción de la prestación básica del trabajador,

cual es, poner a disposición de su empleador su fuerza de trabajo y aunque cuando el empleador no la utilice efectivamente (Conf.: Fernández Madrid, Juan Carlos, en “Tratado práctico de Derecho del Trabajo”, 3ª ed., La Ley, T II, pág. 1328 y s.s.; id., Vázquez Vialard, Antonio, “Reflexiones a principios del siglo XXI, respecto del concepto de salario…”, en Revista de Derecho Laboral, N° 2005-1, “Remuneraciones-II”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 9 y s.s). Así lo voto. ----------

----d) Falta de tratamiento del pedido de inconstitucionalidad de la duplicación indemnizatoria prevista en los Decretos 34/2019 y 528/2020: Se denuncia la omisión de pronunciamiento sobre el tópico del epígrafe, para lo cual se constata que efectivamente fue planteado oportunamente tal cuestionamiento constitucional al tiempo de responder a la demanda (Ver: escrito contestatario ID 313767, punto III, apartado H -fs. 43 vta.-).--

----Y, en tal sentido se echa de ver de la lectura de la sentencia apelada que ciertamente la juzgadora a quo no advirtió, o bien olvidó, que debía expedirse al respecto. ----------

----Ante tal situación, sabido es que este tribunal de alzada se encuentra habilitado para entender con plenitud de conocimiento, tal como lo tenía el juez de grado, sobre todo lo que había constituido el objeto de las pretensiones de las partes como fundamento de su posición, esto es, sobre todo aquello que fuera materia controversial o materia de litigio. De allí que cuenta con reconocimiento legal su potestad de subsanar posibles omisiones incurridas en el pronunciamiento de la primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicite el respectivo pronunciamiento al expresar agravios, tal como de hecho acontece en la especie (Conf.: art. 280 del C.P.C.C., de aplicación al supuesto de autos por vía del art. 73 de la Ley XIV N° 1)(Conf.: Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2ª ed. ampliada, año 2009, T. I, Capitulo X, pág. 173 y s.s.).----------

----En tal hermenéutica, es que se ingresará al análisis de procedencia del planteo defensivo que conformó el punto omitido en la sentencia de grado aunque, adelanto, que ceñido a los límites definidos al tiempo de ser realizado; esto es, solo con relación al Decreto 34/2019, toda vez que la alusión al Decreto 528/2020, resulta ser novedosa siendo incorporada recién al expresar agravios y, como tal, se encuentra fuera de la materia la mencionada facultad de subsanación -por integración- sobre la cual este tribunal de alzada se encuentra habilitado para expedirse (Conf.: arts. 34, inc. 4º, 274 y 280 del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía del art. 73 de la ley XIV N° 1). --------

----Esto último lo señalo solo a mayor abundamiento y sin perjuicio de la nula incidencia que podría contar en la especie el examen de la constitucionalidad del DNU 528/2020, desde que éste solo prorrogó por 180 días la emergencia declarada por el DNU 34/2019 -que estableció la doble indemnización-, a partir de su publicación en el Boletín Oficial (10/06/2020), siendo que el actor en autos se tuvo por despedido indirectamente en febrero del 2020, esto es, bajo la vigencia del Decreto 34/2019. ----------

----Dicho esto, corresponde observar, tal como correctamente lo refiere la parte actora al

responder este puntual agravio, que la duplicación indemnizatoria por despido injustificado fue convalidada por la Corte Suprema de Justicia Nacional, aunque con respecto a la duplicación prevista en el marco de la llamada “suspensión” dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561. Efectivamente, en el caso “Aceval Pollacchi” (CSJN, 28-62011, Fallos: 334:799), el cimero tribunal aludiendo a los precedentes “V.”, “C.” y “S.”, como asimismo teniendo en cuenta que la norma cuestionada no se refería a una materia expresamente prohibida (penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos), en orden al examen que realizara en el precedente “Consumidores Argentinos” (CSJN, 19-05-2010, Fallos: 333:633), evaluando la razonabilidad de dicha norma en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad (Conf., doctrina de Fallos: 98:20; 136:161; 162:21; 315:142; 318:1154; 319:2151; 327:3677, entre muchos otros), convalidó la constitucionalidad de la duplicación indemnizatoria cuestionada.----------

----Pues bien, bajo tales parámetros pondero que el Decreto 34/2019, el cual fuera dictado por el PEN el 13 de diciembre de 2019 y publicado en el Boletín Oficial el mismo día –encontrándose en receso en dicho momento el Congreso Nacional-, si bien no satisfacía el requerimiento de la fuerza mayor que impidiera la reunión del Congreso para dar la solución que la situación requería mediante el trámite normal de las leyes aludido por la Corte Nacional en el caso “Verrocchi” (CSJN, 19-8-99, Fallos: 322:1726), puede considerarse que la situación que intentaba remediar tenía la nota de urgencia que reclamaba una solución inmediata no compatible con el cumplimiento de los trámites parlamentarios que demanda la sanción de una Ley (proyecto de ley, tratamiento en comisiones y el plenario de ambas cámaras), máxime cuando debía requerirse por parte del PEN la realización de sesiones extraordinarias. De manera tal que resulta factible avizorar que muy probablemente el tiempo que insumiría dicho proceso normal para la sanción de una ley, en el contexto social y económico de ese tiempo, habría operado como una suerte de promoción de los despidos injustificados con el propósito de evitar el mayor costo de las indemnizaciones. En tal sentido, cabe rememorar el origen motivacional del DNU 34/2019, el cual centró en que, a fines del año 2019, se observó –conforme a reportes de la Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social-, un marcado ascenso de la tasa de desocupación llegando a un porcentaje de 10,6%, lo que derivó por medio de ese instrumento jurídico de excepción, en declarar la emergencia pública en materia ocupacional.----------

----En este mismo sentido nótese que la situación de emergencia mencionada fue reconocida en su existencia pocos días después del dictado del decreto 34/2019, mediante la sanción de la Ley 27.541 (promulgada y publicada el 23/12/2019), en cuyo artículo 1º se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social…hasta el 31 de

diciembre de 2020. Además, en este estado de emergencia reconocida y declarado, es observable que la duplicación indemnizatoria –al igual que la emergencia ocupacional prevista en el DNU 34/2019- de origen tuvo una vigencia temporal inferior aún a la del plazo contemplado en el art. 1º de la ley 25.561. De tal manera, estimo que, a la luz de la doctrina de la Corte en el caso “Consumidores Argentinos”, tales circunstancias permiten sostener la validez constitucional de la norma cuestionada en el presente caso. ----En síntesis de todo lo analizado y razonado, propondré al acuerdo la desestimación de este agravio. Así lo voto.----------

----e) Improcedencia de la aplicación de la tasa activa del B. del C. S.A.: Advierto inicialmente que el cuestionamiento que se intenta realizar mediante el presente agravio, con fundamento en la mera descripción de los componentes técnicos de la tasa de interés activa impuesta en la condena que lo motiva, no alcanza a proveer de un verdadero contenido crítico que le pudiera dar andamiento. Es más, en los términos con que se intenta sustentar el pretendido, pero no logrado agravio, podría decirse que el infructuoso intento de sustentar su planteo se traduce más como un punto de vista meramente disidente que pone de manifiesto el desacuerdo o desagrado que provoca a la recurrente tal porción de lo decidido, postulando como su conveniencia de que se fije una tasa de interés pasiva, postulación ésta atenida al solo interés subjetivo del recurrente, empero sin aportar un concreto y razonado argumento jurídico por el cual éste tribunal pueda ejercer su facultar revisora. ----------

----No huelga decir de inicio también, que respecto a la capitalización ordenada en el fallo se acentúa, si se quiere, tal falencia técnica ya apuntada, puesto que se reduce a afirmar, sin dar razón alguna que le dé sustento a tal posición, que no correspondería establecerla (Ver: escrito de expresión de agravios, 2º párrafo “in fine” de fs. 110). -------

----Es que no puede soslayarse de modo alguno que la elección de la tasa de interés a aplicar sobre un crédito laboral adeudado, como lo es el determinado en este proceso, es una potestad que, al decir de la Corte Suprema de Justicia Nacional, *“…queda ubicada en el espacio de razonable discreción de los jueces de la causa…”* (Sic)(CSJN, 17-5-1994, in re: “Banco Sudameris c/Belcam”, L.L. 1994-C, 30).----------

----De igual manera, nuestro Superior Tribunal de Justicia de la provincia lo tiene dicho, expresando que *“…Si bien con una lectura simple de la norma pareciera* –refiriendo al art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación- *que sustituye la determinación judicial de la tasa de interés moratorio por una que efectúe la reglamentación del Banco Central de la República Argentina, comparto el criterio expuesto por el Tribunal Superior de Córdoba, en tanto reivindica que esa determinación compete a la actividad jurisdiccional. Así, ha dicho que: “Es tarea de los jueces la determinación de la tasa de interés, y la derivación que el inc. c) del art. 768 CCCN formula a las tasas del Banco Central es sólo a los fines de que los magistrados en ejercicio de tal facultad, seleccionen la tasa entre cualquiera de las fijadas por las reglamentaciones de la causa, fundando la decisión con*

una motivación razonable…" (Sic)(del voto del Dr. Panizzi), puntualizándose también que: *"…entiendo como un supuesto compatible con toda la preceptiva legal que, en el marco amplio de la facultad de determinar la tasa de interés, el juez pueda seleccionar también las que fija nuestra entidad financiera provincial, sujeta a la normativa del Banco Central de la República Argentina…"*(Sic)(del voto del Dr. Vivas)(Conf.: STJCh, 20-02-2020, SCA N° 05/SCA/2020, in re: "M., P. M. c/ I. de A. S. s/Demanda Contenciosa Administrativa"; id., STJCh, SDCA N° 4/2011). ----------

----Y, solo a mayor abundamiento no puede dejarse de mencionar que desde décadas atrás la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado a favor de utilizar a la tasa de interés a calcular sobre montos de capital de condena como un mecanismo indirecto de actualización monetaria. Tal tesitura encuentra sostén en la realidad que presenta un contexto económico inflacionario de larga data lo que lleva a imponer, por razones de justicia y equidad, el criterio mayoritariamente aceptado de permitir la inclusión del componente inflacionario en la tasa de interés a fin de paliar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda –ello así, más allá de su eficiencia por cuanto es de público y notorio que no llega a paliar la depreciación de la moneda-. Y lo dicho, sin olvidar la contradicción lógica que la utilización de tal mecanismo indirecto encierra –por la diferencia ontológica existente entre intereses y actualización monetaria-; empero, razones de justicia y de conveniencia económica imponen "disimular" en lo posible la inflación diluyéndola en la tasa de interés a aplicar sobre cuantías monetarias fijadas judicialmente como monto del capital de condena (Conf.: Viale Lezcano, Domingo J., en "La deuda de intereses en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni, 1ª ed., año 2019, Cap. XVII, pág. 193 y s.s.; id., Romualdi, Emilio E., "Intereses en el proceso laboral", MJ-DOC-12342-AR, MJD12342)(Ver: S.D.L., sala única, N° 194/94, CANE; id., Sala B, S.D.L. N° 64/05; S.D.C., N° 46/2016, CAT, entre otros).-------

----Tengo dicho en numerosos antecedentes anteriores que los intereses que se fijan en la condena lo son en concepto de indemnización por la mora del deudor en el pago de la obligación dineraria, el que datará, en las obligaciones de fuente contractual, desde el incumplimiento, y en las de fuente aquiliana, desde que aconteció el evento dañoso. Los intereses cualquiera sea su especie son frutos civiles de un capital, y su cuantía ha de establecerse de acuerdo a una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a un capital determinado indisponible para el acreedor durante el tiempo que dura la mora "debitoris".----------

----Tengo dicho igualmente que no se trata de reconocerle al acreedor los réditos que habría podido obtener si, contando a tiempo con su capital, hubiera decidido efectuar una inversión bancaria a plazo fijo retribuida con intereses a tasa pasiva, lo cual significaría indemnizarle un hipotético lucro cesante. La cuestión radica en cambio, en resarcir el daño emergente que le infiriera el tener que recurrir al mercado financiero para procurarse de dicho capital teniendo que abonar por ello intereses liquidados a tasa

activa como contraprestación del crédito que hubo de obtener de terceros para suplir el dinero que el deudor no le entregara en tiempo propio. Aclaro que la justificación no está en la necesidad, sino en la facultad del acreedor de procurarse la satisfacción de la obligación por un tercero (Conf. Barbero Ariel Emilio, “El interés moratorio en las obligaciones civiles”, L.L. 1996-C-1165).----------

----La situación de un acreedor judicial no es la de un simple inversor que deposita su dinero en un banco privándose voluntariamente de un capital para recibir un beneficio expresado por una tasa pasiva. El acreedor judicial, por el contrario, no es libre de prestar su dinero sino que éste fue ya retenido por su deudor. Condenar al deudor moroso a pagar solo la tasa pasiva equivaldría a reconocerle la facultad de usar el dinero ajeno por el mismo precio que éste último hubiese obtenido mediante la privación voluntaria, sin compensarle la pérdida de la libertad económica que le impidió durante la mora decidir por sí mismo el destino de su dinero. Si su voluntad hubiere sido no invertir en un banco el capital, sino utilizarlo, debería acudir a un tercero para que se lo proveyera abonando una tasa activa o bien usar otra suma que tuviere a su disposición para usarla con otro destino, en una suerte de auto-préstamo, resultando igualmente restringida su libertad por efecto de la mora del deudor. En todo estos los supuestos al deudor, en definitiva, de fijarse una tasa pasiva por el cumplimiento de su obligación resarcitoria de su mora, se lo beneficiaría y simultáneamente se la añadiría un nuevo perjuicio a su acreedor. ----------

----Vincular el tipo de tasa a su supuesta naturaleza de lucro cesante, (tasa pasiva) como consecuencia inmediata del incumplimiento del deudor del dinero, o como daño emergente (tasa activa), relacionándolo como consecuencia mediata, no altera la cuestión central al decidir respecto al tema. Ello así, porque según los casos, el daño emergente y el lucro cesante son componentes del daño patrimonial resarcible, sea como consecuencia inmediata, sea como consecuencia mediata del incumplimiento (Arts. 519 y 1069 del Código Civil; ahora, arts. 767, 768, 1737, 1738, 1740, 1744, 1747 y 1748 y conc. del C. C. y C. de la Nación, en juego armónico con los arts. 128, 137 y conc. del RCT).----------

----La atribución de ciertas consecuencias al incumplidor concierne a la teoría de la relación de causalidad en su sentido de adecuación, puesto que se trata de la extensión del resarcimiento (hasta qué grado de conexión por las derivaciones dañosas con el incumplimiento responde el deudor). Las categorías de daños emergente y lucro cesante atañen a la teoría del daño, desde que son elementos integrantes del perjuicio patrimonial (el acreedor puede haber sufrido pérdidas, frustración de ganancias o ambas cosas), que el deudor está precisado de reparar cuando deriva de su incumplimiento con relación causal adecuada (Conf.: Doctrina de los arts. 1726, 1727, 1728 y 1736 del C.C. y C.; id., anterior art. 906 Cód. Civil). Es por ello que hay daño emergente y lucro cesante que son consecuencia inmediata del incumplimiento y daño emergente y lucro cesante

que son consecuencia mediata. Se decía bajo el régimen vigente del Código Civil, lo cual no se vio modificado con la unificación de los Códigos de fondo, que la inmediatez de las consecuencias es antes de toda lógica; y, por lo tanto, son aquellas que suceden "según el curso natural y ordinario de las cosas (rectius: hechos)", que es la pauta que fijaba el art. 901 del Código Civil, y por lo tanto nada obsta a que el daño emergente (la tasa activa) sea consecuencia inmediata del incumplimiento. La regla fluía del art. 904 del Código Civil, que atribuía responsabilidad al deudor por las consecuencias mediatas previstas y previsibles, al igual que hoy lo establece expresamente el art. 1728 del Código Civil y Comercial de la Nación (Conf.: Alterini, Atilio "La Corte Suprema y la tasa del interés: ¿De un quietus a un mobilis?", L.L. 1994-C-1994). ----------

----La idea que se propugna es aquella por la que se aspira que el incumplimiento no debe beneficiar al deudor; o, dicho de otro modo, que si él tiene una suma de dinero exclusivamente por su incumplimiento, no debe ese incumplimiento colocarlo en mejor condición que si hubiera acudido a un banco. El sistema debe desalentar la morosidad y la litigiosidad. Al deudor debe convenirle no litigar. Y la aplicación de una tasa de interés pasiva produciría todo lo contrario, desde el mismo momento en que sería más ventajoso económicamente litigar (sabiendo que en última instancia se debería pagar una tasa pasiva al cabo de cierto tiempo) que, por ejemplo, tomar un crédito bancario para satisfacer la deuda y evitar el juicio. Desde otro punto de vista, efectúo este planteo solo como hipótesis genérica de comparación, donde se sustenta y justifica claramente, a mi ver, la necesidad de colocar incentivos para el cumplimiento y no lo contrario, que sería el siguiente: piénsese en la posibilidad de que el tomador de un crédito, que accede voluntariamente a la operatoria bancaria respectiva pactando libremente las condiciones de la misma (plazos, tasa de interés activa, etc.), y, luego, deja de cumplirlas para provocar por medio del proceso judicial el cambio de la tasa de interés pactada –activa- por una pasiva, lo cual no parece ser razonable tornándose ello en un indudable incentivo hacia el incumplimiento. Es en este marco de análisis resulta ilustrativo el voto del Dr. Alberti en autos "G. A. S.A. de S. vs. T., J. y otros", en cuanto expresó que: "*Es imposible suponer que pueda subsistir como sociedad económicamente organizada una en la cual los jueces impongan conscientemente a los malos pagadores abonar un interés inferior al que pagan los buenos deudores de todos los bancos del país. No es congruente que la compensación del incumplimiento sea inferior a los que pagan los deudores durante el período de cumplimiento tempestivo de sus deudas...Si el interés que todos los tribunales impusieran a todos los deudores incumplidores fuera el más bajo de la plaza, nadie pagaría sus deudas, porque los tribunales establecerían durante el juicio una tasa reducida respecto de la corriente..."* (Conf. CNCom., Sala D, Rev. E.D. diario del 24/9/93)(Ver con igual criterio Barbero, Ariel Emilio, "El interés moratorio en las obligaciones civiles", en L.L. 1996-C-1165; id., Bacigalupo, José María, "Tasas de interés que se deberían aplicar en la justicia", en L.L. 1996-B-1138). ----------

----Asimismo, es de mencionar que en una postura idéntica a la planteada hasta aquí, la Corte Suprema de Justicia Nacional, en una causa originaria donde le era propio que fijara la tasa de interés, estableció la tasa de interés activa (Conf. C.S.J.N. “in re” “Brescia c. Prov. de Bs. As.”; Fallos 317:1921). ----------

----En idéntico sentido lo tiene decidido nuestro Superior Tribunal de Justicia de la provincia, a partir del 01/10/2002, y de allí en adelante sin variación alguna, expresando que cabía imponer –incluso cuando no lo solicitare el actor-acreedor en su demanda- la tasa de interés activa, por entenderla como más adecuada a las circunstancias económicas (Conf.: STJCh, SD N° 6/SCA/02, in re: “G. L.”)(Ver también: plenario de la CNAC, “Z. de M., L. c/ T. D. S. S.A. s/Daños y Perjuicios”, 20/04/2009, con comentario de Barbero, Ariel E., “Interés moratorio: se vuelve a la buena senda. Plenario de la Cámara Civil de la Capital”, L.L. 2009-C, 223) (Conf: Pizarro, Ramón D., “Lo intereses en el Código Civil y Comercial”, L.L., 2017-D, 991). ----------

----En suma, entonces, tengo para mí, que la fijación de la tasa activa que establece y cobra el B. del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas, que es aquella que fijara la Sra. Juez de la primera instancia, es una consecuencia inmediata y necesaria de la mora del deudor (Ver Ariel Emilio Barbero, “Intereses monetarios”, Ed. Astrea, 1ra. reimpresión, año 2000, págs. 79 y s.s.). ----------

----Ahora bien, no obstante de lo expuesto al solo título “obiter dicta”, lo relevante para expedirme conclusivamente con respecto a este puntual motivo impugnación, es lo que se apuntara al comienzo del examen de este dicente agravio; esto es, que no se satisfizo con lo argumentado por la recurrente en pretendido sustento del dicente agravio, la aportación de materia crítica indispensable que le pudiera dar andamiento de manera tal que propondré al acuerdo se tenga desierto esta porción del recurso de apelación planteado. Así lo voto. ----------

----III. Conclusión: ----------

----Por lo expuesto y razonado, propongo al acuerdo que se confirme el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de esta segunda instancia a cargo de la parte demandada recurrente totalmente vencida en ella (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV N° 1; y, art. 282 del C.P.C.C.).----------

----Los honorarios profesionales por las tareas cumplidas en esta segunda instancia, apreciadas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: al Dr. G. O. A., letrado apoderado de la parte demandada, en la suma equivalente al 3,04%; y, al Dr. A. P. A., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 6,72%. Ambas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del capital y accesorios de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 13, 18, 46 y concordantes de la Ley XIII N° 4; y, leyes 23.349 y 23.871).----------

----De tal manera, finalizo el tratamiento de esta primera cuestión pronunciándome en

ella por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 95/98, así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada a fs. 105/110 vta. (ID 919896), y de la contestación a la misma por parte del actor a fs. 113/115 (ID 926203), me exime de realizar nuevamente dicho relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------

----I. Dicho lo anterior me adentraré directamente en el tratamiento de los agravios, siguiendo el mismo orden que el colega preopinante. ----------

----1) En su primer agravio la demandada objeta la valoración de la declaración del único testigo, no por ser testigo único, sino por las imprecisiones de lo declarado, debido a que hace referencia a una fecha en la cual el actor ya no laboraba para su parte, no precisa con relación a su oficio y porque dijo tener conocimiento de lo relatado porque en mayor parte vivió a bordo tales circunstancias y otras se las contaron, sin distinguir qué hechos supo por una u otra vía (ver fs. 105/106, pto. II,A). La sentenciante consideró el testimonio de C. G., quien dijo que estuvo embarcado en el mismo buque del actor, que en esa época él era marinero y T. primer pescador, explicando las tareas que desempeñaba el accionante, cómo se remunera al primer pescador, con lo que tuvo por acreditadas las mismas, más aun cuando no se acompañó el Libro Especial del art. 52 de la LCT, explayándose acerca de la validez de la declaración del testigo único (ver sentencia a fs. 96, 3er. párrafo/vta., 1er. párrafo). ----------

----Se reitera que no se cuestiona la declaración por tratarse de un testigo único. Al respecto debe recordarse que en cuanto a la suficiencia del testigo único, es sabido que se ha superado la máxima latina: *testis unus testis nullus.* Es que no se justifica la exclusión total o parcial del mérito probatorio del testimonio único, en el derecho moderno, porque se trata de una cortapisa a la libre valoración por el juez de la credibilidad que le merezca el testigo. La gran mayoría de los códigos actuales dejan al criterio del juez determinar su eficacia probatoria. Ésta es la opinión casi general de los autores modernos. Es que debe recordarse el sabio principio de que “los testimonios se pesan y no se cuentan”, un buen testimonio merece mayor credibilidad que varios regulares o malos (conf. Devis Echandía, Hernando: “Compendio de la prueba judicial”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, T° II, págs. 96/97). ----------

----Sentado lo anterior, de la declaración en cuestión (ver fs. 79/vta.) se aprecia que Galo respondió a las generales de la ley que el actor era compañero de trabajo, que lo conoció porque navegaron juntos en el B. (respuesta primera), que T. era primer pescador, el capitán le da órdenes y él se las da al resto de la tripulación y es responsable de las malas maniobras en el barco (respuesta segunda), que él era marinero (respuesta tercera), que el primer pescador gana un cuarto más que el marinero (respuesta cuarta), que la empresa lo dejó sin trabajo (respuesta quinta), que sabe esto porque se conocen

del barco y estuvo a bordo también (respuesta sexta), que estuvo embarcado hace dos años atrás si bien no recuerda la fecha (respuesta séptima), y al volver a ser interrogado por la razón de sus dichos dijo que la mayor parte de los hechos los vivió a bordo y otras le contaron. ----------

----De la declaración se aprecia que el testigo fue preciso en cuanto a la función y tareas que desempeñaba T., las que realizaba él, de lo que se infiere un conocimiento directo de tales circunstancias. Ahora bien, la referencia a que el período que estuvo embarcado coincida con la fecha en que el actor dejó de prestar tareas y que dijera que algunas circunstancias se las contaron, no invalida la veracidad de sus dichos. Es que en cuanto al tiempo primero dijo que la fecha no la recuerda, por lo que no se pueden tomar los dos años anteriores con exactitud. Al respecto es de considerar que las reglas sobre la prueba testimonial para su convicción son presencia del testigo en el hecho investigado, coincidencia o razonable correspondencia en los distintos testimonios (conf. CN. Civ., Sala J, 11/9/95, JA, 1997-II-175), que las declaraciones sean precisas, objetivas, concordantes, sinceras, imparciales y concluyentes (conf. CNTrab., Sala I, 27/11/98, DT, 1999-B-2092; ídem, Sala X, 30/9/98, DJ, 1999-2-494). Pero también se ha considerado que el exceso de concordancia sobre toda clase de detalles es un motivo razonable para desconfiar de la espontaneidad y honestidad de los testigos, porque hace pensar en una previa confabulación, especialmente si se trata de hechos ocurridos mucho tiempo antes. La sola circunstancia de que haya concordancia no les da mérito probatorio a los varios testimonios; deben cumplir los demás requisitos (conf. Devis Echandía, op. cit., ídem, pág. 97). ----------

----De ello se infiere que ciertas imprecisiones en la declaración testimonial no invalidan la misma, sino que en el marco global de la apreciación de la declaración, las respuestas deben aparecer como verosímiles. Y ello es lo que se infiere de las mismas, dado que la precisión con la cual el testigo describió las tareas que desempeñaba T. revelan un conocimiento directo de las mismas. Por lo demás hay que recordar que la jueza de grado tuvo en cuenta que la demandada no presentó el Libro Especial del art. 52 de la LCT, por lo que resulta de aplicación el art. 55 del mismo texto legal en cuanto consagra la presunción a favor de las afirmaciones del trabajador sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos, siendo la categoría laboral un dato que permite una exacta evaluación de las obligaciones a cargo del empleador (conf. art. 52, inc. g) de la LCT). Por lo demás si alguna duda quedara con relación a la credibilidad del testigo, cabría aplicar el art. 9 de la LCT que en su segundo párrafo resuelve la cuestión a favor del actor.----------

----En síntesis de todo lo expuesto es que concordaré en el rechazo de esta queja. ----------

----2) En segundo lugar la recurrente cuestiona la decisión por ser de excesivo rigor formalista, ya que no se consideró que el actor hizo abandono del trabajo por aplicación de los arts. 244 de la LCT y 29 del CCT 311/75, que exigen la previa intimación del

empleador para que se reintegre al trabajo. Interpreta que el abandono está configurado por cuanto el actor se ausentó durante dos meses del trabajo, lo que importa injuria laboral en los términos del art. 242 de la LCT, debiendo haber aplicado la jueza el principio *iura novit curia,* dada la gravedad de la falta del trabajador. Cita jurisprudencia al efecto (ver fs. 106/108, pto. II.B).----------

----Es de recordar que en la contestación de la demanda, la accionada esgrimió que el actor egresó de sus tareas el 12/11/19, no volviendo a tener más novedades de T. hasta el 14/01/20 cuando el mismo envía el telegrama en el cual solicitó que se aclare su situación laboral (ver fs. 39). Al respecto la sentenciante razonó *"…tengo acreditado que T. intimó mediante pieza postal obrante en la hoja 7 el día 14/01/2020 para que se aclare su situación laboral. Dicha misiva fue respondida por la accionada el día 17/01/2020, pero la empleadora envió la misiva a un domicilio distinto al del actor (véase hoja 47, donde se consigna un domicilio de Necochea en lugar del domicilio de T. en Rawson). Fue por ello que el actor, no tuvo respuesta a esa misiva y volvió a intimar en pieza postal remitida el 24/02/2020, la que fue respondida por la empleadora por la pieza postal remitida el 06/02/2020, en la cual se le comunica que el vínculo fue disuelto por abandono de trabajo…Ahora bien, para poder justificarse el despido por abandono de trabajo, la LCT dispone que 'el abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso'. No existe constancia alguna en autos de haber dado cumplimiento la empleadora a la previa constitución en mora del trabajador previo a la extinción del vínculo. De hecho en la misiva de fecha 06/02/2020 ni siquiera menciona la demandada en qué fecha decidió despedir al trabajador por abandono de trabajo. Tampoco acreditó haber dado cumplimiento al procedimiento previsto en el art. 29 del CCT 311/75, que ambas partes son contestes en ser la norma colectiva aplicable a la actividad"* (ver sentencia a fs. 96 vta., último párrafo/97, 4to. párrafo).----------

----Como se puede observar, la juzgadora esgrimió diversos argumentos para tener por válido el despido indirecto en el que se colocó el actor y por inválido el directo por abandono de trabajo. Es que además de que la norma del art. 244 de la LCT es clara, a lo cual agregó el art. 29 del CCT 311/75 que prevé la notificación al sindicato por parte del empleador para proceder al desembarco y reemplazo del tripulante si faltare por 24 horas sin justificación, la sentenciante dejó en claro que la primera misiva de la demandada se envió a un domicilio incorrecto (ver fs. 47), y además en la misiva del 06/02/2020 no menciona en qué fecha decidió el despido directo (ver fs. 48).----------

----Al respecto es sabido que en la expresión de agravios no bastará remitirse a presentaciones anteriores, por ejemplo, transcribiendo pasajes de la demanda, contestación, impugnación a la pericia; mínimo esfuerzo que carece de fuerza impugnativa, pues se olvida que debe criticarse a la sentencia, no replantear cuestiones

ya examinadas ante el juez de primera instancia. No reunirá el carácter de una demanda de agravios si se reduce a una simple reedición de los argumentos esgrimidos en primera instancia, o si el escrito se remite al alegato de bien probado, o consiste en simples consideraciones de orden general o desahogos contra el adversario o la administración de justicia. En suma, la expresión de agravios debe contener un análisis de la sentencia, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido y las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, T° 1, pág. 942).----------

----Es así que habré de coincidir en la deserción de este agravio por insuficiencia técnica, dado que no se atacan los argumentos brindados por la juzgadora, limitándose la apelante a sostener un excesivo rigor formal para tener por acreditado el abandono de trabajo del actor, obviando la normativa aplicable y las falencias resaltadas en el decisorio en cuanto a las misivas enviadas por la empleadora a los fines de tener por acreditado el despido directo invocado. ----------

----Sin perjuicio de ello y a mero título *obiter dicta,* habré de añadir que en efecto el artículo 244 de la LCT establece: *"El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso".* Al respecto se ha considerado que todo incumplimiento de obligaciones contractuales es un ilícito o al menos algo antinormativo, que objetivamente lo es y que sólo se excusa o justifica en caso de que el incumplidor compruebe que su omisión no se debió a una acción suya estrictamente hablando, o sea, a un acto -omisión- realizado con discernimiento, intención y libertad. Cuando las inasistencias del trabajador son lo suficientemente continuadas y duraderas, la cuestión deja de ser, o deja de ser sólo, un caso de incumplimiento contractual, porque pasa a ser, además, una manifestación tácita de voluntad o expresa pero exteriorizada por signos no verbales, pero inequívocos, en el sentido del art. 91 del C. Civil. Es una manifestación de no querer seguir adelante con el contrato, de no querer más esa vinculación, es decir, de abandono del trabajo, del contrato o del empleo. Se trata del abandono-incumplimiento o abandono-injuria, porque ese incumplimiento es una injuria en los términos del art. 242 de la LCT. Por dicha razón el abandonoincumplimiento no tiene un efecto sobre el contrato de trabajo distinto del de cualquier injuria, lo que sí tiene es requisitos añadidos o específicos para que se conforme el tipo legal. En realidad, a partir de que el caso de las inasistencias continuadas -el "abandono"- es un supuesto relativamente frecuente en el mundo laboral, si existe como una única hipótesis de injuria a la que la ley separa para tratarla en especial, objetivamente pareciera ser solo para añadir, de una manera expresa, para la configuración del tipo legal, la exigencia, el requisito o el prerrequisito de previa intimación antes de pasar a la cesantía (conf.

Ramírez Bosco, Luis E., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº IV, págs. 381/383).----------

----En suma por todo lo expuesto es que compartiré lo postulado por el Dr. Lucero en cuanto declarar la deserción parcial de este agravio por insuficiencia técnica (conf. arts. 60 de la ley XIV N° 1, y arts. 268 y 269 del CPCC).----------

----3) Seguidamente la apelante objeta lo que entiende que es una errónea liquidación de la base salarial y de los rubros indemnizatorios, aludiendo a las diferencias salariales en cuanto la base es el salario neto o “de bolsillo”, y que no procede liquidar los haberes desde diciembre/2019 a febrero/2020 por cuanto el trabajador se ausentó de su trabajo (ver fs. 108/vta., ptos. II.C, 1,2 y 3). En cuanto a las diferencias salariales no se explica el error de la juzgadora, ya que no se precisa en qué consiste dicho error, más aun cuando se alude a lo percibido o salario de bolsillo, y justamente la juzgadora consideró que debía abonarse un 25% más por la categoría de primer pescador que acreditó el actor (ver sentencia a fs. 96 vta., anteúltimo párrafo y liquidación fs. 97 *in fine/*vta.).------

----Con relación a los meses de diciembre/2019 y enero y febrero/2020, resulta claro que el argumento de la quejosa radica en considerar que durante tales meses el actor no se presentó a trabajar, lo que se encuentra íntimamente ligado al anterior agravio que fuera declarado desierto. Pero amén de ello, y como bien dice el colega preopinante, en el agravio se obvia lo dispuesto por el art. 103 de la LCT, que en su parte final establece: *“El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél”.* Al respecto se ha considerado que el contrato de trabajo es un contrato de cambio, por lo cual la prestación básica del trabajador es poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador, y la contraprestación es la percepción del salario. De este modo la remuneración retribuye la labor prestada o bien la mera puesta a disposición del empleador de la fuerza de trabajo del dependiente aun cuando el empleador no la utilice efectivamente. La remuneración es la ventaja patrimonial que debe ser obtenida como contraprestación del trabajo, bastando -claro está- la mera puesta a disposición de su fuerza laboral (conf. Pinto Varela, Silvia, en AckermanSforsini: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T° II, pág. 13). ----------

----A la luz de lo expuesto es que se desestima este tercer agravio. ----------

----4) En cuarto término se cuestiona que no se hubiera tratado el pedido de inconstitucionalidad de la duplicación de la indemnización de los decretos 34/19 y 528/20 (ver fs. 108 vta./109, pto. II.D). Dicha solicitud se plasmó en la contestación de la demanda a fs. 41 vta., pto. H, lo que no fuera tratado en el decisorio apelado. Al respecto es de recordar que la omisión de su tratamiento en la instancia de grado no impide que sea examinado en la presente, dado que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 281 del CPCC, la no deducción del recurso de aclaratoria contra la sentencia, por haber omitido el tratamiento de pretensiones, no impide su conocimiento por la Cámara. Para ello, será

necesario apelar el decisorio e introducir el tema en el escrito de expresión de agravios. En virtud de la norma comentada, la Cámara tiene conocimiento para decidir las cuestiones omitidas, así como también para reparar los errores materiales de la sentencia impugnada y los conceptos oscuros (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, págs. 960/961).----------

----Sentado lo anterior, es de considerar que al tiempo del distracto estaba vigente el decreto 34/2019 del 13/12/2019, que declaró la emergencia ocupacional por 180 días desde su entrada en vigencia (art. 1), y estableció la doble indemnización en caso de despido sin justa causa en su art. 2. El decreto 528/2020, del 09/06/20, amplió en 180 días más la emergencia pública en materia ocupacional declarada por el decreto 34/2019. Es de considerar que el decreto 34/19 se dictó estando en receso el Poder Legislativo, y no tratándose de ninguna de las materias prohibidas en el art. 99, inc. 3 de la Const. Nacional, formalmente no existía impedimento para su dictado.----------

----En su exposición de motivos se aludió a que la tasa de desempleo se vio incrementada hasta el 10,6% en el segundo trimestre de 2019, y que la dinámica del empleo asalariado registrado privado durante el último año muestra un marcado descenso que indica que 139 mil trabajadores y trabajadoras han quedado fuera del mercado laboral (septiembre 2018 frente a septiembre 2019). A ello cabe añadir, como dice el Dr. Lucero, que con posterioridad al dictado del decreto 34/19, el 21/12/19 se sancionó la ley 27541 que en su art. 1 declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, delegándose en el P.E.N., las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2, hasta el 31/12/2020. ----------

----Sobre el DNU 34/2019 se ha dicho que podría ser objeto de reproches en orden a su validez constitucional por dos razones principales: la forma y el fondo, esto es, la fuente normativa y el contenido. La cuestión de la duplicación de las indemnizaciones por despido injustificado en el marco de la llamada suspensión dispuesta por el artículo 16 de la ley 25561 y sus prórrogas fue considerada y convalidada, en numerosas oportunidades por nuestros tribunales, y especialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el caso “Aceval Pollacchi” (conf. CSJN, 28/6/2011), sostuvo la validez constitucional tanto de la suspensión como, especialmente, de la duplicación, con estos argumentos, entre otros, que pueden ser perfectamente aplicables al DNU 34/2019: *“Situados en un plano de emergencia…no se advierte la norma ostensiblemente irrazonable en particular si se repara: a) en los elevados índices de desempleo; b) en que el artículo limita la facultad rescisoria del empleador por medio de un aumento de la tarifa, mas no le impide o prohíbe despedir, y c) en que se trata de una disposición transitoria;…A lo expresado se añade que el DNU N° 2639/02 excluyó de la regla bajo examen a los dependientes incorporados a partir del 1-1-2003;… Poniendo*

de resalto que no incumbe a los Jueces pronunciarse sobre el mérito, la eficacia, oportunidad o conveniencia de los actos de los otros poderes del Estado…no resulta inadmisible que el legislador, ubicado en su zona de reserva y en la conciencia de una crisis profunda y de impacto nocivo en el empleo procure excepcionalmente disuadir los despidos sin causa, tornándolos más onerosos durante el lapso de la emergencia, graduando la intensidad de la tutela contra el despido arbitrario a que alude el artículo 14 bis de la Ley Suprema en función de la coyuntura desfavorable para el trabajo dependiente…La disuasión de los despidos constituye una herramienta tan razonable como urgente para conjurar una mayor profundización de la crisis desatada. En tanto el salario, como contraprestación del trabajo dependiente, tiene naturaleza alimentaria pues permite la emancipación económica del individuo y de su grupo familiar en relación con sus necesidades primarias. En el contexto descripto, era imperativo tutelar la continuidad de la relación laboral…Al respecto consolidada doctrina de esta Corte tiene establecido que la regulación de las obligaciones patronales con arreglo a las exigencias de justicia, constituye un deber para el Estado y las consecuencias que puedan derivar del cumplimiento de ese deber representan una contingencia de la que la empresa contemporánea no puede desentenderse. Por lo tanto, tratándose de cargas razonables…rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podía hacerse depender de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios…En el marco de esta interpretación del referido artículo 14 bis, no aparece irrazonable que el legislador, en consideración de la crisis profunda y de su consiguiente impacto en el empleo, haya procurado, teniendo en cuenta el principio protectorio, disuadir excepcionalmente -por tiempo determinado- los despidos sin causa, tornándolos -sin prohibirlos- más onerosos, privilegiando así un objetivo de contención social en las apremiantes circunstancias descriptas…" (conf. Ackerman, Mario E.: "Duplicación de la indemnización por despido sin justa causa", Rubinzal-Culzoni Editores, 2021, págs. 123/127). ----------

----De acuerdo a la jurisprudencia citada se ha dicho que tales argumentos pueden proyectarse sobre las reglas del DNU 34/2019 y a ellos apenas podría agregarse que, al margen de la fuente en este caso elegida, en la medida en que la modificación no suponga una violación de la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la CN) nada impide al legislador modificar, con carácter permanente, las pautas para la determinación del monto de la indemnización por despido injustificado, sea elevándolo o reduciéndolo. De hecho así lo hizo en su momento el artículo 67 del decreto-ley 33.302, a cuya vigencia temporaria inicial, la ley 13.077 dio carácter permanente. También el párrafo final del artículo 266 de la LCT, en el texto originario aprobado por la ley 20.744 había dispuesto, con carácter general, un incremento del 50% de las indemnizaciones de los regímenes particulares y estatutos

profesionales aprobados por leyes o decretos-leyes. E incluso en algún momento esa indemnización fue reducida por la ley 25.013. Con mayor razón, entonces, es válido el incremento cuando éste tiene vigencia limitada en el tiempo y no podría ser, en consecuencia, cuestionado en su validez constitucional. Salvo, claro está, que la fuente normativa elegida no sea la adecuada, según las circunstancias del caso, que no es el caso del DNU 34/2019 (conf. Ackerman, op. cit., pág. 127).----------

----Y también en orden a la constitucionalidad del DNU 34/2019, en cuanto fuente normativa admisible para imponer la duplicación indemnizatoria, es ineludible recurrir a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el clásico fallo en el caso “Consumidores Argentinos” (conf. CSJN, 19/05/2010), la Procuración General señaló que el dictado de decretos de necesidad y urgencia es una facultad excepcional del Poder Ejecutivo para incursionar en materias reservadas al legislador, que únicamente puede ejercerla cuando concurran las circunstancias que prevé el texto constitucional y las disposiciones que se dicten de ese modo deben tener, por finalidad proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos. Por su parte la Corte consideró que en cuanto a la constitucionalidad de este tipo de decretos resulta de suma trascendencia fijar los requisitos que se deben cumplir a los efectos de considerarlos válidamente emitidos, y con expresa referencia a lo resuelto en el caso “V.” precisó que para que el presidente de la Nación pueda ejercer legítimamente las excepcionales facultades legislativas que, en principio le son ajenas, es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. El DNU 34/2019 fue dictado por el PEN el 13/12/19, tres días después del cambio de gobierno y si bien era evidente que no se configuraba en ese momento el presupuesto de fuerza mayor reclamado como primer posibilidad, sí, en cambio, podría considerarse que la situación tenía la nota de urgencia que reclamaba una solución inmediata no compatible con el cumplimiento de los trámites parlamentarios que demanda la sanción de una ley. Podía entenderse que había tres grandes razones que daban justificación a la vía normativa elegida. La primera es que, de haberse seguido el trámite legislativo, el transcurso de ese proceso habría operado como una suerte de promoción de los despidos injustificados, con el propósito de evitar el mayor costo de las indemnizaciones. Debe sumarse a este fundamento la situación de emergencia cuya existencia fue, unos pocos días después, confirmada por el Congreso de la Nación con la sanción de la 27541. Y la tercera razón es que, en ese contexto de emergencia, la duplicación, al igual que la

emergencia ocupacional tiene una vigencia temporal inferior aun a la del plazo del artículo 1 de la ley 27541 (conf. Ackerman, op. cit., págs. 128/130).----------

----Las razones desgranadas me conducen a coincidir con el Dr. Lucero en cuanto al rechazo del agravio y por ende de la inconstitucionalidad del decreto 34/2019 deducida por la demandada.----------

----5) En la última queja la recurrente objeta la adición de intereses de acuerdo a la tasa activa que cobra el B. del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas. Considera que ello es un grosero error por cuanto la tasa activa está integrada por diversos componentes, como la cobertura de la inflación, además de gastos operativos del sistema bancario y otros elementos adicionales que resguardan distintos riesgos. Considera que corresponde aplicar la tasa pasiva, citando jurisprudencia al efecto (ver fs. 109/110, pto. II.E).----------

----En cuanto a la aplicación de la tasa activa me expedí en distintos antecedentes de esta Sala (SDC Nº 18/09 del 28/04/09 y SDC Nº 06/12 del 28/03/12, entre muchos otros), respecto a la procedencia de dicha tasa. En tales oportunidades, señalé que el Superior Tribunal de Justicia provincial en algunos pronunciamientos ha aceptado la tasa pasiva cuando el reclamante continuó percibiendo su salario y su haber jubilatorio, no necesitando recurrir a crédito alguno e imponiéndole por ello que, de pretender la tasa activa, probara haber acudido a un crédito bancario (conf. STJCH, in re: “B. c/ S.”, Expte. Nº 16.563-B-1998, S. 29/SER/99). Sin embargo en otros decisorios ha reiterado que cuando se observa que el demandante no cuenta con recursos propios se infiere su necesidad de acudir a préstamos bancarios o de sus familiares, por lo que la tasa activa procede en su aplicación, por lo que, en este caso, se impone a la demandada la acreditación que el reclamante se encuentre en una situación que le haga innecesario recurrir al crédito (conf. STJCH, in re: “H. c/ Prov. del Chubut”, Expte. Nº 17.959-H-2000, S. 24/SRE/2001).----------

----Esta Cámara ha sostenido la aplicación de la tasa activa, especialmente a partir de la SDL 194/94 (conf. CANE, SDL 13/96; 45/96; 50/96; 58/96; Sala “A” en SDC 03/98, SDL 31/98; entre otros). Se argumentó que la situación del acreedor judicial no es por cierto la misma que la de un inversor bancario, ya que éste deposita por su voluntad una suma de dinero en una institución bancaria, por lo que acepta privarse de su capital para recibir un beneficio que se expresa con la tasa pasiva. Pero el acreedor judicial no es libre de usar su dinero por cuanto el mismo le está siendo retenido por su deudor. Es así que aceptar que el deudor moroso pague la tasa pasiva viene a equivaler a una suerte de facultad expropiatoria sobre su acreedor, por un precio similar al que el titular del crédito hubiera obtenido si voluntariamente se hubiera privado de utilizar su dinero al depositarlo en un banco. Pero sin compensarle la evidente pérdida de su libertad económica por encontrarse imposibilitado durante la mora de decidir por sí mismo el destino de su dinero, debido a la retención que por ella le está efectuando el deudor de la obligación

de dicho capital. Por tal razón es presumible, sin necesidad de prueba concreta de haber accedido a un crédito bancario, que a partir de la mora el acreedor debió someterse para poder utilizar el capital del que se vio privado, a las tasas del mercado, o utilizar otro capital destinado primariamente a otros fines, o acudir a fuentes de financiación no bancarias con tasas también harto presumiblemente superiores a las del mercado. Por lo tanto el modo más equitativo y racional es indemnizarle su daño por la mora con el pago por el deudor de la tasa activa sobre el capital adeudado.----------

----Amén de los argumentos que este Cuerpo sostuviera, de acuerdo a lo arriba expresado, cabe precisar que la tasa pasiva se trata de una pauta de la que los jueces podrán disponer a los fines previstos por el art. 622 del C. Civil -actual art. 768 del C. Civil y Comercial-, pero de ninguna manera se trata de una tasa legal de uso obligatorio. A lo que cabe añadir que en fallo plenario la Cámara Nacional en lo Civil ha decidido la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (conf. CN. Civ., en pleno, in re: “S. de M., L. c/ T. D. S. S.A. s/ daños y perjuicios, del 20/04/09, elDial-AA518A).

----En cuanto a la fecha de inicio del cómputo de los intereses, añadí en la oportunidad citada, que el capital por el detrimento existencial se correlaciona con su entidad -así sea con la relativa mediatez tantas veces enfatizada- mientras que los intereses resarcen por la tardanza en el pago. Por tal motivo no influye en la cuantía del capital la adición de intereses, los cuales obedecen a un daño moratorio, que es distinto y posterior. La prolongación temporal sin resarcimiento no es eficaz para aminorar el capital; ni siquiera a título indirecto, es decir, con motivo de que la suma total aumenta al abarcar intereses moratorios. Así se han expuesto como pautas rectoras que: a) la cuantía por el perjuicio espiritual presupone valorar su gravedad intrínseca, b) aquélla no se encuentra condicionada por sumar intereses moratorios, c) el resarcimiento de éstos procede siempre que haya injustificada dilación en afrontar una obligación indemnizatoria exigible: los intereses se devengan desde la causación del perjuicio moral, d) el mayor o menor monto a título de intereses no disminuye el adeudado por el daño principal (conf. Zavala de González, Matilde: “Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral”, Ed. Astrea, 2009, pág. 380). ----------

----Es que debe tenerse en cuenta que los intereses moratorios se encuentran destinados a reparar el menoscabo acarreado por el resarcimiento tardío, ya que postergar el cumplimiento de la prestación indemnizatoria genera un perjuicio más, representado por pérdida de productividad potencial del capital indemnizatorio, al que la víctima tenía derecho a partir de la fecha misma en que aquél se causó (conf. Zavala de González, op. cit., pág. 447). Y en ese mismo orden de ideas se ha razonado que el valor del capital indemnizatorio sirve de base para calcular los intereses, pues éstos se fijan en una tasa proporcional. En cambio la permanencia en el tiempo de aquel valor o su eventual modificación cuantitativa (por diversas razones: aumento intrínseco en la

condena del monto estimado en la demanda, su elevación numeraria a fin de mantener intangible dicho capital, etc.) de ningún modo determinan el *dies a quo* de los intereses. Es que una cosa es cuándo se determina el valor sustancial del capital resarcitorio, y otra diferente el momento en que los intereses se devengan. Este último asunto se independiza del primero, pues siempre abarca todo el lapso de tardanza en el cumplimiento de la deuda (al margen de que la tasa pueda variar cuando según deciden algunos tribunales, se fija en porcentaje elevado para subsanar la depreciación monetaria) (conf. Zavala de González, op. cit., pág. 455). En sentido concordante se sostuvo que la fijación de la indemnización por daño moral a valores actuales -los vigentes a la fecha de la sentencia- no se contrapone con la obligación de la demandada de pagar intereses moratorios desde que cayó en mora, por cuanto ésta opera automáticamente desde la producción del perjuicio (conf. CN. Civ.Com.Fed., Sala III, 17/6/08, “Responsabilidad Civil y Seguros”, 2008-IX-52 y siguientes). Es que nada tiene que ver la fecha a la cual se estima la cuantía por el daño principal, y el arranque de los intereses moratorios. Éstos se subordinan a la exigibilidad de la obligación resarcitoria, la cual por regla se constata automáticamente a partir del perjuicio; y ello es así cualquiera sea la fecha en que se liquide la indemnización básica. De lo contrario, se distorsionaría una justa reparación: el obligado vendría a beneficiarse con las rentas de un capital que retuvo indebidamente, y se alentaría la morosidad al privarla de efectos resarcitorios (conf. Zavala de González, op. cit., págs. 456/457).----------

----A lo argumentado agregué que es cierto que la doctrina plenaria del antecedente S. de M. rige salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del contenido económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. De allí que cuando el capital está dado a valores actuales -lo que no acontece en la especie, por no tratarse de una deuda de valor-, no corresponde aplicar una tasa que no sólo retribuye el uso del capital, sino que intenta recomponer el mismo. Y si el capital está fijado a valores actuales, no hay nada que recomponer. Debe recordarse que si bien es cierto que cuando la depreciación monetaria es grande, muchas tasas tienen una proporción incierta y cambiante para compensarla, y se argumenta que es prácticamente imposible determinar si en algún período el interés es mayor porque se prevé mayor inflación, o si en cambio el alto precio del dinero se origina en una mayor demanda de créditos, o porque hay menos depósitos, es arbitrario determinar qué porción del interés cubre mes a mes la expectativa inflacionaria, si es que la cubre. Lo cierto es que, por un lado, debe asegurarse la integridad del capital indemnizatorio, manteniendo su poder adquisitivo con la mayor proximidad posible respecto de la fecha de cumplimiento, y por el otro hacerse efectiva la responsabilidad por mora. Y esto último no sucede cuando, cualquiera que sea la tasa escogida -pasiva o activa- ella no es positiva respecto de la inflación. Ni siquiera está garantizado por la instrumentación de una tasa activa, pues a veces puede fluctuar por debajo de la

depreciación de la moneda, con motivo de reglas de mercado atinentes a la disponibilidad de dinero, su oferta y demanda, normativas sobre encaje bancario, y otras variables de orden económico y financiero (conf. Zavala de González, op. cit., págs. 471/472; Barbero: “Interés moratorio: se vuelve a la buena senda. Plenario de la Cámara Civil de la Capital, LL, 4/5/09).----------

----Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente que conduce a confirmar lo acertado de la aplicación de la tasa activa, lo cierto es que la apelante no esgrime argumentos críticos para confutar dicha aplicación. Ello unido al proceso inflacionario existente en el país en los últimos años y que se desarrolla en una espiral ascendente, me lleva a concordar con el colega preopinante en cuanto a declarar la deserción de este agravio por insuficiencia técnica (conf. art. 60 de la ley XIV N° 1, y 268 y 269 del CPCC). ---------

----II. En virtud de todo lo expuesto, habré de acordar en que corresponde propiciar la confirmación de la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios. ----------

----Dado que se rechazan los agravios de la demandada, las costas se imponen a dicha parte perdidosa (conf. art. 57 de la ley XIV N° 1).----------

----En cuanto a la regulación de honorarios en esta sede, dado el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de las tareas desarrolladas, encuentro apropiado regular los honorarios del letrado apoderado de la demandada, Dr. G. O. A., en un 3,04%; y los del letrado apoderado del actor, Dr. A. P. A., en un 6,72; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA (conf. arts. 5, 8, 13, 18 y 46 del arancel; y leyes 23349 y 23871).----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.--------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada recurrente vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios de segunda instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. G. O. A., en la suma equivalente al 3,04%; y, al Dr. A. P. A., en la suma equivalente al 6,72%. Ambas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del capital y accesorios de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ---- ASI LO VOTO.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

----En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del mismo. ----------

----Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 274 Ley XIII Nº 5 -C.P.C.C.-), pasándose a dictar: ----------

ETCHART
FUERZO

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

----CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios.----------

----IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada recurrente vencida en ella.----------

----REGULAR los honorarios de segunda instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. G. O. A., en la suma equivalente al 3,04%; y, al Dr. A. P. A., en la suma equivalente al 6,72%. Ambas alícuotas porcentuales a calcular sobre el monto del capital y accesorios de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

----**REGISTRADA BAJO EL N°_____023____DEL AÑO 2023 – SDL – CONSTE**. -------

PABLO SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIA DE REFUERZO
DE CÁMARA