--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil once, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos D. Ferrari y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“N., O. A. / F. S.R.L. s/ COBRO DE HABERES E INDEMN. DE LEY” (Expte. 82 - Año 2011)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 249. ---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Sr. Juez Dr. Carlos D. Ferrari dijo: ---------- **I**. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 221/230) acogió parcialmente la demanda entablada, condenando a F. S.R.L. a abonar al actor la suma de $ 42.988,06, con más los intereses calculados a la tasa que fija el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento, desde la mora hasta su efectivo pago, imponiendo las costas del juicio a la demandada vencida y procediendo a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.---------- **II.** Los fundamentos del decisorio, en síntesis, son los siguientes: 1) Consideró el juez de grado que no correspondía acoger la defensa argüida por el actor basada en que la carta documento por la cual se le comunicó el despido era imprecisa, en razón de que la C.D. 0******** de fs.18, a través de la cual se produjo el distracto, indicaba con precisión el día, la hora y demás circunstancias en las que sucedió el hecho causal, de manera que ninguna duda le podía caber al actor sobre cuáles eran las circunstancias en las que sindicaba su actuación que dio lugar al despido. Agregó que la norma prevista por el art. 243 de la L.C.T. no exige fórmulas especiales, y su rigidez debe ceder cuando el trabajador tiene conocimiento de la verdadera causal imputada para la extinción y esto es así, ya que la exigencia del citado artículo no tiene un fin en sí mismo, sino que su “ratio legis” es evitar la indefensión del despedido por desconocimiento de las causas en que el despido pueda fundarse. Citó jurisprudencia de esta Alzada. 2) Sostuvo que quien alega un hecho como justa causa de despido directo o indirecto -en este caso, la empleadora-, debe probarlo de conformidad con lo establecido por el art. 381 del C.P.C.C., y que la prueba debe consistir en la acreditación de hechos que configuren injuria con aptitud extintiva, es decir que exista proporción entre la falta y la sanción, además de la contemporaneidad entre la denuncia del contrato y la transgresión incurrida. Manifestó que en lo que se refiere a los videos ofrecidos como prueba por la parte demandada, los que provenían de dos cámaras distintas que apuntaban al mismo sector de la farmacia que es la de su entrada, nada surgió de los mismos que permitiera comprobar la conducta endilgada al actor que habría dado lugar al despido, dado que lo que se verificó en ellos era una importante pelea entre dos mujeres que caen al suelo y se golpean y que luego se acercan varias personas, algunas que sólo observan la escena y dos de ellas que tratan aparentemente de que la misma cese, mas ninguna de ellas

era el actor. Agregó que si bien en el local donde se produjeron los incidentes había 9 cámaras funcionando, las que se supone que cubrían la totalidad de la superficie del local, con lo cual la demandada hubiera tenido a su disposición fácilmente una grabación de la conducta de N. al momento de la agresión sufrida por R. y también de los momentos posteriores a la misma, no fue acompañado a la causa ningún otro video en el que se pudiera observar la conducta atribuida al accionante, ni se indicó alguna razón por la cual no se produjo esa prueba. De lo dicho por los testigos B. C. M., R. E. Q. y V. G. T. cuyas declaraciones fueron tenidas en cuenta, dio por probado que el actor no intervino directamente en el incidente, ni se acercó a ese lugar mientras el mismo se producía, ni inmediatamente después, ni que haya insultado y agredido -como lo planteara la empleadora- a otras compañeras de trabajo, en ocasión en que éstas se acercaron al lugar donde se encontraba N. supuestamente insultando a R., ni que se haya realizado una investigación interna para comprobar los hechos, ni que las compañeras del actor hayan expresado miedo ante su conducta, sin perjuicio de que consideró probadas las agresiones verbales que el actor profirió hacia R., pero fundamentalmente no tuvo por acreditado que esas agresiones hayan trascendido y provocado mayores inconvenientes en la empresa demandada, ni que su conducta fuera la que perturbó seriamente la comunidad laboral, en cuyo caso sí hubiese quedado configurada una injuria que hubiese impedido la prosecución del vínculo laboral. Sumado ello a que no se comprobaron otros incumplimientos del demandante que hayan sido sancionados, lo que hizo que el despido como sanción, haya sido en todo caso desproporcionado. 3) Consideró seguidamente el juez de grado que, tratándose de un trabajador que venía desempeñándose para la accionada desde hacía 10 años sin que se comprobara en autos que haya tenido ninguna sanción, dado la falta de antecedentes disciplinarios de N. en tanto tiempo, la sanción impuesta resultó desproporcionada y decidió en consecuencia condenar a la demandada a pagar al actor las sumas correspondientes al despido indirecto, las que se fijarán tomando la antigüedad del actor en el empleo y su mejor remuneración mensual, normal y habitual (art. 245 LCT), como así también la indemnización por falta de preaviso, equivalente a dos meses de esa remuneración en razón de que la antigüedad del actor en el empleo excedía los 5 años (arts. 231 y 232 LCT) y la indemnización por integración del mes de despido, consistente en una suma igual al salario por los días faltantes desde que se produjo el despido, en consideración a que la fecha del distracto no coincidía con el último día del mes y no existió el preaviso de ley (art. 233 LCT). 4) Señaló que el art. 2 de la ley 25.323 establece el incremento en un 50% de las indemnizaciones establecidas por los arts. 232, 233 y 245 LCT, e instaura como requisito la intimación al empleador en forma previa a iniciar la demanda, lo que fue cumplido por el actor de acuerdo al texto de las cartas documentos que ambas partes acompañaron. Agregó que sobre dicha indemnización, comparte el criterio jurisprudencial según el cual corresponde la exoneración o reducción de dicha sanción en los casos en que existe

una controversia seria y fundada sobre la causal del despido, esto es cuando “la actitud de la empresa de no pagar y defenderse judicialmente no merece ningún reproche, después de ejercer una defensa seria”. Citó jurisprudencia. Refirió que éste era el caso de autos, en razón de que la falta del actor existió, mas no tuvo la gravedad suficiente para que se la considerara injuria, teniendo en cuenta además que el demandante no tenía sanciones previas y que se trata de una dispensa excepcional, por lo que consideró razonable reducir en un 50% dicha indemnización. 5) Manifestó que el actor reclamó $ 338,48, como sumas debidas mensualmente en concepto de horas extras desde agosto de 2008 hasta mayo de 2009, pero no definió cuáles eran los días y las horas por cada día en los que habría trabajado, lo que no resultaba algo menor, ya que se trataba de una carga procesal del actor y no podía ser suplida por el juez, esto es designar de manera “precisa” lo que se demanda, pues lo contrario implicaría afectar la garantía al debido proceso y el derecho de defensa en juicio de la contraparte, por lo que desestimó dicho rubro. Citó jurisprudencia al respecto. 6) En cuanto a las sumas reclamadas en concepto de adicional por manejo de caja por el período comprendido entre los meses de junio de 2007 a mayo de 2009, decidió el juez de grado desestimar dicho rubro en base a lo establecido por el CCT 452/06 y 556/09. Manifestó que según la declaración de la testigo M. A. C. a fs.89, el actor cuando se desempeñó en la F. A. atendía al público, expendía medicamentos y sólo cobraba la mercadería que vendía, lo que excluía la aplicación del referido adicional, y que cuando trabajó en la F. P., la zona de cajas se encontraba aislada y separada del sector de ventas y era atendido específicamente por empleadas que se desempeñaban como cajeras únicamente. Por ello entendió que no alcanzaban dichas labores para percibir el adicional en cuestión, es decir que circunstancialmente, luego de las 23:00 hs el actor cobrara e ingresara en caja el dinero percibido por la venta de medicamentos. Concluyó el sentenciante haciendo lugar parcialmente a la demanda entablada, condenando a la demandada a que le pague al actor en el plazo de cinco días la suma de $ 42.988,06, con más los intereses calculados desde la mora hasta su pago a la tasa que fija el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento, imponiendo las costas del proceso a la demandada vencida en mérito a la dispuesto por el art. 57 de la ley XIV nº 1 (antes ley 69).---------- **III.** El fallo es apelado por los representantes legales de las partes a fs. 234 y fs.235, siendo concedidos ambos recursos a fs. 236. A fs. 237/240 vta. los representantes legales de la demandada presentan escrito a los fines de fundar el recurso interpuesto, que contiene, en síntesis, los siguientes motivos de agravio: 1) Refiere en primer lugar que causa agravio a su parte la sentencia en crisis, máxime la interpretación que hizo el juzgador de los hechos acontecidos y probados, que la transforman sin lugar a dudas en arbitraria, por lo que deberá ser revocada. Señala que le causa agravio que el juez de grado considerara imprescindible separar las consecuencias ocasionadas por el accionar de Q. de la conducta del actor, así como la consideración de que no se produjo

prueba alguna respecto de los grandes inconvenientes y perjuicios económicos de la empresa derivados del “incidente”, y que a pesar de no tener en cuenta los testimonios de G. y Q., y haber dado por probado que *“N .profirió fuertes insultos a M. J. R.”*, encontrándose en ese momento en sus cabales y consciente de lo que hacía y decía, sin embargo no dio por acreditadas que dichas agresiones hayan trascendido y provocado mayores inconvenientes en la empresa, citando jurisprudencia que a su criterio no es de aplicación al caso de autos, pues habla de *“inevitables conflictos que pueden plantearse en cualquier grupo humano”*. Alega que en autos quedó totalmente acreditada la agresión de Q. -quien es desde hace años la pareja del actor- hacia R., en el local comercial de F. abierto al público. También que N., no sólo no detuvo o siquiera intentó detener a su pareja, sino que por el contrario también insultó y amenazó a R. Por lo que independientemente de la consideración o apreciación de los hechos que realizó el juzgador, la sentencia en crisis es errónea, contraria a la legislación, doctrina y jurisprudencia y en consecuencia arbitraria, lo que causa agravios a su parte. Sostiene que los hechos acontecidos y probados en autos, a su criterio fueron de una entidad más que suficiente y causaron graves injurias, que de ninguna manera podían consentir la prosecución de la relación laboral. Manifiesta que lo grave sería que de confirmarse el arbitrario y erróneo fallo de primera instancia, los propietarios del comercio demandado, como todos los empleadores de la zona tendrían que soportar por ejemplo que cualquier familiar o amigo de algún trabajador que no esté de acuerdo con una decisión del empleador o tenga alguna diferencia con algún compañero de trabajo, irrumpa en el lugar de trabajo y golpee, insulte o agreda de cualquier forma al empleador o a otro trabajador, porque ello sería considerado un hecho de tercero, como lo pretendió hacerlo aparecer “inocentemente” el actor, y lo consideró errónea y arbitrariamente V.S. y no sería suficiente causal de despido. Manifiesta que tampoco puede dejar de analizar la errónea y arbitraria interpretación del *a quo*, al afirmar o considerar el hecho de que R., en el Ministerio Público Fiscal, donde había radicado la correspondiente denuncia luego de sucedidos los graves hechos, al tiempo manifestara en dicha causa *“que no se sucedieron hechos nuevos o similares con las personas y solicitó el archivo de las actuaciones con base en que el conflicto se solucionó sin ocasionarle inconveniente alguno”*. Se pregunta si el juez de grado pretendía que se sucedieran nuevos hechos, para considerarlo injuria grave. Refiere que los hechos acontecidos resultaron más que trascendentes, pues se produjeron ante todos los clientes, en la parte frontal del local, al lado de las cajas de pago, a lo que se agregó la posterior denuncia penal ante el Ministerio Público Fiscal, los seguros comentarios de los numerosos clientes y los realizados por los más de 50 empleados que tiene al día de la fecha F. S.R.L., y que los inconvenientes causados por los graves y desagradables acontecimientos fueron de una enorme magnitud en el grupo laboral, ante los clientes, habiendo ocasionado graves perjuicios en la organización empresaria. Afirma que además de resultar arbitrario el fallo apelado, el mismo es “peligroso” y a no

dudarlo, puede llevar en lo sucesivo a situaciones riesgosas y lamentables, y a la posibilidad de que los numerosos grupos de trabajo pasen a ser inmanejables, impredecibles o intocables. 2) Sostiene que causa agravio a su parte la reducción de la multa impuesta en el art. 2 de la ley 25323 que fijó el juez de grado, dado que la misma resultó insuficiente y para el improbable e hipotético supuesto de que no se revoque la sentencia de primera instancia, solicita la eximición total de dicha multa, pues independientemente de estar seguro de la improcedencia de indemnización alguna a favor del actor, no deben existir muchos casos en nuestro país donde fuera tan justificable la conducta del empleador para al menos concurrir a la vía judicial con el fin de que, mediante la misma, se sentencie respecto de lo correcto o no de su decisión. Y de no eximirse totalmente de la multa, a no dudarlo no existirían más posibilidades para los empleadores de intentar solucionar los conflictos laborales mediante la vía judicial. 3) Seguidamente se agravia de la imposición de costas en su totalidad a su representada, por cuanto la parte actora resultó claramente perdidosa en varios de los rubros reclamados, y pese a ello el sentenciante impuso la totalidad de las mismas a su parte, lo cual resultó arbitrario y desajustado a derecho. 4) Por último hace reserva del Caso Federal en los términos del Art. 14 de la Ley Nacional 48, para el hipotético caso de no hacerse lugar a los agravios expresados por su parte. Concluye en definitiva, solicitando se revoque en todas sus partes la sentencia apelada, con costas. ----------

--- **IV.** Corrido traslado a la contraria del memorial de agravios mediante providencia de fs. 244 primer párrafo, el mismo es contestado por el representante legal de la parte actora con la pieza procesal de fs. 245 y vta., peticionando se desestime en todas sus partes el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando la sentencia de primera instancia por resultar ajustada a derecho, con expresa imposición de costas.----------

--- **V.** A fs. 241/243 vta., la representación letrada del actor presentó memorial a los fines de fundar la apelación por él interpuesta, que contiene en síntesis los siguientes motivos de agravios: 1) En primer lugar se agravia por cuanto el sentenciante estableció en un 25% la indemnización establecida en la Ley 25323, apartándose del porcentaje establecido en dicha ley que es de hasta el 50% del correspondiente a las indemnizaciones en concepto de preaviso, antigüedad e integración del mes de despido, citando el fundamento que sostuvo el juez de grado. Aduce que resulta necesario recurrir a la causal de despido invocada por la empleadora al extinguir la relación laboral, contenida en la Carta Documento de fecha 01 de Junio de 2009, la que para una mejor comprensión procedió a transcribir y a la que me remito *brevitatis causae.* Sostiene que de manera alguna el dependiente podía ser responsable por hechos en los cuales interviniera una amiga o aún la novia, toda vez que la responsabilidad por hechos de terceros llegaría a límites inimaginables, no siendo ello el espíritu del ordenamiento jurídico, con lo cual no hubo una conducta reprochable a O. A. N. por los hechos de violencia física y verbal acontecidos entre las Srtas. R. Q. y J.

R. Asimismo refiere que los testigos que depusieron en autos, Sres. A., E. G., E. C. M. y R. Q., fueron todos coincidentes en sus dichos en relación a la ajenidad que tuvo el actor en los hechos producidos. Agrega que la testigo J. R. reconoció la existencia de diferencias entre ella y la Sra. Q. que desembocaron en una pelea en el salón de la accionada, pero no aseveró los dichos y hechos de la accionada que motivaron a criterio de ésta el despido, en cuanto a la existencia de amenazas y términos agraviantes proferidos por el actor, de los expuestos por F. al confeccionar el telegrama de despido y al contestar la demanda. Relata que la testigo J. R. expuso en la declaración prestada frente al juzgado que los hechos no revestían gravedad como para continuar con la causa penal, y que de dicha causa surge que la misma se archivó, por lo que se desprende que existió de parte de la empleadora un despido injustificado del actor. Manifiesta que el juzgador le otorgó trascendencia al testimonio prestado en sede penal en relación a la existencia de insultos por parte del Sr. O. A. N. respecto de J. R. Cita doctrina de la Sala B de esta Alzada que sostiene que “quien forma parte de una discusión no es testigo de un hecho ajeno sino protagonista de un hecho propio, por lo que su declaración, más allá del juramento ritual, es ineficiente”. Alega que si bien era carga de la empleadora acreditar la existencia de las amenazas por parte del actor respecto de compañeras de trabajo, extremo no cumplimentado por aquélla, se demostró en la causa la inexistencia de cualquier tipo de amenaza por parte del actor respecto de compañeras de trabajo. Agrega que al proceder al despido debió saber la demandada de la inexistencia de las faltas que se le imputaban al actor, o en todo caso hubiera tenido tiempo de remendar su yerro depositando los importes indemnizatorios al tiempo de ser notificado del traslado de la demanda, pero nada de ello aconteció. Afirma que no existió motivo alguno para disminuir el importe de la multa establecida por la ley 25323 como lo resolvió el juez de grado, siendo en consecuencia arbitrario al respecto el pronunciamiento judicial. Solicita por tanto, se revoque el fallo en crisis en ese aspecto y se eleve al 50% el monto indemnizatorio correspondiente a la ley 25323. 2) En segundo lugar se agravia por cuanto el juez de grado rechazó el reclamo de adicional por manejo de caja, fundamentando el decisorio en que no era habitual la actividad como cajero del actor. Manifiesta que, conforme surge de las constancias de autos, era habitual que el accionante trabajara en el turno que culminaba a las 23:30 hs., existiendo a partir de las 22:30 hs. de todos los días una modalidad de atención por parte de la accionada que consistía en cerrar las puertas de acceso al público al salón y atender los pedidos a través de una ventanilla con que cuenta el establecimiento comercial a la entrada. En ese marco, el actor no sólo atendía el pedido formulado por el cliente, sino que procedía a cobrar el producto que se vendía, recibiendo el correspondiente dinero para hacer entrega del ticket que acreditaba la venta y su cobranza, siendo esta actividad habitual para el actor. Refiere que el concepto de habitualidad que se exige a los fines que proceda la acreencia en el dependiente por adicional de manejo de caja, se daba en autos, en razón de que la tarea del Sr. O. A. N.

como cajero se daba con frecuencia. Por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia en ese sentido y se admita el reclamo de adicional por manejo de caja. Concluye en definitiva, peticionando se revoque la sentencia apelada en cuanto es materia de agravios, con costas.----------

--- **VI.** Corrido traslado a la contraria del memorial de agravios mediante providencia de fs. 244 segundo párrafo, el mismo no es contestado.----------

--- **VII.** Elementales razones de método aconsejan abordar en primer término el agravio referido a la causal de despido, ya que la suerte que pueda correr este tópico proyectará consecuencias determinantes para el resultado del pleito.----------

--- Al considerar este aspecto el *a quo* partió de un principio elemental contenido en el art. 381 –antes 377– del C.P.C.C., aplicable por remisión de los arts. 44 y 73 de la Ley XIV N° 1 (antes Ley N° 69), al señalar con acierto que la carga probatoria acerca de la existencia de este hecho controvertido pesaba sobre la parte demandada, quien invocó una grave inconducta del actor como sustento de su potestad rescisoria.----------

--- Dicho esto y tras un examen detenido de las constancias obrantes en la causa, puede observarse que, en efecto, la parte interesada no logró coronar esta carga procesal, como bien lo señalara el sentencia de primera instancia.----------

--- Así, por una parte, puede observarse que los videos aportados al proceso no registran las hipotéticas amenazas e insultos atribuidos al actor en la comunicación de despido. Por si ello fuera poco, las declaraciones de las testigos M., Q. y T. desmienten la versión patronal acerca del comportamiento endilgado a N. Los únicos testimonios que aluden a insultos del actor son los vertidos por M. J. R. y P. E. G Acerca de la declaración de R., está claro que debe ser apreciada en forma restrictiva, ya que fue una de las protagonistas de la riña ocurrida en el local y además, en su denuncia penal manifiesta que las expresiones de N. hacia ella habrían tenido lugar “una vez que estaba atrás, en el sector de depósito” (ver fs. 36 vta.). En cuanto a G., dicho testigo también expresa que los insultos del actor ocurrieron en el depósito; en suma, da cuenta de un breve altercado personal, de palabra, entre M. J. R. y el actor, por lo cual mal podría sostenerse que la intervención de este último haya tenido lugar en el ámbito público de la farmacia ni haya podido ocasionar los “graves inconvenientes y perjuicios económicos” invocados en el despacho de distracto. Si a ello se agregan los testimonios coincidentes acerca de que N. era un buen empleado, sin antecedentes disciplinarios a lo largo de los diez años que duró la relación laboral, no queda sino concluir que, juzgado según las pautas establecidas en el art. 242 de la LCT, el despido no guardó adecuada proporción con el hecho imputado, por lo que el mismo debe considerarse injustificado, acordándole en consecuencia al demandante el derecho a obtener el pago de las indemnizaciones pertinentes.----------

---

--- **VIII.** Me referiré ahora a la multa del art. 2 de la Ley 25.323 que motivara los respectivos agravios de ambos apelantes: el actor se queja por la reducción dispuesta y

la demandada, en tanto considera que dicha sanción es improcedente.----------

--- Estimo oportuno recordar que para acoger este rubro –aunque en forma parcial– el sentenciante hizo mérito de las circunstancias propias del caso. En concreto, consideró que la falta del actor existió, aunque no tuvo la gravedad suficiente para que justificara el despido, por lo que hizo suyo el criterio jurisprudencial según el cual la exoneración o reducción de dicha sanción procede cuando una controversia seria y fundada sobre la causal de despido (conf. fallo, fs. 228).----------

--- En mi opinión, la decisión ha sido prudente y se ajusta a las características del episodio que culminó en la ruptura del vínculo, por más que, a la postre, haya quedado en evidencia que dicha medida fue desproporcionada. Existió, en efecto, un hecho de ribetes escandalosos al que el aquí actor no fue totalmente ajeno, ya que estuvo relacionado con aspectos de su vida privada que finalmente hicieron eclosión en el ámbito laboral. Y si bien su participación personal no fue determinante ni tampoco se manifestó en el ámbito público del local, dio lugar a que la patronal –en una actitud severa en exceso y probablemente apresurada– incurriera en el impulso rupturista, cuando la conducta y buenos antecedentes del trabajador ameritaban, en todo caso, la adopción de una sanción disciplinaria de menor entidad. Se presenta, en suma, un contexto fáctico de aquellos que permiten ser evaluados conforme a los parámetros previstos en la última parte del art. 2 de la Ley 25.323, en cuanto determina que “Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.”----------

--- En situaciones análogas, he tenido oportunidad de sostener que es procedente la reducción de la sanción establecida en el art. 2 de la Ley 25.323 cuando el caso exhibe circunstancias que, objetivamente ponderadas, tornen explicable total o parcialmente la decisión adoptada, si un examen prudente y razonable revela que ella obedeció a factores que pudieron inducir a la patronal al convencimiento de que la conducta del dependiente no consentía la prosecución del vínculo (conf. mi voto en Expte. 18668, entre otros). Considero que este es precisamente el cuadro de situación ofrecido en la especie, por lo cual me inclinaré por la confirmación del decisorio en este aspecto, lo que así dejo votado.----------

--- **IX.** Acerca del adicional por caja reclamado por el demandante, cuya denegación motivara el agravio consiguiente, debo decir que la queja vertida no consigue superar el juicio lógico expuesto en el fallo. Daré razones.----------

--- Al decidir sobre el punto, el sentenciante partió del texto de la convención colectiva, que instituye como requisito para el pago de este plus salarial que el trabajador se desempeñe como cajero, es decir, que cumpla en forma permanente dicha tarea, lo cual no surge de la prueba producida en autos (conf. fallo, fs. 229). Este razonamiento y su conclusión no se ven alterados por las breves argumentaciones vertidas en la pieza de agravios, ya que el apelante se limita a sostener que actuaba en tal carácter “con

frecuencia", refiriendo que cuando laboraba en turnos nocturnos cumplía con dicha tarea de 22:30 a 23:30 hs., atendiendo público a través de una ventanilla, ocasiones en que recibía "el correspondiente dinero para hacer entrega del ticket que entregaba y su cobranza" (fs. 243). Ello implica reconocer precisamente el incumplimiento de la condición de permanencia en las funciones de cajero prevista en la cláusula convencional, circunstancia que ha sido, ni más ni menos, la causal obstativa para el progreso de este aspecto de su reclamo. Por tal motivo me pronunciaré por el rechazo de este agravio.----------

--- **X.** La imposición de las costas en su totalidad a la parte demandada constituye la última cuestión a resolver en este acuerdo, y puedo anticipar desde ya mi opinión favorable respecto del agravio formulado por la apelante.----------

--- Como puede apreciarse, dos de las pretensiones acumuladas por el actor fueron rechazadas (horas extras, adicional por caja) y otra acogida parcialmente. Este resultado determina la necesidad de distribuir las costas de primera instancia en adecuada proporción a dichos triunfos parciales y mutuos, por lo que propongo revocar el fallo en este aspecto, a fin de imponer dicha carga en un 75% a cargo de la demandada y en el 25% restante por cuenta del actor, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala en casos análogos, conforme a lo previsto en el art. 72 (antes 71) del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5; su doctrina).----------

--- **XI. Conclusiones:** ----------

--- De compartirse las consideraciones precedentes, propongo confirmar en lo principal el fallo apelado, modificándolo exclusivamente en cuanto a la carga en costas, que deberán ser soportadas en un 75% a cargo de la demandada y en el 25% restante por cuenta del actor.----------

--- En cuanto a las costas de alzada, en vista de la suerte corrida por de ambos recursos y la escasa incidencia de la modificación propuesta, me inclino por imponer las mismas en el orden causado (art. 72 ya citado), fijándose las retribuciones de los letrados actuantes en esta sede en el 28% de los que respectivamente les correspondieron por sus tareas en la instancia de origen (arts. 5, 13, 46 y conc., Ley XIII N° 4).----------

--- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.----------

--- Principiaré por analizar el cuestionamiento concerniente a la causal de despido; ello, pues lo que se decida a su respecto habrá de determinar en buena medida el resultado del pleito.----------

--- En este tópico el magistrado de grado partió de la premisa de que la carga probatoria acerca de la existencia de este hecho controvertido pesaba sobre la parte demandada, la que esgrimió una severa inconducta del actor para poner en juego su facultad de rescindir el contrato. ----------

--- Analizada que fue la causa de autos y sus constancias surge manifiesto que, contrariando aquella carga, la parte demandada no logró plasmar en probanzas objetivas y verificables sus alegaciones, como certeramente afirmara el decisorio de la instancia anterior.----------

--- Cabe recordar respecto de la carga de la prueba que esta Sala ha sostenido con anterioridad, que ella es un imperativo del propio interés, que pesa sobre cada uno de los litigantes para que acrediten la verdad de sus afirmaciones respectivas, mediante su propia actividad, si quieren evitar la pérdida del proceso, pues ella no es otra cosa que la necesidad de probar para vencer, y el riesgo de no probar es perder el litigio (esta Sala, mi voto, en sentencia del 13/8/08, in re “M., R. G. y otro c/ S. s/ cobro de pesos laboral”; registrada bajo el Nro. 52 de 2008 SDL; ídem, 23/09/2008, in re “A., S. A.c/ S., H. y otro s/ cobro de pesos – laboral” (Expte. n° 22.806 - año: 2008); en igual sentido, Cám. CC Neuquén, Sala 1ª, 15/2/96, “Forneron, Osvaldo Enrique c/ Agustín Della Gáspera e Hijos S.R.L.”, en Juba sum. Q0000027; ídem, 18/5/95, “Capelari, Ana Maria y otro c/ Higinio, Daniel Oscar y otro”, en Juba sum. Q0000902).----------

---------- La carga de la prueba adquiere importancia ante la falta de prueba, justamente porque es en ausencia de ésta donde entra a jugar la asignación del riesgo de no probar, que es perder el litigio, para quien tenía sobre sí la responsabilidad de producirla.----------

---

--- En el caso de autos las afirmaciones hechas en juicio por la demandada le obligaban a ser certera en la acreditación de tales extremos, pues la gravedad de lo alegado es incompatible con una producción de prueba negligente o liviana.----------

--- La existencia de las amenazas e insultos atribuidas al actora debían ser probadas por la demandada. Y de la causa surge que no ha acreditado tales hechos.----------

--- Es que, la prueba traída a la litis por la demandada no acredita las hipotéticas amenazas e insultos atribuidos al actor en la comunicación de despido.----------

--- Además, las declaraciones testimoniales de los Sres. M., Q. y T. (cfr. fs. 132/vta., 133/vta. y 157/vta.) no apoyan sino que contrarían la versión fáctica esgrimida por la empleadora sobre el comportamiento de N., que se adujera como causal de despido.----------

--- Dos testigos afirman sí la existencia de insultos del actor (testigos M. J. R. y P. E. G., cfr. fs. 193/194 y 155/156).----------

--- La declaración de la Srta. R. debe ser apreciada en forma restrictiva, al haber sido protagonista de la riña ocurrida en el local y además, denunciante en sede penal del actor, lo que tiñe de subjetividad su testimonio.----------

--- En cuanto al testigo G., éste expresa que los insultos del actor fueron en el depósito, lo que sumado al testimonio de la testigo R. en similar sentido, a lo sumo acredita una breve escaramuza verbal entre la Srta. R. y el actor, episodio que no llega a revestir la importancia que le asigna la demandada, ni se ha acreditado que sucediera en el ámbito público de la farmacia ni que haya ocasionado los “graves inconvenientes y perjuicios económicos” invocados en la comunicación de despido.------

--- Si se suman a tan magra prueba –apreciable restrictivamente como se viera la primera de las testigos que abonan parcialmente la versión fáctica de la demandada- los testimonios de otros deponentes sobre que el actor era buen empleado, no tenía antecedentes disciplinarios durante la relación laboral, debe concluirse que el episodio invocado no tenía la entidad para justificar un despido con causa.----------

--- Cabe recordar que el carácter injurioso de una suspensión debe juzgarse a la luz de lo dispuesto por el art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo (SCBA, 4/5/1999, “Islaz, Jael Candelario c/ Cía. Gral. Fabril Financiera S.A. s/ Despido”, en Juba sum. B4278).---

--- De acuerdo con esta norma y de sus concordantes, bien se ha decidido que el concepto de injuria es específico del derecho del trabajo y consiste en un acto contra el derecho de otro. Para que ese obrar contrario a derecho se erija en justa causa de despido debe asumir cierta magnitud, suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo y su valoración debe realizarse teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad (SCBA, 3/11/2004, “Aubalat, José Juan c/ Subira, Angel Miguel s/ Despido, etc.”; ídem, 19/7/2006, “Bertora, Edda Isabel c/ Instituto Modelo Saint S.A. de Difusión Cultural s/ Despido” e ídem, 24/11/2010, “Ruiz, Alejandro Iván c/ Cooperativa Telefónica y otros Servicios de Monte Hermoso Ltda. s/ Despido”, todos en Juba sum. B49551).----------

--- A tenor de tales parámetros, aplicados al caso de autos debe juzgarse que de acuerdo a las pautas sentadas por el art. 242 LCT, el despido del actor no guardó proporción con el hecho que se le imputara, el que aún de haber existido *–lo que no es patente, pues existe prueba dividida*-, no permitía justificar la ruptura del vínculo laboral con un empleado que llevaba diez años laborando para la accionada y que tenía buenos antecedentes. Por ello, tal despido debe considerarse injustificado, debiendo por ende asignársele al actor la condigna reparación frente a un despido sin causa hábil justificante.----------

--- En similar línea, e incluso en un caso de una injuria más grave, se decidió que carecía de proporcionalidad la cesantía del trabajador que durante los veintidós (22) años de su desempeño para la demandada no fue objeto de sanción disciplinaria alguna si en la falta cometida que determinó su despido -y que no causó menoscabo

patrimonial al empleador- no hubo mala fe por parte de aquél (art. 242, L.C.T.) (SCBA, 27/10/1987, “Villera, Rubén Alberto c/ S.A. Nestlé de Productos Alimenticios s/ Indemnización por despido”, AyS 1987-IV, 479).----------

--- Ello aclarado cabe entrar al análisis de la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 que generara agravios respectivos de los dos apelantes: el actor cuestionando la reducción impuesta y la accionada, solicitando se deje sin efecto la sanción, al juzgarla improcedente.----------

--- El magistrado de grado, al resolver el tópico, mentó las circunstancias particulares del caso, en especial, que la falta del actor existió, pese a no tener la gravedad necesaria para justificar su despido. Bajo tal comprobación adhirió a la tesitura de que la exoneración o reducción de la sanción prevista por el art. 2 de la Ley 25323 procede cuando se evidencia una controversia seria y fundada sobre la causal de despido (conf. fallo, fs. 228).----------

--- Respecto de este agravamiento indemnizatorio se ha dicho que el agravamiento de la indemnización que el art. 2 de la ley 25.323 prevé, está generado por la dilación en el pago de las que correspondan por despido injustificado. Es decir que la sanción se vincula con la conducta morosa del principal que, fehacientemente intimado, no abona en término las indemnizaciones derivadas del despido obligando al trabajador a iniciar acciones judiciales o instancias previas obligatorias para percibirlas, con la consiguiente pérdida de tiempo y esfuerzo (SCBA, 23/4/2008, “Dolcini, Mirco c/ El Detalle S.A.C.I.F. s/ Diferencias indemnizatorias y reclamo salarial”, en Juba sum. B59879).----------

--- En otro fallo se indicó que la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323 no se debe como consecuencia del despido sino de la mora del empleador en la satisfacción de las indemnizaciones que reparan sus consecuencias, cuando no tiene justa causa. La naturaleza sancionatoria de esta "indemnización" y las conductas que en definitiva procura desalentar, advierten sobre los diferentes presupuestos fácticos y jurídicos que la caracterizan (SCBA, 4/6/2008, “Sánchez, Enrique B. y otros c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ Indemnización por despido”, en Juba sum. B59989).----------

--- Por último, cabe recordar que allí también se declaró que la causa y el objetivo de la indemnización prevista en el artículo 2 de la ley 25.323 difieren sustancialmente de los que atañen a las reparaciones derivadas del despido (SCBA, 4/6/2008, “Sánchez, Enrique B. y otros c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ Indemnización por despido” e ídem, 7/6/2010, “Olmos, Timoteo Bartolomé c/ Ciel S.A.y otros s/ Despido y cobro de pesos”, ambos en Juba sum. B59990).----------

--- A la luz de tales parámetros y vista la finalidad del agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2 ya citado, debe colegirse que la tesitura del juez de grado ha sido atinada y ajustada a las características del episodio que disparó el despido del actor, aunque de manera desproporcionada. Se ha comprobado la existencia de una falta, una injuria producida por el trabajador aunque ella, dado su buen comportamiento anterior y

su índole, no consentía la interrupción del vínculo, sí era de cierta gravedad y no puede dejarse pasar.----------

--- Ello muestra que la atemperación de la multa dispuesta en el grado, lejos de ser antojadiza o caprichosa, logró captar el núcleo de los hechos del caso.----------

--- La evaluación del complejo macizo fáctico del caso de autos, arroja com precipitado a la luz de las pautas brindadas por la última parte del art. 2 de la Ley 25.323, que el resultado más correcto para este doble agravio, es la confirmación del fallo de grado en este aspecto.----------

--- En lo tocante al adicional por caja reclamado por el actor, cuyo rechazo motorizara el agravio del peticionante, el embate no resulta suficiente para conmover lo decidido en el grado sobre el particular. ----------

--- El ataque del apelante no ha logrado privar de sustento a los desarrollos del a quo, quien en esta temática se limitó a aplicar la convención colectiva, que establece como recaudo esencial para el pago del plus salarial de marras que el trabajador se desempeñe como cajero, esto es, que realice de forma permanente tal labor, la que no surge acreditada por prueba idónea y convincente en autos. Así lo dejó sentado el a quo, en párrafos que no han sido objeto de oportuna refutación.----------

--- El actor apelante apontoca que actuaba como cajero “con frecuencia”, afirmando que lo hacía cuando trabajaba en turnos nocturnos, en los que cumplía con dicha tarea de 22:30 a 23:30 hs., atendiendo público a través de una ventanilla.----------

--- Más allá de que se trata de afirmaciones de parte, las que no están probadas, aún así, no alcanzaría para configurar el extremo de hecho que la norma convencional requiere para habilitar el pago del plus. Ello así, corresponde el rechazo del agravio.-----

--- En cuanto a la imposición de costas a la accionada en su totalidad, en este aspecto, sí deberá modificarse la sentencia de grado, pues ella luce en este punto desenfocada y no se corresponde debidamente con lo acontecido en la litis y con su resultado final. ----

--- De las varias pretensiones del accionante, dos fueron rechazadas (las correspondientes a horas extras y adicional por caja), mientras que otra de ellas fue acogida solo parcialmente.----------

--- Tal desenlace genera el marco propicio para distribuir las costas de grado en proporción a los vencimientos parciales y mutuos de cada parte, por lo que procede la revocación del decisorio de la instancia anterior en este punto, para dar paso a la imposición de costas en un 75% a la demandada y el 25% remanente a la actora (cfr. art. 72 ley XII; Nro.5, ex art. 71 C.P.C.C.).----------

--- Lo anteriormente expuesto lleva a coincidir con la propuesta del Dr. Ferrari, por lo que procede la confirmación del fallo apelado en sus principales aspectos, modificándolo solamente en lo tocante al peso de las costas, el que deberá ser cargado en un 75% sobre la demandada, imponiéndose el 25% restante al actor.----------

--- En lo concerniente a las costas de alzada, dado el progreso de cada recurso, pero teniendo en vista la magra incidencia de la modificación del fallo de grado dispuesta en

la alzada, corresponde imponer las costas de esta sede en el orden causado (art. 72 CPCyC según Digesto).----------

--- En cuanto a los estipendios curiales, dada la forma en que se imponen las costas y el resultado obtenido por cada litigante, los honorarios de los letrados actuantes en la alzada, se fijan en el 28% de los que respectivamente les correspondieron a cada uno por sus tareas en la instancia de origen (arts. 5, 13, 46 y conc., Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR en lo principal el fallo apelado, modificándolo exclusivamente en cuanto a la carga en costas, que deberán ser soportadas en un 75% a cargo de la demandada y en el 25% restante por cuenta del actor. II) Imponer las costas de alzada por su orden, fijándose las retribuciones de los letrados actuantes en esta sede en el 28% de los que respectivamente les correspondieron por sus tareas en la instancia de origen.----------

--- Así lo voto.----------

--- A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi 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. 8º Ley V Nº 17).----------

--- Trelew, de mayo de 2.011.----------

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

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

--- CONFIRMAR en lo principal el fallo apelado, modificándolo exclusivamente en cuanto a la carga en costas, que deberán ser soportadas en un 75% a cargo de la demandada y en el 25% restante por cuenta del actor.----------

--- IMPONER las costas de alzada por su orden, fijándose las retribuciones de los letrados actuantes en esta sede en el 28% de los que respectivamente les correspondieron por sus tareas en la instancia de origen.----------

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

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.011 – SDL.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA