

Poder Judicial de la Nación -1- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Expte. no 52773/10

SENTENCIA DEFINITIVA NRO. 76317 . SALA V. AUTOS: “O.E.L. C/ B. SA S/ DESPIDO” (JUZG. No 44).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 28 días del mes de mayo de 2014 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT dijo:

Contra la sentencia de grado que rechazó en lo principal la demanda se alzan ambas partes y, por la regulación de honorarios, la perito contadora.

El actor sostiene por su parte, que la sentencia de grado no se adecua a la normativa del artículo 244 RCT pues en ella se sostiene que para que se configure el abandono de trabajo hace falta una actitud verdaderamente indicativa de que el trabajador no quiere continuar el vínculo y, en sus tesis, se ha demostrado la no contumacia del mismo por cuanto ante la intimación realizada por la empleadora se presentó ante el servicio de medicina laboral el día 17/09/2010 y de ahí fue derivado a la empresa. Refiere en su contestación telegráfica del día 21/09/2010 que se ha otorgado licencia médica por el Dr. Z. hasta el 01/10/2010, situación médica que no ha sido negada por la demandada en su respuesta emitida el día 23/09/2010 (fs. 49). Por otro lado, el accionante, cuestiona el plazo otorgado por la empleadora para retomar tareas y su insuficiencia para considerar en situación de despido al trabajador.

En primer término deben señalarse las diferencias entre las disposiciones de los artículos 241 y 244 RCT. En el abandono de la relación hace falta una conducta inequívoca que demuestre el desinterés, sin embargo, en el abandono-injuria, al que remite el artículo 244 RCT, es suficiente que frente a la intimación a retomar tareas que el trabajador, sin causa de justificación, se manifieste contumaz.

En el caso, frente a la intimación efectuada por la empleadora, el actor indicó que estaba imposibilitado de prestar servicios por hallarse enfermo y que gozaba de licencia médica extendida por su médico de confianza, hasta el día 01/10/2010. Ello sólo es suficiente para dejar sin efecto la

figura del abandono – injuria, pues el actor está demostrando que su actitud no es contumaz.

A los fines de analizar una situación fundada en el artículo 244 RCT debe tenerse presente que lo que se analiza es si existe un hecho injurioso por parte de la actora, no si la empleadora pudo considerarse o no con derecho a entender que hubo abandono de trabajo.

Del intercambio telegráfico reconocido por ambas partes, surge claramente, que el actor se encontraba afectado por una enfermedad puesta en conocimiento de la demandada. Cuando el estado de enfermedad es invocado por el trabajador, cumple su función no sólo en los sucesos que tornan imposible materialmente el cumplimiento del débito sino también aquellos supuestos en los cuales existe una excesiva onerosidad sobreviniente que, sin tornar imposible la prestación la torna más gravosa (v.gr., la gripe normalmente no impide la prestación del servicio, pero su justificación como consecuencia de la mayor onerosidad se encuentra fuera de duda). Por el contrario, cuando el estado de enfermedad es invocado por el empleador, no puede invocar la mayor onerosidad sobreviniente pues no es un factor que a él le afecte.

Por tanto al demostrarse la causa de justificación invocada por el trabajador para no prestar servicios el despido deviene incausado.

No puede invocarse que no está demostrada esta dificultad por la discordancia de los médicos de la empleadora y de la parte actora. En modo alguno puede interpretarse que la norma del art. 210 RCT obliga al trabajador a seguir los consejos y opiniones de los facultativos del empleador cuando estos se contraponen a los consejos y opiniones de sus propios facultativos. La norma faculta al empleador a ejercer el control de la enfermedad del trabajador a través de sus facultativos pero, en modo alguno, importa la posibilidad de imponer el criterio médico de sus dependientes o contratados. Por ello, si se demuestra la existencia real de la dolencia y ella fue comunicada al empleador no puede considerarse que el trabajador dio pábulo para ser considerado en situación de abandono de trabajo.

No obstante ello, la demandada considera insito en abandono de trabajo al actor con fecha 20/09/2010 ante el silencio del mismo por su anterior misiva, remitida el día 16/09/2010 donde se había otorgado un plazo de 24 horas para que procediera a retomar tareas.

En este punto es necesario destacar que, la expresión tácita de voluntad surge por efecto de las normas de los artículos 918 y 919 del Código Civil que, precisamente no establecen plazo alguno, sino que queda determinado por las circunstancias de persona, tiempo y lugar que imponen la obligación de expedirse. Las presunciones que emergen de los artículos 918 y 919 del Código Civil se refieren a la expresión de voluntad y corren para ambas partes pues su origen contractual tiene fuente en las obligaciones implícitas de buena fe que emergen de los artículos 62 y 63 RCT.

En el caso, el actor emite su respuesta el martes 21 de septiembre al momento en que la empleadora lo considera en situación de despido por abandono el día lunes 20 de septiembre, 24 horas posteriores al jueves 16 que envió su intimación. Plazo que, en modo alguno, parece razonable atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar que imponen la obligación de expedirse al trabajador. Por tanto, al momento de producirse el distracto no puede presumirse la existencia de silencio durante el plazo de la intimación (que la propia demandada había fijado en 24 horas) para entender que existió manifestación tácita de voluntad en sentido negativo a las pretensiones requeridas en el telegrama de intimación. Por tanto el hecho injurioso invocado en la comunicación de despido (silencio que hace presumir expresión de voluntad) no existió, conforme el principio de buena fe contractual.

Frente a la intimación en términos del artículo 244 RCT no basta con que quien pretenda sustraerse al débito afirme que desea continuar con el vínculo o que no mantenga silencio, ya que la contumacia requerida por la norma citada no es el silencio sino la negativa a cumplir el débito frente al requerimiento explícito del otro contratante. Por este motivo si la falta de cumplimiento del débito tiene un motivo de justificación (respecto de este la extensión de la licencia no cuestionada es una causa de justificación) no puede entenderse que se ha producido la hipótesis contemplada por el artículo 244 RCT.

Por consiguiente, no habiéndose acreditado el silencio por parte del accionante, la sentencia de grado en este aspecto debe ser modificada y deben prosperar los rubros reclamados previstos en los artículos 232, 233 y 245 RCT. Respecto al reclamo de SAC y Vacaciones proporcionales en tanto las mismas son debidas siempre ante la extinción del contrato de trabajo cualquiera fuera la causa, siendo imputable la obligación al pago de lo

adeudado a la demandada en tanto empleador, conforme el real salario devengado.

Para resolver el segundo agravio expresado por la actora, debe partirse de la definición que, de la remuneración, dan los artículos 1 y 4 del convenio 95 OIT. La norma del artículo 1 establece:

A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Es remuneración aquello debido por el empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. De conformidad a esto el criterio de demarcación entre la remuneración y otras obligaciones que nacen del contrato está determinada objetivamente por la causa y no por la modalidad de pago, como pretendió hacer el inconstitucional artículo 103 bis RCT. Esto es, precisamente, lo que señala el artículo 4 del convenio 95 OIT cuando admite el pago de remuneración en especie.

Lo que interesa analizar es si la prestación en especie tiene características igualitarias destinadas a cubrir necesidades sociales (como por ejemplo un servicio de guardería para todos los trabajadores del establecimiento con niños menores) o tienen por objeto cubrir gastos que el trabajador realizó o deba realizar para el cumplimiento del contrato. Fuera de estos dos supuestos lo que se percibe como consecuencia del contrato es remuneración, cualquiera fuera la forma en que este beneficio se brinde.

Una obligación del empleador en dinero o en especie es remuneración o (como categorías excepcionales) beneficio social o compensación de gastos. Obvio es decir que quien tiene la carga de la prueba de la excepción debe probar la causa. En este sentido, la sentencia de origen también debe ser modificada.

Respecto de las multas dispuestas por los artículos 2 de la Ley 25.323 y 80 RCT, la resolución respecto de las mismas no ha sido materia de recurso,

en consecuencia arriba firme a esta Alzada lo decidido en la instancia anterior.

Respecto al agravio expresado por el actor en relación a la denegatoria de la prueba pericial psicológica, debo aclarar que no habiendo cuestionado en tiempo y forma la resolución del a quo, la misma se encuentra firme. En consecuencia el agravio no puede ser de recibo.

Por último, el accionante se agravia por cuanto a su entender se demostró el “mobbing” que da origen al daño moral. En primer lugar debo señalar que, no obstante la caracterización de la conducta como mobbing lo hechos reseñados no tiene relación alguna con el tipo de conductas descriptas por este anglicismo que nada agrega a la lengua castellana. El mobbing, obvio es decirlo, constituye un modo particular de agresión al trabajador, por parte de la autoridad que utiliza a esos fines compañeros o subordinados de la víctima tratando insidiosamente de borrar su autoría. El origen de esta denominación se retrotrae a los tiempos de la revolución francesa en que los jacobinos ingleses fueron objeto de algaradas y agitaciones por parte de la plebe (mobs and riots) destinadas a estigmatizarlos en defensa de “the cross and the crown”, manteniéndose los lords instigadores aparte de las movilizaciones de la chusma pretendiendo su inocencia y satisfaciendo así el mito del freeborn englishman. Pero tampoco se puede ignorar que en estas playas, autores improvisados pero supuestamente autorizados, han usado este término como sinónimo del más castizo y genérico acoso o agresión laboral.

Por otra parte, debe señalarse que el daño moral producido por el incumplimiento de las obligaciones de conducta a cargo del empleador no tiene relación con daño psicológico alguno. El daño moral es la afección a los sentimientos íntimos, por lo tanto no requiere de prueba. Lo que debe analizarse es: a) si existió un incumplimiento de las obligaciones de conducta establecidos por el contrato de trabajo que; b) provoca en la generalidad de los sujetos una afección en la autoestima, un dolor. El resarcimiento del daño moral es el resarcimiento de ese dolor injustamente causado.

En mi opinión en la causa se ha demostrado que el empleador incumplió la obligación de conducta de guardar el debido respeto a la dignidad de los trabajadores (artículo 68 RCT). En particular, el clima general de hostigamiento destinado a lograr una mayor producción dirigido contra los dependientes del empleador encargados de la ejecución directa por parte

de quienes debían supervisar el trabajo con mengua de la autoestima, configura la hipótesis de incumplimiento contractual. Este tipo de hostigamiento continuo provocaría en la generalidad de los justiciables un dolor que, como tal, hace menester el resarcimiento. Por tanto, en este aspecto, la sentencia de origen debe ser modificada.

Obiter dicta, señalo que el daño moral no es equivalente a la discriminación pues el mal trato general, sin diferenciaciones, es también fuente de dolor, del daño moral que debe ser resarcido.

Estimo el pretium doloris en la suma de \$ 10.000 al momento del distracto teniendo en cuenta que ese fue el momento en que dejó de producirse la agresión, teniendo en cuenta las circunstancias, intensidad y medios utilizados para producir la agresión a la autoestima. Con más los intereses indicados en la sentencia de grado.

Respecto del agravio expresado por la parte demandada, cabe concluir en cuanto al planteo de horas extras, el supuesto fundamento de los agravios no pasa de ser una expresión de disconformidad con lo resuelto en primera instancia sin indicar las razones por las que éste habría incurrido en desaciertos. No sólo ha sido demostrado el trabajo en jornadas extraordinarias por la testimonial sino que esta materialidad de la prestación de servicios ha sido reconocida por el empleador en recibos y contabilidad laboral (artículo 721 del Código Civil). Establecida la existencia de trabajos en horas extras se torna obligatorio el cumplimiento con la documentación exigida por el artículo 6 de la ley 11.544 y 20 y 21. La falta de exhibición de las mismas a requerimiento del actor por la vía de la pericial contable hace responsable al demandado en los términos del artículo 388 CPCCN.

En consecuencia, teniendo en cuenta el salario del trabajador de \$6.250 en atención a lo referido por la perito contadora con su incidencia de horas extras calculadas en dicho período, el mismo es acreedor de los siguientes conceptos: \$31.250 (245 RCT), \$6.250 (232 RCT), \$520.83 (SAC/ preaviso), \$6.770,83 (233 RCT incl. SAC), \$2.843,75 (Vac. Prop y SAC), \$52.622,91 (horas extras) y \$10.000 (daño moral), siendo un subtotal de \$110.258,32.

Asimismo, de la suma total deberá debitarse la suma abonada por la empleadora de \$4.920,10 conforme lo preceptuado por el artículo 777 del Código Civil.

Conforme lo expuesto, debe aplicarse la norma del artículo 279 CPCCN y de- jar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios.

Atento el resultado del litigio corresponde imponer las costas a la demandada vencida (artículo 68 CPCCN) en ambas instancias.

Los honorarios de origen deberán ser regulados en los siguientes porcentajes respecto del monto de condena con sus accesorios teniendo en cuenta la actuación en el doble carácter de abogado y procurador de los letrados de parte, la calidad y extensión de los trabajos, el éxito obtenido y las escalas arancelaria de los artículos 7 y 9 de la ley de Aranceles. Los honorarios del perito contador han de ajustarse a la complejidad de la tarea realizada y a su relevancia para la resolución de la causa de acuerdo a las escalas del decreto regulatorio de los aranceles de los profesionales de ciencias económicas: Para la representación y patrocinio letrado de la actora 16%; para la representación y patrocinio letrado de la demandada 12%, para el perito contador 5%. Confirmar los honorarios del perito psiquiatra. Los honorarios de alzada se establecen en el 25% de lo que les fuera regulado a los Sres. letrados en origen.

El DOCTOR OSCAR ZAS manifestó:

I) Por análogos fundamentos, adhiero a la solución propuesta en el primer voto, con las salvedades que efectuaré seguidamente.

II) Disiento de lo sugerido respecto al incremento indemnizatorio del art. 2o de la ley 25.323, por las siguientes razones.

El juez de primera instancia señala en lo pertinente:

“...considero ajustada a derecho la decisión de la principal de disolver el vínculo laboral. Por ello serán desechadas las pretensiones indemnizatorias del inicio (artículos 231/233 y 245 L.C.T.) como así también...la reclamación con apoyo en la ley 25.323 artículo 2...”

El actor en su memorial de agravios luego de cuestionar esa decisión del magistrado, peticionó que “...V.E. modifique la sentencia en tal punto y haga lugar al despido del trabajador...” (ver fs. 307 vta.).

Teniendo en cuenta que el actor reclamó expresamente en el escrito de inicio el incremento indemnizatorio del art. 2o de la ley 25.323 (ver fs. 26/

vta. y 27), que la desestimación de esa partida obedeció exclusivamente a la admisión de la fundabilidad de la decisión extintiva del empleador, sin indagar acerca de la específica fundabilidad de aquel rubro, y que a través de esta sentencia prosperan los reclamos de las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido, corresponde a esta sala, en el marco del recurso interpuesto por el actor, expedirse acerca de la procedencia del recargo precitado (conf. arts. 271 y 277, C.P.C.C.N. y 155, L.O.).

En igual sentido se expidió el Tribunal en dos casos sustancialmente análogos con voto del suscripto y adhesión del Dr. Luis Aníbal Raffaghelli (conf. C.N.A.T., Sala V, sent. def. no 75.455, 12/08/2013, “Areco, Germán c/Prosegur S.A.”; sent. def. no 76.076, 26/03/2014, “Córdoba, Damián Alejandro c/Síntesis Empresaria S.A.”).

Está demostrado que el actor practicó la intimación pertinente con las exigencias del art. 2o de la ley 25.323 (ver doc. de fs. 164 e informe de fs. 163, no impugnado en legal tiempo y forma por las partes; conf. arts. 403, C.P.C.C.N. y 155,

L.O.).

Por ello, teniendo en cuenta el salario considerado en el primer voto, y los montos de las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido allí determinados, propicio condenar a la demandada al

pago de \$ 21.200,21 en concepto del recargo indemnizatorio del art. 2o de la ley 25.323. III) De prosperar mi criterio, el monto que debió haber abonado oportunamente la demandada asciende a \$ 131.458,53 (\$ 110.258,32 + \$ 21.200,21). Toda vez que la demandada abonó oportunamente la suma de \$ 1.780,86 en concepto de vacaciones proporcionales no gozadas, incluida la incidencia

del S.A.C. proporcional (ver detalle brindado por el perito contador a fs. 152).

Por lo tanto, propicio elevar el capital de condena a \$ 129.677,67 (\$ 131.458,53 - \$ 1.780,86) con más los intereses dispuestos en origen,

tópico que no fue cuestionado por las partes.

IV) De conformidad con lo dispuesto en el art. 279 del

C.P.C.C.N., corresponde dejar sin efecto lo resuelto en primera instancia en materia de costas y honorarios, lo que torna inoficioso el tratamiento de los recursos pertinentes.

Propongo imponer las costas de primera instancia a la demandada (conf. arts. 68, C.P.C.C.N. y 155, L.O.).

Teniendo en cuenta el monto del proceso, y la calidad, complejidad y relevancia de las tareas profesionales cumplidas, sugiero regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de la demandada y del perito contador, en el 16%, el 12%, y el 5%, respectivamente, porcentajes todos calculados sobre el capital de condena con más los intereses (conf. arts. 38, L.O.; 6, 7, 8,

9, 19, 37 y conchs., ley 21.839; 3 y 12, dec.-ley 16.638/57 y ley 20.243).

V) Postulo imponer las costas de alzada a la demandada y re-

gular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la demandada en el 25% de lo que le corresponda a cada una de ellas por su actuación en la instancia anterior (conf. art. 14, ley 21.839).

EL DOCTOR LUIS ANIBAL RAFFAGHELLI dijo:

En lo que resulta materia de disidencia en autos, habré de

adherir por análogos fundamentos al voto del Dr. Oscar Zas.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE : 1o) Modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de elevar el capital de condena a la suma de CIENTO VEINTI- NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS (\$ 129.677,67), el que llevará los intereses fijados en primera instancia. 2o) Dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios. 3o) Costas y honorarios de ambas instancias según lo sugerido en los considerandos IV) y V) del segundo voto. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856, Acordadas C.S.J.N. 15/13 (punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. MMV

Enrique Nestor Arias Gibert Juez de Cámara

Luis Anábal Raffaghelli Juez de Cámara

Oscar Zas Juez de Cámara