En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil trece, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"D. J. J. C/ B. B. S.A. S / Cobro de pesos - LABORAL" (Expte. 47 - Año 2013)**, venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte Nº 149/08), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA** ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 319/324? **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 347.

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

1) Los antecedentes.

Se han radicado los presentes actuados por ante esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 331 por la parte demandada, el que fue concedido mediante la providencia dictada a fs. 332 de autos. Fundó su recurso la apelante con su presentación obrante a fs. 334/338 vta., no habiendo sido contestado por la contraria el traslado que se confiriera de la misma.

2) La sentencia.

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a B. B. S.A. a abonar a J. J. D. dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 20.771,50.- (Veinte mil setecientos setenta y un pesos con cincuenta ctvs.), con más los intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuentos de

documentos comerciales, desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago.

Para fijar las costas tuvo en cuenta la Sra. Jueza de Refuerzo a quo que la noción de vencido debe establecerse con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados y es así que advirtió que la demandada resultó vencida en el pago de los rubros indemnizatorios reclamados, mientras que la actora fue vencida en su reclamo con respecto a la multa del Art. 2 de la Ley 25.323 y la establecida por el Art. 132 bis LCT. Por tal razón, las impuso en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora (conf. art. 72 CPCC), regulando los honorarios a los profesionales intervinientes.

Para arribar a su decisión final, consideró la sentenciante que debía analizar en primer término cómo se sucedieron los hechos desde el 25 de Enero de 2007 hasta la fecha del despido y si existió una injuria suficiente por parte del actor que justificara su despido.

Con la premisa indicada, no tuvo en consideración todos los descargos anteriores adjuntados por la demandada relativos a llegadas tardes o ausencias del actor, dado que no se acompañó ninguna constancia que por ello se hubiese sancionado al mismo, lo que da a entender que la empresa consideró suficientes los descargos efectuados y justificadas las ausencias en las que incurriera D.

Con respecto a lo ocurrido el día 25 de Enero de 2007, dejó sentado que las partes son contestes en que el actor ese día estuvo ausente y presentó un certificado odontológico con prescripción de reposo. Destacó que la empresa afirmó que en dicha fecha el actor trabajó como chofer para un compañía de turismo, lo que fue vagamente reconocido por el actor en su demanda que en este punto resulta contradictoria, aunque dijo que lo hizo por la mañana, debiendo prestar servicios para la demandada por la tarde y que el dolor de dientes lo experimentó en horas del mediodía. Según la a

quo, la demandada no aportó prueba de que el actor hubiera trabajado para otra empresa durante su horario de trabajo, violando el reposo médico otorgado y de allí que consideró no probada la inconducta.

Evaluó seguidamente que el actor fue suspendido el 01 de Febrero de 2007, por lo que al momento en que se le notificó su despido, el 13 de Febrero de 2007, la suspensión no se encontraba firme dado que aun no habían transcurrido los 30 días previstos por el art. 67 LCT para su impugnación y de allí que no podía utilizarse la misma como antecedente para el distracto dispuesto. En este punto remarca que del texto de la carta documento enviada al actor surge que se impone la sanción de despido por ser reiteración de la falta gravísima cometida el 25 de Enero de 2007.

Pasó luego a analizar si se probó la inconducta imputada al actor y si la misma tenía entidad suficiente que justificara el despido dispuesto. Consideró probado que el actor no concurrió a trabajar el día 31 de Enero de 2007 por estar trabajando para V. S. prestando servicio de transporte a A. V. S.A. en un viaje a Península Valdés y que dicha excursión insumía entre 7 u 8 horas, con lo que su realización se superponía con cualquiera de los turnos de B. B. Ahora bien, según la sentencia, los testigos indicaron que la empresa sabía que D. realizaba estas tareas (chofer de turismo) en horarios que no se superponían con su labor cotidiana para la demandada. También -agrega- de la prueba se desprende que, con anterioridad, las ausencias del actor habían sido toleradas y que, ante una supuesta falta similar -que no está probada y que no se encontraba firme- cometida unos días antes, la empresa había entendido que su gravedad debía ser sancionada con una "suspensión" del trabajador y no con el despido. De allí que la sentenciante haya dicho no entender porqué a sólo trece días un nuevo hecho puede tener una sanción más gravosa, si se tiene en cuenta que el supuesto antecedente no puede ser considerado atento su falta de firmeza.

Destacó luego que se trata de un trabajador que en casi cuatro años de antigüedad no había sido nunca sancionado. Es por ello que teniendo en cuenta la entidad de la falta, la inexistencia de antecedentes y la misma conducta anterior de la empresa ante faltas similares, la decisión de despedirlo resultó desmedida, no encontrando acreditados dos de los requisitos que legitiman la sanción del despido, esto es: la oportunidad de la reacción y la proporcionalidad de ésta con el hecho denunciado. Por lo expuesto, caracterizó al despido como incausado, condenando a la demandada a indemnizar el mismo.

No admitió la multa prevista en el Art. 2 de la Ley 25.323 debido a que para su procedencia es necesaria la intimación previa que incluya el apercibimiento de su exigencia, lo cual no se verificó en autos.

Por el mismo motivo que el rechazo anteriormente referido, no admitió tampoco imponer la multa del Art. 132 bis LCT, remarcando que tampoco se dieron los requisitos de fondo exigidos por la norma.

Con respecto al agravamiento indemnizatorio establecido por el Art. 16 de la Ley 25.561 consideró procedente su aplicación dado que el actor señaló que en el caso no existió una transferencia de establecimiento sino una modificación de razón social y que la demandada no aportó ninguna prueba para dilucidar esta cuestión, debiéndolo haber hecho en virtud del principio de la carga dinámica probatoria. De todos modos, la sentenciante entendió que se trató de un cambio de razón social, que B. B. S.A. y B. H. SRL son el mismo empleador, por lo que las previsiones del Dec. 2639/2002 se le aplican directamente, que debía el empleador demostrar que el ingreso de D., al 17/03/03, constituyó un aumento real de la plantilla de trabajadores existentes al 30/12/2002, dentro de la plantilla de B. H. SRL y que aun cuando se tratara de una transferencia de establecimiento la solución sería similar, sólo que la responsabilidad sería solidaria y no directa.

Por último, consideró improcedente aplicar la multa del Art. 45 de la Ley 25.345 dado que fue solicitada en forma subsidiaria para el caso de que la empresa no acompañara el certificado de trabajo; por lo que, habiéndose adjuntado, no es procedente la sanción.

En lo que hace a la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, la a quo tomó la denunciada por el actor, en virtud de no haber sido impugnada por la contraria.

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

3.1) El primer agravio de la empleadora apunta a la decisión de la a quo que consideró injustificado el despido del actor.

Sostiene que con las ausencias sin aviso e intencionales y a sabiendas del Sr. D. , se afectó el servicio público de transportes de pasajeros que cumple la demandada en su carácter de contratista del Municipio de Puerto Madryn, que se trata de un servicio público (línea urbana de transporte de pasajeros) que debe cumplir recorridos preestablecidos con horarios y que al alterarse se perjudica a los usuarios, lo que provoca quejas de los pasajeros que se trasladan en perjuicio de la empresa que puede llegar a ser sancionada por incumplimiento de sus obligaciones. Se agravia porque -según dice- la sentenciante no apreció la implicancia y la diferencia que existe entre una falta sin aviso en este tipo de tareas y en otros empleos. Insiste en que las inasistencias del actor del 31 de Enero y del 25 de Enero de 2007 provocaron los indicados perjuicios.

Señala dentro de este punto que los días 25 y 31 de Enero el actor prestó servicios para la E. S. superponiéndose en los horarios en que debía trabajar para la demandada; que la a quo no tuvo por probada la inasistencia injustificada del 25/01/07 no obstante su concurrencia a Punta Loma que quedó acreditada; que haber aducido padecer una dolencia odontológica no puede tomarse como justificativo, menos que un dolor de dientes le

impidiera trabajar y que el actor no probó que se le hubiese indicado reposo el día 25 de Enero; que el actor cometió otra inasistencia sin aviso el 31 de Enero de 2007 conduciendo turistas a Península Valdés, lo cual quedó acreditado aunque el actor lo negó; que la sentenciante no evaluó que esta última negativa debió relacionarla con la inasistencia del 25 de Enero y no creer que el actor haya tenido una indisposición; que la sentencia no tuvo en cuenta la trascendencia del descargo del actor del 01 de Febrero de 2007 cuya firma reconoció; que ante la inconducta del día 25 como primera falta se lo suspendió, pero al faltar el día 31, solicitándole su descargo, respondió con el instrumento del día 01 de Febrero de 2007 que debe tomarse como una burla; que la inconducta duplicada de Enero de 2007 y su descargo falaz y "burlón" del 01 de Febrero denotaron que no era un empleado serio y confiable; que el texto del motivo del distracto es por demás elocuente en cuanto a la grave injuria cometida, con serios perjuicios a la patronal que debe atender ajustadamente los horarios preestablecidos por la autoridad concedente; que la inconducta habilitó el distracto con justa causa; y que haber admitido que D. se sustrajera a cumplir los horarios fijados en los cronogramas, hubiese generado una indisciplina en los cuadros del personal de la empresa donde todos los conductores podrían haber creído que podían adoptar iguales o similares actitudes, con lo cual las frecuencias de los recorridos se transformarían en un caos.

3.2) Plantea también como agravio -dentro del primero- el razonamiento que considera erróneo de la a quo en cuanto a creer que teniendo D. 30 días para impugnar la sanción por la inasistencia del día 25/01/2007, no se le podía aplicar otra sanción, desarrollando la idea que la sanción anterior debe estar firme como para graduar la entidad de la segunda. Afirma que en ámbito disciplinario -laboral no juegan los principios de firmeza propios de los procedimientos administrativos o judiciales. Según la queja existe

una caducidad para impugnar una sanción pasados los 30 días, pero ello no obsta a que si el dependiente comete una nueva indisciplina se lo sancione con mayor gravedad. Agrega que la magistrada adujo que no estaba firme la sanción por la inconducta del día 25 de Enero, sin advertir que el descargo del día 01 de Febrero no contiene ninguna alusión al respecto y esa era la oportunidad para impugnar si es que quería hacerlo.

3.3) El segundo agravio está planteado por la condena impuesta a la empleadora de abonar el 50% del importe de la indemnización que establece el art. 245 LCT por aplicación del Decreto 1433/05. Sostiene que la a quo manifestó que B. H. SRL, empleador original en Marzo de 2003, era el mismo empleador que B. B. S.A. y ello la condujo a disponer una condena indebida.

Esgrime que el actor no demandó a las dos empresas sino sólo a B. B. S.A.; que al contestar demanda se aclaró que no hubo continuidad empresaria sino compra de la concesión y que las dos firmas no son lo mismo, no sólo por el tipo societario sino porque los socios tampoco son los mismos; que hubo transferencia de establecimiento y la consecuencia no es la misma como dice la a quo; que es aplicable el art. 228 de la LCT; que cuando se transfirió el establecimiento en el año 2004, no había surgido ninguna obligación de recargo indemnizatorio por cuanto D. continuó trabajando; que la Ley 25.561 hace referencia al "empleador" entendiendo que es el que dispone el distracto; que si a Enero de 2004 el "empleador" era B. B. S.A. debió tomarse en cuenta cuál era su plantilla de personal entre el 31/12/02 y Enero de 2004, verificándose que sumó un número importante de empleados (cero a Diciembre de 2002 y 86 a Enero de 2007); que es equivocado el criterio extensivo aplicado por la magistrada en materia punitiva, debiendo aplicar el restrictivo; que debe revocarse la condena a incrementar la indemnización por antigüedad, teniendo en cuenta que el

agravamiento se debió a una situación de emergencia que no existía en Enero de 2007, donde el índice de desempleo estaba por debajo del 10%.

3.4) El tercer agravio está dedicado a la imposición de las costas que resolvió la sentencia en crisis. Sostiene que el importe de los rubros rechazados supera ampliamente el importe de la condena por el distracto y que si bien los criterios aritméticos no son aplicables para distribuir las costas, al existir vencimientos parciales y mutuos, estima que por lo menos debieron distribuirse en un 50%, lo que así peticiona.

4) <u>Tratamiento de los agravios</u>.

4.1) <u>La existencia de injuria como causal del despido</u>.

Para dar tratamiento y respuesta a la primera parte del primer agravio expuesto por la recurrente, es menester analizar y resolver si se dio en el caso una conducta del actor constitutiva de injuria laboral que avale la decisión rupturista asumida por la empleadora al despedirlo con causa.

Se advierte que inicialmente la queja hace mención de *"…ausencias sin aviso e intencionales…"* (fs. 334) que afectaron el servicio público de transporte de pasajeros que cumple la demandada en su carácter de contratista del Municipio de Puerto Madryn. Resulta obvio que debe analizarse si se encuentran acreditadas tales *"ausencias"* a partir del día 25 de Enero de 2007 en que fuera sancionado el dependiente, dado que las anteriores a las que ha hecho referencia la demandada, al no haber merecido sanción alguna, deben tenerse por justificadas y no pueden ser evaluadas a esta altura como configurativas de una "injuria", tal como más adelante lo volveré a remarcar en este mismo punto. Anticipo que del análisis de las probanzas arrimadas al proceso no surge que ello haya sido probado por la demandada.

Sin perjuicio del contenido de los agravios que estoy aquí considerando, debo remarcar que la sentencia ha dicho con total claridad lo siguiente: *"…En relación al 25/01/07 las partes son contestes en que el actor estuvo ausente dicho día y que presentó un certificado odontológico con prescripción de reposo. Ahora bien, la empresa afirma que en dicha fecha el actor laboró como chofer para una compañía de turismo, hecho que el actor, vagamente reconoce en su demanda… aunque afirmando que lo hizo en horas de la mañana, debiendo prestar servicio para la demandada por la tarde, y que el dolor de dientes lo comenzó a sufrir en horas del mediodía. Lo cierto es que la demandada no ha aportado prueba alguna de que el actor hubiera trabajado para otra empresa durante su horario de trabajo, violando el reposo médico otorgado; máxime cuando del testimonio de S. (fs. 147/148) surge que la excursión a Punta Loma insume entre 3 y 4 horas, y que se iniciaban temprano por la mañana. Pero más allá de la existencia o no de inconducta que justificara la sanción de suspensión impuesta al actor –la que, repito, no encuentro probada— lo cierto es que dicha sanción fue impuesta el 01/02/07…"* (fs. 321 vta.).

He transcripto esta parte de la sentencia en crisis debido a que no surge del agravio que estoy analizando que la recurrente haya rebatido con solidez estas terminantes conclusiones de la a quo, demostrando a esta Alzada el error cometido al así decidir y la necesidad de que ello deba ser revocado en esta instancia. Y es aquí --para mí—donde se decide la suerte del recurso intentado.

Concretamente, la sentencia consideró que la empleadora no acreditó la causal invocada para suspender al actor el día 01 de Febrero de 2007, esto es: que el día 25 de Enero de 2007 el actor no se presentó a trabajar en el horario que le correspondía, que -como justificación- presentó un certificado odontológico que le indicó reposo y que ese mismo día prestó servicios para otra empresa en el mismo horario en que debía trabajar para ella. Esta conclusión de la sentencia –reitero- no aparece sólidamente desvirtuada por los agravios de la demandada en tratamiento y que

constituyen el fundamento del recurso que le fuera concedido. Y, a mi entender, he aquí la llave que permite abrir la puerta que nos muestra el camino que conduce a la solución de la cuestión en debate.

Avanzo en el análisis y vemos que de la C.D. obrante a fs. 94 surge que el día 01 de Febrero de 2007 la empresa demandada le notificó al actor *"…que se lo ha suspendido por el término de cinco días en virtud de haber estado ausente de su trabajo el día 25 de enero ppdo, presentando un certificado odontológico con prescripción de reposo, pero se ha constatado que trabajó ese mismo día para la agencia A. V. SRL conduciendo un vehículo de transporte de pasajeros entre Puerto Madryn y Punta Loma. Esta inconducta constituye una injuria grave por lo que se lo insta a no incurrir nuevamente en tales actitudes…"*.

El texto que acabo de transcribir debe necesariamente vinculárselo con el de la C.D. obrante a fs. 96 que fue enviada por la empleadora al actor el día 06 de Febrero de 2007 y en la cual le notifica su despido por el hecho cometido el día 31 de Enero de ese mismo año. Pero en lo que aquí interesa, debemos detenernos en el contenido de este despacho cuando expresa: *"Ante el descargo solicitado por la ausencia a tomar el servicio asignado el día 31 de enero ppdo, presentó un escrito que no lo hizo por razones particulares y constatado que trabajó ese mismo día para la agencia A. V. SRL conduciendo un vehículo de transporte de pasajeros, con superposición horaria, volvió a cometer la misma inconducta por la que está sancionado…"* (subrayado me pertenece).

La vinculación entre las expresiones vertidas en ambos envíos postales es más que evidente dado que, mediante ellas la empleadora está reconociendo que el día 01 de Febrero de 2007 notificó al actor una suspensión por cinco días debido a que el día 25 de Enero de 2007 no se presentó a tomar servicio en el horario que le correspondía, presentó un certificado odontológico que le indicaba reposo como justificación de la ausencia y se comprobó que ese mismo día trabajó conduciendo un vehículo de transporte de pasajeros para la agencia A. V. SRL con

superposición horaria. No cabe otra interpretación ante la claridad que contiene la documental de fs. 96 cuando dice: *"…volvió a cometer la misma inconducta por la que está sancionado…"*.

El actor consideró "improcedente o sin causa" la suspensión dispuesta por su empleador y así se lo hizo saber mediante el telegrama que le remitiera el día 09 de Febrero de 2007 (fs. 6).

Por lo hasta aquí expuesto, es necesario desentrañar si la inconducta achacada al actor, que la habría cometido el día 25 de Enero de 2007 y que mereciera la sanción de "suspensión por cinco días" (conf. fs. 94), realmente se acreditó durante el trámite de este proceso y ello es esencial determinarlo porque el actor fue luego despedido -el 06 de Febrero de 2007- porque *"…volvió a cometer la misma inconducta por la que está sancionado…"* (conf. fs. 96). O sea, la empleadora afirmó que la inconducta del dependiente del día 25 de Enero de 2007 y la del día 31 de Enero del mismo año fueron idénticas; o dicho de otro modo: que el 31 de Enero de 2007 el actor reiteró la inconducta del día 25 de Enero del mismo año.

He anticipado ya que del análisis de las probanzas producidas en autos no surge la acreditación de la causal por la cual se suspendiera al reclamante de autos. Las partes han reconocido que el 25/01/2007 el actor estuvo ausente y que presentó un certificado odontológico que le indicaba reposo para justificar tal proceder. También reconoció el actor que ese día trabajó por la mañana para una empresa de turismo (circunstancia conocida por su empleadora conforme surge de los testimonios brindados en autos), que debía prestar servicios para la demandada en horas de la tarde, que tuvo problemas odontológicos en horas del mediodía y que ello motivó que no tomara servicio por la tarde, presentando luego el certificado que obra reservado a fs. 9 del cual surge que fue atendido por una odontóloga el día 25/01/07, indicándosele reposo.

Ante este cuadro de situación, cabe preguntarse ¿qué debió acreditar la empleadora para justificar la "suspensión" disciplinaria impuesta al dependiente?, la respuesta es sencilla: debió probar que el 25 de Enero de 2007 el actor trabajó para otro empleador que se dedica al transporte de pasajeros (viajes turísticos) en el horario vespertino en que debía prestar servicios para ella (superposición horaria). Y -permítaseme reiterar- este hecho no fue acreditado por la demandada. Tanto es así, que la recurrente -conforme lo expresé antes aquí- ni siquiera se ha expedido sobre esta circunstancia al expresar sus agravios, ni ha intentado rebatir a la sentenciante o demostrar a esta Alzada el error cometido al arribar a idéntica conclusión al dictar su sentencia.

Encontrándose aclarada la cuestión relativa a la "suspensión" disciplinaria impuesta al actor, corresponde analizar ahora si la sanción del "despido" impuesta por la patronal se ajustó a los parámetros que rigen para dar por concluido el vínculo laboral con causa.

En este caso estamos ante un dependiente que tenía casi cuatro años de antigüedad trabajando para la demandada. Durante el término de la relación laboral -conforme surge de autos- el actor no había registrado sanciones de parte de su empleadora. Es válido aclarar -conforme lo anticipara supra- que las referencias a "antecedentes" desfavorables que ha vertido la demandada como elemento para justificar su postura rupturista, no pueden ser consideradas como aval a su posición, debido a que, si existieron las faltas, las mismas no fueron en tiempo y forma sancionadas. Es por ello que se ha decidido que es improcedente toda referencia a las presuntas faltas que se adjudican a la accionante, anteriores al hecho de la cesantía, ya que en este caso la empleadora no ha usado adecuadamente de las facultades conferidas por la LCT (conf. CNTrab., Sala I, 18/05/87, TySS, 1987-795), como así también que es arbitraria la sentencia que, al rechazar las indemnizaciones por despido en razón de actos de indisciplina de la

accionante, se basó en la consideración de conductas previas de esta última sobre las cuales la demandada no ejerció sus facultades disciplinarias del modo previsto en la ley (conf. CSJN, 04/05/95, TySS, 1995-710).

A esta altura del análisis reitero que se trató de un dependiente que tenía casi cuatro años de antigüedad en su trabajo y que no registraba ninguna sanción hasta la fecha en que fue despedido. Ya he explicado también que no puede admitirse como antecedente negativo del actor la suspensión aplicada por la empleadora el día 01 de Febrero de 2007 en virtud de que la causal esgrimida para sancionarlo no fue fehacientemente acreditada. Es decir, resulta claro que la empleadora lo despidió por haber reiterado una inconducta anterior sin haber acreditado la primera inconducta. Por lo tanto, la *"reiteración"* invocada por la patronal en la notificación del despido y como causal del mismo, no se dio en este caso.

Es por ello que se llega al día 06 de Febrero de 2007 en el que se le notifica al actor su despido (fs. 96) por un hecho sucedido el día 31 de Enero de ese mismo año y sin que registrara sanción alguna anterior.

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

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

La *justa causa o injuria* es un motivo de denuncia consistente en el incumplimiento grave de deberes contractuales propios de la relación de trabajo (deberes de prestación o de conducta). Es un ilícito (grave)

contractual (conf. LOPEZ-CENTENO-FERNANDEZ MADRID, “Ley de Contrato de Trabajo”, T.II, p. 1187).

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

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

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

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

La magnitud del acto ilícito es la que impide la prosecución del contrato de trabajo. La conducta que se imputa al injuriante es irreparable, y a la vez, no

la hace redimible ni soportable, como hecho aislado, y seguramente, como un evento propio de lo que se espera de los dependientes en una organización que suele ser testigo privilegiado de los acontecimientos, y de la conducta e interacción de sus dependientes.

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

He dicho ya que, conforme el instrumento de fs. 96, se le notificó al actor lo siguiente: *"Ante el descargo solicitado por la ausencia a tomar el servicio asignado el día 31 de enero ppdo, presentó un escrito que no lo hizo por razones particulares y constatado que trabajó ese mismo día para la agencia A. V. SRL conduciendo un vehículo de transporte de pasajeros, con superposición horaria, volvió a cometer la misma inconducta por la que está sancionado, siendo la reiteración una demostración de su desinterés por su tarea, lo que torna inconfiable su asignación de horarios, causando perjuicio a la Empresa ante el servicio público que presta. Por ello se considera la existencia de una injuria de suma gravedad que impide la prosecución de la relación laboral por lo que se prescinde con justa causa de sus servicios…"*.

Al efectuar esta revisión tengo en cuenta, en primer término, la inexistencia de antecedentes negativos por parte del empleado durante casi cuatro años de relación laboral, según lo he destacado supra.

También tengo presente 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. De allí que si el trabajador tenía varios 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 -al disponer el despido del actor- esgrimió que el dependiente *"…volvió a cometer la misma inconducta por la que está sancionado,*

siendo la reiteración una demostración de su desinterés por su tarea…"; pero ya dije aquí que la invocada *"reiteración"* no resultó probada.

Es que para que sea procedente la ruptura contractual 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, que el mismo intentó dar una explicación (lo que la empresa llama "descargo" y que no le satisfizo) a efectos de clarificar lo ocurrido, siendo que se trataba de un dependiente con el que había mantenido una relación de casi 4 años de labor a sus órdenes y sin una sola sanción.

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.

Se expresa en los agravios que existieron *"ausencias sin aviso e intencionales…"* (fs. 334) por parte del actor, pero ello -ya lo he señalado- no se acreditó por la empleadora.

A renglón seguido ha dicho la agraviada que *"…a sabiendas del señor D., se afectó el servicio público de transporte de pasajeros que cumple la demandada en su carácter de contratista del Municipio de Puerto Madryn…"* (fs. 334). Que se afectó el servicio público de transporte de pasajeros que cumple la demandada por culpa y a sabiendas del actor es recién en la expresión de agravios que se lo invoca. En el instrumento de fs. 96 se dijo: *"…causando perjuicio a la Empresa ante el servicio público que presta…"* y al contestar la demanda no se hizo tampoco una imputación tan directa y como un hecho consumado en el sentido que he referido. Sin perjuicio de que no ha existido probanza concreta sobre esta circunstancia, no es posible su tratamiento al no haber sido así planteado en la contestación de la demanda (arg. art. 280 CPCC).

He dicho ya al enumerar los agravios de la demandada que ésta insiste en su presentación con respecto a que *"…Los días 25 y 31 de ese mes condujo vehículos de transporte privado de pasajeros para la Empresa S. superponiéndose en los horarios en que debía trabajar para B. B. S.A…."* (fs. 335), cuando surge de autos -y lo destacó la sentencia- que la conducta imputada que supuestamente ocurriera el 25 de Enero de 2007 no se acreditó, no mereciendo esta conclusión reproche alguno de parte de la demandada. Por lo tanto, ante la orfandad probatoria, tal conducta se debe tener por inexistente (arg. art. 381 CPCC) y de imposible valoración por esta Alzada.

Las impugnaciones que hace la quejosa con respecto a la dolencia odontológica y al certificado que por esta cuestión y como justificación de su ausencia le presentara el actor oportunamente, en modo alguno fueron vertidas en la C.D. de fs. 94, de allí que tampoco corresponda evaluar lo dicho en este aspecto al fundar el recurso concedido, fundamentalmente

teniendo en cuenta lo ya dicho con respecto a la falta de probanza de la imputación vertida y que se habría consumado por el dependiente el 25 de Enero de 2007.

Los restantes cuestionamientos que vierte la queja sobre la supuesta inconducta del 25 de Enero de 2007 carecen totalmente de relevancia ante la ausencia de prueba sobre su acaecimiento, lo cual ya he remarcado y sobre lo que nada ha dicho la recurrente.

Del análisis hasta aquí realizado surge, sin ninguna duda, que la falta cometida el día 31 de Enero de 2007 por el actor fue la primera en casi cuatro años de labor para la demandada. Por lo que cabe preguntarse si, atento la naturaleza del incumplimiento achacado al dependiente, se ha configurado en esta primera falta una injuria de tal gravedad y magnitud que impidiera la prosecución del contrato e hiciera razonable aplicar la máxima sanción (el despido). Mi respuesta es que la sanción de despedirlo resultó exagerada ante la envergadura y naturaleza de la falta cometida por el actor.

Y tengo en cuenta al dar mi respuesta que se acreditó en autos que la empleadora sabía desde hace tiempo que el actor tenía otro trabajo como chofer en viajes de turismo en horarios que no coincidían con el trabajo que debía cumplir para ella y que había tenido algunas ausencias anteriores toleradas siempre por la patronal, que en modo alguno habían merecido sanción y de allí que no pueda ello ser considerado como antecedentes "negativos" del dependiente.

En circunstancias similares la jurisprudencia ha decidido que si en el entorno fáctico de las relaciones laborales el accionante pudo buenamente pensar que su falta de un día no iba a tener consecuencias, y la demandada más bien pareció querer sacarse de encima un operario, es procedente el pago de la indemnización por despido (conf. CNTrab., Sala IV, 20/09/89, TySS, 1989-888), inclusive se ha resuelto que *"la ausencia del trabajador por un*

período de tres días, aun sin aviso, no justifica por sí la ruptura del contrato por parte del principal" (CNTrab., Sala II, 09/11/76, TySS, 1977-229) y que *"la actitud del trabajador que pretendió alterar los días de asistencia, si bien es merecedora de la aplicación de una sanción disciplinaria, no reviste la gravedad suficiente para justificar el despido"* (CNTrab., Sala II, 25/03/86, TySS, 1986-553).

Es que para que el empleador esté eximido de indemnizar por el despido se requiere la proporcionalidad entre la falta y la sanción, y la contemporaneidad entre la disposición patronal y la transgresión incurrida. La máxima sanción, que importa la denuncia motivada de la relación laboral, debe guardar proporción con la entidad de la falta cometida. Es por ello que corresponde considerar injustificado el despido dispuesto por la accionada en perjuicio del actor, si resulta excesivo por no guardar la necesaria porporcionalidad entre la falta cometida y el perjuicio causado, violentando el principio receptado en el art. 10 de la LCT, que consagra el principio de la continuidad del contrato, subsistencia o conservación del contrato.

Si bien la inconducta cometida por el actor pudo resultar un hecho capaz de provocar una lesión en la confianza que debe estar siempre presente en el vínculo laboral, las características que tuvo la relación laboral, la ausencia de acreditación de un perjuicio grave y real al empleador y la ausencia de sanciones anteriores, ponen de manifiesto la desproporción de la medida, máxime cuando la empleadora tenía a su disposición otras menos extremas. Es que la *proporcionalidad* implica que la reacción frente a la injuria no sea excesiva o de una magnitud superior a la que aquella justifique, de modo que este recaudo no constituye un condición matemática, sino, por el contrario, es una apelación a la razonabilidad y prudencia, que a partir del principio de conservación del contrato y del deber de respeto mutuo obliga

a las partes a adecuar y graduar sus comportamientos recíprocos (conf. STJSgo. del Estero, 08/10/07, "Frola, R.A. c/ Lo Bruno S.A.", LLOnline).

Lo hasta aquí expuesto, analizado y fundamentado, me conducen a sostener que el incumplimiento en el que incurriera el actor el día 31 de Enero de 2007, si bien justificaba el ejercicio del poder disciplinario de la empleadora demandada, careció de magnitud para validar la decisión rescisoria. Es por ello que he de proponer al Acuerdo no admitir el agravio en tratamiento y confirmar el decisorio recurrido en cuanto ha considerado que el despido fue incausado. Es mi voto.

4.2) <u>Necesidad de encontrarse firme la sanción anterior</u>.

La segunda parte del primer agravio de la demandada está dedicada a criticar la sentencia de la inferior en cuanto considera que, teniendo D. treinta días de plazo para impugnar la suspensión que se le impusiera el 01 de Febrero de 2007, no es procedente invocar como antecedente del despido la inconducta del día 25 de enero de 2007 debido a que la sanción impuesta por ese hecho no se encontraba firme al momento de serle notificado el despido.

Teniendo en cuenta lo propuesto al Acuerdo en el punto anterior de este voto, la cuestión planteada como agravio ha devenido abstracta, lo que me exime de su tratamiento.

4.3) <u>El agravamiento indemnizatorio de la Ley 25.561</u>.

En este punto se queja la demandada por la imposición el incremento indemnizatorio previsto por la Ley 25.561 que ha dispuesto la sentencia en crisis. Considera que el haber considerado la a quo que B. H. SRL - empleador original del actor es el mismo empleador que B. B. S.A., es una apreciación errónea que la llevó a imponer una condena indebida. Hace también una serie de consideraciones que no las hizo al contestar demanda,

que tampoco formaron parte de la litis y de allí que este Cuerpo esté eximido de considerarlas (conf. art. 280 CPCC).

Resumiendo su postura, sostiene que hay que verificar la plantilla del personal de la demandada al 31/12/02 y Enero de 2004 y luego dice que el personal era cero a Diciembre de 2002 (fs. 296) y 86 a Enero de 2007 (fs. 298), por lo que sumó un número importante de empleados y de allí que no corresponda imponerle la sanción. Aclaro que no resulta para nada claro la queja en este punto, atento la mezcla de años que pretende hacer jugar en su favor; adviértase que primero habla de Enero de 2004 y luego de Enero de 2007, lo cual resulta poco comprensible.

Por último y en subsidio peticiona que se revoque la imposición en cuestión porque el agravamiento fue por una situación de emergencia que no existía a Enero de 2007.

Advierto que, no obstante haberse reclamado al demandar el agravamiento en tratamiento, ninguna de las consideraciones que hace la recurrente en sus agravios las hizo al contestar la demanda. Lo único que dijo al respecto es que la demandada no es continuadora de ninguna sociedad, que no existió un cambio de nombre y que se trata de una empresa (B. B. S.A.) que adquirió a la otra (B. H. SRL) la concesión, no existiendo solidaridad con respecto a las deudas previsionales que pudiere haber mantenido el anterior empleador. Reitero, por lo tanto, que esta Alzada no debe considerar todo aquello que no fue sometido a la consideración y tratamiento de la inferior instancia (arg. art. 280 CPCC).

A fin de dar respuesta a la parte sustancial de la queja, tengo en cuenta que la Ley 25.561, con vigencia a partir del 06 de Enero de 2002, declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1°). El art. 16 de la ley suspendió “los despidos sin causa justificada” por el plazo de 180 días. En caso de producirse despidos en contravención a lo dispuesto, los empleadores debían abonar a los

trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiere, de conformidad a la legislación laboral vigente. Luego de varias prórrogas de su vigencia, el Dec. 1433/05 dispuso que el recargo a pagar por los empleadores sería del 50%, llegándose así al 10 de Septiembre de 2007 en que mediante el Dec. 1224/07 se declaró cumplida la condición para que el recargo no tenga ya vigencia; con lo cual a partir del mes de Septiembre del año 2007 dejó de tener aplicación el agravamiento en cuestión.

En este caso, el despido se produjo en el mes de Febrero de 2007 y en esa fecha estaba vigente la normativa que imponía el recargo del 50% sobre la indemnización por despido.

Ahora bien, el Decreto 2639/02 dispuso que lo establecido en la última parte del art. 16 de la Ley 25.561 no será aplicable a los empleadores, respecto de los nuevos trabajadores que sean incorporados en relación de dependencia en los términos de la LCT, a partir del 1° de Enero de 2003, siempre y cuando la incorporación de ellos represente un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de Diciembre de 2002. Esta tesitura fue ratificada por el art. 4° de la Ley 25.972

Teniendo en cuenta la fecha de ingreso del actor (17/03/2003), para eximirse la demandada de afrontar el pago del recargo que le impuso la sentencia de la inferior, debió acreditar que la incorporación del actor representó un aumento en la plantilla total de trabajadores que poseía al 31 de Diciembre de 2002. Si conforme surge de autos y lo reconoce la recurrente, a Diciembre de 2002 la demandada no tenía empleados, mal puede hacerse jugar la excepción a favor de la demandada dado que la norma exige acreditar que la incorporación de nuevos trabajadores en relación de dependencia *"…represente un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de Diciembre de 2002"* (conf. art. 1 Dec. 2639/02).

Es a todas luces evidente que si la demandada no tenía ningún trabajador en relación de dependencia al 31 de Diciembre de 2002 -por la razón que fuere y que aquí no interesa destacar- mal puede cumplir con la exigencia legal de acreditar que la incorporación del actor representó un *"aumento"* en la plantilla total de trabajadores que *"poseía"* a esa fecha. No cabe hace jugar la existencia de un *"aumento"* en la plantilla total de trabajadores dado que esa plantilla no existía en Diciembre de 2002, es decir, la demandada no *"poseía"* ningún trabajador a esa fecha, que es lo que la ley exige como recaudo para evaluar si hubo o no *"aumento"*. Mal puede considerarse *"aumento"* una incorporación producida en Marzo de 2003 cuando no *"poseía"* ningún dependiente al 31 de Diciembre de 2002, ¿sobre qué cantidad habría que hacer el cálculo para determinar la existencia de un *"aumento"*?.

En virtud de lo expuesto y no resultando de autos que la empleadora haya acreditado encontrarse comprendida en la excepción prevista por el art. 1 del Decreto 2639/02, corresponde rechazar el agravio planteado por la demandada y confirmar el recargo impuesto por la sentencia de primera instancia. Así lo voto.

4.4) <u>La imposición de las costas de la primera instancia</u>.

Se agravia la demandada porque la sentencia de la inferior impuso las costas en un 80% a su cargo y un 20% a cargo de la actora. Esgrime que si bien los criterios aritméticos no son aplicables para distribuir las costas, el importe de las sanciones que no se admitieron y que reclamara el actor supera ampliamente el importe de condena por el distracto.

Es evidente que por un lado la agraviada admite que no se pueden distribuir las costas con un criterio "aritmético", pero por otro lado peticiona que se revoque la imposición de primera instancia porque el

importe de las sanciones que no se admitieron supera ampliamente el importe de la condena por el despido. Mayor contradicción imposible.

Considero que la crítica no alcanza el nivel de suficiencia que requiere la norma del art. 268 del ritual.

Es que los agravios no pueden limitarse -como aquí ocurre- a señalar una mera discrepancia de criterios o a manifestar simplemente una disconformidad con lo decidido por la *a quo*, sino que deben alcanzar suficiencia técnica. La meta de la actividad recursiva consiste en demostrar el desacierto de la sentencia que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea, de modo de producir convicción en el tribunal de alzada sobre la sinceridad y autenticidad de los agravios vertidos (conf. CNCiv., Sala D, 19/04/77, LL 1977-C, p.334).

Es de una claridad meridiana que el recurso en tratamiento carece de fundamentación suficiente, la presentación no se basta a sí misma y deben por ello considerarse consentidas todas las conclusiones de la sentencia (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1962, v. I, págs. 461 y 692; 1969, p. 306).

Por lo tanto, propondré al Acuerdo que se declare desierto el recurso de apelación incoado por la parte demandada contra este punto del decisorio en crisis, toda vez que la queja desarrollada no constituye una refutación certera, pormenorizada y razonada de la totalidad de los argumentos traídos por la a quo en los términos que exige el art. 60 de la ley del fuero y el art. 268 del CPCC, sino que la recurrente -como ya he referido supra- se limita a manifestar su disconformidad con la solución propuesta sin aportar elementos de convicción que permitan modificar el fallo de primera instancia (conf. CNTrab., Sala VI, 27/08/2010, LL Online: AR/JUR/50935/2010).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo declarar desierto el recurso concedido a la parte demandada en la cuestión que ha sido materia de

agravio en este punto (conf. art. 60 Ley XIV N° 1 y arts. 268, 269 CPCC). Así lo voto.

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

Atento resultar vencida la parte demandada en el recurso que le fuera concedido, corresponde imponerle las costas de la Alzada (art. 69 CPCC) y regular los honorarios de su letrado apoderado, Dr. J. G., en el 25% del importe que le corresponde por su actuación en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria (arts. 5,13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.)

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

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

1.

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

2.1

Se agravia en primer término la demandada B. B. S.A. pues considera que la sentencia anterior no tuvo por probada la inasistencia sin justificación del actor, no obstante su concurrencia a Punta Loma, del día 25 de enero de 2007. Considera, por el contrario, que tal extremo quedó demostrado en autos.

Sin perjuicio de ello, sostiene que el actor reiteró su inasistencia el día 31 de enero de 2007, oportunidad en la que condujo turistas de una nave crucero.

De lo expuesto, colige que el decisorio debió creer que la primera inasistencia en disputa, esto es, la del 25 de enero de 2007, fue injustificada, a tenor de lo dispuesto en el art. 165, inc. 5°, del CPCC.

Sostiene además que, en tren de valorar la conducta del actor, el pronunciamiento no valoró la trascendencia de su descargo de fecha 01.02.2007, cuya firma reconoció a fs. 146, y que denotó desinterés por el trabajo en relación de dependencia con la demandada, ya que pese a la índole de las tareas que realizaba, en forma reiterada y continuada, se abstuvo de ir a trabajar, intencionalmente.

Reconoce que ante la inconducta del día 25, se le aplicó una sanción de suspensión al constatarse que había vuelto a reincidir el 31 de enero, contestando a esa medida con displicencia y desinterés por el trabajo que realizaba.

Coincido con el voto anterior en cuanto a que debe determinarse si la inconducta que se atribuye al actor, en cuanto a su ausencia del 25 de enero de 2007 y que fuera objeto de sanción (ver fs. 94), fue probada en autos. Ello así, pues el actor fue despedido el 6.02.2007, tras una reiteración de la aludida inconducta.

Pese a los dichos del apelante en cuanto a que quedó demostrado incontrastablemente que ese día 25 de enero de 2007 el actor se ausentó de su lugar de trabajo, por haber realizado otra actividad ajena a la de la empleadora, justo es señalar que lo que no quedó demostrado es el hecho que las tareas propias de la empleadora y las ajenas para otra empresa se hubieran superpuesto.

Reconoció el actor, efectivamente, haber realizado esas tareas, ajenas a la actividad de B. B. S.A., pero en horas de la mañana, cuando en verdad prestaba servicios para ésta en horario vespertino, y teniendo en cuenta que en horas del mediodía sufrió una dolencia odontológica.

Es decir, la accionada no acreditó que se hubiera dado tal “superposición” horaria entre uno y otro trabajo en horarios de la tarde. De allí, que no tengo razones para entender que el certificado de fs. 9 no responda a la realidad, sin perjuicio de aclarar que era un derecho del empleador someter al trabajador al control médico pertinente y constatar de ese modo la certeza de la afección, derecho que dicho sea de paso, no ejerció (arg. art. 210, LCT).

Esa circunstancia, que deviene en acto propio del empleador, no puede luego ser utilizada a su favor por el apelante, en orden al principio de buena fe que rige en las relaciones de esta naturaleza (arg. art. 63, LCT).

Por tal razón, a los fines de la valoración del despido dispuesto por la demandada, no habré de estimar la sanción aplicada por su ausencia pretendidamente injustificada del 25.01.2007, y que se le impusiera con notificación en fecha 01.02.2007 (ver fs. 94).

De ello, se sigue (tal como lo expresa el voto anterior) que arribamos al 06.02.2007 sin sanción justificada que amerite otra, atento la reiteración de conductas. Lógico resulta deducir que sólo puede atribuirse a una conducta reiteración de otra, cuando efectivamente responde a una antecedente. Pero, no habiéndola, tal reiteración no existe y se convierte en la primera.

Así las cosas, corresponde valorar el despido a la luz de la inconducta acreditada en autos, y que consistió en la ausencia del 31.01.07. Esa ausencia, injustificada por cierto, mereció el despido que se comunicara el 06.02.2007, y que da cuenta el despacho telegráfico de fs. 96.

Es evidente que el empleador incumplió con el deber que le asigna el art. 67, LCT, en cuanto a que las sanciones deben ser proporcionadas a la falta cometida.

Ello, atendiendo especialmente a la ausencia de antecedentes disciplinarios del trabajador en cuatro años de relación laboral, dejando constancia que el antecedente del que da cuenta el instrumento de fs. 94 no puede hacerse valer en virtud de la injustificación de la sanción.

No puedo considerar, en cambio, la índole de la actividad que el actor desempeñaba (servicio público), pues la demandada hace referencia genérica a las consecuencias de la ausencia del personal afectado a tareas de conducción, pero no se advierte de las constancias de autos la existencia de un perjuicio concreto habido a partir de la ausencia de D. en las ocasiones en que no concurrió a trabajar.

Tampoco puedo soslayar que la empresa demandada sabía de las tareas ajenas a su actividad que el actor desempeñaba, respecto de las cuales no obra prueba en autos que hubieran merecido sanción u observación alguna de parte de la empleadora.

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 (cfr. mi voto en “C.”, Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, SDL 43/12).

Estimo que la demandada no ha guardado la debida proporcionalidad entre el hecho de la ausencia del 31.01.07 y la sanción.

De allí 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.

Considero que la decisión de rescindir el vínculo de trabajo por una falta de esa naturaleza, atendiendo los antecedentes del trabajador, 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. “mi voto en “Correia”, fallo cit; 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.

2.2.

En igual sentido que el Dr. Fiordelisi, considero que el análisis de segundo agravio del apelante, respecto a la necesidad de encontrarse firme la sanción antecedente, deviene abstracto en atención a lo que se expone en el apartado anterior.

2.3.

Se agravia el demandado pues el pronunciamiento condenó a su parte al pago de un incremento del 50% sobre la indemnización del art. 245, LCT, en virtud del Decreto 1433/05. Dicha normativa dispone que el personal ingresado después del 31 de diciembre de 2002 estaba exento del recargo si el empleador hubiera incrementado la plantilla de trabajadores. La Jueza sostuvo, sin argumentos, que B. H. SRL, empleador original del actor a marzo de 2003, era el mismo empleador que B. B. S.A., siendo ello una apreciación errónea que conllevó a la condena indebida.

Refiere el apelante que el actor no demandó a ambas empresas, sino a la última de las nombradas y que la transferencia se realizó mediante compra de la concesión, tratándose de dos entidades diferentes.

Estima en consecuencia, que es de aplicación el art. 228, LCT y en consecuencia, si era B. B. SA la empleadora del actor a enero de 2004, debió tomarse en cuenta cuál era su propia plantilla de personal entre 31.12.02 y enero de 2004, verificándose que de no contar con empleados a diciembre de 2002, pasó a tener 86 en enero de 2007.

En posición que comparto con el voto anterior, cierto es que la demandada, pese al reclamo del actor, ninguna referencia hizo en oportunidad de su conteste, al aumento en la plantilla total de trabajadores entre un período y otro.

No obstante ello, y a tenor de las pruebas colectadas a fs. 196 y 298, es dable señalar que el Decreto 2639/02 menciona el "aumento" y no la "incorporación" de personal, que parece que es lo acontecido en el caso de autos.

No puedo dejar de señalar que resulta curioso que una empresa de la índole de la demandada pueda realizar su actividad y cumplir sus fines sin personal, pues que yo sepa los colectivos no se conducen solos, pero lo cierto es que es el mismo apelante reconoce que a diciembre de 2002 no contaba con empleados.

De allí se deriva que, si pretende hacer valer un “aumento”, ello está indicando que, en un estado anterior, existió un personal menor, situación que no se da en autos, desde que reconoce la inexistencia de empleados a aquélla fecha.

Por tal razón, no encontrándose configurado el supuesto del art. 1, Decreto 2639/02, corresponde desestimar la queja traída.

2.4.

Se agravia finalmente la recurrente por el modo en que se distribuyeron las costas en la Instancia anterior, teniendo en cuenta que se las impuso en el 80% a su cargo. Estima que, si bien no han de establecerse con criterios aritméticos, la existencia de vencimientos parciales y mutuos hubieran merecido su distribución en partes iguales.

Considero, al igual que el voto que precede, que el apelante introduce una mera discrepancia con el decisorio en este aspecto, ya que estima, que al menos debieron distribuirse las costas en el 50%, sin dar cuenta de ello. No da cuenta de cuál sería la razón por la que habría de imponerlas en el 50% a cada parte y no en el 60 %, o en el 70%, criterios todos ellos que apuntan más a considerar una valoración subjetiva del recurrente que a concretos parámetros objetivos con fundamentos fácticos y jurídicos.

Por tal razón, coincido con el Dr. Fiordelisi que esta parte de la queja correrá la suerte del art. 268, del CPCC.

3.

En atención a lo expuesto, las costas de Alzada deben serle impuestas a la demandada apelante (art. 69, CPCC). Asimismo, resulta admisible la regulación de honorarios a favor del letrado de la demandada recurrente en el 25% de lo que le corresponda por su labor en la Instancia anterior, atento el mérito y calidad de sus tareas, teniendo en cuenta el resultado obtenido en el pleito. Todo ello, con más IVA, si correspondiere (arts. 5 y 13, ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA.**

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

De compartir los Sres. Jueces integrantes de este Cuerpo los fundamentos expuestos en mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 319/324 y su aclaratoria de fs. 329, en todo lo que ha sido materia de agravios.
2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC).
3) REGULAR los honorarios del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. J. G., en el 25% del importe que le corresponde por su actuación en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria (arts. 5, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.)
4) 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.
Así lo voto

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

Puerto Madryn, de mayo de 2013.

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 dictada a fs. 319/324 y su aclaratoria de fs. 329, en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC).

3) REGULAR los honorarios del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. J. G., en el 25% del importe que le corresponde por su actuación en la primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria (arts. 5, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.)

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL. CONSTE.