En la ciudad de Trelew, a los 28 días de diciembre del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia Isabel Spoturno y del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., Y. M. c/ C. C. SOCIEDAD ANONIMA s/ Cobro de Pesos e Indem. de Ley” (Expte. Nro. 410 - Año 2023 CAT)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado. Las Magistradas y el Magistrado resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:

I. La sentencia de primera instancia de fecha 30/05/2023 (h. 31/34vta.) desestimó en todas sus partes la demanda laboral entablada por Y. M. M. contra C. C. S.A. con costas a cargo de la actora vencida.

La decisión fue apelada por la actora (h. 35), expresando agravios por escrito ID 1112429 (h. 37/41vta.), los que no fueron replicados por la contraria.

II. La sentencia de primera instancia.

El juez de la anterior instancia indicó que la controversia radica en determinar si la decisión rupturista adoptada por la actora resultó justificada en los términos del art. 242 LCT. Adelantó que de la lectura de las actuaciones; de la prueba informativa producida por la demandada y el contexto de la situación, aquélla resultó injustificada.

Para ello, en primer lugar, dijo que no quedó acreditada la entrega del certificado médico del doctor W., mediante el cual se le indicaba a la trabajadora completar el esquema de vacunación el día 14/04/2022, destacando que la empleadora negó su recepción.

Asimismo, expresó que la señora M. no negó su voluntad de vacunarse, sino que afirmó que lo haría el día 14/04/2022 por prescripción médica, colocándose en situación de despido indirecto quince días antes de esa fecha.

--Puso especial énfasis en que la Decisión Administrativa N° 1198/2021, dictada en el contexto de la aparición de la variante Omnicron del Covid-19, estableció pautas de vacunación en el marco de las actividades de mayor riesgo epidemiológico, entre las que enumera las actividades de discotecas, locales bailables o similares que se realicen en espacios cerrados (inc. b.), entre las cuales entendió comprendida la actividad propia de la demandada, por lo que debía ajustarse a la norma y, más precisamente, a lo dispuesto en su art. 1°, que establecía la acreditación del esquema de vacunación contra el Covid a partir del 1° de enero de 2022.

Señaló que la demandada dictó el memorándum correspondiente en consonancia con la disposición citada y la notificó a la empleada el 8/1/2022, por lo que esta última debía acatarlas y sabía que, de no hacerlo, la empleadora contaba con la posibilidad de aplicar

medidas disciplinarias, las que en el caso concreto consistieron en el descuento de haberes por las inasistencias al no presentar el esquema de vacunación.

Precisó que la decisión de la empleadora de no permitirle el ingreso a la trabajadora a su lugar de trabajo no era arbitraria ni infundada, ya que solo cumplía con lo dispuesto en la Decisión Administrativa Nro. 1198/2021 que establecía la obligación de acreditar el esquema de vacunación, tanto para concurrentes al local como para los propios empleados.

Agregó que al no haber quedado acreditada la recepción del certificado médico se le vedó a la empleadora la posibilidad de cuestionarlo y dirimir la contienda mediante un profesional de la salud imparcial a fin de determinar si la actora se encontraba en condiciones de vacunarse en ese momento o si se debía aguardar el plazo de tres meses desde el alta.

Reseñó el informe producido por el Ministerio de Salud de la Provincia y en base al mismo concluyó que M. se encontraba en condiciones seguras de vacunarse y cumplir con lo dispuesto en la Decisión Administrativa 1198/2021 y el Memorándum de la empleadora.

Advirtió que la actora no tenía, en definitiva, intención de vacunarse contra el virus Covid-19 y que si bien ello resulta legítimo, debe cargar con las consecuencias adversas que trajo aparejado sobre la relación laboral, lo que entiende quedó puesto de manifiesto al darse por despedida el día 29/3/2022, escasos días antes de la fecha en que venía manifestando que lo haría.

En síntesis, consideró que la decisión de la actora de considerarse indirectamente despedida resultó injustificada. En consecuencia, rechazó las indemnizaciones de los arts. 232, 233, 245 LCT, multa art. 2 de la ley 25.023 y el incremento del DNU 886/21 y también las diferencias de haberes de los meses de enero, febrero y marzo de 2022 reclamadas, por considerar que la decisión de la empleadora de no abonar los salarios se ajustó al marco del Memorándum.

Finalmente rechazó la multa del art. 80 LCT por considerarla extemporánea por prematura y por surgir del escrito de responde y de su documental que la empleadora hizo entrega de las constancias requeridas.

III. Agravios de la actora.

Contra la mencionada decisión, la actora formula cinco agravios.

En primer término, cuestiona la decisión de tener por injustificada su decisión rupturista.

Fundamenta este primer agravio en que el certificado médico de fecha 25/01/2022 fue efectivamente emitido y acompañado con la demanda.

Dice que no puede dejar de analizarse la conducta desplegada por la demandada para con la actora durante los meses que duró el conflicto y que tampoco debe escapar al análisis hasta dónde resulta obligatoria y legítima la exigencia de vacunación.

Agrega que se puso en todo momento a disposición de la empleadora para prestar tareas y que esta última no le permitió su ingreso pese a los reiterados telegramas y tomando una medida sumamente drástica como es el descuento de sus haberes.

Indica que la empresa posee numerosas tareas que podría haberle asignado que no implicaran tener contacto con otras personas. Agrega que el descuento de haberes, cuanto menos, debió fundarse en faltas graves y haberse adoptado previamente otras medidas menos gravosas, como un apercibimiento.

Afirma que la aplicación de medicamentos u otras sustancias no constituye una obligación laboral para con la empleadora, siendo que su obligación de débito laboral nunca estuvo cuestionada toda vez que en todo momento pidió a su empleadora la asignación de tareas, las que le fueron negadas.

Luego de transcribir los arts. 62, 63, 64, 65, 66 y 67 de la LCT, sostiene que ninguno de ellos asigna facultades al empleador sobre su cuerpo, por lo que no vacunarse nunca puede ser impedimento para laborar ni mucho menos para aplicar descuentos en los haberes.

Concluye que la empleadora actuó con un claro abuso de derecho, pretendiendo a través del ahogo económico obligarla a realizar un acto respecto del cual no se negaba a cumplir, pero no en el tiempo que le indicaba la empresa.

Dice que el Magistrado no analizó la gravedad de la situación que atravesaba, al verse privada de laborar y de percibir sus haberes por la intransigencia y arbitrariedad de la demandada, lo que es suficiente para considerarse injuriada.

Como segundo agravio expresa que es errónea la interpretación que realiza el juez del anexo de la Disposición Administrativa nro. 1198/2021 respecto a las actividades comprendidas en el inc. b. Refiere que la actividad del C. nada tiene que ver con la de discotecas o locales bailables al poseer una sala de juegos en donde se encuentran dispuestas mesas y máquinas tragamonedas que permiten mantener un puesto fijo y distancias mínimas entre los asistentes, muy distinto a lo que ocurre en discotecas o locales bailables, contando con un protocolo sin el cual no le hubieran permitido abrir al público.

Afirma que las actividades alcanzadas deben restringirse a las indicadas en el Anexo y definidas como de mayor riesgo epidemiológico y sanitario, no pudiendo extenderse a otras, por lo que entiende que el Magistrado le asignó a la norma un alcance que no tenía, así como eficacia legal al Memorándum que carece de todo sustento para aplicar sanciones.

En su tercer agravio critica la convalidación de los descuentos de haberes por no vacunarse, sin tener en cuenta que no percibió sus haberes por prácticamente tres meses, sufriendo destrato de su empleadora sin ser escuchada en cuanto a la ilegitimidad de lo que se le estaba pidiendo.

Explica que tomó la drástica decisión de renunciar por verse afectada en su vida diaria al no poder afrontar las deudas ante los descuentos ilegítimos realizados, viéndose invadida por la impotencia e incertidumbre.

Insiste en que tenía una indicación médica de vacunarse en una fecha distinta a la pretendida por su empleadora, la que además no poseía facultades suficientes para decidir sobre su cuerpo.

En cuarto lugar, se agravia del rechazo de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 LCT y de la multa del art. 2 Ley 25.323, sosteniendo que la conducta de la demandada resultó ilegítima, obligándola a colocarse en situación de despido.

Por último, en el quinto agravio, impugna el rechazo de la multa del art. 80 LCT, sosteniendo que, como reconoció el sentenciante, C. C. S.A. recién hizo entrega de la documentación laboral al momento de contestar la demanda y que si no hubiera reclamado su entrega, jamás hubiera cumplido con su obligación. Añade que la intimación no resultó prematura ya que en la misma se consignó el plazo de dos días luego de transcurridos los 30 días contados a partir del distracto, dando así cumplimiento con lo dispuesto por la normativa imperante.

IV. Tratamiento de los agravios.

Por una cuestión de orden lógico trataré primero, en conjunto, los cuatro primeros agravios, a través de los cuales la actora cuestiona la valoración de la injuria y el rechazo de las diferencias salariales e indemnizaciones, para luego dar respuesta al quinto agravio, referido a la multa del art. 80 LCT.

A tal fin, cabe poner de resalto que la injuria laboral que habilita el despido con causa (en forma directa o indirecta) se halla siempre sujeta a revisión y valoración judicial y que la calificación que hagan las partes del conflicto es relativa, porque siempre será el juez quien deberá calificar los hechos como injuriosos, no pudiendo decirse a priori que un hecho determinado constituya, en términos absolutos y en todos los casos, injuria, pues el mismo hecho, objetivamente considerado, puede configurar injuria en un caso y no serlo en el otro (mi voto en SDL N° 14/2021 y SDL Nº 40/2022).

Para decirlo más claramente, habrá denuncia directa o indirecta por justa causa cuando el Magistrado que entienda en la causa concluya que la parte contractualmente ofendida reaccionó en forma oportuna y proporcional frente a un incumplimiento contractual constitutivo de una injuria (conf. Raúl Horacio Ojeda, Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada. 2da. Ed. actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, T. III, pág. 342).

Asimismo, corresponde tener presente que la injuria laboral consiste en un acto contra el derecho de otro y que para que ese obrar contrario a derecho constituya una justa causa de despido debe tener cierta magnitud, suficiente para desplazar del primer plano el

principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 LCT y su valoración debe realizarse teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad (conf. Sup. Corte Bs. As., 03/11/2004 - Aubalat, José J. v. Subira, Ángel M.s/despido, etc., en Juba sum. B49551).

En el caso puntual la cuestión a dirimir consiste en determinar si resultó o no justificada la decisión rupturista de la actora, comunicada mediante TL de fecha 29 de marzo de 2022, fundada en: 1) la prohibición de ingreso a laborar por no haber presentado el pase sanitario y 2) en los descuentos de haberes por las inasistencias.

A fin de dar respuesta a esa interrogante, corresponde efectuar una reseña del intercambio telegráfico. Así, en fecha 01/02/2022, la actora intimó a su empleadora a que en el término perentorio e improrrogable de 48 hs. le permitiera ingresar a su puesto de trabajo, por haberse prohibido su ingreso a las instalaciones del C. el día 28/01/2022 en forma ilegítima con fundamento en que no se encontraba vacunada contra el SARS COV-2, siendo que había comunicado a través del certificado médico de fecha 25/01/2022, expedido por el Dr. M. W., que al haber contraído Covid detectado por PCR en fecha 14/01/2022, recién se encontraría apta para vacunarse a partir del 14/04/2022.

La demandada, en fecha 03/02/2022, rechazó dicho telegrama negando que la medida resultara ilegítima. También negó la recepción del certificado médico de fecha 25/01/2023 y que por haber sido detectada de Covid en fecha 14/01/2022 recién podía vacunarse en fecha 14/04/2022. Sostuvo que el plazo que debía transcurrir entre el resultado positivo y la vacunación se encontraba cumplido a esa fecha. Finalmente ratificó el Memorándum notificado “en fecha 10/01/2022” en el marco de lo dispuesto por la normativa vigente (arts. 63 y 75 LCT, Ley 19.587, resolución conjunta del Ministerio de Salud y Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 4/2021 y Ley 27.491).

La actora respondió en fecha 11/02/2022, rechazando la misiva y exhortando a la empleadora a que ajustara su conducta al principio de buena fe laboral, reiterando que se encontraba a su disposición para trabajar, y que era la demandada la que no le permitía cumplir con sus tareas al desconocer arbitraria y antojadizamente el certificado médico, exigiéndole una vacuna que no resultaba obligatoria por no encontrarse dentro del calendario nacional de vacunación de la ley 27.491. Asimismo, aclaró que no se negaba a su colocación, sino que por indicación médica lo efectivizaría en la fecha expresada por su médico tratante (14/04/2022). En base a ello volvió a intimar a la demandada a que en el plazo de 48 hs. le comunicara autorización para ingresar a laborar de manera normal.

Ante el silencio de la empleadora a dicha misiva, la actora intimó en fecha 08/03/2022 a que en el plazo de 48 hs. le abonaran las diferencias salariales correspondientes al mes de febrero/2022 y que se le haga entrega de los recibos de haberes correspondientes a ese mes y al de enero/2022, bajo apercibimiento de considerar esa negativa como injuria grave.

En fecha 29/03/2022, ante la persistencia por parte de la empleadora de no permitirle ingresar a su puesto de trabajo así como ante los descuentos de haberes, se consideró despedida, intimando a que en el plazo de 72 hs. se le abonen diferencias salariales, salarios adeudados, liquidación final e indemnizaciones de ley. Asimismo, intimó a que en el plazo de dos (2) días luego de transcurridos los 30 días de producido el distracto laboral, se le hiciera entrega del certificado previsto en el art. 80 LCT.

Finalmente, la empleadora, mediante misiva de fecha 30/03/2020, negó los términos del último telegrama remitido por la actora, en particular, que se le impidiera el ingreso y se descontaran sus haberes en forma injustificada. Asimismo, negó haber provocado a la trabajadora injuria o agravio alguno y, consecuentemente, que el despido por ella decidido se encontrase justificado. También le hizo saber que se encontraba a su disposición liquidación final, certificados de servicios y remuneraciones y que la constancia documentada de aportes y contribuciones al régimen de la seguridad social podía ser obtenida ante las oficinas del ANSES.

De lo reseñado surge que lo primero que corresponde dilucidar es si la decisión de la empleadora de exigir a la trabajadora el esquema de vacunación para permitir el ingreso a trabajar resultó o no legítima.

A tal fin, debo recordar que a la época del intercambio telegráfico arriba reseñado nos encontrábamos en un contexto de plena pandemia por la variante Ómicron del virus SARS COV-2 y en base al cual se dictaron distintas normas que tuvieron en mira implementar una adecuada estrategia de vacunación que permitiera convocar al retorno a la actividad laboral presencial de los trabajadores y trabajadoras.

Así, en primer lugar se dictó la Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. Asimismo el DNU N° 260/2020 que, entre otras cosas, facultó al Ministerio de Salud de la Nación a adoptar las medidas que resultaran oportunas y necesarias para la prevención de la propagación del virus y en su art. 12 se previó la actuación correspondiente al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social durante la emergencia.

También se dictó la Resolución N° 2883/2020 del Ministerio de Salud que aprobó el “Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina” estableciendo un plan de vacunación voluntaria, escalonada y en etapas no excluyentes.

Más adelante, mediante Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 4/2021, se estableció que los empleadores podían convocar al retorno a la actividad laboral presencial a los trabajadores, incluidos los dispensados por encontrarse comprendidos en los incisos a), b) y c) del artículo 1° de la Resolución N° 207/2020 y sus modificatorias, que hubieren recibido al menos la primera

dosis de cualquiera de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19 autorizadas para su uso en la República Argentina, independientemente de la edad y la condición de riesgo, transcurridos CATORCE (14) días de la inoculación (art. 1°). Asimismo, en su art. 4° dispuso que aquellos trabajadores y trabajadoras que tuvieran la posibilidad de acceder a la vacunación y optaran por no vacunarse, tenían el deber de actuar de buena fe y llevar a cabo todo lo que estuviera a su alcance para paliar los perjuicios que su decisión pudiere originar a los empleadores.

Por último, por Decisión Administrativa N° 1198/2021 dictada por el Jefe de Ministros de la Nación y su Anexo se dispuso que las personas que concurrieran a las actividades allí nombradas, por suponer un mayor riesgo epidemiológico y sanitario, debían cumplir "además de los protocolos, recomendaciones e instrucciones de las autoridades sanitarias nacional, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la presentación del pase sanitario según lo establecido en la presente Decisión Administrativa", entre las cuales enumeró las desarrolladas en discotecas, locales bailables o similares que se realizaran en espacios cerrados.

La empleadora, fundándose en el marco normativo arriba referido, dictó el memorándum de fecha 08/01/2022, acompañado en la causa, en el cual expresó que, a raíz de haberse verificado un incremento de contagios por Covid 19 con la variante "Omicron", debía dar cumplimiento a la medida sanitaria de prevención, dictada por las autoridades públicas provinciales – tanto sanitarias como las que regulan la actividad de la empresa- sobre "la implementación del esquema de vacunación completa (léase "pase sanitario") para el público concurrente al C. y/o Sala de juego, lo que deviene en requisito de ineludible cumplimiento para el ingreso..".

En dicho instrumento explicó que esa medida de prevención no es dable "si al propio tiempo no es aplicable tanto a los directivos de la empresa como a los empleados que cumplen servicio, de manera tal de preservar la salud de los mismos y de los concurrentes a los establecimientos", por lo que dispuso que el "pase sanitario" debía ser de aplicación para el ingreso de toda persona vinculada a la empresa incluyendo a los trabajadores, debiéndose implementar los controles necesarios para verificar que todo concurrente al C. presentara dicho pase.

Finalmente la empleadora dispuso que "La omisión en exhibir y/o cumplir con el "pase sanitario", constituirá un comportamiento que contradice lo dispuesto al respecto por las autoridades provinciales y nacionales, poniendo además en riesgo al resto de la población. Su ausencia por tal motivo será considerada como injustificada. Asimismo, la empresa se reserva la facultad de aplicar las medidas disciplinarias, ello en caso de ser así considerado".

Frente a ello, adelanto que la decisión de la empleadora de no permitir el ingreso de la actora al C. resultó razonable y ajustada a derecho, fundada en la normativa de emergencia sanitaria mencionada.

Debo señalar que el memorándum en cuestión fue notificado personalmente a la trabajadora, contando con su firma y aclaración y no fue desconocido cuando se le corrió traslado de la documental acompañada por la demandada (ID 820244).

Por su lado, la actora no hizo mención de ese instrumento en los telegramas remitidos a su empleadora ni en su escrito inicial, de manera que el cuestionamiento, introducido en esta instancia, relativo a que la actividad del C. no se hallaba comprendida dentro de las enumeradas por el inc. b. del Anexo de la Disposición Administrativa 1198/2021 resulta extemporáneo.

Por otra parte, la exigencia del denominado pase sanitario en lugares cerrados, en modo alguno constituye un incumplimiento al deber de obrar de buena fe por parte de la empleadora. En tal sentido se ha dicho que *"La normativa atacada, que exige el denominado pase sanitario, está dirigida a evitar la propagación de una enfermedad calificada como "Pandemia", en procura de proteger intereses superiores, por lo que el fin perseguido por la norma, esto es la salvaguarda del bien jurídico constituido por la salud pública, es totalmente legítimo y los medios utilizados son idóneos, razonable, prudentes y proporcionales"* (Cám. Fed. de Apel. Sala de Feria, La Plata, "S., G. A. y otro s. Habeas corpus"; 26/01/2022; Rubinzal Online; 416/2022; RC J 398/22).

Asimismo, en un caso donde se pretendió la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición Administrativa 1198/2021, se expresó que el ingreso a lugares donde se desarrollan actividades de elevado riesgo epidemiológico no se encuentra -en rigor- prohibido sino restringido para aquellas personas que no posean el pase sanitario, es decir, que no cuenten con las dos dosis de la vacuna. Asimismo se hizo notar que a nivel mundial para combatir la pandemia se ha empezado a exigir un pasaporte o pase sanitario a sus ciudadanos que estén vacunados contra el aludido virus, para poder realizar distintas actividades sin restricciones y así evitar la afectación de derechos de terceros (Sala de Feria B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, "Scotto, Pociello Argerich. c. 1.907/2022, RUBERT, Gladys Alejandra y otro s/ hábeas corpus", 19/01/2022, elDial.com - AI43B9).

Por otro lado, no quedó acreditado que la actora recién se encontraría en condiciones seguras de colocarse la vacuna contra el virus SARS COV-2 en la fecha denunciada en sus telegramas y en su demanda (14/04/2022). En efecto, como fue puesto de resalto por el Magistrado de primera instancia, no produjo ninguna prueba tendiente a acreditar la recepción por parte de la demandada del certificado expedido por el Dr. W., pese a que fue un hecho negado. A ello cabe añadir que dicho certificado (acompañado por la actora en

su demanda) fue puntualmente desconocido por C. C. S.A. en su escrito de responde (h. 11 vta., ID 807085), y la actora no produjo prueba informativa o testimonial subsidiaria, por lo que no quedó siquiera acreditada su autenticidad.

Finalmente, la actora no se hace cargo de la conclusión sentencial de que, ante la falta de exhibición del certificado médico del Dr. W., se le vedó a la empleadora la posibilidad de controlar la fecha en la que se encontraría en condiciones de vacunarse, esto es, si debía hacerlo al momento de obtener el alta médica o luego de transcurridos tres meses.

A mayor abundamiento, dicho interrogante fue esclarecido con el informe de fecha 10/2/2023 del Ministerio de Salud Provincial, al decir que: "ante casos de alta clínica y epidemiológica, las dosis del esquema inicial (primera, segunda y/o dosis adicional si corresponde) pueden aplicarse cuando se hayan cumplido los criterios de alta clínica y epidemiológica. Solo en el caso de la dosis de refuerzo se recomienda diferirla al menos 90 días luego de cumplidos los criterios de alta y habiendo transcurrido al menos 4 meses desde la aplicación del esquema inicial" (prueba informativa vinculada digitalmente al auto de apertura a prueba).

Por todo lo expuesto, contrariamente a lo que afirma la recurrente, no cabe sino concluir que la exigencia del esquema vacunatorio completo por parte de la demandada para permitir el ingreso a trabajar en modo alguno puede considerarse un abuso ni una decisión ilegítima.

La misma conclusión resulta aplicable respecto al descuento de haberes por inasistencias. En este sentido, se ha dicho que "la suspensión del devengamiento de remuneración es la primera consecuencia lógica, ya que no existiendo puesta a disposición del trabajo (salvo en caso de licencia legal establecida por ley) no pueden determinarse consecuencias remuneratorias (conf. art. 103, LCT). Tampoco podría invocarse válidamente la "dispensa" fundada en razones de emergencia sanitaria, ya que la misma resultaría inaplicable por efectos de la vacunación disponible. No puede soslayarse en el análisis que, debido a la emergencia sanitaria, se ha impuesto al empleador el deber de "dispensar" a su trabajador de prestar tareas presenciales con costo remuneratorio; y que a esta altura de los hechos (más de un año de emergencia sanitaria) lo que puede lucir "legítimo" inicialmente se deslegitima por el transcurso del tiempo. En estos casos, no pareciera justo o equitativo que por una decisión personal que hace al ámbito de reserva o privacidad del trabajador (art. 19, CN) se genere una consecuencia remuneratoria hacia el empleador, que no puede disponer de la fuerza de trabajo" (Ernesto Sanguinetti, "Reticencia Vacunacional: efectos jurídicos en el contrato de trabajo" publicado en "Revista de Derecho Laboral Actualidad", año 2021-2. Directores académicos: Ackerman, Mario E. - Maza, Miguel Ángel - Pinto Varela, Silvia Esther -).

Como consecuencia de confirmarse que el despido indirecto de la trabajadora resultó injustificado, resultan improcedentes las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 LCT, así como la multa del art. 2 de la Ley 25.323 y el incremento indemnizatorio del DNU 886/2021 pretendidos.

Por los motivos expresados, propongo al Acuerdo el rechazo de los cuatro primeros agravios.

Finalmente tampoco haré lugar al último agravio dirigido a cuestionar el rechazo de la multa del art. 80 LCT, toda vez que al momento de remitir el telegrama de fecha 29/03/2022 en el que la trabajadora se consideró despedida, no se encontraba cumplido el término de 30 días que prevé el decreto 146/2001. En efecto, en esa pieza postal la actora intimó a su empleadora a que dentro de los DOS (2) DÍAS luego de transcurridos TREINTA (30) DÍAS de producido el distracto laboral, entregara la documentación requerida.

Como es sabido, el empleador cuenta con 30 días para entregar el certificado desde la fecha del distracto (conforme decreto 146/2001) y la multa procede, según lo previsto en el art. 80 LCT: “si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente”.

Como dije en forma reiterada en diversos precedentes, se trata de un procedimiento constitutivo de la exigibilidad en concreto de la sanción cuya observancia estricta es indispensable para generar el crédito (SDL 59/19; 60/19; 61/19, 66/19; 69/19; 19/20; 41/21; 3/22 y 7/22, entre otras). Atendiendo a la finalidad sancionatoria de la norma, a mi criterio, corresponde efectuar una interpretación restrictiva para su aplicación.

En el mismo sentido se han expedido diversas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, cuyo criterio comparto, pudiendo efectuarse las siguientes citas: “Debe rechazarse la multa prevista en el art. 45 de la ley 25345 cuando la interpelación es cursada en el mismo telegrama donde la actora se consideró despedida. Ello se debe a que dicha interpelación resulta extemporánea por prematura, toda vez que la normativa citada y los decretos reglamentarios se refieren al emplazamiento con posterioridad a la disolución del vínculo, para habilitar al trabajador a efectuar el requerimiento indicado”. (CNAT Sala X Expte. N° 10.969/04 Sent. Def. Nº 14.039 del 28/11/2005 “O., A. c/ Instituto Nacional de Reaseguros SE en liquidación s/ despido” (Scotti - Corach). En igual sentido, Sala X Expte N° 16.992/04 Sent. Def. Nº 15.169 del 4/5/2007 “G., D. y otros c/ Centro de Orientación p/la vida familiar y comunitaria. Asoc. Civil sin fines de lucro s/ despido” (Scotti - Stortini).

“No puede prosperar el planteo en torno a la procedencia del incremento establecido en el art. 80 LCT (art. 45 ley 25.345) en tanto la actora no esperó los 30 días de extinguido el

vínculo para intimar a su entrega conforme el recaudo previsto en el art. 3 del Dec. 146/01". (CNAT Sala VIII, Expte. N° 17.630/05 Sent. Def. N° 34.473 del 28/09/2007 "Martínez Nancy Marina c/CTI PCS S.A. s/despido". Vázquez - Catardo).

"Para la procedencia de la indemnización establecida en el art. 45 de la ley 25345 es necesario que el trabajador cumpla con lo dispuesto por el decreto 146/01, intimando en forma fehaciente a su empleador a la entrega de los certificados de trabajo respectivos, una vez transcurridos los treinta días de extinguido el vínculo. El solo hecho de no encontrarse reunido el presupuesto exigido por el decreto reglamentario torna a la sanción improcedente". (CNAT Sala II Expte N° 21838/07 Sent. Def. N° 96.055 del 24/9/2008 « Ramírez, María c/ Bonadeo, Juan s/ despido » Maza - Pirolo).

"La extensión del plazo previsto en el art. 3 del decreto reglamentario 146/01 (art. 80 LCT) encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador, antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aunque la redacción de la norma pueda tolerar también esta última interpretación. De tal modo, luce razonable concluir que la intimación fehaciente a que alude tanto la norma originaria como su reglamentación sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a la indemnización), una vez que haya transcurrido el plazo de treinta días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye -desde el momento de la extinción- una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa". (CNAT Sala V Expte. N° 16.290/06 Sent. Def. N° 72.334 del 31/05/2010 "Abeldaño, Carlos Daniel y otro c/Pepsico de Argentina SRL y otro s/despido". Zas - García Margalejo).

Por lo expuesto, en tanto la actora no observó en este caso estrictamente el procedimiento constitutivo de la sanción, propicio al Acuerdo su rechazo.

V. Conclusión:

Por todo lo expuesto, considero que la sentencia apelada debe ser confirmada, con costas a cargo de la apelante vencida (conf. arts. 57 de la Ley XIV Nro. 1).

--No corresponde regular honorarios al letrado apoderado de la actora, Dr. W. M. C. D., en virtud del pacto de cuota litis homologado en autos (art. 4 de la ley de arancel).

--Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión POR LA AFIRMATIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Marcelo F. Peral expreso:

--I. En el voto precedente la Dra. Cordón Ferrando reseñó el pronunciamiento apelado y detalló los agravios expresados por la actora. Por tal motivo, por razones de economía procesal y para evitar innecesarias reiteraciones, sólo hare mención a las conclusiones del pronunciamiento de primera instancia y seguidamente ingresaré al análisis y tratamiento de las cuestiones planteadas por la parte recurrente.

--II. A modo de apretada síntesis de las conclusiones y de los fundamentos de la sentencia recurrida, cabe puntualizar que el Magistrado de grado tuvo por cierto que el despido indirecto de la trabajadora resultó injustificado en atención al contexto de la situación y de lo que surgía del informe remitido por el Ministerio de Salud Provincial. Asimismo determinó que la actora no acreditó la entrega del certificado médico de fecha 25/01/2022 emitido por el Dr. W. en el que se indicó que recién se encontraría habilitada a completar el esquema vacunatorio en fecha 14/04/2022.

Por otro lado, y con sustento en la Decisión Administrativa N° 1198/2021 dictada a raíz de la variante Ómicron del Covid 19, tuvo por cierto que la actividad de la demandada se encontraba comprendida dentro de las de mayor riesgo epidemiológico habiendo dictado aquella el memorándum correspondiente que exigía la presentación del pase sanitario y que, su falta de presentación, autorizaba la aplicación de medidas sancionatorias de la empresa entre las que se encontraba el descuento de haberes.

En base a ello concluyó que la actora se encontraba en condiciones de vacunarse debiendo ajustar su conducta a lo establecido en el memorándum de la empleadora por lo que las razones invocadas para considerarse despedida resultaron injustificadas.

--III. Reseñadas brevemente las conclusiones de la sentencia, conforme al orden dado por la Dra. Cordón Ferrando en su voto, seguidamente analizaré los planteos articulados en el escrito de expresión de agravios.

--La actora en sus tres primeros agravios cuestiona la conclusión a la que arribó el sentenciante, argumentando que el certificado médico expedido por el Dr. W. pese a haber sido desconocido por la demandada, fue acompañado con el escrito de demanda. Añade que en la sentencia debió también haberse analizado la conducta de la demandada durante los meses en que duró el conflicto entre las partes, surgiendo de ésta que siempre se puso a disposición de la empleadora, mientras que la última le prohibió el ingreso a las instalaciones del C. y tomó la drástica medida de descontarle sus haberes. Sostiene que la conducta de la empleadora resultó abusiva y que no se encuentra obligada laboralmente a aplicarse medicamentos u otras sustancias.

--También cuestiona que se haya incluido dentro de la Disposición Administrativa 1198/2021 a la actividad de los C., por no ser similar a la de discotecas o locales bailables, ya que la sala de juegos donde están dispuestas las mesas y máquinas tragamonedas permite mantener un puesto fijo y distancias mínimas entre los asistentes.

--IV. Para comenzar con el análisis de los tres primeros agravios, debo señalar que tratándose de un despido indirecto con invocación de causa, resulta necesario recordar que el art. 242 LCT permite, a cualquiera de las partes, hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia de las obligaciones resultantes del mismo que configure injuria que, por su gravedad, no permita la prosecución del vínculo y que el art. 243 del mismo

cuerpo normativo establece que la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa debe comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato y que ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causa del despido consignada en la comunicación antes referida (conf. Fernández Madrid, "Ley de Contrato de Trabajo" 2da. Ed. Actualizada y ampliada, T° III, pág. 1997 y sstes.).-

--Asimismo, corresponde tener presente que la injuria laboral que da derecho a la extinción del vínculo laboral no tiene el significado que a dicho término se le asigna en derecho penal. En ámbito del derecho laboral, la injuria se configura ante la conducta violatoria de las obligaciones que la ley impone al empleador y al trabajador (mi voto en SDL N° 24/2022.-

--En el caso, del intercambio epistolar entre las partes, el cual fue debidamente reseñado por la Dra. Cordón Ferrando en su voto, surge que la actora se consideró despedida por dos cuestiones: 1) la negativa de la demandada de permitirle el ingreso a las instalaciones del C. por no contar con el denominado "pase sanitario" pese a haberse comunicado mediante el certificado de fecha 25/01/2022 suscripto por el Dr. W. que ante la fecha en la que se le detectó el virus (14/01/2022), recién se encontraría apta para colocarse la correspondiente vacuna en fecha 14/01/2022; y 2) el descuento de haberes durante el mes de febrero de 2022.

Adelanto que, al igual que mi colega de Sala, considero que la decisión de la demandada de no permitir el ingreso a la actora ante la falta de presentación del pase sanitario resultó justificada y fundada en toda la normativa dictada en ese entonces y que tuvo en miras evitar la propagación del virus Sars Cov-2.

En efecto, la empleadora elaboró el memorándum de fecha 08/01/2022 mediante el cual puso en conocimiento al personal que a raíz del aumento de casos positivos de la variante Ómicron del virus Covid-19 procedería a dar cumplimiento con las medidas sanitarias de prevención dictadas por las autoridades sanitarias y las regulatorias de la actividad de la empresa, ello a través de la exigencia del pase sanitario a toda persona que concurriese al C., incluyéndose a los trabajadores. En dicho instrumento la demandada aclaró que la falta de presentación del esquema de vacunación iba a ser considerada como injustificada, haciendo reserva de la facultad de aplicar medidas disciplinarias.

Aquel instrumento, acompañado por la demandada como prueba documental, cuenta con la firma y aclaración de la trabajadora y no resultó desconocido al contestar su traslado mediante escrito digital ID 820244. A ello debe sumarse que la actora no hizo mención alguna al memorándum en los telegramas dirigidos a la empleadora, ni en su escrito de demanda y tampoco controvirtió que la actividad del C. se encontraba incluida entre aquellas en las que debía requerirse la exhibición del pase sanitario para su ingreso.

Como dije, el memorándum referido estuvo fundado en toda la normativa dictada en el contexto de pandemia que afectaba al país y al mundo. En efecto, como fue señalado por la demandada al contestar la demanda, ese documento resultó acorde a la Decisión Administrativa 1198/2021 dictada por el Jefe de Ministros de la Nación que dispuso el deber de acreditar el esquema de vacunación completo para todas aquellas personas que asistieran a las denominadas “actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario” enumeradas en su anexo, entre las que se incluyen las desarrolladas en discotecas, locales bailables o similares que se realicen en espacios cerrados (inc. b).

Traigo a colación un fallo dictado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el que se analizó un planteo de inconstitucionalidad contra la referida decisión. Allí el Máximo Tribunal Bonaerense expresó que no debía perderse de vista la finalidad de la norma atacada, esto es, acreditar un esquema de vacunación completa, y que tiene en miras, entre otros horizontes, limitar la concurrencia de personas no vacunadas, o con esquemas de vacunación pendientes, a lugares donde se desarrollan actividades de elevado riesgo epidemiológico y que, por su naturaleza, implican mayor posibilidad de contagio para la población. Asimismo explicó el Tribunal que aquel acto se trata de una regulación tendiente a la protección de la salud pública como bien jurídico primordial (CSJN, Fallos: 31:273; 326:4931; 329:2552; 340:1269; 341:919; e.o.), a la prevención de la propagación de nuevas variantes del virus SARS-CoV-2 y, también, al fomento de la vacunación como medio comprobadamente eficaz para eliminar o mitigar ese flagelo (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Ponce, Emanuel Matías y otros c. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ Demanda originaria de inconstitucionalidad resolución conjunta 460/21”, 13/04/2022, Causa: I.77.739, TR LALEY AR/JUR/99039/2022).

Por todo ello concluyo, al igual que la colega prevotante, que la decisión de la empleadora de prohibir el ingreso de la trabajadora por no presentar el esquema de vacunación completo o pase sanitario, resultó legítima.

En lo que concierne al argumento esgrimido por la actora de que recién se encontraría en condiciones de vacunarse a partir del 14/04/2022, debo señalar que aquella no logró aportar ninguna prueba tendiente a demostrar ese extremo. Si bien en su agravio sostiene que ello surge del certificado médico expedido por su médico tratante y que fue acompañado como prueba documental en su escrito inicial, lo cierto es que aquel resultó expresamente desconocido por la demandada en su contestación y la actora desistió de la prueba informativa subsidiaria tendiente a su acreditación, conforme surge del acta de audiencia de fecha 15/11/2022 (fs. 21).

A lo anterior, cabe añadir que la actora tampoco acreditó haber remitido a su empleadora el mencionado certificado, frente al expreso desconocimiento de su recepción en misiva de

fecha 03/02/2022. Por ello coincido con el Magistrado de grado en cuanto a que la empleadora, ante la falta de exhibición del certificado médico por parte de la actora, se vio impedida de dirimir la controversia con un médico de contralor, esto es, determinar cuál era la fecha en la que se encontraría apta para colocarse la vacuna contra el virus Covid 19, argumento que como destacó la Dra. Cordón Ferrando, ni siquiera fue objeto de crítica por la actora en su recurso.

Al margen de lo anterior, es oportuno señalar que el argumento esbozado por la trabajadora para justificar la falta de exhibición del pase sanitario, debe considerarse refutado con prueba informativa dirigida al Ministerio de Salud de la Provincia del Chubut el que, al contestar el oficio oportunamente remitido, informó que resulta posible la colocación de la vacuna contra el virus una vez cumplidos los criterios de alta clínica y epidemiológica.

Por todo lo hasta aquí expuesto, entiendo que la demandada no se extralimitó en sus facultades como empleadora al exigir el pase sanitario a la trabajadora luego de haber cumplido con el alta médica por Covid 19. Por tal razón, considero que el descuento de haberes dispuesto, ante la negativa de la actora a presentar el correspondiente pase sanitario, fue razonable y justificado.

En síntesis, al igual que el Magistrado de Grado y que mi colega de Sala, considero que el despido indirecto de la trabajadora resultó injustificado, por lo que acompaño la propuesta de rechazar los tres primeros agravios de la actora.

Asimismo, como lógica consecuencia de la ser injustificado el despido indirecto, también debe rechazarse el cuarto agravio mediante el cual la actora cuestionó el rechazo de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 LCT así como las multas de la Ley 25.323 y el DNU 886/2021.

Por último, y en lo que respecta al agravio dirigido a cuestionar el rechazo de la multa del art. 80 LCT resulta importante puntualizar:

(a) Que el art. 80 de la LCT, con las modificaciones introducidas por ley 25.345, dispone que cuando el contrato de trabajo se extingue, el empleador está obligado a entregar al trabajador el certificado de trabajo y las constancias documentadas del ingreso de los fondos de la seguridad social y sindical, y que si el empleador no hiciera entrega de los mencionados documentos “dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente a la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor”.

(b) Que conforme el art. 3 del Dto. reglamentario 146/2001, el trabajador recién quedará habilitado para remitir dicho requerimiento "...cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previsto en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744 (t.o. por Decreto Nº 390/76) y sus modificatorias, dentro de los TREINTA (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo".

De la normativa referida, como señale en votos anteriores, surge que el empleador cuenta con 30 días desde la extinción del vínculo laboral para entregar el certificado de trabajo y que para la procedencia de la sanción es necesario el "requerimiento formulado por el trabajador de modo fehaciente una vez vencido dicho plazo".

Por lo apuntado, coincido con el rechazo propuesto por la Dra. Cordón Ferrando, pues la actora intimó la entrega de los certificados referidos en el art. 80 LCT en el mismo telegrama que notificó a la empleadora que se consideraba despedida, no cumpliendo de tal forma con las pautas del Decreto Reglamentario 146/2001.

En tal sentido y con criterio que comparto, se ha dicho que "Para la procedencia de la indemnización establecida en el art. 45 de la ley 25345 es necesario que el trabajador cumpla con lo dispuesto por el decreto 146/01, intimando en forma fehaciente a su empleador a la entrega de los certificados de trabajo respectivos, una vez transcurridos los treinta días de extinguido el vínculo. El solo hecho de no encontrarse reunido el presupuesto exigido por el decreto reglamentario torna a la sanción improcedente". (CNAT Sala II Expte N° 21838/07 Sent. Def. N° 96.055 del 24/9/2008 "Ramírez, María c/ Bonadeo, Juan s/ despido" (voto Dres. Maza - Pirolo).

Lo hasta aquí expresado, obsta al progreso de la multa reclamada, por lo que corresponde el rechazo del último agravio.

IV. Por todo lo hasta aquí expresado, coincido con la magistrada preopinante en cuanto postula confirmar la sentencia de primera instancia en todo lo que fue materia de agravios, con costas de la presente instancia a la recurrente (art. 57 Ley XIV N°1).

En relación a los honorarios por los trabajos de alzada, también coincido con la propuesta de no se regulen honorarios al Dr. W. M. C. D., letrado apoderado de la actora, en razón de la forma en que se imponen las costas y haber celebrado el nombrado pacto de cuota litis con la actora.

Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido POR LA AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:

Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:

A) CONFIRMAR la sentencia apelada.

B) IMPONER las costas de la segunda instancia a la actora vencida (conf. art. 57 Ley XIV Nro. 1). Sin regular honorarios al Dr. W. M. C. D., en virtud del pacto de cuota litis homologado en autos (art. 4 de la ley de arancel).

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Marcelo F. Peral expuso:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Cordón Ferrando, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado.

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 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:

S E N T E N C I A:

Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:

A) CONFIRMAR la sentencia apelada.

B) IMPONER las costas de la segunda instancia a la actora vencida (conf. art. 57 Ley XIV Nro. 1). Sin regular honorarios al Dr. W. M. C. D., en virtud del pacto de cuota litis homologado en autos (art. 4 de la ley de arancel).

C) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

Marcelo Fernando PERAL
JUEZ DE CÁMARA

Florencia CORDON FERRANDO
PRESIDENTA

REGISTRADA BAJO EL Nº 82 DE 2023 – SDL.- Conste.

Ricardo Fabián GRIFFITHS
SECRETARIO DE CAMARA