ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a seis -6- días del mes de Abril del año 2018, se reúne en Acuerdo la Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, integrada con los Vocales, doctores Alejandra Barroso y Dardo Walter Troncoso, con la intervención de la secretaria Dra. María Gabriela Juárez, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"MUÑOZ MARCELA DEL CARMEN C/ SOCIEDAD ANÓNIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ DESPIDO POR CAUSALES GENÉRICAS",** EXP. 30374 Año 2015, del Registro del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Zapala.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso** dijo:

I.- A fs. 174/186 luce la sentencia definitiva de primera instancia del 9 de noviembre del 2017 mediante la cual se hace lugar a la acción incoada por la actora Sra. Marcela del Carmen Muñoz contra la demandada Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia, condenando a esta al pago de la suma allí consignada, en concepto de indemnizaciones por despido, con más intereses devengados; rechaza en cambio el reclamo por daño moral también interpuesto por la actora y la entrega de certificado de trabajo; impone costas a la demandada perdidosa.

Este pronunciamiento es recurrido por la parte demandada quien expresa agravios a fs. 193/200, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 203/204.

II.- Agravios de la parte demandada.

La recurrente argumenta que la jueza de grado incurre en arbitrariedad al acoger la demanda de despido y al no condenar

en costas a la actora por el reclamo de daño moral y entrega de certificados que rechazara.

Narra que la reclamante no relata lo sucedido desde el día 21/3/2014 hasta que consigue el certificado psicológico, transcribiendo el intercambio epistolar y rechazando genéricamente la causal de despido directo. Transcribe parte del escrito de demanda.

Arguye que sostener que hubo abuso del derecho implica reconocer la facultad de la demandada y hacer énfasis en la extemporaneidad no implica negar el hecho, contradiciéndose la accionante al desconocer la existencia de las actas y subsidiariamente alegar abuso de poder en la realización de las mismas. Dice que existen o no existen, la actora conoce cómo se llevaron a cabo y si hubiera existido cualquier especie de vicio de la voluntad, corría con la carga de alegación y prueba.

Cuestiona la estructura de la sentencia al expedirse la magistrada en primer lugar sobre la contemporaneidad de la comunicación de despido, negando la oportunidad de la misma, para luego afirmar que la causa alegada no ha sido acreditada. Afirma que es lógicamente contradictorio que se ponga el énfasis en la reacción de una acción que se dice no probada.

Transcribe las actas administrativas, desconocidas por la actora y ratificadas por la prueba caligráfica, afirmando que nada de eso fue valorado por la juzgadora, premiando la mala fe de la dependiente que ha reconocido el hecho en un documento firmado sin que se alegara vicio de la voluntad, y adicionando que la empleadora no estaba obligada a instruir sumario alguno, con lo cual, la mera instrumentación del mismo da cuenta de buena fe.

Debate que se valore el sumario realizado bajo el prisma penal puesto que el empleado se encuentra obligado a comportarse de buena fe, por lo que a diferencia de un trámite penal no podría por ejemplo rehusarse a contestar una pregunta, ni mucho menos se justificaría que mienta a la empleadora para esconder sus faltas, llevando ello a una severa pérdida de confianza. Transcribe párrafos de la sentencia.

Discute que se afirme en la sentencia que los reconocimientos formulados en las actas carecen de eficacia probatoria cuando las mismas han sido convalidadas por el perito calígrafo, debiéndose por aplicación de lo normado en el art. 314 del CCyC tener por cierto que la actora anuló el ticket, no avisó a nadie y sabía que debía hacerlo.

Imputa absurda valoración de la prueba testimonial y documental, en cuanto se considera no presencial a las testigos deponentes y no se toma el video en su valor real, afirmando que si los empleados son beneficiados con un descuento del 15% es evidente que no puede aplicarse a terceros pasando su tarjeta para quedarse con la diferencia.

Asegura que en el video se observa que la compra fue cancelada, que el cliente le deja la plata a la actora, esta saca el ticket, se lo da al cliente y este último se retira con su carro lleno de mercadería. Estima que la sentencia debió valorar un medio probatorio tan esencial, la que de no ser agregada se estaría achacando de falta de prueba a la accionada.

Menciona que no se ha advertido que la accionante llamó a la supervisora para anular unos huevos, pero el sistema quedó abierto y fue cuando aquella anula toda la compra, lo que fue reconocido por la demandante en el sumario instruido. Transcribe la declaración testimonial de Cisterna.

Asevera que la propia demandante reconoció en el acta formalizada que no dio aviso a la supervisora, admitiendo también que no puede actuar de tal manera, lo que implica confesión de parte que releva de prueba, sumando que las testimoniales aportadas dan cuenta de la prohibición de tal acto. Transcribe la respuesta de los testigos a la pregunta sobre el sistema de descuentos para empleados.

Asegura que no se ha castigado la mala fe de la trabajadora y si se ha sancionado la buena fe de la empleadora, considerando que recién cuando es descubierta en su falta, busca suspender la relación laboral a través de la certificación psicológica, licencia que es respetada a la espera de la reincorporación para comunicar finalmente el despido con justa causa.

Expresa que tanto el inicio como el fin de la licencia son demostrativos de la mala fe con la que ha obrado la actora, puesto que es evidente que frenó el despido y cobró un año sin trabajar, transcurrido menos de una semana entre la última acta administrativa y el comienzo de la licencia por enfermedad.

Dice que es un hecho notorio que por la estructura de la empresa no es posible que una desvinculación sea considerada en la sucursal, quedando tal decisión a la central radicada en la ciudad de Buenos Aires, luego de la correspondiente valoración de los antecedentes.

Indica que el tiempo transcurrido entre la comunicación del despido y la falta se encuentra justificado por la suspensión de la relación laboral producto de la licencia por enfermedad inculpable, proponer el distracto durante la licencia y coartar el pago de haberes no se condice con las exigencias de la LCT.

Apela la imposición de costas con fundamento en que el reclamo ha sido parcialmente rechazado en cuanto al daño moral.

Efectúa otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, conforme lo peticionado.

III.- Contestación de la parte actora.

Preliminarmente, denuncia incumplimiento de lo normado en el art. 265 del CPCC.

Subsidiariamente, imputa la persistencia de la actitud de acoso y desprestigio por parte de la patronal hacia la trabajadora y de adoctrinamiento hacia los compañeros de trabajo, lo que resta imparcialidad a las declaraciones testimoniales, surgiendo ello del testimonio de Susana Edith Cisterna. Transcribe parte de la sentencia.

Entiende que los argumentos vertidos resultan insuficientes para revertir los fundamentos del decisorio impugnado, solicitando se rechace la apelación con costas.

IV.- Sentencia de primera instancia.

La sentenciante principia por determinar que la cuestión litigiosa radica en la validez del despido directo fundado en justa causa en los términos del art. 242 de la LCT, transcribiendo la comunicación formulada a esos fines por la empleadora el 4 de abril del 2015; justificación del despido que es rechazada por la trabajadora.

Realiza consideraciones generales sobre la injuria laboral, iniciando su análisis con el requisito de la oportunidad del anoticiamiento de la causa del despido.

Cita doctrina, y concluye que la justificación esgrimida por la demandada para tomar la decisión recién cuando la actora se reincorpora a trabajar tras un año de licencia por enfermedad, transcurrido también más de un año de la fecha de los hechos imputados, si bien puede entenderse ajustado al art. 213 de la LCT, resulta extemporáneo y no se encuentra avalada por las circunstancias del caso.

Sostiene además que, en tanto el despido se pretende justificado en una causal que a juzgar por las constancias agregadas fue verificada con anterioridad al inicio de la licencia, según actas de fecha 22, 24 y 30 de marzo del 2014, conforme declaración de Cisterna, la empleadora estuvo en condiciones de adoptar la decisión rescisoria con anterioridad a que la trabajadora iniciara su licencia por enfermedad. Con lo cual, se evidencia que el despido ha resultado injustificado por no haberse adoptado la decisión en forma concomitante a los hechos que se imputan a la trabajadora y a la fecha en que la patronal verificó los mismos.

Que sin perjuicio de considerar suficiente lo expuesto para concluir en la falta de justificación del despido, señala que además la prueba producida no resulta concluyente para probar los incumplimientos denunciados y evaluar su eventual gravedad.

En tal sentido, descalifica el sumario realizado por tratarse de un cuestionario cerrado, sin que se haya hecho conocer los hechos investigados y el derecho de defensa, alegando la dependiente que no recuerda el hecho del ticket, el cual más allá del video, no se comprueba que fuera el agregado y que fuera entregado por cliente alguno, y probándose que la actora pidió la intervención de la supervisora según el propio testimonio de esta.

En cuanto al reconocimiento de la actora del registro de compras personales, en su caso debió mediar una advertencia previa o graduación sancionatoria. Tampoco se ha probado que las reglamentaciones notificadas prevean disposiciones expresas sobre las cuestiones ventiladas.

Liquida las indemnizaciones por despido, desestima el daño moral y da cuenta de que el certificado de trabajo que se reclama fue adjuntado a fs. 31.

Impone las costas a la demandada vencida.

V.- Análisis de los agravios vertidos.

1. En forma preliminar destaco que considero que las quejas traídas cumplen, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica).

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

2. En principio, cabe tener presente el silogismo jurídico construido por la sentenciante a los fines de analizar lógicamente los agravios vertidos.

La decisión que se cuestiona, luego de desarrollar extensamente los requisitos que debe reunir el

despido para ser válido, centra su análisis en el requisito de oportunidad o temporaneidad.

En estos términos, acoge la demanda indemnizatoria en razón de considerar que el despido directo dispuesto por la demandada resulta injustificado por ser extemporáneo con motivo de no haberse adoptado la decisión en forma concomitante a los hechos imputados y a la fecha en que la patronal los verificara.

Esta circunstancia la considera suficiente para la procedencia del reclamo indemnizatorio.

Sin perjuicio de ello, se explaya seguidamente con respecto a los motivos alegados como causa del despido y la falta de prueba en relación a los incumplimientos denunciados así como a su gravedad.

Concluyó expresamente: “De lo expuesto corresponde concluir que en el caso el despido resulta injustificado por no haberse adoptado la decisión en forma concomitante a los hechos que se imputan a la trabajadora y a la fecha en que la patronal verificó los mismos.” (fs. 180 vta.).

La recurrente en un complejo discurso comienza, imputando mala fe a la contraria y cuestionando la estructura de la resolución, concentrando toda su atención en insistir que ha probado la justa causa de despido, para finalmente en un último capítulo referirse a la contemporaneidad de la comunicación, cual es el argumento central de la sentencia impugnada.

Con respecto a esta cuestión, aduce que la trabajadora se toma la licencia por enfermedad cuando es descubierta en su maniobra ilícita, buscando suspender la relación laboral puesto que sabía que sería sancionada;

asimismo, la apelante pretende justificar la demora existente entre el despido y la falta en el transcurso de la licencia y la distancia de la administración central de la firma.

Afirma textualmente que: "…solo pidió (y gozó) la licencia una vez que fue descubierta su maniobra de enriquecimiento ilícito y formulada el acta correspondiente, para poder tomar las sanciones correspondientes"; (fs. 198 vta.).

3. De las constancias de autos surge que el despido directo con alegación de justa causa fue comunicado el 4 de abril del 2015, mediante CD que precisa que los hechos ocurrieron el día 21/3/2014, y que los mismos surgen de las actas administrativas labradas el 22/3/2014 y 30/3/2014, dejando constancia de que la desvinculación se realiza en esa fecha debido a que la destinataria gozó de licencia por enfermedad inculpable desde el 4/4/2014 hasta el 2/4/2015 (fs. 12).

Por su parte, cabe destacar que en la contestación de demanda, sin embargo, no se justifica de ninguna manera la demora en la comunicación (fs. 60/70).

4. El artículo 213 de la Ley de Contrato de Trabajo estipula expresamente: "Despido del trabajador. Si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones pagas por accidente o enfermedad inculpable, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquélla o a la fecha del alta, según demostración que hiciese el trabajador". (Cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 239 y 243 de la L.C.T.; y 377 del C.P.C.C.).

La doctrina laboral explica que los caracteres esenciales de la injuria con aptitud extintiva son en principio la proporcionalidad y la contemporaneidad. Es decir que para que el despido sanción, tenga efectos extintivos de la obligación de indemnizar, es necesario que se cumplan los recaudos consistentes en la proporcionalidad entre la falta y la sanción y la contemporaneidad entre la denuncia del contrato y la trasgresión incurrida.

En relación a este último requisito, cabe tener presente que entre el hecho injurioso y la sanción debe existir una relación de contemporaneidad que justifique el nexo causal entre ambas, y ese hecho debe servir, por lo menos como motivo desencadenante. La contemporaneidad entre un hecho y su sanción no significa inmediatez entre ellos, sino relación lógica en el tiempo entre uno y otro, que no es matemática ni fija, sino que depende el tiempo en que los hechos hayan llegado a conocimiento del empresario. Cuando transcurre un lapso más que prudencial entre el hecho que provoca el distracto y la comunicación del mismo, cabe considerar extinguido el derecho del principal a sancionar aquella falta sino existe otra que sea actual. La contemporaneidad ha de juzgarse según las circunstancias de cada caso, su admisibilidad se hace más elástica cuando la investigación de la falta y su valoración requiere cierto tiempo. De ahí que sólo en situaciones excepcionales, que deben interpretarse restrictivamente, puede admitirse que el despido no sea la inmediata respuesta a la falta cometida por el trabajador. (Juan Carlos Fernández Madrid, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, t. II, p. 1621 y 1599).

A su vez se sostiene que: “La incapacitación temporaria del trabajador debida a accidente o enfermedad inculpable, no impide al empleador extinguir por su exclusiva voluntad la relación laboral. El despido, en este caso, tiene

plena eficacia extintiva, y la circunstancia de que se imponga al empleador el mantenimiento del pago de las remuneraciones hasta el vencimiento de los plazos pagos de enfermedad o hasta la fecha del alta médica, si esta tuviera lugar con anterioridad a ese vencimiento, no tiene fundamento en la subsistencia del vínculo laboral, sino en el refuerzo de la tutela dispensada al trabajador por enfermedad.”(Carlos Alberto Etala, Contrato de trabajo, t. 2, p. 166).

5. Atento las premisas fácticas y jurídicas relevadas, emana claro que le asiste razón a la jueza de origen en cuanto a que no se ha justificado de manera alguna la excesiva demora en la comunicación del despido directo, no existiendo contemporaneidad entre la máxima sanción decidida por el empleadora y la supuesta falta imputada a la trabajadora, recordemos que ha transcurrido más de un año entre el hecho denunciado y la notificación de la extinción contractual con alegación de justa causa.

El hecho supuestamente aconteció el 21 de marzo del 2014 y el despido se consuma el 4 de abril del 2015, sin perjuicio de que al contestar demanda no se brinda motivación alguna para justificar esta demora, la propia recurrente admite que la patronal tomó cabal conocimiento de los hechos el 30 de marzo del 2014 tras la investigación realizada que se plasma en las actas administrativas traídas.

Los argumentos enarbolados por la recurrente en esta instancia, no alcanzan a conmover el razonamiento de la sentenciante.

En ese sentido, cabe consignar que no ha desvirtuado el hecho de que pudo haber comunicado el despido en forma inmediata antes de que la actora diera parte de enfermedad a partir del 4 de abril del 2014, o en su caso, comunicar el mismo durante la licencia por enfermedad sin

perjuicio de respetar los salarios hasta la culminación de la misma, consumando los hechos y dando oportunidad al descargo formal, en un todo de acuerdo a la normativa, jurisprudencia y doctrina citada precedentemente.

No resulta convincente la alegación de la distancia entre la sucursal y la central de la administración de la firma (Buenos Aires) teniendo en cuenta los medios de comunicación y las tecnologías actuales; tampoco explica por qué no se pudo o estuvo vedado el anoticiamiento de la decisión del despido en el contexto de la licencia por enfermedad, sin perjuicio del pago de los salarios.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: “El régimen laboral común no consagra la estabilidad absoluta (conservación del empleo e ineficacia del despido sin causa), sino la relativa (posibilidad de despedir al trabajador garantizándole una indemnización para el supuesto en que la medida sea arbitraria o carezca de causa). El sistema de estabilidad relativa no resulta modificado por el hecho de que el dependiente se encuentre enfermo. El art. 213 LCT no prohíbe el despido del trabajador ni establece la nulidad de tal decisión, sólo pone a cargo del principal la obligación de pagar salarios hasta la fecha del alta o el vencimiento de la interrupción”. (CNAT, sala VIII, 29/2/2000, Ruiz Roberto c. TA La Estrella SA, citado por Mariano H. Mark, Ley de Contrato de Trabajo, Anotada con jurisprudencia, p. 616).

Igualmente que: “Si la trabajadora cursó al empleador un telegrama poniendo en conocimiento su estado de enfermedad antes de que la comunicación del despido dispuesto por éste llegara a su esfera de conocimiento, es acreedora a los salarios por enfermedad (arts. 208 y 213 LCT)”. (CApC. J. Noreste Chubut, sala B, 30.9.2002, Kyryszko Irene c. Bomer Sa s. cobro de haberes e indemnizaciones de ley, sen. 39/2002,

citado en Rev. Dcho Lab. 2003-1 Las suspensiones en el contrato de trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 504).

También: “Si bien el despido se configuró mientras el accionante se encontraba con uso de licencia por enfermedad, con fecha de reinicio de la actividad laboral, conforme el art. 213 LCT el despido es válido, pero los salarios se deben hasta que termine el lapso pago o se dé de alta al trabajador.”(CNAT, Sala VI, Expte N° 14.991/05, Sent. Def. Nº 61.203 del 9/3/2009 «Vega, José c/ ISE SA s/ despido» (Fernández Madrid- Fontana), www.pjn.gov.ar).

Se ha resuelto que el despido efectivizado en el período de enfermedad inculpable sólo da derecho, aparte de las indemnizaciones por despido injustificado, a los salarios que debía percibir durante el lapso de su enfermedad inculpable con las limitaciones de tres a seis meses según los casos. Por ende, la enfermedad no anula el distracto ocurrido, quedando este firme como despido y sólo vigente para el cobro de salarios por enfermedad. (CNAT, sala III, 1.12.1975, LI XXXIV-447). (citado por Valentín Rubio, Derecho individual del trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 476).

“El despido directo dispuesto por la patronal durante el período de licencia paga del empleado por enfermedad (art. 208 L.C.T.) es plenamente válido y eficaz y sólo da derecho al trabajador a requerir los haberes que correspondan mientras dure aquella”. (REFERENCIA NORMATIVA: LEY 20744 Art. 208 (t.o.), SCBA, L 72980 S, Fecha: 18/09/2002, Juez: PETTIGIANI (SD), Caratula: Mineo, Ricardo R. c/ YPF S.A. s/ Despido, etc., Mag. Votantes: Pettigiani-Salas-de Lázzari-Negri-Soria- LDT).

De esta manera, cabe confirmar el decisorio de primera instancia, tornándose abstracta cualquier consideración sobre la causa alegada por el despido, y en

estos términos innecesaria la consideración de las restantes quejas del apelante, ya que no se han cumplido los recaudos de admisibilidad de la notificación del mismo, según se analizara, lo que torna totalmente injustificado el distracto, debiéndose abonar el resarcimiento correspondiente.

Vale destacar que estos requisitos de formalidad mínima son exigidos en resguardo del más elemental derecho de defensa. Por un lado, es prácticamente imposible defenderse de hechos que transcurrieron hace más de un año y por el otro, el transcurso del tiempo demuestra la falta de injuria actual.

6. En relación a las costas, cabe mencionar que el reclamo de certificaciones no fue rechazado como alega la apelante, ya que los mismos fueron traídos recién al trámite judicial (fs. 31), tal lo refiere la sentenciante, y si bien la pretensión de daño moral ha sido desestimada, ya nos hemos expedido reiteradamente, estableciendo que en los trámites laborales no es de aplicación rigurosa el art. 71 del CPCC atento la naturaleza del crédito de que se trata, como asimismo que no existe agravio real para el quejoso dado que la regulación honorarios se efectuó sobre el monto de condena. (“ARANEDA MARCOS DANIEL C/ BARCELO CARLOS JOSE AUGUSTO S/ COBRO DE HABERES”, Expte. Nro.: 40119, Año: 2014, Sala II).

VI.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, debiéndose regular los honorarios de esta instancia conforme arts. 6 y 15 de la ley 1594 (30%).

Mi voto.

El **Dr. Dardo Walter Troncoso** dijo:

Que por compartir los fundamentos y conclusiones a que arriba en su voto la colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en idéntico sentido.

Tal mi voto.

Por los argumentos expuestos, constancias de autos, doctrina y jurisprudencia citadas, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada a fs. 193/200, y confirmar en consecuencia la sentencia obrante a fs. 174/186 de autos, conforme a lo expresado, con costas de alzada a la recurrente vencida.

II.- Regular los honorarios de segunda instancia de la Dra. ... en la suma de pesos quince mil seiscientos sesenta ($15.660,00); y de los Dres. ... en la suma conjunta de pesos veintidós mil trescientos setenta ($22.370,00); conforme arts. 6 y 15 de la Ley 1594 (30%); con más la alícuota IVA a quien corresponda.

III.- Protocolícese digitalmente (TSJ Ac. 5416, pto. 18). Notifíquese electrónicamente, y oportunamente vuelvan las presentes al origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo Troncoso