En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de agosto del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la 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: **"A., J. C. c/ S. A. C. s/ Cobro de pesos-**

LABORAL- (Expte. Nº 125 Año 2012) venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 420/2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 246.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al Sr. A. C. S. a abonar a J. C. A., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de pesos dieciséis mil quinientos treinta ($ 16.530), comprensiva de los siguientes rubros y conceptos: a) diferencias salariales del período agosto/08 a junio/09: $ 8.475 b); integración mes de despido: $ 1.620; c) indemnización sustitutiva del preaviso + SAC.: $1.950; d) indemnización antigüedad $ 1.800; e) art. 2 ley 25.323 (50% de b) c) y d)): $ 2.685, con más intereses conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma fue debida. Impuso las costas a cargo de la demandada y fijó los honorarios correspondientes a la perito contadora actuante y a los letrados que intervinieron en el expediente teniendo en cuenta la sucesión de letrados

que intervinieron por la parte demandada y sin perjuicio de los mínimos establecidos por la ley arancelaria.

Para así resolver señaló que la parte demandada no cumplió con la carga procesal que sobre ella pesaba, de acreditar la injuria impeditiva del vínculo que, motivara la decisión rupturista pues los hechos que se invocan recién en la contestación de demanda -y que en claro incumplimiento con las disposiciones del art. 243 L.C.T. no fueron informados en la comunicación del despido- no resultaron acreditados. Abalizó para ello las declaraciones de los testigos O. (fs. 157), C. (fs. 158), A. (fs. 177), C. (fs. 179) y G. (fs. 180), señalando que ninguno de ellos presenció los hechos que habrían provocado la decisión rupturista del demandado, sin que los comentarios impersonales de lo que habría sucedido, pueda ser tenido en cuenta como prueba de los hechos alegados.

Por ello dispone que no acreditados los hechos que habrían provocado la decisión de despedir, la demanda prospera en cuanto pretende las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo, así como el agravamiento previsto por el art. 2 de la ley 25.323, en atención a la intimación infructuosa de pago efectuada por el actor.

Respecto del reclamo por diferencias salariales derivada del pago parcial del básico de convenio y de rubro viático señala que las diferencias fueron calculadas por la perito contador actuante (fs. 135/6) y no han sido materia de observación alguna por las partes, por lo que admite el rubro tal como fuera reclamado, descartando la pretensa compensación por anticipos que habría solicitado el actor ya que no fueron objeto de acreditación alguna.

La sentencia fue apelada por la parte demandada a fs.230, el memorial de agravios fue agregado a fs. 233/234. La réplica de la actora obra a fs.236/239.

2.

Los agravios de la demandada.

Expone en su memorial que lo agravia la decisión de la jueza pues ha omitido valorar las declaraciones testimoniales, la documental de fs. 77, 80 y 91 que acreditan en forma indubitable el mal comportamiento del actor y el incumplimiento de sus obligaciones afectando los intereses de su mandante por lo que debo revocarse la sentencia, rechazando las pretensiones reclamadas y la multa del art. 2do. de la ley 25.323.

Como segundo agravio señala que si bien se han acreditado las diferencias salariales a favor del actor, la señora jueza omitió considerar los pagos realizados por el demandado y que obran a fs. 45/55; como los mismos no han sido desconocidos ni impugnados y en la contestación de demanda han sido nominados como anticipo, es dinero cobrado por el actor en forma mensual, debe ser descontado del monto determinado en concepto de diferencias salariales por igual período porque de lo contrario se convalidaría un enriquecimiento ilícito.

3.

Tratamiento de los agravios

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

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

consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

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

producido el despido directo, la carga de la prueba de la causa del mismo queda en cabeza del empleador y de no acreditarse, cae la justificación de rescisión del vínculo en los términos del Art. 381 del CPCC. Esa carga determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener el éxito en el proceso y debe apuntar al objeto de la prueba, es decir los hechos no admitidos y no notorios que a la vez de controvertidos, sean conducentes a la dilucidación del litigio.

Esta Cámara viene sosteniendo el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan, y para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad. (CAPM entre otras: "H. E. M. C/ B. T. E. S / Cobro de pesos" SDL Nº 28/10, "M. M. c/ I., M. F. s / Pago por Consignación" SDL Nº 32/10).

A ello debe agregarse que la prueba testimonial es esencialmente subjetiva y su valor depende de las condiciones morales de los testigos, de su probidad, del conocimiento personal que de los hechos tengan, de la verosimilitud de estos mismos hechos y de la concordancia de sus dichos con los demás elementos de mérito que pudieren obrar en el expediente. Su valoración es, en definitiva, facultad privativa del Magistrado para lo cual cuenta con los criterios de interpretación que le provee las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 del CPCC).

Al comunicar el despido el empleador señaló que A. había incurrido en las siguientes faltas graves del Reglamento de Vigilancia de la República Argentina: art. 1) incumplimiento de normas de empresa; art. 2) insolencia; art. 3) abandono de servicio y de puesto de guardia; art. 8) debilidad moral.

Resulta claro que en orden al art. 243 LCT, la señora jueza debía circunscribirse a la valoración de la prueba respecto de estas causales y no a las que intentó argumentar al responder la demanda (deliberada retracción al trabajo y pérdida de confianza).

Señalaré que el memorando de fs 77, fue negado por la actora y no existe prueba alguna dirigida a su comprobación por lo cual tratándose de un hecho controvertido, incumbía a la parte que lo alega su prueba.

La Resolución Nº 04/08/09 S. (fs 80) sería la sanción de suspensión impuesta al vigilador J. C. A. y también fue negada por la actora. Con un criterio amplio podría considerarse que el testigo C. refirió que fue requerido en el momento en que el Sr. S. procuró notificarle a A. la misma, con resultado negativo. Digo "sería" porque al momento de citar al testigo, no lo fue para reconocer documentación, por lo que no es posible afirmar con certeza que aquella convocatoria a comparecer tiene vinculación cierta con esa documental.

La amonestación de fs. 91 fue negada por la actora y tampoco se ofreció prueba para validarla, más allá de la manifestación de la parte al responder los agravios.

Lo cierto es que no puede asumirse que la mera circunstancia de corroborar la negativa de A. a notificarse de una sanción, sea prueba concluyente de la existencia de los hechos en los que la misma se fundamenta y tampoco lo es una supuesta amonestación sobre hechos en modo alguno argüidos en la comunicación del distracto.

Veamos las declaraciones de los testigos, que a criterio del demandado han dado cuenta de los incumplimientos reiterados y que motivaron las sanciones disciplinarias y que justifican el distracto.

M. O. (fs. 157), empleada del Hospital local al tiempo del distracto, no resulta testigo de ninguno de los hechos reprochados en la comunicación del despido, lo que sabe respecto de la desvinculación del actor es por referencias de terceros a los que no puede identificar.

F. H. A. (fs 177) vigilador y compañero de tareas de A. luego de detallar las tareas que cumplían, fue preguntado por los motivos del despido y también señaló que *"lo que se dijo es que hubo un incumplimiento en las tareas que cumplíamos todos"* (3era.) pero que *"no ví el hecho"* (3era. repregunta) y que conoció el supuesto incumplimiento del actor que provocó el despido por comentarios (4ta. repregunta) que pudo haber hecho cualquiera (5ta. repregunta).

H. L. C. (fs 179), vigilador general, ya hemos señalado testimonió respecto de la negativa a firmar una suspensión, pero respecto de las causas del despido señaló *"por lo que se hablaba yo yo* (sic) *estuve no me consta, se dijo que el no estaba cumpliendo con el objetivo que es el de tener la puerta cerrada con llave"* (1era.) y que no recuerda que persona o personas le comentaron los hechos (1era. repregunta).

Todas las manifestaciones a las que he referido y en relación con los hechos que debía justificar la parte en sede judicial tienen como fuente, comentarios de terceros y por lo tanto carecen de fuerza de convicción. *"Los declarantes dan cuenta de extremos de los que cada uno entró en conocimiento por el relato de terceros, con lo cual ellos resultan no ser* testigos *presenciales sino "de* oídas*" o, lo que es lo mismo, no son tales. Se trata de los testigos de referencia o de segundo grado, cuyo valor la jurisprudencia desecha como principio general, más aún cuando -como en el caso- el conocimiento deriva de empleados dependientes de*

la misma parte que los propuso." (CAPM "H. E. M. C/ D. T. SRL S / Cobro de pesos "Expte Nº 123/2011, SDL 24/11).

Luego de lo expuesto fuerza concluir que la empleadora no ha probado los hechos que a su criterio configuraron la justa causa del despido *"Quien alega un hecho como justa causa de despido, no sólo debe probarlo sino, además precisarlo, para otorgar al sentenciante los elementos necesarios que le permitan efectuar una adecuada valoración del mismo"* (CNAT Sala VII SD 57/80), por lo que no acreditada la injuria, la decisión de la Magistrada de grado se ajustó a derecho y debe desestimarse este agravio.

b) <u>La compensación</u>

Llegan firme a esta instancia, la existencia de diferencias salariales a favor del actor para el período agosto/ 2008 a junio de /09, por la suma de $ 8.475.

La queja está dirigida a que la Magistrada de grado no admitió compensar las sumas debidas con los pagos efectuados por la demandada y que dan cuenta los recibos agregados a fs. 44/55.

Como bien señala el recurrente en la contestación de demanda se alegó que los referidos pagos constituyeron "anticipos" que habría solicitado el actor y que otorgó la empresa y en el escrito a estudio, debo inferir que intenta restarle valor a esa imputación, diciendo que fue dinero cobrado en forma mensual y que deben ser descontados del monto determinado en concepto de diferencias.

Lo cierto es que no es factible en esta instancia modificar los hechos alegados al contestar la demanda y la manifestación que se formula, luce como una reflexión tardía frente a lo resuelto por la señora jueza, en el sentido que los "anticipos" no fueron probados.

Lo elemental de los recibos acompañados, es que de los mismos no surge tal imputación y tampoco se encuentra el correlato descuento en el recibo extendido según las formalidades de ley.

En ningún recibo oficial se ha dado cuenta de tales adelantos de sueldo los que, por otro lado, de haber existido, tampoco guardan las formalidades que prevé el art. 130 de la LCT.

En definitiva la instrumentación virtualmente simultánea de recibos oficiales ajustados a los requisitos legales, y de otros recibos que no cumplen con los recaudos de certeza y debida imputación, sin respaldo en la registración que impone el art. 52 LCT (v. pericial contable de fs.134/138), impide al juzgador su admisión como prueba de pago "anticipatorio" para imputarse en la liquidación final o para compensar las sumas determinadas a favor del accionante. Por ello el agravio debe rechazarse.

4.

Las costas en la Alzada y conforme el resultado de la apelación, deben imponerse a la demandada vencida (art. 69 del CPCC).

Los honorarios de los letrados que han intervenido, en orden al mérito y resultado obtenido, propongo se fijen para el Ab. F. A. en el 14%, la Ab. M. A. en el 14% de los que resulten en la instancia de grado y los del Ab. E. C. en el 5% que resulte del monto del proceso, sin perjuicio de los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria (arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y mod.).

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

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 el apelante, 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 del recurso concedido al agraviado.

1) <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>.

Debo reconocer que tengo serias dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios cumplimenta los recaudos que exigen las normas de los arts. 60 de la Ley XIV Nº 1 y 268 del CPCC, en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida. No obstante ello, no debo dejar de tener en cuenta que nuestro Superior Tribunal de Justicia ha resuelto que en estos casos debe optarse por tener por satisfechos dichos recaudos legales (conf. "G. vda. De F., E.", 31/05/99; ídem in re "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular", 22/03/2000 N° SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ Dif. Salariales", 23/03/01 SAIJ01150056).

Por otra parte es criterio de este Cuerpo que: *"No obstante la precariedad que pueda observarse en la crítica a la resolución que recurre, la apelación cumple en cierta medida con las exigencias del art. 265 del Cód. Procesal si de acuerdo con el criterio de amplia tolerancia, que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio, se cumple con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva"* (cit. por LOUTAYF RANEA, R.G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, I, pág. 305, Ed. Astrea, Bs.As. 2009) (CAPM, SDL Nº 21/10).

Bajo estas premisas procederé al tratamiento de los agravios vertidos por el quejoso.

1.1) <u>La causal del despido</u>.

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. 19 que fue el redactado por el empleador el 03/08/2009 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: *"…Debido a su incumplimiento a los apercibimientos de los que fue notificado en reiteradas oportunidades por sus faltas leves en el lugar de trabajo, y habiendo incurrido en las siguientes faltas graves del reglamento de vigilancia de la República Argentina: Art. 1: Incumplimiento de*

normas de empresa. Art. 2: Insolencia. Art. 3: Abandono de Servicio y de puesto de guardia. Art. 8: Debilidad Moral. Es que considero causal de despido por su exclusiva culpa a partir de la fecha. Queda Ud. debidamente notificado…".

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 cargada 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 todas las afirmaciones, faltas e imputaciones que contiene el instrumento postal obrante a fs. 19 de autos.

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. 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. 19) 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.

Sostiene el quejoso que debió la sentencia considerar como prueba de la configuración de las causales del despido la documental de fs. 77. Este instrumento es un memorandum recordatorio de las obligaciones a cumplir por el personal de vigilancia y que serían sancionados en caso de incumplimiento. De este instrumento no surge la acreditación de las causales del despido.

Menciona luego el agravio que debió considerarse el instrumento de fs. 80 en el cual consta una resolución del empleador sancionando al actor con dos días de suspensión por infracción al reglamento de vigilancia y seguridad. Consta al dorso de este documento que el actor no quiso notificarse de la sanción y no firmó, siendo ello suscripto por un testigo también vigilador de la misma empresa. Este documento fue expresamente desconocido por el actor en su presentación de fs. 114/117 vta., por lo que no constituye una prueba conducente (arg. arts. 381, 390 y concs. CPCC). Y

con respecto al testigo C. (fs. 179 y vta.) que aparece firmando dicho instrumento, nada aclaró al respecto dado que cuando se le preguntó cuál fue el problema ocurrido entre el actor y el demandado para que S. haya querido sancionarlo, contestó: *"…por lo que se hablaba yo yo estuve no me consta, se dijo que él no estaba cumpliendo con el objetivo que es el de tener la puerta cerrada con llave, en el puesto tres del hospital…"* y en el comienzo de su declaración dijo: *"…el despido según S. era por una discusión pero no se porque..."*. Con lo cual es más que evidente que esta declaración ninguna luz ha arrojado sobre las causales que justificaran el despido (arg. arts. 390, 460 CPCC).

Refiere también el agravio al instrumento de fs. 91. En él se instrumentó una amonestación aplicada al actor el 10 de Diciembre de 2008, lo que fue rechazado por la disconformidad del sancionado inserta en el mismo documento. En este caso, tampoco advierto que sea ésta una prueba conducente a los fines de clarificar la cuestión a favor del recurrente.

El agravio dice que toda esta documental a la que hace referencia *"…acredita de manera indubitable, que el mal comportamiento del actor y el incumplimiento de las obligaciones que estaban a su cargo han afectado los legítimos derechos de mi mandante…"*. Del análisis detenido que he hecho de esta documentación, la misma no tiene -para mí- la relevancia que le otorga el quejoso, pero -lo que es más importante- ninguno de estos instrumentos ni la declaración del testigo C., conducen a tener por acreditadas las imputaciones que surgen del documento obrante a fs. 19 y por la cual se notificó el despido al reclamante. Y aquí está el núcleo probatorio que debió tener en cuenta el demandado para justificar la ruptura del vínculo laboral. Si no se acreditaron todos y cada uno de los hechos e imputaciones contenidos en la comunicación del despido, el mismo resultará incausado (conf. art. 243 y concs. LCT).

Dado que la queja hace referencia a la prueba testimonial, corresponde dar mi posición sobre tal producción probatoria.

A fs. 157 y vta. declaró la testigo O. Al serle preguntado si sabía la razón por la que el actor dejó de trabajar para el demandado, contestó: *"…yo me enteré cuando lo dejé de ver le pregunté a un compañero y me contestaron que lo despidieron por abandonar su función…pregunté una semana después pero fue al pasar pero le pregunté a uno de los chicos que estaba abajo…"*. Siendo la transcripta la parte más importante de su declaración, surge con claridad manifiesta que en modo alguno es posible tener estos dichos como acreditación suficiente de las imputaciones vertidas por el empleador en el instrumento de fs. 19 (arg. arts. 390 y 460 CPCC).

A fs. 177/178 declaró el testigo A. Se le preguntó si conocía los motivos por los que el actor fue despedido y respondió diciendo que *"lo que se dijo"* es que hubo un incumplimiento en las tarea que cumplíamos todos (ver 3ª. pregunta). Luego fue repreguntado sobre si sabía cuándo ocurrió el supuesto incumplimiento laboral del actor que provocó su despido (1ª. repregunta) a lo que contestó: *"…tiene que haber sido en Julio pero no podría especificar…"*; en la 3ª repregunta se le preguntó dónde estaba él cuando ocurrió el supuesto incumplimiento del actor y contestó: *"…no vi el hecho…"*; se le repreguntó luego cómo conoció el supuesto incumplimiento del actor que provocó su despido y respondió: *"…fue un comentario que hubo, no fue una persona específica que dijo esto, esto y esto…"* (4ª repregunta) y al serle consultado quién se lo había comentado, contestó: *"…en el hospital había en ese momento 250/300 personas puede haber sido cualquiera…"*.

A fs. 180 declaró el testigo G. quien, con relación al despido, dijo: *"…según lo que me dijo S. era porque le había faltado el respeto, me notifico de eso porque yo era supervisor de la empresa y no estaba presente…yo estaba de franco… el despido según S. era por una discusión pero no se porque…"*.

En estos casos tampoco estamos ante declaraciones claras, terminantes y relevantes que conduzcan a acreditar los hechos configurativos de la injuria justificativa del despido resuelto por el demandado. Sabemos que la valoración del testimonio constituye una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar.

En los testimonios obrantes en autos y que he analizado, los deponentes no declaran sobre hechos por ellos presenciados, es decir que no hay una plena convicción del testigo derivada de su personal percepción de los aconteceres relatados, que es lo que resulta verdaderamente valioso en las declaraciones testimoniales para resolver casos como el aquí planteado.

Quien declara apoyado en un conocimiento meramente referencial no es "testigo", desde que no puede dar fe de un hecho que sólo conoce "ex audito alieno". Únicamente lo son, en la dimensión estricta del vocablo, quienes deponen sobre las circunstancias fácticas caídas bajo la percepción de sus propios sentidos, sea por haberlas visto, escuchado o percibido de cualquier manera, siempre que la percepción sea directa, y no meramente referencial (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1974, II, pág. 281; 1974, III, pág. 619). En efecto, constituye un principio común el que debe desconocerse todo valor al testigo de referencia, porque en él la relación de conocimiento no es directa (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1976, I, pág. 45 o DJBA, 108, pág. 89; 122, pág. 149). El testigo de oídas (hearsay) es insuficiente para justificar el hecho sobre que depone (conf. JOFRE-HALPERIN, "Manual", III, pág. 313, Nº 45, nota 356), y menos ha de ser atendible cuando las referencias de que se hace eco provienen de la propia parte que lo propuso, pues en tal caso sólo reflejan el punto de vista de la misma (conf. Cám. 2ª, Sala II, La Plata, C. 88.070, reg. sent. 128/858; 93.039, reg. sent. 134/59). Por lo tanto, carecen de eficacia probatoria las declaraciones de testigos que no tienen un

conocimiento directo y personal del hecho sobre el que deponen, el que saben o les consta sólo por simples referencias.

De lo hasta aquí expuesto y analizado, surge como inevitable conclusión que la demandada no ha logrado acreditar los hechos que configuraran la injuria requerida para que fuera procedente el despido sin obligación indemnizatoria hacia el dependiente (conf. arts. 381, 390, 460 y concs. CPCC).

Debo destacar que 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. Hago esta referencia por las circunstancias invocadas por la demandada al expresar agravios relacionadas con supuestas quejas por parte del personal directivo del hospital, lo cual no fue planteado al despedir al actor ni al contestar la demanda. 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 falta 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.

La conclusión a que arribo luego de lo hasta aquí expuesto es que surge de estos actuados una absoluta orfandad probatoria de parte de la demandada que permita tener por justificada su actitud o conducta rupturista de la relación laboral habida con el actor y de allí la inadmisiblidad del agravio planteado y aquí tratado. Es que el *onus probandi* en lo que hace al despido con justa causa por culpa del trabajador cabe al empleador, quien debe demostrar las causas por las cuales lo despidió, sus antecedentes, y demás elementos que quepan en la causa (ver DE DIEGO, J.A., “Tratado del despido y otras formas de extinción”, La Ley, T. II, pág. 72).

Ante el cuadro descripto y que surge del proceso, no corresponde sino compartir el criterio de la Jueza a quo por cuanto su decisión ha sido justa y acorde con el derecho aplicable y rechazar el agravio en tratamiento. Así lo voto.

1.2) <u>Las diferencias salariales y los recibos presentados por la demandada</u>.

Si bien admite la parte demandada la existencia de "diferencias salariales", se queja porque la sentencia ha omitido tener en cuenta los pagos realizados por el demandado y que obran a s. 44/55 de autos, los que no han sido desconocidos ni impugnados por la actora y que por ello debe resolverse que el importe de los mismos debe descontarse del rubro a percibir por diferencias salariales.

En la contestación de la demanda y lo reitera en sus agravios, ha dicho el demandado que el importe que surge de estos recibos fueron "anticipos" solicitados por el actor y otorgados por la empresa. Por lo tanto, no veo cómo puede ahora sustentar su postura en cuanto a que estos importes deban ser acreditados como pagos a cuenta de las diferencias salariales que debe percibir el reclamante ante la decisión de la sentencia de que tales "anticipos" no han resultado acreditados.

Analizo los recibos en cuestión y surge de ellos que están incompletos, no están correctamente imputados y no surge la existencia de tales "anticipos" en ninguna documentación respaldatoria que lo avale.

Por otra parte, el art. 130 LCT sienta como principio el del pago íntegro y oportuno de la remuneración. Sentado el mismo, la ley admite la posibilidad de que se efectúe un adelanto con carácter de excepción (conf. DE DIEGO, J. A. "La remuneración del trabajador", pág. 368).

Pero, en lo que aquí interesa, la normativa mencionada es muy clara en su último párrafo al decir: *"Los recibos por anticipo o entregas a cuenta de salarios,*

hechos al trabajador, deberán ajustarse en su forma y contenido a lo que se prevé en los arts. 138, 139 y 140, incs. a, b, g, h e i, de la presente ley". Es más que evidente que los recibos en cuestión no cumplen la requisitoria legal para que puedan ser admitidos tal como lo pretende el quejoso.

Por lo tanto, ante la claridad del texto legal y los datos que surgen de la pericial contable practicada en autos, el agravio en tratamiento no puede ser admitido y corresponde su rechazo. Así lo voto.

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

Atento resultar la parte demandada perdidosa en el recurso interpuesto, corresponde imponerle las costas en esta instancia (conf. art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los letrados intervinientes en la sustanciación del recurso y encontrándose los mismos ajustados a las pautas que fija la Ley Arancelaria para el caso, soy partidario de que los mismos sean regulados en los porcentuales que ha determinado en su voto la Sra. Jueza de Villafañe.

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

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) CONFIRMAR la sentencia de fs. 226/228 en todo lo que ha sido materia de agravio.

2) IMPONER las costas de la Alzada a la demandada vencida (art. 69 CPCC).

3) REGULAR los honorarios del Ab. F. A. en el 14% y la Ab. M. A. en el 14% de los que resulten en la instancia de grado y los del Ab. E. C. en el 5% que resulte del monto del proceso, sin perjuicio de los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria (arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y mod.).
4) De forma.

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

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe

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

Puerto Madryn, de agosto 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. 226/228 en todo lo que ha sido materia de agravio.
2) IMPONER las costas de la Alzada a la demandada vencida (art. 69 CPCC).
3) REGULAR los honorarios del Ab. F. A. en el 14% y la Ab. M. A. en el 14% de los que resulten en la instancia de grado y los del Ab. E. C. en el 5% que resulte del monto del proceso, sin perjuicio de los mínimos legales establecidos en la ley arancelaria (arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y mod.).
4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE yDEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDl. CONSTE.