En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"T. M., L. S. c/ P. P. S.A. s/ »Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. 125 Año 2016),** venidos del Juzgado Laboral No. 2 (Expte N° 10135/13), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 196.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a P. P. S.A., a abonar al actor dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de doscientos veintisiete mil novecientos noventa y cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 227.994,50) comprensiva de las indemnizaciones por despido incausado, multas art. 80 LCT y art. 2 de la ley 25.323, con más los intereses de acuerdo a la tasa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, desde que cada suma fue debida y hasta su total y efectiva liquidación. Impuso las costas a la demandada y reguló honorarios de letrados y perito contadora.

Para así resolver, declaró ilegítimo el despido dispuesto por la patronal con invocación de causa de fecha 19 de marzo del año 2013, argumentando que no acreditó la causa en que fundó la decisión de poner fin a un vínculo laboral de 19 años y ocho meses a las órdenes de la empleadora P. P. S.A. y que no registraba antecedentes disciplinarios desfavorables.

Dice que a la decisión de la empleadora le siguió el rechazo de la causal invocada por el trabajador y que de la valoración de la prueba surge que el actor condujo un vehículo de propiedad de la firma por la ruta n°4 contando para ello con expresa autorización del señor de la C. N., encargado de la empresa, y que no es verdad que utilizaba el vehículo en provecho propio porque lo hacía trasladando a un trabajador de otra empresa, cumpliendo órdenes precisas del nombrado capataz.

Por otro lado indica que no le era posible a la empresa modificar y ampliar en juicio las causas del despido al introducir hechos e inconductas que atribuye al dependiente que no están mencionadas en la comunicación rescisoria las que no tendrá en consideración como así tampoco las pruebas rendidas en la causa a instancias de la accionada, tendientes a acreditar hechos que no fueron mencionados en la pieza postal referida.

Concluye admitiendo las indemnizaciones legales reclamadas en demanda, para cuyo cálculo tiene presente el dictamen pericial de fs. 125/128 que determina la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida por resultando -a su criterio-, correctos los montos fijados para la integración mes de despido (art. 233 LCT) $2.111,50; SAC Integración $175,96; Indemnización sustitutiva del preaviso $12.389,70; SAC s/ Preaviso $1.032,48; Indemnización por antigüedad por 20 períodos: $123.897. Admitió la indemnización del art. 45 de la Ley 25.345 (art. 80 de la LCT) y la del art. 2 de la Ley 25.323.

En cuanto a los intereses establece que sobre cada suma que compone el total de condena, se computarán intereses, liquidados de acuerdo a la tasa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, desde que cada suma fue debida y hasta su total y efectiva liquidación (arts.128, 137, 231, 233, 276 y concs. LCT; 768 del Código Civil y Comercial).

La sentencia fue apelada por la demandada a fs. 171, sus agravios se agregaron a fs.173/177 y la réplica a fs.179/183.

2. <u>Los agravios de la demandada</u>

La empresa demandada estructura su queja sobre tres agravios.

a) La primera queja versa sobre la desestimación de la razón que tuvo la patronal para disponer el despido con causa, alterando los términos de la comunicación del distracto y valorando la prueba arbitrariamente.

Dice que el viaje estuvo autorizado y circunscripto a acercar desde las instalaciones que tiene P. P. S.A. en una cantera en la zona de Sierra Chata, hasta la Ruta N° 4, a un operario de una firma vecina.

Luego dice que no se abundó en la contestación de demanda a la geografía regional porque es una materia de conocimiento general y lo consideró de público y notorio. Describe los caminos o rutas de los departamentos Biedma y Telsen con el argumento que esas circunstancias fueron ignoradas en la sentencia y que ello puede haber sido uno de los factores por las que se dictó un fallo arbitrario.

Aludió a la distancia entre la cantera de P. P. y la Ruta N° 4, que C. pidió que se lo llevara hasta la Ruta, analiza las declaraciones testimoniales cumplidas, argumenta sobre el significado de las

preposiciones “por “y “hasta” y concluye que la instrucción dada a T. fue llevar a C. “hasta” la Ruta N° 4 y no a transitar “por” la Ruta N°4. Señala que no se alteró la causal de despido, que al empleado que se le dio la instrucción precisa desobedeció y en vez de retornar desde el cruce del camino vecinal con la Ruta, se dirigió 70 o 80 km al este de Puerto Madryn donde él vive y que en el regreso se produjo el vuelco por razones no especificadas, destruyendo el único rodado con el que contaba la cantera con todos los perjuicios que ello provocó.

b) En el segundo agravio se queja de la antigüedad reconocida en la sentencia en tanto señala T. era jubilado por el sistema previsional nacional y afiliado al PAMI desde el año 2012 y que, conforme el art. 253 LCT, la antigüedad para el trabajador jubilado debe computarse desde la fecha de pase a esa situación.

c) Para el tercer agravio, indica que se ha condenado al pago de dos multas sin correlato en la realidad.

Señala que no corresponde la condena del art. 2do de la ley 25.323, en tanto su parte no estaba obligada a abonar indemnizaciones porque M. había cometido una inconducta susceptible de generar un distracto justificado. En cuanto a la multa del art. 80, dice que el certificado no es requerible para la pasividad.

d) En el cuarto agravio condena los intereses fijados en la sentencia, distintos a los requeridos por la parte en la demanda.

3. <u>Tratamiento de los agravios.</u>

a) El art. 243 LCT, consagra el principio de invariabilidad de la causa de despido según el cual, ante la demanda que promoviere posteriormente el trabajador, no se admitirá la modificación ni ampliación de la causal de

despido consignada en la comunicación resolutoria. Dicho principio está dirigido a salvaguardar el adecuado ejercicio de derecho de defensa en juicio de la parte a la cual se le comunicó la decisión resolutoria. De no cumplirse y respetarse este recaudo, el destinatario (en el caso, el trabajador) carecería de la posibilidad de analizar le pertinencia de la medida resolutoria, y -consecuentemente- de argumentar en favor de su

derecho en los escritos constitutivos de la litis.

Desde esa perspectiva y tal como se ocupó la magistrada de grado es necesario remitirnos a la comunicación de despido obrante a fs. 2 donde P. P. S.A. consignó "*Habiendo estado conduciendo el vehículo Dominio….de propiedad de esta empresa el día…….por la ruta 4 sin autorización de la firma y haciendo uso de ese bien para su propio provecho en circunstancias en*

que la volcara causándole severos daños, se ha configurado una injuria suficientemente grave como para prescindir de sus servicios, por justa causa a partir de la fecha. Deberá presentarse en la Asesoría Médica del Trabajo, cito en Belgrano 359 con el fin de realizar examen médico de egreso. Liquidación a su disposición en el término de ley".

Sin perjuicio de los llamativos espacios en blanco de la comunicación y en dos aspectos a mi criterio esenciales como lo son la fecha del hecho en que se configuró la conducta injuriosa y el vehículo dañado, voy a coincidir con la magistrada que la causal invocada, refiere a la conducción del Sr. T. M. de un rodado propiedad de la demandada sin autorización, el uso del mismo para su propio provecho y los severos daños provocados por el vuelco del rodado.

En momento alguno de la comunicación se aludió a la autorización dada para trasladar al Sr. C., ni se hizo referencia alguna a restricción o límite del traslado "hasta" la Ruta N° 4.

Tales circunstancias de hecho y que fueron incorporadas al momento de contestar la demanda son de suficiente entidad como para configurar el supuesto que veda la norma del art. 243, esto es la modificación de la causal consignada en la comunicación del despido.

Ya en el agravio, luego de decir que al contestar la demanda no abundó en detalles por considerar de conocimiento general la geografía de la provincia y que la señora jueza parece desconocer los caminos y rutas de los departamentos judiciales que conforman nuestra circunscripción judicial, se explaya sobre rutas y caminos vecinales próximos al lugar donde se encuentra la cantera de la demandada.

Soy del criterio que no puede considerarse de público y notorio las vías de acceso a la cantera de P. P. ubicada en las cercanías del paraje Sierra Chata, ni la distancia hasta la Ruta N° 4, ni la existencia de camino vecinal y aun cuando así fueran, comparto la doctrina que señala que esos hechos notorios deben haber sido afirmados por la parte conforme el principio dispositivo según el cual el juez sólo hace mérito de los hechos alegados pues una cosa es la carga de la afirmación y otra la de la prueba. (Arazi "La prueba en el proceso Civil" págs. 52 y sgtes.).

He dado respuesta así al agravio, en plena conciencia que la cuestión geográfica no tiene incidencia en la litis, pero necesaria para refutar la disvaliosa consideración a la sentencia dictada.

Dicho lo anterior, se acreditó en el expediente que el Sr. T. M. fue autorizado a trasladar al Sr. C. y por mayor esfuerzo argumental del recurrente, leo sincera la declaración del testigo C. O. (fs.81/82) quien al responder hasta qué ruta autorizó el capataz al actor a trasladar a C. contestó*: "No se dijo hasta que ruta sino había ruta 3 que pasaban camiones, pero C. dijo acérquenme a la ruta así me voy en algún camión pero el capataz no dijo ninguna ruta ni número. Solo*

dijo llueve mucho, acérquenlo y no lo dejen a pata hasta que pase algún camión." L. a fs.86/87 fue preguntado en la quinta pregunta hasta dónde el señor N. había autorizado al actor a trasladar al señor C. y contestó: *"Hasta la ruta n° 3 donde estaba*

la empresa Porfidi. Si yo hubiese ido a llevarlo lo llevaba hasta ahí."

La declaración de N. I. entra en contradicción con tales dichos, pues afirma que autorizó al actor a que vaya hasta la ruta 4 y que tenía todos los argumentos para autorizarlo porque era el encargado.

Del relato de los primeros testigos no puede inferirse que las instrucciones de traslado hayan tenido el límite que se indicó en la comunicación de fs. 2 y lucen más como una argumentación tardía, ajustada a la versión que dio su empleadora, que a lo que efectivamente aconteció el día 1 de marzo de 2013.

Esto es, T. M. condujo el vehículo de la demandada con autorización del encargado de la cantera N. I., no se probó que se le hubiera dado instrucciones de no hacerlo por la Ruta N° 4 de modo que constituya una conducta reprochable y menos aún, que lo hubiera hecho en provecho propio.

Todos los argumentos recursivos para evidenciar una autorización "hasta" la Ruta N°4 y no "por "la Ruta N°4 son estériles porque debió acreditar previamente la falta de autorización que se argumentó en la comunicación del distracto y ampliada en sus argumentos en la contestación de demanda, lo que le estaba vedado.

En definitiva, valorada la prueba cumplida y cotejada con los argumentos de la patronal para disponer el despido causado, voy a concluir que la sentencia dictada se ajusta a los hechos probados y debe confirmarse que el

despido dispuesto por la patronal fue ilegítimo y deberá afrontar las indemnizaciones derivadas del mismo.

2.

Se agravia la demandada respecto del cálculo de la antigüedad computado en la sentencia de grado para lo cual refiere que conforme el art. 253 LCT, la misma se debe computar desde la fecha de la obtención del beneficio previsional.

En la sentencia de grado, se omitió considerar la defensa de la parte y se admitió, conforme el dictamen pericial, el cómputo de la antigüedad por 20 períodos. Observada por la parte en ese punto, señaló la experta que la empresa reconoce en la documentación laboral una fecha de ingreso en 19/7/93 por lo que reconoce esa antigüedad.

La cuestión propuesta a la magistrada de grado y sobre la cual no se expide, requiere en los términos del art. 281 del CPCC, ingresar a su tratamiento.

El art. 253 de la LCT señala *"Trabajador jubilado. En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia, sin que ello implique violación a la legislación vigente, el empleador podrá disponer la extinción del contrato invocando esa situación, con obligación de preavisarlo y abonar la indemnización en razón de la antigüedad prevista en el artículo 245 de esta ley o en su caso lo dispuesto en el artículo 247.En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese."*

A la norma le siguió un amplio debate en doctrina y jurisprudencia para resolver si el último párrafo de la norma era aplicable al trabajador que luego de jubilarse, continuaba prestando servicios ininterrumpidos a las órdenes del mismo empleador.

En el ámbito de la Capital Federal, existe doctrina judicial plenaria que resolvió la cuestión en el sentido de la limitación de la antigüedad computable para el despido de un trabajador jubilado: *"Es aplicable lo dispuesto por el art. 253 último párrafo L.C.T. al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación"* (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNTrab.), 05/06/09, Fallo Plenario Nº 321 – "Couto de Capa, Irene Marta c/ Areva S.A. s/ Ley 14.546")

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto también a favor de la limitación de la antigüedad. En los autos "D., R. R. contra A. L. de Argentina S.A. Despido ", la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 3 de septiembre de 2014, juzgó que sólo resulta computable -a los efectos del cálculo de la indemnización por despido- la antigüedad acumulada por el trabajador con posterioridad a la obtención del beneficio previsional, tanto

en el caso de que hubiera cesado definitivamente y reingresado posteriormente a las órdenes del mismo empleador, como en el supuesto de que hubiera continuado trabajando en la empresa, después de obtenido el beneficio, sin solución de continuidad (conf. doct. causas L. 112.734, "Cachero", sent. del 20-III-2013; L. 87.039, "Liptak Ghiloni", y L. 83.330, "Maciel", ambas sents. del 5-V-2010)". Base elDial.com – AA8AC5).

En el ámbito de nuestra provincia se estableció "*La finalidad del artículo de mentas* (art.253 de la LCT) *es equiparar la situación del trabajador jubilado, tanto para el caso que hubiera cesado efectivamente y reingresado posteriormente a las órdenes del mismo empleador como que hubiere continuado trabajando en la misma empresa, con los que se encuentren en actividad, porque ya fuere que sea despedido*

invocando la condición de jubilado o por otra causa, o bien que se colocara éste en situación de despido indirecto con justa causa, siempre tendrá derecho a percibir las indemnizaciones establecidas en la L.C.T., aunque computándose como antigüedad solo el tiempo de servicio posterior al de su entrada en pasividad, en tanto que por el período anterior, al jubilarse, ya percibe un beneficio sustitutivo de sus ingresos regulares que obra como compensatorio de la ruptura del vínculo laboral anterior". (CAT Sala B SDL N° 21/01 "Piñero, Josefa c/Da Silva Gaspar, José Manuel s/ Indem. de Ley, 22/05/01 Base Eureka).

"Al producirse el goce efectivo de los beneficios de jubilación el contrato anterior se extingue de pleno derecho y, en consecuencia, el tiempo posterior debe ser computado como perteneciente a un nuevo contrato, por lo que el empleador no puede ser eximido del pago de la indemnización por antigüedad y por omisión de preaviso".("Cirillo, Antonio vs. Coasin Comunicaciones S.A. s. Despido", CNAT Sala V; 16-12-2015; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 2342/16).

Con la jurisprudencia que he citado, adelanto mi criterio en el sentido que la interrupción temporal o reingreso no resultan necesarios para la aplicación del último párrafo del art. 253 LCT.

Con la reforma introducida por la Ley 24347 al art. 253 LCT, el legislador tuvo en miras impedir que el trabajador jubilado pudiese computar a su favor como antigüedad en el servicio el tiempo anterior a su entrada en pasividad, considerando que la extinción del vínculo entre las partes se produjo de pleno derecho el día en que se otorgó al actor el beneficio de jubilación, naciendo una nueva relación luego de esa fecha, la cual finalizó después por el despido dispuesto por el principal.

De modo tal que el trabajador jubilado, despedido sin justa causa, siempre tendrá derecho a percibir las indemnizaciones establecidas en la LCT, aunque computándose como antigüedad solo el tiempo de servicio posterior al de su entrada en pasividad.

En razón de ello y por aplicación de la solución prevista en el art. 253, LCT, deberá revocarse la sentencia en el punto y deberá liquidarse únicamente la indemnización por antigüedad adquirida con posterioridad a la concesión de la prestación jubilatoria, que en los términos de la documentación acompañada aconteció el 20 de enero de 2102 (fecha de alta en fs. 34).

3.

a) Para el tercer agravio y en el primer aspecto de su queja, se agravia de la imposición de la multa del art. 2do de la ley 25.323.

Conforme mi voto, deberá confirmarse la decisión de la jueza de grado de injustificar la decisión rescisoria del empleador y como consecuencia de ello se admitieron los reclamos de las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido y SAC sobre preaviso e integración.

La determinación de la justa o injusta causa del despido dispuesto por la demandada es, en última instancia judicial y, por ende, de efectos retroactivos al momento de la ruptura contractual. En casos como el de autos, el derecho a las indemnizaciones pertinentes y sus accesorios, como los intereses o los recargos resarcitorios como el establecido en el art. 2º de la ley 25.323, quedó subordinada a la acreditación de la injuria invocada. Desestimada la misma la causal de despido alegada, todas las obligaciones son exigibles "retroactivamente". El art. 2º de la ley 25.323 reza en lo pertinente:*"…Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador,*

no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. en 1976) y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%...".

El actor en la pieza postal de fs. 3 intimó al pago de las indemnizaciones por despido, lo que constituye en el presente caso la intimación fehaciente exigida por el art. 2º de la ley 25.323, por lo que el agravio debe desestimarse.

b) En el segundo aspecto, se queja el recurrente que se condenó a su parte a abonar la multa impuesta por el art. 80 LCT ya que el certificado de trabajo no es requerible para la pasividad.

La queja no puede admitirse, porque la norma no los excluye ni supedita la obligación en los términos que plantea la parte. Dice el art 80 LCT "*Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo…..".*

A pesar que el actor hubiera obtenido el beneficio jubilatorio, lo cierto es que continuó trabajando para la demandada y se le continuaron efectuando aportes, por lo que no puede eximirse la accionada de cumplir con la obligación impuesta en el art. 80, LCT, con relación al período posterior a la obtención de dicho beneficio, en tanto el trabajador como su empleador, continúan teniendo las mismas obligaciones impuestas por la LCT para todo contrato de trabajo. *"No es óbice al cumplimiento de la obligación de entregar el certificado contemplado en el art. 80 LCT que el actor haya obtenido el beneficio de la jubilación, toda vez que aún se encuentra en edad para laborar (en el caso, era un régimen especial - dec.8746/72 para la industria del chacinado - con jubilación a los 55 años), amén de que ninguna norma jurídica libera de dicho deber al empleador del trabajador jubilado.* (CNAT Sala II Expte N° 25.756/06 Sent. Def. N° 96.582

del 14/4/200) *"El art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo pone en cabeza del empleador la obligación de entregar a sus dependientes al tiempo de la extinción -o cuando así se lo requieran en caso de corresponder- las certificaciones que establece la norma, pero sin hacer ningún tipo de distinción respecto a las particularidades trabajador ya sea que se encuentre jubilado o no.*"(CNAT, Sala V "Marino, Domingo Antonio c. Consorcio de Propietarios del Edificio Nogoyá 3255/57 s/despido",30/06/2011. La Ley Online AR/JUR/32825/2011).

Luego de ello y en los términos del agravio, que no cuestiona el cumplimiento de los recaudos formales que habilita la indemnización, la queja debe desestimarse.

4.

En el cuarto agravio, cuestiona la tasa de interés fijada en la sentencia.

Esta Cámara en otras oportunidades (in re "S.", C.", "P., M. C.", "H.", "C.", G.", "P.", "D.", "R.", "H.", "M. F.", "C.", entre otros) se ha expedido en orden a la aplicación retroactiva de las normas y sus límites.

En el punto que se apela y conforme dije en los precedentes "C. N. M. c/ M. s.a. s/ Cobro de Pesos e indem. de ley" (SDL 15/16 - 14/04/16) y "J. O., Á. c/ C. S.A. s/ Cobro de Pesos e indem.de ley" (SDL 23/16 - 13/05/16), los intereses moratorios son aquellos que, como

su nombre lo indican, se deben en caso de mora del deudor en el cumplimiento de su obligación.

El deudor, con su incumplimiento, priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir un capital y, como consecuencia de ello, debe reparar el daño causado. Los intereses moratorios constituyen la indemnización de

dicho perjuicio y requieren para su procedencia que el incumplimiento sea imputable al deudor, objetiva o subjetivamente.

De esta forma, considero que la existencia del interés moratorio como daño surge *in re ipsa* del incumplimiento del pago de las remuneraciones y como tal, tiene carácter indemnizatorio y rige la norma aplicable a ese momento y no la posterior.

Por otro lado y sin ningún argumento que lo justifique, se prescinde en la sentencia que los intereses requeridos en la demanda fueron los de la "tasa activa descuento documentos del Banco del Chubut S.A." y que vigente el nuevo CCyC, nada observó la parte respecto de la aplicación del mismo en materia de intereses y menos aún, insinuó la tasa determinada en la sentencia.

Como ya se señalara en el precedente C. de SDL N° 15 /16, se hubiera garantizado el debido proceso si la magistrada de grado hubiera convocado a las partes (art. 36 2 a) del CPCC) a reajustar la cuestión de los intereses a las normas que consideraba vigentes.

Luego de lo expuesto, los intereses que deberán aplicarse al monto de condena serán los requeridos por la parte actora al tiempo de formular su demanda, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

5.

Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte demandada, proponiendo al Acuerdo se revoque parcialmente la sentencia de grado para disponer que la indemnización por antigüedad deberá calcularse desde el día 20 de enero de 2012 hasta la fecha del despido y que sobre la suma de condena que en definitiva resulte, se aplicaran los intereses a la "tasa activa

descuento documentos" que determina el Banco del Chubut S.A.", confirmándola en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.

6. Las costas.

a) El sentido de mi voto no altera la condición de vencida de la demandada (arts. 57 Ley XIV N°1 y art.69 del CPCC) por lo que no deberá modificarse la imposición de las costas de la primera instancia ni los honorarios fijados en porcentaje, en tanto éstos se adecuaran a monto de condena que resulte (art. 282 del CPCC).

b) **Las costas en la Alzada** y en orden al resultado del recurso impetrado, con vencimientos parciales, soy del criterio que deben imponerse en el orden causado (art. 72 del CPCC). En cuanto a los honorarios, considerando el mérito y resultado de la actividad profesional cumplida en esta sede, voy a proponer que, sobre los que se determinen en la instancia de grado, se fijen los que corresponden a los Abs. F. A. y M. A. en conjunto y proporción de ley en el 28 % y los del Ab. J. G. en el 28 %, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si
correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE por la NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

La Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha desarrollado en su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me avoque directamente al tratamiento de los agravios que expone la parte demandada.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1 – El despido del actor

A) Agravia a la demandada que la a quo no haya considerado justificado el despido oportunamente dispuesto con respecto al actor de autos y ello debido a la ausencia de prueba de las causales en las cuales fundó su decisión rupturista del contrato de trabajo.

He dicho ya en casos similares, que la injuria, con los alcances del artículo 242 (LCT) está referida a una conducta humana reprochable que puede ser una acción ilícita, una falta u omisión grave, o la combinación de ambas, como es el caso de la acción por omisión. No hay injuria por un hecho no ocurrido todavía, o por un riesgo de que ocurra, y en rigor, sólo es sancionable un acto concreto y cierto. El acto puede ser sensible en sí mismo o puede ser la fuente que deriva en una pérdida. Una falta que hiere la confianza, que además de ser básica en cualquier trabajo, en algunas tareas es central.

En cualquier caso, se debe "configurar la injuria" para que puedan operar los resortes legales establecidos en el marco regulatorio.

Quien no presencia los hechos debe realizar un proceso inevitable de evaluación de los mismos a fin de establecer las consecuencias alternativas

posibles. Al respecto, será fundamental también evaluar las circunstancias, las razones y el devenir de los acontecimientos y el grado de participación en ellos del sujeto a fin de apreciar si es intrínsecamente satisfactorio para producir el despido. Es más, no sólo se deben evaluar los hechos sino fundamentalmente, la prueba de los mismos, a fin de respaldar las causales invocadas en el momento de producirse un eventual litigio judicial (conf. DE DIEGO, J.A., *"Tratado del despido y otras formas de extinción"*, Ed. La Ley, T. II, pág. 10 y sigs.; esta Cámara, in re: *Correia, C.H. c/ Aluar SAIC s/ Cobro de Pesos"*, 05/06/2012, Reg. N° 43/12 SD, entre otras).

B) La causa de la cesantía debe ser aducida en el momento en que se notifique la ruptura del contrato de trabajo, no sólo para que el trabajador pueda formular revisión en el juicio laboral, sino también por ser una exigencia del deber de buena fe (conf. CNTrab., Sala VI, 26/02/86, TySS, 1982-472). El art. 243 de la LCT, tiene como finalidad evitar que se invoquen extemporáneamente las causas del distracto, de modo que el empleado tenga pleno conocimiento del motivo de aquéllas, y si resuelve promover demanda, disponga con tiempo de los elementos de juicio para demostrar su inexactitud y no se vea obligado en un plazo perentorio a "salir a buscar" la prueba que hace a su derecho (conf. CNTrab., Sala III, 26/04/89, TySS, 1989-795). La mencionada norma persigue el propósito de que las partes conozcan, desde el inicio del proceso, y aun antes de la traba de la litis, el contenido cierto e invariable de la causa del despido, como una forma de salvaguardar el principio constitucional de la defensa en juicio (conf. CNTrab., Sala V, 26/12/86, TySS, 1987-331).

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde remitirme al instrumento de fs. 2 que es el redactado por la empleadora para notificar a la actora las

causales de su despido ya que ello demarcará -según hemos visto- el campo dentro del cual las partes dirimirán el conflicto planteado en autos.

Sabemos que quien invoca un hecho tiene a su cargo la prueba del mismo. Este principio se aplica también en el despido con justa causa. Quien invoca una justa causa de despido debe probarla (SCBA, 27/11/84, TySS, 1985-684; ídem, 08/11/94, TySS, 1996-40). Por ende, si el empleador es quien dispone el mismo, por las causas que además establecerá con claridad en la notificación, las que no podrá alterar con posterioridad, deberá demostrar la verosimilitud de dichos hechos, con pruebas que resulten eficaces para ello.

Probado el hecho del despido, incumbe a la parte patronal acreditar las causas que, de conformidad con la ley, exoneran de la obligación de indemnizar (conf. SCBA, 16/10/73, TySS, 1973/74-443). Resulta claro, que la prueba debe reunir condiciones básicas de idoneidad adecuada para lo que debe acreditarse. La injuria, como causal de rescisión del contrato de trabajo, tiene que darse a través de las probanzas aportadas a la causa con perfiles netos que la hagan aparecer como palpable y definida, sin tintes claroscuros que la delineen como cargada de subjetivismo, caracterizándola de personal. Tratándose el despido de la ruptura del vínculo contractual, que se pretende sea sin indemnización, queda claro que es a la empleadora a quien le incumbe aportar prueba fehaciente sobre el hecho o los hechos que determinaron el distracto. Si la prueba no es fehaciente y deja en cambio en el ánimo del juzgador una actitud dubitativa, debe desecharse la medida dispuesta por la patronal y tomar al despido como injustificado, mandando a pagar las indemnizaciones de ley (conf. CTrab. San Francisco (Córdoba), 08/11/90, TySS, 1991-655 (70); esta Cámara in re: *"Correia"*, cit.).

C) En el caso en tratamiento, ante la imputación de hechos graves que constituyen "injuria" por parte de la empleadora hacia su empleado y la negativa de éste sobre ello, era la demandada quien tenía a su cargo demostrar los hechos que constituyen la "injuria" imputada al actor a fin de que quedara justificado el despido oportunamente dispuesto.

Es por ello que correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente lo siguiente:

1) Que el actor estuvo conduciendo el vehículo Dominio … (se ignora, porque no lo dijo) de propiedad de la empleadora;

2) Que el actor conducía dicho vehículo el día … (se ignora, porque no lo dijo) ;

3) Que el actor conducía el referido vehículo por la ruta 4 sin autorización de la firma;

4) Que el actor conducía el vehículo haciendo uso de ese bien para su propio provecho;

5) Que en las circunstancias antes invocadas el actor volcó causándole severos daños al vehículo.

Inicialmente y teniendo en cuenta los recaudos que la ley exige para otorgar eficacia a la notificación del despido con causa (art. 242 LCT), surge con evidencia que en la que estoy analizando ni siquiera se especificó qué día ocurrió el evento que se le imputa al dependiente y tampoco se sabe qué vehículo era el que conducía y resultara dañado. Son dos datos indispensables y relevantes, además que no pueden ser desconocidos por la empleadora. Y si los desconocía es porque el hecho no resultó importante para la relación de trabajo.

La norma del art. 242 LCT establece dos requisitos formales a que debe sujetarse la denuncia del contrato de trabajo, con invocación de justa causa:

a) que la comunicación se curse por escrito (recaudo cumplido en este caso) y b) que en el instrumento se consigne la *"expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato"* (recaudo incumplido en este caso). Esta forma exigida por la ley es una forma *ad solemnitatem* y no solamente *ad probationem* (conf. LOPEZ – CENTENO – FERNANDEZ MADRID, *"Ley de Contrato de Trabajo"*, T. II, pág. 1225).

Cuando se omitieren las formas exigidas por el artículo en una denuncia motivada, ella será eficaz como acto unilateral extintivo de la relación, pero no tendrá validez como invocación de justa causa de rescisión contractual (conf. HERRERA, en VAZQUEZ VIALARD (Dir.), *"Tratado"*, T. 5, pág. 367; ETALA, C.A., *"Contrato de Trabajo"*, pág. 661, Ed. Astrea).

Lo hasta aquí expuesto ya sería fundamento suficiente para quitarle validez a la comunicación para justificar la "justa causa" del despido del actor.

Sin perjuicio de ello, surge de la contestación de demanda una postura de la demandada realizando una ampliación de los hechos que imputa al actor y con ello su evidente pretensión de justificar la ruptura del contrato de trabajo. En efecto, se hacen las siguientes menciones: que el actor había desobedecido las instrucciones dadas por el capataz, que había sido autorizado a trasladar a C. hasta el cruce entre la vía de acceso a la cantera y la Ruta Provincial N° 4, que no estaba autorizado a recorrer la distancia en la que se ubicó el rodado siniestrado, que las instrucciones habían sido claras, que no fue autorizado a llevar a C. a otro lugar, que hubo inobservancia de instrucciones, que el consecuente siniestro fue producto de su imprudencia y los daños resultantes, el daño material que significó la destrucción del rodado por lo que la cantera quedó sin movilidad, la pérdida de horas de trabajo del actor sin justificación, el grave perjuicio económico que el siniestro causó, la pérdida de confianza en quien se confía vehículos

pesados y livianos y la clara actitud negligente y de incumplimiento de directivas concretas.

Advierto que no le otorgo ninguna significación a todas estas expresiones. Y ello se debe a que las mismas constituyen una clara violación a los principios doctrinarios y jurisprudenciales que acabo de exponer supra. Debe tenerse presente que la comunicación del despido tiene carácter vinculante, por lo que una vez invocada la causa de la rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior. De allí entonces que no es posible admitir que el empleador omita expresar otras causales de despido -si es que las hubo- y de allí la improcedencia de hacer las referencias que he marcado.

Las causales deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento mediante el cual se notifica al dependiente su despido, sin que corresponda hacer mención de otras conductas o circunstancias en la contestación de la demanda.

Y ello es así porque el principio de invariabilidad que ya he tratado aquí, no sólo se aplica a la inadecuación entre lo escrito en la notificación del despido y la modificación de las causales en el proceso ulterior, sino también cuando el texto de la notificación expresa una causal no clara, genérica o imprecisa y luego se le procura suplir esas falencias en el proceso judicial, ajustando los hechos a la verdad real. Con ello se demuestra que resulta preferible pecar por exceso en la descripción de los hechos o actos que motivaron el despido, antes que ser escueto, sintético o genérico, que a todas luces no responde al mandato legal. El juez, cuando evalúa la causal a los efectos de determinar si es suficiente para motivar el distracto, circunscribe la causa al marco descripto por el empleador al producir el despido motivado, todo lo cual se inscribe en el principio de congruencia y de buena fe, y un

apartamiento de dichos límites, viola el derecho de defensa y relativiza cualquier defensa, sea por faltad de claridad, sea por no haber mantenido la causal expresada en la notificación del distracto (conf. CNTrab., Sala II, 08/04/09, LLOnline: AR/JUR/5181/2009; esta Cámara in re: *"Correia"*, cit.).

D) Por lo tanto, tengo en claro que las únicas causales del despido que deben aquí analizarse son las que he precedentemente detallado y que surgen de la comunicación de fs. 2. Ellas son las que la demandada debió acreditar fehacientemente en autos para que el despido pueda ser considerado "con causa" y sin derecho a indemnización por parte del empleado.

El último párrafo del artículo 242 LCT otorga a los jueces la facultad de apreciar la existencia de la *injuria*.

Ahora bien, como sanción disciplinaria el despido está sometido a la observancia de varios principios del derecho disciplinario laboral: a) el que prohíbe la doble sanción por la misma falta (*non bis in idem)*; b) el de proporcionalidad entre la falta y la sanción y c) el de la oportunidad o contemporaneidad de la falta y la sanción (conf. ACKERMAN - DE VIRGILIS, "La reacción ante la injuria", LT, XXX-777).

Debemos tener en claro -lo he dicho supra- que en estos casos el *onus probandi* está a cargo de quien invoca los hechos.

Obviamente, sobre la prueba de la que estamos hablando, importa demostrar tres componentes relacionados entre sí aun cuando sean diversos: a) el acto jurídico del despido, por medio de la notificación fehaciente; b) los hechos que lo motivaron, por los medios de prueba disponibles que permitan demostrar la falta o incumplimientos graves del trabajador; y c) la entidad de los mismos para justificar el distracto, dado que los hechos deben

ser de tal gravedad que impidan la continuidad del vínculo (conf. DE DIEGO, J.A., "Tratado del despido y otras formas de extinción", ed. La Ley., T.II, págs. 55/56).

De conformidad con lo expuesto, corresponde a esta Alzada y en base al agravio vertido, revisar la decisión de la patronal y la causal a los fines de su suficiencia a los efectos de determinar si le asistió razón a la Jueza a quo al considerar que el despido dispuesto fue incausado a la luz de las probanzas de autos o si, por el contrario, la decisión rupturista de la empleadora está justificada.

En atención al incumplimiento de la carga probatoria que estaba a cargo de la parte demandada a fin de acreditar la existencia de la "injuria" invocada al despedir, he de proponer al Acuerdo -compartiendo los fundamentos del voto precedente de mi colega de Cámara- no admitir el agravio en tratamiento y confirmar el decisorio recurrido en cuanto ha considerado que el despido fue incausado.

2.2 – <u>La antigüedad a computar del actor</u>

Agravia a la demandada que la a quo haya computado, a los efectos indemnizatorios, la antigüedad del actor desde su ingreso a la empresa, sin considerar su condición de jubilado acreditado en autos y lo dispuesto por el art. 253 de la LCT. Le asiste la razón a la recurrente.

El art. 253 LCT contiene en su último párrafo una norma que fue incorporada por la Ley 24.347 y que cobra relevancia para el caso del jubilado reintegrado a la actividad a las órdenes del mismo empleador. La norma dice: *"En este supuesto sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese"*.

Esta inclusión deja sin efecto la jurisprudencia que, haciendo aplicación del art. 18 de la LCT, computaba, a los efectos de la determinación de la

indemnización por despido, toda la antigüedad del trabajador jubilado desde la fecha de su ingreso a la empresa. De acuerdo con la modificación, sólo resulta computable, a los efectos del cálculo de la indemnización por despido, la antigüedad del jubilado adquirida después de la obtención del beneficio. Ello, tanto en el caso de que hubiera cesado efectivamente y reingresado posteriormente a las órdenes del mismo empleador como que hubiera continuado trabajando en la empresa, después de obtenido el beneficio, sin solución de continuidad (conf. ETALA, C.A., ob. cit., pág. 724). Es que cuando el trabajador titular de un beneficio previsional celebra un nuevo contrato con su anterior empleador y es despedido, tiene derecho a ser indemnizado y, en este supuesto, sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese, por lo que cabe concluir que es irrelevante que no haya existido un hiato temporal entre el cese y el reingreso, porque jurídicamente mediaron dos contratos, uno de los cuales se extinguió por la renuncia del trabajador para jubilarse y, aunque haya retomado servicios al día siguiente, ello importa la celebración de un nuevo contrato (conf. CNTrab., Sala VIII, 14/08/01, DT, 2001-B-2315).

Lo hasta aquí expuesto me conduce a proponer al Acuerdo que debe revocarse la decisión dictada en la primera instancia en cuanto ha reconocido la antigüedad del actor desde la fecha de su primer ingreso a la empresa demandada, debiendo la misma computarse desde el inicio de la segunda contratación de trabajo.

2.3 – <u>Aplicación del Art. 2 de la Ley 25.323</u>

Según el planteo de la queja, no corresponde aplicar la norma del art. 2 de la Ley 25.323.

Teniendo en cuenta que estamos ante un despido incausado y que el actor cumplimentó el recaudo legal de intimar de modo fehaciente el pago de las indemnizaciones que le corresponden por tal hecho (conf. fs. 3), la procedencia del incremento que dispone la norma en cuestión es inevitable y así debe declararse, rechazándose el agravio planteado.

2.4 – <u>Indemnización del Art. 80 LCT</u>

Plantea la demandada la inaplicabilidad de la indemnización que prevé la norma del art. 80 LCT en razón de que el actor es jubilado.

La norma en cuestión no establece la excepción que pretende la quejosa. En efecto, la misma expresa que cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador *estará obligado* a entregar al trabajador un certificado de trabajo, enumerando los recaudos que deben cumplimentarse al respecto.

Ahora bien, el hecho de que el "trabajador" se haya jubilado no le hace perder su carácter de tal y, por lo tanto, le asiste el derecho que la ley le reconoce a que se le haga entrega de la documentación que la misma dispone de manera taxativa. Si la ley hubiese querido establecer excepciones a su cumplimiento, lo hubiera previsto expresamente, pero al no haberlo hecho no puede admitirse la queja.

2.5 – <u>La tasa de interés</u>

Cuestiona la demandada la tasa de interés fijada por la a quo en la sentencia en crisis. Expresa que la parte actora solicitó la aplicación de la tasa activa para el descuento de documentos del Banco del Chubut S.A. y la a quo aplicó la tasa activa del mismo banco para sus operaciones vencidas.

La tasa peticionada por el reclamante en la demanda no fue oportunamente cuestionada por la contraria y tampoco hubo ningún planteo ante la entrada en vigencia del nuevo CCyC. Por lo tanto, respetando el criterio del STJCH, esta Cámara viene diciendo que no existiendo cuestionamiento, debe respetarse y aplicarse la tasa de interés que se solicita en la demanda. Por lo tanto, corresponde admitir la queja y disponer que la tasa de interés a computarse en autos sobre el monto de la condena es la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para el descuento de documentos.

3 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de la sentencia recurrida no hace que corresponda proceder a la adecuación prevista por el art. 282 del ritual dado que la parte demandada no pierde su carácter de vencida en el proceso (art. 69 CPCC y art. 57 Ley XIV N° 1). Por lo tanto, queda confirmada la imposición de las costas y honorarios regulados en la instancia originaria.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

En atención al resultado del recurso, coincido con la Sra. Jueza de Villafañe en que las costas de esta instancia deben ser impuestas en el orden causado (art. 72 CPCC). Con respecto a los honorarios de los profesionales actuantes por ante esta Alzada y en virtud de ajustarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria, procede que se regulen en los porcentuales propuestos en su voto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe (conf. arts. 5, 7, 13 y concs. Ley Arancelaria).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

De compartir mi colega de Cámara, el sentido de mi voto el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) **REVOCAR** parcialmente la sentencia de fs.163/168, **ESTABLECIENDO** que la indemnización por antigüedad deberá computarse desde el 20 de enero de 2012 hasta el despido y que los intereses sobre las sumas de condena serán los de la "tasa activa descuento documentos" que determina el Banco del Chubut S.A.", desde que cada suma es exigible y hasta su efectivo pago y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que decide y fue

materia de agravios.

2) **SIN ADECUAR** costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 del CPCC).
3) **IMPONER** las costas en la Alzada en el orden causado (art. 72 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados y sobre los que se determinen en la instancia de grado, para los Abs. F. A. y M. A. en conjunto y proporción de ley en el 28 % y los del Ab. J. G. en el 28 %, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el

IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4) **DE FORMA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17),
pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **REVOCAR** parcialmente la sentencia de fs.163/168, **ESTABLECIENDO** que la indemnización por antigüedad deberá computarse desde el 20 de enero de 2012 hasta el despido y que los intereses sobre las sumas de condena serán los de la "tasa activa descuento documentos" que determina el Banco del Chubut S.A.", desde que cada suma es exigible y hasta su efectivo pago y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que decide y fue
materia de agravios.
2) **SIN ADECUAR** costas y honorarios de la primera instancia (art. 282 del CPCC).
3) **IMPONER** las costas en la Alzada en el orden causado (art. 72 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados y sobre los que se determinen en la instancia de grado, para los Abs. F. A. y M. A. en conjunto y

proporción de ley en el 28 % y los del Ab. J. G. en el 28 %, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el

IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.