En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de junio del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"F., R. A. c/ H. S. A. s/ Cobro de Pesos. Laboral "(Expte. Nº 81/ 2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 16/09) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 153.

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

1.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda deducida por R. A. F. contra H. S.A. e impuso las costas a cargo de la parte actora y fijó los honorarios correspondientes a los letrados que intervinieron en la litis.

Para así resolver dijo que tratándose de un despido directo causado, corría la demandada con la carga de probar la injuria impeditiva del vínculo (arts. 242, 245 L.C.T., 381 C.P.C.C.).

Señaló que no existe discusión entre las partes respecto a que el actor intentó retirar de la planta de la demandada, el día 08/11/2008, una cierta cantidad de langostinos, difiriendo en cambio, en la existencia o no de autorización para retirar la mercadería, en si los mismos eran llevados a la vista u ocultos, en la metodología existente en la planta (y en la industria) para el retiro de mercadería, en si el actor tenía o no sanciones previas y, finalmente, en la gravedad del hecho atento la sanción máxima aplicada.Sobre ello la Magistrada valoró que pese a que en la demanda se

señaló que a lo largo de toda la relación laboral, el actor no había sido objeto de ninguna sanción, en la audiencia confesional (fs. 72), F. reconoce sus firmas en las aplicadas por notas de fs. 19 a 22, 24 y 25.

En cuanto a la forma en que acaecieron los hechos y sobre la metodología de retiro de la mercadería de planta, analizó la prueba testimonial producida (F. (fs. 75), C., (fs. 78) A. (fs. 79) T. (fs. 94), luego de lo cual, considero probado, dada las declaraciones concordantes de todos los testigos, que F. el día 08/11/2008, intentó retirar de la empresa una cantidad de entre 1 kg. y medio y 2 kg. de langostinos, en forma oculta, y sin autorización alguna. Agrega, que quedó acreditado que toda la mercadería que se retiraba de planta debía ser acompañada del vale respectivo que F. no lo tenía y que no existía ningún tipo de autorización verbal para que los empleados retiraran mercadería. A ello suma que han quedado expresamente reconocidas por el actor su firma en la comunicación de sanciones, la mayoría de ellas por ausencias sin aviso.

Argumenta que en el presente caso, claramente no ha habido un daño patrimonial de importancia al empleador, pero la actitud furtiva y la intención de retirar mercadería sin autorización para ello, constituyen el aspecto objetivo imprescindible y de suficiente entidad para que se haya configurado la pérdida de confianza argüida por la demandada. Acotando que si esta posición ha sido sostenida en relación a trabajadores con un legajo intachable, más aún corresponde, entonces, en el caso de F. que ya había sido sancionado con anterioridad en 7 oportunidades.

Resta efectos a la confesión ficta en que incurriera la demandada a fs. 68, dado que la presunción en contrario que la misma genera es solo iuris tantum y, en consecuencia, rebatible por prueba en contrario la que, como se ha narrado en los anteriores párrafos, la demandada ha producido.

En definitiva tiene por causado el despido dispuesto y, en consecuencia, rechaza la demanda incoada, con costas a cargo del actor vencido (art. 69 C.P.C.C.).

La sentencia es apelada por la parte actora a fs. 127, expresando los agravios que se agregan a fs. 130/132 vta. sin réplica de la contraria.

2.

Los agravios de la actora:

La queja de la parte actora se sustenta en cuatro agravios que paso a reseñar:

a) Se agravia de la consideración que tuvo la sentenciante respecto de los antecedentes del actor.

Dice que al afirmar en la demanda que el actor carecía de sanciones se refería a que las luego reconocidas en la absolución de posiciones, no tienen relación con el hecho por el que en definitiva fue despedido, pues llegar tarde no constituye un antecedente válido en el marco de un despido por pérdida de confianza y que la misma empresa en cada apercibimiento que le notificó destacaba que debían ser similares las indisciplinas para ser sancionado con mayor gravedad y por otro lado los antecedentes no fueron considerados para disponer el despido.

b) Se agravia por cuanto la sentenciante tuvo por probado el hecho y en consecuencia consideró el despido como con causa.

Señala que no hay elementos que permitan llegar a esa conclusión y que los testimonios son contradictorios, para lo cual transcribe las declaraciones diciendo que por ello, debieron ser analizados con mayor estrictez, solicitando a esta Cámara que los reexamine.

c) Se agravia de lo resuelto respecto de la confesión ficta, indicando que las contradicciones en las testimoniales, en modo alguno desvirtúan los efectos de la confesión ficta.

d) Se agravia de la falta de aplicación del art.9 de la LCT, por entender que las contradicciones entre los testigos son tales, que ameritan sostener la duda a su favor.

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

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

Por su lado, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 265 del C.P.C.C, en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener satisfecha esa carga (cfr. autos “G. Vda. de F., E.” del 31-05-99; idéntico sentido autos “T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular” del 22-03-00 Nro.

SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056).

En ese marco ingresaré al tratamiento de los agravios, en distinto orden al que propone la actora para preservar el orden lógico de la cuestión apelada.

a) Comenzaré recordando que la pérdida de confianza no constituye una 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.
En el caso, se demostró que el actor F. intentó retirarse de la planta, llevado una cantidad de langostinos estimada entre el 1,500 /2 kgs., sin autorización y que fue detectado por personal de seguridad de la empresa. Esa fue la conducta reprochada al actor, que sirvió de sustento objetivo para la invocada pérdida de confianza alegada.

b) Advierte la actora que los testigos se contradicen.
Como bien señala la letrada, la idoneidad de los testigos resulta del conocimiento que tengan de los hechos sobre los que declaran.
El análisis debe circunscribirse a verificar si las manifestaciones de los deponentes son objetivas, serias y convictivas; y tales aspectos se evidencian a través del detalle circunstanciado de los hechos caídos bajo la acción de sus sentidos *"En la apreciación de la prueba testimonial, el juez debe tener en cuenta el grado de credibilidad y coherencia de los dichos, las circunstancias personales del testigo, la razón de ser de su conocimiento y su interés en el asunto, extremos cuya ausencia habilita la alegación de inidoneidad del declarante."*Verón, Bemita vs. Cessa, Carlos Raúl y otros s. Daños y perjuicios .CNACivil Sala H; 06-11-2003; Rubinzal on line; RC J 2293/04).

También hemos señalado que *"El Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan por lo que para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad."* (CAPM entre otras "H. c/ B. s/ Cobro de Pesos" Expte. Nº 155/10 (SDL Nº 28/10).

Analizada la declaración de los testigos presenciales del hecho (F. a fs 75, T. a fs.94 y A. a fs 79), todos refieren a que F. llevaba los langostinos en el bolsillo de la campera. La discordancia estaría en la certificación que el funcionario policial extendió respecto de la denuncia policial que en su momento efectuó F. y aún cuando el mismo resulta expedido por funcionario policial, no advierto que tenga entidad para erigirse en una contradicción que reste objetividad al hecho acontecido.

Señalo y para no dejar dudas, que el mismo F. relata en su respuesta a la 10° pregunta, que F. no llevaba nada en el bolso y que fue advertido por su compañero T. que se le notaba un bulto grande en el bolsillo, por lo que le pidió que exhibiera lo que tenía en su interior y de allí salió la bolsa conteniendo los langostinos frescos.

En definitiva, F. no acreditó en modo alguno su versión de los hechos, esto es que salió con la caja de langostinos en la mano.

Luego de lo expuesto, no hay crítica a lo resuelto por la Magistrada de grado en cuanto a las normas internas de la empresa para autorizar la salida de productos, esto es que el empleado debía justificarlo con un vale de planta autorizado por el jefe o supervisor de la planta.

Tampoco F. acreditó estar autorizado para el retiro de la mercadería, ni ofreció prueba para ello.

La crítica vertida acerca de la prueba testimonial se exhibe notoriamente ineficaz para desmerecer los fundamentos expuestos en el fallo acerca de este tópico.

c) Por otro lado es claro que la demandada incurrió en confesión ficta, debido a su incomparecencia a la audiencia confesional a la que fuera convocada en legal forma. Esta constatación lleva a presumir como ciertos los hechos expuestos en la demanda, salvo prueba en contrario (conf. art. 24, Ley XIV Nº 1), la que en orden a la valoración de la prueba testimonial reunida, ha sido suficiente para desvirtuar el efecto que procura darle la parte, por lo que la queja en este aspecto debe desestimarse.

d) En orden a la valoración de la prueba cumplida, dice la apelante, que debió la señora magistrada aplicar el art. 9 de la LCT.

No acompaño el planteo, en primer término porque la duda debe planteársela la Magistrada una vez que valora el plexo probatorio y en segundo término el actor no aportó prueba alguna que, al menos indiciariamente, de un viso de credibilidad a sus dichos." *La regla debe operar para evaluar el resultado final del proceso probatorio y no como una óptica tonal para examinar las pruebas producidas. Entiendo que debe emplearse esta regla cuando el juez, luego de examinar la totalidad de los elementos de juicio colectados (reconocimientos, indicios, presunciones y medios de prueba producidos) de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tiene dudas acerca de si un hecho quedó finalmente probado o no. ...Deseo remarcar que no debe confundirse una situación de pruebas que generan dudas con aquellos supuestos de falta de prueba, ni con las endebles probatorias o pruebas que no convencen. "*(Miguel Ángel Maza. Revista de Derecho Laboral 2009-2 Ed. Rubinzal Culzoni págs. 179/190).

El empleador en forma fehaciente e indubitable justificó el hecho objetivo alegado para disponer el distracto por pérdida de confianza.

Por su lado la técnica recursiva planteada a mérito de interrogantes, no resiste el mínimo análisis pues no está dado a quien debe resolver la cuestión, dar respuesta a lo que insisto, la parte actora no ha procurado probar y que en definitiva, no trasunta más que un planteo conjetural desprovisto de todo sustento fáctico o jurídico, por lo que el recurso en este punto debe declararse desierto. (art 269 CPCC).

e) Se queja la apelante de la valoración que hace de la sentenciante respecto de los antecedentes del actor.

Es cierto que ellos no fueron invocados en la comunicación rescisoria, pero no menos cierto que el legajo inmaculado al que refirió la actora a fs. 8 no era tal.

La valoración de los antecedentes, en tanto sanciones aplicadas con anterioridad al hecho objetivo y consentidas por el trabajador ha sido un elemento más valorado por la señora jueza de grado, para juzgar la proporcionalidad de la decisión de la empresa, pero en modo alguno fue el argumento medular del fallo, que por el contrario ha sostenido *"que la actitud furtiva y la intención de retirar mercadería sin autorización para ello, constituyen el aspecto objetivo imprescindible y de suficiente entidad para que se haya configurado la pérdida de confianza argüida por la demandada"*. Por lo que el agravio en este punto debe desestimarse.

f) 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, de prosperar mi voto, correspondería confirmar el decisorio de grado en cuanto ha sido demostrado el hecho invocado como fundamento de la ruptura.

4.

Las costas.

A mérito del resultado obtenido, las costas en esta instancia debe soportarlas la actora vencida (art. 69). No corresponde regular honorarios en favor de la Ab. N. S., vista la condena en costas al cliente y el pacto de cuota litis homologado que los vincula (fs.2 y 72 art. 4 Ley XIII Nº 4 y su mod.)

Voto a la primera cuestión, por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, 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 la Dra. de Villafañe.

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 de la Sra. Jueza, y daré razones de ello.

2.1.

La parte actora expresa sus agravios a fs. 130/132, endilgando a la sentencia su error en el modo en que resuelve la cuestión en los siguientes aspectos: a) la consideración que tuvo el decisorio en cuanto a los antecedentes disciplinarios del actor; b) tuvo por acreditado el hecho denunciado en

autos como causa del despido; c) los efectos de la confesión ficta de la demandada; d) que no se aplicó la norma del art. 9, LCT.

Coincido con la Sra. Vocal preopinante (a quien la apelante cita en tres oportunidades en su queja, como integrante de una Cámara aparentemente unipersonal) en cuanto a que los agravios traídos resultan lo suficientemente endebles, en cuanto a crítica razonada y concreta, en los términos del art. 268 del CPCC. Y que, ante la duda, cabe aplicar el criterio más amplio a favor de la apelante, optándose por satisfacer dicha carga, pues es criterio del Superior Tribunal provincial el así hacerlo (cfr. fallos STJCh, citados en el voto de la Dra. de Villafañe), en aras de la garantía de la defensa en juicio (arg. art. 18, CN).

Seguiré, para el tratamiento de los agravios, el mismo orden metodológico propuesto por la Sra. Jueza de primer voto.

El despacho epistolar de fs. 28 da cuenta del distracto dispuesto por la empleadora, invocando la causal de pérdida de confianza, con base en haber sido sorprendido en actitud sospechosa, intentando retirar de la empresa 2 kg. de langostinos, escondidos en el bolsillo de su campera.

Se ha señalado, en criterio que comparto que la pérdida de confianza es una figura bajo la cual subyace un estado subjetivo del patrón y que por ello precisa de un elemento objetivo indicador de un apartamiento de los compromisos laborales. No es imprescindible una conducta dolosa si en el contexto que se produce, genera dudas razonables acerca de la buena o mala fe del dependiente. Tampoco lo es que su proceder ocasione un daño de magnitud a los intereses del empleador. Basta que se configure el hecho atribuido y se someta el aspecto subjetivo a la valoración prudencial de los jueces en el marco de las obligaciones que prescribe la Ley de Contrato de Trabajo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, “Gianfilippo, Diego Sebastián c. Arimex Importadora S.A.”, 29/04/2011, Exclusivo Derecho del Trabajo Online, AR/JUR/18286/2011).

Habiendo la demandada invocado los hechos que surgen de la mencionada carta documento, es del caso analizar si logró acreditarse tal extremo.

Las declaraciones testimoniales de F. (fs. 75; contestación a la pregunta 10ª)), y T. (fs. 94; contestación a la 10ª pregunta) son coincidentes en señalar que F. intentó retirar de la empresa aproximadamente 1 ½ Kg. de langostinos, sin que al efecto la actora probara que había existido autorización para ello.

Coincido con la Sra. Jueza preopinante que no advierto contradicciones en los dichos de los testigos, y que, en todo caso, tal inconsistencia pueda darse con respecto a la certificación policial (ver fs. 35), en cuanto a que el producto no era trasladado en el bolsillo, sino en el bolso que llevaba en la mano, debiendo dejarse aclarado que dicho instrumento, por haber sido redactado por el funcionario policial, no goza de los beneficios acordados en los arts. 993 a 995, del Cód. Civil, de modo que es factible demostrar algo distinto al contenido de su verdad material.

En cuanto a la crítica que se formula habida cuenta de la confesión ficta de la demandada, es dable señalar que el hecho de que la absolución de posiciones se haya hecho en rebeldía del demandado, no es suficiente para tener por acreditados los hechos que se invocan, ya que la presunción que emana del art. 421, del CPCC no posee valor absoluto cuando no existen otros elementos de juicio que corroboren los hechos referidos en el pliego.

En el caso de autos, no sólo no existen esos elementos, sino que las testimoniales rendidas abonan la postura contraria.

Considero, igual que la Sra. Jueza preopinante, que este aspecto de la queja debe desestimarse.

2.2.

Señala la apelante que, en supuestos como el del presente caso, donde la subjetividad es protagonista, cobra vital importancia la aplicación del art. 9, LCT.

Este aspecto de la queja, a mi humilde criterio, carece de crítica razonada y concreta (art. 268, del CPCC), pues parte de suposiciones y conjeturas inaudibles. De seguirse el criterio adoptado por la apelante, la mera invocación del art. 9, LCT permitiría acceder a todo aquello que se solicitara sin la más mínima prueba que la corrobore, por lo que el proceso se convertiría en un juego de ficciones.

Coincido en que esta parcela de la queja debe ser desestimada.

2.3.

En orden al último de los agravios, puestos primero por la apelante, debo comenzar señalando que, a mi juicio, las causales expuestas en la comunicación rescisoria se encuentran corroborados con las declaraciones testimoniales a que he hecho referencia.

De tal suerte que, el hecho de haber consignado el decisorio la fuerza de los antecedentes disciplinarios del actor, resultan indiferentes para la elucidación de la litis. Es decir, no constituye un hecho relevante la mención de tales antecedentes, y, aun cuando no los hubiera tenido, el hecho de haber probado las causales invocadas en la mencionada comunicación, ajustan perfectamente el supuesto, al que dispone el art. 243, LCT.

3.

Coincido con la Dra. de Villafañe que las costas de esta Instancia deben ser soportadas por la actora (art. 69 y cc. del CPCC) y el modo en que resuelve la cuestión de los honorarios de la Sra. letrada de la actora.

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

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

De compartir los Señores Jueces de Cámara, el sentido de mi voto el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1. CONFIRMAR la sentencia de fs. 121/ 124 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas a la apelante vencida (art. 69 CPCC)

3. NO REGULAR HONORARIOS en favor de la Ab. N. S., vista la condena en costas al cliente y el pacto de cuota litis homologado que los vincula (fs.2 y 72 art. 4 Ley XIII Nº 4 y su mod.)

4. De forma

Así lo voto.

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 el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI 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 junio de 2012.

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 la sentencia de fs. 121/ 124 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas a la apelante vencida (art. 69 CPCC)

3. NO REGULAR HONORARIOS en favor de la Ab. N. S., vista la condena en costas al cliente y el pacto de cuota litis homologado que los vincula (fs.2 y 72 art. 4 Ley XIII Nº 4 y su mod.)

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL.