

NEUQUEN, 23 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARKIEWICZ BEATRIZ ANDREA C/ SAPAC S.A. S/ DESPIDO X FALTA PAGO HABERES", (JNQLA3 EXP 424426/2010), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 234/239, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente sostiene que el fallo en crisis viola el principio de la sana crítica, el que es reemplazado por presunciones, las que se constituyen en el único fundamento de la resolución adoptada.

Señala que la demandada alegó que se le aplicaron dos sanciones disciplinarias a la actora antes de resolver su despido con causa, y que este despido tuvo su causa en que se detectó que realizaba tareas propias de su condición profesional (contadora pública) para otros clientes, en horario laboral, en el que debía presta funciones solamente para la accionada.

Destaca que en la prueba confesional la actora contestó afirmativamente a las posiciones 1, 4, 5, 8 y 10; y los testimonios de Abella, Jaime, Cisternas y Huero Mansur, en forma concordante, refirieron y ratificaron los hechos sostenidos por la demandada.

Agrega que también adquiere importancia, y avala lo expuesto en la contestación de demanda, los oficios contestados por la Dirección Provincial de Rentas de la provincia de Río Negro, y por la Dirección Municipal de Comercio de la ciudad de Neuquén, como así mismo la pericia informática.

Dice que la actora nada probó, en tanto que su parte acreditó la existencia de la injuria invocada en la comunicación del despido.

Subsidiariamente se agravia por la imposición de las costas del proceso, en tanto la demanda prosperó solamente en el

45,60% de lo pretendido, con cita de jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Apela por altos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora y al perito en informática.

b) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, cabe señalar que el juez de grado ha encontrado probada la causal del despido invocada por la demandada, en lo que a uno de los hechos imputados a la actora refiere, pero ha hecho lugar a la demanda en el entendimiento que no existe relación de proporcionalidad entre la falta cometida y la decisión adoptada por la empleadora (ruptura del contrato de trabajo).

El art. 242 de la LCT habilita a una de las partes del contrato de trabajo a hacer su denuncia en caso de inobservancia de las obligaciones resultantes del mismo "que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación". Agrega la norma citada en su segundo párrafo: "La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso".

Raúl Horacio Ojeda señala que la injuria laboral consta de elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son, un acto contra derecho, de origen contractual (incumplimiento de las prestaciones inherentes al contrato) o extracontractual, en tanto estos últimos actos afecten al contrato. En tanto que los elementos subjetivos son la imputabilidad (el acto debe ser imputable a la parte incumplidora), y agravio (sensación o sentimiento de quién padece la injuria) -cfr. aut. cit., "Teoría de la injuria laboral", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2011-2, pág. 11-.

En autos el elemento objetivo se encuentra presente. El juez de grado ha tenido por acreditado -extremo firme en esta instancia-, que la actora realizó trabajos propios de su profesión, para terceros, en el lugar de trabajo, en

horario laboral, y utilizando la computadora suministrada por la demandada para el cumplimiento del débito laboral.

Tampoco se encuentra cuestionada la imputabilidad de dicho acto a la trabajadora demandante.

La controversia se plantea en torno a la gravedad de la injuria.

Juan Carlos Fernández Madrid sostiene que para que el despido sanción tenga efectos extintivos de la obligación de indemnizar, es necesario que se cumplan los recaudos consistentes, entre otros, en la proporcionalidad entre la falta y la sanción. Y precisa: "Los antecedentes desfavorables de un operario pueden servir de apoyo a un despido si existe un último hecho injurioso que pueda ser utilizado como causa inmediata y directa de la decisión. Recién en ese supuesto, los antecedentes (sancionados) se agregan al hecho último para determinar la gravedad de la causal y la justicia del despido, que no tendría justificativo si se tomara el último hecho con prescindencia de sus antecedentes... En definitiva, una falta que aisladamente considerada no es suficiente para autorizar el despido, puede legitimar tal consecuencia cuando representa el último elemento de una serie de incumplimientos que constituyen las manifestaciones de un comportamiento culpable del trabajador" (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada", Ed. La Ley, 2010, T. III, pág. 1.952).

En parecidos términos se pronuncia Raúl Horacio Ojeda, manifestando que la entidad de la injuria se mide en una faz cualitativa, y otra cuantitativa. En la primera se mide la gravedad de la falta en si misma considerada, en tanto que en la segunda pesará el historial del ofensor frente a un último suceso.

"De tal modo, una falta puede tener la entidad que por sí sola justifique la denuncia con causa del contrato, aún cuando el ofensor tenga un historial irreprochable. Podría ser también que un incumplimiento, considerado aisladamente, no tenga peso por sí para justificar una resolución contractual, pero ponderado en el contexto de sus comportamientos globales y de las advertencias de las que fuera objeto, denote la imposibilidad de proseguir la relación laboral" (aut. cit., op. cit., pág. 32).

Tal posición ya ha sido explicitada por esta Sala II en autos "Jara c/ Sapac S.A." (expte. n° 426.258/2010, P.S. 2014-III, n°100).

De acuerdo con la comunicación del despido, éste se fundó en dos hechos, uno comprobado en autos y que ya se detalló, "y atento los antecedentes de sanciones disciplinarias aplicadas con anterioridad" (fs. 113/114).

El juez de grado ha desechado los antecedentes disciplinarios por su imprecisión, y ha entendido que el último hecho imputado a la trabajadora no tiene entidad suficiente como para justificar el despido con causa.

Ahora bien, la existencia de las dos sanciones disciplinarias anteriores al despido ha sido reconocida por la parte actora al absolver posiciones (fs. 55/56, respuesta a la posición n° 4).

La relación laboral de autos se inició el 3 de marzo de 2008, y del legajo personal de la actora que tengo a la vista, surge que el día 14 de mayo de 2009 se le aplica sanción de apercibimiento "por dedicar gran parte de su horario de trabajo al ocio, haciendo caso omiso a las directivas de su supervisor directo"; y el día 23 de abril de 2010 se le impone sanción de dos días de suspensión por no cumplir con las normas de convivencia y buenas costumbres en el trabajo, "que fueron consensuadas con usted y el equipo de trabajo, y que consintió y estuvo de acuerdo".

La demandante no impugnó ninguna de las dos sanciones. No paso por alto que a fs. 19 la actora acompaña descargo que habría efectuado respecto de la segunda de las sanciones indicadas en el párrafo anterior, pero esa nota no tiene constancia de recepción por parte de la demandada, y ésta niega que se haya presentado.

Entiendo que esta ausencia de impugnación de las sanciones aplicadas importa un reconocimiento de la existencia de las faltas imputadas y penadas, por lo que mal puede quitarse entidad a los antecedentes disciplinarios alegando imprecisión en la descripción de la conducta sancionada. En todo caso debió la trabajadora -profesional en ciencias económicas- cuestionar oportunamente las sanciones comunicadas. Claramente el art. 67 de la LCT determina que si pasado el término que el mismo establece sin que se haya

cuestionado la procedencia y el tipo o extensión de la sanción, peticionando su supresión, sustitución o limitación, la sanción se tendrá por consentida.

Mario E. Ackerman entiende que siendo la consecuencia del silencio del trabajador el consentimiento de la medida, el cuestionamiento a la sanción se constituya en un acto necesario en interés propio, apareciendo como una carga legal (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 581). Por ende, ante el incumplimiento de la carga legal debe la actora cargar con sus consecuencias, o sea el consentimiento de la sanción, lo que conlleva la imposibilidad de quitarle entidad como antecedentes disciplinarios.

Luego, y tal como ya lo dije, el a quo ha considerado acreditado la realización de tareas no relacionadas con las propias del contrato de trabajo, en el lugar de trabajo, en horario laboral y con elementos de la demandada.

Tal como lo indica el perito en informática, el archivo en el cual trabajó la actora, en actividad ajena a su débito laboral, fue creado a las 2:45 pm del día 13 de abril de 2010 y modificado por última vez a las 4:56 pm del mismo día. Es cierto como sostiene el juez de grado que ello no importa que haya estado trabajando las dos horas en ese archivo y que puede tener otras pantallas abiertas al mismo tiempo, pero esta afirmación no deja de ser una conjetura subjetiva del juzgador de grado, que no encuentra correlato en ninguna prueba aportada a la causa. Con el mismo nivel de probabilidad se podría sostener que la trabajadora dedicó esas dos horas al archivo en cuestión, sin realizar ninguna otra tarea.

Pero más allá de ello, entiendo que la duración de la distracción de las tareas comprometidas para la demandada no reviste mayor relevancia, toda vez que lo importante es la realización de esas tareas cuando debía dedicar ese tiempo y los elementos puestos a disposición por la empleadora para justamente cumplir con las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.

En definitiva, en atención a los antecedentes disciplinarios de la demandante, la última falta cometida adquiere entidad de injuria que impide la prosecución de la

relación laboral, y justifica la decisión adoptada por la demandada.

Cabe señalar aquí, que la circunstancia que las sanciones aplicadas con anterioridad respondan a conductas diferentes del hecho que determinó el despido, no neutraliza la influencia de aquellas en la valoración de la injuria, desde el momento que son demostrativas de una conducta general de la actora que no se condice con el buen trabajador a que hace referencia el art. 63 de la LCT.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala I) ha dicho que el contrato de trabajo se sustenta en el recíproco respeto y la confianza entre las partes, y si en el curso de la relación se producen reiterados actos de negligencia que impiden continuarla en el plano de la buena fe y la confianza, es lícito ponerle fin (autos "Cervelo c/ Siam Di Tella Ltda.", 17/5/1985, DT 1985-B, pág. 1.149)

En igual sentido, Carlos Alberto Livellara sostiene que el negocio jurídico laboral, cualquiera sea la forma que se emplee para su concreción (expresa o tácita), da origen a un complejo de relaciones, no sólo jurídicas, sino también económicas y morales. "Al respecto, Alonso García señala que el contenido del contrato de trabajo está dado por el conjunto de derechos y deberes recíprocos de ambas partes... que se manifiesta como una consecuencia o serie de consecuencias de la relación que vincula a aquellas... Dentro de este complejo -paquete- de obligaciones recíprocas, cabe distinguir las que se refieren a la ejecución del acuerdo, llamadas de cumplimiento (poner la capacidad de trabajo a disposición de la otra parte, abonar el salario, etc.) de las de conducta o éticas, que se refieren al modo o forma de hacerlo y se traducen en determinados imperativos de orden moral... Si bien los imperativos de conducta aparecen como complementarios de las obligaciones de cumplimiento, no por eso dejan de tener su real importancia, ya que entran a gravitar otros aspectos que atañen al respeto mutuo y recíproca lealtad que deben brindarse los integrantes de la comunidad laboral, reconociendo en definitiva, su dignidad como seres humanos. Ocurre que el contrato de trabajo, por ser de tracto sucesivo e implicar en la realidad un trato personal entre quienes desarrollan su actividad laboral en la empresa, no solo entre empleador y trabajador, sino entre estos entre sí y con los demás trabajadores, exige que esas relaciones se desarrollen

dentro de pautas mínimas de ética, de mutua tolerancia, equidad y buena fe, para asegurar la convivencia y posibilitar el desarrollo de los integrantes del grupo, tanto en sus calidades personales como profesionales.

"Dentro de estas pautas, la LCT argentina establece reglas generales sobre la actuación a que se deben sujetar las partes, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones...están obligados a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo (art. 63, LCT)" (cfr. aut. cit., "La presencia física del trabajador, sus derechos fundamentales y las facultades del empleador. A propósito del caso Cucchi de la Corte de Mendoza", LL AR/DOC/7258/2010).

Por lo dicho es que entiendo que el fallo de grado debe ser revocado.

III.- En atención al resultado de la apelación, que obliga a reveer lo decidido en materia de costas y honorarios profesionales (art. 276, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento de la queja subsidiaria de la demandada, como así también del recurso arancelario.

IV.- En consecuencia, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar el decisorio recurrido, disponiendo el rechazo íntegro de la demanda, con costas, en ambas instancias, a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en las sumas de \$ 17.315,00 para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., y \$ 12.121,00 para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ..., de conformidad con lo establecido en los arts. 6, 7 y 10 de la ley 1.594, considerando una base regulatoria de \$ 77.296,46 (resultante de adicionar al capital reclamado en la demanda, los intereses calculados conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de presentación del escrito inicial y hasta la de la sentencia de grado).

Los honorarios del perito en informática, Lic. ..., se regulan en la suma de \$ 4.640,00, teniendo en cuenta la

adecuada relación que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, y la labor desarrollada.

Los honorarios del letrado actuante ante la Alzada, Dr. ..., se regulan en la suma de \$ 6.060,00, conforme lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 234/239, disponiendo el rechazo íntegro de la demanda interpuesta por Beatriz Andrea MARKIEWICZ contra SAPAC S.A.

II.- Imponer las costas, en ambas instancias, a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en las sumas de \$ 17.315,00 para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., y \$ 12.121,00 para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ..., de conformidad con lo establecido en los arts. 6, 7 y 10 de la ley 1.594, considerando una base regulatoria de \$ 77.296,46 (resultante de adicionar al capital reclamado en la demanda, los intereses calculados conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de presentación del escrito inicial y hasta la de la sentencia de grado).

IV.- Fijar los honorarios del perito en informática, Lic. ..., en la suma de \$ 4.640,00, teniendo en cuenta la adecuada relación que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, y la labor desarrollada.

V.- Regular los honorarios del letrado actuante ante la Alzada, Dr. ..., se regulan en la suma de \$ 6.060,00, conforme lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI



Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria