En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de noviembre 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: **"T., G. R. c/ D., J. W. s/ Cobro de pesos - LABORAL" Expte. Nº 243 Año 2012,** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 261/09) 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. 391.

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

1.

La sentencia de primera instancia admitió la demanda promovida por R. G. T. y condenó a J. W. D. a abonarle, previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de pesos cuarenta y tres mil ciento noventa con 50/100 ($ 43.190,50), con más los intereses que determina. Impuso las costas a cargo de la demandada y fijó los honorarios correspondientes al perito contador y a los letrados que asistieron a las partes.

Para así resolver señaló que en los términos en los que quedara trabada la litis, corría la parte actora con la carga procesal de acreditar la injuria impeditiva del vínculo que, afirma, motivara su decisión rupturista.

Luego de señalar que la parte lo ha logrado señaló que no se arrimó prueba alguna tendiente a acreditar que *"…la autoridad de aplicación exija un carnet habilitante para conducir grúas"* distinto -obviamente- de la licencia y/o carnet

para conducir, en este caso camiones, que emite la Municipalidad y que resulta imprescindible para todo chofer y que si la empresa pretendía que sus trabajadores tuvieran la capacitación que otorgan al respecto diferentes empresas privadas, debía arbitrar los medios necesarios para que ello sucediera.

Analizó las declaraciones testimoniales producidas en autos que ratifican lo denunciado por el actor en tanto no sólo que no se le permitió realizar el curso que se dictó dentro de la empresa (E. a fs. 277/8), sino que -al mismo tiempo- se le negaron tareas invocando la falta de carnet habilitante justamente por no haber hecho ese curso y también con las declaraciones testimoniales de F. (fs. 281), B. (fs. 323) y P. (fs. 325) tuvo por acreditada la denunciada inactividad forzada e inconsulta a la que se sometió al actor.

Dijo también que la documental acompañada con el conteste y reservada en Secretaría, no mejora la posición para la demandada ya que tampoco se desprende del formulario para ingresar a A. (fs. 29 interna), la exigencia de otra habilitación más que la licencia de conductor.

Luego dice que, a septiembre de 2009 (ver fs. 6) en que el demandado procedía a contestar la primer intimación del actor, se observa un incumplimiento de los deberes a su cargo al pretender desligarse de la obligación de proporcionar tareas imponiendo al trabajador un deber no previsto legalmente.

Aduna a ello que tal actitud se mantuvo en el transcurso del tiempo y no cesó ni aún con la comunicación de la ruptura del contrato de trabajo, surgiendo evidente el incumplimiento de los deberes de buena fe y colaboración que deben ser observados por las partes aún en la finalización del vínculo. (arts. 62 y 63 L.C.T.), concluyendo que, por lo expuesto, tuvo razón el trabajador al considerarse en situación de despido por exclusiva responsabilidad de la parte demandada, admitiendo las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo, con más el agravamiento previsto por

el art. 2 de la ley 25.323 en tanto la parte demandada no pudo considerar que no había dado lugar a la ruptura y la infructuosa intimación de pago.

Agrega en cuanto a las formalidades de la disolución del vínculo, que la misma fue temporánea en tanto, la carta documento de intimación previa al despido llegó a conocimiento de la parte demandada el viernes 13/02/09 a las 11,25 hs. (ver informe de fs. 107) y conforme se desprende del mismo telegrama la demandada debía contestarlo dentro de los dos días hábiles explayándose respecto de los días transcurridos.

Sigue diciendo que la demanda prospera -teniendo en cuenta conforme lo alegado al demandar y no cuestionado por la demandada que el primer período de trabajo se extinguió por renuncia del demandante, con lo cual por imperio de lo previsto en los arts. 18 y 255 L.C.T. los períodos se suman- por los siguientes rubros y conceptos: a) indemnización antigüedad (4p x $ 6.310,65): $ 25.242,60; b) sustitutiva preaviso + SAC.: $ 2.670,65; c) integración despido: $ 880,40; d) art. 2 ley 25.323: $ 14.396,85, lo que hace un total de $ 43.190,50 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 y hasta el efectivo pago (arts. 128, 137, 231, 233, 245, 276 y conc. L.C.T. ley 23.928, art. 622 Cód. Civil).

La sentencia es apelada por la parte demandada a fs. 376 y sus agravios se agregan a fs.380/ 383. Su contestación se agrega a fs.385/386.

2. <u>Los agravios de la demandada.</u>

La queja del demandado gira sobre la acreditación de la injuria invocada por la parte actora en tanto no se le asignaron tareas con fundamentos de hecho y de derecho desajustados que llevaron a una conclusión errónea.

En primer lugar dice que no está justificada la injuria invocada para lo cual señala que el argumento central de la resolución es que no se acreditó que

se exija un carnet habilitante para la conducción de grúas por parte de una autoridad de aplicación, lo que no es cierto.

Allí cita al CCT 40/89 y su art. 3.5.1.b por la cual los empleadores se encuentran facultados para establecer medidas de seguridad para eliminar riesgos por lo que el demandado se encontraba facultado para exigirle a T. que tenga un registro habilitante por la entidad de estilo y lo mantenga vigente, a fin de evitar riesgos e inconvenientes; luego refiere al art. 6.2.11 del referido CCT por el cual se reconoce que es necesario obtener una certificación, carnet y/ o registro habilitante para conducir una grúa y que, interpretando en sentido contrario, cuando el retiro del carnet fuera imputable al trabajador sea por culpa del conductor, no se debe asignar tareas ni abonar el jornal.

Sigue diciendo que de las testimoniales surge que debe obtenerse la certificación de la norma técnica del IRAM, aludiendo a las funciones de este organismo y que D. debía cumplir con la normativa para sus operarios; que los testigos también han señalado que es requisito para manejar maquinaria del tamaño que manejaba el actor, contar con certificados de habilitación emitidos por empresas certificantes, por lo que dice que concluir que la obtención en tiempo y forma del curso correspondiente a la conducción de grúas no se encuentra exigido por ley es un yerro que debe corregirse.

En segundo lugar acota que si la a quo considera que no está demostrada la necesidad de dicha habilitación, tiene que admitir al menos que es facultad del empleador imponer dicha exigencia por las normas comentadas teniendo en cuenta para ello que se trata de maquinarias de alto riesgo por su porte y función para quien la conduce y para terceros. Dice que tal exigencia demuestra el grado de compromiso que tiene para con la salud de su personal y de la sociedad en general, máxime cuando el actor ya había sido llamado en su atención por una imprudencia cometida en el uso de

dicha maquinaria. Acota que es por demás lógico y necesario que su mandante le exija antes de otorgarle tareas como maquinista o conductor de grúa que revalide su habilitación.

En el tercer punto señala que el mismo actor reconoció que contó con su habilitación vigente de la operatoria de grúas, la que se venció por lo que desconocer el carácter obligatorio de aquella certificación, carece de interés toda vez que admitió que era una exigencia de la empresa contar con la habilitación.

El cuarto punto hace referencia a que la certificación obtenida en el mes de febrero de 2009 lo habilitaba para grúa de hasta 50 toneladas cuando existe un reconocimiento que operaba grúas de mayor pesaje que las que eventualmente pudiera acreditar.

Luego en el quinto punto dice que su mandante se limitó a reclamarle al actor que obtuviera la reválida de la certificación para conducir grúas, suspendiendo hasta ese momento la prestación de tareas, conforme lo indica el CCT, confundiendo la sentencia que para tal exigencia se limitó a acompañar ante la Secretaría de Trabajo local una copia simple de una constancia sin firma alguna por parte de la entidad certificante, cuando lo que debió hacer el actor era acreditar frente al mandante la reválida correspondiente con documentación original pues se encontraba en un completo estado de ignorancia sobre su existencia y por lo tanto no le era exigible otorgar efectivas tareas.

En el sexto punto dice que la sentencia en examen confunde el análisis de los hechos toda vez que debió estudiarse, si intimado a revalidar el carnet habilitante, el actor lo hizo.

Agrega que el actor es quien se consideró injuriado y despedido, haciendo ejercicio abusivo e intempestivo de su derecho a considerarse injuriado, citando que el artículo 10 de la LCT es también de aplicación para el trabajador quien no puede finalizar el contrato de trabajo antojadizamente

y agotar las instancias para su conservación, recordando también la norma del art. 242 que exige que la injuria sea grave e impida proseguir el vínculo. Que el actor debió preguntarse si había otras instancias alternativas al despido indirecto como presentarle la documentación original y acreditar los cursos y capacitaciones que se le exigían.

En el séptimo punto refiere que el actor se consideró despedido porque no se le asignaban tareas, cuando rehusó la propuesta de conducir camiones, tal como afirma el testigo E., en una actitud reticente y contraria a su deber de buena fe y de colaboración a sabiendas que el trabajo había mermado en virtud de la crisis del sector y se le solicito que realice otras tareas colocándose en una posición poco útil para la empresa.

Pide la revocación de la sentencia con costas.

La réplica de la parte actora viene a sostener los argumentos fácticos y jurídicos expuestos por la magistrada de grado, en tanto la norma convencional que cita la apelante se refiere al registro o Licencia de Conducir, muy distinta a la certificación que acredita la realización de un curso de capacitación para operar determinadas máquinas o herramientas. Agrega que la capacitación es una obligación impuesta a los empleadores con carga de asumir su costo económico y efectúa precisiones respecto de la valoración que efectúa la contraria respecto de algunas testimoniales.

3.

3.1.

Liminarmente debe señalarse que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 268 del CPCC, en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener satisfecha esa carga (STJCH cfr. autos “G. vda. de F., E.” del 31-05-99; idéntico sentido autos “T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular” del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y “P., R. c/ Marítima s/

diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056)."*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" (*citado por Roberto G. Loutayf Ranea "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" 1 Pág.305. Ed Astrea Bs. As. 2009). (CAPM entre otras U., S. C. C/ M. M., E. S/ Cobro de Pesos - Laboral Expte Nº 112/2010 SDL 21/10)

3.2

Comienzo el tratamiento del agravio recordando que, producido el despido indirecto, la carga de la prueba de la causa del mismo queda en cabeza del actor y de no ser así cae la justificación de rescisión del vínculo más allá de la existencia o no de actividad probatoria de la contraria. Ello es así, en los términos del art. 381 del Código Procesal y 44 y 73 de la Ley XIV Nº 1.

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.

En el caso que nos convoca, la actora tuvo a su cargo la prueba de los extremos denunciados en su telegrama que aludía: a) el impedimento a realizar el curso de capacitación de operador de grúas móviles que brindó la CACYC durante el mes de enero de 2009; b) la realización del curso por sus propios medios de la capacitación en la operatoria de grúas móviles hasta 50 toneladas e cumplimiento del requerimiento de la empresa; c) el estado de inactividad total al que era sometido desde dos meses atrás impidiéndole la realización de cualquier tipo de tareas y finalmente d) la intimación para que en el término de dos días hábiles den ocupación

efectiva conforme su categoría profesional, bajo apercibimiento de considerar injuria grave e invocar el art. 246 de la LCT.

La Sra. Jueza señaló *"Comenzaré señalando que no se ha arrimado prueba alguna tendiente a acreditar que "…la autoridad de aplicación exija un carnet habilitante para conducir grúas" distinto-–obviamente- de la licencia y/o carnet para conducir, en este caso camiones, que emite la Municipalidad y que resulta imprescindible para todo chofer. A partir de tal comprobación evidente resulta que si la empresa demandada pretendía que sus trabajadores tuvieran la capacitación que otorgan al respecto diferentes empresas privadas, debía arbitrar los medios necesarios para que ello sucediera. Pues bien, las declaraciones testimoniales producidas en autos ratifican lo denunciado por el actor en tanto no sólo que no se le permitió realizar el curso que se dictó dentro de la empresa (ver declaración no observada de E. a fs. 277/8), sino que al mismo tiempo se le negaba tareas invocando la falta de carnet habilitante justamente por no haber hecho el curso. También por intermedio de las declaraciones testimoniales de F. -fs. 281- B. -fs. 323- y P. -fs. 325- corresponde tener por acreditada la denunciada inactividad forzada e inconsulta a la que se sometía al actor".*

La queja refiere que tal conclusión es errónea y adelanto que no se comparte los argumentos de la recurrente.

Es que al contestar la demanda en todo momento reseñó que la autoridad de aplicación exige el pertinente carnet habilitante, sin individualizar a qué autoridad hacía referencia y menos aún cuál resultaba el organismo que otorgaba el referido documento. Desde esta perspectiva, las manifestaciones que introduce en sus agravios respecto del Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM), sus funciones y la necesidad de cumplimiento por parte de su mandante, de la normativa del referido Instituto, para con sus empleados y la pretensa facultad del empleador de imponer dicha exigencia, resultan cuestiones no propuestas a la jueza de la anterior instancia.

Conforme el art.280 del CPCC el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de este tribunal tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio*." El límite de la acción está dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 Inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal"* (Cam 2° CCI M San Juan 9-3-82 "García c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

Por otro lado, nada dice en su agravio respecto a lo señalado por la Magistrada en el sentido que si la empresa pretendía una capacitación determinada, debía proveer los medios para ello y llega firme a esta instancia que el actor fue excluido de la evaluación, afrontada económicamente por la empresa durante el año 2009, para aquellos trabajadores que debían renovar las habilitaciones.

En cuanto a la ocupación efectiva reclamada en el intercambio epistolar, los argumentos que incorpora en la fundamentación del recurso son insostenibles. Allí su razonamiento recursivo pasa de justificar que cuando el retiro del carnet se debe a una culpa del conductor, no se le deben asignar tareas- v. fs381- (confundiendo al registro de conductor del art. 6.2.11 del CCT 40/89 con la mentada certificación del IRAM); luego señala que se limitó a reclamarle al actor obtuviera la reválida, suspendiendo hasta tanto la prestación de tareas, conforme indica el CCT (fs.382); en la misma foja dice " *…por tanto no le era exigible que le otorgue efectivas tareas"*, para finalmente expresar que *"intentó que su trabajador cumpliera algunas tareas para las que si estaba calificado o al menos habilitado, pero el actor se negó a*

realizarlas. Su actitud fue siempre reticente y contraria a su deber de buena fe y colaboración. …".

Lo cierto es que al contestar demanda, reclamaba a la magistrada que no distrajera su atención y examen *"por cuanto los hechos relevantes y principales del presente expediente se centran en determinar la real negligencia y desidia del Sr. T. en no cumplir con su obligación primordial de mantener su habilitación de conducir vigente, para efectivamente poder realizar las tareas por la cual lo contrataba mi mandante"*.

No existe en los hechos relatados destinados a controvertir la causal de distracto invocada por el trabajador, ninguna circunstancia que admita que la negativa a asignar tareas no fuera otra que la ausencia de su habilitación de conducir vigente y no aporta ningún elemento fáctico del que se pueda inferir que la valoración de las declaraciones testimoniales de F. (fs. 281), B. (fs. 323) y P. (fs. 325) sea errónea, en tanto con ellas se tuvo por acreditada la denunciada inactividad forzada e inconsulta a la que se sometía al actor.

En cuanto a la declaración de E. (fs 277/278 vta) en el punto de referencia, no puedo soslayar que sus respuestas a la 11ra. y 12da. preguntas, que alude a que se le pedía que manejara un camión y no quería por ser gruísta y estar solamente abocado a la grúa, deben valorarse en forma congruente con la 18va y 19na. (repreguntas fs. 278 vta.) donde sostuvo que no podía describir las tareas cumplidas por el actor en el mes de enero de 2009, porque estaba trabajando en Sierra Grande durante tres meses más o menos, diciembre de 2008 a febrero de 2009.

Frente a estas declaraciones, las de los testigos arriba mencionados, resultan -a mi criterio- de mayor convicción para respaldar el incumplimiento del empleador de dar tareas efectivas al actor acorde con los trabajos comprometidos en virtud del contrato de trabajo y que ha reconocido que era la de "conducir grúas" (fs. 90), sin que haya acreditado los motivos fundados que impidieran la satisfacción de tal deber. *"El deber de ocupación*

efectiva, se encuentra expresamente previsto en el artículo 78 de la Ley de Contrato de Trabajo y se trata de un verdadero deber de garantía que pesa sobre el empleador, salvo que el incumplimiento se deba a razones fundadas que signifiquen un verdadero impedimento para cumplir". ("S.A. en J 37.518 P. V. c/ S. A. p/ DESP. S/INCCAS." - Fallo: 10000000320 - Circunscripción: 1 - Sala: 2 - Mendoza - 2009/12/30).

En consecuencia, analizada la prueba cumplida en el expediente a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 390 CPCC y 44 Ley XIV Nº 1), creo indudable que existía una efectiva sustracción de la empleadora al deber de ocupación (art. 78 LCT) que se materializó a través de la negativa de trabajo que describen los testigos y de los propia versión de los hechos plasmada en la contestación de la demanda, por lo cual, entiendo configurada una injuria patronal que hacía insostenible el mantenimiento del vínculo (art. 242 LCT). Desde esa perspectiva, es evidente que la decisión resolutoria adoptada por la accionante se fundó en causa legítima y que, en tales condiciones, le asiste el derecho a las indemnizaciones que reclamó (arts. 232, 233, 245 y LCT), por lo que he de proponer al Acuerdo se desestime el recurso de apelación y consecuentemente se confirme la sentencia de grado.

4.

Las costas en la Alzada deben imponerse al recurrente vencido (art. 69 CPCC y art. 57 Ley XIV Nº 1). Los honorarios de los letrados, conforme el mérito y eficacia se estipulan, sobre los determinados en la instancia anterior, para el Ab. D. G. L. en el 10%, al Ab. G. W. en el 15 %, y para los Ab. F. A. y M. A. en el 13,5 % a cada uno, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7, 9 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.).

A LA PRIMERA CUESTION, voto por la **AFIRMATIVA.**

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

1.

Que los antecedentes de autos han sido expresados por la Dra. De Villafañe, razón por la cual a ellos me remito. Ingresaré directamente en el análisis de los agravios, siguiendo el orden metodológico propuesto por la Sra. Camarista de primer voto.

2.1

Debo señalar en primer término que comparto con dicho voto mis serias dudas sobre la suficiencia técnica del recurso impetrado, optando, tal como lo hace, por abrirlo, en razón de considerar que esa es la solución más acorde con el principio constitucional de defensa en juicio (art. 18, CN).

2.2

Con esa salvedad, e ingresando en el análisis de la queja, tengo para mi que se agravia el recurrente por entender que el decisorio de la Instancia anterior ha justificado la injuria del actor, sobre la base de una supuesta falta de asignación de tareas, cuando en verdad fue aquélla quien provocó la ruptura.

El pronunciamiento de autos afirmó que no se encontraba acreditada la obligación de obtener carnet habilitante para conducir grúas del porte descripto en ella. Contra tal aserto el apelante nada rebate.

No solo no individualiza cuál es la norma legal incumplida, sino que tampoco lo hace respecto a la autoridad de aplicación encargada de expedir el certificado habilitante para la conducción de grúas, limitándose a expresar vaguedades, tales como señalar que, según la norma convencional, los empleadores están facultados (no obligados) a establecer medidas de

seguridad para eliminar riesgos, lo que en modo alguno da respuesta a la afirmación sentencial reseñada.

Este aspecto, no rebatido por cierto, deja sin sustento a todas las demás consideraciones puestas de manifiesto en este aspecto de la queja, pues, tratándose de una cuestión central, sólo su embate con razones fundadas desde lo jurídico habrían de conmover la sentencia.

Digo ello así, pues lo que plantea el decisorio es la ausencia de antijuridicidad en el obrar del actor, que no es ni más ni menos que el obrar violatorio del *alterum non laedere*. Es decir que, lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en la medida en que hay una lesión o aminoración de un interés jurídico resarcible.

Es sabido que, tras el incumplimiento a un deber jurídico, que es producto de un proceso de imputación, deviene la responsabilidad, de modo tal que si aquel incumplimiento no se configura, sea porque no existe, o existente, no se prueba, mal puede endilgarse responsabilidad de ninguna índole.

La obligación solutoria o de pago, por ejemplo, es una obligación de segundo orden que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente a cargo de un sujeto que luego, es responsabilizado por ello. De esta primaria afirmación cabe inferir que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse ningún supuesto de obligación de pago a cargo de una demandado. A un sujeto, a quien no puede reprochársele el incumplimiento de ninguna obligación contractual o deber jurídico preexistente que se hallaba a su cargo, no puede imputársele responsabilidad alguna por una deuda, precisamente, porque la responsabilidad por ellas no surge de la nada, ni cae del cielo, sino que es fruto necesario de un proceso de imputación, que requiere que se cumplan determinados presupuestos.

Uno de esos presupuestos -inexcusable desde todo punto de vista, incluso desde el hontanar constitucional argentino- es el requisito de la legalidad.

De tal modo que, para que quede comprometida la obligación de pago de un sujeto, se requiere que éste haya violado previamente un deber jurídico que se hallaba a su cargo o contraído una obligación contractual que contrajera, sea por acción u omisión imputable a él, conclusión que se arriba de un dato obvio: a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Sin mandato legal incumplido no existe obligación de pago, pues la supuesta obligación carece de causa. De lo contrario, se crea *ex nihilo* un deber jurídico u obligación que no halla correlato en la legislación vigente (cfr. Lopez Mesa, "la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado", en "Suplemento especial de Responsabilidad Civil", año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106).

Coincido además con la Sra. Jueza de voto anterior en cuanto a que todas las manifestaciones referidas a las normas de estandarización y al organismo que las certifica, no han sido materia de litis y mal pueden ser traídas a esta Alzada, so riesgo de violentar la garantía constitucional de defensa en juicio (arts. 18, CN y 280 del CPCC).

El hecho de haber contado el actor con el carnet habilitante de un período anterior y encontrarse el mismo vencido, no resulta incompatible con lo señalado en párrafos anteriores, teniendo en cuenta que tampoco se ha demostrado en autos que la empresa impusiera como obligatoria la expedición de un carnet especial por parte de una autoridad que nunca indicó cuál era.

El agravio a mi modo de ver, confunde el uso obligatorio de una licencia habilitante con capacitación para conducir grúas, que son cosas bien

distintas. Configura una situación similar a aquellas en la que se exigiera a un sujeto realizar curso de capacitación en escuelas de conductores para conducir automóviles y por el otro la expedición de registro habilitante para hacerlo.

La ley de tránsito exige esto último, mas no lo primero.

En todo caso, si la empresa exigía una capacitación y evaluación consecuente, tampoco lo invocó y menos lo acreditó.

Esto último parece surgir de las declaraciones testimoniales de E. (fs. 277/278), a quien la empresa lo envió a realizar una evaluación junto a P. J. y N. D. y de la que se excluyó al actor (fs. 278, contestación a las repreguntas 8ª a 13ª). Si ello fue así, no puede concluirse sino en una conducta reñida con la buena fe por parte de la empleadora, pues, siendo quien debía proveer la capacitación y evaluación correspondiente, privó de ello deliberadamente al actor, cuando se encontraba empleado para el manejo de tales artefactos.

En síntesis, la única obligación que emerge de la ley de tránsito para la conducción de grúas, es la de su art. 16, que exige la expedición de una licencia habilitante "clase E" y que refiere, entre otros, a *"camiones articulados o con acoplado, maquinaria especial no agrícola…"*, coincidente ello con la afirmación de E. (contestación a las preguntas 18ª y 19ª), y respecto de la cual el informe de fs. 131 da cuenta de su vigencia a la fecha del distracto.

Toda otra disposición interna emanada de l empresa, complementaria de lo anterior, no ha sido, como quedara dicho objeto de invocación ni prueba.

A todo evento, aun cuando la empresa privó al actor de dicho curso, y pese a no constituir obligación legal o convencional a su cargo, surge a fs. 130 que el 11 de febrero de 2008, IRAM le otorgó un certificado provisorio de operador de grúas, habilitándolo para la operación de grúas móviles hidráulicas de hasta 50 tns., cuyo vencimiento operó el 06.02.11, es decir

que a la fechadle distracto (19.02.09), se encontraba habilitado para operar este tipo de artefactos móviles por ese organismo de normalización.

Es entonces desde la arista de la buena fe, en definitiva, donde debe analizarse la conducta de las partes, por ser ella el principio fundamental al que se reconduce la valoración comparativa de las conductas, dirigida a determinar la necesaria proporcionalidad de una respecto de la otra.

En el caso de autos, además la manda del art. 1198, Cód. Civil se encuentra reforzada por una norma específica, la LCT en su art. 63 establece que "las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación de trabajo" (cfr. CAPM, fallo citado; Cám. Apel. Trelew, Sala A, SDL 44/2008).

La frase empleada en la norma es plenamente aplicable en el caso que nos ocupa, respecto de la obligación del demandado de ajustar la conducta a lo que es propio de un buen empleador.

Ya De la Vega Benayaas señalaba que "el Código Civil es claro al decir que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Formula aquí, en forma de mandato, un postulado de ética social, un deber de comportamiento conforme a la moral social imperante, vigente. Un postulado de moral general que, al interferir en las relaciones jurídicas, adopta la formulación de un principio general de Derecho, el de la buena fe, aplicado según las reglas de la tópica, es decir, conforme a las exigencias del caso o problema y a la concurrencia en él de circunstancias morales o de la ética imperante: honradez, rectitud, diligencia, ausencia de dolo o mala fe, cooperación, consideración del prójimo, como "topoi" "reguladores o informadores" (De la Vega Benayas Carlos, "Teoria, aplicación y eficacia en las normas de Código Civil", Edit. Civitas, Madrid, 1976, p. 249).

De tal suerte que la buena fe es una regla de conducta "que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda

intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto;* es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales" (Ivon Loussouarn, Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T.II, p. 9).

El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Cfr. CAPM, "V., A. E. c/ P. S.A. s/ cobro de pesos", 35/12 SDL, del voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Circulo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; Incom., Sala B 5/2/99, "Zunghiri, H.J. c. Sanchez. Carlos y otros", LL 1999D, 193 y DJ 19992127).

Concluyo que la demandada, con su accionar, evidenció una conducta reñida con la buena fe, al no otorgar tareas efectivas al empleado en función de las que le eran propias, considerando justificada la situación de despido en la que se colocó (art. 10, 63, LCT).

Por tales razones, soy partidario, al igual que la Dra. de Villafañe de desestimar la queja de la demandada y confirmar el decisorio.

3.

Coincido con la Sra. Jueza prevotante en que las costas de esta Instancia deben ser impuestas del modo en que lo propone la Dra. de Villafañe.

Por lo demás, los honorarios de los letrados intervinientes en esta sede deben ser regulados en el modo en que lo practica la Sra. Jueza de voto anterior.

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

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

De compartir los señores magistrados el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1. CONFIRMAR la sentencia de fs. 371/374 vta. en todo lo que ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas en la Alzada a la recurrente vencida (art. 69 CPCC y art. 57 Ley XIV Nº 1).

3. REGULAR los honorarios de los letrados, sobre los determinados en la instancia anterior, para el Ab. D. G. L. en el 10%, al Ab. G. W. en el 15 %, y para los Ab. F. A. y M. A. en el 13,5 % a cada uno, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7, 9 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.).

4. De forma.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mari Luis VIVAS, dijo:

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

Así lo voto.

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

Puerto Madryn, de noviembre 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. 371/374 vta. en todo lo que ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas en la Alzada a la recurrente vencida (art. 69 CPCC y art. 57 Ley XIV Nº 1).

3. REGULAR los honorarios de los letrados, sobre los determinados en la instancia anterior, para el Ab. D. G. L. en el 10%, al Ab. G. W. en el 15 %, y para los Ab. F. A. y M. A. en el 13,5 % a cada uno, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7, 9 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL.