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: **"C., C. H. c/ A. S.A.I.C. s/ Cobro de Pesos. Laboral "(Expte. Nº 92/ 2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 491/09) 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. 568.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar en todas sus partes a la demanda promovida por C. H. C. contra A. A. A. SAIC, y condenó a esta última a abonar al actor dentro del término de cinco (5) días y mediante depósito judicial la suma de PESOS TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y SEIS CON TRES CENTAVOS ($395.136,03) con más los intereses que determina. Le impuso las costas del juicio a la demandada y regulo los honorarios de los letrados y perito contadora que intervinieron en el proceso.

Reclamó el actor las indemnizaciones legales por el despido que alegó fue incausado, fijó su posición respecto de la base salarial para su cálculo (remuneración en especie), hizo mención a la antigüedad que debía considerarse, planteó la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio

previsto en el art. 245 LCT y la aplicación del fallo "Vizzzotti" y solicitó el incremento indemnizatorio contemplado en el art. 2do. de la Ley 25.323.

La Señora Jueza expuso que el tema central de la controversia era la comprobación de la existencia de los hechos invocados por el empleador en la comunicación rescisoria, como graves incumplimientos contractuales y de existir si los mismos resultaron ajustados a los recaudos de causalidad, oportunidad y proporcionalidad. Luego de ello analizó la descripción de la conducta que se reputó injuriante para configurar la alegada pérdida de confianza y la prueba reunida. Valoró la prueba confesional del actor, la testimonial de L., F., A. y la nota rescisoria, concluyendo en su falta de precisión, vaguedad y la generalidad de la imputación y por ello deficiente a los fines de invocar la causa del distracto y contraria a la regla del art. 243 LCT, afectando los principios de defensa en juicio y de buena fe. Luego dice que en relación a los hechos concretos que expresa los mismos no fueron acreditados. Agrega que la descripción de los hechos plasmados en la nota no se corresponden con el informe de fecha 12 de agosto emanada de la Gerencia de Auditoría Interna, se explica diciendo que no advierte conexión adecuada entre la conducta descripta en los puntos 4.1 y 4.2 de la nota referida con el informe de auditoría, el que es valorado a la par de la testimonial de L., concluyendo que el testigo nada dice respecto de la conducta imputada concretamente a C. Se expide la Magistrada de grado por la falta de acreditación de la causal invocada en el distracto.

Luego de ello y respecto de la antigüedad de C. en la relación de dependencia y sobre la base de las testimoniales que valora, resulta aplicable el encuadre pretendido en la demanda sobre la base del art. 29 de la LCT teniendo por acreditado que quien utilizó la prestación es el empleador directo en el caso A., siendo éste el titular de la relación jurídica quien la recibe y la aprovecha. Computa, con base en la pericial contable y a los fines de la indemnización 21 años, 11 meses y seis, esto es 22 períodos.

En cuanto a la remuneración que debe considerarse, toma en cuenta la informada por la perito de $ 12.266,08 señalando que la contadora no ha considerado el tope indemnizatorio debido a que el valor tope del convenio es mayor al 67 % de aquella remuneración normal y habitual.

Admite por sus argumentos que la vivienda de F. H. *** y el uso del celular deben considerarse como beneficios patrimoniales para el actor con incidencia en el cálculo de las indemnizaciones por despido, determinado en $ 1400 por el beneficio de la vivienda y $ 300 como contraprestación salarial.

Admite en la liquidación final la indemnización sustitutiva de preaviso, integración de mes de despido, SAC sobre preaviso, indemnización por antigüedad lo que llega a la suma de $ 233.746,92. Reconoce también la suma de $ 131.712,01 como incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323. Prospera la demanda por la suma de $ 395.136,03 con más los intereses a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. desde que cada una de las sumas es debida y hasta su efectivo pago.

La sentencia es apelada por la demandada a fs 534 y por la actora a fs.535. Concedidos los mismos los agravios de la actora se agregaron a fs.539/542 vta y los de la demandada a fs. 543/548. La contestación a los agravios de la demandada se incorporó a fs.550/560.

Dejaré constancia aquí que el escrito agregado a fs. 562/563 no constituye en rigor una respuesta a los agravios formulados por la parte actora.

2.

<u>Los agravios de la actora</u>:

La representación letrada de la parte, luego de reseñar los antecedentes y la sentencia dictada formula un único agravio con incidencia en los rubros que componen la liquidación indemnizatoria.

La crítica se sostiene que si bien la Magistrada de grado reconoció que tanto el suministro de la vivienda y el teléfono celular constituyeron remuneración en especie, la señora jueza omitió hacerlo respecto de los rubros "integración mes de despido"(art. 233 LCT), indemnización sustitutiva del preaviso omitido (art. 232 LCT), sueldo anual complementarios sobre la indemnización sustitutiva del preaviso omitido, lo que solicita se modifique para incorporarlos y consecuentemente corresponde incrementar el rubro indemnizatorio previsto en el art. 2do de la ley 25.323. Reformula liquidación de condena la que asciende conforme su cálculo en la suma de $ 400.892,82.

3.

Los agravios de la demandada

La demanda sustenta su queja en los agravios que se agruparan, para su mejor tratamiento, según el tema sustancial al que hacen referencia:

a) La causal de despido invocada:

Se agravia por el alcance que se le da al error tipográfico incluido en la CD de despido donde se le adjudica a C. un cargo que nunca tuvo y que fue corregido inmediatamente a fs. 23 y además asentido por su parte. Que el mismo hizo que la Magistrada deslindara la responsabilidad de C. sin analizar las maniobras documentadas, que constatadas por la empresa, condujeron al despido por pérdida de confianza. Que ese primer error de enfoque, desligó al actor de toda ingerencia en la Coordinación de la obra de la que era responsable y que existiera una gerencia de obra no pueda implicar que el actor no haya incurrido como quedó probado en hechos objetivos impropios de un empleado de confianza. Acota que se puede no ser el responsable máximo y empero llevar adelante actos constatados en la

Auditoría y que llevaron al despido, lo que no fue ni considerado ni evaluado por la a quo.

Lo agravia también en el punto, la conclusión de la Jueza en el sentido que si la auditoria no estaba concluida, ello implicaba que no se pudiera juzgar la conducta de C. en el hecho objetivo que conlleva la pérdida de confianza. Dice que esas circunstancias fueron explicitadas en la contestación de la demanda, cuando se señaló que la misma fue llevada a cabo no para analizar la conducta de un empleado (C.) sino la de varios integrantes de la nómina tanto de Planta como de sede central y ello fue lo declarado por el testigo L. que la Jueza dejó de lado. Tampoco puede aceptarse que por lo dicho, deba catalogarse al despido de intempestivo por apresurado.

Se agravia también que la jueza haya considerado no probadas las irregularidades cometidas por C. que condujeron como hecho objetivo a la pérdida de confianza, para lo cual dice que se acreditó que C. llevó a cabo tales irregularidades de peligrosa calificación legal y en forma documentada, con firmas reconocidas por él y por la pericial contable, las que individualiza en concreto en el desarrollo del agravio.

Concluye este aspecto de su queja señalando con base en los principios de valoración restrictivos en el análisis de las causales de despido que el mismo no puede extenderse a dejar de lado las prueba que invisten fuerza probatoria en grado sumo y que lo menos que se puede peticionar, es que se analicen los elementos probatorios con la normativa impuesta al juzgador por el art. 34 inc. 4to del CPCC. Dice que la Jueza basó prácticamente su decisorio en el texto de la CD sin analizarla con y por la prueba arrimada por su parte, con la que sin dudar se ha probado el proceder impropio del empleado que excede por su cargo el elemental y primario deber de ser fiel empleado. Pide la revocación del fallo y e lo cual provendrá el rechazo total de la demanda con costas.

b) <u>La antigüedad del actor</u>:

De confirmarse lo principal de fallo ingresa a los demás temas decididos.

En el punto dice que la Señora Jueza confunde la normativa del art. 29 de la LCT con la sucesión de hechos que analiza. Dice que D. S.A. era una empresa que contrataba construcciones o la realización de proyectos con y para otras empresas y en base a ello contaba con su propio personal dependiente de ella. Indica que D. fue una de las tantas empresas contratadas para la ampliación de la planta y que C. trabajaba para D. que le realizaba a su vez una obra a A. C., dice era personal directo de la contratista que facturaba sus servicios a su mandante, integrando sus costos o servicios facturados y abonando los salarios a su personal.

Dice en su queja, que negada la documental con la que C. pretendía la aplicación del art. 29, corría la actora con la carga de probar la inclusión en el art. 29, la que no aportó al expediente, por lo que no se probó que D. proporcionara personal a A. como sustento para unir el contrato entre las empresas, esto es C. no probó que D. lo haya contratado para trabajar en A. como trabajador suministrado por un tercero lo cual lo haría ingresar en el art. 29.

Agrega que, si luego por conveniencia de C. y A. se lo contrató por un año y luego permaneció como empleado permanente, no significa en modo alguno que se pueda retroceder al supuesto del art. 29.

Finaliza el punto diciendo que de admitirse la decisión indemnizatoria del despido, debe computarse el tiempo que corre desde octubre de 1993 hasta su egreso en el año 2009.

c) <u>Las remuneraciones en especie reconocidas:</u>

Sus argumentos recursivos se dirigen a criticar en primer término, lo resuelto en la sentencia respecto de considerar la vivienda de F. H. ***, como integrativa del salario de C., y englobarlo en las indemnizaciones

respectivas. Lo agravia que la sentencia haya tenido acreditado que A. proveyó vivienda al actor, cuando se ha demostrado que la empresa proveyó la vivienda a la sociedad mutualista A., para su Directora suscribiéndose un contrato de comodato. Que C. al actualizar su domicilio en abril de 2001, lo hace en el domicilio de F. H. donde residía la Directora de la Escuela V. D. por lo que la ocupación de la vivienda no es por entrega de A., sino por las circunstancias personales del actor. Que no ha podido probar el actor que al cesar su esposa o pareja la dirección de la escuela, continuó en la vivienda por el permiso de uso de ocupación que le diera el Ing. E. R., sin perjuicio de lo cual la Magistrada, solo con los dichos del actor concluye que la vivienda es remuneración en especie soslayando que por tratarse de un hecho controvertido debe probarse el hecho (arts. 364, 381 CPCC).

En cuanto a la provisión de telefonía celular señala que se acreditó la necesidad de contar con esa herramienta de trabajo por parte de gran número de integrantes de la nómina de A., resultando de la pericial contable que la empresa ha suministrado 544 teléfonos celulares sin que pueda concluirse como lo hace la Magistrada de grado que se trata de remuneración en especie, olvidando la norma del art. 86 2da. parte cuando habla de instrumentos o útiles que se proveen para la realización del trabajo. Agrega que las características físicas de la planta (más de 300.000 m2) el celular es más que necesario para aquellos dependientes que deben desplazarse por los amitos de la planta pero concluir que es una remuneración en especie constituye una desmesura en lo que es la interpretación de lo que es remuneración.

Luego de lo expuesto señala que en el hipotético supuesto de confirmar la pretensión indemnizatoria, deberán detraerse los períodos computables para la antigüedad entre 18 de agosto de 1987 al 31 de octubre de 1993 y los rubros “vivienda y celular.

4.

La naturaleza de los agravios, obliga a tratar en primer término los agravios expuestos por la demandada, que refieren al decisión sobre la causal de despido invocada, para luego hacerlo respecto de aquellos que resultan crítica a los rubros que integran las indemnización derivadas de aquél.

4.1. <u>Tratamiento de los agravios de A. S.A.I.C</u>

4.1.1. <u>La causal de despido:</u>

a) El art. 242 de la L.C.T. 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.

Asimismo, es menester memorar que la ponderación de los elementos de hecho que motivan el distracto, debe hacerla el Juez, teniendo en cuenta todos los extremos que surgen, no sólo de los caracteres propios de la actividad o de la forma que han adoptado las relaciones laborales, sino también de los que emergen de las conductas personales de las partes para poder verificar el *animus injuriandi* y la plena conciencia de que el acto imputado, tenía particular gravedad y era generador de un daño material o moral para su co-contratante (conf. Julián A. De Diego en "La injuria laboral como causal de despido sancionatorio", pub. En TySS, 1983-53).

Así, se ha sostenido que la injuria laboral tiene que tener tres parámetros de evaluación, a saber: causalidad, proporcionalidad y oportunidad.

La causalidad está referida a la relación existente entre el autor, la falta o incumplimiento y el acto o la omisión misma; la proporcionalidad implica que debe existir una adecuada relación cuantitativa y cualitativa, entre la falta o incumplimiento cometido y la medida adoptada; y la oportunidad está referida a la razonable proximidad temporal entre el hecho que motiva la ruptura del vínculo y la resolución del mismo (CNAT, Sala I, abril 14 de 1976, D.T.1976-319).

b) Alegada por la empresa la pérdida de confianza, es claro que ésta no puede sustentarse únicamente en consideraciones meramente subjetivas; sino que, necesariamente debe derivar de actos irregulares imputables al dependiente que, con dolo o culpa, incurre en determinadas actitudes, incumplimientos o irregularidades que, objetivamente, no permiten que se mantenga la confianza originariamente depositada en él. *"La pérdida de confianza es una figura bajo la cual subyace un estado subjetivo del patrón, y que por ello necesita 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 L.C.T..* (CNTRAB - Sala VII Expte Nº 16989/00 S.D. 42102 del 25/09/2009 "García, Patricia c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ despido)

Los deberes que imponen los arts. 62 y 63 de la L.C.T. y, en especial, el deber de fidelidad cuyo cumplimiento exige el art. 85 LCT tienen un contenido ético y patrimonial. En consecuencia, la ruptura por pérdida de confianza debe derivar de uno o más hechos que conculquen las expectativas acerca de una conducta leal y acorde con dichos deberes

creadas con el devenir del vínculo. Esta expectativa se frustra a raíz de un suceso que lleva a la convicción de que el trabajador ya no es confiable, pues cabe esperar la reiteración de conductas similares. (cfme. CNTRAB - Sala VII - S.D. 40.925 del 27/05/2008 - Expte. N° 17.672/06 - "Ibarrola, Eugenio Luis c/Meller S.A. s/despido").

En este contexto, y analizada la prueba incorporada por las partes estimo que el incumplimiento atribuido y probado, por sí frustró -dadas sus características- la expectativa acerca de la conducta requerible al trabajador de acuerdo con los deberes expresos e implícitos que impone el contrato (cf. arts. 62, 63 y concordantes, LCT). Daré razones para ello.

c) En primer término y por ser materia de agravio he de señalar que la circunstancia que en la comunicación rescisoria de fecha 24 de julio de 2.009 (fs. 21 y reservada dentro de la documental que tengo a la vista en este acto) se haya consignado el carácter de Gerente de Proyectos de la misma, no puede tener la entidad que le otorga la Magistrada de grado.

El mencionado error, hubiera tenido las consecuencias que se endilga de no haber mediado la rectificación por la carta documento de fs. 23 donde se aclara que, al momento del distracto, C. se desempeñaba como Coordinador de Obra mecánica, ratificando el contenido de los hechos reputados como injuriosos.

Por otro lado, tal circunstancia no impidió a la parte ejercer plenamente su derecho de defensa, pues como expone claramente en la demanda, la parte actora señaló sobre ese aspecto *"Sin perjuicio de la evidente desprolijidad de la notificación del distracto"* y porque los hechos denunciados como fundamento de su despido, le habían sido impuestos verbalmente por J. C. M. en su carácter de Gerente de Relaciones Industriales. (fs. 190 vta /191), conociendo de tal modo cuales eran, en concreto, los hechos que se le imputaban.

Señaló luego el actor, que de la mencionada comunicación, surge la absoluta falta del hecho o hechos objetivamente injuriantes que permitan a la empleadora proceder al despido con justa causa en la causal invocada, para lo que debería tenerse en consideración que las tareas desarrolladas por C. en la denominada segunda ampliación fueron consecuencias del estricto cumplimiento de expresas instrucciones que le impartía el Gerente de Proyectos y responsable máximo del emprendimiento J. B. y por otro lado la excelente trayectoria como empleado durante casi veintidós años, sin sanciones y con evaluaciones positivas efectuadas año a año, respecto de su desempeño.

Con esto quiero poner en evidencia, que no hay en la demanda ningún elemento del que se pueda colegir otra cosa que todas las circunstancias denunciadas por la empresa en la mentada comunicación, habrían sido consecuencia del estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos y que en definitiva, si se entendiera que alguna de las conductas que se le imputan pueda atribuirse a algún error o equivocación inexcusable en el cumplimiento de sus obligaciones laborales para con la demandada, la sanción del despido es desproporcionada frente a la ausencia de sanciones durante el vínculo laboral.

Abordaré entonces, si la empleadora ha probado los hechos objetivos que configuren la causa de despido invocada.

No ha cuestionado la demandada que su responsabilidad en el ámbito de la denominada segunda ampliación han sido, entre otros, la contratación y adjudicación de trabajos, comprobación y certificación de los tramos de obra ejecutados, como se señalara en la documental de fs. 21.

A ellas sumó en la demanda, la descripción de las tareas encomendadas dentro del equipo de trabajo conformado por A. SAIC para la referida obra de ampliación, pero en modo alguno cuestionó aquellas atribuidas.

Comparto el agravio de la empresa cuando sostiene que la circunstancia que el Ing. B. fuera el Gerente de la obra, no excluye la responsabilidad propia de quienes, en el marco de la atribución de funciones, incurriera en conductas contrarias a las obligaciones que todo empleado debe a su empleador (arts. 62 , 63 y 85 de la L.C.T.).

Está acreditado que la empresa solicitó un informe integral de Auditoría respecto del servicio de pintura prestado por el proveedor A. durante el proyecto de ampliación Etapas I y II.

El mismo ha sido agregado en autos a fs.217/ 259 y sobre la documental allí incorporada se expide la perito contadora a fs.420/422.

Ha reconocido la parte (fs. 504) y lo reitera en la respuesta al agravio, que con las testimoniales de O. L. (fs. 367/370) y C. F. (371/372), "*el único hecho que encuentra respaldo probatorio consiste en la indicación dada por el actor a un grupo de dependientes de la firma I. S.A. en el mes de julio de 2009 para chequear la realización de trabajos de pintura ya recepcionados por la empresa y efectuados por la contratista A. S.A.*" acotando que esta indicación -como señalara en la demanda-, fue realizada por C. en el marco de instrucciones de trabajo impartidas por su superior jerárquico Ing. B.

A más de este reconocimiento expreso de la parte, en base a las testimoniales analizadas por la misma parte en su alegato, está probado que los datos insertados en el sistema por C. en fecha 16/10/2008 no reflejaron los reales antecedentes. En esa fecha ingresó la recepción de servicios Nº **** que incluía entre otros el certificado Nº * XX ****** ítem 1, de fecha 23/10/08, (posterior al ingreso de la recepción del servicio), dato corroborado en la pericial contable a fs. 421. Sobre el punto se expidió concretamente el testigo L. a fs.368 vta/ 369 dando cuenta además C. no se encontraba autorizado a entrar en el sistema.

Resulta de interés señalar que el testigo F. señaló en su testimonial que la certificación de obra era una etapa posterior a la verificación (3era), que

ellos no verificaban (5ta); que se hizo una certificación global en julio del año 2009 (6ta); que se hizo en el año 2009 porque cumplieron una orden de su jefe en ese momento, C. (9na y 10ma) y que la razón por la que se hizo en ese momento es porque se venía una auditoría, explicando que se trató de controlar los metros cuadrados de pintura respecto de los planos que tenían (11ra); que C. trajo las planillas (12da); que estima que las verificaciones se correspondían a certificaciones de obra ya recepcionadas porque había cosas de años atrás (14ta). Al tiempo de las repreguntas y preguntado el testigo si C. esgrimió la existencia de órdenes superiores para efectuar las verificaciones que le solicitó, contesto que los reunió y les dio una tarea más, les dijo que hagan el control (1era).

De lo dicho puede sostenerse, que las verificaciones fueron efectivamente ordenadas por C. en vistas a una auditoría, sobre certificaciones de obra ya recepcionadas y que en momento alguno esgrimió la existencia de órdenes superiores.

De modo tal que las irregularidades en la comprobación y certificación de los tramos de obra ejecutados, el requerimiento a un grupo de dependientes de la firma I. S.A. en el mes de julio de 2009 para chequear la realización de trabajos de pintura ya recepcionados por la empresa y efectuados por la contratista A. S.A. (y en el contexto probatorio ya pagados), motivados en las tareas de auditoría en marcha, son elementos que han sido probados en autos.

d) Luego de ello y por resultar materia de agravio, debo señalar que no se comparte lo señalado por la Magistrada de grado en el sentido que el despido resultó intempestivo por apresurado, argumentando para ello que la auditoría no estaba finalizada.

Tal conclusión es a mi criterio impropia. L. señaló a fs. 367 /369 cuales eran las funciones de la gerencia de auditoría y que el informe anexado obedeció

a una orden de la vicepresidencia por dos informes emitidos a fines de 2008 y comienzos de 2009 donde habían encontrado irregularidades en los procesos de contratación, a los que se sumaban comentarios sobre inconvenientes en todo el proceso de contratación, adjudicación y prestación de servicios del servicio de pintura, por lo que se les encargó el análisis de esa operatoria en forma integral explicando que ello comprendía la requisición de la prestación del servicio, el proceso de pre adjudicación, la adjudicación, la prestación del servicio, su control, la recepción del servicio desde el punto de vista administrativo, la contabilización y el pago del servicio. Indicó también que la tarea empezó alrededor del mes de mayo del año 2009 y que durante su desarrollo fueron haciendo avances por mail a la dirección, dada la gravedad del caso y que cuando el trabajo está concluido a los efectos de dejar documentados los inconvenientes, las líneas de acción se confecciona el informe final que es enviado a distintos estamentos de la organización y a los involucrados.

De modo tal, que no se advierte cuál es el sostén jurídico para argumentar que en tanto la auditoría integral no estaba concluida, el despido fue apresurado, si con los elementos que la empresa contaba, le bastaban para atribuir a C. una conducta objetiva que generaba la falta de confianza. La carga de la prueba de los hechos objetivos pesaba sobre la demandada (art.381 del CPCC), resultando el informe final de la auditoría un elemento más para valorarla.

e) Insistiré que los actos irregulares de C. fueron acreditados.

Si instigar es incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo, aquí se ha probado que C. ordenó a verificar trabajos que se habían realizado tiempo atrás y que se hacía sobre planillas que indicaban piezas para chequear con el plano correspondiente los metros cuadrados de pintura sobre obras ya recepcionadas años atrás (Punto 4.2 fs. 21); que esa

verificación se hizo por conocer que los auditores internos estaban próximos a concurrir a planta para verificar la documentación, ha sido argumento reconocido (Punto 4.3 fs. 21); que con ello se procuraba encubrir tales anomalías, puede resultar gravosa la imputación pero en el contexto probatorio debe inferirse que las tareas de verificación no se habían realizado oportunamente y debía adecuarse la documentación respectiva, de otra manera no se entiende que se haya señalado la proximidad de una auditoría. Si se acepta que la secuencia de la actividad era la verificación del servicio cumplido, luego la certificación del servicio y su recepción para habilitar posteriormente el pago, existió una etapa liminarmente omitida y que debía cumplirse, previa a las tareas de auditoría.

Admitiré que no acreditó que C. haya solicitado a los empleados de I. nombre de empleados que ya no trabajaban en I. A. para falsear los supuestos controles por parte de los mismos.

f) Resta referirme en orden a la causal de despido invocada, en una cuestión que se evalúa en la sentencia y que invoca el actor en su demanda, reiterándolo en su alegato y en la respuesta a los agravios y que forma parte del argumento recursivo.

No voy a reiterar aquí, que la imputación de hechos objetivos para resolver el distracto fue en la persona del actor C. C., aún cuando se lo señalara como Gerente de Proyectos y se rectificara luego, reconociendo el carácter de Coordinador de Proyectos.

La actora ha insistido desde la demanda y a lo largo de la actividad probatoria en deslindar su responsabilidad en los hechos atribuidos, señalando que las tareas que él desarrolló fueron consecuencia de las instrucciones que le impartiera el Gerente de Proyectos Ing. B., ya señalé que en el alegato, indicó que el único hecho probado (instrucciones a los

empleados de I. S.A.) fue realizada por C. en el marco del cumplimiento de precisas instrucciones de trabajo dadas por B.

A esos fines debo señalar que la única circunstancia probada es que el Ing. B., era el Gerente de Proyectos y como tal responsable de la obra de ampliación.

Pero en modo alguno justificó C. que los incumplimientos detectados fueran en respuesta a las órdenes de su superior jerárquico y desistió de la prueba testimonial del Ing. B.

Y aún en la posición más favorable para él, aceptando como dice la señora jueza, que el rol del trabajador en la organización es determinante cuando se trata de juzgar determinadas faltas u omisiones que afectan la exigencia central del puesto de trabajo para lo cual alude que la responsabilidad del actor era distinta a la del Gerente de Proyectos por el nivel jerárquico establecido, debo señalar que aunque el subordinado no tiene obligación de cumplir órdenes ilegítimas, C. se encontraba en condiciones de revisar la legitimidad de las supuestas órdenes impartidas.

Un Coordinador de Obra e Ingeniería mecánica e interlocutor con los sectores productivos, por la naturaleza y categoría de sus funciones, la idoneidad que se ha destacado en la demanda, testimoniales y evaluaciones de la empresa, debe entenderse tenía la suficiente capacidad de decisión propia en el ejercicio de sus funciones, como para no subordinarse -de existir- a directivas emanadas de niveles superiores, tanto más cuanto las mismas devienen en serias irregularidades con perjuicio evidente para la empresa y que el actor no podía ignorar.

La defensa así esgrimida permanentemente por el actor, intentando ampararse en una suerte de «obediencia debida», conlleva implícita la admisión de los hechos reputados irregulares y que, devinieron en los fundantes del despido dispuesto.

g) Luego de lo expuesto, soy del criterio que el comportamiento esperado y propio de todo buen trabajador se basa en la observancia de los deberes de buena fe (art. 63), fidelidad y lealtad (art. 85), entre otros, por lo que su inobservancia permite considerar que el trabajador no es merecedor de la confianza necesaria que requiere toda participación en el desarrollo de los objetivos de la empresa , máxime cuando se advierte un comportamiento inadecuado en el ejercicio de sus funciones (art. 87), tal como estimo acreditado en el supuesto de autos, donde el comportamiento observado redundó en un claro perjuicio de los intereses del empleador.

A poco que se repasen las tareas asignadas a C. y la evaluación de desempeño año 2007/2008, C. era un empleado de confianza de la empresa, por lo que cuanto mayor es la confianza depositada en un empleado, mayor la gravedad de los actos que la perjudican y cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos. (art. 902 CC). *"En general a mayor jerarquía, mayor es la obligación de fidelidad y la responsabilidad emergente y a mayor requerimiento de capacidad del trabajador más será la responsabilidad por sus errores "*(Ley de Contrato de Trabajo. Director Rodríguez Mancini Tomo IV pág 293, Ed La Ley, Bs.As. 2007)

Si todo contrato de trabajo se sustenta en el recíproco respeto y confianza entre las partes, la acreditación en autos de las conductas irregulares del Sr. C. me permite considerar justificada la decisión del empleador de poner fin a la relación laboral conforme el art. 242 de la LCT, y consecuentemente con ello proponer al Acuerdo que se revoque la sentencia de grado.

El resultado de la queja, torna innecesario expedirme respecto de los demás agravios que se sustentan como dije el iniciar mi voto, en cuestiones relativas a las indemnizaciones derivadas del despido.

5.

Las costas.

a) Costas y honorarios de la primera instancia:

El art. 282 establece que cuando la resolución fuere revocatoria de la de primera instancia, deben adecuarse las costas y el monto de los honorarios al contenido del pronunciamiento.

El resultado del recurso importa el rechazo de la demanda y la imposición de las costas del proceso al actor (art. 57 Ley XIV Nº 1).

Los honorarios del Ab. G. H. letrado apoderado de la parte demandada y de la perito Contadora N. R., considerando las pautas mensurativas de la ley arancelaria ente ellas el mérito, extensión, participación en las audiencias y el resultado obtenido y respecto de la perito su adecuación a las reglas procesales y trascendencia de lo dictaminado en la cuestión que se resuelve (arts.5, 8, 9, 38 y 60 Ley XIII N°4 y su mod.) se estipulan en el 20 % y 3 % sobre el monto del proceso (capital reclamado al que deberán adunarse los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A. (STJCh Sentencia Nº 03/ S.R.E./2011 "L., E. G. c/ S., R. s/ SUMARIO. Expte. Nº 21.836-L-2009)). No corresponde en cambio, regular honorarios a los letrados apoderados de la parte actora Abs. F. A. y M. A. vista la condena en costas a su cliente y el pacto de cuota litis homologado que las vincula (fs. 3 y 365; art. 4 de la Ley XIII Nº 4).

b) Costas y honorarios de la segunda instancia:

Las costas en la Alzada se imponen a la actora, vencida en esta instancia (art. 57 Ley XIV Nº 1). Los honorarios del Ab. H., considerando el mérito y resultado de la actividad profesional se establecen en el 35 % de los que resulten en la instancia anterior (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.). No corresponde en cambio regular honorarios en favor de los abogados A. y A., vista la condena en costas al cliente y el pacto de cuota litis homologado que los vincula (fs. 3 y 365; art. 4 ley cit.).

En consonancia con lo dicho voto a la primera cuestión propuesta por la **NEGATIVA.**

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

En el voto precedente la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por los apelantes, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación de los recursos concedidos a los agraviados.

1) Tratamiento de los agravios de la parte demandada.

1.1) La causal del despido.

La Sra. Jueza de Villafañe ha hecho ya referencia a los agravios vertidos por la parte demandada, comenzando los mismos por la causal del despido que la jueza a quo consideró no acreditada.

La agraviada reconoce que el que gerenciaba las obras era el Ing. B. y que el actor era Coordinador, pero que ello -según su postura- no es relevante para la cuestión en debate ya que se puede no ser el responsable máximo pero realizar actos que justifiquen el despido. Luego hace referencia a que no tiene tampoco importancia que la auditoría interna no estuviese concluida en el momento de disponerse el despido del actor y que el mismo cometió actos irregulares que justificaron la ruptura del vínculo laboral.

La injuria, con los alcances del artículo 242 (LCT) está referida a una conducta humana reprochable que puede ser una acción ilícita, una falta u omisión grave, o la combinación de ambas, como es el caso de la acción por omisión. No hay injuria por un hecho no ocurrido todavía, o por un riesgo

de que ocurra, y en rigor, sólo es sancionable un acto concreto y cierto. El acto puede ser sensible en sí mismo o puede ser la fuente que deriva en una pérdida. Una falta que hiere la confianza, que además de ser básica en cualquier trabajo, en algunas tareas es central.

En cualquier caso, se debe "configurar la injuria" para que puedan operar los resortes legales establecidos en el marco regulatorio. Al respecto deben destacarse la existencia de tres momentos o eventos que separados en el tiempo, generan cierta incertidumbre respecto de los actos y decisiones que se adopten.

Primer momento: Las causas de un despido por culpa o responsabilidad del dependiente se fundamentan en actos reprochables que se deben dar en determinadas condiciones de lugar, tiempo y circunstancias y allí debemos situar el primer momento;

Segundo momento: El principal debe evaluar los actos acaecidos en el pasado reciente, y en función de ello habrá que determinar si se dan las condiciones para disponer la extinción con justa causa admitida por nuestro sistema legal, y en su caso disponer de inmediato el despido, notificándole al dependiente en forma clara las causas y la decisión de despedirlo por ellas, sin derecho a indemnización alguna;

Tercer momento: Producido el distracto rechazado u objetado por el trabajador, se produce un tercer momento, que es ya durante el trámite judicial, en donde un tercero, el juez competente, será quien deberá evaluar las pruebas y la entidad de la causa, a fin de establecer si fue lícita la desvinculación por culpa o responsabilidad de la contraparte.

Ya se ha dicho que quien no presencia los hechos debe realizar un proceso inevitable de evaluación de los mismos a fin de establecer las consecuencias alternativas posibles. Al respecto, será fundamental también evaluar las circunstancias, las razones y el devenir de los acontecimientos y el grado de participación en ellos del sujeto a fin de apreciar si es intrínsecamente

satisfactorio para producir el despido. Es más, no sólo se deben evaluar los hechos sino fundamentalmente, la prueba de los mismos, a fin de respaldar las causales invocadas en el momento de producirse un eventual litigio judicial (conf. DE DIEGO, J.A., *"Tratado del despido y otras formas de extinción"*, Ed. La Ley, T. II, pág. 10 y sigs.).

La causa de la cesantía debe ser aducida en el momento en que se notifique la ruptura del contrato de trabajo, no sólo para que el trabajador pueda formular revisión en el juicio laboral, sino también por ser una exigencia del deber de buena fe (conf. CNTrab., Sala VI, 26/02/86, TySS, 1982-472). El art. 243 de la LCT, tiene como finalidad evitar que se invoquen extemporáneamente las causas del distracto, de modo que el empleado tenga pleno conocimiento del motivo de aquéllas, y si resuelve promover demanda, disponga con tiempo de los elementos de juicio para demostrar su inexactitud y no se vea obligado en un plazo perentorio a "salir a buscar" la prueba que hace a su derecho (conf. CNTrab., Sala III, 26/04/89, TySS, 1989-795). La mencionada norma persigue el propósito de que las partes conozcan, desde el inicio del proceso, y aun antes de la traba de la litis, el contenido cierto e invariable de la causa del despido, como una forma de salvaguardar el principio constitucional de la defensa en juicio (conf. CNTrab., Sala V, 26/12/86, TySS, 1987-331).

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde remitirme al instrumento de fs. 21 que es el redactado por la empleadora para notificar al actor las causales de su despido ya que ello demarcará -según hemos visto- el campo dentro del cual las partes dirimirán el conflicto planteado en autos. En el mismo se expresa: *"…1.- En el año 2005, la empresa comenzó las obras correspondientes a la ampliación de su Planta ubicada en Puerto Madryn, Provincia de Chubut, siendo Ud. en su carácter de Gerente de Proyectos de la firma, designado como responsable máximo del referido emprendimiento".*

"2.- A partir de una auditoría interna iniciada aproximadamente veinte días atrás, se detectaron una serie de irregularidades en diferentes ámbitos las cuales comprometen seriamente su responsabilidad (contratación y adjudicación de trabajos; comprobación y certificación de los tramos de obra ejecutados, entre otros)".

"3.- Sin perjuicio de que las investigaciones inherentes a la auditoría en curso aun no están agotadas; ya surgen elementos indubitados que muestran, como mínimo, un absoluto e inexcusable incumplimiento de los deberes y responsabilidades propias de su cargo y función".

"4.- A modo de ejemplo, mencionamos las siguientes irregularidades en su conducta:

4.1. Instigar a un grupo de mecánicos de I. A. tener que tildar con fechas antedatadas trabajos que ya se habían realizado tiempo atrás, vinculados a la obra de A. S.A..

4.2.- Es más, Ud. le solicitó al referido grupo de empleados, que insertaran de su puño y letra, nombres y apellidos de empleados que ya no trabajaban en I. A., falseando de esta manera supuestos controles por parte de esos empleados ya egresados.

4.3.- Demás está decir que Ud. expresamente encomendó estos trabajos con el objetivo de encubrir tales anomalías, y las realizó con excesiva urgencia, por conocer que los auditores internos estaban próximos a concurrir a la Planta para verificar la documentación del Proyecto Ampliación".-

"5.- Insistimos que estos elementos no agotan en lo absoluto las irregularidades por Ud. cometidas, las cuales nos reservamos el derecho de denunciar ante la instancia que corresponda. Empero lo hasta aquí explicitado, todo determina una irreversible ***pérdida de confianza*** *de la empresa en su persona que torna imposible la prosecución del vínculo laboral…".*

"7.- En función de todo lo expuesto, notificamos queda despedido por su exclusiva culpa a partir de la fecha…".-

Sabemos que quien invoca un hecho tiene a su cargo la prueba del mismo. Este principio se aplica también en el despido con justa causa. Quien invoca una justa causa de despido debe probarla (SCBA, 27/11/84, TySS, 1985-684; ídem, 08/11/94, TySS, 1996-40). 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.

Probado el hecho del despido, incumbe a la parte patronal acreditar las causas que, de conformidad con la ley, exoneran de la obligación de indemnizar (conf. SCBA, 16/10/73, TySS, 1973/74-443). Resulta claro, que la prueba debe reunir condiciones básicas de idoneidad adecuada para lo que debe acreditarse. La injuria, como causal de rescisión del contrato de trabajo, tiene que darse a través de las probanzas aportadas a la causa con perfiles netos que la hagan aparecer como palpable y definida, sin tintes claroscuros que la delineen como cagada de subjetivismo, caracterizándola de personal. Tratándose el despido de la ruptura del vínculo contractual, que se pretende sea sin indemnización, queda claro que es a la empleadora a quien le incumbe aportar prueba fehaciente sobre el hecho o los hechos que determinaron el distracto. Si la prueba no es fehaciente y deja en cambio en el ánimo del juzgador una actitud dubitativa, debe desecharse la medida dispuesta por la patronal y tomar al despido como injustificado, mandando a pagar las indemnizaciones de ley (conf. CTrab. San Francisco (Córdoba), 08/11/90, TySS, 1991-655 (70).

Teniendo en cuenta lo expuesto y los requisitos exigidos por la LCT sobre el particular, correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente lo siguiente:

a) que el actor era el Gerente de Proyectos de la empresa y el máximo responsable de la obra de ampliación de la planta de Puerto Madryn;

b) incumplimientos por parte del actor a los deberes y responsabilidades propias de su cargo y función de Gerente de Proyectos;
c) que el actor instigó a un grupo de mecánicos de I. A. a que tilden con fechas antedatadas trabajos que ya se habían realizado tiempo atrás, vinculados a la obra de A. S.A.;
d) que el actor solicitó al referido grupo de empleados que insertaran de su puño y letra nombres y apellidos de empleados que ya no trabajaban en I. A., falseando de esa manera supuestos controles por parte de esos empleados ya egresados; y
e) que el actor expresamente encomendó esos trabajos con el objetivo de encubrir tales anomalías y lo hizo con excesiva urgencia por conocer que los auditores internos estaban próximos a concurrir a la planta para verificar la documentación del Proyecto Ampliación.
Anticipo mi opinión con respecto a que no le otorgo ninguna significación a la parte del instrumento de fs. 21 en el que la patronal expresa *"…estos elementos no agotan en absoluto las irregularidades por Ud. cometidas, las cuales nos reservamos el derecho de denunciar ante la instancia que corresponda…"*. Y no le otorgo valor a esta expresión porque la misma constituye una clara violación a los principios doctrinarios y jurisprudenciales que acabo de exponer supra. Debe tenerse presente que la comunicación del despido tiene carácter vinculante, por lo que una vez invocada la causa de la rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior. De allí entonces que no es posible admitir que el empleador omita expresar otras causales de despido -si es que las hubo- y menos aun que formule "reserva" del derecho de denunciarlas ante la instancia que corresponda, conforme lo dice en el mencionado documento. Las causales deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento que notifica al dependiente su despido, sin que corresponda "reservarse" el derecho de denunciar otras causales en otro

momento o instancia. Por lo tanto, tengo en claro que las únicas causales del despido y que deben aquí analizarse son las que se expresaron en la comunicación entregada al dependiente (fs. 21) y que la demandada debió acreditar fehacientemente en autos para que el despido pueda ser considerado con causa y sin derecho a indemnización por parte del empleado.

En lo que hace al cargo de Gerente de Proyectos atribuido al actor en el instrumento mediante el cual se le notificó el despido, la misma demandada admitió en su carta documento del 01/08/09 (fs. 23) que el actor al momento del distracto era "Coordinador" de la obra mecánica y no Gerente de Proyectos. Este reconocimiento hace que carezca de relevancia el ítem supra indicado con la letra "b", esto es, los incumplimientos por parte del actor a los deberes y responsabilidades propias de su cargo y función. Este razonamiento es claramente lógico dado que del mismo instrumento surge lo que estoy transcribiendo. La patronal hizo imputaciones al actor en su carácter de "Gerente de Proyectos", denunciando que existió "incumplimiento de los deberes y responsabilidades propias de su cargo y función", o sea, propias del cargo y función de "Gerente de Proyectos". Si ella misma reconoció posteriormente que no tenía tal cargo, es de una claridad meridiana que se derrumba la imputación sobre el incumplimiento de deberes y responsabilidades propias de un cargo que no tenía.

He advertido, por supuesto, que en su agravio la demandada dice que el cargo en cuestión (Gerente de Proyectos) le fue adjudicado al actor "por un mero error tipográfico". La explicación no es para mí satisfactoria y, además, ese supuesto error no fue esgrimido con anterioridad en el proceso por parte de la demandada. Y digo que no es satisfactoria porque en una comunicación de despido redactada por la empleadora, que es una importantísima empresa, la cual se debe haber confeccionado por el

departamento legal especializado, no es admisible atribuir a un simple "error tipográfico" la atribución de un cargo a un dependiente que no es el que le corresponde. El error tipográfico podría admitirse en un número o en una letra, pero no en un cargo o función desempeñada dentro de la empresa y como integrante de la misma. Es más que evidente que hay una diferencia abismal entre escribir "Gerente de Proyectos" y "Coordinador de Obra Mecánica" y de allí que la explicación o el argumento de la patronal no sea para mí convincente. Un despacho tan importante como el que estamos considerando no debe contener errores de la magnitud del que estamos hablando porque tiene una importancia fundamental para todos los acontecimientos futuros que se desarrollarán luego de su entrega o envío. Y, además, no lo debe contener porque es un instrumento esencial a la luz de lo dispuesto por la LCT, según hemos visto supra.

Es más que evidente que el empleador no puede pretender que se tenga en cuenta el incumplimiento de los deberes y responsabilidades que corresponden a un Gerente de Proyectos, si el demandado no tenía ese cargo. Los postulados y principios de la doctrina de los actos propios avala mi razonamiento en el sentido que acabo de expresarlo.

Por los fundamentos expuestos, es obvio que la imputación realizada por la patronal debo considerarla dirigida al "Gerente de Proyectos" y éste no era, precisamente, el actor de autos según hemos visto. Por lo tanto, los ítems "a)" y "b)" quedan fuera del tratamiento en este punto.

Veamos ahora el tercer item que debió acreditar la demandada y al cual he hecho referencia, esto es: que el actor instigó a un grupo de mecánicos de I. A. a que tilden con fechas antedatadas trabajos que ya se habían realizado tiempo atrás, vinculados a la obra de A. S.A.

Analizo, en primer término, el informe de la auditoría interna (fs. 217/219) y del mismo no surge que se haya comprobado la *instigación* imputada en la comunicación de fs. 21.

Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, "instigar" es incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo y que "incitar" es mover o estimular a alguien para que ejecute algo. Esto debemos relacionarlo con que "instigador" es quien instiga o impulsa y que es sinónimo de cabecilla, agitador, incitador, inductor, inspirador y promotor. En ningún momento se habla del actor en estos términos en el informe de la auditoría interna obrante en autos.

Si tengo en cuenta la prueba testimonial, debo analizar lo declarado por el testigo L. (fs. 367/370) que es empleado de la demandada, coordinador de auditoría y quien redactó -según declaró- el informe de la auditoría interna. Pues bien, de toda su declaración no surge ni una mínima alusión a que haya existido acto de *"instigación"* alguna por parte del actor en los términos que surge de la causal invocada por la patronal al comunicar el despido.

Además, tengo en cuenta que a fs. 368 vta. este testigo dijo: *"…la auditoría empezó el 26 de mayo, que nos dieron la instrucción luego que comenzamos a plantear cuales eran las líneas de acción, nosotros informamos a los involucrados que estamos trabajando sobre el tema, en ese momento empezamos a realizar las muestras de los que íbamos a solicitar, entre que nosotros informamos a los usuarios y el momento en el cual fuimos a relevar documentación se comenzó a firmar certificaciones del proveedor que en su momento no habían sido controladas, todo aquel que controla deja una evidencia de lo que hace prueba de que en algunos casos no se había controlado, no teníamos documentación de respaldo, está en el informe…"* y cuando se le preguntó (tercera pregunta) sobre la relación que tiene la documentación agregada a fs. 220/259 con la auditoría, contestó: *"…toda esta documentación que va desde la fs. 220/259 incluye fundamentalmente documentos que hemos levantado en nuestra revisión y también impresiones que surgen de la pantalla del sistema que de alguna manera respaldan la recepción de la documentación, se está documentando el ingreso de los datos, toda la*

documentación que tiene el logo de A. S.A., es documentación que fuimos colectando, documentación original, que encontramos en el desarrollo de nuestro trabajo, mucha de esta documentación es la que yo he citado durante mi relato y en otros casos también tenemos certificados y remitos donde hay evidencia de la tarea que había que realizar, yo no puedo informar que esta tarea se haya realizado en el momento que se aprobaron las recepciones, tenemos comentarios que se firmaron como fecha antes que nosotros llegamos a buscar la documentación…".

De la explicación dada por este testigo, que participó de la realización de la auditoría interna, surge que tuvieron *"comentarios"* de que la documentación se habría firmado antes de que ellos fueran a buscarla. Creo que una cuestión tan delicada no puede basarse en *"comentarios"* que ni siquiera aclaró de dónde provenían.

Pero lo que me interesa destacar aquí, por tratarse este testigo de quien participó en la tramitación de la auditoría interna realizada en la empresa, que en el informe que se brindó al concluir la misma, no se hace ninguna mención expresa a los contenidos de los puntos "4.1", "4.2" y "4.3" volcados por la empleadora en el instrumento de fs. 21. Pero no sólo eso sino que, además, ninguna de las irregularidades que se mencionan en el informe de la auditoría se incluyeron en forma clara, precisa y con relación directa al actor en el instrumento de fs. 21 mediante el cual el mismo fuera despedido.

Continúo en el análisis probatorio y tomo la declaración testimonial del Sr. F. (fs. 371/372). De la lectura de su declaración tampoco surge que haya existido la mencionada *"instigación"* por parte del actor. Veo que al referirse a cuál había sido el procedimiento en ese entonces para realizar las verificaciones mencionadas (tercera pregunta), dijo: *"…C. trajo varias planillas que indicaban piezas, con los planos indicados con todo el grupo mecánico nos repartíamos las planillas para chequear con el plano correspondiente los metros cuadrados…"* y al responder a la primera repregunta sobre la realización de

las verificaciones, dijo: *"…nos reunió y nos dio una tarea mas, nos dijo que hagamos ese control…"* (fs. 371 vta.). No advierto tampoco en este caso que se haya dado la figura del *"instigador" "…a un grupo de mecánicos de I. A…"* para que tuvieran *"…que tildar con fechas antedatadas trabajos que ya se habían realizado tiempo atrás, vinculados a la obra de A. S.A."*, según lo afirmara la patronal como causal del despido.

Mi conclusión de este análisis es que la causal invocada por la demandada en el "Punto 4.1" del documento de fs. 21, no ha sido acreditada en el proceso.

Veamos ahora si la demandada ha probado que el actor solicitó al referido grupo de empleados que insertaran de su puño y letra nombres y apellidos de empleados que ya no trabajaban en I. A., falseando de esa manera supuestos controles por parte de esos empleados ya egresados (causal del despido expresada en el "Punto 4.2" de la comunicación de fs. 21).

De la producción probatoria obrante en autos no surge que esta causal haya sido fehacientemente acreditada por la demandada. Inclusive no pueden admitirse los dichos de la agraviada cuando afirma que de la Pericia Contable surge que C. falsificó los documentos o los insertó en el sistema informático con antecedentes no correspondientes ya que ello no lo ha dicho el experto en su dictamen (fs. 420/422 vta.). Por otra parte, y volveré sobre este punto, la quejosa formula su agravio en base a causales que no fueron expresamente volcadas en el instrumento mediante el cual se notificó el despido y de allí que pierda totalmente sustento su queja (arg. arts. 242, 243 y concs. LCT y 268 CPCC).

Y llegamos al apartado "e)" que es el último señalado supra con relación a las probanzas necesarias que debió producir aquí la demandada. Me refiero a que el actor expresamente encomendó los aludidos trabajos con el objetivo de encubrir anomalías y lo hizo con excesiva urgencia por conocer

que los auditores internos estaban próximos a concurrir a la planta para verificar la documentación del Proyecto Ampliación.

Es obvio que este punto está íntimamente vinculado con las causales imputadas al actor en los puntos "4.1" y "4.2" del instrumento de fs. 21, porque el texto dice: *"…Ud. expresamente encomendó estos trabajos…"*, con lo que está haciendo referencia directa a las causales que menciona en los dos puntos anteriores ("4.1" y "4.2"). Por lo tanto, es de una total y clara evidencia que si los trabajos referidos en dichos puntos no han sido acreditados -conforme he analizado hasta aquí- se cae la imputación en análisis que tiene directa relación con los mismos.

Con lo hasta aquí expuesto y analizado llego a la conclusión de que las *"irregularidades en su conducta"* que se imputaran al actor en los ya mencionados Puntos "4.1", "4.2" y "4.3" del instrumento de fs. 21 y en los que basó la demandada la ruptura del vínculo laboral por *"pérdida de confianza"* no han sido demostradas en forma fehaciente por la patronal, coincidiendo en ello con lo resuelto por la sentencia en crisis.

Por supuesto que no omito de considerar las quejas de la demandada en cuanto hace referencia al informe de la auditoría interna sobre la constatación de irregularidades en el proceso de recepción del servicio de pintura (punto 4 de fs. 718) y los ejemplos que da a fs. 719 en los que se menciona al actor, como así también a los hechos relatados por el testigo F. Pero también tengo en claro que si de esas actuaciones surgían causales para justificar el despido del actor, las mismas debieron ser expresa y claramente notificadas al mismo en el ya tantas veces aludido documento de fs. 21. Con esto quiero significar que lo que el quejoso vuelca en su agravio como causal o causales que justificarían el despido por pérdida de confianza, no están mencionadas expresa y claramente en la notificación del despido que se le entregara oportunamente a C.

Y lo que afirmo es para mí muy claro porque no es suficiente decir, como lo hace la demandada, que *"…A partir de una auditoría interna iniciada aproximadamente veinte días atrás, se detectaron una serie de irregularidades en diferentes ámbitos las cuales comprometen seriamente su responsabilidad (contratación y adjudicación de trabajos; comprobación y certificación de los tramos de obra ejecutados, entre otros)…"* (ver fs. 21). Y ello es así porque el principio de invariabilidad que ya he tratado aquí, no sólo se aplica a la inadecuación entre lo escrito en la notificación del despido y la modificación de las causales en el proceso ulterior, sino también cuando el texto de la notificación expresa una causal no clara, genérica o imprecisa y luego se le procura suplir esas falencias en el proceso judicial, ajustando los hechos a la verdad real. Con ello se demuestra que resulta preferible pecar por exceso en la descripción de los hechos o actos que motivaron el despido, antes que ser escueto, sintético o genérico, que a todas luces no responde al mandato legal. El juez, cuando evalúa la causal a los efectos de determinar si es suficiente para motivar el distracto, circunscribe la causa al marco descripto por el empleador al producir el despido motivado, todo lo cual se inscribe en el principio de congruencia y de buena fe, y un apartamiento de dichos límites, viola el derecho de defensa y relativiza cualquier defensa, sea por faltad de claridad, sea por no haber mantenido la causal expresada en la notificación del distracto (conf. CNTrab., Sala II, 08/04/09, LLOnline: AR/JUR/5181/2009).

En definitiva, claridad y congruencia son los imperativos destacados por el artículo 243 LCT, aludiendo a la descripción de la causal en forma suficientemente clara que admita la réplica propia del derecho de defensa, y por otra, que la misma se sostenga en todas sus instancias, a fin de preservar la confiabilidad de un evento como el distracto que priva al trabajador de las indemnizaciones legales (conf. CNTrab., Sala I, 27/11/07, IMP, 2008-5, 428 - DJ 14/05/08, 127).

Es que no es ajustado a lo dispuesto por el art. 243 LCT el despacho disolutorio del contrato de trabajo, que comprende un sinnúmero de posibles transgresiones y que por su dispersa generalidad coarta la posibilidad de ejercicio del poder de defensa por parte del destinatario, ya que se encuentra frente a una acusación difusa, que no le permite aprehenderla en su verdadera motivación (conf. CNTrab., Sala VII, 30/06/84, TySS, 1984-992).

Debe quedar en claro que la carga de informar el motivo del distracto que establece el art. 243 de la LCT puede o no ser cumplida, pero su cumplimiento es condición o presupuesto para que el ejercicio del derecho sea eficiente, razón por la cual, si la notificación del despido no expresa en forma suficientemente clara la causa de la denuncia, el derecho de extinguir el vínculo no se ha ejercido en forma eficiente y quien no ha cumplido deberá cargar con el peso de su renuencia.

Profundizando más esta cuestión, tengo presente las declaraciones del testigo F. (fs. 371/372) quien dijo que *"…se hizo una certificación global en julio del año 2009, pero no certificaciones…"* (fs. 371); que *"…eran certicados de A…"*; que *"…cumplimos una orden de mi jefe en ese momento…"*; que el jefe era *"…C. C…"* (fs. 371 vta.). También, al preguntársele sobre cuál fue la razón que esgrimió el Sr. C. para que se hiciera las verificaciones dijo: *"…creo porque en ese momento se venía una auditoría, era controlar los metros cuadrados respecto a los planos que teníamos, metros cuadrados de pintura con los planos que teníamos…"*; con respecto a cuál había sido el procedimiento en ese entonces para realizar las verificaciones, dijo: *"…C. trajo varias planillas que indicaban piezas, con los planos indicados con todo el grupo mecánico nos repartíamos las planillas para chequear con el plano correspondiente los metros cuadrados…";* a la pregunta 14ª sobre si las verificaciones correspondían a certificaciones de obra ya recepcionadas o alguna otra certificación, contestó: *"…estimo que ya estaba recepcionada, porque habían cosas de años atrás…"*; al responder a la

primera repregunta y con relación al actor expresó: *"…nos reunió u nos dio una tarea mas, nos dijo que hagamos ese control…"* y al ser preguntado sobre quién era el responsable máximo del proceso denominado segunda ampliación de la planta de la demandada, respondió que *"…era el gerente de ese momento que era J. B…"* (fs. 371 vta.).

Pero debo insistir en que de toda esta declaración no surge acto alguno de *instigación* por parte del actor *"…a un grupo de mecánicos de I. A. tener que tildar con fechas antedatadas trabajos que ya se habían realizado tiempo atrás, vinculados a la obra de A. S.A…."* y tampoco que el actor *"…le solicitó al referido grupo de empleados, que insertaran de su puño y letra, nombres y apellidos de empleados que ya no trabajaban en I. A., falseando de esta manera supuestos controles por parte de esos empleados ya egresados…"*, que es lo que se le imputara como causal de despido en los puntos "4.1" y "4.2" del documento obrante a fs. 21 de autos.

Si a todo este análisis le agregamos que, conforme el testimonio del Sr. A. (fs. 339/341), el jefe de la oficina de Proyecto era el Ingeniero M., el Gerente era R. M., el encargado de montajes era J. B., el Ingeniero de Proyectos era J. A. B., que las instrucciones de trabajo al actor se las daba J. B. que era el encargado (fs. 340), que operativamente estaba todo a cargo del Ingeniero J. A. B. que dependía del Ingeniero R. (fs. 340 vta.) y que el desempeño del actor a las órdenes de la demandada había sido *"…Excelente, más allá de lo normal…"*, tengo para mí que las causales invocadas por la demandada para despedir al actor por pérdida de confianza no han sido acreditadas en forma clara y fehaciente y de allí que el despido deba ser considerado incausado, conforme lo concluyera la señora Magistrada del inferior en la sentencia en crisis, discrepando respetuosamente con las conclusiones a las que ha arribado mi colega de este cuerpo la Sra. Jueza María Inés de Villafañe.

Y debo agregar que considero también carente de proporcionalidad el despido del actor dado el cargo desempeñado, la falta de antecedentes disciplinarios y que, en general, había cumplido adecuadamente sus obligaciones durante casi 22 años de relación con la demandada. Ninguna empresa mantiene en su staff a un dependiente durante tanto tiempo si no reúne realmente excelentes condiciones generales tanto en lo profesional como en lo personal. Adviértase que se ha decidido que aun mediando incumplimiento del deber del accionante de conducirse como un "buen trabajador", que implicaba actuar con especial cuidado en los intereses del empleador, ello no significa necesariamente que el despido fuera la única reacción posible frente a tal circunstancia (conf. CNTrab., Sala VIII, 04/08/2000, TySS, 2000-1008).

Por las mismas razones se resolvió que si el empleador dispone la extinción de una relación contractual de varios años de duración debe proceder con ajuste a la directiva de proporcionalidad, tanto en cuanto a los alegados antecedentes, como en cuanto a la apreciación de la última conducta que esgrimió como injuria. Si el trabajador tenía más de ocho años de antigüedad en la empresa y no se prueban documentalmente sanciones disciplinarias anteriores, concurre entonces el reparo de no haberse guardado en el caso la directiva de proporcionalidad en cuanto al ejercicio de la potestad sancionatoria (conf. CNTrab., Sala V, 23/08/82, TySS, 1983-270).

La teoría de la proporcionalidad se ha elaborado especialmente con relación al despido; y a efectos de apreciar la gravedad de la falta, la jurisprudencia ha adoptado, en general, el criterio del decreto-ley italiano de 1924, sobre el empleo privado, en el sentido de que debe tratarse de una falta *"tan grave que no consienta la prosecución, ni siquiera provisoria de la relación de trabajo"*. Así, se ha resuelto que "el despido, para que sea justificado debe guardar relación con la causa que lo motiva y ser la sanción correlativa, directa e

inmediata de *una falta tan grave que no consienta, ni siquiera provisoriamente, una vez conocida y comprobada, la prosecución del contrato".*

También se ha hablado simplemente de una *falta gravísima*: "El despido debe fundarse en *falta gravísima*, sin que deje en el ánimo del juez la menor duda sobre la justicia de la medida y de los perjuicios que se evitan al patrón" (CNCom., La Ley, 42-882) (FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", Ed. La Ley, pág.21).

En el caso la patronal esgrimió la *"pérdida de confianza"* para proceder al despido del actor. Pero para ello es menester contar con actos culposos o dolosos de parte del trabajador que lleguen a lesionar la confianza, la fidelidad y la honradez que es generalmente requisito común del trabajo dentro de la comunidad laboral y dentro de la sociedad.

La pérdida de confianza como causal de despido debe encontrar fundamento en hechos objetivos de magnitud suficiente que la justifiquen (CNTrab., Sala II, Junio II-1987, TySS, 1987-901.557). Es que la misma no constituye una causal autónoma de rescisión del contrato de trabajo y debe sustentarse en comportamientos injuriosos para los intereses de la afectada (conf. CNTrab., Sala VIII, 30/11/87, TySS, 1988-833).

Luego del análisis realizado llego a la conclusión de que la imputación efectuada al actor y que llevó ínsita la pérdida de confianza alegada por la empleadora fue apresurada, por cuanto la demandada debió ponderar, a la hora de resolver la situación del trabajador, un previo pedido de explicaciones a efectos de clarificar lo ocurrido, siendo que se trataba de un dependiente con el que había mantenido una relación de casi 22 años de labor a sus órdenes y sin una sola sanción. Si realmente la empleadora entendió que el actor había cometido alguna falta no se entiende por qué motivo no le brindó la posibilidad de formular un descargo, o no le solicitó explicaciones acerca de lo ocurrido, garantizándole de ese modo su derecho

de defensa (art. 18 CN) antes de decidir acerca de su responsabilidad y separarlo intempestivamente de la empresa.

Es que para que se encuentre habilitada la facultad de rescindir el contrato de trabajo con causa, el agravio dirigido de una parte hacia la otra debe ser de una total gravedad que destruya los fundamentos de la relación obrero-patronales y resulte incompatible con su carácter. Se trata de un obrar contrario a derecho o incumplimientos que asuman una magnitud suficiente para desplazar el principio de conservación del contrato, regido por el art. 10 LCT. Considero que en este caso -vale reiterarlo- no se ha acreditado por la demandada la falta gravísima cometida por el actor y de allí que no corresponda admitir el agravio en tratamiento ya que el despido debe considerarse incausado, confirmándose la sentencia en este punto. Así lo voto.

1.2) <u>La antigüedad del actor</u>.

Esgrime su queja la demandada por cuanto la sentencia, haciendo aplicación de la norma del art. 29 LCT, ha resuelto que corresponde considerar al actor empleado directo de la accionada desde el 18 de Agosto de 1987.

La norma del art. 29 LCT dispone, en sus dos primeros párrafos, que los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto -agrega la norma-, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

La norma transcripta prevé el caso del contratista de mano de obra que suministra trabajadores a otras empresas (usuarias). Estos trabajadores se consideran empleados directos de quien utiliza la prestación. En tal caso, ambas empresas -la suministradora y la usuaria- son solidariamente responsables de todas las obligaciones emergentes de las normas laborales y de la seguridad social.

El actor expuso en su demanda que ingresó a trabajar para la demandada en el mes de Agosto de 1987 bajo la dependencia formal de la empresa D., haciéndolo en el Departamento Proyectos Mecánicos de A. S.A., siendo D. quien le facturaba sus servicios a la empresa demandada, en base a ello y a las probanzas ofrecidas solicitó la aplicación de la solidaridad prevista por la norma del mencionado art. 29 LCT.

Sostiene la agraviada que el actor no probó que entre D. y A. mediara la situación del art. 29 de la LCT y de allí que la antigüedad que le reconoce la sentencia no corresponde. Considera que el reconocimiento de documentación de la que surge su fecha de ingreso en 1993 es relevante y que si bien los trabajos de C. eran "para" A., no es ello una circunstancia para considerar aplicable la norma del art. 29 LCT. Sostiene que C. trabajaba en A. para D.

Adelanto que esta postura de la empleadora es un juego de palabras más que una construcción jurídica, pero -en el fondo- dicho juego conduce a que A. S.A. reconozca que el actor trabajó para ella y no para D. S.A. Y es más, el agraviado dice en su fundamentación recursiva que los trabajos de C. eran "para" A. y que el mismo trabajaba "dentro" de A., con lo cual la figura encaja perfectamente en la normativa del art. 29 LCT. Advierto que este juego de palabras lo condujo también al agraviado a incurrir en una clara contradicción ya que primero dice: *"…Nadie niega que los trabajos de C. eran "para" A…"* y cuatro renglones más abajo dice: *"…C. trabajaba en A. para D. y lo hacía "dentro" de A…"* (fs. 546).

Analizando la prueba testimonial producida en autos, el testigo A. (fs. 339/341) declaró que trabajó con el actor en A. desde el año 1987 hasta Julio de 2009; que A. le daba el cargo que él ocupaba, que C. trabajó siempre en A. y era el responsable del montaje mecánico en la ampliación. Al ser preguntado sobre si conoce a la empresa D. S.A. contestó que es una empresa que provee desde proyecto hasta gente para empresas, un técnico o un ingeniero o lo que fuere. Agregó que A. contrata a la empresa D. para que le suministre una persona idónea para realizar un trabajo y que C. fue contratado de esa forma desde el año 1987. Agregando: *"…A. contrataba a mí y a C. C. a través de D. y yo calculo que en el año 91 tomó la decisión de contratarnos directamente dejando de lado a D. por la reestructuración que hizo…"*. Al ser consultado sobre quién daba al actor las instrucciones de trabajo durante el período que fuera empleado de D. en la planta de A. contestó: el jefe de la oficina de Proyecto era el Ingeniero M., el Gerente era R. M., el encargado de montajes era J. B. y el Ingeniero de Proyectos era el Ingeniero J. A. B. Al preguntársele de quién eran dependientes esas personas, respondió que de R. M. que era el gerente de A. y a su vez M. dependía del gerente de planta el Ingeniero B. Aclaró que las instrucciones de trabajo al actor se las daba el encargado J. B.

Se le preguntó luego a este mismo testigo (13ª. pregunta de fs. 341) de qué modo se registraba el trabajo en la empresa A. de las personas que eran dependientes de D. S.A. y dijo: *"Se presentaba una planilla con las horas trabajadas durante el mes que era firmada por J. B. o J. B. y la empresa D. con esa planilla las presentaba en las oficinas de A. en Bs.As. para cobrar"*. Más adelante (fs. 341 vta.) dijo que *"…A. de acuerdo a la conveniencia suya con respecto a las leyes laborales vigentes hacía contratos por un año, por seis meses. La contratación era un sistema usado por A. para que las personas como nosotros no figuráramos en el plantel o plantilla de la empresa, pero teníamos recibos oficial de la empresa y todo beneficio de una persona de A…"*.

Cuando prestó declaración el testigo B. (fs. 342/343 vta.), se le preguntó quién o quiénes daban instrucciones de tabajo a C. durante el tiempo que cumplió tareas en la planta de A. como empleado dependiente de D. S.A. (4ª. repregunta) y contestó: *"El encargado de proyectos mecánicos, era el Ingeniero J. B."*. Luego al responder a la 8ª. repregunta dijo que C. dependía de un encargado que era B.

Advierto que ninguno de estos testimonios ha merecido objeción alguna de las partes.

Haciendo una evaluación de la situación laboral desarrollada por el actor, la forma en que cumplió funciones, el lugar donde las cumplió, quiénes eran sus superiores dentro de la empresa demandada y quién le daba las órdenes a cumplimentar dentro de la empresa, es de una total evidencia que su relación la mantuvo con A. S.A. y sus servicios fueron prestados y utilizados por dicha empresa (arg. arts. 390, 460 y concs. CPCC).

Por lo tanto, carece de validez y es inoponible al trabajador afectado (en el caso, C.), el contrato por el cual una empresa (en el caso, D. S.A.) suministra a otra (en el caso, A. S.A.), mediante el pago de una tarifa, personal para desempeñarse a las órdenes de esta última, asumiendo la primera las obligaciones y responsabilidad emergentes de la relación laboral (conf. CNTrab., Sala II, 28/11/73, TSS, 1973/74-551).

Es que si un trabajador fue contratado por una empresa para ser proporcionado a otra (sin que se trate de servicios eventuales), debe ser considerado empleado directo de quien utilice su prestación por aplicación de la presunción contenida en el párr. 1° del art. 29 de la LCT (conf. CNTrab., Sala X, 28/12/98, DT, 1999-B-1320).

Dado que no se demostró la eventualidad para proceder a la contratación de personal en los términos del art. 29 bis de la LCT, sino que se suministró la prestación por parte del trabajador de servicios que en sí mismos no son eventuales sino permanentes, la relación cae bajo el principio general que

rige a la subempresa de mano de obra y se establece una relación directa y permanente con el empresario que utilizó los servicios del trabajador sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del intermediario (conf. CNTrab., Sala III, 30/05/08, DT, 2008, 1034).

En virtud de lo expuesto, tengo en cuenta para resolver la cuestión que resulta aplicable el encuadre jurídico del art. 29 de la Ley 20.744 a la relación habida entre el actor y la empresa A. S.A. que fue la usuaria de sus servicios, pues aquél se desempeñó desde su ingreso, primero como dependiente de D. S.A. y luego como dependiente directo de A. S.A., cumpliendo siempre las mismas tareas en beneficio de la segunda.

No es posible, en consecuencia, admitir el agravio en tratamiento, en tanto se encuentra acreditado que el actor trabajó para la demandada en forma directa y bajo su dirección y organización, por lo que debe computarse una única relación laboral, en tanto que D. S.A. fue una persona interpuesta en los términos de los arts. 14 y 29 de la LCT.

En virtud de lo expuesto, considero procedente lo resuelto en la sentencia en crisis en cuanto decidió que la relación entre las partes de este proceso comenzó el día 18 de Agosto de 1987 (conf. arts. 14, 29 y concs. LCT) y desde esa fecha debe computarse la antigüedad del reclamante a los efectos indemnizatorios. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

1.3 <u>La vivienda ocupada por C</u>.

Agravia a la demandada que la sentencia haya resuelto que la vivienda ocupada por el actor en F. H. *** del Barrio R. ex A., deba considerarse parte integrante de su remuneración en especie y englobarlo en las indemnizaciones respectivas.

En su crítica a la sentencia hace referencia a los pasos cumplidos y en virtud de los cuales el actor pasó a ocupar el inmueble en cuestión, concluyendo que dicha ocupación se debió a la relación que entablara con la Sra. V. D.

que era la ocupante de la vivienda, pero que nunca la misma le fue entregada por la empleadora.

Por su parte el actor le da relevancia a que la empresa transfirió a su nombre el medidor de energía eléctrica del referido inmueble con fecha 02 de Noviembre de 2004 lo cual se mantenía al mes de Abril de 2010 (informe de fs. 298).

Como instrumento de prueba no puede dejarse de tener en cuenta el instrumento (Contrato de Comodato) obrante a fs. 261 y vta. que no ha sido desconocido por las partes y del cual surge que la demandada entregó en comodato el inmueble en cuestión a la A. M. D. S. E. (A.). A su vez y atento la declaración testimonial del Sr. B. (fs. 342/343 vta.), esta institución entregó la mencionada vivienda a quien fuera la primera Directora que tuvo la escuela mutualista que creara A. y que fue la Sra. V. D. Con posterioridad el actor entabló una relación con la Sra. D. ingresando a vivir en la casa junto a ella (a fs. 263 obra su comunicación de "cambio de domicilio"). La existencia de esta relación con la mencionada Sra. D. nunca fue negada por el actor.

En base a lo expuesto y sin perjuicio de la transferencia del medidor de energía eléctrica a nombre del actor, tengo para mí que el contrato de comodato obrante a fs. 261 continúa vigente y lo estará hasta tanto la empresa A. S.A. requiera la restitución del inmueble ya que se trata de un comodato precario conforme los términos del Código Civil. Distinta sería la situación si el mencionado contrato hubiese sido rescindido entre las partes y la empleadora hubiese celebrado uno nuevo con el dependiente a los efectos de suministrarle la vivienda.

Con lo cual considero que no se trató aquí del caso en el que la empresa le otorgó una vivienda a su empleado y en tal caso sí debe considerarse parte integrante de su remuneración lo que representaría el costo del valor

locativo del mismo, según lo ha decidido uniforme jurisprudencia al respecto.

En base a los fundamentos vertidos, soy de la opinión que debe acompañarse a la quejosa en este agravio y revocar la parte de la sentencia que ha tenido por demostrado que A. S.A. le suministró la vivienda al actor y que su valor locativo debe adicionarse a la remuneración.

1.4) <u>La provisión del teléfono celular</u>.

La demandada se agravia porque la sentencia ha considerado parte integrante del salario la provisión del teléfono celular al actor. Considera que el mismo es una herramienta de trabajo y que se han entregado 544 teléfonos celulares al personal y que ellos son necesarios para ubicar al personal dentro de la empresa que tiene más de 300.000 m2.

En lo que hace a que el teléfono fue entregado al actor solamente para poder ubicarlo dentro del establecimiento donde prestaba servicios es un hecho que no ha quedado acreditado en autos. Por otra parte, considero que si la función era estar comunicado con el personal para ubicarlos dentro de la empresa no era necesario contratar telefonía celular ya que bastaba con radios o intercomunicadores que, inclusive, tienen un costo considerablemente inferior.

Además, a la luz del informe suministrado por la empresa de telefonía celular surge el uso de estos aparatos realmente como teléfonos para todo tipo de llamadas (inclusive con servicio de “roaming”) y de allí que no me satisface la explicación de que le fue suministrado al actor solamente para ubicarlo dentro de la empresa.

Comparto la postura que sostiene que reviste naturaleza salarial la prestación otorgada por el empleador por el rubro “telefonía celular”, pues estando dicho bien incorporado necesariamente a su estilo de vida, su adjudicación evitó el gasto que de todos modos el actor hubiera realizado,

importando una ventaja patrimonial que puede considerarse contraprestación salarial en los términos del art. 103 y 105 de la Ley 20.744.

Es por ello que se ha resuelto reiteradamente que *"debe reconocerse carácter remuneratorio al rubro "uso irrestricto del celular", pues se trata de una erogación que debía ser hecha por el trabajador y que, al ser asumida por el empleador con motivo del vínculo laboral, queda abarcada dentro de la figura conceptualizada dentro del art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo"* (CNTrab., Sala VI, 16/07/06, LLOnline: AR/JUR/2533/2006), como así también que debe considerarse contraprestación salarial en los términos de los artículos 103 y 105 de la LCT, los gastos de teléfono celular en tanto está incorporado al estilo de vida del actor y así evitó un gasto que igualmente hubiera efectuado (conf. CNTrab., Sala VIII, 10/06/08, DT, 2008 (octubre), 917; La Ley, 2008-F, 403; CNTrab., Sala X, 14/09/04, La Ley 09/11/04, 7 – DT, 2004 (diciembre), 1538).

En virtud de lo expuesto, soy partidario de no admitir el agravio en tratamiento y confirmar la sentencia en este punto. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

2) <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

Se agravia la parte actora porque si bien la sentencia declaró que la provisión de la "vivienda" y el "teléfono celular" constituyeron remuneración en especie, omitió incluir sus importes en los rubros "integración mes de despido" (art. 233 LCT); "indemnización sustitutiva del preaviso omitido" (art. 232 LCT) y "sueldo anual complementario sobre la indemnización sustitutiva del preaviso omitido". A su vez, peticiona que se incremente el rubro indemnizatorio previsto en el art. 2 de la Ley 25.323 con la inclusión de los rubros referidos.

Con respecto al rubro "vivienda" y en atención a lo que he propuesto en mi voto sobre su improcedencia, no corresponde el tratamiento en este punto.

Distinto es el caso del rubro de la "telefonía celular" cuyo costo debe formar parte de la remuneración según mi propuesta al tratar la cuestión. Dado que la parte demandada ha objetado la procedencia del rubro como remuneratorio pero no el monto por el cual ha prosperado el mismo ($ 300.- mensuales), deberá dicho importe ser considerado como parte de la remuneración mensual del actor a los efectos del cálculo de la "integración del mes del despido" (art. 233 LCT), de la "indemnización sustitutiva del preaviso omitido" (art. 232 LCT) y del "sueldo anual complementario sobre la indemnización sustitutiva del preaviso omitido" (art. 121 y concs. LCT). Asimismo, deberá también incluirse el importe en tratamiento a los efectos del cálculo de la indemnización prevista en el Art. 2 de la Ley 25.323 que la sentencia ha admitido.

En virtud de lo expuesto y surgiendo de los cálculos realizados en la sentencia que el rubro en tratamiento fue omitido por la sentenciante, el agravio debe ser admitido. Así lo voto.

3) <u>Las costas de la Alzada</u>.

En atención a la forma como he propuesto la solución del caso, no encuentro mérito para apartarme del principio objetivo de la derrota y de allí que he de proponer que las costas de la Alzada sean impuestas a la parte demandada (arg. art. 69 CPCC).

Por su actuación en esta instancia considero que deben ser regulados los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. G. A. H., apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la inferior instancia (arg. arts. 5, 6, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

4) <u>Adecuación del Art. 282 del CPCC</u>.

Teniendo en cuenta lo propuesto en mi voto sobre la cuestión en tratamiento, no es procedente efectuar la adecuación que contempla la norma del art. 282 del ritual, manteniéndose lo resuelto al respecto en la sentencia recurrida. Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** 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, dándolas por transcriptas.

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

2.

Debo dirimir la cuestión de autos, atento el resultado disidente arrojado por los votos de los Sres. Jueces de esta Cámara de Apelaciones, Dres. De Villafañe y Fiordelisi.

Me adelanto a señalar que no compartiré con el demandado que no haber consignado en el despacho telegráfico el verdadero cargo que ocupaba el actor es un tema menor. Así parece relativizarlo, señalando que se trató de un error de tipeo y que ello, luego fue subsanado.

Digo ello así, pues no se trata de atenerse sólo al texto que señala "Gerente de Proyectos", sino al alcance de toda la expresión del primer párrafo de la misiva de fs. 21: le endilgaba en la carta documento que, como consecuencia de esa función que ejercía, era *" el designado como responsable*

máximo del referido emprendimiento". En esos términos quedó enmarcado el despido, más allá de la rectificación que pudiera haberse realizado con posterioridad (fs. 266).

Claro está que el actor era responsable del mencionado proyecto, pero a la luz de las probanzas de autos a las que luego me referiré, quedó establecido que no se trataba del gerente, sino de quien ejercía una función menor. Si bien es cierto que ello no lo exonera de responsabilidad, cierto también es que no habrá de juzgárselo sino en la proporción de las tareas que a su cargo tenía.

Lo dicho hasta aquí responde a una exigencia del art. 243, LCT, mal que le pese al demandado, ya que la manda legal tiene una directa relación con la defensa en juicio, tal como lo expresara el Sr. Juez de voto anterior.

Sentado ello, y analizando el resto de la pieza rupturista de fs. 21, surge claramente que todas las imputaciones que se le formulan, guardan relación con ese primer párrafo al que me referí precedentemente.

Es decir, a partir de su punto 4. se señalan algunas de las razones que impulsaron a la empleadora a su desvinculación, siempre relacionado con el primer párrafo, en el que se tiene en cuenta su condición de "máximo responsable del proyecto".

De modo que debe ponderarse la comunicación en todo su contexto, del que claramente se desprende que tales imputaciones le son formuladas en razón del carácter del cargo que ejercía.

Por otra parte, en atención al principio de invariabilidad que emana del art. 243, LCT, coincidiré con el Dr. Fiordelisi en que ninguna otra causal de aquellas explicitadas en su despacho de fs. 21 podía alegar después la demandada para justificar el despido.

En ese razonamiento, debe entenderse que sólo podrán valorarse aquellos hechos que en ese instrumento se expresaban, aun cuando los hubiera consignado " a modo de ejemplo": a) instigar a un grupo de mecánicos de

I. A. tener que tildar con fechas antedatadas trabajos que ya se habían realizado tiempo atrás, vinculados a la obra A. S.A.; b) haber solicitado al referido grupo de empleados que ya no trabajaba en I. A., falseando de esa manera supuestos controles por parte de esos empleados ya egresados; c) haber encomendado trabajos con el objetivo de encubrir tales anomalías, realizándolos con excesiva urgencia, atento la inminencia de una auditoría interna.

Digo ello así, pues las imputaciones que se le formulan en los ptos 2. y 3. del despacho rupturista, son manifestaciones genéricas respecto de las cuales la jurisprudencia se ha encargado de desvirtuar como causales justificadas de despido.

Así, se ha señalado que resulta injustificado el despido dispuesto por el empleador con fundamento en el incumplimiento de diversos deberes laborales del trabajador, cuando las expresiones utilizadas en el telegrama rescisorio constituyen fórmulas sumamente genéricas que incumplen con el art. 243 de la ley de contrato de trabajo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, "Soto Ermelinda c. Semesh S.R.L.", 17/09/2009, LA LEY 16/11/2009, LA LEY 2009-F, 598 , AR/JUR/34472/2009).

Lo mismo sucede con lo expuesto en el pto. 5. de la nota que desvincula a las partes, al señalar que la enumeración que formula no agota las irregularidades cometidas por el trabajador, reservándose el derecho de formular denuncia ante las instancias correspondientes.

Ello así, pues el despedido debe conocer sin ningún margen razonable de duda, cuáles son los hechos que se le imputan como incumplimiento del contrato que justifique la rescisión, entendido esto con el alcance de que deben quedar claros los hechos y sus circunstancias, sobre todo eso de cuanto y cuándo ocurrieron esos hechos (cfr. Ramírez Bosco, Luis E, " Ley de contrato de trabajo" (Rodríguez Mancini – Director).

Si el principio de congruencia impone a los tribunales del trabajo ajustar su juzgamiento a los hechos articulados por las partes, con mayor estrictez se tiene que observar cuando de analizar las causales del despido se trata, cuidando de no introducir motivaciones que impliquen cambiar las causales invocadas al tiempo de rescindir el vínculo porque de lo contrario se infringen las normas sustanciales que impone la prohibición de modificación de las mismas (arts. 243, ley de contrato de trabajo) (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Luca, Carlos S. c. Lloyds Bank", 27/12/1991, AR/JUR/2120/1991).

De manera tal que infringe el art. 243 de la ley de contrato de trabajo , el fallo que modifica las causales alegadas para disponer la cesantía del trabajador (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, " Luca, Carlos S. c. Lloyds Bank", 27/12/1991, AR/JUR/2120/1991).

También se ha señalado que la denuncia del contrato de trabajo es un acto jurídico unilateral de carácter recepticio, que se perfecciona cuando la comunicación emitida llega a la esfera de conocimiento del denunciado, y en un todo de acuerdo a lo normado en el art. 243 de la ley de contrato de trabajo, el despido dispuesto por justa causa, debe comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato, no admitiéndose ante la demanda que promoviere la parte interesada, la modificación de la causal consignada en las comunicaciones referidas (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Espinoza Guerrero, Ramón E. c. Silos Areneros de Buenos Aires S. A.", 08/08/2001, DT 2001-B , 1925, AR/JUR/1386/2001).

No advierto que entre las causales invocadas en el despacho de fs. 21 se encontrara la cuestión de la recepción de servicios n° 8712 que incluía entre otros el certificado N° 9 AP 113811 ítem 1, de fecha 23.10.08 (posterior al ingreso de la recepción del servicio), a que hace mención la Sra. Jueza de primer voto.

Digo ello así, pues la norma del art. 243 va en línea con lo dispuesto por el art. 976, Cód. Civil, sobre ciertas formas obligatorias "que no pueden ser suplidas por ninguna otra prueba y (sin las cuales) también el acto será nulo". (cfr. Ramírez Bosco, op. cit. p. 366).

Es decir, los ptos. c) y d) expresados en los agravios a fs. 544, no fueron motivo de expresa imputación en la comunicación rupturista de fs. 21, lo que bien pudo haber hecho la demandada en esa ocasión, ya que al tiempo de dicha comunicación tenía en su poder el informe de auditoría acompañado a autos.

De lo expuesto, se desprende que, si las afirmaciones emanadas de los ptos. 2, 3 y 5 resultaron ser genéricas y abstractas, aquellas introducidas con posterioridad, contrariamente a lo que sostiene la Sra. Jueza Dra. de Villafañe, cercenan el derecho de defensa en juicio, pues, a mi humilde criterio, las afirmaciones de la actora de fs. 190/191, en modo alguno reconocen que M. endilgó al actor haber introducido en el sistema informático, las constancias antedatadas de que da cuenta la auditoría presentada en autos.

A ello, debe sumarse la expresa disposición legal en el sentido que tales causales han de expresarse por escrito (arg. art. 243, cit).

Sentado ello, corresponde analizar si las causales expresadas en la misiva de fs. 21, han sido acreditadas por la demandada.

Así las cosas, y con relación a las causales identificadas en el instrumento de fs. 21 en los ptos 4.1. a 4.2. (instigación a un grupo de mecánicos de I. A., a que tilden con fechas antedatadas trabajos ya realizados, y haber pedido a dicho grupo de empleados que insertaran de su puño y letra nombres y apellidos de empleados que ya no trabajaban en I. A., falseando de esa manera controles por parte de esos empleados ya egresados), debo reconocer, que no han sido probadas en autos, discrepando en ese aspecto con la Sra. Jueza de primer voto.

Por empezar, y con relación al informe de auditoría, considero que debe analizárselo teniendo particularmente en cuenta que se trató de una auditoría de la denominada interna, que emanó en consecuencia de la propia empleadora y que por ende consiste en documental acompañada por la propia parte accionada.

Técnicamente se ha definido a la auditoría como un control selectivo, efectuado por un grupo independiente del sistema a auditar, con el objetivo de obtener información suficiente para evaluar el funcionamiento del sistema bajo análisis (cfr. Fowler Newton, Enrique "Cuestiones fundamentales de auditoría", Ed. Tesis, 1ª. Ed, BsAs, 1989, p. 6, en "Tratado de Responsabilidad Civil", de Trigo Represas y López Mesa, T° III, ED. la Ley, p. 642).

Ello me lleva a considerar con mayor rigurosidad la prueba en cuestión, dado que no se trata de un control externo, sino uno que provino de una de las áreas dependientes de la propia empresa demandada.

Lo mismo sucede con las declaraciones testimoniales de F. (fs. 367/370) y L. (371/372), dependientes ambos de la empresa demandada a la época de su declaración. Ambas también deben ser analizadas con la mayor rigurosidad, teniendo en cuenta además, respecto del último de los nombrados, que fue quien redactó el mentado informe de auditoría apuntado.

En ese aspecto, coincido con el Dr. Fiordelisi a que, ni del informe de auditoría, ni de las declaraciones de su autor material, testigo L. (fs. 367/370), se puede inferir que las circunstancias apuntadas en el documento rescisorio de mención se hubieran verificado. Sólo hubo "comentarios", extremo que lógicamente no puede constituir prueba del hecho que se invoca (arg. art. 381, CPCC).

Con respecto al testigo F., el mismo señaló desconocer cuánto tiempo pasaba entre la certificación de obra y la verificación (contestación a la

pregunta 5ª), haber hecho las verificaciones en razón de una inminente auditoría (contestación a la pregunta 11ª), que C. trajo varias planillas que indicaban piezas con los planos indicados y que con todo el grupo mecánico se repartieron las planillas para chequear con el plano correspondiente los metros cuadrados (contestación a la pregunta 13ª), siendo el responsable máximo del proceso "segunda ampliación" el Ing. B. (contestación a la repregunta 3ª), que Varela ingresaba al sistema, mediante software las recepciones de los servicios prestados por A. S.A.

De dichas afirmaciones tampoco surge ningún elemento probatorio que permita sugerir que el actor instigó a un grupo de mecánicos a tildar con fechas antedatadas trabajos realizados tiempo atrás, vinculados con A. S.A, ni que hubiera solicitado la consignación de nombres y apellidos de empleados que ya no trabajaban en I. A., falseando supuestos controles por parte de esos empleados ya egresados; menos, que con ello encubriera anomalías, y que los realizara con urgencia frente a la inminencia de la auditoría.

Con respecto a la pericia de fs. 420/422, y tal como lo adelantara el Sr. Juez Dr. Fiordelisi en su voto, cabe señalar que en modo alguno la experta afirmó que tales datos fueran incorporados al sistema con antecedentes no correspondientes. Además, no debe olvidarse lo que he señalado respecto de las causales que no fueron oportunamente invocadas en el documento rescisorio, y que, si bien formaron parte del interrogatorio pericial, no puedo estimarlos a los fines de evaluar la acreditación de otras distintas.

Con relación a la última causal de la colección que se le imputa al trabajador, tengo para mí que tampoco ha logrado la demandada acreditarla.

Se le imputaba al actor, a consecuencia de los supuestos trabajos encomendados: a) encubrir anomalías; b) hacerlo con urgencia, atento al inminencia de la auditoría.

Es evidente que juzgó la demandada la causa motivo de la conducta previa del actor. No acreditada ésta, mal puede acreditarse aquélla.

Además, la referencia que formula el testigo F. a la inminencia de la auditoría (contestación a la pregunta 11ª) no me permite, objetivamente, *per se*, concluir que tales tareas se hicieran para "encubrir anomalías", como lo señala enfáticamente el citado documento de fs. 21 (pto. 4.3).

Con lo expuesto, considero que las causales expresadas oportunamente por la demandada no se encuentran probadas, y que, en consecuencia se encontrara configurada la falta de confianza alegada para despedirlo. Tengo también en cuenta, como lo expresé al principio, que el actor no era el responsable máximo del proyecto, ni que compartiera con él, siquiera, el mismo nivel de responsabilidad.

Por tales razones, soy del mismo criterio que el del Sr. Juez de segundo voto en el sentido que la demandada no se ajustó a la proporcionalidad que el caso ameritaba.

Ello, atendiendo especialmente a las declaraciones de A. (fs. 339/341), al que también alude el Sr. Juez de voto anterior, al señalar que el desempeño del actor era excelente, más allá de lo normal (contestación a la pregunta 12ª).

No puedo soslayar que, frente a conductas como las que se le endilgan al actor, y sin perjuicio de no encontrarse probadas en autos, en situaciones análogas el empleador debe utilizar el despido como último recurso o hacerse cargo de las consecuencias.

La proporcionalidad a la que me refiero guarda directa relación con el art. 10, LCT, por lo que corresponde considerar injustificado el despido dispuesto por la accionada en perjuicio del actor, cuando resulta excesivo por no guardar la necesaria proporcionalidad entre la falta cometida (cuando ella se hubiera acreditado, claro está) y el perjuicio causado, violentando el principio receptado en el art. 10 de la L.C.T.

Relacionado con ello, no advierto que la pérdida de confianza constituya en nuestro caso una causal suficiente para el despido.

Ambos magistrados pre votantes han señalado en criterio que comparto, que tal falta de confianza debe recibir apoyatura en bases objetivas, y debo confesar que no las encuentro probadas en autos.

Por lo demás, considero que la decisión de rescindir el vínculo de trabajo pese a la falta de sanciones disciplinarias previas y la antigüedad del actor (casi 22 años), resulta reñida con el principio de proporcionalidad de entidad de la injuria determinante al momento de calificarla como impeditiva de la prosecución del vínculo existente, máxime cuando el empleador se encuentra legalmente facultado para disponer de medidas disciplinarias previas al despido, previéndose asimismo un régimen sancionatorio de índole eminentemente conminatorio en aras de efectuar la corrección de la conducta que se reputa indisciplinada, salvaguardando el principio de continuidad del vínculo de trabajo establecido en el art. 10 de la L.C.T (cfr Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, "Tadeo, Leonardo Emmanuel c. Adidas Argentina S.A.", 18/10/2010, AR/JUR/71598/2010).

Se podrá señalar que la decisión adoptada pueda responder a políticas empresariales y tendrá así la empleadora todo el derecho de despedir a su dependiente, pero deberá hacerse cargo de las derivaciones de ese hecho.

Por tales razones considero que el decisorio de la Instancia anterior debe ser confirmado en este aspecto.

3.

Con respecto a la queja vinculada con el ingreso del actor, al igual que el Dr. Fiordelisi estaré a los dichos del testigo A. (fs. 339/341), en cuanto aseveró que el actor ingresó a trabajar en A. S.A. desde 1987 hasta julio de 2009 (respuesta a las generales de la ley), como coordinador de proyectos,

siendo en realidad un asistente y éste el nombre que la misma empresa le daba al cargo que ocupaba. Aclaró que A. S.A. contrató a D. S.A. para que le suministrara una persona idónea para realizar un trabajo, que así contrató al dicente y al actor, hasta que luego la primera de las nombradas decidió contratarlos directamente, alrededor de 1991, respondiendo a las instrucciones de trabajo de un jefe de A. S.A., aserto coincidente con las manifestaciones del testigo B. de fs. 342/343).

De lo expuesto se concluye que el ingreso del actor a las órdenes de A. S.A data de 1987, y desde entonces respondía a una estructura jerárquica que permite colegir la vinculación con A. S.A., más allá que lo hubiese hecho, primero bajo la dependencia de D. S.A. y luego para A. S.A. directamente, sin que al respecto se hubiera acreditado eventualidad de ninguna naturaleza.

Estimo que el presente caso encuadra perfectamente en las previsiones del art. 29, LCT, de modo que "los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral..", concluyendo que es ajustado a derecho lo decidido por el decisorio en crisis en cuanto a que la relación de actor y demandada principió el 18 de agosto de 1987 (art. 29, LCT), siendo esa la fecha a partir de la cual debe computarse la antigüedad del primero de los nombrados en la empresa accionada.

Por ello, considero que el pronunciamiento de la otra Instancia debe ser confirmado en este aspecto.

4.

Compartiré también con el Sr. Juez de segundo voto que el valor locativo de la vivienda de F. H. *** de esta Ciudad no formaba parte de la remuneración del actor.

Digo ello así en virtud del contrato de comodato de fs. 261 celebrado entre la demandada y la A. M. D. S. E. (A.) en enero de 1991, acuerdo respecto del cual no se ha acreditado que hubiera extinguido.

Tales razones me permiten sostener que no existe en autos prueba alguna que permita sostener que la empresa demandada entregó a título de comodato o cualquier otro la vivienda al actor.

La mera circunstancia del cambio de domicilio (fs. 263) o la transferencia de la titularidad del medidor por parte de A. S.A. al actor, no constituyen a mi juicio elementos de prueba suficientes para concluir que el accionante ocupa el inmueble en calidad de comodatario (arg. arts. 1191, 1192, 2256 y ss. del Cód. Civil).

Además, se ha decidido que, aun cuando el comodato pueda probarse por cualquier medio, la prueba de las modalidades temporales y demás condiciones del contrato contiene la limitación que, para la locación (remisión del art. 2264, Cód. Civil) impone su constancia por escrito (art. 1°, ley 23.091), que lo ha erigido en contrato formal para la prueba (arts. 1191, 1543, 2285 y cc) (cfr. Cám. Nacional en lo Civil, Sala G, 19.02.96, "Vago", AP).

Por tales razones, considero que deberá modificarse este aspecto del decisorio recurrido, excluyendo del cómputo de la remuneración el valor locativo de la vivienda mencionada.

5.

También compartiré con el Sr. Magistrado de voto anterior que debe reconocérsele al actor el carácter remuneratorio los gastos de telefonía celular, sin que se hubiera acreditado en autos que su uso se limitara al ámbito de la empresa.

Se ha señalado acertadamente, que debe considerarse contraprestación salarial en los términos del art. 103 y 105 de la ley de contrato de trabajo

(t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) el teléfono móvil que fue suministrado por el empleador a un trabajador que se desempeñaba en un puesto gerencial de jerarquía, toda vez que por la posición social de dicho empleado, los elementos mencionados estaban incorporados necesariamente a su estilo de vida (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, "González González, Genaro J. c. Modulec S.A. y otros", 14/09/2004, LA LEY 09/11/2004 , 7 DT 2004 (diciembre) , 1538 IMP 2004-B IMP 2004-B , 2646 TySS 2004 TySS 2004 , 990, AR/JUR/2832/2004).

Por las razones expuestas, al igual que el Dr. Fiordelisi, soy partidario de desestimar este aspecto de la queja.

6.

Con respecto a los agravios de la parte actora, en cuanto a que el decisorio, si bien admitió que la provisión de vivienda y telefonía móvil se incluían como remuneración en especie, omitió hacerlo en el rubro "integración mes de despido", "indemnización sustitutiva del preaviso omitido", y "sueldo anual complementario sobre indemnización sustitutita de preaviso", reclamando además que la multa del art. 2, ley 25.323 sea aplicada a los rubros arriba mencionados, compartiré el criterio sostenido por el Sr. Juez de voto anterior.

Respecto del tratamiento de estos rubros con referencia a la provisión de vivienda, debe señalarse que se torna abstracto en virtud de lo expuesto precedentemente en el sentido de su desestimación.

Respecto del rubro de telefonía móvil, habiendo sido partidario de incluirlo como parte de la remuneración, deberá aplicarse a los efectos del cálculo de la "integración mes de despido", "indemnización sustitutiva del preaviso omitido", y "sueldo anual complementario sobre indemnización sustitutita de preaviso", debiendo hacerlo por el monto que establece el Dr. Fiordelisi

en su voto, en virtud de no haber sido objetado el mismo por la demandada.

En el mismo sentido habré de admitirlo respecto de la multa del art. 2, ley 25.323, den el modo en que lo expresa el Sr. juez de voto anterior.

Por ello, considero que este aspecto del decisorio debe ser modificado.

7.

Coincido con el Dr. Fiordelisi en que las costas de esta Instancia deben ser soportadas por la demandada (art. 69 y cc. del CPCC).

En orden a los honorarios de los Sres. letrados intervinientes en Alzada, los mismos deben ser regulados del modo en que lo realiza la Sra. Vocal preopinante, atento la calidad de las tareas y resultado obtenido (arts. 5, 6, 7, 9 y 13 de la ley arancelaria).

8.

Respecto de la adecuación de costas y honorarios a que refiere el art. 282, y toda vez que las modificaciones del decisorio anterior no son sustanciales, comparto el criterio del Dr. Fiordelisi en cuanto a que esos conceptos han de ser mantenidos en el modo en que lo hace el pronunciamiento de la Instancia anterior.

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

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

De acompañar el sentido de mi voto los Sres. Jueces de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue: **1) REVOCAR** la sentencia de fs.520/532, consecuentemente con ello **RECHAZAR** la demanda incoada por el Sr. C. H. C. contra A. S.A.I.C.; **2) DEJAR SIN EFECTO** las costas y honorarios allí fijados (art. 282 CPCC); **3) IMPONER**

las costas de la primera instancia a la actora vencida (art. 57 Ley XIV N°1); **4) REGULAR** los honorarios de la primera instancia por la actividad profesional del Ab. G. H. y perito contadora N. R. en el 20% y 3 % del monto del proceso (capital reclamado al que deberán adunarse los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A. (STJCh Sentencia Nº 03/ S.R.E./2011 "L., E. G. c/ S., R. s/ SUMARIO. Expte. Nº 21.836-L-2009)) y **SIN REGULAR** honorarios a los letrados apoderados de la parte actora Abs. F. A. y M. A. vista la condena en costas a su cliente y el pacto de cuota litis homologado que las vincula (fs. 3 y 365; art. 4 de la Ley XIII Nº 4); **5) IMPONER** las costas en la Alzada a la actora vencida en el recurso (art. 57 Ley XIV N° 1); **6) REGULAR** los honorarios del Ab. H. en el 35 % de los que resulten en la instancia anterior (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.). **SIN REGULAR** honorarios en favor de los abogados A. y A., vista la condena en costas al cliente y el pacto de cuota litis homologado que los vincula (fs. 3 y 365; art. 4 ley cit.); 7) De forma.
Así lo voto.

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

De ser compartido mi voto por los Sres. Jueces integrantes de esta Excma. Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1) CONFIRMAR la sentencia de fs. 520/532, modificándola en el punto que admitió el rubro "provisión de vivienda" como parte de la remuneración del actor y en cuanto omitiera incluir como parte de la remuneración del actor el rubro "costo de telefonía celular" a los efectos del cálculo de la "integración del mes del despido", de la "indemnización sustitutiva del preaviso omitido", del "sueldo anual complementario sobre la indemnización sustitutiva del preaviso omitido" y de la indemnización

prevista en el Art. 2 de la Ley 25.323, el cual debe ser considerado e incluido al practicarse la liquidación correspondiente; sin realizar la adecuación que contempla la norma del art. 282 del CPCC.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios y por el recurso interpuesto por la parte demandada, por la labor en esta instancia, se regulan los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. G. A. H., apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la inferior instancia; y por el recurso interpuesto por la parte actora, se regulan los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A., en conjunto, en el 27% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. G. A. H., apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la inferior instancia (arg. arts. 5, 6, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

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 Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, 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. 520/532, modificándola en el punto que admitió el rubro "provisión de vivienda" como parte de la remuneración del actor y en cuanto omitiera incluir como parte de la remuneración del actor el rubro "costo de telefonía celular" a los efectos del cálculo de la "integración del mes del despido", de la "indemnización sustitutiva del preaviso omitido", del "sueldo anual complementario sobre la indemnización sustitutiva del preaviso omitido" y de la indemnización prevista en el Art. 2 de la Ley 25.323, el cual debe ser considerado e incluido al practicarse la liquidación correspondiente; sin realizar la adecuación que contempla la norma del art. 282 del CPCC.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios y por el recurso interpuesto por la parte demandada, por la labor en esta instancia, se regulan los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. G. A. H., apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la inferior instancia; y por el recurso interpuesto por la parte actora, se regulan los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A., en conjunto, en el 27% de los que les correspondan por su actuación en primera instancia y los del Dr. G. A. H., apoderado de la parte demandada, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la inferior instancia (arg. arts. 5, 6, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL