En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de agosto del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., J. A. c/ B. S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte. Nº 107 Año 2011)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N° 464/09), 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.178 .

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

1.

A fs. 149/155 la Sra. Jueza de la Instancia anterior dictó sentencia admitiendo la demanda promovida por J. A. G. y J. E. G., condenando en consecuencia a B. S.A. a abonarles la suma de pesos catorce mil quinientos ochenta y seis ($ 14.586.-) y pesos treinta y dos mil setecientos ($ 32.700.-), respectivamente, con más intereses.

Valoró la prueba testimonial de E. (fs. 101/102), el que afirmó que se desempeñaba como supervisor con tareas de vigilancia y seguridad, dentro de la planta A., y que era habitual que el personal que tenía a su cargo en ese momento -entre los que se encontraban los actores- ingresara al comedor, aclarando que se les permitía servirse un sándwich y una gaseosa, y que tal autorización les estaba dada por el encargado de la concesión del comedor, quien lo hacía verbalmente.

También refirió la declaración de C. (fs. 105/106), quien sostuvo que tal autorización estaba conferida por los supervisores de la demandada, y que estaban al tanto los Gerentes de la empresa.

El testigo O. (fs. 106) afirmó, por su parte, que, durante el tiempo en que trabajó para la empresa, era habitual que el personal dependiente de la demandada ingresara al comedor, teniendo autorización para acceder al comedor a cualquier hora.

Respecto del testigo D. (fs. 103/104), propuesto por la demandada, sostuvo que para acceder al lugar era necesaria una autorización. No obstante, la sentenciante consideró que, por tratarse del Jefe de la Sucursal Puerto Madryn de la demandada, su fuerza convictiva se encuentra debilitada, apreciando que las declaraciones testimoniales propuestas por la actora resultaron más confiables, creíbles y coincidentes.

Admitió la sentenciante que desde la perspectiva de las funciones de vigilancia que desempeñaban los actores, lo sucedido constituyó un apartamiento de los reglamentos internos que impiden abandonar los puestos de vigilancia, pero nada de ello se afirmó y menos aun se imputó en la causal de despido, ya que el incumplimiento concreto consistió en ingresar al comedor mientras se encontraba cerrado, extraer alimentos y bebidas y consumirlos dentro del horario de trabajo. Tuvo en cuenta que la gravedad de la falta no fue tal, teniendo presente además las circunstancias personales de los actores, su antigüedad en el cargo y la falta de antecedentes disciplinarios.

Concluyó el pronunciamiento que la decisión fue desproporcionada, y que bien pudo el empleador ejercer las facultades disciplinarias a que lo habilita el art. 67, LCT. De allí que el despido resultó injustificado, acogiendo los rubros reclamados.

Impuso costas a la demandada.

2.

La demandada interpuso recurso de apelación, el que fundó a fs. 160/162.

En sus agravios señaló que la empleadora les perdió la confianza a los actores a partir de ese hecho, y que tal circunstancia no fue valorada por la sentencia en análisis.

En tal sentido apuntó que las declaraciones de D. fueron concluyentes, que quien hizo la denuncia fue una persona que trabaja en el comedor y que el acceso a cualquier dependencia de la planta requería autorización otorgada por el coordinador de la planta, no encontrándose habilitados los supervisores para ello.

Sostuvo que la actividad de la demandada consiste en prestar servicios de vigilancia y que esa tarea es calificada, por lo que su parte consideró que la falta era grave y justificaba el despido.

Concluyó en este primer aspecto, que la prueba aportada por su parte permite acreditar debidamente la justificación del despido.

Se agravió también por cuanto el pronunciamiento condenó a su parte al pago de la indemnización del art. 2 de la ley 25323.

Sostuvo que su mandante se consideró con el derecho de despedir a los actores por pérdida de la confianza, y que no se le imputó a los reclamantes un hecho inexistente.

Por tal razón, alzó su queja en tanto y en cuanto la sentencia se limitó a otorgar esa porción de la indemnización, sin valorar las causas que justificaron su conducta. Solicitó se revoque el decisorio en ese aspecto.

Corrido el traslado de ley a fs. 163, el mismo fue contestado a fs. 164/165.

3.

3.1.

Agravia al demandado la valoración de la prueba efectuada en el pronunciamiento en análisis, sosteniendo que los motivos que llevaron a su parte a tomar la decisión del despido se encuentran acreditados en autos.

Hace particular hincapié en la declaración del testigo D. y sostiene que debe apreciarse particularmente que la actividad a la que se dedica la demandada es de vigilancia, y consecuentemente merece una calificación especial.

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

La Sra. Jueza de grado ha analizado detalladamente las declaraciones testimoniales de fs. 101/102, 103, 105 y 106, como así también las del testigo D., habiendo apreciado, respecto de las declaraciones de éste último su relativa fuerza convictiva por tratarse del jefe de la sucursal de la demandada.

Respecto de la actividad desplegada por la demandada y las funciones de los vigiladores, cabe señalar que, contrariamente a lo sostenido por el quejoso, el decisorio ha hecho mérito de ello, por lo que la crítica se convierte en una mera discrepancia con la valoración formulada por la Sra. Jueza de la otra Instancia.

Las impugnaciones que trae la accionada a consideración de la Cámara son de una indisimulable precariedad, sin alcanzar el mínimo de técnica recursiva requerido por el art. 265 del Cód. Procesal (art. 268 de nuestra ley

de procedimiento local), dado que las quejas propuestas en calidad de agravios se manifiestan como una mera discrepancia con lo decidido en la anterior instancia (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 04/06/1982, in re: "Basili de Mattioli, Angela c. Metalúrgica del Norte, S. A.", LA LEY 1983-A, 352, AR/JUR/4094/1982).

Este aspecto de la queja, consecuentemente, no puede atenderse a mérito de lo dispuesto en el art. 269 de la ley de rito.

Por lo demás, a la luz de la sana crítica y el aporte de los testimonios de fs. 101, 105 y 106, he de compartir con la Sra. Jueza de grado la suficiencia probatoria y el mayor crédito, por la coincidencia de sus dichos, a la versión de la parte actora.

En cuanto a la pérdida de confianza, ha señalado esta Cámara en otro precedente (SDL 32/10), que la confianza es un elemento esencial para la armonía de las relaciones de trabajo y su pérdida puede ser motivo válido para la ruptura justificada del vínculo (conf. arts. 62 y 63 LCT). Pero el hecho en que se base, debe ser objetivo y concreto imputable y/o reprochable -de por sí injuriante- al trabajador, que sirva para que el empleador asuma la decisión de despedir porque hizo intolerable la continuidad del contrato (art. 242 L.C.T.).

Las declaraciones coincidentes de los testigos de autos en afirmar que era habitual que el personal de vigilancia accediera al comedor para servirse un refrigerio, con autorización del supervisor, no habilita a suponer que tales hechos constituyan "pérdida de confianza" en el sentido señalado.

Es dable señalar que el despido dispuesto por la demandada, a modo de sanción, por una falta disciplinaria como la que se analiza en este caso, afecta la dignidad del trabajador, e implica una injuria que da derecho al trabajador a resolver el contrato (arg. art. 68, última parte , LCT).

Pero lo más relevante – puesto de manifiesto en el decisorio en crisis – es la severidad con la que se ha castigado la falta, que por su

desproporcionalidad, constituye un exceso en la facultad disciplinaria de la empleadora. No media adecuada graduación ni se mide el desmedro económico que sufre el trabajador en su ingreso, violatorio, a mi juicio, de los principios contenidos en los arts. 67, 68 y 69 LCT. (cfr. SCBA12/21/1982, TySS, 1983-550).

En ese orden de ideas, y no habiendo la quejosa justificado el despido dispuesto, soy de la opinión que deberá desestimarse el recurso en este aspecto.

3.2.

Se agravia la parte demandada, sosteniendo que no se ha configurado la causal del art. 2 de la ley 25.323, ya que ha despedido a los empleados en orden a causa justificada, sin dar motivo a la promoción de acción judicial alguna. Solicita a esta Cámara se exima a su parte del pago de dicho agravamiento, teniendo presente que el decisorio no hizo mérito de lo expuesto en su conteste, condenándola sin más.

Descartada la justificación del despido conforme lo dicho precedentemente, es evidente que los actores se vieron obligados a promover acciones tendientes al cobro de la indemnización emergente del despido indirecto.

De allí que, a los fines de la procedencia de su percepción es suficiente el cumplimiento de la intimación (ver fs. 10 y 18) y la falta de pago de las indemnizaciones que obligue al trabajador a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio.

Por tal razón, si la situación de despido en la que se colocaron los trabajadores resultó ajustada a derecho, no existe razón para eximir al empleador del pago del recargo mencionado, ni para morigerar su monto (cfr. Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala II, 16/06/2010, in re: " Salvado, María Edith c. Opessa Operadora de Estaciones de Servicios S.A.", La Ley Online; AR/JUR/38131/2010).

En efecto, si la conducta de la empleadora se ha tornado antijurídica y ello permite reconocer el derecho reclamado por los actores, quienes se vieron compelidos a promover acciones judiciales, soy de la opinión que es de aplicación la figura del art. 2 de la ley 25.323. De otro modo, nos encontraríamos frente a una contradicción axiológica insoportable: una cosa no puede ser, y no ser al mismo tiempo. Esto es, si frente a un despido "justificado" se opone uno "no justificado", reconociéndose judicialmente éste último, a cuyo efecto los actores se vieron obligados a promover acciones, mal podría excluirse la aplicación de una norma que precisamente sanciona esta última conducta.

Por tal razón, soy de la opinión que deberá confirmarse el decisorio, también en este aspecto.

Por las consideraciones vertidas, voto por la **AFIRMATIVA.**

4.

Las costas de esta Instancia, tal como queda resuelta la cuestión, han de ser soportadas por la parte demandada, a cuyo fin regulo los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, I. C. P. en el 30 % de los regulados en Primera Instancia y los del Sr. letrado de la parte demandada R. O. C. en el 25 % de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

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

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los

apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes.

2.

Los agravios de la demandada se centran en dos cuestiones: a) la valoración de la prueba para concluir en la falta de acreditación de la causa de despido y b) la condena a pagar la indemnización prevista en el art.2do de la ley 25.323.

a) <u>La injuria laboral</u>

Para abordar la queja de la accionada referida a la conclusión del decisorio de grado, que consideró, que el despido de los actores no resultó ajustado a derecho, señalaré liminarmente que tanto la apreciación del material probatorio, como la determinación de la existencia o no de la justa causa invocada al decidir la extinción del vínculo laboral, constituyen materias reservadas a los jueces.

El límite que encuentra tal facultad, lo constituye la eficaz alegación y demostración de absurdo al apreciar los hechos y las pruebas de la causa, o en la afirmación y comprobación de que la valoración de la injuria invocada fue efectuada por el juzgador sin la prudencia que la ley exige (art. 242, L.C.T).

La accionada aduce en el memorial recursivo que la conducta atribuida a los actores como sustento de la causal de "pérdida de confianza" invocada, habría consistido en que " ingresaron al sector del comedor- desarrollaban tareas de vigilancia en A.-, el que se encontraba cerrado y extrajeron comestibles que se individualizaron en la comunicación extintita del

vínculo y que dicho ingreso lo fue sin autorización alguna y violando los procedimientos establecidos por la empleadora.

En tal sentido, cabe recordar que en el art. 242 de la L.C.T. se sujeta la determinación de la legitimidad de la rescisión unilateral del contrato de trabajo a la efectiva inobservancia por una de las partes de obligaciones resultantes del mismo que se encontraban a su cargo, debiéndose valorar -una vez confirmado ese extremo- si la inconducta atribuida presenta una gravedad injuriante, como para doblegar el principio de conservación de la relación que rige en la materia (conf. art.10 de la L.C.T.), por resultar absolutamente impeditiva de la prosecución del vínculo.

Desde esta perspectiva, se ha sostenido que "la pérdida de confianza no constituye causal autónoma de despido susceptible de ser admitida apriorísticamente y en abstracto, eximiendo a quien la invoque de acreditar su necesaria proyección en una conducta injuriosa, concreta y puntual, cuya gravedad habilite la disolución directa del vínculo" (CNAT Sala IX "Gutiérrez Enrique c/ Cencosud S.A. s/ despido", S.D. Nº 3647 del 19/5/98).

En el caso, entiendo que no resulta acreditada una conducta de los trabajadores que pudiera haber servido de sustento objetivo a la pérdida de confianza alegada, por cuanto si bien se aludió en la contestación de demanda y se insiste en el argumento recursivo a que el hecho descrito como incumplimiento, tiene mayor relevancia por tratarse de vigiladores y que la actividad se encuentra expresamente reglamentada, no advierto que se pueda asignar entidad suficiente para justificar la ruptura del contrato de trabajo.

En primer lugar, no se hace cargo de las declaraciones testimoniales de E. (fs.101) C. (fs.105) y O. (fs.106) quienes han descripto que era habitual el ingreso al comedor en busca de su refrigerio y tampoco existe prueba en contrario eficaz para rebatir esos argumentos pues en definitiva, D. (fs.103/104) testigo dependiente de la sociedad demanda resulta un testigo

de atendibilidad restringida *"La testimonial prestada por una persona que al momento de realizar de su declaración se encuentra en relación de dependencia con la parte que solicita su testimonio, debe ser analizada y valorada cuidadosamente, dado que se encuentra ubicado en una relación asimétrica, que humanamente lo puede condicionar y llevado a no perder de vista las consecuencias de sus declaraciones."*.(M. L. V. vs. Coto Centro Integral de Comercialización S.A. y otro s. Accidente - Acción civil Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VII; 30-04-2009; Rubinzal on line; RC J 2550/10).

Fuera de esta declaración, no se aportó prueba alguna de la que pueda inferirse, que la conducta desplegada por los actores, fuera prohibida o constitutiva de una falta disciplinaria que justifique en modo alguno la decisión rupturista de la empleadora, motivada en la pérdida de confianza de los empleados.

En el contexto precitado y teniendo en cuenta que de conformidad con lo normado por el art. 242 de la L.C.T., corresponde al judicante la valoración prudencial de la injuria, atendiendo al carácter de la relación, las modalidades y las circunstancias en las que se producen los hechos, estimo que, acompañando al magistrado que me precede en el voto, corresponde confirmar el decisorio de grado en cuanto a este segmento de la queja.

b) <u>Sanción Indemnizatoria</u>

La demandada solicita la exención del incremento indemnizatorio previsto por el artículo 2° de la ley 25.323.

Sin embargo, estimo que no le asiste razón desde que han quedado acreditados los presupuestos fácticos de la norma citada para acceder a dicho resarcimiento, por cuanto despidió a los trabajadores sin justa causa y no les abonó la liquidación final, con lo que obligó a estos últimos a iniciar la presente acción para obtener su cobro, con la consecuente pérdida de tiempo y generación de gastos. Por ello, corresponde confirmar el fallo

impugnado en este aspecto sin atenuación del agravamiento indemnizatorio, que - como excepción - prevé el segundo párrafo de la norma.

Así lo voto.

3.

Las costas de esta instancia deben ser impuestas al apelante vencido (art 57 Ley XIV N° 1). Los honorarios propuestos por el Dr. Vivas conforme el mérito y resultado obtenido, se ajustan a los parámetros de los arts. 5 y 13 de la Ley XIII N° 4.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Por tales fundamentos, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1. CONFIRMAR el decisorio de fs. 149/155, en todo cuanto fuera materia de agravio.

2. IMPONER las costas de la presente Instancia a la parte demandada.

3. REGULAR los honorarios profesionales, a cuyo fin regulo los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, I. C. P. en el 30% de los regulados en Primera Instancia y lo del Sr. letrado de la parte demandada R. O. C. en el 25 % de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

4. **NOTIFÍQUESE**, Regístrese y devuélvase.

Así lo voto

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Sr. Magistrado que me precede en el voto.

Así lo Voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de agosto de 2011.

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

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR el decisorio de fs. 149/155, en todo cuanto fuera materia de agravio.

2. IMPONER las costas de la presente Instancia a la parte demandada.

3. REGULAR los honorarios profesionales, a cuyo fin regulo los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, I. C. P. en el 30% de los regulados en Primera Instancia y lo del Sr. letrado de la parte demandada R. O. C. en el 25 % de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

4. NOTIFÍQUESE, REGISTRESE Y DEVUELVASE

REGISTRADA BAJO EL N° 035 SDL. CONSTE