

En la ciudad de Puerto Madryn, a los _____ días de abril del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “C., S. E. c/ H. G. E. s/ **cobro de pesos e indem.de ley**” (Expte. N° 15 Año 2016) venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 153/13), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia dictada apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 377.

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

1 – Antecedentes

Se han recibido en esta Alzada los presentes actuados a los efectos del tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 360 por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia a fs. 349/355, con su posterior aclaratoria de fs. 357 y vta. El recurso le fue concedido a la recurrente a fs. 361, quien expresó sus agravios a fs. 362/366 vta., siendo contestado por la contraria a fs. 368/372 el traslado conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a G. E. H. a abonar a S. E. C., previo descuentos legales, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de \$ 170.748,45.- conforme la aclaratoria dictada a fs. 357/y

vta., con más los intereses que particularmente determinó la a quo. Impuso las costas en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.

Dejó sentado inicialmente la sentenciante que tres eran los puntos a dilucidar: 1) la categoría laboral de la actora; 2) la existencia de diferencias salariales por la diferencia de categoría y 3) la existencia de justa causa de despido.

Para dirimir la primera cuestión comenzó analizando la prueba testimonial, surgiendo de la misma -según la a quo- que la actora realizaba tareas de pastelería consistentes en relleno y decoración de tortas y masas dulces, no confeccionando las piezas completas ni teniendo a cargo el área, sino que complementaba la tarea de M., además de realizar tareas de vendedora.

En lo que hace al encuadramiento convencional, expresó la sentencia que el CCT N° 272/76 no es aplicable territorialmente en nuestra provincia y tampoco lo es por no estar comprendido en él el empleador ("panadería").

Para el personal de panaderías, ha dicho la a quo, es aplicable el CCT N° 478/06 en el cual la función de la actora (2ª. pastelera) no está contemplada.

La conclusión de la sentencia fue que la actividad de la actora es similar a la del medio oficial del CCT N° 478/06, cuyo salario es idéntico al de vendedor, tarea que también realizaba la actora, por lo tanto, no existen "diferencias" a liquidar.

Trató luego la existencia de "justa causa" en el despido dispuesto por la demandada.

Inicialmente, dejó sentado que no existe contemporaneidad entre la supuesta falta detectada y el despido dispuesto. Ello así porque la demandada comunicó el despido el 31 de Mayo de 2012 arguyendo

pérdida de confianza y realizándole varias imputaciones a la actora. En la misma comunicación, la empleadora tiene por cierto que la actividad comercial reprochada a la actora data del 1 de Noviembre de 2011, sin perjuicio de la baja de la sociedad que aquélla había constituido. Agrega la a quo que en la C.D. nada dice la demandada sobre que los hechos hayan llegado a su conocimiento al momento en que emite la misiva del despido.

Remarcó la sentencia que la actividad independiente de la actora se desarrolló entre el 01 de Noviembre de 2011 y el 31 de Enero de 2012, según el informe de la Municipalidad de Puerto Madryn.

Destaca también la a quo que es recién cuando la empleadora contesta el telegrama de la actora rechazando la causal del despido, cuando afirma que tomó conocimiento de los hechos que motivaron el despido contemporáneamente con el mismo. Sin embargo, dijo la sentenciante, esta afirmación no fue ni siquiera intentada de probar en el proceso, siendo carga de la empleadora hacerlo. Por el contrario, agregó, hay fuertes indicios de que la actividad comercial paralela de la actora nunca fue mantenida en secreto, conforme surge de alguno de los testimonios rendidos en autos. La conclusión fue que es necesario que la sanción sea comunicada en forma inmediata y de allí que tuvo por incausado el despido dispuesto por la demandada.

Admitió la sentencia el agravamiento previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323. En lo que hace a los “Intereses”, entendió la a quo que debe aplicarse analógicamente la tasa de interés establecida por el art. 552 del CCyC, dada la naturaleza alimentaria del crédito del trabajador, por lo que deberá ser la tasa más alta que cobren los bancos a sus clientes según reglamentaciones del BCRA, desde que las sumas son debidas hasta el efectivo pago.

Agregó la Magistrada del Inferior que la disposición en cuestión debe calificarse como de carácter imperativo porque a través de ella se protegen valores superiores en los que se encuentran en juego el interés público: el carácter alimentario de un crédito laboral donde el acreedor es trabajador quien en nuestro derecho es sujeto de preferente tutela constitucional. Sostuvo que hay un tramo ya cumplido que es determinar el quantum indemnizatorio que se rige por la ley vigente al momento del hecho que dio lugar al derecho, pero los tramos no cumplidos -como el pago de los intereses- se rigen por la nueva ley. Ello -agregó- no implica retroactividad de la ley porque sólo afecta efectos o tramos no cumplidos de la obligación reconocida.

3 – Agravios de la demandada

3.1) Según la queja, la decisión de tener por incausado el despido es fruto de un razonamiento en el cual se soslayan las disposiciones del art. 44 de la Ley XIV N° 1 y los arts. 165, inc. 5° y 381 del CPCC.

Luego expresa la recurrente: “...admitida por la propia actora en su contestación de demanda la circunstancia por la cual fue despedida, y por lo tanto el motivo de la injuria, era en su propio interés probar los hechos que según ella impedían la ruptura del contrato de trabajo: (i) la inexistencia de una misma actividad entre el comercio en el cual laboraba a órdenes de la demandada y su emprendimiento comercial; (ii) el conocimiento por la demandada de la existencia de tal emprendimiento comercial y su consentimiento tácito del mismo...” (fs. 363/y vta.); “...Admitido el hecho elevado a la categoría de injuria, la actora no probó ninguna de sus afirmaciones opuestas al mismo, fundantes de su pretensión indemnizatoria, y por lo tanto debió ser responsabilizada por su omisión...” (fs. 363 vta.).

Sostiene la quejosa que debió la actora acreditar los hechos en base a los cuales reclama una indemnización, conforme el art. 381 del CPCC. Por lo tanto, no habiéndolo cumplimentado, debió ello valorarse en su contra al resolverse el pleito y no en su beneficio.

Plantea que la actora no probó que la demandada conociera y aceptara la conducta injuriante que determinó su despido y el incumplimiento de tal carga debió repercutir en su contra.

Se queja la demandada de la valoración que ha hecho la a quo sobre la prueba testimonial producida en autos, fundamentalmente la de los testigos M. y C., cuyas declaraciones no tienen el significado que se les atribuye.

Concluye el punto reiterando que, encontrándose fuera de discusión la existencia del hecho injuriante, la actora debió probar -y no lo hizo- la existencia del hecho que alegó como impeditivo para que su despido se transformara en incausado.

3.2) Agravia a la demandada lo resuelto por la a quo sobre los Intereses a pagar sobre el importe de la condena. En base a un precedente de la justicia de la Pcia. de Mendoza, sostiene la queja que la a quo aplica retroactivamente el art. 552 del CCyC, dejando de lado la doctrina que rige sobre la materia de nuestro STJ.

Insiste en que la aplicación retroactiva de la normativa del nuevo CCyC que surge de la sentencia recurrida está vedada por el art. 7 del mismo, dado que el despido y la mora en el pago se consolidaron antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Sostiene también que el hecho de que el crédito del actor tenga naturaleza alimentaria, no implica que la demandada tenga respecto del actor una obligación alimentaria y que no hay ninguna razón para apartarse de la

aplicación de la tasa activa del Banco del Chubut S.A.. Deja planteado el Caso Federal.

4 – Tratamiento de los agravios

4.1 – La justa causa del despido

A) Es importante dejar sentado inicialmente que, a contrario de lo que se afirma en el agravio, no surge de las actuaciones que la actora haya admitido la causal invocada por la empleadora al despedirla y/o el motivo de la injuria. He aquí la razón por la cual he transcripto supra parcialmente el agravio vertido por la recurrente en la que realiza tal afirmación. La realidad es distinta de la que pretende exhibir la demandada.

No se comprenden tampoco las expresiones de la recurrente cuando refiere: “...admitida por la propia actora en su contestación de demanda...” y ello así porque, obviamente, la actora ha presentado en autos una “demanda” y no obra aquí ninguna “contestación de demanda” de su parte dado que es procesalmente improcedente.

Es por ello que si la queja basa su postura en que la actora reconoció la causal del despido al contestar la demanda, el camino tomado para la fundamentación recursiva no aparece, *prima facie*, como el correcto (art. 268 CPCC).

Tengo en cuenta que la actora mediante su Telegrama obrante a fs. 3 rechazó en todos sus términos la comunicación del despido “...por ser falaz, maliciosa y temeraria...”, refiriendo también que la empleadora procede al despido “...con una supuesta causa que no existe...”. En el mismo despacho, la actora expresó: “...de ninguna manera he causado injuria laboral grave, mucho menos daño material y moral, menos aun que haya afectado gravemente la esencia de la relación laboral...Niego haber violado deberes esenciales que sostienen la estructura

de la relación laboral. Niego haberme comportado en forma desleal, y/o que exista competencia desleal y demás falaces imputaciones... De la sociedad de hecho en la que participé, me retiré a fines de enero de 2012, por lo que sus falaces apreciaciones de injuria grave y de actitud desleal, las cuales jamás existieron, devienen a la fecha absolutamente extemporánea (5 meses después) y por demás desproporcionadas, siendo mi conducta y forma de manejarme para con usted y con mis obligaciones como lo hago hace más de 20 años de antigüedad...". El texto de esta comunicación postal ha sido lo suficientemente claro en cuanto a que la actora rechazó las causales del despido invocadas por la demandada y de allí que se consideró despedida "sin causa". Es evidente, entonces, que no puede aceptarse la postura de la recurrente cuando dice que la actora admitió la circunstancia por la cual fue despedida y el motivo de la injuria.

B) 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).

C) 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 delinee 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.).

Lo hasta aquí expuesto está dando acabada respuesta a la postura de la quejosa en cuanto pretende imponerle la carga del art. 381 del ritual a la

actora e imponerle que ésta acredite que existieron causas para que el despido dispuesto por la demandada no fuera procedente.

D) A la luz de lo hasta aquí expuesto, surge con claridad meridiana que la recurrente intenta -mediante su agravio- girar el correcto sentido en que debe ser enfocada la problemática y trasladar la carga de la prueba hacia la actora. Y el giro intentado es incorrecto porque aquí no era esencial acreditar que la empleadora sabía de la actividad comercial que desarrolló durante un tiempo la actora y que, de no probarse tal circunstancia por la dependiente, el proceso resultaría ganancioso para la demandada, como se afirma en el agravio. Por el contrario, ante la imputación de hechos graves que constituyen “injuria” por parte de la empleadora hacia su empleada y la negativa de ésta sobre ello, era la demandada quien tenía a su cargo demostrar los hechos que constituyen la “injuria” imputada a la actora a fin de que quedara justificado el despido oportunamente dispuesto.

Es por ello que, al contrario de lo sostenido en el agravio y conforme los requisitos exigidos por la LCT sobre el particular, correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente lo siguiente: 1] que hubo un accionar de la actora que le causó un grave daño material y moral, afectando gravemente la esencia de la relación laboral;

2] que la actora violó uno de los deberes esenciales que sostiene la estructura de la relación laboral;

3] que la actora se comportó de forma gravemente desleal, toda vez que participó como titular conjuntamente con M. del comercio D. P. sociedad de hecho (registro 3071205043-4) poniendo a la venta idéntica manufactura que la que se comercializa en la panadería donde la actora se desempeña en la parte de pastelería;

- 4] que la actora utilizaba los mismos proveedores del local comercial de titularidad de la empleadora, valiéndose de la misma materia prima y las mismas condiciones de proceso;
- 5] que la actora se abusó de su condición de trabajadora en la panadería de la demandada, haciendo compras para su panadería en los horarios que laboraba para la empleadora;
- 6] que se perdió en absoluto la confianza que se deben mutuamente las partes en la relación laboral; y
- 7] que la actora conformó el mismo giro comercial conjuntamente con el maestro panadero del local comercial de la demandada, dándose en el caso la elaboración y venta de todos los productos que ambos manufacturan en el comercio de propiedad de la demandada.

Advierto que no le otorgo ninguna significación al texto del instrumento en el que la patronal expresa: “...Sin perjuicio de la baja de la sociedad usted llevó adelante manifiestas conductas de tal gravedad injuriosa que se dan los extremos del despido con justa causa...”.

Y no le otorgo valor a estas expresiones porque ellas 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 referencia a “*manifiestas conductas de tal gravedad injuriosa*”, conforme se expresa en el mencionado documento. 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” sin precisarlas expresamente.

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.).

E) 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 de la empleada.

De la actividad probatoria desplegada en autos por la parte demandada no surge la acreditación que era necesaria para avalar su postura rupturista del contrato de trabajo por justa causa. Advierto, inclusive, que ni siquiera en

los fundamentos del recurso se hace referencia a que las causales imputadas a la actora se encuentran fehacientemente acreditadas durante el proceso. Surge de la queja una clara discrepancia con la decisión de la a quo y una reiterada postura -ya referida supra- sobre la inversión de la carga probatoria que no es para nada admisible, según hemos visto y analizado precedentemente.

F) Plantea la recurrente su queja con relación a la valoración de la prueba “Testimonial” realizada por la a quo. La misma en modo alguno constituye una base sólida para desvirtuar el valor de esta probanza (esencialmente en lo que respecta a los testigos M. y C.).

Debemos tener presente que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Es de destacar que lo expuesto por la recurrente no logra desvirtuar la valoración hecha en la sentencia sobre la declaración de los mencionados testigos, que es el objeto principal de su análisis. El planteo muestra una postura discrepante con la sentenciante sobre este medio probatorio, el cual lejos está de constituir un agravio digno de análisis (art. 268 CPCC). De allí que el recurso merezca ser declarado desierto en este punto (arts. 268, 269 CPCC).

G) La sentencia tuvo en cuenta que en la comunicación del despido expedida el 31/05/2012 (fs. 2), la demandada dejó sentado que la actividad comercial imputada a la actora había comenzado el día 1 de Noviembre de 2011 y que es recién en la C.D. del 14/06/2012 (fs. 4) donde expresa que tomó conocimiento de dichas causales contemporáneamente con el acto del despido, lo cual no fue acreditado por ella en el proceso.

Hay una primera manifestación de la empleadora claramente volcado en el instrumento de fs. 2 que no puede desvirtuarse mediante una conducta posterior suya en contrario. Me refiero a que en la notificación del despido (fs. 2) la demandada dijo: *“...Tengo por cierto que su actividad desleal data desde el 1 de noviembre del año 2011, habiendo conformado el mismo giro comercial conjuntamente con el maestro panadero de mi local comercial...”*.

Quien afirma que “tiene por cierto” un hecho concreto y que el mismo ocurrió en una fecha determinada, no puede posteriormente alegar que se enteró de ese hecho con posterioridad a la “fecha determinada” que inicialmente indicó. Tal proceder es contrario a la doctrina de los actos propios y a los principios de la buena fe que deben presidir toda contratación.

Lo hasta aquí desarrollado en este apartado tiene que ver con la cuestión de la *contemporaneidad*, requisito que la sentencia lo ha considerado incumplido por parte de la empleadora, lo cual agravia a la misma.

El principio de la contemporaneidad hace referencia a las circunstancias de tiempo, y previene que el despido con justa causa, para que sea procedente debe ser contemporáneo o razonablemente próximo en el tiempo a la causa que lo motivó (conf. CNTrab., Sala V, 18/10/85, TySS, 1986-1114). Esta proximidad en términos prácticos debería ser de un mínimo de veinticuatro (24) horas y de un máximo de setenta y dos (72) horas, computando días hábiles, entre el día y la hora en que ocurrieron los hechos que motivan la ruptura y el momento en el cual el trabajador es notificado de la decisión adoptada. Recordemos que el despido debe ser puesto en conocimiento del trabajador en forma fehaciente, con inmediatez y en forma oportuna o coetánea (contemporánea), por escrito, con expresión suficientemente clara de las causas que se invocan, causal que no admite cambios a través del principio de invariabilidad de la misma (art. 243 LCT).

El principio de contemporaneidad es en principio una razonable proximidad en el tiempo entre la causa del despido y la notificación del mismo (conf. DE DIEGO, J., ob. cit., pág. 21 y sigs.).

En este caso, de la comunicación del despido surge que la actividad desleal imputada por la patronal “*data desde el 1 de noviembre del año 2011*” y el despido fue notificado mediante carta documento que la empleadora despachó el día 31 de Mayo de 2012 (ver fs.2). Es evidente el incumplimiento del requisito bajo análisis.

El cumplimiento de todos los requisitos legales que son necesarios para justificar un despido “con causa” -la *contemporaneidad* es uno de ellos- queda a cargo del empleador. Si no lo logra, el despido será considerado “incausado” y, en consecuencia, deberá abonar las indemnizaciones legales que corresponden. Es lo que aquí ha ocurrido.

H) Sólo me resta agregar, para concluir mi análisis, que el despido de la actora aparece como carente de otro de los requisitos exigidos en estos casos; me refiero al de la *proporcionalidad* que debe tener la medida dispuesta por el empleador. El mismo es exigible en el caso, en atención al cargo desempeñado por la dependiente, la falta de antecedentes disciplinarios y que había cumplido adecuadamente sus obligaciones durante más de 20 años de relación con la demandada. Ningún empleador mantiene en su staff a un dependiente durante tanto tiempo si no reúne realmente excelentes condiciones generales tanto en lo profesional como en lo personal. Adviértase que se ha decidido que aun mediando incumplimiento del deber del accionante de conducirse como un “buen trabajador”, que implicaba actuar con especial cuidado en los intereses del empleador, ello no significa necesariamente que el despido fuera la única reacción posible frente a tal circunstancia (conf. CNTrab., Sala VIII, 04/08/2000, TySS, 2000-1008).

Por las mismas razones se resolvió que si el empleador dispone la extinción de una relación contractual de varios años de duración debe proceder con ajuste a la directiva de *proporcionalidad*, tanto en cuanto a los alegados antecedentes, como en cuanto a la apreciación de la última conducta que esgrimió como injuria. Si el trabajador tenía más de ocho años de antigüedad en la empresa y no se prueban documentalmente sanciones disciplinarias anteriores, concurre entonces el reparo de no haberse guardado en el caso la directiva de proporcionalidad en cuanto al ejercicio de la potestad sancionatoria (conf. CNTrab., Sala V, 23/08/82, TySS, 1983270).

La teoría de la *proporcionalidad* se ha elaborado especialmente con relación al despido; y a efectos de apreciar la gravedad de la falta, la jurisprudencia ha adoptado, en general, el criterio del decreto-ley italiano de 1924, sobre el empleo privado, en el sentido de que debe tratarse de una falta “*tan grave que no consienta la prosecución, ni siquiera provisoria de la relación de trabajo*”. Así, se ha resuelto que “el despido, para que sea justificado debe guardar relación con la causa que lo motiva y ser la sanción correlativa, directa e inmediata de una falta tan grave que no consienta, ni siquiera provisoriamente, una vez conocida y comprobada, la prosecución del contrato”.

También se ha hablado simplemente de una *falta gravísima*: “El despido debe fundarse en *falta gravísima*, sin que deje en el ánimo del juez la menor duda sobre la justicia de la medida y de los perjuicios que se evitan al patrón” (CNCom., La Ley, 42-882) (FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., “Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales”, Ed. La Ley, pág.21).

En el caso la patronal esgrimió la “*pérdida de confianza*” para proceder al despido de la actora. Pero para ello es menester contar con actos culposos o dolosos de parte del trabajador que lleguen a lesionar la confianza, la fidelidad y la honradez que es generalmente requisito común del trabajo dentro de la comunidad laboral y dentro de la sociedad.

La pérdida de confianza como causal de despido debe encontrar fundamento en hechos objetivos de magnitud suficiente que la justifiquen (CNTrab., Sala II, Junio II-1987, TySS, 1987-901.557). Es que la misma no constituye una causal autónoma de rescisión del contrato de trabajo y debe sustentarse en comportamientos injuriosos para los intereses de la afectada (conf. CNTrab., Sala VIII, 30/11/87, TySS, 1988-833).

Luego del análisis realizado llego a la conclusión de que la imputación efectuada a la actora y que llevó ínsita la pérdida de confianza alegada por la empleadora fue apresurada, por cuanto la demandada debió ponderar, a la hora de resolver la situación de la trabajadora, un previo pedido de explicaciones a efectos de clarificar lo ocurrido, siendo que se trataba de un dependiente con el que había mantenido una relación de más de 20 años de labor a sus órdenes y sin una sola sanción. Además de ello, en la comunicación del despido reconoce la demandada que su empleada ya no integraba la sociedad que había constituido, por lo que la actividad imputada ya había cesado.

Si realmente la empleadora entendió que la actora había cometido alguna falta no se entiende por qué motivo no le brindó la posibilidad de formular un descargo, o no le solicitó explicaciones acerca de lo ocurrido, garantizándole de ese modo su derecho de defensa (art. 18 CN) antes de decidir acerca de su responsabilidad y separarla intempestivamente de la empresa.

Es que para que se encuentre habilitada la facultad de rescindir el contrato de trabajo con causa, el agravio dirigido de una parte hacia la otra debe ser de una total gravedad que destruya los fundamentos de la relación obreropatronales y resulte incompatible con su carácter. Se trata de un obrar contrario a derecho o incumplimientos que asuman una magnitud suficiente para desplazar el principio de conservación del contrato, regido por el art.

10 LCT. Considero que en este caso -vale reiterarlo- no se ha acreditado por la demandada la falta gravísima cometida por la actora y de allí que no corresponda admitir el agravio en tratamiento ya que el despido debe considerarse incausado, confirmándose la sentencia en este punto.

4.2 – Los intereses

La sentenciante impuso a la condena los intereses establecidos por el art. 552 del CCyC de la Nación, en virtud de tener naturaleza alimentaria el crédito de la trabajadora. Esta decisión agravia a la demandada.

Sabido es que el CCyC entró en vigencia el día 1º de Agosto del año 2015. La norma del art. 552 está incluida en el Capítulo 2 “Deberes y Derechos de los Parientes” – Sección 1ª. – “Alimentos” - y se refiere a la tasa de interés que debe aplicarse ante el incumplimiento en término del pago de una suma que es debida en concepto de “alimentos”.

Estamos aquí ante un despido materializado el día **31 de Mayo del año 2012** (conf. fs. 2) y un proceso judicial que se inició el día 5 de Noviembre de 2013 (conf. fs. 69).

Se advierte, a la luz de lo decidido por la a quo y que agravia a la demandada, que la cuestión indudablemente está referida a la aplicación *retroactiva* de la ley, ya que ello es lo que sucede cuando, como en el caso, se subsume un hecho (el despido) bajo una ley posterior e inexistente al momento de sucedido el mismo, a pesar de que la a quo diga en su decisión que no ha hecho una aplicación retroactiva de la ley.

El principio de irretroactividad de la ley impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una ley. Significa que las leyes solamente rigen para el futuro, y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente conforme

a la legislación sustituida. Con tal alcance, la irretroactividad de la ley, es un presupuesto básico para la seguridad

jurídica (conf. BADENI, G., ob. cit., T.II, pág. 752).

Tomando las normas de nuestra Carta Magna, el art. 18 de la misma establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Está consagrando aquí el principio de la irretroactividad de la ley penal. Ahora bien, cabe preguntarse si esta irretroactividad absoluta que prescribe la Constitución se aplica sólo en materia penal o es extensiva a otras ramas del derecho. Si tomamos las garantías específicas que enuncia el art. 18, las mismas no se aplican exclusivamente en materia penal. El juzgamiento por jueces naturales, la prohibición de imponer a una persona la obligación de declarar contra sí mismo, la descalificación del arresto dispuesto por autoridad incompetente, la inviolabilidad de la defensa en juicio, la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, son garantías otorgadas a las personas, cualquiera sea la naturaleza del marco jurídico en que se desarrollan sus actividades. Por ello, no resulta constitucionalmente razonable limitar la garantía de la irretroactividad absoluta de la ley al ámbito penal (conf. BADENI, G., ob.

cit., T.II, pág. 753).

Interpretando los principios del originario Código Civil (arts. 3, 5, 4044 y sus notas) la CSJN entendió que: a) El principio de la irretroactividad de la ley establecido por el art. 18 de la Constitución es aplicable solamente en materia penal; b) El principio de la no retroactividad en materia civil no es impuesto por la Constitución, sino por la ley; c) El legislador puede atribuir efectos retroactivos a una ley civil siempre que no lesione derechos adquiridos y d) El legislador puede disponer que la ley nueva destruya o

modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente, pero no puede arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, porque en este caso se estará vulnerando la inviolabilidad de la propiedad prevista en el art. 17 de la Constitución (CSJN, Fallos, 137:47).

La ley 17.711 derogó los arts. 5 y 4044 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield y sustituyó el art. 3 por el siguiente: *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”*.

No hay prácticamente diferencias entre este texto y el del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, salvo en el tercer párrafo donde se hace referencia a las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo y la eliminación de la palabra *“aun”* en el primer párrafo.

Si bien tanto en el texto del art. 3 del Código Civil de Vélez como en el del art. 7 del CCyC actualmente vigente no se hace referencia a los derechos adquiridos, la distinción entre éstos y los derechos en expectativa subsiste. Por ende, si bien las leyes civiles pueden ser retroactivas cuando así lo establezcan expresamente, ellas no pueden afectar los derechos adquiridos que, como tales, están definitivamente incorporados al patrimonio de una persona.

Marienhoff, compartiendo la opinión de Llambías, enseñaba que un derecho se adquiere cuando se cumplen todos los presupuestos exigidos por la ley para su imputación a favor de una persona en calidad de prerrogativa jurídica individualizada. En tal sentido se había expedido la CSJN señalando

que, cuando bajo la vigencia de una ley el particular cumplió todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe considerarse que hay un derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por la ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual (conf. CSJN, Fallos 296:719). Hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo que así lo disponga, pues esa sentencia o acto administrativo se limitan a reconocer un derecho para que se haga efectivo (conf. CSJN, Fallos 296:726 y 305:900). Distinguiendo los conceptos de derecho adquirido y derecho ejercido, Marienhoff sostenía que el segundo era una consecuencia de la preexistencia del primero igual que el derecho reconocido en un acto judicial o administrativo (conf.

MARIENHOFF, M.S., "Derecho adquirido y derecho ejercido", La Ley, 1989B, 776; BADENI, G., ob. cit., T.II, pág. 771).

Badeni considera que la irretroactividad de la ley civil tiene fundamento constitucional y no simplemente legal y en materia patrimonial ella está impuesta por el art. 17 de la Ley Fundamental, al declarar que la propiedad privada es inviolable (ob. cit., T.II, pág. 773).

Es de advertir que, en el caso en el momento de producirse el despido por parte de la empleadora, quedaron definitivamente consolidados los derechos de las partes. Esto es, si existió una "justa causa" de despido, la empleadora no deberá abonar indemnización alguna a su empleada. En caso contrario, deberá abonar las indemnizaciones por despido incausado. O sea, en aquel momento la dependiente adquirió su derecho al crédito indemnizatorio en caso de haber existido un despido "sin causa" y, simultáneamente, la empleadora el deber de la deuda en caso de no

acreditar la “injuria” que la exima de su obligación de indemnizar. Todo ello es con total independencia de que el pago de la indemnización -en caso de así declararse judicialmente- se produzca con posterioridad.

Es por ello que “*derecho adquirido*” y “*pago*” son dos conceptos diferentes con dos momentos distintos y, generalmente en estos casos es inevitable que el pago se produce una vez que se dicte sentencia firme en favor del dependiente que reclama por despido incausado.

Hemos visto supra que tanto el art. 3 del Cód. Civil de Vélez como el art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refieren a “*las relaciones y situaciones jurídicas existentes*” y de la que aquí se trata no es existente, sino consolidada y consumida jurídicamente en el momento del despido, momento en el que se define la virtualidad obligacional en todo su esplendor. El hecho que posteriormente se dicte sentencia haciendo lugar al reclamo de la dependiente por haber sido despedida “sin causa” sólo genera que hay pagos indemnizatorios pendientes porque no se efectivizaron en el momento oportuno. Pero debe quedar en claro que el derecho a ser indemnizada le corresponde a la empleada desde el momento mismo en

que fuera despedida, es decir, allí se incorporó el mismo a su patrimonio.

Por ello, la ley vigente al momento del despido es la que rige la vida obligacional y cualquier alteración de la regla jurídica bajo la cual se consolidó la obligación, importa una afectación del derecho de propiedad, sea del acreedor o del deudor. A lo que cabe agregar que la retroactividad debe ser expresamente establecida, lo que no sucede con la norma en cuestión aplicada por la a quo.

No tengo dudas de que en el caso estamos ante un “derecho adquirido” para ambas partes que pretende ser alterado por una ley que no regía en el momento que se concretó. A los fines de determinar que existe derecho adquirido y que, por lo tanto, se encuentra vedada la aplicación de una

nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido -bajo la vigencia de la norma derogada o modificada- todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (conf. CSJN, in re “Costa”, 12/09/96, Fallos 319:1915). La doctrina que puede extraerse de este fallo es la siguiente: la ley nueva o su interpretación no puede arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior, pues en caso contrario, el principio de irretroactividad adquiere jerarquía constitucional y se confunde con la garantía de inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Carta Magna (conf. PALACIO de CAEIRO, S.B., “Constitución Nacional en la Doctrina de la CSJN”, pág. 567, La Ley 2011).

La doctrina de los derechos adquiridos, fue la posición mantenida por el ministro Petracchi en la causa “Agnese”, donde afirmó que cualquiera sea el criterio de conveniencia o eficacia económica o social que el legislador arbitre, en el dictado de una ley, aquél encuentra como valla infranqueable las prescripciones de la Constitución Nacional (CSJN, 24/11/98, Fallos, 321:3081).

He de concluir dejando sentado que no es posible acompañar la decisión de la a quo en este punto dado que la relación laboral se extinguió para las partes bajo un determinado régimen legal y no es posible alterar los efectos de actos jurídicos concluidos con arreglo a una determinada legislación, desconociendo la garantía constitucional de la propiedad.

Por lo expuesto, corresponde admitir los agravios y revocar la sentencia en crisis en cuanto condenara a la demandada a pagar sobre el monto de condena los intereses que establece el art. 552 del CCyC de la Nación.

En consecuencia, los intereses que deberá abonar la demandada serán calculados a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales, desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago, conforme es doctrina uniforme de nuestro STJCH y que esta Cámara aplica.

5 – Conclusión

En razón de los fundamentos precedentemente expuestos, corresponde admitir los agravios de la recurrente sólo en la cuestión relativa a los Intereses a calcularse sobre el monto de la condena, revocándose la sentencia dictada por el Inferior en cuanto dispuso aplicar los intereses que establece el art. 552 del CCyC de la Nación y confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios. Es mi voto.

6 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación parcial de la sentencia en crisis torna aplicable la norma del art. 282 del ritual. Sin perjuicio de ello, considero que a la luz del resultado final del proceso no es procedente realizar adecuación alguna sobre la imposición de costas y regulación de honorarios de la instancia originaria, confirmándose lo dispuesto por la sentencia recurrida.

7 – Costas de la Alzada

Corresponde imponer las costas de la Alzada por su orden, teniendo en cuenta el resultado final arribado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. A. y M. N. A., en conjunto, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. L. A. N., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo

dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Herald Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Mi colega de Sala se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de la demandada, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del C.P.C.C. en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

2.1.

La demandada interpuso recurso de apelación, el que fundó a fs. 362/366. Sostiene que le causa agravio el decisorio de la Instancia anterior por considerarlo inmotivado ya que, consideró que la demandada no probó que la causal invocada en la comunicación de despido llegó a su conocimiento contemporáneamente con la decisión rupturista. También le causa agravio que se haya sostenido en la pieza decisoria la existencia de “fuertes indicios” de que la actividad comercial desarrollada por la actora no fuera mantenida en secreto. Ello, con base en testimonios rendidos en este proceso.

El despacho epistolar de fs. 2 que da cuenta del despido invocando justa causa que comunicó la demandada a la actora, tuvo como motivo

determinante la pérdida de confianza, consistente en su comportamiento gravemente desleal por haber participado como cotitular, conjuntamente con otro dependiente de la demandada de un emprendimiento comercial, poniendo a la venta idéntica manufactura que la que comercializaba la patronal, utilizando los mismos proveedores del local comercial de la accionada, valiéndose de la misma materia prima, las mismas condiciones de proceso, haciendo compras para su emprendimiento en horarios en que laboraba para su principal, conformando el mismo giro comercial, mediante la elaboración y venta de todos los productos que tanto la actora como su ocasional socio manufacturaban en el comercio de propiedad de H..

La actora, por su parte, sostuvo en la misiva de fs. 3 que la demandada conocía desde un principio la vinculación societaria con M., agregando en su demanda que no se trataba de "idéntica manufactura" que la comercializada por la demandada, dedicándose a la elaboración y venta de sandwiches y, sólo a pedido, tortas.

Sostiene el apelante que la carga de la prueba, tanto de la inexistencia de una misma actividad entre su emprendimiento y el de la demandada y del conocimiento y consentimiento tácito de su existencia, por parte de la demandada, se encontraba a cargo de la actora. Considera en consecuencia soslayadas las normas de los arts. 44 de la ley de rito laboral y 165.5 y 381, del CPCC.

El dilema que trae la recurrente a resolución consiste en determinar a cargo de quién se encontraba la carga de la prueba.

Me adelanto a señalar que nos encontramos frente a un supuesto de despido con causa justificada en el hecho de la pérdida de confianza.

En ese sentido, considero que el despido dispuesto por pérdida de confianza es injustificado si la empleadora, más allá de sostener que la trabajadora

conformó una sociedad con otro de sus empleados, dedicada a idénticos fines, no fue concluyente en demostrar esa circunstancia.

Esa pérdida de confianza, como factor subjetivo que justifica la ruptura de la relación, debe necesariamente derivar de un hecho objetivo que en sí mismo resulte injurioso, esto es, que las expectativas acerca de una conducta leal y acorde con el deber de fidelidad creadas con el devenir del vínculo y la responsabilidad de las funciones que el trabajador ejerce, se ven frustradas a raíz de un acontecimiento que permite considerar que aquél ya no es confiable.

Por eso, la pretendida inversión de la carga de la prueba solicitada no es aplicable cuando se invoca una causa justificada, ya que no puede obligarse a quien carga con la prueba, la demostración del conocimiento del emprendimiento paralelo y su consentimiento tácito y, además la acreditación de la inexistencia de la misma actividad, extremo este último que además implica la demostración de un hecho negativo.

El art. 381, del CPCC imponía a la demandada, que alega el hecho, el deber de probarlo. En tal sentido, la empleadora tenía a su cargo la demostración de los hechos que le imputa en su misiva de fs. 2.

De otro modo, ante la total orfandad probatoria sobre la configuración de la causal de pérdida de confianza invocada por el empleador al momento de disponer el despido directo del trabajador, corresponde tener por injustificada la decisión rupturista, toda vez que quien alega un hecho como justa causa de despido debe asumir la carga probatoria, proporcionando los elementos necesarios que colocarán al sentenciante en la posibilidad de efectuar una adecuada valoración de las circunstancias (cfr. Cámara 2a del Trabajo de Mendoza, “Rodríguez, Carlos Enrique c. Honesty S.R.L. p/despido”, 05/10/2012, LLGran Cuyo 2012 (diciembre) , 1230, AR/JUR/52412/2012; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII,

“Saporiti, Pablo Alberto c. Peugeot Citroen Argentina S.A. y otro s/despido”, 13/05/2011, La Ley Online, AR/JUR/22211/2011).

Esa valoración de la prueba, que la demandada no rindió en estos autos, debe además teñirse de la rigidez que el principio de la continuidad del trabajo exige (arg. art. 10, LCT).

Tampoco soslayo que la misma demandada no negó a la actora el derecho a la constitución de un emprendimiento comercial, sino que le enrostra haberlo hecho utilizando en provecho propio el conocimiento adquirido como empleada de comercio de H., llevando a cabo en horarios de trabajo, actos relacionados con la actividad comercial en la que se había involucrado (ver conteste de demanda).

Esos hechos, entonces, calificados por la apelante de injuriantes, debieron ser probados por ella, mas no lo hizo.

En cuanto a la contemporaneidad de la máxima sanción aplicada (despido) y si bien el Sr. Vocal de voto anterior se explayó suficientemente sobre dicho principio, me limitaré a señalar que en ese plexo probatorio ausente, debió acreditarse el hecho contemporáneo que diera lugar al distracto, toda vez que entre la injuria y la rescisión debe existir una relación de causalidad inmediata.

Nótese al respecto que el texto de la misiva de fs. 2 reconoce que al momento del distracto la sociedad de la actora con M. se había dado de baja. Es decir, desde la fecha que se considera como de práctica desleal (01.11.2011) a la fecha de la carta documento de fs. 2 (31.05.2012) habían transcurrido ni más ni menos que siete meses, y que entre el cese de la actividad y la ruptura del vínculo, habían pasado cuatro meses (ver misiva de fs. 3).

En su conteste de demanda, aclara la demandada justificando su demora para despedir con causa, en la toma de conocimiento de esa conducta desleal. Claro está que no indica y menos prueba, cuándo y en qué condiciones tomó conocimiento de esa circunstancia.

Por tal razón, considero que, no habiendo contemporaneidad entre la falta que se le endilga y la sanción, el despido deviene arbitrario.

En el sentido de lo expresado, cabe señalar que la valoración de la injuria en materia laboral requiere la adopción de una serie de pautas que suponen la congruencia de los hechos considerados injuriosos y la decisión de extinguir el vínculo con justa causa. En tales circunstancias, deberá existir una relación de causa a efecto entre la conducta del trabajador y el despido, debiendo a su vez mediar contemporaneidad entre ambos (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Laboral y de Paz Letrada de Corrientes, "Miquelarena, Ricardo R. c. Banco de Corrientes", 29/05/1996, LLLitoral 1997 , 904, AR/JUR/2759/1996), que como he señalado, en el caso de autos no ha existido.

No habiendo quedado acreditada en autos falta que pueda calificarse de injuriantes para justificar el despido, debe concluirse entonces que resultó excesivo por no guardar la necesaria proporcionalidad entre la falta alegada y el perjuicio causado, violentando el principio receptado en el art. 10 de la L.C.T.

En cuanto a las declaraciones testimoniales rendidas en autos, y en especial a lo manifestado por M. y C., cabe señalar que la apelante señala que no tienen el significado que le atribuye el decisorio, acreditando sólo la condición de dependiente de la actora. En tal sentido, precisa que no constituyen presunciones graves, precisas y concordantes, y que el pronunciamiento debió valorarlos en contra de lo decidido.

Ha señalado esta Cámara en otras oportunidades, que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, por lo que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (cfr. “T., D. V. c/ R. C., Á. s/ Cobro de Pesos”, Exp. 09/2010 CAPM SDL 01/10, 32/10, entre otras).

Las impugnaciones que trae la accionada a consideración de la Cámara en orden a la valoración de la testimonial no alcanzan, a mi juicio, el mínimo de técnica recursiva requerido por el art. 268, del CPCC, dado que las quejas propuestas en calidad de agravios se manifiestan como una mera discrepancia con lo decidido en la anterior instancia (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 04.06.1982, in re: “Basili de Mattioli, Angela c. Metalúrgica del Norte, S. A.”, LA LEY 1983-A, 352, AR/JUR/4094/1982).

En atención a lo expuesto, considero pues que esta parcela del agravio debe desestimarse y confirmarse en tal sentido la sentencia de grado.

2.2.

Se queja la demandada en orden a la tasa de interés aplicada por la pieza sentencial.

Funda su agravio en el entendimiento que el pronunciamiento aplica retroactivamente la ley y que se dejó de lado la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia provincial.

Señala también la improcedencia de la aplicación de leyes análogas, por no guardar relación alguna con la nueva normativa del art. 552, CCCN en materia de alimentos.

Comenzaré analizando en primer lugar si corresponde o no la aplicación de la normativa del nuevo Código Civil y Comercial, tal como lo hizo la sentencia anterior en materia de intereses. De su resultado dependerá la suerte del resto de los aspectos traídos a análisis.

A los efectos de aplicar la nueva normativa a un proceso iniciado con anterioridad a su vigencia, se limitó a señalar que, por tratarse la norma del art. 552, CCCN de carácter imperativa, su aplicación era inmediata y que ello es así ya que el nuevo régimen toma el crédito que el trabajador demanda, con fundamento en la ley laboral, vigente al momento de su sanción, y la rige en tramos de su desarrollo no cumplidos. Es decir, aclara, que el tramo ya cumplido -como fue la determinación del *quantum* indemnizatorio- se rige por la ley vigente al tiempo del hecho, pero el tramo no cumplido -como el referido al pago de intereses- se rige por la nueva ley. Ello, concluye, no implica retroactividad, ya que sólo afecta efectos o tramos no cumplidos en la obligación reconocida. Recoge tales argumentos de una Sala de la Cámara del Trabajo de Mendoza.

Ha señalado esta Cámara en otras oportunidades (in re “S.”, “C.”, “P., M. C.”, “H.”, “.”, “G.”, “P.”, “D.”, “R.”, “H.”, “M. F.”, “C.”, entre otros) que el principio de irretroactividad de la ley, según Llambías, sólo importa una directiva para los jueces. De ahí la necesidad de saber cuándo podrán ellos aplicar una nueva ley a hechos acontecidos después pero originados antes, sin incurrir en aplicación retroactiva de la norma, lo que les está vedado. De ahí también, continúa el maestro capitalino diciendo, la necesidad de conocer los límites de aquél principio, es decir, cuándo cesa la virtualidad de su directiva (cfr.

Llambías, Jorge J, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed. Perrot, 16ª edición, 1995, Bs. As, p. 141).

El principio de irretroactividad significa que las leyes rigen para el futuro. La irretroactividad implica que la nueva ley no puede volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya agotadas, ni sobre los efectos ya producidos de situaciones o relaciones aun existentes (cfr. Alonso, Juan Ignacio y Rizicman, Leandro, "Código Civil Comentado. Títulos preliminares. Persona", Julio C. Rivera (Director), Ed. Rubinzal Culzoni, p. 30, citando a Fernández Rubio).

No obstante ello, sabido es que en la práctica no siempre es sencillo distinguir efecto inmediato y retroactividad. Puede servir de ilustración el siguiente ejemplo dado por López de Zavalía: una ley disminuye la tasa de interés para los préstamos; en un caso concreto se convino pagar los intereses en cinco cuotas; dos ya han sido pagadas, una está vencida pero no pagada y las dos últimas aún no han vencido: ¿cómo se aplica la nueva ley? Una solución extrema es no aplicarla al préstamo por estar constituido antes de la sanción de la ley anterior a los contratos que propiciaba Roubier. Otra solución extrema será aplicar la nueva ley a todo el contrato, inclusive las cuotas de interés ya pagadas; esta solución no sería aceptada en el Derecho argentino pues la Corte Suprema entendería que afecta el derecho de propiedad constitucionalmente amparado. Otra posibilidad sería aplicarla a las cuotas no vencidas. Ésta es precisamente la que se adecua al actual art. 7, CCCN: efecto inmediato de la ley -consecuencias futuras- y por ende no retroactiva.

La última posibilidad sería aplicarla también a la cuota vencida, pero no pagada, en lo cual cabría reconocer retroactividad, porque la exigibilidad de

la cuota ya se habría producido antes de la sanción de la ley nueva (cfr. Alonso y Rizicman, op. cit, p. 30/31).

Este precisamente es el caso que se plantea en autos. La deuda se tornó exigible con anterioridad al nuevo régimen, resultando por ende indiferente si no se abonó con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, pues de todos modos corresponde, la aplicación de la ley anterior.

A mi juicio, no debe confundirse "exigibilidad" de la deuda con "ejecución" de la deuda. Se trata, la de autos, de una obligación donde "existencia" y "exigibilidad" son coincidentes en el tiempo. De allí que tampoco debe confundirse "existencia" con "ejecución". Por eso, viene a cuento también un ejemplo de Llambías: si el acreedor acuerda un plazo para el pago de la obligación, no es dable aplicar a la relación jurídica una ley posterior a la constitución del crédito, porque si se lo hiciera se incurriría en retroactividad, ya que el plazo no afecta la existencia del crédito, sino la ejecución del mismo. Pero si una ley impide cobrar un interés superior al 10%, es posible aplicarla a los préstamos anteriores por los períodos de interés aun no corridos, porque para que el acreedor adquiriera derecho al pago de los intereses se requiere indispensablemente el transcurso del tiempo futuro, y por tanto del factor habilitante de la ley que se le niega para un cobro superior a aquella tasa (cfr. Llambías, op. cit, nota al pie, p. 142).

En síntesis, el incumplimiento de la obligación es presupuesto de su exigibilidad, por lo que es uno de los "hechos constitutivos" de la relación jurídica.

De allí que no pueda ser aplicada la nueva ley, pues ella se dirige a la misma "constitución" de la relación jurídica, que se concluyó bajo el amparo de la ley anterior. (cfr. Rivera, Julio C, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", T° I, Ed. Lexis Nexis, Bs. As, p. 231)

Las consecuencias son todos los efectos -de hecho o de derecho- que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente (conf. Cifuentes). Llambías ha distinguido las consecuencias de hecho, a las que se aplican las leyes nuevas, y las consecuencias jurídicas, a las que se aplicaría la ley antigua. Tal tesis ha sido sostenida para justificar la no aplicación de normas nuevas a relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación antigua que regulan de manera distinta algunos aspectos de ellas (cfr. Rivera, op. cit, p. 225). Desde esta perspectiva, también corresponde la aplicación de la nueva ley, desde que la consecuencia del incumplimiento de una obligación es “jurídica” y no “fáctica”.

El sentido del art. 7 apunta a las contingencias fácticas futuras de los hechos ya cumplidos. Si se trata de consecuencias ya ocurridas, no cabe alterarlas por el dictado de la nueva ley; pero si las consecuencias sobrevienen bajo el imperio de ésta, quedan gobernadas por el nuevo régimen, aunque su antecedente o causa - “relación o situación jurídica”- ya hubiese existido antes (cfr. Llambías, op. cit, nota al pie, p. 145).

En nuestro caso, la “consecuencia ya ocurrida” ha sido el incumplimiento. Adviértase que la misma sentencia aplica intereses “desde que las sumas resultaron debidas”, motivo por el cual dicho incumplimiento ocurrió en tales fechas, por lo que no la alcanza la aplicación del nuevo régimen sino el anterior.

La Cámara Nacional del Trabajo, a través de su sala V, por mayoría, (causa 29740 – Expte. nº 53199/12 , in re “Virgilli Dario Ernesto c/ Federación Patronal Seguros SA y otros s/ accidente acción civil”, 18/04/2013), señaló que la ley aplicable es la vigente al momento en que el derecho nace, es decir, cuando se configura el presupuesto fáctico de operatividad del sistema de responsabilidad invocado, con independencia de la efectiva promoción del

pleito. De allí que, la proyección de un nuevo ordenamiento normativo hacia el pasado, no resulta posible si por tal vía se altera el alcance jurídico de las consecuencias de los actos o hechos realizados en su momento bajo un determinado régimen legal, con grave afectación de los derechos adquiridos por el actor (cfr. esta Cámara, casos citados).

Kemelmajer de Carlucci, aunque por otra vías, llega a idéntica conclusión, al entender al daño no como una consecuencia, sino como un elemento constitutivo del régimen de responsabilidad, y éste sería el motivo por el cual rige la ley vigente al momento del hecho y no la posterior (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pág. 13, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015., p. 28).

Por otra parte, si se aplicaran intereses tal como lo dispone la sentencia, se incurriría en incongruencia, desde que los intereses pedidos por la actora en su demanda fueron expresamente los de la “tasa activa para descuento de documentos del Banco de la Provincia del Chubut, violentándose de este modo el derecho de defensa en juicio.

Además, los intereses cuestionados ni siquiera fueron sugeridos por la actora en el curso del proceso. Es más, en oportunidad de alegar, la parte actora, con fecha 04.08.2015 (ya regía el nuevo Código) ninguna mención formuló respecto de la aplicación de intereses conforme con la nueva normativa puesta en vigencia pocos días antes.

Tampoco se convocó a las partes, en esa Instancia, a la readecuación del proceso a la luz de la nueva normativa de fondo, mecanismo si bien no contemplado en la ley adjetiva, tampoco deleznable para garantizar la defensa en juicio en el proceso.

De ese modo, la aplicación de una tasa distinta a la peticionada (no entraré a analizar si de aplicación analógica o no a la del juicio por alimentos) luce sorpresiva, intempestiva, y atentatoria contra la seguridad jurídica, por la sencilla razón que el principio general de irretroactividad está estrechamente vinculado con esa seguridad jurídica (cfr. LLAMBÍAS, Jorge J. Tratado de derecho Civil, Parte general, t. I, n° 153, pág. 132).

Ya lo ha dicho la jurista mendocina mencionada anteriormente. La retroactividad no tiene buena reputación. “Artificio, ficción, pretensión insensata de escribir la historia para atrás, evoca la manipulación permanente de modificar, con un golpe, las reglas del juego de modo sospechoso”(Kemelmajer de Carlucci, op. cit, p. 48, citando a Goubeaux, Gilles, Prólogo al libro de Mercoli, *“La retroactivité dans le droit des contrats”*), concluyendo que esa retroactividad, como regla, no se puede exigir a una persona por ser contrario a la razón, un comportamiento cuyas consecuencias legales no son previamente conocidas (citando en su misma obra a De Castro y Bravo, “Derecho Civil de España”, p. 645 y a Mercoli, en la obra citada, p. 281).

Por tales razones, considero inaplicable las normas del nuevo Código Civil y Comercial en este supuesto respecto de los intereses, los que deberán ser aplicados sobre el monto de condena a la tasa activa del Banco del Chubut S.A., desde que cada monto se adeudara y hasta su efectivo pago.

Ello así, por haberlo pedido la actora sin controversia de la demandada y conforme lo tiene resuelto el Superior Tribunal de Justicia provincial.

Ha señalado esta Cámara en otros pronunciamientos de connotaciones similares (Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, “T.”, 044/12 SDL; “L.”, 086/12 SDL) que valía remitirse a lo expuesto por el Dr. Royer en autos “C., R. H. c/ Municipalidad de Camarones s/ Recurso Contencioso

Administrativo autos “C., R. H. c/ Municipalidad de Camarones s/ Recurso Contencioso Administrativo (Expte. N° 16371- 2007)” (Expte. N° 21.997 -C- 2010, STJCh 04/11), quien señaló que el criterio de la sala Civil del Superior Tribunal de Justicia provincial, es el de respetar en cada caso la tasa de interés que ha sido solicitada en la demanda, en tanto no haya sido controvertida. O bien -en su caso- la pactada o impuesta por las normas aplicables. Ello, sin perjuicio de señalar, tal como lo hizo el Ministro de primer voto, que, a partir del 1º de octubre del año 2002 (-in re “G. L.” (S.D. N° 6/SCA/02)- se modificó la doctrina legal del Cuerpo en materia de intereses no estipulados ni establecidos, y estimó que cuando la parte actora no especifica en el libelo inicial la tasa de interés conforme la cual deberá ser liquidada la acreencia cuyo cobro persigue por ante esta Jurisdicción, cabía imponer la más adecuada a las circunstancias económicas, estimándose tal la Tasa Activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A.

En virtud de lo señalado resulta abstracto el cuestionamiento de la aplicación analógica de la norma del art. 552, CCCN a supuestos como el de autos. Corresponde revocar el decisorio en este aspecto.

3.

Sin perjuicio de la modificación del fallo anterior, considero que no corresponde readecuación de costas (art. 282, del CPCC), en razón de haber sido la demandada sustancialmente derrotada en la Instancia anterior (art. 69, del CPCC).Igual temperamento corresponde adoptar en materia de honorarios.

4.

Con respecto a las costas de esta Instancia, en atención a los vencimientos parciales y mutuos, las costas se distribuirán por su orden (art. 72, del CPCC).

A tales fines, se regulan los honorarios de los letrados de la actora, Dres. F. A. A. y M. N. A., en el 27%, en su conjunto, y el de la parte demandada, Dr. L. A. N. en el 27%, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior. Todo ello, con más IVA, si procediere (arts. 5, 6, 9,13 y cc de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

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

De compartir mis colegas integrantes de esta Excma. Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida en cuanto resolvió aplicar sobre el importe de la condena los intereses que determina el artículo 552 del CCyC de la Nación.

Segundo: **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás que fuera materia de agravios.

Tercero: **NO ADECUAR LA IMPOSICION DE COSTAS Y REGULACION DE HONORARIOS** de la primera instancia, confirmándose lo allí dispuesto (art. 282 CPCC).

Cuarto: **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** por su orden (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres.

F. A.A. y M. N. A., en conjunto, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. L. A. N., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de

corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, DEVUELVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de Villafañe no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril 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

Primero: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto resolvió aplicar sobre el importe de la condena los intereses que determina el artículo 552 del CCyC de la Nación.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás que fuera materia de agravios.

Tercero: NO ADECUAR LA IMPOSICION DE COSTAS Y REGULACION DE HONORARIOS de la primera instancia, confirmándose lo allí dispuesto (art. 282 CPCC).

Cuarto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA por su orden (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. A. y M. N. A., en conjunto, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. L. A. N., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVA**SE.

REGISTRADA BAJO EL N°

/16 SDL. CONSTE