En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"L. R. A. y otro c/ C. P. S.A s/ cobro de pesos e indem. De ley (Expte. 231 – año 2013)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. Nº 165/2011), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia dictada a fs. 422/428 vta.? **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 460.

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

1 – Antecedentes

Se han recibido las presentes actuaciones por ante esta Alzada en virtud de los recursos de apelación que han interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia la parte demandada (fs. 430) y la parte actora (fs. 431), los que fueron concedidos a fs. 432. Ha fundado la actora el recurso que le ha sido concedido (fs. 434/439 vta.), haciéndolo la demandada a fs. 441/444. El traslado conferido de cada una de las fundamentaciones ha sido contestado a fs. 447/450 por la demandada y a fs. 453/455 vta. por la actora.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida rechazó la demanda deducida por O. J. S. contra C. P. S.A., con costas a cargo del actor y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes. A su vez, hizo lugar a la demanda interpuesta por R. A. L. contra la misma demandada, condenándola a abonar al

reclamante, previo descuentos legales, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 47.981,03.- (Cuarenta y siete mil novecientos ochenta y un pesos con 03/100), con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que cada suma fue debida al efectivo pago. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Analizó en primer término la Sra. Jueza de refuerzo si la parte demandada logró acreditar durante el proceso la injuria invocada y que justificara el despido de los actores que oportunamente dispusiera.

Remarcó que los actores fueron despedidos por las mismas causales: a) haberse procurado por medios no idóneos conexiones a Internet y b) haber accedido también sin permiso ni autorización al uso de Internet en horario de trabajo, habiendo violentado para ello la caja de distribución de software y red y desoído expresas prohibiciones de la empresa en cuanto al uso en ese sector.

Para arribar a su decisión final tuvo en cuenta la sentenciante el informe de la empresa E. I. y los testimonios producidos en autos. Destacó que del informe de fs. 181/191 surge que los accesos a Internet desde la computadora de portería sucedieron entre las 0,06 y la 1,05 hs. del día 20/04/2011 y más tarde ese mismo día a las 23,02 y 23,13 hs., o sea, en el horario de trabajo de S. y durante el cual nadie más que él estuvo trabajando en la portería de la empresa. Y seguidamente expresó: *"…Ello me lleva a colegir que dicho actor violentó la caja en la que se encontraba el swicht y se procuró acceso a internet la noche del 19 al 20/04/11, desconectándose luego, y volviendo a colocar correctamente la conexión a compras y mantenimiento; volviendo a realizar su accionar la noche del 20 al 21/04/11, en la cual omitió la reconexión correcta de los cables, lo que determinó que fuera detectada la maniobra antedicha…"* (fs. 427).

En base a lo expuesto la sentencia consideró probados los hechos que motivaron el despido de S. y con entidad -por causar daño a cosas materiales y por lo subrepticio de la maniobra- para provocar la pérdida de confianza y justificar el despido, aun cuando el dependiente no tuviese sanciones previas.

Con respecto al co-actor L., la sentencia concluyó que la demandada no logró probar que el mismo haya participado en la violación de la caja estanca ni que haya hecho uso del sistema de Internet aprovechando la conexión clandestina realizada, dado que no se acompañó ningún reporte que demostrara el acceso a Internet durante el horario de labor de L. y las fotos acompañadas (obtenidas de la computadora de la portería) que pertenecen al mismo pudieron haber sido bajadas a la PC por algún medio portátil de traslado de información, sin que se encuentre acreditado que se les hubiera prohibido a los porteros tener dentro de la PC de portería archivos o fotos personales, sin perjuicio de que no fue ello invocado como causal del despido.

Habiendo considerado incausado el despido de L., la sentencia condenó a la empleadora al pago de las indemnizaciones correspondientes y la multa prevista en el Art. 2 de la Ley 25.323.

En lo que hace a la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor, tomó la determinada por el perito contador actuante en autos, pero no siguió al experto en la fijación del importe de la indemnización sustitutiva del "preaviso" y consideró correcta la liquidación practicada por la parte actora en la demanda.

3 – <u>Los agravios del actor O. J. S.</u>

3.1) Agravia al actor Sosa el rechazo de la demanda por él incoada. Transcribe una parte de los fundamentos de la a quo, esencialmente cuando la sentencia dice: "*…Ello me lleva a colegir que dicho actor violentó la caja en la*

que se encontraba el swicht y se procuró acceso a internet la noche del 19 al 20/04/01, desconectándose luego, y volviendo a colocar correctamente la conexión a compras y mantenimiento; volviendo a realizar su accionar la noche del 20 al 21/04/11, en la cual omitió la reconexión correcta de los cables, lo que determinó que fuera detectada la maniobra antedicha…". Le causa gravamen esta parte de la sentencia dado que, según S., la a quo no funda y ni siquiera indica en qué pruebas de autos basa las acciones cuya comisión le endilga.

Esgrime que es tan evidente la falta de pruebas que por ello la sentencia dice: *"…Ello me lleva a colegir que…"*. Y agrega que colegir significa "inferir", "deducir una cosa de otra", por lo que la a quo deduce que como Sosa trabajó en el turno noche, él fue quien rompió o violentó la caja de distribución del servicio de Internet y se procuró el mismo mediante la violencia.

Imputa de arbitrario el razonamiento de la sentenciante pues carece de toda evidencia probatoria que lo respalde. Afirma que ninguno de los testigos ha dicho quién fue el que violentó la caja de distribución del servicio de Internet y ninguno declaró que S. haya realizado las acciones que le imputa la sentencia.

Sostiene que no habiendo acreditado la accionada la causa del despido, corresponde hacer lugar a la demanda, revocando la decisión de la Inferior.

3.2) En su segundo agravio, plantea el recurrente que la demandada cambió la causal que invocó en la carta documento mediante la cual le comunicara el despido.

Sostiene que en la notificación del despido se lo acusó de utilizar Internet proporcionándose el servicio con medios no idóneos, careciendo de autorización patronal y violando la caja de distribución de software y de red, mientras que al contestar la demanda en autos ha dicho que el despido fue consecuencia de la *"pérdida de confianza"*. Inclusive la sentencia arriba a

una conclusión falsa, según la queja, porque admite que la inconducta de S. (no acreditada) provocó la pérdida de confianza por parte de la empresa.

Sostiene que la demandada violó la prohibición del art. 243 LCT al modificar la causal del despido dado que en el intercambio telegráfico la empleadora no invocó haber perdido la confianza en su empleado.

4 – Los agravios de la parte demandada

4.1) Se agravia la demandada la valoración de la prueba que ha efectuado la sentencia en crisis, la cual ha concluyó que el L. no participó en la violación de la caja estanca ni uso el sistema de Internet aprovechándose de la conexión clandestina realizada.

Sostiene la quejosa que el hecho de haber ingresado a Internet supone necesariamente una manipulación de la caja estanca y que la violación de la misma no solo se consigue "serruchando" sus bisagras sino también abriendo la misma y conectando los cables clandestinos. Reitera seguidamente que la conexión de cables clandestinos en la caja estanca de internet a los fines de conectarlos con la computadora de portería es también una violación a dicho sistema.

Afirma que está probado que L. trabajó la mañana del 20 de Abril de 2011 y fue el único que prestó tareas en la portería en ese horario; que en dicho horario se accedió a Internet; que la persona que accedió a Internet tuvo que haber abierto (ergo, violada) la caja estanca; que en dicha acción debió necesariamente conectar cables desde el swicht hasta la computadora; que se accedió a una web de correo personal Yahoo y a la web Megaupload y que se encontraron varias fotografías pertenecientes al Sr. L. en la computadora de portería al inspeccionarse el sistema. Insiste en que L. utilizó Internet la mañana del 20 de Abril, por lo que debió conectarse a través de la "caja estanca", *ergo,* violó la misma.

Invoca luego que debe tenerse presente que L. era un trabajador deficiente a quien se debió transferir del sector mantenimiento por su poca construcción al trabajo.

Reitera que existe certeza respecto del uso ilegal de L. a Internet y una fuerte presunción respecto que dicho uso fue al efecto de bajar fotografías. En cuanto a esto último esgrime que de los testimonios de autos se acredita que la existencia de fotografías en la computadora era contraria a la autorización de la dirección; que la existencia de las mismas en la computadora de la portería son un claro indicio del uso indebido que el actor realizaba sobre la computadora en cuestión, lo cual no deja lugar a dudas de la pérdida de confianza generada en su parte y que provocara la injuria impeditiva del vínculo.

4.2) Se dice en la queja que una interpretación integral de la totalidad de las pruebas reunidas en autos arrojan con total precisión que el fallo recaído realiza una interpretación parcial y contradictoria de la prueba, dejando de lado pruebas concretas sobre la conducta maliciosa de L. que justificaron su despido.

5 – <u>Tratamiento de los agravios de J. O. S.</u>

5.1) <u>La acreditación de las causales del despido</u>.

Atento el tenor del primer agravio que plantea el quejoso, se debe determinar en esta instancia si la empleadora acreditó debidamente la causal del despido invocada al resolver el contrato con su dependiente. La sentencia recurrida ha dicho que sí, mientras que el recurrente esgrime la posición contraria en la fundamentación del recurso que le ha sido concedido.

Estamos aquí ante un dependiente que tenía cinco 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 hasta que fuera despedido.

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 injuria, con los alcances del artículo 242 (LCT) está referida a una conducta humana reprochable que puede ser una acción ilícita, una falta u omisión grave, o la combinación de ambas, como es el caso de la acción por omisión. No hay injuria por un hecho no ocurrido todavía, o por un riesgo de que ocurra, y en rigor, sólo es sancionable un acto concreto y cierto. El acto puede ser sensible en sí mismo o puede ser la fuente que deriva en una pérdida. Una falta que hiere la confianza, que además de ser básica en cualquier trabajo, en algunas tareas es central.

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

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

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

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

Ya se ha dicho que quien no presencia los hechos debe realizar un proceso inevitable de evaluación de los mismos a fin de establecer las consecuencias alternativas posibles. Al respecto, será fundamental también evaluar las circunstancias, las razones y el devenir de los acontecimientos y el grado de participación en ellos del sujeto a fin de apreciar si es intrínsecamente satisfactorio para producir el despido. Es más, no sólo se deben evaluar los hechos sino fundamentalmente, la prueba de los mismos, a fin de respaldar las causales invocadas en el momento de producirse un eventual litigio judicial (conf. DE DIEGO, J.A., *"Tratado del despido y otras formas de extinción"*, Ed. La Ley, T. II, pág. 10 y sigs.).

La causa de la cesantía debe ser aducida en el momento en que se notifique la ruptura del contrato de trabajo, no sólo para que el trabajador pueda formular revisión en el juicio laboral, sino también por ser una exigencia del deber de buena fe (conf. CNTrab., Sala VI, 26/02/86, TySS, 1982-472). El art. 243 de la LCT, tiene como finalidad evitar que se invoquen extemporáneamente las causas del distracto, de modo que el empleado tenga pleno conocimiento del motivo de aquéllas, y si resuelve promover demanda, disponga con tiempo de los elementos de juicio para demostrar

su inexactitud y no se vea obligado en un plazo perentorio a “salir a buscar” la prueba que hace a su derecho (conf. CNTrab., Sala III, 26/04/89, TySS, 1989-795). La mencionada norma persigue el propósito de que las partes conozcan, desde el inicio del proceso, y aun antes de la traba de la litis, el contenido cierto e invariable de la causa del despido, como una forma de salvaguardar el principio constitucional de la defensa en juicio (conf. CNTrab., Sala V, 26/12/86, TySS, 1987-331).

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde remitirme al instrumento de fs. 117 que fue el redactado por el empleador el 27/04/2011 para notificar al actor las causales de su despido ya que ello demarcará -según hemos visto- el campo dentro del cual las partes dirimirán el conflicto planteado en autos. En el mismo se expresa:

“Habiendo Ud. incurrido en violación a sus deberes laborales al haberse procurado por medios no idóneos las conexiones a internet en su puesto de trabajo y accedido también sin permiso ni autorización a su uso concreto en lugar y tiempo de trabajo, hacemos saber que consideramos su actitud como de grave injuria a los intereses de la empresa, que no autorizan su continuidad laboral. A tal fin se ha tenido en cuenta que ha violentado Ud. la caja de distribución de Software y de red; y a desoído expresas prohibiciones de la Compañía en cuanto a su uso en ese sector, considerando que su tarea específica exige un control permanente de egresos e ingresos y controles perimetrales, que sin dudas se han visto sensiblemente afectados por su actitud, como así también la afectación del sistema informático general de la Empresa por la conexión a páginas no pertinentes a su labor. Por todo lo expuesto prescindimos de sus servicios a partir del día… 28 de abril de 2011 por los motivos apuntados…”.

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

el mismo, por las causas que además establecerá con claridad en la notificación, las que no podrá alterar con posterioridad, deberá demostrar la verosimilitud de dichos hechos, con pruebas que resulten eficaces para ello.

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

Teniendo en cuenta lo expuesto y los requisitos exigidos por la LCT sobre el particular, correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente todas las afirmaciones, faltas e imputaciones que contiene el instrumento postal obrante a fs. 117 de autos.

Debe tenerse presente que la comunicación del despido tiene carácter vinculante, por lo que una vez invocada la causa de la rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior. De allí entonces que no es posible admitir que el empleador omita expresar otras causales de despido, si es que las hubo. Las causales

deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento que notifica al dependiente su despido, sin que corresponda “reservarse” el derecho de denunciar otras causales en otro momento o instancia. Por lo tanto, tengo en claro que las únicas causales del despido que deben aquí analizarse son las que se expresaron en la comunicación entregada al dependiente (fs. 117) y que la demandada debió acreditar fehacientemente en autos para que el despido pueda ser considerado con causa y sin derecho a indemnización por parte de la empleada. Ellas son:

a) que procuró por medios no idóneos conectarse a Internet en su puesto de trabajo;

b) que accedió sin permiso ni autorización al uso de Internet en lugar y tiempo de trabajo;

c) que violentó la caja de distribución de Software y de red;

d) que desoyó expresas prohibiciones de la Compañía en cuanto al uso de Internet en ese sector de trabajo;

e) que la tarea específica del actor (control permanente de egresos e ingresos y controles perimetrales) se vieron sensiblemente afectados por su actitud; y

f) que la conducta del actor afectó el sistema informático general de la Empresa por la conexión a páginas no pertinentes a su labor.

Resulta muy claro que, ante la causal invocada cuando notificó el despido y lo expuesto por la empleadora en el párrafo que acabo de transcribir, era su carga en autos demostrar los hechos que justificaran el despido del actor.

Es esencial analizar los fundamentos de la sentenciante para arribar a la conclusión de que el despido de S. fue justificado. Dice la sentencia que de las capturas de pantalla anexas al informe de fs. 181/191 surge que los accesos a Internet desde la computadora de portería acaecieron entre las 0:06 y la 1:05 del 20/04/11 y más tarde ese mismo día a las 23:02 y 23:13 hs, es decir en el horario de trabajo de S. y durante el cual nadie más que s.

estuvo trabajando en la portería. Y seguidamente la a quo ha dicho: *"...Ello me lleva a colegir que dicho actor violentó la caja en la que se encontraba el swicht y se procuró acceso a internet la noche del 19 al 20/04/11, desconectándose luego, y volviendo a colocar correctamente la conexión a compras y mantenimiento; volviendo a realizar su accionar la noche del 20 al 21/04/11, en la cual omitió la reconexión correcta de los cables, lo que determinó que fuera detectada la maniobra antedicha. III) Considero, entonces, plenamente probados los hechos que motivaron el despido de S., y los considero de suficiente entidad –sobre todo por la provocación de un daño a las cosas materiales y lo subrepticio de la maniobra- como para provocar la pérdida de confianza en la compañía; agravio de tal entidad como para provocar directamente el despido del trabajador, aun sin poseer sanciones previas…"* (fs. 427).

De los dichos de la propia sentenciante surge que ha basado su decisión en las capturas de pantalla anexas al informe de fs. 181/191 y del horario de trabajo que cumpliera S. en la oportunidad. No menciona ninguna otra prueba conducente. Debo razonar que si no la menciona es o porque la omitió o porque directamente no fue producida.

De todos modos la Sra. Magistrada ha *"colegido"* que S. concretó las siguientes conductas: a) violentó la caja en la que se encontraba el swicht; b) se procuró el acceso a Internet la noche del 19 al 20/04/11; c) se desconectó; d) volvió a colocar correctamente la conexión a compras y mantenimiento; e) volvió a realizar el mismo accionar la noche del 20 al 21/04/11; f) en la noche indicada omitió la reconexión correcta de los cables y ello fue lo que determinó que la maniobra fuera detectada.

Según el Diccionario de la R.A.E., "**colegir**" significa *"inferir"*, *"sacar consecuencia de otra cosa"*, e "inferir" es *"sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa"*; "**colegir**" también significa *"deducir"* (conf. Peq. Larousse Ilust.).

Teniendo en claro su significado, vemos que la sentencia de la inferior instancia ha "colegido" que el actor ha realizado las conductas y omisiones

imputadas como causal del despido y a renglón seguido dice que considera *"…plenamente probados los hechos que motivaron el despido de S…"*. Considero que no hay aquí una adecuada relación entre un párrafo y otro. Y digo esto porque si la Sra. Magistrada ha debido *"colegir", "inferir" o "deducir"* la autoría de inconductas por parte del actor, es porque no han existido en autos pruebas concretas que avalen las mismas. De haber existido pruebas reales y concretas, bastaba que la sentencia se remitiera a ellas y se basara en las mismas para arribar a su decisión final, sin necesidad de *"colegir"*. Nada ha dicho la sentencia sobre cuáles son las pruebas que acreditan las causales del despido de S. y ello es fundamental para arribar aquí a la solución de la problemática planteada a esta Alzada y sellar la suerte del recurso bajo análisis.

De las declaraciones testimoniales obrantes en autos, ninguna ha tenido relevancia a los fines de acreditar las inconductas atribuidas a S. como causal de su despido. En efecto, el testigo B. (fs. 363/365) dijo no saber quién desconectó los cables (respuesta a 20ª. repregunta); D. (fs. 375/376) no dijo nada sobre el tema; Adema (fs. 377/378) no declaró nada relevante; C. (fs. 379/y vta.) dijo claramente no saber quién forzó la caja (2ª. repregunta); L. (380/381) hizo referencia a su informe pero nada declaró sobre las inconductas imputadas al actor y B. (fs. 382/383) tampoco aportó nada al respecto.

De lo expuesto, surge que solo tenemos que se detectó que hubo accesos a Internet en el horario de trabajo de S., pero no hay nada más que eso.

De acuerdo con la notificación de las causales del despido, debió acreditarse de manera clara, precisa y terminante que Sosa procuró por medios no idóneos conectarse a Internet en su puesto de trabajo; que violentó la caja de distribución de Software y red; que desoyó expresas prohibiciones de la Compañía en cuanto al uso de Internet en su lugar de trabajo; que su tarea específica de labor se vio sensiblemente afectada por

su actitud y que su conducta afectó el sistema informático general de la Empresa. Ninguno de estos puntos han sido acreditados a lo largo de este proceso. Y tanto es así que la misma Magistrada a quo ha debido *"colegir"* que el actor realizó las inconductas que se le imputaron. Y ello no alcanza para considerar probadas las causales del despido porque las mismas -atento su importancia como causal de disolución del vínculo laboral- no pueden ser "deducidas" o "inferidas" de otros actos, deben ser sólidamente acreditadas.

Tampoco he de acompañar la decisión de la a quo cuando afirma que están *"…plenamente probados los hechos que motivaron el despido de S…"* y ello así no solo porque no he encontrado cuáles son las pruebas que lo acreditan sino porque tampoco la sentenciante lo ha dicho, debiéndolo hacer como fundamentación de su decisión (art. 165, inc. 5°, CPCC).

De lo hasta aquí analizado surge que de todas las imputaciones realizadas por la empleadora al dependiente solo se acreditó que accedió el servicio de Internet en su horario de labor. Con relación a este punto, no ha quedado muy claro durante el proceso el carácter y la notificación al personal sobre la prohibición de utilizar dicho servicio. De todos modos, aun considerando ello una falta del dependiente, no advierto que la misma haya sido de tal magnitud como para justificar el despido directo para un dependiente de casi cinco años de antigüedad.

Al efectuar esta revisión tengo en cuenta, en primer término, la circunstancia ya apuntada sobre la inexistencia de antecedentes negativos por parte del empleado durante cinco 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).

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 al contestar la demanda fue apresurada, por cuanto la

demandada debió ponderar, a la hora de resolver la situación del trabajador, que ni siquiera se le requirieron explicaciones sobre su comportamiento a efectos de clarificar lo ocurrido, siendo que se trataba de un dependiente con el que había mantenido una relación durante cinco 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.

Por lo tanto, 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. Y de allí que corresponda 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 único incumplimiento en el que incurriera el actor conforme lo acreditado en autos (conectarse a Internet durante el horario laboral), si bien podría haber justificado el ejercicio del poder disciplinario de la empleadora demandada, careció de magnitud para validar la decisión rescisoria.

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

Es por ello que he de proponer al Acuerdo admitir el agravio en tratamiento y revocar el decisorio recurrido en cuanto ha considerado que el despido fue causado. Es mi voto.

5.2) <u>Cambio de la causal del despido</u>.

El segundo agravio del recurrente apunta a que la patronal realizó un cambio en la causal del despido al contestar la demanda, violando con ello la norma del art. 243 LCT.

Atento lo propuesto precedentemente al tratar el primer agravio, el tratamiento de este punto ha devenido abstracto.

6 – El reclamo indemnizatorio de O. J. S.

Habiendo propuesto considerar incausado al despido del Sr. O. J. S., corresponde declarar su derecho a ser indemnizado de conformidad a lo que establece para estos casos la L.C.T., conforme liquidación que en la etapa de ejecución de sentencia deberá practicar en autos el Sr. Perito Contador oportunamente designado, a lo que deberá incorporarse la Multa dispuesta por el Art. 2 de la Ley 25.323 que ha sido peticionada por el reclamante, dado que no hay razón que imponga su rechazo.

Al total liquidado deberán incorporarse los correspondientes intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, computados desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago. El importe total deberá ser pagado por la demandada, previo descuentos de ley y mediante depósito judicial en autos, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación a practicarse. Es mi voto.

7 – Conclusión

Los fundamentos expuestos me conducen a concluir que corresponde admitir los agravios expresados por el recurrente, revocar el decisorio de primera instancia en cuanto ha considerado que su despido resultó causado y declarar su derecho a ser indemnizado por despido injustificado con más la multa que prevé el art. 2 de la Ley 25.323, conforme reclamara al demandar.

8 – Tratamiento de los agravios de la parte demandada

8.1) Acreditación de la causal del despido de A. L. R.

Agravia a la empleadora que la sentencia haya admitido la demanda del Sr. L. R. por despido incausado por concluir que el mismo no participó de la violación de la caja estanca ni usó el sistema de Internet aprovechándose de la conexión clandestina realizada.

Conforme he referido al tratar anteriormente el despido del Sr. S., correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente todas las afirmaciones, faltas e imputaciones que contiene el instrumento postal obrante a fs. 29 de autos, mediante el cual se le notificara al dependiente las causales de su despido.

Debe tenerse presente que la comunicación del despido tiene carácter vinculante, por lo que una vez invocada la causa de la rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior. De allí entonces que no es posible admitir que el empleador omita expresar otras causales de despido, si es que las hubo. Las causales deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento que notifica al dependiente su despido, sin que corresponda "reservarse" el derecho de denunciar otras causales en otro momento o instancia. Por lo tanto y conforme lo he dicho en el caso anteriormente considerado, tengo en claro que las únicas causales del despido que deben aquí analizarse son las que se expresaron en la comunicación enviada al dependiente (fs. 29) y que la demandada debió acreditar fehacientemente en autos para que el despido pueda ser considerado con causa y sin derecho a indemnización por parte de la empleada. Ellas son:

a) que procuró por medios no idóneos conectarse a Internet en su puesto de trabajo;

b) que accedió sin permiso ni autorización al uso de Internet en lugar y tiempo de trabajo;

c) que violentó la caja de distribución de Software y de red;

d) que desoyó expresas prohibiciones de la Compañía en cuanto al uso de Internet en ese sector de trabajo;

e) que la tarea específica del actor (control permanente de egresos e ingresos y controles perimetrales) se vieron sensiblemente afectados por su actitud; y

f) que la conducta del actor afectó el sistema informático general de la Empresa por la conexión a páginas no pertinentes a su labor.

Resulta muy claro que, ante la causal invocada cuando notificó el despido y lo expuesto por la empleadora en el párrafo que acabo de transcribir, era su carga en autos demostrar los hechos que justificaran el despido del actor.

Todo el análisis que he realizado en el punto "5" del presente voto al tratar el despido del Sr. S. es perfectamente aplicable al caso del Sr. L. R. y la orfandad probatoria exhibida en autos de parte de la empleadora es común a ambos dependientes aquí reclamantes, por lo tanto, tienen validez mis fundamentos ya expuestos precedentemente a los que corresponde remitirme en orden a la brevedad.

Simplemente he de agregar aquí que todo el juego de palabras que hace la quejosa sobre "violación" y "manipulación" de la caja estanca y que el hecho de hacer uso de Internet implicó una "violación" a dicho sistema, no dejan de ser apreciaciones teóricas carentes de solidez para la cuestión que aquí se debate. Lo esencial aquí es que la empleadora acusó al dependiente diciendo que *"…ha violentado …la caja de distribución de Software y red…"* y **"violentar"** significa *"aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia"* (conf. Dicc. R.A.E.). Nada de ello ha resultado aquí acreditado, tal como ocurriera también en el caso del dependiente S. Es por ello que todo el juego de palabras que se hace en el agravio sobre el particular deviene irrelevante.

Ante la insistencia del agravio haciendo referencia a que el día 20 de Abril de 2011 el Sr. L. trabajó por la mañana y que en dicho horario se accedió a Internet, debo decir que -aun cuando ello haya sido así- no implica que se acreditaron las causales del despido imputadas al dependiente en cuestión.

Tampoco puede aceptarse que el hecho de que L. se hubiese conectado a Internet -si es que ello efectivamente ocurrió- implicó que "violó" la caja estanca y que así quedó demostrada una de las causales del despido. No

tiene nada que ver una cosa con la otra y ya hemos visto lo que significa "violentar".

Con respecto a la existencia de fotografías del actor en la computadora del lugar de labor, tampoco es relevante dado que no fue ello invocado por la empleadora como causal del despido.

En atención a lo expuesto y lo que resulta del tratamiento realizado en el punto "5" del presente, he de proponer al Acuerdo rechazar los agravios analizados.

8.2) <u>La valoración de las pruebas en primera instancia</u>.

Afirma la quejosa que una interpretación integral de las pruebas reunidas en autos arrojan con precisión que el fallo en crisis realizó una interpretación parcial y contradictoria de la prueba, dejando de lado pruebas concretas sobre la conducta maliciosa de L. que justificaron su despido.

En primer lugar, debió la recurrente acreditar e indicar con solidez dónde se realizó una interpretación parcial y contradictoria de las pruebas y cuáles han sido las pruebas concretas sobre la conducta maliciosa de L. No lo ha hecho.

En segundo término, he dicho ya ante planteos similares, que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (doct. art. 390 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330 del 13/10/76; Ac. 33589 del 02/11/84; Ac. 33693 del 25/09/84; Ac. 41085 del 07/07/89; Ac. 82248 S 23/04/03, entre otros).

Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir una sobre otras sin siquiera hacer mención de estas últimas, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa (conf. CALZamora, Sala I, C. N° 58.267, reg. sent. def. 545/03).

Respecto a la crítica que esgrime la apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a dudas una declinación del principio del art. 390 y concs. del CPCC.

Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 390 del ritual.

De la valoración que ha hecho la Magistrada del inferior sobre las pruebas producidas en autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la recurrente en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme sus pretensiones.

O sea, la quejosa no demuestra en forma clara, terminante y precisa de qué forma debió valorarse la prueba producida en el proceso, a qué pruebas se

refiere concretamente y cómo ello hubiese influido directamente en el dictado de una decisión distinta a la que se ha dictado. Ante esta falencia de la fundamentación recursiva, el agravio carece de solidez, correspondiendo su rechazo.

9 – Conclusión

Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (arts. 268, 269 y 274 CPCC) y los expuestos no logran hacer mella en el decisorio apelado, propongo su confirmación en todo lo que ha sido materia del recurso interpuesto.

10 – Adecuación de las costas y honorarios

Atento la revocación parcial de la sentencia en crisis propuesta precedentemente, corresponde dar cumplimiento a lo normado por el art. 282 del ritual.

En consecuencia, corresponde imponer la totalidad de las costas de la primera instancia a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes y por su labor en primera instancia, corresponde sean regulados de la siguiente manera: los de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la parte actora y en conjunto, en el 20% del monto del proceso que resulte en la etapa de ejecución de sentencia; los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la parte demandada, en conjunto, en el 15% del monto del proceso antes indicado y los del Perito Contador R. A. C. en el 5% del monto del proceso. En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

11 – <u>Las costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben ser impuestas de la siguiente manera: **a) <u>por el recurso interpuesto por la parte actora</u>:** se imponen a la parte demandada que ha resultado vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la actora, en conjunto, en el 30% de los honorarios que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., letrados de la parte demandada, en el 25%, en conjunto, de los honorarios que les correspondan por su intervención en la instancia anterior; en todos los casos, sin perjuicio de la norma del art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b) <u>por el recurso interpuesto por la parte demandada</u>:** se imponen a la parte recurrente que ha resultado vencida en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la actora, en conjunto, en el 30% de los honorarios que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., letrados de la parte demandada, en el 25%, en conjunto, de los honorarios que les correspondan por su intervención en la instancia anterior; en todos los casos, sin perjuicio de la norma del art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

<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 Sr. Magistrado de primera voz.

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

Y en orden al análisis de esta primera cuestión, adelanto que mi voto será en sentido coincidente con el del Sr. Juez preopinante Dr. Fiordelisi. Daré razones de ello.

2.

2.1.

Se agravia el co-actor S., en razón que el decisorio rechazó la demanda por él incoada.

Manifiesta en tal sentido que la empleadora no acreditó debidamente la causal de despido invocada al momento de resolver el contrato con su dependiente, sosteniendo que la demostración de la existencia de la injuria configura el aspecto medular sobre el cual debe versar la viabilidad de los fundamentos de la apelación.

Resulta de especial relevancia que la causal en la que se sustenta el distracto laboral sea manifestada explícitamente en el momento en que se notifica la ruptura del vínculo al trabajador, pues así éste puede articular las defensas que le sean propias.

Esta consideración es especialmente contemplada por el art. 243 LCT, el que prescribe acerca de la necesidad de que la rescisión del vínculo sea anoticiada mediante la explicación clara y suficiente de los motivos en los cuales se funda la ruptura del contrato.

El precepto legal edicta que *"...el despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que*

hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas..."

Del art. 243, LCT surge entonces que existe una suerte de fijeza prejudicial cuando se invoca la extinción del contrato de trabajo con justa causa, siendo de cumplimiento imprescindible las formalidades establecidas por el legislador (cfr. SCBA, L 42524 S 29-8-89, "Burela de Aguero, Norma c/ Establecimiento Textil Costa Hnos S.C.A. s/ Despido", DJBA 137, 181 29-08-89 - AyS 1989-III, 183).

Entonces, el despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deben comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Por lo tanto, ante la demanda que promueve la parte interesada, no se admite la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.

Vale agregar que la definición de "claridad" siempre deberá ser formulada caso por caso habida cuenta de la multiplicidad de cuestiones que en este escenario tienen lugar, pero es oportuno señalar que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiterados pronunciamientos, pone de resalto esta exigencia legal apartándose de excesivos rigorismos formales (cfr. CSJN, "Riobbo, Alberto c/ La Prensa S.A." DT, 1993-A435) postura que determina requisitos de prudencia y razonabilidad en la actividad jurisdiccional al momento de analizar los instrumentos de los cuales surgen los motivos expuestos por la empleadora.

Del instrumento de fs. 117 surge claramente que los motivos en los que se funda la causal de despido fueron que el actor S. había incurrido en violación a los deberes a su cargo, al haber violentado una caja de

distribución de software y red, habiéndose procurado por medios no idóneos las conexiones a Internet en su puesto de trabajo y accedido también sin permiso ni autorización a su uso concreto en lugar y tiempo de trabajo, configurando ello, -al entender de la demandada-, una injuria grave a los intereses de la empresa.

Analizados los elementos aportados a esta causa, no se advierten pruebas específicas que acrediten las diferentes afirmaciones que surgen de la carta documento obrante a fs. 117.

No se aprecia declaración testimonial ni de ninguna otra índole en aval de los dichos de la demandada con relación a la causal de injuria invocada.

De hecho, ningún testigo pudo afirmar que S. se conectó por medios no idóneos a Internet, ni que violentara la caja de distribución de software y red, ni que haya desoído expresas prohibiciones de la compañía en cuanto al uso de Internet en su lugar de trabajo.

Bajo estos parámetros, coincido con mi colega preopinante en que no se pueden considerar probadas las causales de despido invocadas en estas actuaciones, pues las mismas deben ser solidamente acreditadas no pudiendo ser deducidas o inferidas de otros actos, ya que prevalece el espíritu conservacionista de la relación laboral.

Y aún más, entiendo que en casos como el analizado en donde el ordenador se encontraba en la portería, hallándose sujeto a la potencial disposición de otros trabajadores para el cumplimiento de sus tareas o bien para el uso personal que pudiera hacerse del mismo, se torna extremadamente dificultoso tener por acreditado de manera fehaciente que haya sido el actor S. quien haya hecho uso de la computadora y no otra persona.

Aun cuando del informe de E. I. que obra a fs. 180/191 y del testimonio obrante a fs. 380/1, surge que al ser verificada la computadora de portería se detectaron accesos a diversas páginas de Internet entre las 00.06 hs. y la 01.05hs. y a partir de las 23: 00 hs. del mismo día, no se puede aseverar

cabalmente que haya sido S. y no otra persona quien hiciera uso de la misma.

Es decir, entiendo que si bien la declaración testimonial del Sr. T. L. (fs. 380/381) corrobora las afirmaciones de la demandada en relación a la auditoría efectuada por la empresa E. I., de la que surge que durante una determinada franja horaria (tiempo en el cual S. se encontraba trabajando), el ordenador fue utilizado con accesos a Internet, lo cierto es que aún así resulta difícil aseverar, -por medios puramente técnicos-, que el referido S. ha sido el usuario concreto del ordenador en el momento de cometerse el hecho.

Dicha dificultad probatoria ha sido advertida por Guibourg que con total claridad explica que "...hay casos en los que los ordenadores se hallan en común a disposición de los trabajadores para el cumplimiento de su tarea en otros, cada trabajador tiene asignada una máquina determinada; en otros más, esta asignación se ve reforzada por el uso de una clave personal. Esta enumeración muestra, de mayor a menor, las distintas magnitudes de la dificultad para identificar al autor del hecho, cualquiera de los enumerados más arriba que sea. En la mayoría de tales supuestos, normalmente es necesario recurrir a pruebas adicionales (confesión, testigos, documentos escritos) para llegar a la identificación, ya que la computadora puede, en principio, ser usada por cualquiera que tenga acceso a ella. La asignación a un trabajador determinado permite sospechar que este último es el autor del hecho, pero no autoriza a excluir que otra persona haya usado la máquina sin autorización. El uso de claves personales conduce a reforzar una presunción, pero su efecto cede si las claves son conocidas por otras personas además del titular del puesto de trabajo..." (Guibourg, Ricardo A "El uso indebido de las herramientas informáticas" Ed. La Ley, 03/10/2011, 8, La Ley 2011-E, 492).

Por último tampoco ha quedado plasmado en autos qué normativa específica de la empresa se encontraba en colisión con el uso de Internet en horarios de trabajo.

De todas maneras vale decir, que es doctrina uniforme en nuestros tribunales que la inconducta del trabajador que infrinja la normativa sobre uso del correo electrónico e Internet no puede configurar por sí sola un incumplimiento de entidad suficiente como para justificar un despido, y máxime cuando, -como en este caso-, el dependiente carece de antecedentes disciplinarios preliminares.

Las circunstancias descriptas revisten un papel gravitante, pues la sanción impuesta por la empresa (despido), además de las circunstancias apuntadas, resulta desproporcionada con la falta endilgada, y especialmente cuando no surgen de estas actuaciones elementos probatorios algunos que revelen la existencia de incumplimientos anteriores ni de medidas disciplinarias adoptadas para sancionar al trabajador gradualmente.

Este criterio ha sido sostenido en diferentes pronunciamientos por la jurisprudencia (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, "Cañete Figueredo, Juan Brigido c. Derudder Hnos. S.R.L. s/ Despido", 10/08/2011, La Ley 25/11/2011 , 4 con nota de Azucena Beatríz Ragusa, La Ley 2011-F , 500 con nota de Azucena Beatriz Ragus, DT 2011 (diciembre) , 3255 con nota de Juan José Etala (h.), DJ 28/12/2011, 65, AR/JUR/46863/2011. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, "Añasco, José Marcelo c. Coto C.I.C. SA", 17/06/2010, AR/JUR/32528/2010, ente otros).

Considero que la sanción impuesta por la empleadora no detenta una relación de razonabilidad y prudencia proporcional a la imputación efectuada al trabajador, pues si ésta entendía que el trabajador infringió algún deber, contaba con facultades disciplinarias acordes a la falta atribuida, las que hubieran conservado la vigencia del contrato. Bajo este

orden argumental se ha dicho 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 una 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...*" (Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Criminal, Laboral y Minas, "Frola, Raúl Arturo c. Lo Bruno S.A", 08/10/2007, La Ley Online, AR/JUR/8246/2007).

En este sentido, la falta imputada en caso de existir como tal, ameritaba una sanción disciplinaria y no un despido, siendo la sanción impuesta desproporcionada con el perjuicio alegado, el que, desde mi perspectiva, tampoco ha sido probado por la parte demandada. Con esta tesitura la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo ha precisado que "*...corresponde considerar injustificado el despido dispuesto por la accionada en perjuicio del actor, toda vez que resulta excesivo por no guardar la necesaria proporcionalidad entre la falta cometida y el perjuicio causado...*" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "López, José Luis c. Inortrau S.A.", 30/08/2010, AR/JUR/50429/2010).

Concluyo pues, que la sanción impuesta aparece como apresurada y desmedida, ya que no guarda proporcionalidad con la falta imputada.

Asimismo entiendo que la parte demandada no ha acreditado cabalmente los hechos en que se basa la injuria que amerite el despido con justa causa, por lo que coincido con el Sr. Juez de Cámara preopinante en que corresponde revocar el decisorio recurrido en este aspecto.

2.2.

Con relación al agravio vinculado con el cambio de la causal de despido, en base a lo expuesto precedentemente, el mismo no será analizado por devenir abstracto su tratamiento.

2.3.

Con los argumentos expuestos entiendo que corresponde admitir los agravios de la parte actora y revocar el decisorio de grado. En este orden, concluyo en que asiste razón a la trabajadora en su derecho al cobro de la indemnización correspondiente, la que será liquidada en la etapa ejecución de sentencia, como asimismo la multa que emerge del artículo 2 de la ley 25.323, toda vez que no se probó la causal de pérdida de confianza invocada por la demandada para proceder a la ruptura del contrato de trabajo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, "Barone, Mireya Alejandra c. Sociedad Itialiana de Beneficencia en Buenos Aires s/despido", 28/02/2013, DT 2013 (agosto) , 1919 con nota de Alejandro Gabet y de Juan José Etala (h), AR/JUR/4803/2013).

A ello deberán incorporarse los intereses de la tasa activa del Bco de Chubut, en el modo en que lo establece el Sr. Juez de voto anterior.

3.

3.1.

Como ya se señalara anteriormente, las causales de despido deben encontrarse consignadas de manera clara y precisa en el instrumento en donde se comunica al trabajador la rescisión del contrato.

La exigencia legal de que la comunicación escrita de las causas del despido contenga la expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato, más la invariabilidad de tal causa invocada, tienen su razón de ser en la necesidad de garantizar el derecho de defensa del trabajador, de manera tal que al demandar sepa cuál es el incumplimiento

que se le endilgó para despedirlo y así poder organizar su defensa judicial y ofrecer las pruebas respectivas.

La parte demandada debía probar en estos actuados los motivos que propiciaron la ruptura de la relación contractual, con base en el texto de la carta documento que luce a fs. 29 de estas actuaciones.

Entiendo, tal como ocurre con el despido de S., que las causales invocadas por la demandada no han sido probadas.

Al respecto, debo decir que la circunstancia de que el co-actor L. haya trabajado por la mañana y que en dicho horario se accedió a Internet no implica que hayan quedado acreditadas las causales del despido invocadas.

Como ya señalé en ocasión de analizar el agravio de S., el hecho de que coincida el horario de acceso a Internet con el horario de permanencia del operario no implica que fehacientemente haya sido éste último quien hizo uso de la máquina accediendo a sitios de Internet. Tampoco ha quedado acreditado que se violentó la caja estanca para acceder a Internet, por lo que en atención a lo ya expuesto en el punto 5 y en concordancia con la posición sostenida por el Dr. Fiordelisi considero que corresponde rechazar los agravios vertidos en este sentido.

3.2.

La demandada no ha acreditado con claridad dónde reposa la interpretación parcial y contradictoria de las pruebas efectuada por el *a quo.*

Como dije en el punto anterior no se advierten en autos los elementos gravitantes que delimiten la conducta maliciosa de L. De allí que resulta claro que el demandado no ha introducido en autos las probanzas convictivas necesarias para encasillar la percepción del juzgador en aras de sus intereses. Por lo tanto, mal pude decirse que la Sra. Jueza de Grado ha omitido elementos probatorios relevantes en su decisorio ya que estos no han sido siquiera aportados a estas actuaciones.

Además, independientemente de lo expuesto, y tal como lo he afirmado en otras oportunidades, debe recordarse que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, por lo que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (cfr. Cámara de Apelaciones de Puetrto Madryn "T" SDL N°01/10).

El Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan por lo que para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad.

Las sentencias constituyen un acto creador de derecho que, para resguardar las garantías ciudadanas, deben apoyarse en las constancias del expediente (cfr. esta Cámara, en "H. S.A. s/ Incidente de Autorización de venta en autos H. S.A. s/ Concurso Preventivo "(Expte. N° 1194/08) 32/10 SIC). Bajo estos argumentos y considerando los elementos que ha tenido a su alcance la Sra. Jueza de Grado al momento de decidir, dedo concluir señalando que el recurrente no ha probado de manera alguna que el pronunciamiento de grado sea arbitrario o absurdo, pues la judicante se ha limitado a fallar en base a los escasos elementos con los que contaba, los cuales no han servido para demostrar que la ruptura de la relación contractual laboral respondió a motivos justificados. Debe desestimarse este aspecto del agravio.

4.

Coincido con mi colega de Cámara en cuanto a que deben desestimarse las quejas de la demandada y confirmar el decisorio en este aspecto.

5.

En cuanto a las costas de la Instancia anterior, compartiré con el Dr. Fiordelisi, que las mismas deben ser readecuadas en los términos del art. 282, del CPCC, debiendo ser impuestas en su totalidad a la demandada vencida (art. 69, del CPCC).

En tal inteligencia, atento la labor desarrollada, mérito y resultado obtenido en esta Alzada, corresponde se regulen los honorarios de los profesionales intervinientes en esa sede en el modo en que lo practica el Sr. Vocal de anterior opinión (arts. 5,6,9,18,38,46,60 y cc, ley de aranceles profesionales).

6.

También coincido en que las costas de la presente Instancia deben ser impuestas en el modo que lo hace el Sr. Juez de voto anterior. Por tal razón, por el recurso interpuesto por la parte actora, deben ser soportadas por la demandada perdidosa (art. 69, CPCC); y por el recurso interpuesto por la parte demandada, a la recurrente vencida (art. 69, del CPCC).

Los honorarios de los profesionales intervinientes en la Alzada deben ser regulados en el modo en que lo practica el Sr. Juez preopinante, atendiendo el mérito de la labor desarrollada y el resultado obtenido (arts. 5,13,38 y cc, ley de aranceles profesionales).

Por las razones expuestas, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

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

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos expuestos precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada dictada a fs. 422/428 vta.

2) ADMITIR LA DEMANDA instaurada por O. J. S. contra C. P. S.A., condenando a ésta a abonarle, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación a practicarse en autos por el perito actuante, previo descuentos de ley y mediante depósito judicial, el importe de las indemnizaciones por despido incausado conforme la L.C.T. y la prevista por el Art. 2 de la Ley 25.323, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, computados desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA (art. 282 CPCC), imponiendo la totalidad de las mismas a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC) y regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: los de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la parte actora y en conjunto, en el 20% del monto del proceso que resulte en la etapa de ejecución de sentencia; los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la parte demandada, en conjunto, en el 15% del monto del proceso antes indicado y los del Perito Contador R. A. C. en el 5% del monto del proceso. En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), quedando sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior.

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a) por el recurso interpuesto por la parte actora:** se imponen a la parte demandada que ha resultado vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la actora, en conjunto, en el 30% de los honorarios que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., letrados de la parte demandada, en el 25%, en conjunto, de los honorarios que les correspondan por su intervención en la instancia anterior; en todos los casos, sin perjuicio de la norma del art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b) por el recurso interpuesto por la parte demandada:** se imponen a la parte recurrente que ha resultado vencida en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la actora, en conjunto, en el 30% de los honorarios que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., letrados de la parte demandada, en el 25%, en conjunto, de los honorarios que les correspondan por su intervención en la instancia anterior; en todos los casos, sin perjuicio de la norma del art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luís 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. Maria 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 octubre 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) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada dictada a fs. 422/428 vta.

2) ADMITIR LA DEMANDA instaurada por O. J. S. contra C. P. S.A., condenando a ésta a abonarle, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación a practicarse en autos por el perito actuante, previo descuentos de ley y mediante depósito judicial, el importe de las indemnizaciones por despido incausado conforme la L.C.T. y la prevista por el Art. 2 de la Ley 25.323, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, computados desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA (art. 282 CPCC), imponiendo la totalidad de las mismas a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC) y regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: los de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la parte actora y en conjunto, en el 20% del monto del proceso que resulte en la etapa de ejecución de sentencia; los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la parte demandada, en conjunto, en el 15% del monto del proceso antes indicado y los del Perito Contador R. A. C. en el 5% del monto del proceso. En todos los casos, sin

perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), quedando sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior.

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a) por el recurso interpuesto por la parte actora:** se imponen a la parte demandada que ha resultado vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la actora, en conjunto, en el 30% de los honorarios que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., letrados de la parte demandada, en el 25%, en conjunto, de los honorarios que les correspondan por su intervención en la instancia anterior; en todos los casos, sin perjuicio de la norma del art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.) y **b) por el recurso interpuesto por la parte demandada:** se imponen a la parte recurrente que ha resultado vencida en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la actora, en conjunto, en el 30% de los honorarios que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., letrados de la parte demandada, en el 25%, en conjunto, de los honorarios que les correspondan por su intervención en la instancia anterior; en todos los casos, sin perjuicio de la norma del art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

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