En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de noviembre del año 2011, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dra. María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B. J. A. C/ P. E. S.A. s/ Cobro de pesos - LABORAL" (Expte. N° 254 – año 2011)**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral N° 1 de esta ciudad, (Expte. 229- año 2009) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?; y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 136.

**A LA PRIMERA CUESTION,** el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI dijo:

**1) Antecedentes y la sentencia.**

Llegan los autos a esta Alzada a los efectos de tratar el recurso de apelación interpuesto a fs. 126 por la parte demandada, el cual fuera concedido a fs. 127 y fundado a fs. 129/130 vta., no habiendo merecido respuesta su traslado por parte de la contraria.

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, condenó a P. E. S.A. a abonar a J. A. B., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 11.444,60.- (Once mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos con 60/100), con más los intereses conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago. Con respecto a las costas, las

impuso a cargo de la parte demandada regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.

Luego de analizar el concepto de la *injuria* en la relación laboral y analizadas las circunstancias de la causa, consideró la Sra. Jueza a quo que la parte demandada no cumplió con la carga procesal de acreditar la injuria impeditiva del vínculo laboral y que la llevara a concretar el despido del actor. Dejó sentado que pese a lo sostenido en el responde respecto de diversas sanciones disciplinarias aplicadas al actor, no existe documental que las respalde, excepto una suspensión aplicada en el mes de Abril de 2009. Las demás, continúa diciendo, no pueden ser tomadas como sanciones disciplinarias (fs. 19, 20 y 24) ya que como su texto lo indica resultan avisos de que se tomaría tal medida si el trabajador no ejercía determinada conducta, sin que se haya aplicado sanción alguna.

Con respecto a la sanción expulsiva aplicada al trabajador aun admitiendo que se haya quedado dormido, la sentencia ha considerado como exagerada, si se tiene en cuenta que no ha resultado acreditado que tuviera trabajo pendiente, ni el horario que tenía al día de los hechos. Con respecto a los argumentos vertidos por el testigo C. R. (firmante de la notificación del despido) respecto de la peligrosidad que entrañaba la situación, resulta ser un hecho no alegado ni en la comunicación rupturista ni en la contestación de la demanda. De allí que la sentenciante haya considerado que la sanción expulsiva resultó exagerada y violatoria del principio de proporcionalidad, máxime teniendo en cuenta que no han sido invocadas las tareas que el actor incumplió el día de los hechos ni el horario que cumplía, lo que impide valorar adecuadamente los hechos. En virtud de lo expuesto la sentenciante consideró al despido como incausado y admitió la demanda haciendo lugar a las indemnizaciones por el despido dispuesto con más el agravamiento previsto por el art. 2 de la ley 25.323.

**2) <u>Los agravios de la parte demandada</u>.**

**a)** Se agravia la parte demandada porque la magistrada de grado al resolver la cuestión del despido desechó los antecedentes desfavorables achacados al actor. No está de acuerdo con que las comunicaciones de fs. 19, 20 y 24 son "avisos" y no "sanciones", interpretando -según su postura- que son llamados de atención que, en esencia, implican una "sanción". Los mismos constituyen antecedentes desfavorables que han sido inexplicablemente desechados por la Jueza del inferior.

**b)** Su segunda queja plasma su desacuerdo con que la sentencia haya determinado que el despido aparece como una sanción exagerada. Sostiene que ello constituye una equivocación ya que se ha probado que el actor se encontraba en el lugar de trabajo al tiempo en que debía prestar servicio y que la prueba relativa a que no tenía trabajos pendientes estaba a cargo del operario que se durmió. Sostiene que como el actor no acreditó que tuviese un permiso especial ni que hubiese cumplido toda la tarea encomendada para poder dormir, debe considerarse ello una falta grave, máxime con los antecedentes obrantes a fs. 19, 20 y 24.

**c)** El último agravio apunta a dejar sentado que el lugar donde se encontró durmiendo a B. es un sector crítico de la empresa que tiene dos sectores, uno para almacenamiento de materiales peligrosos y otro que se denomina "sala de red de incendios", lo cual agrava la conducta del actor. Reconoce el quejoso que esta circunstancia no fue alegada al momento de decidirse la desvinculación pero que sí fue probado y ello demuestra que el accionar de B. no fue el apropiado de un buen trabajador.

**3) <u>Tratamiento de los agravios</u>.**

**3.1) <u>Los antecedentes del actor</u>.**

La queja sostiene que no corresponde que la sentencia haya desechado los antecedentes desfavorables achacados al actor y cuyas constancias instrumentales lucen a fs. 19, 20 y 24 de estos actuados.

Antes de tratar lo medular de la queja, es necesario dejar sentado que la denuncia del contrato de trabajo (despido) es el acto jurídico unilateral de una de las partes que pone fin a la relación de trabajo. Esta denuncia puede ser motivada o inmotivada. Es motivada cuando se funda en algún hecho o circunstancia que la ley determina a ciertos efectos (por lo general, indemnizatorios) y es inmotivada o arbitraria cuando no se hace valer ningún motivo legal como fundamento.

Dentro de las denuncias motivadas hay que hacer otra distinción: la motivada en lo que la norma del art. 242 LCT llama *justa causa o injuria* y la que tiene otros motivos legales (por ejemplo, fuerza mayor o disminución de trabajo, etc.).

La *justa causa o injuria* es un motivo de denuncia consistente en el incumplimiento grave de deberes contractuales propios de la relación de trabajo (deberes de prestación o de conducta). Es un ilícito (grave) contractual (conf. LOPEZ-CENTENO-FERNANDEZ MADRID, "Ley de Contrato de Trabajo", T.II, p. 1187).

El último párrafo del artículo 242 LCT otorga a los jueces la facultad de apreciar la existencia de la *injuria*.

Ahora bien, como sanción disciplinaria el despido está sometido a la observancia de varios principios del derecho disciplinario laboral: a) el que prohíbe la doble sanción por la misma falta (*non bis in idem)*; b) el de proporcionalidad entre la falta y la sanción y c) el de la oportunidad o contemporaneidad de la falta y la sanción (conf. ACKERMAN – DE VIRGILIS, "La reacción ante la injuria", LT, XXX-777).

En este punto considera erróneo la demandada que se hayan desechado por la a quo "los antecedentes desfavorables achacados al actor" y que, según

su postura, constan instrumentados a fs. 19, 20 y 24 de los presentes actuados.

A fin de dar respuesta a estos argumentos me remito al instrumento de fs. 19 y el mismo es una carta documento en la cual se le hizo saber al dependiente que no habiéndose presentado a trabajar el día 10 de Julio de 2008 *"…se le da el último aviso para reincorporarse a sus tareas laborales haciendo reserva la empresa de tomar las medidas correspondientes que nos confiere la ley…"*. No tengo duda alguna en afirmar que aquí existió una ausencia del trabajador de un día y se le dio un "aviso" para que se reincorpore, reservándose la empresa el derecho de tomar las medidas que la ley le confiere. Concretamente: en este caso no hubo sanción por falta alguna cometida por el empleado.

Veamos el instrumento de fs. 20: se trata de otra carta documento en la cual se le hace saber al trabajador que *"Ante la ausencia injustificada al lugar de trabajo en los días 5 y 6 de junio del corriente; se solicita a usted a presentarse en la empresa en forma inmediata, caso contrario se tomarán las medidas correspondientes…"*. En este caso, ante la ausencia de dos días de labor, se le "solicitó" al trabajador que se presente en forma inmediata en la empresa, caso contrario se tomarían las medidas correspondientes. La cuestión es para mí muy clara: ante la ausencia durante dos días de labor, la patronal le solicitó al empleado que se presente en la empresa, caso contrario tomarían las medidas correspondiente. Una vez más, no sólo no existió aquí ningún tipo de sanción para el empleado sino que, además, tampoco fue objeto de ninguna "intimación".

El último instrumento que refiere el agravio es el obrante a fs. 24: se trata de un telegrama remitido por la patronal en el cual se le dice: *"Dado que no se ha presentado a trabajar el día 23 de diciembre de 2008, se notifica al Sr. J. B. que se le da el último aviso para incorporarse a sus tareas laborales, haciendo reserva la empresa…de tomar las medidas correspondientes que le confiere la ley…"*. En este

caso, al igual que los anteriores, ante la ausencia de un día de labor se le dio "aviso" al trabajador para incorporarse a sus tareas haciendo reserva la empresa de tomar las medidas que correspondan. Como vemos, una vez más no existió sanción alguna para el trabajador.

Conforme lo constatado, es evidente que la referencia que hace el quejoso sobre los instrumentos por él indicados en su agravio, no son relevantes para demostrar antecedentes negativos del trabajador dignos de tener en cuenta a los efectos de evaluar el despido oportunamente dispuesto.

Del análisis realizado de la documental indicada por la demandada advierto que no estamos en presencia de "sanciones", tal como afirma en su fundamentación recursiva. Es más, ni siquiera han sido "llamados de atención" como también pretende el recurrente que se los considere. Con solo remitirnos a los textos que he transcripto es suficiente para avalar mi afirmación.

Por lo tanto, nos encontramos con que si existió alguna falta por parte del empleado (ausencia injustificada, en este caso) la misma ha sido consentida por la patronal y quedó purgada por falta de sanción proporcional y oportuna. Adviértase que en los despachos se hace "reserva" de tomar las medidas que correspondan y ello no es ni siquiera un apercibimiento dado que los envíos postales no implicaron "intimación" alguna al empleado, ni tampoco un "llamado de atención". Por otra parte, es ya sabido que los derechos no se "reservan" sino que se "ejercen".

Con lo hasta aquí analizado tengo en claro que en modo alguno los instrumentos que indica la demandada constituyen antecedentes desfavorables del actor que debieron tenerse en cuenta para el rechazo de la demanda, coincidiendo con la magistrada del inferior en que los mismos han sido "avisos" según lo que ya he expresado aquí y el texto de los mismos.

En base al análisis efectuado surge para mí con nitidez que la magistrada de grado no ha desechado antecedentes desfavorables del actor y que están contenidos en las comunicaciones de fs. 19, 20 y 24, como afirma la quejosa.

Ha sido coherente la postura de la sentencia en este aspecto dado que no estamos en presencia de faltas cometidas por el empleado que merecieron la correspondiente sanción legal por parte del empleador. Es más, tal como he dicho supra, ni siquiera se trataron de "llamados de atención" dignos de ser evaluados en esta instancia como antecedentes desfavorables. Es por ello que la sentencia no pudo tener en cuenta como antecedentes desfavorables del empleado hechos que no han merecido ningún tipo de sanción por parte de la patronal.

La postura que aquí esgrimo está avalada jurisprudencialmente al haberse determinado que *"es arbitraria la sentencia que, al rechazar las indemnizaciones por despido en razón de actos de indisciplina de la accionante, se basó en la consideración de conductas previas de esta última sobre las cuales la demandada no ejerció sus facultades disciplinarias del modo previsto en la ley"* (CSJN, 04/05/95, TySS, 1995-710), como así también que *"es improcedente toda referencia a las presuntas faltas que se adjudican a la accionante, anteriores al hecho de la cesantía, ya que en este caso la empleadora no ha usado adecuadamente de las facultades conferidas por la Ley de Contrato de Trabajo"* (CNTrab., Sala I, 18/05/87, TySS, 1987-795).

En atención a lo expuesto, considero que el agravio esgrimido no debe ser oído por esta Alzada, por lo que propongo al Acuerdo su rechazo. Así lo voto.

**3.2) <u>El despido no ha sido una sanción exagerada</u>.**

Según el quejoso la sentencia se equivoca al haber considerado que el despido ha sido una sanción exagerada y que correspondía al actor probar que no tenía trabajos pendientes. Aduce también que como no se acreditó la

existencia de un permiso especial o que había cumplido con toda la tarea encomendada para poder dormir, debe considerarse grave la falta cometida por el actor.

Ante todo debemos tener en claro que en estos casos el *onus probandi* está a cargo de quien invoca los hechos. Quien invoca un hecho tiene a su cargo la prueba del mismo. Este principio se aplica también en el despido con justa causa (conf. SCBA, 27/11/84), TySS, 1985-684). Por ende, si el empleador es quien dispone el mismo, por las causas que además establecerá con claridad en la notificación, las que no podrá alterar con posterioridad, deberá demostrar la verosimilitud de dichos hechos, con pruebas que resulten eficaces para ello.

Obviamente, sobre la prueba de la que estamos hablando, importa demostrar tres componentes relacionados entre sí aun cuando sean diversos: a) el acto jurídico del despido, por medio de la notificación fehaciente; b) los hechos que lo motivaron, por los medios de prueba disponibles que permitan demostrar la falta o incumplimientos graves del trabajador; y c) la entidad de los mismos para justificar el distracto, dado que los hechos deben ser de tal gravedad que impidan la continuidad del vínculo (conf. DE DIEGO, J.A., "Tratado del despido y otras formas de extinción", ed. La Ley., T.II, págs. 55/56).

Lo dicho me permite rebatir el punto relativo a la carga de la prueba que, según la quejosa, le correspondía al actor. Muy por el contrario, ante situaciones como las aquí planteadas (despido "con causa") es a la patronal a quien le incumbe demostrar acabadamente todos y cada uno de los hechos que invoca para justificar la medida rupturista del vínculo que tomó (arg. art. 381 CPCC).

En lo que hace a la producción probatoria cumplimentada en autos a los efectos de demostrar el hecho configurativo de la *injuria* que avale la decisión patronal de dar por resuelto el contrato de trabajo, el testigo M. M.

C. R. (fs. 69 y vta.), ingeniero que trabaja para la demandada, reconoció tener interés en el juicio al decir *"…me perjudica porque afecta a la economía de la empresa…"*, lo cual, obviamente, condiciona sus dichos. Pero no sólo ese detalle condiciona sus dichos sino que este testigo es quien actuó en este caso como representante legal de la empresa demandada ya que fue él quien, en representación de la patronal, notificó al actor mediante carta documento (fs. 5 y 23) su despido. Es evidente, entonces, la clara y evidente parcialidad de su declaración la cual no merece procedente su evaluación en forma favorable para la demostración del hecho configurativo de la injuria que justifique la ruptura del vínculo laboral (art. 460 y c oncs. CPCC).

Sin perjuicio de lo dicho sobre esta declaración no está demás dejar sentado que el testigo sólo manifestó que encontró al actor durmiendo, sin que haya detallado más características al respecto que eran -obviamente- necesarias, tales como el lugar donde fue encontrado, qué tareas tenía a cargo, si las tareas estaban concluidas, qué tarea faltaban realizar, etc..

Como contrapartida obra la declaración del testigo H. (fs. 70 y vta) quien dijo que estaba en el mismo lugar que el actor y que la causal invocada del despido *"…no era verdad…"*; la testigo G. (fs. 71 y vta.), empleada de la demandada, nada aportó sobre la cuestión en debate y, finalmente, el testigo M. (fs. 72 y vta.), empleado recientemente reincorporado por la demandada al momento de su declaración, declaró haber visto al actor quedarse dormido, sin dar ninguna ampliación y/o detalle ampliatorio alguno sobre dicha conducta, lo cual torna su declaración claramente escueta, incompleta e insuficiente para que tenga la pretensión de ser demostrativa indiscutible de la existencia de la injuria. Sin perjuicio de lo dicho, es evidente que la declaración de este dependiente debe ser analizada con un alto grado de rigurosidad fundamentalmente teniendo en cuenta que, al momento de declarar, había sido recientemente

reincorporado por la empresa, con lo cual sus dichos deben ser especialmente apreciados en cuanto a su imparcialidad se refiere (art. 460 CPCC).

Del análisis realizado concluyo que en autos la parte patronal no ha logrado probar adecuadamente el hecho en el cual fundamentó la ruptura del contrato laboral con el actor.

La magnitud del acto ilícito es la que impide la prosecución del contrato de trabajo. La conducta que se imputa al injuriante es irreparable, y a la vez, no la hace redimible ni soportable, como hecho aislado, y seguramente, como un evento propio de lo que se espera de los dependientes en una organización que suele ser testigo privilegiado de los acontecimientos, y de la conducta e interacción de sus dependientes.

Es sabido que quien alega un hecho como justa causa de despido, debe probarlo. Con arreglo a lo dispuesto por el art. 381 del ritual incumbe a quien lo invoca la prueba del hecho contemporáneo que diera lugar a la extinción del contrato, toda vez que entre la injuria y la rescisión del contrato debe existir una relación de causalidad inmediata.

Tratándose de un despido, donde la empleadora aduce una causal específica, es a ella a quien le corresponde probar la existencia de tal motivo, no pudiendo eximirse de tal obligación, por el hecho de que el trabajador no haya acreditado la razón por él invocada para no cumplir sus tareas (conf. FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", La Ley, pág.13).

De conformidad con lo expuesto, corresponde a esta Alzada y en base al agravio vertido, revisar la decisión de la patronal y la causal a los fines de su suficiencia a los efectos de determinar si le asistió razón a la Jueza a quo al considerar que el despido dispuesto lo consideró una medida exagerada a la luz de las probanzas de autos.

Al efectuar esta revisión tengo en cuenta, en primer término, la inexistencia de antecedentes negativos por parte del empleado, según he analizado supra.

Además, la demandada no acreditó que el dependiente despedido tenía labores para realizar y/o que no las hubiere realizado, como así tampoco el horario de sus labores que debía cumplimentar. Sobre todos estos puntos hay una absoluta orfandad probatoria y ya expliqué antes que dicha carga en estos casos está a cargo del empleador.

Por lo tanto, todo el análisis realizado de conformidad con las pautas y principios que acabo de desarrollar en este punto, me llevan a la conclusión de que la demandada no acreditó aquí el hecho que consideró relevante (injurioso) como para disponer un despido con causa. Por lo tanto, más allá de considerar exagerada o no la actitud del empleador, lo concreto es que de la detenida evaluación de la actividad probatoria desarrollada en este proceso, surge con evidencia que el despido resultó incausado.

Por ello, he de proponer al Acuerdo el rechazo de los agravios en este punto y la confirmación de la sentencia recurrida. Así lo voto.

**3.3) <u>El planteo sobre el lugar donde fue encontrado el actor</u>.**

El último agravio apunta a que debió tenerse en cuenta que el lugar donde se encontró durmiendo a B. es un sector crítico de la empresa que tiene dos sectores, uno para almacenamiento de materiales peligrosos y otro que se denomina "sala de red de incendios", lo cual agrava la conducta del actor. Reconoce el quejoso que esta circunstancia no fue alegada al momento de decidirse la desvinculación pero que sí fue probado y ello demuestra que el accionar de B. no fue el apropiado de un buen trabajador.

Esta cuestión relacionada con el lugar donde habría sido encontrado el actor no ha sido plasmada en la notificación cursada al mismo al notificarle la causal de su despido (ver fs. 22/23) y tampoco formó parte de la

contestación de la demanda a fin de su consideración por la Sra. Jueza a quo. Advierto que es recién mencionada en la declaración testimonial del Ing. C. R. (fs. 69 y vta.) y la incluye la agraviada al expresar agravios. Ante el planteo que realiza la demandada, debe quedar en claro que en la sentencia de la Cámara se deberán examinar las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios. La Cámara tiene una doble limitación: 1) sólo puede fallar sobre capítulos propuestos al juez de primera instancia, y 2) que hayan sido materia de agravios.

Cuando la sentencia del tribunal de alzada recae sobre puntos planteados recién en la fundamentación del recurso de apelación y que no han sido sometidos a la decisión del juez de primera instancia -tal como aquí ocurre en este punto- se produce la violación al principio de congruencia. No basta con que la cuestión haya sido propuesta en la Alzada para provocar un pronunciamiento sobre ella, sino que además es necesario que la misma esté contenida en los escritos liminares que conformaron la relación procesal (conf. art. 280 CPCC) (ver C.Civ.Com.Junín, 18/09/07, Bco.Pcia.Bs.As. c/ Rizzo, M.N. y Ot. s/ Ejec.”; ARAZI, BERMEJO, DE LAZZARI…, “Cód.Proc.Civ.Com.Pcia.Bs.As.”, T.I, pág.499).

Si las cuestiones que se traen a la Alzada, nunca fueron propuestas en la instancia de origen, resulta vedado al Tribunal su tratamiento, porque el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, a la Cámara le está vedado tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación o reconvención en su caso, precisamente, porque a la demanda de la nueva propuesta le faltaría el primer grado de jurisdicción. En consecuencia la expresión de agravios no es la vía para producir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. C.Civ.Com.L.de Zamora, Sala I, 14/09/06, JUBA B 2550528).

Conforme lo expuesto y teniendo en cuenta que la sentencia en crisis no trató la cuestión relativa al lugar donde fuera encontrado durmiendo el actor, porque la misma no formó parte de los hechos expuestos en la contestación de la demanda, el agravio es inadmisible. Así lo voto.

**4) <u>Las costas de esta Instancia</u>.**

En cuanto a las costas de esta Instancia y atento el hecho objetivo de la derrota, corresponden sean impuestas a la parte demandada que resulta perdidosa en el recurso interpuesto (conf. art. 69 CPCC), regulando los honorarios del letrado apoderado de la demandada E. A. I. y su letrada patrocinante Dra. M. B. I., en conjunto, en el 25% de los que les corresponden por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI vota por la **AFIRMATIVA**.

**<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN,</u>** el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

**1.**

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Fiordelisi.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara.

Y en orden al análisis de esta primera cuestión, adelanto que mi voto será en sentido coincidente con el del Sr. Juez preopinante, y daré razones de ello.

Los agravios de la parte demandada, tal como lo destaca el Magistrado de voto anterior, se pueden resumir en lo siguiente: a) al resolver, la Sra. Magistrada de grado, desechó los antecedentes desfavorables del actor; b) el despido no tuvo una causa exagerada, sino que respondió a una falta grave; c) el lugar donde se encontró durmiendo al actor era un sector crítico, lo que agravó su conducta.

**2.**

Los despachos epistolares de fs. 19 y 20 dan cuenta de la ausencia injustificada del actor a su lugar de trabajo los días 5, 6, y 10 de julio de 2008. Al de fs. 20, la empleadora le confirió carácter de solicitud, bajo apercibimiento de tomar las "medidas correspondientes", en tanto el de fs. 19 tuvo carácter de "ultimo aviso", haciendo reserva de adoptar, también en este caso, las "medidas correspondientes".

Igual conducta observó la empleadora al remitirle al actor el telegrama de fs. 24, al que también le dio entidad de "ultimo aviso", bajo el mismo apercibimiento que los anteriores.

Finalmente, a fs. 21 luce el despacho epistolar que le comunica la sanción de suspensión, por haber llegado tarde al cumplimiento de sus tareas el día 23 de diciembre del mismo año, sin justificación y bajo apercibimiento de aplicar "sanciones más graves".

La relación laboral llegó a su término, conforme surge de fs. 23, por habérselo encontrado durmiendo el 19 de mayo del año siguiente, esto es de 2009, y teniendo en cuenta sus antecedentes laborales.

Jurisprudencialmente, se ha señalado que la invocación de justa causa en la comunicación extintiva, descripta en los términos del artículo 243 de la L.C.T, requiere también como condición de validez del despido motivado la acreditación en juicio de la injuria de marras. Debe interrogarse la influencia de sanciones disciplinarias anteriores, como aportadoras de

sustento al hecho de un despido actual. El despido como sanción disciplinaria está sometido a la observancia de varios principios: la prohibición de doble sanción por la misma falta; el de proporcionalidad entre la falta y la sanción, y el de la oportunidad o contemporaneidad de la falta y la sanción ( cfr. STJ de Santiago del Estero, expte. Nº 16.949, 2009, in re: "Moreira Miguel Roberto c/ Inta Textil S.A. s/ Falta de Preaviso, etc. - Casación Laboral" - 30/06/2010; elDial.com - AA60FD).

La carta documento de fs. 23 da cuenta de dos circunstancias que conllevaron a la demandada a decidir el distracto: a) haberlo encontrado durmiendo en horario de tareas; b) sus antecedentes laborales (disciplinarios).

Comenzaré tratando el segundo de los aspectos para seguir metodológicamente la exposición del Magistrado de primer voto.

A los argumentos vertidos por el Sr. Juez pre-votante, he de adunar que, cuando la empleadora no ejerce el derecho a aplicar sanciones, tal omisión permite presumir que ha declinado el ejercicio de la potestad disciplinaria, y para recuperarla, si el trabajador persiste en la conducta cuestionada, es desproporcionada la actitud de aplicar graves sanciones -como el despido-, debiéndose proceder con un criterio gradualista privilegiando la relación laboral (cfr. Cámara del Trabajo de San Francisco, 17/04/1998, in re: "Vagliente Héctor A. c. Sociedad Importadora Sanyser S. H. y otros", LA LEY 2000-B, 822, AR/JUR/618/1998).

Es decir, toda vez que el empleador goza de la facultad de aplicar sanciones disciplinarias al trabajador incumplidor -art. 67, LCT.- con el fin de encauzar la relación laboral, la resolución del contrato de trabajo, máxima sanción posible, debe ser excepcional y procede sólo en los casos en que la falta torne imposible la prosecución del vínculo.

A mi modo de ver, no surge de autos que la empleadora hiciera valer tal derecho en las diferentes oportunidades en las que el actor se ausentó

injustificadamente de sus tareas. Del mentado consentimiento al que refiere mi colega de Cámara, se infiere que no ponderó la gravedad de la falta, al punto que mereciera sanción. Máxime, cuando se limitó a señalar en dos oportunidades que se trataba del "último aviso", y que tales interpelaciones lo fueron bajo apercibimiento de tomar medidas, sin indicar cuáles.

Sólo la de fs. 23 contiene la prevención de aplicar "sanciones más graves", sin que ella contuviera ninguna.

En resumidas cuentas, el actor fue sancionado recién en 24.04.2009 a partir de una tardanza al ingreso de su lugar de trabajo, con dos días de suspensión, a casi un año de habérsele advertido por ausencias injustificadas y a cuatro meses de haber reincidido en su conducta por última vez. Es el único antecedente que reviste sanción disciplinaria.

También debo señalar que el despido debe ser fundado en hechos presentes y no pretéritos.

No puede justificarse en faltas que ya han sido objeto de sanciones disciplinarias; es decir, que, entre la medida extrema del despido y el hecho en virtud del cual se la fundamenta, debe existir una relación de causalidad inmediata (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario, sala I, 14/06/1978, in re: " Rodríguez, Victoria E. c. Listas Argentinas, S. A", AR/JUR/4702/1978).

La opción del despido debe constituir la medida extrema que por lo drástica, responda a un hecho de tal forma grave o injuriante que repulse toda posibilidad de continuar el contrato de trabajo o bien constituya el último recurso que reste utilizar a la empleadora, luego de una dosificada cadena de sanciones disciplinarias, palmaria demostración de una insistente conducta contraria a los deberes de diligencia y colaboración exigibles al trabajador (art. 84, ley 20.744, modificada por ley 21.297).

Ello, sin dejar de señalar acerca de la prohibición de la doble sanción por la misma falta, el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción, y el de la oportunidad o contemporaneidad de la falta y la sanción.

De allí entonces que no advierto que la queja pueda prosperar, y en tal sentido votaré para que sea desestimada en este aspecto.

**3.**

En orden a que la sanción que dio por concluida la relación laboral no ha sido exagerada, debo señalar que este aspecto se encuentra en estrecha relación con lo expuesto precedentemente.

No obstante, es menester aclarar que la causa del despido no ha sido debidamente acreditada, y pese a las afirmaciones de la quejosa, era su deber hacerlo.

Jurisprudencialmente se ha señalado que en los casos de despido directo, el *onus probandi* corresponde al empleador, pues ello sigue los cánones naturales de la carga de la prueba que corresponde a quien afirma en la clásica concepción o a quien necesita probar el supuesto de hecho de la norma favorable. (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Trabajo y Familia de Cruz del Eje, 03/03/2004, in re: "Cuello, Marcela P. c. Gandolfo, Gustavo A. y otros", LLC 2004 (octubre), 948, AR/JUR/2095/2004).

Y afirmo ello, pues ni del despacho epistolar de fs. 5 ni de los términos de la demanda, ni de las posiciones de fs. 67, surge reconocimiento alguno en ese sentido.

Con respecto a las declaraciones testimoniales de fs. 68, 70, y 71, cabe señalar que nada aportan al hecho en cuestión.

Respecto de la declaración de fs. 72, el testigo M. asevera haber visto al actor durmiendo.

Cabe hacer notar que el declarante, al momento de su deposición era dependiente de la empresa demandada.

He señalado en otro voto de connotaciones análogas (CAPM SDL 63/11) que la mera relación de dependencia que el testigo guarda -en el caso, con la demandada- no invalida automáticamente la fuerza de un testimonio, pero ello obliga a ser particularmente prudente en la apreciación de sus dichos. Sin embargo, tales testimonios deben ser valorados con la mayor severidad y rigor científico ( cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, 19/09/1989, in re: "Perliani, Juan P. c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones", DT 1989-B, 2212, AR/JUR/561/1989).

O como también se ha apuntado, que el hecho de encontrarse el testigo comprendido en las generales de la ley, obliga a una evaluación más rigurosa de sus dichos (cfr. Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala civil y comercial, 22/03/1994, in re: "Patt, Emilio c. Cestrilli Hnos. S. A.", DJ 1995-2, 350, AR/JUR/2767/1994).

Tal será el criterio para expedirme en la cuestión que nos ocupa.

Llama poderosamente la atención que el testigo se halla limitado a señalar que vio al actor durmiendo, sin brindar otro detalle como ser el sector, el lugar más o menos preciso del sector, la posición en que se encontraba, la hora más o menos precisa en que tuvo lugar el endilgado descanso. Tampoco da cuenta en razón de qué circunstancia lo sorprendió durmiendo, si ese era su lugar de trabajo o si ingresó al local casualmente. En definitiva, se limitó a señalar que lo vio durmiendo, y tal aserto no me permite concluir en la certeza de su afirmación.

Con respecto al testigo de fs. 69 no he de tenerlo en cuenta pues, además de regir en el caso los principios precedentemente enunciados, y manifestar que el presente juicio lo perjudica por afectar la economía de la empresa, fue quien suscribió el despacho del despido y por tanto sus manifestaciones no me merecen garantía de objetividad.

Para que las declaraciones testimoniales tengan fuerza legal y convictiva, conforme a las reglas de la sana crítica, deben ser veraces, sinceras, específicas, objetivas, imparciales, concluyentes y concordantes y no deben dejar dudas (cfr. CAPM, SDL 63/11; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, 07/10/2002, in re: "Benítez, Nydia R. c. Serbin Alter Salmon", DT 2003-A, 546 - IMP 2003-B, 2591, AR/JUR/445/2002).

Así las cosas, he de concluir en que la única sanción que le fuera impuesta al actor fue motivada por una llegada tarde, el 23.04.2009, suspendiéndoselo por dos días.

Considero que la opción del despido debe constituir una medida extrema que por lo drástica, responda a un hecho de tal gravedad que repulse toda posibilidad de continuar el contrato de trabajo.

Por tal razón, participo de la misma línea de ideas del Sr. Vocal pre-opinante, en el sentido que la sanción del despido no se encuentra justificada en autos, pues no se ha acreditado hecho antecedente que la avale.

**4.**

Finalmente, compartiré con el Dr. Fiordelisi que la queja referida a las características del sector donde se habría entregado al sueño el actor, y toda vez que tal extremo no ha sido alegado en autos, resulta abstracto su tratamiento.

**5.**

Coincido con el Sr. Juez de primer voto en señalar que las costas deben ser impuestas al apelante vencido (art. 69, del CPCC).

En el mismo sentido que el Dr. Fiordelisi, coincidiré con la regulación de honorarios practicada a los Sres. letrados de la parte demandada por su actuación en esta Instancia, atento la calidad y mérito de su labor.

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA.**

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

De compartirse mi voto por los colegas de la Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

**1) CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 120/122 que fuera materia del recurso de apelación.

**2) IMPONER** las costas de la Alzada a la parte demandada vencida en el recurso (art. 69 CPCC).

**3) REGULAR** los honorarios del letrado apoderado de la demandada E. A. I. y su letrada patrocinante Dra. M. B. I., en conjunto, en el 25% de los que les corresponden por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**4)** De forma.

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

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

Así lo voto

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

Puerto Madryn, de noviembre 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** en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 120/122 que fuera materia del recurso de apelación.

**2) IMPONER** las costas de la Alzada a la parte demandada vencida en el recurso (art. 69 CPCC).

**3) REGULAR** los honorarios del letrado apoderado de la demandada E. A. I. y su letrada patrocinante Dra. M. B. I., en conjunto, en el 25% de los que les corresponden por su actuación en primera Instancia (conf. arts. 3, 5, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

**4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /11. SDL. CONSTE.