

## Despido Inasistencia Al Trabajo Enfermedad Laboral Certificado Medico Facultad De Control Medico Automovil Medicina Prepaga Dano Moral

### JURISPRUDENCIA

Despido. Inasistencia al trabajo. Enfermedad laboral. Certificado

médico. Facultad de control médico. Automóvil. Medicina prepaga. Daño moral      Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda del trabajador por despido injustificado, pues el empleador no actuó de acuerdo al principio de buena fe que regla toda relación laboral al despedirlo existiendo divergencias de criterios médicos entre su facultativo y el del trabajador respecto a su cuadro clínico. Asimismo, se destaca la procedencia de la indemnización por daño moral a favor de trabajador por la violación del citado principio.      En la Ciudad de Buenos Aires, el 5-2-15 para dictar sentencia en los autos caratulados ?GALAGOVSKY, GUILLERMO ADRIAN C/ KASDORF S.A. S/ DESPIDO? se procede a votar en el siguiente orden:      El Dr. Alvaro Edmundo Balestrini dijo:      I- La sentencia recaída a fs. 520-536 suscita las quejas que interpone a fs. 537-550/552-565 y 604-605vta. la parte actora y a fs. 576/588 la demandada, recibiendo contestaciones a fs. 589-597/630-633 y 608-615, respectivamente.      II- En cuanto a la queja de la demandada que pone en tela de juicio la valoración que mereció el desenlace del vínculo, un detenido examen de los términos del recurso, de la sentencia recaída y de los elementos de juicio obrantes en la causa, me persuade de su suerte desfavorable.      En efecto, cabe señalar inicialmente que carece absolutamente de relevancia en la dilucidación del debate el correo electrónico del que pretende valerse la demandada a modo de indicio de una supuesta actitud del actor de desligarse de la relación laboral habida, ya que del mismo sólo surge una alusión a una relación extralaboral del demandante con alguien llamado Jarek, comunicándole que no va a poder ir a su casa. Por tratarse del día en el que tendría que haberse presentado a trabajar, ello no puede lógicamente inferir su falta de voluntad de cumplir con dicha obligación, tal como lo pretende la quejosa.      No presenta mayor consistencia el resto de la divergencia, aludiendo de manera vaga y genérica tanto a presuntos intercambios de correo con el departamento de legales de la demandada que ni siquiera se identifican ni vinculan con elemento de juicio alguno, como a ?artilugios? a los que habría recurrido en la presentación de certificados médicos que prescribían reposo frente al cuadro cardíaco que el actor presentaba.      Soslaya la quejosa que frente a la discordancia entre los pareceres del médico que envió la apelante y el facultativo que confeccionó el certificado al que aludió el actor en el intercambio telegráfico y presentó a fin de justificar sus inasistencias entre el 25/8/11 y el 1/9/11 (fs. 257), antes de decidir la ruptura debió haber requerido al menos un diagnóstico que le permitiera arribar al convencimiento necesario, de conformidad con la obligación que se le impone en los arts. 62 y 63 de la LCT de obrar en el marco del contrato de trabajo con buena fe y criterios de colaboración y solidaridad, apuntando a la continuidad del vínculo. Máxime cuando de la declaración del Dr. Carlos R. García que produjo el dictamen en el que se pretende fundamentar el despido, surge expresamente que ?...la visita que le hizo al actor no era una visita médica, era para ver si necesitaba algo...?, limitándose a mantener una breve conversación de la que habría extraído que la dolencia que presentaba el actor no convalidaba su ausencia al empleo (fs. 391/393).      A las falencias convictivas que presentaba el elemento de juicio referido, se suma que tampoco la actitud adoptada por el demandante durante el intercambio telegráfico que prologó al despido permitía suponer su desinterés en la continuidad del vínculo que se presupone en el art. 244 de la LCT.      En consecuencia, propondré que se confirme en lo principal la sentencia dictada en la anterior instancia, tornándose abstracto el tratamiento de la queja interpuesta contra la procedencia del agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2º de la ley 25.323 cuya suerte se sujetó a la recibida por la revisión de la ruptura.      III- En lo que atañe a la calificación salarial de las sumas abonadas en concepto de telefonía celular, adelantaré que por mi voto la objeción de la demandada será desestimada.      A fin de fundamentar el anticipo, resulta determinante que la recurrente no invoca elementos de juicio que demuestren que era exigido al trabajador un uso exclusivamente laboral del celular cuyo abono pagaba la empresa, por lo cual importaba un beneficio que debe considerarse salarial (cf. art. 103 y cons. de la L.C.T., en igual sentido S.D. Nº 18.348 del 28/12/12 ?in re? ?Gargarella, Guillermo Marcelo c/Nestle Argentina S.A. s/diferencias de salarios?).      No tendrá mejor suerte la oposición que se dirige contra la inclusión en el salario de las sumas abonadas en concepto de gastos del automotor, aspecto en el que la vencida omite la crítica concreta y razonada que se exige en el art. 116 de la L.O. como presupuesto para acceder a la revisión en esta Alzada.      Soslaya refutar la virtualidad probatoria que la juez de grado anterior le reconoció a las declaraciones testimoniales a fin de tener acreditado que el actor percibía clandestinamente los gastos mecánicos y de combustible que le insumía la utilización del automóvil que la demandada ponía a su disposición, sin distinguir que se tratase del tiempo libre o del sujeto a la prestación. La pretensión de incorporar tardíamente los supuestos comprobantes de gastos que el accionante -según se afirma- le habría entregado a la empleadora para su reintegro no podrá tener acogida, teniendo en cuenta que los plazos procesales son improrrogables y perentorios de conformidad con la disposición del art. 53 de la LO y descartado -por

los términos de la interposición- que se haya tratado de la situación excepcional prevista en el art. 78 del mismo cuerpo legal. Incurrir en falencia similar al dirigirse contra la procedencia del reconocimiento del carácter salarial de las sumas abonadas en concepto de medicina prepaga, sin refutarse no sólo que la demandada se hacía cargo de abonarle al actor y a su grupo familiar el 100% del plan Osde binario 2-310, sino tampoco las consideraciones que la sentenciante invocó para fundamentar su admisión. En consecuencia, propondré que se declare desierto el recurso en este punto. No presenta mayor consistencia el disenso que hace hincapié en la incidencia del ?Bonus de Baby Nutritlon para gerentes? y saldo del 2011, ya que no hace más que poner de manifiesto que la asignación era discrecional ante la ausencia de pautas ciertas que permitan tener por configurado un sistema de evaluación objetivo de desempeño condicionante de su pago, interponiendo recién ante esta Alzada la limitación relativa a la época mínima del año que debía trabajar, aspecto que no se invocó al delinear los límites del litigio (fs. 85vta./87). Receptar dicha defensa vulneraría no sólo el derecho de defensa de la contraparte sino también los límites al poder revisor del Tribunal establecidos en el art. 277 del CPCCN (conf. art. 155 de la LO). IV- En cuanto al tratamiento que mereció el reclamo de resarcimiento del daño moral, aspecto que merece quejas de ambas partes, en mi opinión la expuesta por la demandada no refuta específicamente las consideraciones de la juez de grado anterior en cuanto pone de manifiesto que a través del intercambio telegráfico que culminó con la decisión de despedir al demandante, la principal incumplió la obligación de actuar de buena fe que se impone expresamente a ambas partes en el art. 63 de la LCT. Dicha norma exige que ajusten sus conductas a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato de trabajo, y no obstante la empleadora actuó de manera imprudente y desconsiderada no sólo respecto de su salud física sino también de su ánimo, excediendo de tal manera el daño que se deriva del despido incausado que se dirige a conjurar la indemnización al increpar al actor repetidamente y haciendo oídos sordos a sus justificaciones, a reintegrarse al cumplimiento de sus tareas bajo apercibimiento de despido, con único fundamento en la opinión de un médico adoptada con una base exclusivamente coloquial ya que -como se refirió precedentemente a partir de sus propios dichos- fue enviado a la casa del actor en consideración de su carácter de empleado jerárquico, exclusivamente para ver si necesitaba algo y no en misión de control de ausentismo. Tales extremos convalidan la procedencia del resarcimiento por daño extrapatrimonial, omitiendo oponer las apelantes parámetros objetivos y ciertos que expongan el desajuste por alta o baja que dogmáticamente invocan, de la suma diferida a condena por ese concepto en referencia al cuadro descripto, la que resulta adecuada valorando las características y vicisitudes descriptas, la índole de las secuelas emocionales inferibles y su reparación teniendo en cuenta la víctima y su entorno social. Consecuentemente, propiciaré que se confirme también en este aspecto la sentencia recurrida. V- No tendrá tampoco favorable recepción por intermedio del suscripto el disenso dirigido por la parte actora contra el rechazo de las indemnizaciones previstas en los arts. 10 y 15 de la ley 24.013, destinadas a sancionar evasiones registrales defraudatorias, distintas a la situación verificada en las presentes actuaciones, en la que claramente se evidencia que desde el standard de buen empleador previsto en el art. 63 de la LCT, de buena fe la demandada pudo haber considerado que los parciales que abonaba en favor del actor en concepto de telefonía celular, mantenimiento del automóvil que utilizaba al servicio de la empresa y medicina prepaga, no integraban la contraprestación salarial debida a la accionante como consecuencia de su puesta a disposición, no adecuándose en consecuencia a la definición del art. 103 de la LCT (en igual sentido, ante un caso de aristas similares, esta Sala, SD N° 19.370 del 15/5/14 ?in re? ?Salvador Sandra c/ La Farmaco Argentina Industrial y Comercial S.A. s/ despido?). El informe contable da cuenta de la corrección legal tanto intrínseca como extrínseca de sus registros contables (fs. 263/272vta.). Similares razones obstaculizan el progreso de la sanción prevista en el art. 80 de la LCT según reforma introducida por la ley 25.345, no obstante que por no reflejar el contenido de los ya confeccionados el real contenido remuneratorio de la contraprestación salarial, resulte atendible la condena que obliga a la empleadora a expedirlos con ajuste a los términos del presente fallo. Por tales razones propondré que en dichos aspectos se confirme la decisión recaída en la anterior instancia. VI- Habrá de desestimarse asimismo de prosperear mi voto la divergencia que interpuso la parte actora contra la aclaratoria recaída a fs. 574 que redujo a \$... el parcial de ... diferido a condena originariamente en concepto de período de licencia paga que corresponde computar en concepto de salarios caídos -del 2/9/11 hasta el 16/9/11- a partir de un salario mensual receiptado de \$... , la quejosa omite la crítica concreta y razonada que se presupone en el art. 116 de la LO para acceder a la revisión, ya que se limita a insistir dogmáticamente en la procedencia , sin poner de manifiesto las operaciones matemáticas que descalificarían la iniciativa de la juez de grado anterior convalidando su pretensión a un monto mayor. VII- Toda vez que la parte actora mantuvo ante esta Alzada el cuestionamiento que le mereció al demandar la tasa de interés aplicable en el fuero hasta el 20/5/2014, cuya insuficiencia sostuve al intervenir en el dictado de las Actas de esta Cámara Nos. 2600 del 7/5/14 y 2601 del 21/5/14, adoptándose la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses a efectos de conjurar la desactualización de tasas aplicadas con anterioridad y compensar de manera adecuada el crédito del trabajador, propondré que se modifique en este accesorio el fallo recurrido, debiéndose aplicar dicho índice en la etapa prevista en el art. 132 de la L.O. desde que se devengó cada uno de los

parciales que componen la condena y hasta su efectivo pago (conf. art. 622 del Código Civil). VIII- En cuanto a la imposición de las costas, que la demandada apela en tanto no reflejaría los vencimientos mutuos, cabe señalar que ninguna de las normas que rige la materia impone su férrea vinculación con la proporción por la que progresa el reclamo, debiéndose tener en cuenta al mismo tiempo las razones por las que se accede al litigio y como este se desenvuelve. En esa inteligencia, propondré que se confirme la imposición de costas decidida en la anterior instancia, en cuanto se dispone que sean soportadas por quien fue vencida en lo principal (conf. art. 68 del CPCCN) Respecto a la regulación de honorarios, que recibe impugnaciones tanto de la representación letrada de la parte actora y del perito contador por estimar reducidos los propios, como de la demandada por considerarlos elevados, en mi opinión los emolumentos en cuestión resultan ajustados teniendo en cuenta la calidad, mérito y extensión de las tareas llevadas a cabo en la anterior instancia, por lo que propondré que se confirmen (conf. art. 38 primera parte de la LO, Dec. Ley Nº 16.638/57 y ley 24.432). Verificándose la omisión puesta de manifiesto por la actora respecto de la falta de imposición de las costas derivadas de la reconvencción interpuesta por la demandada, en los términos del art. 278 del CPCCN y a fin de suplirla, propondré que se atribuyan a cargo de la demandada vencida, regulándose los honorarios derivados de dicho litigio en la suma de \$... a favor de la representación letrada de la parte actora y de \$... para la de la demandada, a valores actuales y de conformidad con las pautas y normativa expuestas precedentemente. Costas de la Alzada a cargo de la demandada, regulándose los honorarios de la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el ...% de lo que a cada una le correspondió por lo actuado en la anterior instancia, conforme pautas y normativa precedentemente expuestas. El Dr. Roberto C. Pompa dijo: Por compartir los fundamentos, me adhiero al voto que antecede. El Dr. Mario S. Fera no vota (art. 125 de la L.O.). A mérito del acuerdo al que se arriba, el Tribunal RESUELVE: I) Confirmar la sentencia dictada en la anterior instancia en lo principal y modificar la tasa de interés aplicable sobre la condena, que será la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses desde que se devengó cada uno de los parciales que componen la condena y hasta su efectivo pago. II) Costas de la Alzada a cargo de la demandada. III) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el ...% de lo que a cada una le correspondió por lo actuado en la anterior instancia. IV) Por la reconvencción interpuesta por la parte demandada, imponer las costas a su cargo y regular los honorarios en la suma de \$... a favor de la representación letrada de la parte actora y de \$... para la de la demandada, a valores actuales. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

001355E