--- En la ciudad de Trelew, a los 05 días de mayo del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, bajo la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“D. , R. E. c/ BANCO XXX S.A. s/ cobro de haberes e indemnización de ley” (**Expte. N° 22.514 - año 2007 venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 472.----------

---

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

---

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 441, que fuera concedido a fs. 453, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 430/439 y vta. que hizo lugar a la demanda instaurada por R. E. D. y condenó al BANCO XXX S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $47.901,36.-, con más sus intereses, en concepto de remuneraciones adeudadas, vacaciones no gozadas, sueldo anual complementario proporcional, indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso e incremento contemplado por el art. 16 de la ley 25.561, en tanto que rechazó el reclamo por daño moral, con imposición de costas a la vencida.----------

--

--- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 luce a fs. 456/459 y el traslado conferido a fs. 460 fue evacuado por su contraria en forma extemporánea por lo que se dispuso a fs. 468 su desglose.----------

---

---Sostiene el apelante que debió tenerse en cuenta la actuación posterior del empleador, es decir, si además de imputar la comisión de un delito penal al trabajador, tuvo una actitud responsable y diligente. Esto es, si realizó la formal denuncia penal, si se constituyó en querellante, si arrimó pruebas, o por el contrario se limitó a imputar livianamente, ensuciar el nombre del trabajador,

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

para abandonar ahí su pretensión punitiva. Alude a la imposibilidad de conseguir nuevos trabajos, y a la circunstancia de haberse probado que la suspensión tuvo una gran repercusión en el ámbito habitual de labor, lo cual afectaba la imagen del actor entre sus compañeros de trabajo, amén de la penosa situación familiar que se vio obligado a padecer. Señala también que el demandado violó el derecho a la intimidad al “espiar” su cuenta de correo, su cuenta telefónica y obtener información confidencial por medios que llama “informales”, pero que esconde el carácter “ilegal”. En contra del fundamento del Juez a quo en el sentido que no se probó la existencia de un ilícito fuera del contrato laboral hace referencia a doctrina y sostiene que la reparación del daño moral en nada se relaciona con la indemnización por despido ya que se fundamentó en la actitud desaprensiva del banco con grave agresión psíquica y personal que encuadra en el concepto de agravio a la persona (art. 1078 del Código Civil). Se lesionaron los más íntimos sentimientos provocando a la víctima dolor moral y sobre todo un sentimiento de vergüenza social en el entorno laboral en el que participaba. Entiende que cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el onus probandi. Esas eventuales heridas subjetivas pueden determinarse mediante presunciones judiciales sobre la base de las máximas de la experiencia o de los hechos notorios, según sea en cada caso. Cita doctrina en el sentido que la autonomía del Derecho del Trabajo no debe confundirse con la autosuficiencia y menos aún llevar a prescindir del Derecho Civil. Refiere a un pronunciamiento en el que la alzada revocó la resolución de primera instancia para hacer lugar al rubro daño moral al encuadrar un caso de agresión física y verbal en el concepto de agravio a la persona. Señala que se trata de un trabajador con 10 años de antigüedad con una actuación destacada en el área de informática bancaria, y la imputación de haber violado secreto bancario es un hecho probado que debe ser reparado.----------

---2. El juzgador de la anterior instancia desestimó el rubro daño moral por entender que ***para que se configure su existencia es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la***

antijuricidad de la conducta que se califica de injuriante, oprobiosa, y por ende, nociva para el trabajador. La prueba de la configuración de estas circunstancias recae en el trabajador. Lo trascendente es determinar si el reclamo tienen su causa fuente en un ilícito ajeno al contrato de trabajo, es decir, si hubiere resultado indemnizable aún cuando la relación laboral no existiera. Por ello, se debe independizar el concepto y el alcance del despido como grave ilícito contractual, del agravio extra sufrido por el trabajador. … ***En el presente caso, el actor no ha alegado ni probado la existencia de un ilícito ajeno al contrato de trabajo por parte de su empleador que implique su responsabilidad extracontractual, motivo por el cual este rubro se rechaza***.----------

--- Como puede observarse el razonamiento dirimente del Sr. Juez de la anterior instancia se estructuró a partir de considerar que el reclamo por daño moral debe tener su causa fuente en un ilícito ajeno al contrato de trabajo generador de responsabilidad extracontractual.----------

--- Al respecto, el fallo de primera instancia adoptó el criterio seguido por esta Cámara en cuanto a que la indemnización tarifada contenida en el art. 245 de la L.C.T. excluye, como principio general, la admisión del reclamo por daño moral, pretensión que sólo puede ser considerada si resulta vinculada con un ilícito adicional al despido. De tal modo, el daño debe ser reparado únicamente cuando

el empleador incurrió en conducta perjudicial al trabajador desde el punto de vista extra-contractual, con menoscabo comprendido por el art. 1078 del Cod. Civil. Por el contrario, si el perjuicio deriva de un incumplimiento contractual, por hallarse los hechos y omisiones comprendidos en el ámbito de las obligaciones convencionales fuera del campo aquiliano (art. 1107 del Cód. Civil), el art. 1078 antes invocado resulta inaplicable, y a su vez la norma prevista en materia de responsabilidad contractual por el art. 522 del citado ordenamiento queda desplazada por la específica del art. 245 de la L.C.T., que dispone un régimen de indemnización tarifada (c. 10.189, S.D.L. N° 138/92; c. 10.682, S.D.L. N° 159/93; c. 11.128, S.D.L. N° 119/94; c. 11.530, S.D.L. N° 42/95; c. 11.772, S.D.L. N° 09/96; esta sala “B”, c. 17.896, S.D.L: 29/2002) (el

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

subrayado me pertenece).---

--- Desde esta perspectiva, se reconoce la posibilidad de acumular a las indemnizaciones tarifadas de la ley, otro resarcimiento destinado a reparar el daño moral, si éste resulta consecuencia de un hecho distinto que la simple denuncia del contrato, cuando en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella, el empleador incurre en conductas que causan perjuicio al trabajador desde el punto de vista extra-contractual, es decir, cuando le causa un daño que resultaría indemnizable aún en ausencia de una relación laboral (Etala, "Contrato de trabajo", Astrea, 4ta. ed., 2002, pág. 631). ----------

---

--- De tal modo, el empleador incurre en una conducta perjudicial para el trabajador desde el plano de la responsabilidad extracontractual si le provoca un agravio moral contemplado por el art. 1078 del Código Civil, con prescindencia del vínculo laboral.----------

-

--- A su vez, dentro del plano contractual caber distinguir dos supuestos: a) si el incumplimiento contractual se traduce únicamente en una conducta generadora del despido incausado la norma contemplada por el art. 522 del Código Civil se desplaza por la específica prevista por el art. 245 de la L.C.T.; y b) si además del incumplimiento contractual que produce el despido se proyecta una afectación adicional que trasciende a la injuria laboral afectando otras órbitas del derecho del trabajador, ese distinto incumplimiento del empleador queda comprendido dentro del régimen de responsabilidad contractual previsto por el ordenamiento civil (una bofetada que no importe lesión o una ofensa que no importe injuria, y que por tanto no encuadren en delito penal).----------

---

--- O sea, puede tratarse de una responsabilidad contractual o extracontractual, situación que dependerá *de la forma y modo en que se produzca la acción dañosa* (Pizarro, "Daño moral", Hammurabi, 1996, pág. 598).----------

---

--- En ese marco, corresponde ingresar a la situación de conflicto desencadenada por la suspensión preventiva dispuesta por la institución bancaria según comunicación del 12/03/2003 que diera lugar al rechazo de esa

medida por el trabajador (nota, fs. 5; telegrama, fs. 6). Y ante la impugnación formulada sostuvo la hoy demandada que la suspensión precautoria está amparada por las facultades que le otorga la ley de contrato de trabajo por existir “fundada sospecha de incumplimiento grave de sus deberes contractuales y de violación del Secreto Bancario (divulgación vía e-mail con el seudónimo “M. C. ” de operaciones pasivas) …”, lo que a su vez mereció el rechazo por el dependiente (carta documento, fs. 7; telegrama, fs. 8).----------

---

--- Finalmente, ante la reiteración de la empleadora, previa intimación del trabajador a fin de que pongan a su disposición la información con la que contaban, se dio por despedido por exclusiva culpa de la empleadora (carta documento, fs. 9; y telegramas, fs. 10 y 11).----------

--

--- En ese contexto, cabe precisar que la suspensión preventiva -denominada posteriormente precautoria- fue dispuesta a los fines de proceder a una investigación interna, por lo que entiendo que esa medida no resulta por si sola injuria que genere obligación de indemnizar.----------

-

--- Dicho de otro modo, no se trata de un hecho ilícito que por tanto encuadre en una conducta antijurídica, aún cuando en definitiva las razones que motivaran la misma no resultaran justificadas.----------

---

--- Y esa es la perspectiva adoptada por el juzgador aun cuando concluyó que, por no surgir de las pruebas arrimadas la demostración de la justa causa para disponer la suspensión, el despido indirecto decidido resultó justificado (fs. 438 y vta.).----

--- Y sin perjuicio que el decisorio en crisis tuvo por justificado el despido indirecto decidido, porción del fallo que adquirió firmeza ante la falta de apelación de la demandada, limitado el análisis a ponderar la conducta asumida por la empleadora al decidir la suspensión precautoria ante las sospechas que tenía, considero que la patronal tiene facultad para disponer la suspensión de un empleado mientras se efectúa una investigación interna con la finalidad de comprobar el grado de certeza de aquellas sospechas, pues esa prerrogativa está

comprendida dentro del derecho de dirección que le asiste y que se funda en el principio de buena fe (arts. 63 y 65 de la L.C.T.).----------

--- Suspensión precautoria que se diferencia de la suspensión preventiva contemplada por el art. 224 de la L.C.T. toda vez que esta última requiere un presupuesto distinto referido a que el trabajador esté sometido a proceso penal.--

--- Por ello, la suspensión precautoria no puede considerarse en sí una medida injuriosa en tanto se notifique por escrito y contenga indicación de plazo y causa.

--- En efecto, la jurisprudencia ha dicho que la suspensión precautoria no resulta en sí una medida injuriosa y no habilita, consecuentemente, al trabajador a considerarse agraviado, ya que su finalidad no es sancionarlo, sino permitir la investigación de un ilícito (Rodríguez Mancini, “Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Astrea, 2000, pág. 392).----------

--- Y si bien no releva al empleador del pago de salarios, para la determinación de su procedencia ha de estarse a las resultas de la investigación. Si ésta arroja falta de responsabilidad del dependiente o no se comprueba la falta imputada, por aplicación de los principios generales el empleador sería responsable por el pago de los haberes de los que privó al dependiente por su decisión de suspenderlo (mediaría *mora accipendi*, imputable al empleador). Si, al contrario, se comprueba la comisión del ilícito o falta laboral, la suspensión se considera plenamente válida y no da derecho a retribución alguna por su transcurso (Rodríguez Mancini, ob. cit, pág. 393).----------

--- Y en la presente causa cabe destacar que el trabajador se colocó en situación de despido indirecto antes que venciera el plazo de la medida, pues la nota por la cual se comunicó la misma lleva fecha del 12/03/2003 y la comunicación rescisoria es del 07/04/2003 (fs. 5 y 11, respectivamente).----------

--- Desde ya que no era recaudo indispensable exigirle a la institución bancaria la formación de un sumario en atención a lo previsto por el art. 40 de la ley

4164, ya que las relaciones entre el Banco y sus dependientes quedan regladas por el derecho privado, resultando aplicables las disposiciones del C.C.T. 18/75.----------

--- Con tales alcances, es facultad del empleador comprendida dentro de sus poderes de dirección suspender a su dependiente con alcance precautorio durante la tramitación de una investigación interna. Es una medida de naturaleza distinta y por lo tanto ajena a la suspensión preventiva contemplada en el art. 224 de la L.C.T.----------

--- La suspensión precaucional es supuesto netamente independiente de la suspensión preventiva, cuya fuente es de carácter jurisprudencial y doctrinario. Se trata de una medida cautelar, que persigue el esclarecimiento de un evento, con el que se sospecha tiene relación un determinado empleado, quien a las resultas de las averiguaciones pertinentes, podrá o no, ser pasible de una sanción disciplinaria. El ejercicio de la atribución de separar al trabajador de sus tareas para investigar su vinculación con una presunta falta o incumplimiento constituye una potestad del empleador. El efecto típico que produce la suspensión precaucional es la paralización de la obligación de dar ocupación prevista en el art. 78 de la L.C.T. (conf. Confalonieri (h), “La suspensión precautoria de la relación laboral”, D.T. 1990-A, 1129).----------

--- La facultad del empleador de disponer la suspensión precautoria de su dependiente -ajena por completo a la regulación contenida en el art. 224 de la Ley de Contrato de Trabajo- está incluida entre las de dirección que le competen, fundada directamente en los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral (SCBA, L. 39188 S, 07/03/1989, “P. , T. c. Banco de xxx y xxxx ”, del voto del Dr. Negri, DJBA 136-137). El principal tiene facultades de suspender a un empleado mientras tramita una investigación interna o un sumario tendiente a determinar su responsabilidad en algún hecho susceptible de acarrearle una sanción (SCBA, L 47784 S, 22/10/1991, “V. , P. M. c. A. B. ”, del voto del Dr. Pisano, DJBA 142-264).----------

--- En ese marco, desde que la suspensión precautoria dispuesta por la

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

institución bancaria no es por si misma un hecho ilícito generador del deber de responder, no corresponde admitir reclamo por daño moral ante la conducta patronal adoptada a ese respecto.----------

--- Por lo demás, no se advierte que el actor acreditara el daño moral que estima sufrido.----------

--

--- Y si bien el apelante en su expresión de agravios hizo referencia a la imposibilidad de conseguir nuevos trabajos, afectación de su imagen en el ámbito habitual de labor, penosa situación familiar padecida, y violación del derecho a la intimidad al “espiar” la empleadora sus cuentas de correo y telefónica, lo cierto es que ello no fue probado y en sus aspectos principales tampoco fue alegado, tal como lo precisara el fallo en crisis a fs. 438 vta./439.----------

--- Para ello basta con cotejar las manifestaciones vertidas a fs. 457 -en particular los dos primeros párrafos- y las expresiones volcadas en el escrito de inicio (acápite IV, fs. 20 vta./23 y vta.), por lo que las cuestiones de hecho introducidas recién en la expresión de agravios no fueron propuestas a la anterior instancia.-----

--- En tales condiciones, el alcance impuesto por el art. 271 del C.P.C.C. y la prohibición contenida en el art. 277 del citado ordenamiento impide el tratamiento de la queja vertida en tal sentido.----------

--- Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, págs. 165/166).----------

---

--- En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (conf. Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177).----------

--- Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357).----------

---

--- Asimismo, en cuanto a la prueba testimonial referida por el quejoso a fs. 457, (testigos B. y R.) lo cierto es que no puede producirse prueba de hechos no alegados.----------

---

--- Así, no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos (art. 364 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 76 de la ley 69).----------

---

--- Vale decir que los hechos llamados a establecerse en objeto de la prueba deben haber sido introducidos por las partes en el proceso, a través de sus escritos constitutivos de demanda, reconvención, excepciones y sus contestaciones, y excepcionalmente, al alegarse hechos nuevos en primera y segunda instancia, pues <u>para el ordenamiento procesal que nos rige el hecho no afirmado no existe</u> (Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Abeledo-Perrot, 1996, par. 2.a) I., pág. 40) (el subrayado me pertenece).---------

---

--- Y aún cuando por hipótesis se obviara tal circunstancia, el testigo R. declaró que conoce de las circunstancias que culminaron en la desvinculación “por rumores”, y que la causa de la decisión del Banco “no la sé, se un rumor” (respuesta a la 4a. y 12a. pregunta, fs. 209 y vta.). En igual sentido se manifestó B. ya que conocía por cuanto D. le mostró unas cartas que había mandado el

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

banco “y lógicamente por sus dichos” (respuesta a la 7a. pregunta, fs. 221).-----

--- Se tratan de testigos de referencia y la declaración de un testigo de referencia carece de eficacia porque la relación de sujeto conocedor a objeto conocido no es directa (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal …”, Astrea, 1983, T. 2, pág. 439).

--- Así, los denominados testigos de referencia son aquellos que no han apreciado el hecho a que se refiere la causa, sino que la versión que indican proviene de la referencia que han hecho otras personas (Falcón, “Código Procesal …”, Abeledo-Perrot, 1984, T. III, “par. 426.9.9., pág. 299).----------

--- Por ello, tales declaraciones carecen de eficacia para acreditar el daño moral reclamado, pues además del incumplimiento contractual que produce el despido, no se observa una afectación adicional que trascienda a la injuria laboral y permita tener por configurado un distinto incumplimiento del empleador que se proyecte por fuera del régimen de indemnización tarifada previsto por el art. 245 de la L.C.T.----------

--- Como regla, para que resulte procedente una indemnización adicional, será indispensable demostrar el daño invocado (Vázquez Vialard, Director, “Tratado de derecho del trabajo”, Astrea, 1984, T. 5, par. 145, pág. 293).----------

--- Por tales razones, se desestiman los agravios vertidos.----------

--- 3. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada al apelante vencido, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan las tareas desplegadas en esta instancia, entiendo que resulta prudente regular los honorarios del Dr. H. A. A. , letrado apoderado de la parte actora, en la suma porcentual equivalente al 25% de la cantidad fijada para los emolumentos de primera instancia (arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el

I.V.A. correspondiente.----------

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.-

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- Vienen estos actuados a conocimiento de la alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 441) en contra del fallo definitivo dictado en autos (fs. 430/439 vta.), por el cual se hace lugar a la demanda promovida por el Sr. R. E. D. condenando al Banco xxx S.A. a que en el plazo que fija abone al actor la suma de $ 47.901,36, con más los accesorios calculados en la forma dispuesta en el considerando III y costas.----------

---El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 se encuentra glosado a fs. 456/459.----------

---

--- Corrido traslado a la contraria (fs. 460), este fue evacuado extemporáneamente disponiéndose su desglose y devolución por providencia de fs. 468.----------

--- I.- La reseña de los agravios fue suficientemente realizada por el Sr. Magistrado de sala que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.----------

--- Sin embargo si resulta útil identificar que el único motivo por el cual se agravia el apelante consiste en la desestimación de la pretensión resarcitoria por daño moral por él deducida en demanda.----------

--- II.- El juzgador a quo indicó como fundamento del rechazo de la pretensión resarcitoria por daño moral planteada por el actor, lo siguiente: *"...En cambio, entiendo, que el concepto reclamado por daño moral no es procedente. En efecto, cabe señalar, que para que se configure su existencia es necesario que exista una conducta adicional del empleador ajena al contrato, de naturaleza dolosa, es decir, un acto ilícito adicional al despido. La ilicitud se refiere a la*

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

antijuridicidad de la conducta que se califica de injuriante, oprobiosa y, por ende, nociva para el trabajador. Lo trascendente es determinar si el reclamo tiene su causa fuente en un ilícito ajeno al contrato de trabajo, es decir, si hubiere resultado indemnizable aún cuando la relación laboral no existiera. Por ello se debe independizar el concepto y alcance del despido como grave ilícito contractual, del agravio extra sufrido por el trabajado. De allí que pueda concluirse que cuando el empleador incurre en conductas lesivas de los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales del trabajador lo debe resarcir integralmente, ya que configura una conducta genéricamente comprendida en los arts. 1072, 1078, 1109 del Código Civil, aún con total prescindencia del contrato de trabajo en que se produjera...En el presente caso, ***el actor no ha alegado ni probado la existencia de un ilícito ajeno al contrato de trabajo por parte de su empleador que implique su responsabilidad extracontractual****, motivo por el cual este rubro se rechaza...”* (sic)(el énfasis me pertenece)(fs. 438 vta./439).----------

--- He trascripto la porción pertinente del fallo que diera motivo a la porción del veredicto emitido que se encuentra ahora cuestionado, en cuanto desestima el resarcimiento por daño moral pretendido, toda vez que, de su lectura, se induce fácilmente la toma de posicionamiento por parte del Sr. Juez a quo respecto a cuándo considera sería susceptible su resarcibilidad, asumiendo ésta los perfiles que identificaron a la posición denominada contractualista extrema y, por ende, restrictiva.----------

---

--- En tal posicionamiento, que se registra ya desde el fallo plenario 168 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dictado el 18/10/71, en autos “K. de C., C. O. c. E. ”, se expreso que cuando se configura un hecho ilícito “delictual o cuasi delictual”, -arts. 1072 y 1.109 del Código Civil- (distinto a la denuncia incausada o causada del contrato según sea despido directo o indirecto, y distinto de actos que sólo sean representativos de una inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral), y se prueben los daños no solo patrimoniales sino también extrapatrimoniales, corresponde la reparación del agravio moral. Se explica esta postura restrictiva en que se asienta en la convicción de que las previsiones del régimen laboral, en cuanto contempla las

indemnizaciones tarifadas, cubrirían todos los daños contractuales, con lo cual indirectamente se limitaba la recurrencia al Derecho común sólo en la hipótesis de que mediara algún daño calificable como ilícito extracontractual (Vide: Machado Daniel y Ojeda Raúl Horacio, en “Tratado de Derecho del Trabajo”, Ed. Rubinzal Culzoni, dirigido por Ackerman, Mario, coord.. por Tosca Diego M., T. IV, La relación individual de trabajo-III, Cap. XVI, punto VI, págs. 385 y sgtes.).--

--- El efecto restrictivo que de allí se deriva es evidente. En el contexto de una relación de trabajo es virtualmente imposible detectar incumplimientos que puedan calificarse como inespecíficos, utilizando palabras de Pizarro (“Daño Moral”, Ed. hammurabi, año1996, pág. 599); esto es, comprendiendo tal expresión aquellas consecuencias que debieran ser reparables aún sin que exista el vínculo contractual.----------

--- Es que el ingenioso rodeo argumental por el cual se considera como extracontractuales a los daños que generarían obligación de resarcir “incluso si entre las partes no existieran un contrato” no logra superar el escollo que presenta la realidad, cual es, que el contrato si existe lo cual nos coloca el siguiente valladar normativo, consistente en que si el comportamiento antijurídico dañoso atribuido al empleador se puede acomodar del mismo modo en ambos sistemas que regulan el deber de responder por ellos –órbita contractual o extracontractual- debiera poderse trasponer también el presupuesto que emana del art. 1.107 del Código Civil, siguiéndose de ello el carácter restrictivo que le asignara a tal postura “supra” habida cuenta que de tal manera la indemnización por daño moral solo sería demandable cuando correspondiere a un delito de Derecho criminal.----------

--- Asimismo, en el marco de entendimiento del Sr. Juez a quo queda fuera de toda posible consideración supuestos que quedando excluidos de un posible encuadramiento en un tipo penal igualmente pudieran constituir no solo injuria justificante del despido sino también causa de un daño extrapatrimonial resarcible según las normas del Derecho común; e, inclusive, sin que alcancen a configurar una injuria suficiente para justificar un distracto laboral (Conf. Pizarro, Ramón Daniel, en op. cit., págs. 605/607, letra b; id., Ackerman,

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

Mario, op. cit. págs. 404/405).----------

--- A la par, es dable tener presente para no soslayarlo que la personalidad del dependiente tiene protección especial en nuestro ordenamiento laboral en sintonía con lo que establece la Carta magna (Conf. art. 14 bis de la Constitución Nacional). Ello explica suficientemente las explícitas normas contenidas en los arts. 4°, 65°, 66°, 70° de la L.C.T., de los que se extrae una responsabilidad extrapatrimonial del empleador y que, ante su incumplimiento, daría lugar a un daño moral configurándose un hecho ilícito contractual –no delictual- (Conf. arts. 522, 1083, 505 y 630 del Cód. Civil).----------

--- Pongo de resalto nuevamente que en el contrato de trabajo junto con las prestaciones de carácter patrimonial, coexisten otras que en doctrina se las denomina “cláusulas implícitas” que constituyen deberes genéricos de conducta recíprocos vinculados al comportamiento de las partes en el desarrollo y ejecución del contrato y que surgen del vínculo jurídico que nace a partir de la celebración del contrato y se proyecta aún en su extinción, tales como ejercer los derechos y facultades que la ley laboral confiere dentro de límites razonables con exclusión de toda forma de abuso de derecho y de excluir actividades que causen daño con obligación de preservar la dignidad de la persona trabajadora, no discriminar ilegítimamente y en general, actuar con criterio de colaboración, solidaridad, lealtad y confianza recíproca, fundamentalmente, por el carácter personalísimo del contrato de trabajo, donde la buena fe resulta imprescindible para la armonía de la relación. De tal manera, el principio constitucional de legalidad, la regla de razonabilidad, la protección de los derecho de libertad, intimidad, igualdad ante la ley, seguridad, propiedad y acceso a la jurisdicción consagrados en la Constitución Nacional se vinculan con el principio protectorio del Derecho del trabajo que se concreta y vitaliza en el art. 14 bis de la Ley fundamental y 4° de la Ley de Contrato de Trabajo que subraya especialmente la protección de la dignidad de la persona humana trabajadora y retroalimenta con los convenios de la O.I.T. y los Tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, que expresa la tendencia moderna del

constitucionalismo de proteger y otorgar relevancia a los derechos sociales.----------

--- En tal marco de análisis compartiré la posición doctrinaria que predica el siguiente esquema: si la conducta que se le endilga a la patronal es de aquellas tipificables como ilícitos *estricto sensu* los mismos deberán atenderse desde el sistema extracontractual, puesto que se habrá configurado la hipótesis requerida por el citado art. 1.107 del Código Civil para acceder a esa órbita de responsabilidad. Pero la reparación integral no corresponderá sólo en esos casos como surgiría del posicionamiento esgrimido por el Sr. Juez a quo en sintonía con numerosa jurisprudencia nacional, sino que también procederá cuando del incumplimiento de una obligación convencional derive en un daño diferenciado de las concretas circunstancias previstas por la ley laboral para imponer pagos tarifados. En este último supuesto, el resarcimiento pues quedará regido por el sistema de responsabilidad llamado contractual, que encuentra en el Derecho privado su matriz de configuración y efectos en los arts. 519/522 del Código Civil, salvo que exista disposición especial en el régimen laboral que de modo expreso contemple una asignación de consecuencias distinta (por caso: supuestos de indemnización especial como los previstos para el despido por causa de embarazo –arts. 178 y 182 de la L.C.T.; despido por causa de embarazo –arts. 180/182 de la L.C.T.-; despido durante la licencia por enfermedad; despido del dirigente sindical con estabilidad gremial –arts. 40, 48, 50 y 52 de la Ley 23.551-; despido descriminatorio –arts. 17 y 81 de la L.C.T. y art. 11 de la ley 25.013-).----------

--- Básicamente, entonces, tengo para mi, que el resarcimiento tarifado resarce los daños causados por el despido arbitrario, el que guarda relación causal con el hecho antijurídico que lo extingue –sea la “falta de causa” en el directo; o, sea “la causa” (incumplimiento de obligaciones de conducta o de prestación de la patronal) para el indirecto-, pero no agota ni consume la hipótesis de daños que –de modo autónomo a la existencia misma del despido puedan concurrir o no con el mismo- puedan derivar en otros menoscabos resarcibles y que en ausencia de una previsión especial quedan regidos por el Derecho común (Conf. Machado-Ojeda, en “Tratado de Derecho del Trabajo”, opus cit., págs. 402 y sgtes.).----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

--- Desde esta perspectiva impone pasar a la respectiva verificación, desde el prisma de los presupuestos generales del deber de responder por los daños, si la conducta patronal pudo en el marco del contrato generar daños morales resarcibles al actor. Sabido es respecto al punto que cualquier supuesto de responsabilidad civil se configura a partir de cuatro elementos esenciales, cuales son: a) el daño; b) el incumplimiento o antijuridicidad; c) la relación causal adecuada entre el incumplimiento o conducta antijurídica y el daño; y, d) factor de atribución.---------

--- El orden de los presupuestos generales preindividualizado no es azaroso, al menos en el presente análisis, desde que considero pertinente seguirlo estrictamente para evaluar en la especie si éstos concurren.----------

--- Atento a ello, obligado me encuentro de involucrarme con el hecho desencadenante del presente conflicto de intereses, cual fue la suspensión “preventiva” (el encomillado me pertenece) por 30 días sin concurrencia al trabajo y de la iniciación de un sumario (sin indicar los hechos que se le imputaban) comunicada al actor por nota de gerencia de la entidad bancaria empleadora de fecha 12/03/2003 (fs. 5). Ante la impugnación de dicha suspensión cursada por despacho telegráfico de fecha 13/03/2003 (fs. 6), la patronal respondió que *“...la* ***suspensión precautoria*** *está amparada por las facultades que la Ley de Contrato de Trabajo otorga al empleador y en el caso* ***existe fundada sospecha de incumplimiento*** *grave de sus deberes contractuales y de violación del Secreto Bancario...”*(sic)(el énfasis me pertenece). Ante tal aclaración y ratificación de la patronal el dependiente actor en autos expuso por despacho subsiguiente del 20/03/2003 su rechazo y negativa de haber incurrido en incumplimiento a sus funciones (fs. 08). Ante la reiteración a las anteriores comunicaciones (fs. 9) el trabajador intimó con fecha 01/04/2003, a que se le ponga a su disposición la información con la que contaba en su contra y que motivara la suspensión preventiva bajo apercibimiento de tener por despedido por exclusiva culpa de su empleadora (ver despacho de fs. 10) para darse por despedido por despacho postal de fecha 07/04/2003 (fs. 11).----------

--- El entrecruce de comunicaciones iniciadas a partir de la nota de gerencia que

notificara la suspensión “preventiva” (luego denominada “precautoria”) resulta de utilidad para poner en enfoque del examen que emprendo exclusivamente en determinar si la suspensión y la imputación que se informa como fundamento de la misma, puede importar el incumplimiento o hecho antijurídico configurativo de uno de los presupuestos del deber de responder.----------

--- Sobre el punto, adelantaré opinión, en cuanto que la suspensión precautoria decidida por la entidad bancaria patronal para realizar una investigación interna, allende de la razón justificada o no que invocara para decidirla no comportó un hecho ilícito *“per se”*. Advierto que así fue considerado por el juzgador del anterior grado aún cuando estimó que la misma fue dispuesta no se fundó en justa causa tornando en abusiva por las razones que seguidamente pasó a realizar y las que, desde ya destaco que no será materia del presente análisis desde que tal porción ha sido consentida y por ende, ha devenido firme (vide: considerando II “in fine” – fs. 435-)----------

--- Recuérdese que, en la especie, en la ratificación de la suspensión realizada por despacho del 14/03/2003 –fs. 7-, se adujo *“...existe fundada sospecha de incumplimiento grave de sus deberes contractuales y de violación del Secreto Bancario (divulgación vía e-mail con el seudónimo “M. C. ” de operaciones pasivas) todo lo cual será debidamente investigado sin vulnerar su derecho de defensa...”*(sic). Asimismo, que antes que feneciera el plazo de suspensión el Sr. D. se tuvo por despedido, lo que aconteció con la comunicación de fecha 07/04/2003, merced a que el término de 30 días recién se cumplía el 12/04/2003.----------

--- Insisto, allende de las motivaciones por las cuales el juzgador de primera instancia arriba a su veredicto favorable a la procedencia del despido indirecto en el que se colocara el actor en autos, encuentro que desde la óptica acotada exclusivamente a la evaluación de la conducta adoptada por la empleadora disponiendo la suspensión “precautoria” ante sus sospechas, independientemente si éstas fueran fundadas o no; participo decididamente en reconocer la facultad del empleador de suspender a su empleado mientras tramita una investigación interna a efectos de constatar el grado de veracidad

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

de las circunstancias que dan contenido a sus sospechas.----------

---

--- Es que, efectivamente, cabe entender que esta facultad está incluida entres las de dirección que competen al principal y se encuentra fundada en los principios de confianza, seguridad y buen fe que deben presidir la relación laboral (arts. 63, 64, 65 y conc. de la L.C.t.), siendo ajena en absoluto a los presupuestos de hecho que son materia de la regulación contenida en el art. 224 de la L.C.T..----------

--- Es más, encuentro que los recaudos de validez que doctrinaria y jurisprudencialmente se suelen exigir, consistente en que la suspensión responda “prima facie” a una justa causa, ser comunicada al empleado y tener un plazo fijo, se han satisfecho en el particular supuesto bajo examen. Tal medida de suspensión precautoria a los fines investigativos que se pregonan, solo habilita liberar transitoriamente a la patronal de su obligación de dar ocupación al dependiente en los términos edictados por el art. 78 de la L.C.T., aún cuando preciso, ello no lo releva de la obligación de pagar la remuneración del trabajador mientras dure (Conf. Fernández Madrid, Juan C., en “ Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 3ra. ed. act., año 2007, T. II, pág. 1790; id. CNAT, sala II, 9-8-1988, T. y S.S., 1988-998).----------

---

--- A esta altura, abro un paréntesis para destacar, solo a título “obiter dicta”, que a primera vista no aparece como un requisito de cumplimiento necesario o indispensable de integrar en su actuar por la entidad bancaria empleadora el tramitar un sumario, de suerte tal que ante su omisión pudiera atribuírsele una falta de conducta justificante por sí sola de un distracto laboral decidido por el dependiente que se viera involucrado en situaciones como las aludidas en el presente caso donde se le imputan conductas que dan lugar a sospechas de haber incurrido en violación de deberes contractuales a su cargo. Ello así, a partir de lo normado por el art. 40 de la Ley 4164 y C.C.T. N° 18/75.----------

---

--- Tal posicionamiento que asumo como propio es doctrina sentada por la S.C.B.A. en autos caratulados “C. , J. c. B. V. C. L. ” en los cuales se expuso que “*La facultad del empleador de suspender a su empleado mientras tramita*

una investigación interna o un sumario tendiente a establecer su responsabilidad en algún hecho susceptible de acarrearle alguna sanción disciplinaria esta incluido entre los poderes de dirección que competen al principal y fundada directamente en los principios de confianza, seguridad y buena fe que deben presidir la relación laboral, siendo ajena por completo a la regulación contenida en el art. 224"(sic)(Ver: fallo citado y comentario de Carcavallo, Hugo titulado "La suspensión preventiva o precautoria", en D.T. 1983-652; id. S.C.B.A., 10-5-94, T. y S.S., 1995-29; id. S.C.B.A., 7-3-1989, T. y S.S., 1989-508).----------

---Y, en tal contexto hermenéutico, basta para concluir negativamente sobre la procedencia de cualquier pretensa reparación de un susodicho daño moral derivado de tal actuar patronal, tal como el que se pretende sea reconocido en el presente litigio por el Sr. D. .----------

--- Añadiré, por lo demás, que tampoco se encuentra probado el daño que se denuncia haber padecido con motivo del dicente hecho antijurídico de la patronal –que insisto no es tal-. Así, al expresar agravios el actor aduce haberse visto imposibilitado de conseguir nuevos empleos, haberse visto afectada su imagen y honor ante sus compañeros por la repercusión que tuvo el suceso en el ámbito laboral, haber sufrido una penosa situación familiar y también denunciar la violación a su intimidad por "espiar" su cuentas de correo y telefónica, todo lo cual no ha solo no ha sido mínimamente probado en esta actuaciones sino que, además, en gran medida no fueron consecuencias alegadas siquiera al demandar (ver y confrontar el escrito de demanda, punto IV.- PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN: -fs. 20 vta./24- y el escrito de expresión de agravio, punto 2.- Daño moral, su verificación en el presente: especialmente los dos primeros apartados de fs. 457).----------

--- Sobre tal plataforma es evidente que mal puede ahora que el tribunal de alzada ingrese a la verificación de cuestiones de hecho que no fueron materia de la traba de la litis y que, por ende, no constituyeron el marco fáctico sobre el cual debía pronunciarse el juzgador del anterior grado (Conf. arts. 271 y 277

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

del C.P.C.C.).---

--- todo evento, señalo también que de las testimoniales traídas a colación por el impugnante, correspondientes a los Sres. B. (fs. 221) y R. (fs. 209 y vta.), ambos refirieron a rumores o conocimiento de referencias. Incluso la última testigo de cita al ser requerida específicamente sobre si sabía cuál fue la causa por la que "despidieron" al actor (advierto que no responde a lo verdaderamente acontecido puesto que quien se tuvo por despedido fue el mismo D.) esta respondió *"...no la sé, se un rumor..."*(sic)(ver resp. a la 12da. pret. – fs. 209 vta.-). Esto es, de modo alguno puede inferirse de tales testimoniales que se hubiera acreditado el daño moral denunciado en autos, no al menos en la entidad tal que pudiera constituirse como un efecto "adicional" al propio y connatural al ya contemplado en la tarifación indemnizatoria reconocida al trabajador que se tuvo por despedido por justa causa.----------
---

--- Se ha dicho al respecto en adecuada apreciación a lo que se quiere significar precedentemente que *"Solo el daño que tenga cierta entidad, o sea el que realmente tenga aptitud para afectar la personalidad del trabador en cualquiera de sus manifestaciones, debe ser objeto de reparación[...]el simple disgusto, la contrariedad, el desagrado e incluso la indignación constituyen "estados de ánimo" que forman parte del riesgo de los negocios o que se corren diariamente en la ciudad y por lo tanto no son reparables[...]debiendo tenerse en cuenta también que el trabajador, al aceptar desempeñarse en relación de dependencia, admite implícitamente que sus derechos puedan sufrir algunas limitaciones que se han de manifestar en algunas molestias e incomodidades"* (Conf. De La Fuente, Horacio, "El daño moral en el Derecho del Trabajo", en T. y S.S., 1980-84, ver: cita y aclaración sobre los trascripto de los autores en "Tratado de Derecho del Trabajo", Ackerman, director, op. cit., pág. 408, nota n° 332).----------

--- En síntesis, de lo dicho concluyo en que corresponde desestimar el presente agravio, dejándolo de tal manera propuesto al acuerdo. Así lo voto.----------

------- III.- Conclusión:----------

--- Como consecuencia de ello corresponderá confirmar el fallo venido en

apelación en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de alzada a cargo de la parte actora vencida en ella (Arts. 59 de la ley 69 y 279 del C.P.C.C.).----------

--- Los honorarios del Dr. H. A. A. , letrado apoderado del actor, por sus tareas de alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos en la suma equivalente al 25% de la que mereciera por su actuación en el anterior grado, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6 y 14 de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).----------

--- Finalizo mi intervención en la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ---------- Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia al actor apelante vencido; y c) regular los honorarios del Dr. H. A. A. , por sus tareas de Alzada, en la suma porcentual equivalente al 25% de la cantidad fijada para los emolumentos de primera instancia, con más el I.V.A. correspondiente.----------

--- Así lo voto. ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes logrado.----------

---ASI LO VOTO.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, textos de la ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

---

--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; ----------

---------- IMPONER las costas de segunda instancia al actor apelante vencido; ---------- REGULAR los honorarios del Dr. H. A. A. , por sus tareas de Alzada, en la suma porcentual equivalente al 25% de la cantidad fijada para los emolumentos de primera instancia, con más el I.V.A. correspondiente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo: RAUL ADRIAN VERGARA – SERGIO RUBEN LUCERO

REGISTRADA BAJO EL N° 29 DE 2008 – SDL.- Conste.-

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA