

Despido Injustificado. Aviso al Empleador. Cirugía plástica reparadora. Trabajador enfermo que no da aviso al empleador. Suspensión disciplinaria. Non bis in idem

La inexistencia de un hecho grave y actual como desencadenante del despido, determina que los antecedentes disciplinarios del trabajador resulten irrelevantes para fundamentar la decisión rupturista, ya que dichos antecedentes no pueden dar lugar a la violación de la regla non bis in ídem, derivación del principio constitucional garantizado por el art. 18, Constitución Nacional. En el caso, la empleadora suspendió por siete días a la actora al estimar injustificadas las inasistencias durante dos meses por haberse sometido a dos cirugías plásticas reparadoras no urgentes sin haber brindado el aviso correspondiente para que pueda realizar los controles previstos en el art. 210, LCT, todo ello en flagrante violación al deber de buena fe y haciendo caso omiso a las pautas contempladas en el reglamento interno de la institución. Una semana después de haberse cumplido la sanción, le comunicó el despido invocando las ausencias ya sancionadas sin imputar la existencia de un hecho u acto que se presente como desencadenante, esto es, un último incumplimiento que, en correspondencia con los anteriores, no permita, por aplicación de los principios de progresividad y proporcionalidad, la prosecución del vínculo laboral. Finalmente, la misiva rupturista tampoco cumplió con el requisito de indicar de manera concreta los motivos de la extinción contractual en aras de viabilizar la garantía genérica de defensa en juicio del trabajador. Corresponde revocar el decisorio apelado, resultando procedentes las indemnizaciones reclamadas con sustento en los arts. 231, 232 y 245, LCT.

Sentencia.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 11 días del mes de DICIEMBRE de 2019 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 LA DOCTORA BEATRIZ E. FERDMAN dijo:

I- La sentencia de fs. 259/306 que rechazó acción por despido es recurrida por la actora y por la demandada, en los términos y con los alcances que surgen de los memoriales de fs. 307/318 y fs. 321/323 vta., respectivamente. La actora contestó agravios a fs. 326 y vta. y la demandada lo hizo a fs. 327/331 vta. Asimismo, el perito contador Víctor Jorge Ferrara, apela a fs. 319 los honorarios regulados en su favor, por considerarlos reducidos.

II- En primer lugar diré que el recurso de la parte demandada ha sido mal concedido. Repárese que en su aspecto monetario se limita a la suma de \$ 13.640, que corresponde al monto de condena determinado en la instancia de origen, suma que resulta inapelable en los términos del art. 106 LO, norma que dispone que serán inapelables todas las sentencias y resoluciones cuando el valor que se intenta cuestionar en la alzada no exceda el equivalente a 300 veces el importe del derecho fijo previsto en el art. 51 de la Ley 23187; en el sub lite, al momento de concesión del recurso (21 de agosto de 2019), el monto de apelabilidad ascendía a \$ 60.000, de manera que la suma cuestionada en autos es inferior a aquel tope.

Por lo expuesto, sugiero que se declare mal concedido el recurso interpuesto a fs. 321/323 vta. punto I.

III- Corresponde dar tratamiento a los recursos interpuestos por la parte actora contra la sentencia de grado que en lo principal resolvió desestimar la acción incoada Mariana Gabriela Cepeda, por considerar justificado el despido directo dispuesto por Centro de Educación Médica CEMIC, al concluirse que la trabajadora se sometió a dos cirugías plásticas reparadoras que no revestían carácter de urgentes, sin aviso ni autorización por parte de su empleadora, en flagrante violación al deber de buena fe que debe guardar el trabajador de acuerdo al art. 63 LCT, haciendo caso omiso a las pautas contempladas en el reglamento interno de la institución y a la sanción de suspensión que previamente se la había aplicado.

La actora recurre tal decisión, centrando su disenso en torno a la prueba testimonial, especialmente con respecto a la declaración rendida por Cordone la que objeta por estimarla parcial en sus afirmaciones e inhábil para justificar la causa de despido invocada en el telegrama rescisorio. Afirma que la sentenciante omitió valorar la totalidad de las probanzas de autos. Refiere que como consecuencia del by pass gástrico realizado en el mes de junio del año 2015, consecuente a la obesidad mórbida padecida, debió ser intervenida el 12/11/2015 por dermolipectomía de abdomen y hernia umbilical, con licencia hasta el 18/12/2015. Afirma que comunicó a su empleadora que iba a ser sometida a dicha operación con la antelación suficiente, agregando en sustento de su postura que la propia demandada mediante la Cd de fecha 04/01/2016 reconoció el aviso previo. Sostiene que mediante las comunicaciones de los días 10/11/2015, 16/11/2015, 02/12/2015 y 21/12/2015 comunicó a su empleadora que se iba a someter a una segunda operación programada para el día 18/12/2015 por dermolipectomía de muslos, así como el reposo posterior otorgado por su médico tratante hasta el 31/01/2015; asevera que Cemic no cuestionó en tiempo oportuno las notificaciones señaladas; tampoco la intimó a

retomar tareas ni la citó a control médico alguno. En definitiva, impugna la suspensión por siete días así como el despido dispuesto por la demandada y solicita se revoque lo decidido en la instancia de origen, incluso en lo que respecta a la indemnización prevista por los art. 45 de la ley 25.345 y 80 LCT., aspecto este último que no fue merituado en la sentencia de origen.

Adentrándonos en la cuestión debatida en esta instancia y analizando las circunstancias controvertidas, la simple lectura del intercambio telegráfico habido entre las partes permite colegir que la actora se sometió a una intervención quirúrgica el día 12/11/2015 y que comunicó a su empleadora tal decisión, con dos días de antelación, esto es el 10/11/2015 (cd 674797597 - fs. 6). Resulta además que la accionante se sometió a una segunda intervención el día 18/12/2015, simultánea con el término de la licencia anterior, que fue puesta en conocimiento de su empleadora dos días después de su realización, tal como surge de la notificación del día 21/12/2015 (cd 698307576), notificando del mismo modo el reposo otorgado por su médico tratante hasta el día 31/01/2016 (cd 705852724).

De acuerdo al corrolato de los hechos, cabe recordar que el legislador otorgó al empleador una serie de facultades para cumplir su cometido: La facultad de organizar la empresa, utilizando los medios económicos, técnicos y personales con los que cuenta (art. 64 LCT), la facultad de ejercitar la dirección de la empresa teniendo en miras el interés colectivo de la organización empresarial, considerando en consecuencia y entre otros, los derechos personales y patrimoniales de los trabajadores, como así también los fines del emprendimiento (art. 65 LCT); la facultad de modificar las modalidades o condiciones de trabajo, sin incurrir en un ejercicio irrazonable o abusivo del ius variandi (art. 66 LCT), y finalmente, la facultad de aplicar medidas disciplinarias (art. 67 LCT).

Recalco además que del juego armónico de los arts. 209 y 210 LCT, se desprende que el trabajador sólo puede considerarse eximido de la comunicación que exige el art. 209 LCT, a la que está condicionado su derecho a percibir salarios por enfermedad, en caso de impedimento derivado de fuerza mayor o que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su gravedad, se encuentre inequívocamente acreditada; por lo que no cabe duda que la mera acreditación posterior de la existencia de una enfermedad no habilita -por sí sola- el cobro de los salarios desde el momento de su configuración si no se demuestra que esa enfermedad, por sus características y por su gravedad, impidió (con el grado de fuerza mayor) que el trabajador pudiera dar aviso de la imposibilidad de trabajar que supuestamente derivaba de ella, extremos que en el caso, en verdad, no fueron siquiera invocados. El marco legal apuntado deviene relevante, frente a los argumentos que se deslizan en el recurso, en torno al consentimiento prestado por la empleadora y el cumplimiento de las pautas previstas por el art. 209 LCT, pues de las constancias analizadas surge que Cepeda no dio aviso oportuno de las cirugías que fueron programadas oportunamente, impidiendo de tal forma que la demandada ejerza la facultad que el confiere el art. 210, LCT para corroborar la imposibilidad alegada, máxime si se tiene en cuenta que la segunda intervención fue comunicada a su empleadora tras el hecho consumado, lo que se traduce en una falta o incumplimiento injustificado de la trabajadora de una obligación o deber a su cargo que se proyecta indefectiblemente sobre el trabajo colectivo.

En ese orden y ante el panorama descripto, la empleadora ejerció la facultad disciplinaria que le confiere el art. 67 LCT, puesto que el día 04/01/2016 dispuso aplicar a la actora una suspensión por el término de siete días, (efectiva desde el 06 de enero al 12 de enero de 2016), al estimar injustificadas las inasistencias de los meses de noviembre y diciembre del año 2015 (ver Cd. N° 680213391 fs. 95), Bajo tales premisas, la sanción impuesta se sustentó en una justa causa (art. 218, LCT), toda vez que se configuró en el caso una falta disciplinaria que mereció esta clase de sanción, lo que se traduce en una falta o incumplimiento injustificado del trabajador de una obligación o deber a su cargo; se estableció un plazo determinado de suspensión, (arts. 218 y 220, LCT) y fue notificada por escrito a la trabajadora, con indicación de la causa y el plazo correspondiente (art. 218, LCT), guardando la debida relación proporcional y contemporáneo al incumplimiento de la trabajadora (art. 67, LCT), dejando sin sustento los argumentos ensayados en el memorial recursivo en torno al consentimiento prestado por la demandada y la violación a la doctrina de los actos propios, resultando dicha sanción ajustada a derecho.

Por otro lado, debe tenerse presente que si se aplicó una sanción por una falta determinada, el empleador no podrá aplicar otra sanción por la misma falta y bajo tales premisas no puedo dejar de soslayar que la relación laboral se extinguió por despido directo dispuesto por la ex empleadora con fecha 20/01/2016 en los siguientes términos: "Rechazamos su Tcl 23519457 por mendaz e improcedente. Reiteramos y ratificamos nuestras anteriores Cd N° 71791863 y 680213391 en todos sus términos. Ud. se ha ausentado en forma injustificada a sus tareas por lo que ha sido sancionada. Dado que Ud. no ha prestado tareas desde el mes de diciembre de 2015 ud. carece de derechos a percibir salarios. Rechazamos por tal motivo su pretensión de que le sea abonado el salario de diciembre de 2015 dado que Ud. no ha prestado tareas ni existe razón alguna para que se abone. Nada se le adeuda por ningún concepto. Persistiendo en sus inasistencias injustificadas lo que implica el incumplimiento de su deber más elemental que es de trabajar y una injuria que por su gravedad impide la prosecución del vínculo, queda Ud. despedida. Queda ud., debidamente notificada" (Cd. N° 717944737 fs. 96).

Así se desprende que la accionada para justificar su decisión tuvo en consideración las inasistencias en que incurrió la reclamante, las que reitera en su comunicación rescisoria, en la cual no se invocó la existencia de un hecho u acto que se presente como desencadenante, esto es, un último incumplimiento que, en correspondencia con los anteriores, no permita, por aplicación de los principios de progresividad y proporcionalidad, otra sanción que no sea el despido, por tornarse imposible la prosecución del vínculo laboral.

En esta hipótesis, la inexistencia de un hecho grave y actual como desencadenante del despido, determina que los antecedentes disciplinarios del trabajador resulten irrelevantes en el contexto de la causa para fundamentar la decisión rupturista ya que la invocación de los antecedentes desfavorables no puede dar lugar a la violación de la regla non bis in ídem, derivación del principio constitucional garantizado por el art. 18, por cuya aplicación no puede juzgarse dos veces a una persona por el mismo hecho. No soslayo que la prestación de servicios es la principal obligación a cargo del trabajador y debe ser realizada con puntualidad, asistencia regular, dedicación y responsabilidad (arts. 84 y 86 LCT) pero aunque se hayan acreditado las inobservancias en que incurrió la trabajadora, no puede en base a ellas disponerse el cese de la relación, sino que debe existir un hecho posterior que la fundamente, de manera tal que, aunado a la existencia de un historial peyorativo del trabajador, permitiría justificar la denuncia del contrato, circunstancia que no se invocó en el caso si nos atenemos a los términos en que se formalizó la terminación del vínculo laboral.

De ello que se sigue que no corresponde otorgar legitimidad al despido dispuesto por la demandada sustentada fundamentalmente en la existencia de incumplimientos anteriores por los cuales la trabajadora ya había merecido sanciones, si no se ha acreditado un nuevo incumplimiento que sumado a los antecedentes del trabajador constituyan injuria que justifiquen la extinción del contrato de trabajo.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la misiva transcripta carece de los requisitos que impone el art. 243 de la LCT para la comunicación de la denuncia del contrato de trabajo con justa causa con una indicación concreta de los motivos de la ruptura contractual en aras de viabilizar la garantía genérica de defensa en juicio, principio que, considero, se ha violado en autos, pues la deficiente invocación de la causa, amplitud y vaguedad de sus términos, no expresa de modo claro y fehaciente los hechos que se invocan para la decisión extintiva. Repárese que el distracto se formalizó en el curso de licencia médica "informada" por la reclamante y que además, no se mencionan siquiera las fechas en que acontecieron las ausencias injustificadas que motivaron el despido, a los fines que la reclamante pudiese efectuar una debida defensa ante dicha imputación.

En definitiva, dado que el despido devino incausado, sugiero revocar el decisorio apelado en cuanto calificó como válido del despido implementado por la demandada, admitiéndose por ello las indemnizaciones reclamadas con sustento en los arts. 231, 232 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y art. 2 de la Ley 25323 pues se encuentra cumplimentado el recaudo para su procedencia según consta en la Cd N° 703197840 adjunta a fs. 19, cuya validez notficatoria fue certificada por el correo a fs. 158/159.

IV- Finalmente, la parte actora cuestiona el rechazo de la multa prevista por el art. 45 de la Ley 25345, pues la jueza de grado consideró que la demandada puso a su disposición las certificaciones en cuestión a través del intercambio telegráfico, otorgando valor probatorio a la comunicación respectiva y que, no obstante ello, la accionante no invocó ni acreditó haberlos ido a retirar o que le haya negado su entrega destacando que nunca formalizó reclamo alguno por la supuesta negativa.

En este sentido, cabe recordar que la relación jurídica procesal no sólo comprende las pretensiones del actor, sino que se integra con la contestación de demanda, de modo que las afirmaciones, las reservas y las defensas contenidas en ella forman parte integrante de la litis. El principio de congruencia (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° CPCCN) impone la estricta adecuación de la decisión judicial a las cuestiones articuladas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado, hallando límite en las cuestiones debatidas por las partes de modo que exista plena conformidad entre lo pretendido y lo resistido por un lado y lo sentenciado por el otro.

Es la llamada "litiscontestación" la que constituye la "columna del proceso y base y piedra angular del juicio". Esta relación procesal se integra con los actos fundamentales de la demanda y su contestación, por lo que no resulta alterada cuando la sentencia resuelve teniendo en cuenta los hechos introducidos al juicio en la contestación, como es el caso de autos, donde se verifica que la demandada en su contestación articuló su defensa alegando que hizo entrega efectiva a la actora de las certificaciones en cuestión, acompañando a tal efecto las copias de las mismas con el responde, en las cuales se encuentra inserta una firma que atribuye a la reclamante (ver fs. 128 cuarto párrafo).

Es en este marco en el que debe meritarse el cumplimiento de la obligación prevista por la norma bajo examen y por ende, la aptitud probatoria de los instrumentos agregados a fs. 80 y 82/85, puesto que a fs. 136 la actora desconoció expresamente las firmas que se le atribuyen, aclarando en dicha oportunidad procesal que tales instrumentos no se condicen con la documentación que contempla la norma bajo estudio. Sabido es que cuando se niega la autenticidad de las firmas o del documento, si bien ello no conduce a considerar que media una falsificación ni quien fue su autor, semejante actitud tiene el efecto de trasladar a la contraparte

la carga procesal de demostrar la veracidad de dichas firmas o del documento.

En el caso, frente al desconocimiento expreso efectuado por la actora, la demandada debió arbitrar todas las medidas de prueba tendientes a acreditar su posición, no obstante, especialmente la prueba pericial scopométrica propuesta en subsidio a fs. 130 del responde que no fue impulsada por el proponente y de este modo, al no existir medio de prueba idóneo tendiente a acreditar la validez de las firmas insertas a fs. 80, 82/85, tendrá favorable acogida a través de mi voto la queja bajo estudio, habida cuenta que las constancias obrantes en autos no permiten colegir razonablemente que la reclamante recibió los certificados de aportes y servicios en tiempo y forma. Por las razones expuestas, sugiero revocar también en este segmento el decisorio apelado y admitir la multa prevista por el art. 45 de la Ley 25345. V- Por otro lado, es exacto lo denunciado por la actora en el sentido de que en el decisorio de grado se ha omitido expedirse acerca de lo reclamado en el punto VII (fs. 27) del escrito inaugural, donde solicita se intime a la demandada a acompañar a estas actuaciones los certificados previstos por el art. 80 LCT, requiriendo que se fije una multa diaria hasta la efectiva entrega, omisión que subsiste y que obviamente puede ser suplida en la Alzada, de conformidad con lo normado en el art. 278 CPCC.

En este sentido, a la luz de las probanzas de autos, la pretensión tendrá favorable acogida mediante mi voto por cuanto la demandada no demostró en el contexto de esta Litis la validez probatoria de la documentación meritada precedentemente, conforme lo normado por el art. 80 de la LCT y el art 12 inc. g) de la Ley 24241.

Por ello sugiero condenar a la demandada a hacer entrega a la actora en el término de diez días de los certificados de trabajo, servicios y remuneraciones en la forma prevista por el art. 80 de la LCT, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de aplicar astreintes (conf. art. 804 del Código Civil y Comercial y art. 37 del CPCCN).

VI- De acuerdo a la remuneración de \$ 8.797 que la juez de grado utilizó como base de cálculo para practicar la liquidación de los rubros favorablemente admitidos, -monto que llega incuestionado a esta instancia-, de prosperar mi posición, sugiero revocar la sentencia de grado en lo principal y condenar a la demandada a abonar la suma que surge del siguiente detalle: Antigüedad \$ 26.391; preaviso \$ 8.797; SAC s/ preaviso \$ 733,08; Integración mes de despido \$ 2.932,34; SAC s/ integración \$ 244,36; Vacaciones año 2015 \$ 6.930; SAC s/ vacaciones \$ 577,55; SAC segundo semestre año 2015 \$ 4.843; art. 2 Ley 25323 \$ 19.548,89; art. 45 Ley 25345 \$ 26.391 TOTAL \$ 97.388,22, que devengará los intereses dispuestos en el decisorio grado, que arriban firmes e incuestionados a esta alzada.

VII- La solución propuesta implica adecuar la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia (conf. art. 279 del CPCCN) y proceder a su determinación en forma originaria.

Las costas de la instancia anterior sugiero imponerlas a cargo del accionado vencido (conf. art. 68 CPCCN).

Por otra parte, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 27423, la observación del art. 64 del texto normativo sancionado por el Congreso de la Nación y la promulgación parcial dispuesta por el decreto 1077/2017 (art. 7), corresponde determinar cuál es la ley aplicable a los trabajos cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho texto normativo.

Al respecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido por mayoría -con arreglo a lo decidido por ese Tribunal ante situaciones sustancialmente análogas- que en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la liquidación (Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros). Por ello, concluyeron que "el nuevo régimen legal no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria Ley 24432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7 del decreto 1077/2017, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y doctrina de Fallos: 268:352, 318:445 -en especial considerando -, 318:1887, 319:1479, 323:2577, 331:1123, entre otros" (CSJ 32/2009 (-E) /CS1, originario, "Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 4 de septiembre de 2018).

Resulta necesario, entonces, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas tareas pasadas durante la vigencia del régimen anterior, de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema.

De tal modo, en el caso, en tanto la mayoría de los trabajos profesionales por la labor cumplida en primera instancia se realizaron estando en vigencia la Ley 21839, el art. 38 LO, el art. 13 de la Ley 24432 y el decreto ley 16.638/57, habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas.

A tal efecto, corresponde regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora (que incluye su actuación ante el SECLO), de la demandada y los del perito contador por su actuación en primera instancia en el 16 %, 14 % y 6 %, respectivamente, del capital de condena más intereses.

VIII- Sugiero imponer las costas de alzada a cargo de la parte demandada (conf. art. 68, CPCCN) y regular los honorarios de la representación letrada de las partes intervinientes en alzada en el 30 %, de lo que, en definitiva, le corresponda a cada una de ellas

por sus labores en la sede anterior (Ley 27423).

EL DOCTOR ENRIQUE NÉSTOR ARIAS GIBERT manifestó:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto de la Sra. Juez de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL

RESUELVE:

1º) Revocar la sentencia de primera instancia y condenar a Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno C.E.M.I.C Asociación Civil a abonar a Cepeda Mariana Gabriela la suma de PESOS NOVENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO con veintidós centavos (\$ 97.388,22), que devengará los intereses dispuestos en la anterior instancia y hasta su efectivo pago;

2º) Condenar al demandado a hacer entrega a la actora de los certificados previstos por el art. 80 de la LCT de acuerdo a lo dispuesto en el considerando III del primer voto.

3º) Dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior;

4º) Costas y honorarios en ambas instancias conforme lo propuesto los considerandos VII y VIII del mencionado primer voto;

5º) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la Ley 26856 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. Se deja constancia que la vocalía 1 se encuentra vacante (art. 109 RJN).

Beatriz E. Ferdman - Enrique Néstor Arias Gibert.

Cepeda, Mariana Gabriela vs Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) Asociación Civil s.
Despido

Tribunal: CNTrab. Sala V | Nación

Fecha del fallo: 1--2019