En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de agosto del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"U., D. O. c/ BANCO DEL CHUBUT S.A. s/ COBRO DE PESOS E INDEM.DE LEY" (Expte. Nº 107 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 124/2012), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 251.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por D. O. U. contra BANCO DEL CHUBUT S.A. y condenó a la entidad bancaria a abonar, previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos la suma de pesos quinientos veintisiete mil doscientos cincuenta y dos con 68/100 ($ 527.252,68), con más los intereses que determina. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los letrados que intervinieron en el expediente.

Para así resolver, consideró que el Banco demandado no acreditó la causa imputada al actor para disponer su despido, admitiendo las indemnizaciones que se reclamaron, tuvo por no justificada la suspensión preventiva ordenada para la investigación por lo que admitió los haberes

reclamados bajo ese rubro; hizo lugar a la multa prevista en el art. 2 ley 25.323 y admitió el daño moral reclamado.

La sentencia es apelada por la parte demandada a fs. 222, el memorial de agravios se agregó a fs. 227/234 y su réplica a fs. 236/246.

2.

Los agravios del Banco del Chubut S.A.

Luego de manifestarse sobre el tiempo que insumió el dictado de la sentencia por la Sra. Jueza de refuerzo, la parte individualiza tres agravios: a) la absurda apreciación y manipuleo por parte de la juez a quo de la prueba producida en autos tornando la misma arbitraria; b) el acogimiento de la multa dispuesta en el art. 2 de la ley 24323 y c) el otorgamiento del daño moral.

a) En el primer agravio señala que la sentencia se ha dictado sobre la base de alegaciones que no se sustentan en prueba agregada al expediente desde que el eje central consiste en la interpretación que la magistrada de grado efectuó sobre la filmación que obra en autos y que ambas partes ofrecieran como prueba.

Señala que se parte de reconocer que el actor toma dinero de la caja para luego decir que realizando tareas técnicas informáticas sobre un software de computadora, afectando el video, llega a la conclusión que U. no tomo dinero de la caja de su compañero de trabajo, agregando que no se advierte que el pilón de la caja de V. tuviera diferencia de altura ni antes ni después que U. pusiera la mano, para lo que el recurrente da una explicación.

Agrega que la magistrada efectuó desde su ordenador, una pericia sui generis, realizando ab initio procedimientos informáticos sin que la misma tuviera conocimientos para ello, modificando el material probatorio para realizar la apreciación de la prueba, lo que no puede aceptarse.

Señala que el juez debe fallar sobre la prueba producida en autos y en caso de entender que se requiere prueba esencial no ofrecida por las partes debió ordenar medidas para mejor proveer. En ese caso, sería un auxiliar del juez quien debiera expedirse sobre los puntos que se le soliciten y peritar sobre la filmación y/o edición aplicando conocimientos técnicos que superan a los de las partes y no la jueza que ha reconocido que su método fue "casero". Acota que su parte desconoce si la actividad de la jueza pudo o no modificar aún involuntariamente el material probatorio aportado, ni si las "modificaciones" efectuadas en las filmaciones fueron grabadas sobre el original o no pero afirma que la jueza realizó su análisis sobre material adulterado sin participación ni control de las partes. Dice que consecuentemente este error invalida a la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Por otro lado agrega, que además de partir de presunciones, la señora jueza efectuó deducciones sin tener apoyatura en elementos que las sustentan y se explica en el sentido que luego de ver el video de corrido, inspecciona cuadro por cuadro y comienza a deducir las tareas que realizó el actor, esta deducción sin más sustento que la voluntad de la jueza, la lleva a construir una verdad paralela a la que efectivamente aconteció y se probó en autos.

Sigue su crítica, ejemplificando que la jueza al igual que el actor, reconocen que éste tocó el cajón donde V. guardaba el dinero, pero a renglón seguido sostiene en la sentencia que no retira dinero y nos indica que U. en ningún momento previo a tocar ese cajón tenía dinero en la mano, que ese es un argumento dicho en la demanda y "comprado" por la jueza sin sustento alguno.

Agrega que la jueza realizó "una superposición de opacidad al 50%", desconociendo su parte que es ello, reiterando que toda transformación de la prueba rendida, es prueba nueva y que el juez no está facultado para ello. Se pregunta que permite suponer que ese procedimiento es el correcto,

que si se hubiera efectuado en porcentaje mayor o menor el resultado hubiese sido distinto, si la labor fue correctamente utilizada.

En definitiva, sostiene que lo agravia que se hubiera tenido por no probado el hecho generador de la pérdida de confianza amparada en prueba voluntariamente modificada afectando no solo el debido proceso sino la garantía de defensa en juicio.

Refiere que para sostener la apelación se consultó con un idóneo en la materia que les indicó que las tareas cumplidas por la jueza no eran el mecanismo más apto para analizar la filmación en cuestión ejemplificando que no se explica en la sentencia que período de tiempo toma para realizar sus apreciaciones, ni la cantidad de capturas "cuadro por cuadro" que realizó ni mucho menos que definición de las imágenes para entender la nitidez. Dice también que la utilización de programas como el "photoshop" o similares que la misma jueza refiere son de código abierto demuestran lo casero y precario de la labor.

Señala que toda la vaguedad del procedimiento utilizado como del sistema informático, torna nula toda conclusión que la jueza haya podido arribar.

Insistirá que si la magistrada entendía que correspondía realizar algún tipo de intervención sobre la filmación, debió haber utilizado las prerrogativas para que las mismas sean realizadas por una persona idónea en la materia solicitando en definitiva la revocación del fallo.

Por otro lado critica que se tilde al Sumario Administrativo tramitado por el Banco como falso, que se afirme que al actor solo se le exhibió el video en una oportunidad desatendiendo las constancias probatorias.

Alude a que el actor no explicó en su demanda porqué colocó la mano sobre el cajón de V., lo que le era exigible y que en la sentencia no se analiza esa conducta de U.; que no puede pasarse por alto que el mismo actor reconoció al momento de ser interrogado, en el marco del procedimiento administrativo, que efectivamente había tomado el dinero y que tal

conducta relevante no puede ser dejada de lado sin más, pues tal confesión extrajudicial en presencia del letrado que hoy lo asiste, era esencial para sellar la suerte de este proceso. Señala que el actor en dos oportunidades reconoció haber tomado el dinero la primera en el sumario y luego en la nota de fecha 5 de agosto de 2010.

b) En el segundo agravio refiere que al contestar demanda se le eximiera de la multa dispuesta en el art. 2do de la ley 25.323, dado que los hechos sometidos a decisión generaron suficiente convicción sobre la legalidad de la medida del despido dispuesta por el empleador. Señala que es el propio actor quien reconoce los hechos irregulares al momento de ser consultado por los auditores del Banco y que la decisión rupturista se basó en ese reconocimiento, por lo que solicita se lo exima de la multa en mérito a la segunda parte del artículo mencionado.

c) En el tercer agravio señala que se ha reconocido el daño moral, prácticamente sin fundamento alguno.

Dice que se ha considerado que se obligó a V. a radicar la denuncia penal cuando ello no se colige de la declaración que el mismo prestara en esta sede, tampoco puede inferirse de la declaración de S.

d) En la réplica de los agravios, el actor sostiene los argumentos del fallo y solicita la confirmación de la sentencia.

3. <u>Tratamiento de los agravios.</u>

3.1. Liminarmente debo referirme a la cuestión preliminar expuesta por el recurrente respecto al alongado tiempo para el dictado de la sentencia definitiva. A esos fines, solo diré que las circunstancias fácticas que generan la designación de un juez de refuerzo y las prórrogas que el Superior Tribunal de Justicia dispone, exceden la competencia jurisdiccional de este Cuerpo, por lo que el cuestionamiento, en el marco del recurso de apelación concedido, no tendrá respuesta en mi voto.

3.2. Dicho lo anterior, ingreso en el tratamiento de los agravios.

a) El primer agravio contiene dos aspectos, el primero dirigido a tachar de arbitrariedad la valoración de la prueba y el segundo tendiente a cuestionar el rechazo del despido con causa dispuesto por el Banco del Chubut S.A.

a.1) <u>La arbitrariedad en la apreciación de la prueba y la nulidad implícita en el agravio.</u>

El vicio de arbitrariedad para que pueda proceder la invalidez del decisorio, debe revestir tal entidad que importe conculcar el derecho de defensa del litigante. Esto es así porque la arbitrariedad comporta un acto irracional que afecta la defensa en juicio, quedando afectada esta garantía cuando se prescinde de elementos esenciales para la correcta decisión de una causa; o cuando la sentencia sólo implica una afirmación dogmática desprovista del necesario fundamento; o por haber omitido la consideración y decisión de una cuestión que integra la litis.

Sobre esa base debe recordarse que la sentencia no es un elemento aislado sino el resultado del trabajo que se desarrolla a lo largo del mismo; el proceso moderno tiene, como característica principal que se desenvuelve en contradictorio; el principio de contradicción expresa el derecho de las personas a ser juzgadas por un tribunal independiente y competente, habiendo sido previamente oídas por éste.

Así, la sentencia puede ser entendida como el acto procesal conclusivo mediante el cual el órgano jurisdiccional resuelve la causa, sea que juzgue el fondo del asunto, sea que lo haga sobre cuestiones previas que puedan impedir un juicio sobre el fondo. Pero además, el juez, por medio de la sentencia, debe dar respuesta a las cuestiones que los litigantes han planteado a los argumentos y razones que ellos le han sometido a consideración y decisión.

Ahora bien, la estructura de la sentencia requiere de una fundamentación que el juez debe realizar, precisamente, en los “considerandos” de la

resolución; en esta parte, el juez funda su decisión explicando los motivos o razones que la justifican y la génesis de ellos, debiendo incluirse: a) una reflexión selectiva y por separado sobre los hechos indicados en los "resultandos", ordenados por su relevancia, igual que la prueba; b) la comprobación de los hechos por medio de la meditación de la prueba a fin de determinar cuáles de los invocados por las partes serán tomados por válidos; y c) la subsunción jurídica. (Frondizi, Román Julio, "La sentencia civil", La Plata, Librería Editora Platense S.R.L., 1.994, pág. 2 y sgtes.)

La sentencia es, entonces, una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos por cuya razón tanto aquélla como éstos deben ser tomados en cuenta para su interpretación.

La fundamentación de la sentencia es la justificación de la parte dispositiva, a través de la cual el juez trata de demostrar que la decisión del caso se ajusta a derecho; fundar la sentencia es, pues, justificarla. Fundar, en definitiva, es apoyar una cosa con motivos y razones eficaces; justificar significa convalidar, demostrar la validez de un juicio, del uso de un concepto, de un enunciado o de un procedimiento. La justificación constituye la prueba o demostración convincente de que la decisión se ajusta a derecho. (Frondizi, Román Julio, "La sentencia civil", op. cit., pág. 27 y sgtes.)

Las normas procesales imponen expresamente la obligatoriedad de la fundamentación, bajo pena de nulidad, pero en una perspectiva que se podría definir como endoprocesal; o sea, que la función que le asignan a la fundamentación sería sólo interna en el proceso y dirigida principalmente a asegurar a las partes el mejor ejercicio del derecho a impugnar la sentencia, al hacerles conocer los motivos de la decisión que ella expresa y que agravia al apelante y facilitar el control de la alzada sobre el decisorio recurrido.

El deber de fundar tiene, sin duda, a excluir decisiones irregulares y a lograr que la sentencia sea razonada derivación del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa y no producto de la voluntad del magistrado. El cumplimiento de ese deber tiende a asegurar a los justiciables que serán mejor juzgados y a afianzar el prestigio de la magistratura, ya que a la calidad de órgano de aplicación del derecho vigente que revisten los jueces va unida la obligación de éstos de fundar sus decisiones.

La fundamentación de la sentencia cumple, además, una función extraprocesal; si bien no hay, en nuestra Constitución una norma específica que establezca en forma expresa la obligatoriedad de fundar las sentencias, como garantía de justicia, deriva del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio que consiste en proporcionar al litigante la oportunidad de ser oído y ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las normas pertinentes, para obtener de los tribunales una sentencia útil relativa a sus derechos.

El deber de fundar las sentencias deriva, también, de la doctrina constitucional del debido proceso, de la garantía de la propiedad privada, de los principios de legalidad y de razonabilidad. Está vinculada, además, con la autonomía del Poder Judicial y con la sujeción de los jueces tan sólo a la ley. Se lo podría concebir como una suerte de garantía innominada dirigida a facilitar el control de la función de aseguramiento de las otras garantías constitucionales que compete al Poder Judicial.

Dentro de aquella unidad lógica, en la primera parte (resultandos), el juez fija los límites subjetivos y objetivos del pronunciamiento, en estricta correlación entre lo que ha sido objeto de la pretensión y de la oposición, en la segunda parte (considerandos) el magistrado, en primer término, analizará la prueba colectada e incorporada válidamente, correlacionándola con lo que ha sido motivo de debate fáctico, a fin de fijar

los hechos que han sido debidamente acreditados, para luego discurrir jurídicamente sobre ellos, dando respuesta a los argumentos esgrimidos por el actor y por el demandado, respectivamente. Esta segunda parte debe estar en exacta concordancia con la primera, de manera tal que sólo y únicamente puede tener en cuenta y explayarse respecto de los hechos invocados y debatidos por las partes, y los argumentos esgrimidos por ellas que han sido motivo de exposición en la primera, seleccionando e interpretando la norma aplicable y que en definitiva va construyendo y delineando lo que será la tercera y última parte de la sentencia, esto es, su decisión.

Es en el análisis de la prueba incorporada, donde el juez la valora o aprecia (en los términos del art. 9 LCT resultan sinónimos). La valoración de la prueba es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba incorporados al proceso.

"Valorar", según el Diccionario de la Real Academia Española es, en su segunda acepción, "reconocer, estimar el valor o mérito de algo o alguien" Valor, o valorar, por su parte es poner precio a algo, de lo que se sigue que la función del juez será entonces, respecto de la prueba, *"el juicio de valor de parte del juez para saber cuánto vale aquella, no solo por su grado de verosimilitud, sino fundamentalmente por su concordancia o discordancia con los hechos invocados por las partes en el proceso"* (ROJAS, Jorge A.: "Valoración de la prueba: ¿coexistencia de sistemas?", Revista de Derecho Procesal, Prueba I-2005, 2005, pp. 225 y ss.).

"Apreciar", término utilizado por el legislador en el art. 9 LCT, debe tomarse conceptual y terminológicamente como sinónimo.

No tengo dudas que los problemas relativos a la valoración judicial de la prueba en los pleitos que se sustancian ante los tribunales laborales deben ser examinados desde una perspectiva de adecuación del sistema procesal vigente y en el marco de los principios que rigen el derecho del trabajo.

El sistema de valoración de la prueba que adopta nuestro sistema procesal es el de la sana crítica racional (art.390 del CPCC y 73 Ley XIV N°1) y no el de la íntima convicción del magistrado.

Como señala Couture, las reglas de la sana crítica son *"las reglas del correcto entendimiento humano. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"*. (Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma 3era. edición póstuma págs.270/271).

Para Falcón " *la sana crítica es un método científico, que tiene por objeto formar a través del mismo la certeza en el magistrado, respecto de los hechos, para poder decidir las causa y permite su comprensión y su control por las partes y la sociedad* "(Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo II pág. 745 y sgtes. Ed Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2006).

Dicho lo anterior, corresponde determinar si el agravio de la demandada debe receptarse.

La demanda incoada por el Sr. U. procuraba el cobro de los montos indemnizatorios derivados del despido injustificado decidido por el Banco del Chubut S.A., daño moral y multa art. 2do. ley 25.323, con fundamento en la pérdida de confianza que tiene como antecedente una secuencia de grabación por las cámaras de seguridad de la entidad bancaria, donde se observa que el Sr. U." *toma dinero de la caja que atendía V., sin que éste lo advirtiera, y sin autorización de éste y sin existir acuerdo previo. Tal dinero es luego utilizado para las operaciones normales de caja que Ud. atendía*".

Al tiempo de ofrecer la prueba documental y con el número 18) adjunta la actora, un soporte magnético CD correspondiente a la grabación de la cámara de seguridad de la sucursal local de la demandada de fecha 09/6/2010. En el punto H.1.b), al proponer la prueba informativa requiere que se libre oficio al Ministerio Público Fiscal a fin que remita al Juzgado el

video de filmación de cámara de seguridad perteneciente al Banco del Chubut S.A. aportado como prueba en la Carpeta N° 3017 en el caso 19.929 caratulado "V. J. L. s/ Denuncia Hurto". Esta remisión también es requerida a la Oficina Judicial de Puerto Madryn en el punto H.2.c).

La parte demandada, a fs. 76 reconoce como auténtica la documental acompañada por la parte actora a excepción de los soportes magnéticos N° 18 y 19) que reflejarían el debate en el caso 19.929. A fs. 88 alude al video que obra en la causa penal. En el capítulo V. d) de su contestación de demanda ofrece prueba informativa al MPF, a fin que remita original o copia certificada del caso N° 19.929 con toda la documentación agregada tanto en soporte de papel como audio y en el punto V. e) ofrece prueba subsidiaria para el caso que se desconociere la filmación acompañada y/ o adujere adulteraciones etc., que sería cumplida por un idóneo -ingeniero- con especialización en sistemas o informático.

En el auto de apertura a prueba se ordenaron los oficios requeridos por ambas partes.

A fs. 119, el Funcionario de Fiscalía Alex Williams remite por 10 días el Caso N° 19.929 el que es recepcionado, conforme constancia de fs.120, junto con un CD, los que son puestos a disposición de las partes para la extracción de fotocopias.

A fs. 133 se reserva el CD en sobre cerrado y sellado "AUDIOS 3017. Debate.03017 AD-12. 03017 AD-12 (2) entregados a la demandada por la OFIJU.

A fs. 206, se agregan los alegatos de las partes y se llaman los autos a sentencia. A fs. 207 se avoca al conocimiento la Sra. Jueza de Refuerzo, dejándose constancia a fs. 208 de la prórroga concedida por la Sala Civil del STJCh por Ac. 347/14.

En los términos que expuse, se cumplieron las etapas del proceso en la instancia de grado.

La cuestión que genera el agravio de la parte demandada tiene origen en la apreciación integral de la prueba rendida en el proceso, al tiempo de dictar la sentencia definitiva.

Ya he señalado que el sistema de valoración de la prueba que adopta nuestro ordenamiento procesal es el de la sana crítica y vale recordar que si bien el sistema judicial no ignora aquellos medios de prueba no previstos por la ley (art 382), cuando se analizan cuestiones de carácter técnico, ajenas a la formación del magistrado, debe recurrirse al dictamen de un perito. Para ello tengo en cuenta que dentro de las reglas de experiencia que infunde la sana crítica, debe excluirse el conocimiento privado del juez, que está vedado en esta materia. Esto es las reglas de experiencia tienen que ser fundadas, responder a una objetivación de los elementos comprendidos por el juzgador y por la comunidad, "*se trata de que los sucesos ocurren de un modo determinado conforme el conocimiento que se va adquiriendo paulatinamente de modo personal y social* " (Falcón, op. cit., pág. 634).

No es objeto de debate que formaba parte del sistema de seguridad del sector donde trabajaba el actor, la grabación por medio de videocámaras ni se encontraba controvertido que del mismo surgiría el hecho que se imputa al trabajador como fundamento de su despido. Lo que es materia de controversia es la eficacia convictiva del material que surge del video filmación.

La video filmación de seguridad es un registro *"El asentamiento de un hecho de modo personal o real, significa que el hecho ha producido una señal en un registro. La prueba se realiza extrayendo el conocimiento del hecho por la comunicación que representa esa señal y esta extracción del hecho se realiza por los medios de prueba: Ahora bien los medios de prueba funcionan como traductores del hecho registrado. Esta traducción- como todas las traducciones-por muy pulcra que sea, siempre va a tener una pérdida, que en el caso de los hechos se acrecienta por problemas anexos: 1) la pureza con que el hecho se ha asentado en el registro (es el*

problema de la calidad del registro); 2) la cantidad de elementos que el registro ha tomado o recibido de los hechos (el problema de la completividad del registro); 3) las vías por las cuales se adquieren esas fuentes de prueba para el proceso (aspecto que inscribe en el problema de la recolección de probanzas) y 4) los conocimientos o los medios necesarios para recuperar el hecho con precisión (es el problema de la eficacia de los medios probatorios)." (Falcón, op. Cit. Pág.754)

Señala la magistrada que al tiempo de dictar la sentencia posee copia de video acompañada por ambas partes, las que coinciden y son idénticas. Se desconoce -porque no se dice-, si las mismas son idénticas al video de seguridad cuya segunda copia fue aportada por el Banco del Chubut S.A. al caso 19.929 y que fuera copiada de la grabación pertinente ante la Escribana Macedo. Las referidas copias fueron obtenidas de un CD cuya leyenda dice "Videos Madryn + instalar Codec Diux 5.0.5" y que desde la faz externa sería el que se agregó en la carpeta caratulada *"Antecedentes. Investigación Administrativa N°04/10 Faltante de Caja $ 7.721- Día 09-06-2010 Sucusal(sic) Puerto Madryn ORIGINAL"* ofrecida en el punto V.4°) por la demandada.

Se desconoce si la cinta utilizada en el video grabación original, fue sellada para evitar una previa o ulterior adulteración.

Indicó la señora jueza que *"De una primera y rápida mirada en forma continua y sin pausa alguna pareciera que U. extrae dinero del cajón de V., es decir, se lo ve a U. levantarse, tocar el cajón de V. y luego arrojar un fajo a su escritorio. Sin embargo, de un análisis detenido, cuadro por cuadro de dicho video, surge la total falsedad de esta mirada rápida y demuestra que a veces, los hechos son distintos a los que pretende aparentar."*

A partir de allí la señora jueza al valorar la prueba, ingresa en un campo en el cual no puedo validar su razonamiento.

Por mayor que sea su capacitación en el conjunto de recursos, procedimientos y técnicas usadas en el procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, no puede desconocerse que para incorporar

sus conclusiones ha soslayado que, para la aplicación de conceptos propios de las ciencias de la computación o informática, se requieren habilidades específicas para su comprensión. Tampoco puedo pasar por alto la deducción respecto a que *"por el movimiento de los hombros, se deduce que está armando un fajo"*, ni puedo ingresar a evaluar si el procedimiento que se utilizó en la sentencia para recuperar el hecho con precisión, era el eficaz.

Por el contrario, puedo afirmar sin hesitación que si resultaba esencial para dilucidar la litis, un análisis cuadro por cuadro de la copia del video de seguridad, efectuar una superposición con opacidad, si se podía realizar el análisis con un reproductor multimedia VLC y utilizar una herramienta de edición de imágenes (Photoshop u otros de código abierto) y que todo ello constituía la investigación más básica que debía realizar el Banco, es una cuestión que excede -aún en estos tiempos- la valoración de la prueba en el marco de un proceso judicial.

No tengo duda que las nuevas tecnologías suponen la aparición de nuevos códigos y lenguajes, y que estos conforman el conjunto de recursos necesarios para manipular la información: los ordenadores, los programas informáticos y las redes necesarias para convertirla, almacenarla, administrarla, transmitirla y encontrarla, pero esta especialización progresiva de los contenidos, requiere se convoque al proceso a quienes, por su idoneidad, puedan dar cuenta de ellos.

En el caso, de considerar que la mera vista del video era insuficiente como elemento de juicio, para tener por acreditado o no los hechos alegados por la demandada para justificar el despido, las leyes procesales le confieren la facultad de disponer medidas para mejor proveer, que hubiera sido conveniente ejercitar (art. 22 Ley XIV N° 1 y art. 36. 2 del CPCC) y evitar de esa manera, los cuestionamientos respecto de la fiabilidad y seguridad de los procedimientos que indica haber realizado y lo que es de mayor gravedad, privarle de eficacia a sus argumentos. Agrego aquí, que resulta

procesalmente inadmisible, incorporar como elemento complementario de la sentencia, las impresiones de captura de video de seguridad y edición de las mismas que efectuara la magistrada y que fueran certificadas por la Sra. Secretaria a fs. 219.

Luego de todo lo expuesto, voy a sostener en este voto que, en la sentencia, y por vía de la apreciación de la prueba, se ha incorporado nueva prueba prescindiendo de un procedimiento válido, ello en tanto la manipulación del video de seguridad por un proceso de edición sin control de las partes afecta el principio de bilateralidad, contradicción oportuna, lesionando el debido proceso respecto del control de prueba y su adquisición como material probatorio a considerar en la sentencia. Sostiene la jurisprudencia que: *"La apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, circunstancia que no obstante permite a la Corte conocer en los casos cuyas particularidades puedan hacer excepción a dicho principio, con base en la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con éste se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencia de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa"*. (CS, junio 7-988, sumario Nº 2204, citado en Digesto Jurídico de L.L., T. XII-3- edición 1997, pág. 837).

En vista de lo expuesto, debo ingresar al planteo de nulidad de toda conclusión que se haya adoptado sobre la base de procedimiento utilizado como del sistema informático, nulidad que se esboza debería alcanzar al fallo impugnado, en tanto se solicita su revocación y que -adoptando plena jurisdicción- se dicte sentencia acorde las pruebas producidas y agregadas en autos.

Conforme hemos tenido oportunidad de señalar en casos análogos, si el agravio puede ser reparado por la apelación no cabe decretar la nulidad de

la sentencia (Fenochietto-Arazi, "Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1983, pág. 792; Lino Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 121/126; Morello "Código Procesal...", t. III, pág. 244, 258 y 259; LL 148-680).

Son los vicios extrínsecos de la sentencia -o resolución- los que acarrean la nulidad a que se refiere el Art. 255 del CPCC. Los otros, los intrínsecos, importan vicios de juzgamiento o decisión (*"in iudicando"*), susceptibles de corregirse por el recurso de apelación. No corresponde entonces, anular la decisión, si los defectos atribuidos pueden repararse por este último recurso (confr. Cám. 2da. Apel., La Plata, Sala IIIº, J.A. 1978-II-258).

El equivocado criterio que pueda imputarse al juzgador hace a la justicia del fallo o decisión -materia propia del recurso de apelación-, pero no a su validez formal, objeto propio y exclusivo del recurso de nulidad.

Es que la nulidad de una sentencia o resolución sólo procede ante la existencia de un vicio manifiesto, esto es, cuando se ha dictado sin guardar las formas y solemnidades prescriptas por la ley.

Ni el enfoque erróneo, ni aún el manifiesto vicio de arbitrariedad reconocido al valorar parte del material probatorio, constituyen causa para admitir la nulidad de la sentencia. *"La sentencia de primera instancia puede estar erróneamente fundada por defecto en la apreciación de los hechos litigiosos o de las pruebas o en la aplicación del derecho. Estos vicios pueden repararse mediante el recurso de apelación, expresándose que en tales circunstancias la sentencia es injusta al haber equivocado el juez a quo su razonamiento en la valoración de las cuestiones de hecho o de derecho"* (Fenochietto-Arazi, "Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1983, pág. 790).

a. 2.) <u>El despido</u>

Dicho lo anterior deberé abordar el agravio en el aspecto que se ha desestimado la causal de injuria imputada al actor y consecuentemente con ello se admitieron las indemnizaciones derivadas del despido incausado.

a.2.1) El art. 242 de la L.C.T. sujeta la determinación de la legitimidad de la rescisión unilateral del contrato de trabajo a la efectiva inobservancia por una de las partes de obligaciones resultantes del mismo que se encontraban a su cargo, debiéndose valorar -una vez confirmado ese extremo- si la inconducta atribuida presenta una gravedad injuriante, como para doblegar el principio de conservación de la relación que rige en la materia (conf. art. 10 de la L.C.T.), por resultar absolutamente impeditiva de la prosecución del vínculo.

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

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

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

Alegada por el Banco del Chubut S.A. la pérdida de confianza, es claro que ésta no puede sustentarse únicamente en consideraciones meramente subjetivas; sino que, necesariamente debe derivar de actos irregulares

imputables al dependiente que, con dolo o culpa, incurre en determinadas actitudes, incumplimientos o irregularidades que, objetivamente, no permiten que se mantenga la confianza originariamente depositada en él. *"La pérdida de confianza es una figura bajo la cual subyace un estado subjetivo del patrón, y que por ello necesita de un elemento objetivo indicador de un apartamiento de los compromisos laborales. No es imprescindible una conducta dolosa si en el contexto que se produce genera dudas razonables acerca de la buena o mala fe del dependiente. Tampoco lo es que su proceder ocasione un daño de magnitud a los intereses del empleador. Basta que se configure el hecho atribuido y se someta el aspecto subjetivo a la valoración prudencial de los jueces en el marco de las obligaciones que prescribe la L.C.T."* (CNTRAB - Sala VII Expte Nº 16989/00 S.D. 42102 del 25/09/2009 "García, Patricia c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ despido).

Los deberes que imponen los arts. 62 y 63 de la L.C.T. y, en especial, el deber de fidelidad cuyo cumplimiento exige el art. 85 LCT tienen un contenido ético y patrimonial. En consecuencia, la ruptura por pérdida de confianza debe derivar de uno o más hechos que conculquen las expectativas acerca de una conducta leal y acorde con dichos deberes creadas con el devenir del vínculo. Esta expectativa se frustra a raíz de un suceso que lleva a la convicción de que el trabajador ya no es confiable, pues cabe esperar la reiteración de conductas similares. (cfme. CNTRAB - Sala VII - S.D. 40.925 del 27/05/2008 - Expte. N° 17.672/06 - "Ibarrola, Eugenio Luis c/Meller S.A. s/despido".

a.2.2) En este contexto, analizaré la prueba incorporada por las partes.

El deber de buena fe, impone a las partes indicar concretamente en sus comunicaciones cuáles son los reclamos que se dirigen y cuál la actitud que adoptarán en caso de que no sean satisfechos y en orden a la genérica garantía de defensa, que brinda a los individuos la posibilidad de contar con certeza sobre los medios, los tiempos y las formas adecuadas para

reclamar o defenderse de reclamos ajenos, es que la comunicación que decide la extinción del vínculo debe expresar de modo claro y completo los hechos que se invocan para la decisión extintiva (art 243 de la LCT).

A fs. 5 se incorpora la comunicación cursada por el Banco que dispone la ruptura del vínculo laboral. Su texto dice *"En la filmación del video de seguridad del día 9 de junio de 2010 en la secuencia de grabación de aproximadamente entre las 10,00 y las 10,15 hs. en la sucursal Puerto Madryn en el sector Caja en que Ud. se desempeña, se observa que Ud. toma dinero de la caja que atendía V., sin que este lo advirtiera, y sin autorización de este ni existir acuerdo previo. Tal dinero es luego utilizado para las operaciones normales de caja que Ud. atendía, arrojándose al final del día una diferencia en menos la Caja de V. de $ 6.000; aunque no se tenga la certeza de si exactamente esa fue la suma que Ud. extrajera contra la voluntad de V. y de un modo contrario a las normas internas al respecto, al menos una parte de esa suma es fruto de su irregular proceder. Tal hecho, consistente en una extracción anómala reflejada en la filmación referida, constituye un acontecimiento grave que produce la pérdida de confianza, imprescindible en toda relación laboral y más necesaria aún en la actividad bancaria. Este particular acontecimiento, dio origen a la denuncia penal Causa 19.929, radicada por el Sr. V. J. L., por ante el Ministerio Público Fiscal de Puerto Madryn.-Asimismo se le ha garantizado el derecho de defensa en la investigación Administrativa Nro.04/10 realizada por la Unidad de Auditoria de ésta entidad, por la cual Ud. prestó declaración explicativa, vio las filmaciones que sindican la irregularidad denunciada, efectuó los descargos legales y tomó vista de las respectivas actuaciones administrativas. Para el Área de Auditoría, resulta debidamente acreditado su accionar, atribuyente de responsabilidad, al retirar dinero de una caja que no es la suya, sin consentimiento del damnificado, no comunicar la extracción en el transcurso de la jornada laboral y no tener conforme su declaración, una explicación lógica, razonada y creíble de su actitud. Por ello y*

dado que lo ocurrido no consiente la continuidad de la relación, comunicamos despido con justa causa por su exclusiva culpa. Esta Ud. notificado."

La comunicación mereció la respuesta de la parte actora (fs.6) que en lo pertinente dijo" *Impuesto de vuestra carta documento CD 108198298 emitida el día 10/09/2010 y recibida por quien suscribe el día 11/09/2010, cumplo en rechazar sus términos por ser los mismos absolutamente falsos e improcedentes .Niego rotundamente por falso que en la filmación del video de seguridad del día 9 de junio de 2010, en la secuencia que ustedes indican se observe que tomo dinero de la caja que atendía V.-Niego haber extraído el día 9 de junio de 2010 suma de dinero alguna de la caja del Sr. V. Lo cierto es que el acontecimiento grave jamás existió. Niego que el suscripto no haya dado en el marco de la investigación administrativa N° 4/10 una explicación lógica y creíble respecto de las imágenes que surgen del video de seguridad el día 9 de junio de 2010. En consecuencia rechazo por improcedente la causal de despido, que ustedes invocan (pérdida de confianza) la que no tiene otro fin que eludir vuestra consiguiente responsabilidad indemnizatoria…."*.

Así las cosas, negado por el actor el hecho que sustentaba la pérdida de confianza esgrimida, correspondía a la demandada la prueba de tal extremo. Para avanzar en el tratamiento de la queja, individualizaré la prueba cumplida en el expediente.

* Se aportó como prueba el registro copiado de la video filmación y me refiero en concreto al CD (segunda copia) incorporada por el Banco del Chubut S.A. al caso 19.929 y que fuera copiada de la grabación pertinente ante la Escribana M. Las referidas copias fueron obtenidas de un CD cuya leyenda dice "Videos Madryn + instalar Codec Diux 5.0.5" y que desde la faz externa sería el que se agregó en la carpeta caratulada "Antecedentes. Investigación Administrativa N°04/10 Faltante de Caja $ 7.721- Día 09-06-2010 Sucusal(sic) Puerto Madryn ORIGINAL".

Con relación al documento fílmico sostengo que ninguna norma prohíbe que un particular -por iniciativa propia- lleve a cabo una investigación sobre la actuación de su personal dependiente dentro del ámbito laboral, por lo que la prueba obtenida consistente en una video-grabación no controvierte norma constitucional o procesal alguna, sin perjuicio del valor probatorio, discusión cuyo examen en profundidad es distinto al de su validez. Sobre este aspecto entiendo que aunque las filmaciones no están receptadas ni en el CPCC ni en la Ley XIV N° 1 como un medio autónomo de prueba, ello no obsta a su utilización para formar criterio en el juzgador sobre los hechos que son materia de investigación, en tanto el principio de libertad probatoria aplicable para llegar a la verdad real que gobierna el proceso laboral (art. 21, ley procesal), únicamente habrá de ceder cuando tales elementos de convicción hayan sido obtenidos en contravención a las garantías individuales que recepta la Constitución Nacional.

En este sentido el actor, quien también acompañó copia de la filmación en un CD, ha reconocido que las grabaciones que se le exhibieron durante la investigación interna del Banco se corresponden a su lugar y horario de trabajo, aportó secuencias de fotografías no impugnadas por la contraria, las que tengo a la vista para el dictado de este voto y en momento alguno cuestionó la autenticidad del contenido del registro.

*Previo a la decisión del despido, el Banco dispuso la instrucción de actuaciones administrativas internas. Se agregó a esta litis, el Sumario Administrativo N° 4/10 cuyo contenido no ha merecido de la contraria impugnación alguna.

Conforme las copias simples que adjuntara la actora del Manual del Empleado, no cuestionadas por la entidad bancaria, la investigación dirigida a establecer la verdad de los hechos y a determinar la responsabilidad que le cupo al Sr. U., se cumplió siguiendo el procedimiento allí establecido y dentro de el mismo, respetando la garantía

del debido proceso esto es, dando la posibilidad de defensa a quien resultara imputado de algún cargo.

Al prestar su declaración explicativa (punto 5.9.2.2 del Manual) que obra a fs. 71 de la Investigación Administrativa N° 04/10 y en fecha 23 de julio de 2010, el Sr. U. señaló textualmente a la pregunta 7ma. (tendiente a que explicara una actitud dudosa de su parte, relacionado con el video de seguridad de las filmaciones obtenidas en el sector cajas del día 9 de junio y luego de que se le exhibiera la secuencia de grabación a la hora 10: 11: 00 a 10: 11: 28) *:" La única explicación lógica que tienen las imágenes que se me presentan, es que ese dinero que tomo tiene que corresponder a mi caja, de ninguna manera saco dinero sin tener la autorización del Sr. V., no lo hago con él ni con ninguno de mis compañeros, la única excepción de sacar dinero de ese modo es con el Sr. Escalante y siempre con su conocimiento. Y específicamente con el Sr. V., tenemos un acuerdo de palabra de no realizar toma de dinero, sin que él o yo lo entregue en mano, no entendiendo porque en este caso particular no lo hago, siendo la única explicación que le encuentro a lo anteriormente expresado, es que el dinero que retiro corresponda a un pase de cliente, o sea, esto significa que V. supuestamente puede haber tomado el efectivo de un depósito el cual no pudo contabilizar por un cambio de estado del sistema, lo cual puede suceder a menudo, contabilizando yo el depósito y a posteriori por eso retiro el efectivo de su caja."*

Luego a la pregunta 8 (fs. 72) aludió a sus antecedentes laborales sin haber tenido problemas con dinero y agregó *"En cuanto a los movimientos observados en el video: a) tomo con seguridad el dinero, lo que indica transparencia en el movimiento, lo arrojo a mi caja dejándolo a la vista, en ningún momento intento guardármelo o esconderlo. b) Tengo plena certeza que V. estaba en conocimiento de la toma del dinero. c) Sin público que atender, me retiro de la caja probablemente por tomar un descanso."* Solicitó al finalizar la audiencia, se le permitiera comparar el video de ese día con su listado de caja a fin de intentar esclarecer lo expresado en su declaración.

Se recibió también en la I.A. N°04/10, las declaraciones explicativas del personal de Tesorería Ags. J. L. V. (fs. 66/69), F. L. (fs. 74/77) y M. E.(fs.78/79).

De las declaraciones del primero y en tanto fueron valoradas para disponer el despido, se señala que el declarante dio cuenta de las medidas que adoptó frente al faltante en su caja de $ 6.000 y que luego contabilizó en $7.721. Refirió al punteo del legajo de su caja primero solo y luego con el tesorero, que ningún otro cajero le manifestó que tenía sobrante o pase de fondos (cargos) faltante al finalizar la jornada, que al día siguiente el tesorero L. efectuó, con asistencia del Sub Tesorero E., la toma de la totalidad de las cajas, sin que se advirtiera diferencias en el arqueo de las mismas y que como consecuencia de ello solicitó la visualización del video de seguridad dada la magnitud de la falla y comparar los movimientos de caja con las imágenes de atención al público.

Luego dijo en su repuesta a la 8va. Pgta. *" En ese video observo que el cajero D. U. toma dinero de mi cajón, del compartimiento donde coloco los billetes de denominación de $ 100 y lo arroja sobre la mesa de trabajo de su caja (parte superior). Posteriormente visualizo que ese dinero es utilizado por U. para el pago de una operación por caja."* Respondió también a la pgta. 11 que ese día U. no le mencionó que tuvieran algún pase de fondos (cargo) pendiente de imputar y a la 12 pgta. Que no consintió ni autorizó la extracción de dinero realizada por U. que se observa en el video y que no tenía acuerdo previo con él para poder retirar fondos sin efectuar los cargos. Agregó que *"especialmente con el cajero U. el pase de dinero (cargos) se efectúa en el mismo momento y con la entrega de dinero por mi persona, una vez que verifico el monto y contabilizo el cargo, igual actitud es la que el adopta ante pedido de dinero por mi parte."*

Por su lado el Sr. Tesorero L., refirió que efectuó el control de las cajas de U. y V. con el Sub Tesorero E., que del video sólo vio la parte en que V. le

pide que vea a U. retirar plata de su caja, que no le pidió explicaciones a éste y que dio aviso a la Sra. Gerente, inmediatamente de observado el hecho de la filmación. A la pregunta 10 ma. Señaló que no es normal - conforme lo visualizado en el video- que un cajero retire del modo observado dinero de la caja de otro y que corresponde que se le pida los fondos o cargo al otro cajero

El Sub Tesorero M. E. quien participara de las gestiones a fin de determinar el faltante de V., no tomó conocimiento del video.

Con fecha 5 de agosto de 2010, se le notifica al Sr. U. la suspensión preventiva por el término de 30 días corridos, sin goce de haberes. Al pie de la notificación a fs. 92 (I.A. N°04/10) y en manuscrito (constancia no impugnada por el actor) consignó *"No me consta que el Sr. V. no advirtiera la toma de dinero ya que el no aparece de cuerpo entero en dicho video, el cual no se me permitió a pesar de mis solicitudes, verlo completamente y en cuanto al movimiento de dinero al que uds. califican como grave, se trata de acciones casi cotidianas, es común en algunos cajeros, tomar cambio, o dinero grande directamente de los cajones avisándole o mostrándole al compañero".*

A fs. 94 y con fecha 17 de agosto de 2010 se cursó CD 129839054 donde el responsable de la Unidad de Auditoria del Banco, Cr. A. comunica al Sr. U. que *"han concluido en su responsabilidad por la sustracción de dinero de otra caja que no era la suya, sin el consentimiento del damnificado, no comunicando la extracción en el transcurso de la jornada laboral, no teniendo según su propia declaración- una explicación lógica y creíble du su actitud"* encuadrando la cuestión en injuria grave y dándole derecho a su defensa.

En el marco de la I.A., a fs. 96 y en fecha 17 de agosto de 2010, se le notificó al Sr. U. el informe confidencial de fecha 11 de agosto, se puso a su disposición la documentación respaldatoria que forma parte del expediente y el otorgamiento de tres días hábiles para exponer objeciones o rubricar de conformidad lo actuado por la Unidad de Auditoría.

A fs. 98 y con fecha 20 de agosto, el Sr. U. solicita a la Sra. Gerente del Banco permanecer en la sucursal bancaria y solicito los elementos que competen al día 9 de junio de 2010 (video de seguridad completo y legajos de caja pertinentes como la extensión del plazo para presentación de pruebas. La gerencia de Auditoría autorizó lo solicitado conforme nota al pie firmada por la Gerente de Sucursal.

A fs. 99 el Sr. U. con patrocinio letrado del Ab. F. A. se presentó formalmente en las actuaciones internas, constituyó domicilio y luego de referir a los antecedentes del hecho, solicitó se rectifiquen las conclusiones efectuadas al caracterizar su actitud como injuria grave y se archiven las actuaciones.

Señaló en su defensa, que "*de la visualización de la secuencia de la filmación del video de seguridad en el transcurso de la hora 10:11:00 hasta las 10:11:28 en modo alguno se observa que el suscripto sustrajera dinero de la caja de V., pues como ya he declarado, no lo hago sin tener su autorización. El dinero que arrojo luego sobre el teclado de la computadora de mi caja, es efectivo que está en mi poder y proviene de mi caja. Ello explica que al final del día no tuviera quien suscribe un sobrante de dinero en mi caja. Si bien en el video se visualiza que pongo mi mano sobre el cajón donde V. guarda el dinero de su caja, específicamente en el compartimento donde están los billetes de $ 100, de ninguna manera puede caracterizarse la maniobra como actitud dudosa, pues en la misma filmación se observa más tarde al propio V. sacando lo que parece ser un elemento de trabajo del cajón de mi lugar de trabajo, sin advertirse que el mismo solicitara mi autorización. Unos minutos más tarde se puede observar al Sub Tesorero M.E.revisando los cajones de V. y a posteriori el del suscripto.*"

Finalmente obra a fs. 101 el informe final de la Auditoría, sosteniendo la responsabilidad de U. y a fs. 103 se agregó copia del Acta 12/2010 del día 01 de septiembre de 2010, donde la Junta de Disciplina, resuelve aplicar al

actor la sanción de finalización o extinción del contrato de trabajo con justa causa.

*Se agregó al expediente el Legajo de Investigación Fiscal Caso 19.929 caratulado "V. J. L. s/ denuncia hurto", sin foliar.

El mismo da cuenta que el Funcionario de Fiscalía A. W. con fecha 11 de agosto de 2010 solicitó la apertura de investigación preparatoria. Al describir el hecho que se le imputa al Sr. U. señaló que *"que habiendo visualizados los videos de seguridad de la entidad bancaria correspondiente al día 9/6/10 junto al Sr. F. E. D. P. en calidad de apoderado del Banco del Chubut S.A. se pudo capturar el momento exacto de la maniobra delictiva por parte del cajero de la entidad crediticia, acaeciendo la misma a las 10:11:24"*, señaló que existiendo grado de sospecha necesario para la instancia el delito imputado es el de hurto (art. 162 CP). Se agregaron las conclusiones de la Investigación Administrativa cumplido por la Unidad de Auditoría del Banco, se recibió declaración al denunciante quien en relación a los hechos expreso que con U. tenía un acuerdo previo de que ninguno iba a tocar las cajas sin previa autorización; explicó el sistema de pases y pedidos de dinero entre cajeros, que el sistema de pase tiene que ser aceptado por quien recibe y que aunque no se haga, el mismo queda registrado; que el día del hecho no había registrado ningún pase en el sistema con U. En fecha 31 de agosto de 2010 se da por iniciada la investigación preparatoria. Se agrega la defensa formulada por U. en el marco de la investigación interna.

Con fecha 10 de diciembre ingresa la solicitud de audiencia para formular acusación suscripta por el Sr. Fiscal Jefe, Dr. B. quien describe el hecho y fundamenta su acusación en que resulta categórico el video de las cámaras de seguridad aportado como prueba que en el momento exacto de las 10 hs 11 min 24 seg U. aprovechando un descuido de su compañero V., toma de la caja de éste último una cantidad de billetes del compartimento de $ 100, sin su consentimiento y lo arroja sobre su escritorio, utilizando

posteriormente el mismo dinero para abonar una operación de rutina a un cliente conforme se desprende de las secuencias captadas desde las 10hs. 45 min. 40 seg. a las 10 hs. 46 min 03 seg.. Agregó que si bien no se puede determinar de la visualización de las imágenes el monto exacto de dinero, se desprende del conteo final el faltante de $6000 de la caja de V., importe que luego registrara como excedente U. y que posteriormente se apropiara.

Obra en las referidas actuaciones segunda copia del video de seguridad aportada por el Banco del Chubut S.A. al caso 19.929 y que fuera copiada de la grabación pertinente ante la Escribana M. conforme acta por Esc. Pbca. 199 de fecha 20 de julio de 2010. La defensa agregó 37 fotografías del video de seguridad.

Con fecha 7 de junio de 2012 el Juez Penal Gustavo Castro dicta sentencia y en tanto el representante del MPF se abstuvo de formular acusación por aplicación del beneficio de la duda a favor del imputado, absolvió al Sr. D. U. en orden al delito imputado en perjuicio del Banco del Chubut S.A.

A fs. 144 de este expediente obra el acta de audiencia de absolución de posiciones del actor. Niega haber tomado dinero del cajón correspondiente a V. Reconoce que en la declaración explicativa en el sumario lo admitió aclarando que la misma fue hecha bajo circunstancias muy particulares, aproximadamente un mes después del hecho se le mostró un video de seguridad por única vez durante 28 segundos, y se le pidieron explicaciones. Que solicitó se le exhibiera el video completo lo que le fue negado y que declaró sobre una acción cotidiana no extraña ocurrida un mes atrás.

Se recibieron declaraciones testimoniales de J. L. V. (fs. 153/ 155); R. S. (fs. 156/158); R. D. A.(fs. 159/160); R. D. (fs 161/163); B. A. T. (fs.164/165)

El Sr. V. relató que el día 9 de junio detectó un faltante de caja al finalizar la jornada laboral y explicita las tareas que cumplió solo y luego con la asistencia de algunos compañeros para encontrar donde se había producido

la diferencia para finalmente procesar en el sistema el faltante de efectivo. Dio aviso a la Gerente del banco y le informó que seguiría controlando operación por operación viendo la filmación que posee el Banco. Que esa tarea la hizo los días subsiguientes y cree que seis o más días, hasta que ve una situación no habitual. Informa a la Sra. Gerente que lo no habitual era que U. le retira efectivo de su cajón y lo tiraba a su puesto de trabajo, que él no se percató que él retiraba efectivo porque el cajón sobrepasaba o no llegaba sobre él, que detecta la situación cuando visualiza el video. Luego, la Sra. Gerente miró el video e hizo los trámites para tratar de esclarecer o ver que es lo que había pasado. A las preguntas del apoderado del Banco respondió que trabajaba a menos de un metro de U., explicó a qué se refiere el pase de fondos entre cajeros, que éste queda asentado en el sistema.

La Sra. Gerente del Banco R. S. declaró a fs. 156/158. En lo sustancial explicó que ante un faltante de dinero no habitual se da aviso a la gerencia general y a la auditoría interna, no recuerda en qué orden pero que ella fue quien comunico el faltante detectado el día 9 de junio; no recuerda en cuántas oportunidades habló con U. sobre el faltante ni en cuantas oportunidades el actor le requirió ver el video de seguridad ni que le contestó. Agregó allí que depende el momento en que se lo haya solicitado pues la copia la resguarda seguridad y que es factible que cuando U. se la ha pedido ella ya no la tenía en la sucursal.

El Sr. R. D. A. (fs. 159/160), Gerente de Auditoría al momento del hecho investigado, formando parte del equipo de investigadores junto a los Sres. T. y D. El testigo dice que se investigó la toma indebida o injustificada de dinero por parte de U. al ag. V.; que contaron para ello con los registros contables de la entidad y de las filmaciones de las cámaras de seguridad; que el actor fue llamado a prestar declaración en el sumario para que explique el movimiento indebido e identificado en la filmación. Al describir el movimiento señala que U. pasa por detrás de V. y toma de su cajón

personal de dinero un fajo y lo arroja hacia su lugar de trabajo y continúa su marcha. Dice que a U. se le exhibió al momento de la declaración la filmación y las planillas contables y que se le exhibió el video en varias oportunidades, las que quiso mirarla y que fue con un abogado; que se mostró sorprendido con el video sin dar explicación coherente de su actitud. Agregó que se le exhibió la secuencia de tiempo que el cuerpo de auditores le interesaba que les justifique, no recuerda el lapso de tiempo donde él se traslada arroja el dinero y vuelve a su lugar de trabajo.

R. D. a fs. 161/163 declaró que al tiempo de los hechos se desempeñaba en la unidad de auditoría y que se iniciaron las actuaciones luego del faltante detectado en la Caja de V.y frente a una acción o movimiento no correspondido como normal o no habitual del cajero U. sobre la caja del primero; que a éste se lo cita como un actor más de esa tarea administrativa a fin que explique entre otras cosas, los motivos por los cuales extrae dinero de la Caja de V., que se le exhibe el movimiento grabado o filmado que realiza y se le pregunta todo lo relacionado en el lugar de Tesorería el día de la falla. Esto porque U. envía o arroja dinero de la caja del Sr. V. hacia su caja que estaba pegada y concretamente esto debería haber significado al conciliar el día que U.tendría su caja descalzada atento a que ese dinero ingresado sin contabilizar debía sobrarle, ese es un elemento para ellos sin recordar si se le exhibió otro elemento de prueba. En cuanto al tiempo que se le exhibió la cinta recuerda que se le mostró el tiempo anterior y bastante posterior donde se visualiza todo el hecho. Que sin perjuicio que estaba a su disposición las diez horas de filmación, se le mostró la que refería a la situación investigada la que miró varias veces junto con su abogado.

El Sr. B. A. T. (fs. 164/165) integrante del equipo de auditoría concurrió a la sucursal Puerto Madryn donde se recibió declaración a E. y L.. U. no declaró en ese momento y después se lo citó a Rawson sin que el testigo participara de esa audiencia. Describió cual era el hecho investigado, que

tuvo acceso a la filmación y que los elementos de prueba para elaborar el informe fueron el video y los registros de caja de V. y U.

a.2.3) Señalé antes que era carga de la demandada la prueba del hecho en que se sustentó la pérdida de confianza, causa invocada para disponer la ruptura del vínculo laboral.

Más allá que he admitido la arbitrariedad al valorar la prueba consistente en el registro del video de seguridad, es mi convicción que no se encuentra acreditado en autos el hecho objetivo endilgado a U., esto es la extracción de una suma de dinero no especificada de la Caja correspondiente al Sr. J. L. V.

He visto y repasado toda la secuencia fílmica que obra agregada en CD al caso penal N° 19.929. La misma se inicia a las 10 hs. y termina a las 11 hs.. El video -no se registra el audio-, indica en fracciones de segundos lo acontecido el día 9 de junio de 2010 en el sector de Cajas de la Sucursal Puerto Madryn. Lo único que puede afirmarse es que el Sr. U. toca el cajón de V. No existe posibilidad alguna de inferir que el dinero que arroja sobre su caja proviene del cajón del Ag. V.

Lo que sí puede advertirse y más allá del esfuerzo del Banco, es que lo habitual -al menos en ese día de trabajo- es que los cajeros circulan libremente en ese ámbito, que a los cajones se accede con absoluta libertad, que los mismos se mantienen abiertos, que son "tocados" sin que eso genere algún tipo de reacción, que miran y ponen su mano dentro de los compartimentos del cajón, en definitiva y como se señalara en el informe confidencial de fecha 24 de agosto (fs.101), se advierten en la filmación situaciones que se "corresponden al grado de confianza con el cual se trabaja en el Sector de la Tesorería".

No está en mi ánimo ingresar a valorar las situaciones vistas como habituales generadas en la confianza que se dispensan los cajeros entre sí,

pero debo evaluar si el Banco demandado, en 28 segundos de filmación, pudo concluir sin hesitación que U. extrajo dinero de la caja vecina.

Y desde los argumentos recursivos, voy a disentir con el apelante.

Del video y en la secuencia 10:11:12 se observa que U. utiliza la máquina ubicada a su derecha para contar dinero. No voy a conjeturar si salió en busca de más billetes para armar un fajo pero si voy a sostener que, conforme refleja la fotografía identificada con el nro. 9 y ampliada en la 9 B (secuencia 10:11:22), U. tenía dinero en su mano izquierda. Y aclaro que nada ha observado la recurrente a las fotografías incorporadas por el actor.

Tampoco ha merecido ningún señalamiento que en 10:48:48 se observa que U. entrega dinero a V. y que, conforme manifestó el Sr. V. en sede penal, *"ese día en que me faltó el dinero no había registrado ningún pase en nosotros dos en el sistema*" (v. declaración sin foliar en el MPF de fecha 2 de septiembre de 2010).

Tampoco puede sostenerse en esta instancia, que el actor no explicó porque colocó su mano en el cajón de V., lo hizo al promover la demanda (fs.60 /60 vta.) y mereció el responde de su parte. También lo argumentó en su escrito ante la Auditoría cuando, con base en la filmación negara haber sustraído dinero de la caja y que el efectivo que arroja sobre el teclado es efectivo que está en su poder y proviene de su caja.

Por su lado tampoco puede admitirse como configuración de prueba del hecho objetivo imputado que"*si existe una persona que coloca su mano sobre un cajón donde hay dinero, y a la postre, falta dinero en ese cajón, se pueda extraer la presunción que ha sido la persona que colocó -sin justificación válida- su mano sobre el cajón que fue quien tomó el dinero, salvo prueba en contrario. Esto es lo normal del decurso de las circunstancias*".

Si bastara esa presunción, y a la vista del video de seguridad, vale preguntarse si la aludida confianza en ese Sector de trabajo no debiera

replantearse, pues es de total evidencia que al único cajero al que se excluyó de esos parámetros " de confianza" admitidos en el trabajo, fue a U.

Alude luego en su queja a la declaración del Sr. V. en el sentido que *"no tenía ningún acuerdo con U. para retirar dinero sin autorización, por lo que mucho menos tendría autorización para colocar su mano en el cajón"*. No se sostiene el argumento y por cierto, vale lo señalado en el párrafo anterior.

En primer término estimo que la declaración del testigo es de atendibilidad restringida, no solo porque el hecho imputado refiere al faltante en su caja sino porque es el denunciante en la causa penal seguida contra el actor. Y en segundo lugar porque conforme la razón de sus dichos las circunstancias narradas lo afectaron personalmente, *"fue lo que viví y aparte sufrí es decir no fue de mi agrado"*.

Luego de ello, no creo que pueda sostener el recurrente, que si no tenía acuerdo para retirar dinero mucho menos tendría autorización para colocar su mano en el cajón. Ya he señalado que el video da cuenta de la confianza en que se desenvolvían los cajeros, las imágenes ponen también al testigo dentro de ese marco de actuación. Y de las mismas, es llamativo que V. no se haya percatado que de su cajón se retiraban billetes. A contrario de lo que sostiene Abad en su respuesta a la pregunta 5 (fs. 159 vta.) U. no pasa por detrás de V. ni toma de su cajón personal un fajo y lo arroja hacia su lugar de trabajo. De las secuencias filmadas se advierte que el cajón de V. estaba ubicado a su derecha de su puesto de trabajo y que los fajos se ubican, considerando la derecha de V. en el tercer espacio, a simple vista sin compartimentar y en sentido perpendicular a las otras divisiones del cajón (por ej. Fotografías N°1, 2, 5, 6, 10).

Véase que al tiempo en que U. pone su mano en el cajón, ninguna actividad desplegó V., ni miró a su compañero. Y por mayor concentración en la atención del cliente resulta difícil comprender a quien no está inmerso en la actividad bancaria, que no se haya percatado que su compañero de tareas

retiró dinero de su cajón (vale recordar que en un primer momento el faltante denunciado por el cajero V. fue de $ 6000 y luego concretó en la suma de $ 7.721).

Claro está que la falta de advertencia podría admitirse si se diere pábulo a la versión del actor que sostuvo que fue en busca de dinero para completar el armado de un fajo de billetes.

Conforme vengo señalando y luego de visualizar la copia del video de seguridad aportada por la demandada, no puedo concluir que U. toma dinero de la caja de V. y que ello constituyó una extracción anómala constituyendo un acontecimiento grave. Insistiré que lo único que ha podido verificarse es que U. pone su mano sobre el cajón de V. y que si bien ello es reputado por la demandada como una actitud por demás sospechosa por parte del accionante, no puedo presumir o inferir como pretende el apelante que tal conducta -visiblemente común entre los agentes afectados a las Cajas- tenga entidad para justificar por sí misma un despido con causa.

Es tiempo de ocuparme de la declaración explicativa prestada por U. el día 23 de julio de 2010 conforme acta que se agrega a fs. 70/72.

Conforme el Manual del Empleado, que tengo a la vista, en la declaración explicativa (5.9.2.2) el instructor de la investigación podrá recibir esta declaración a todo empleado que de alguna forma se encuentre involucrado en el hecho objeto de la investigación y que por ese motivo, se encuentre imposibilitado de su obligación de decir la verdad. Rindieron esta declaración V. (el día 20/07/10 fs. 66), L. (03/08/10 fs. 74), E. (03/08/10 fs. 78) y U. (23 /07/10 fs. 70).

Debo señalar, al tiempo de valorar la declaración de U., algunas cuestiones por las que no puede admitirse el valor de confesión extrajudicial que procura darle la recurrente.

El encabezamiento del acta da cuenta que -a contrario de lo sostenido por los Sres. A. y D. y que sostiene el recurrente en sus agravios- U. no compareció a la audiencia asistido por un letrado de confianza. Tampoco existe constancia de su citación. Recuérdese que el Sr. T.señaló que salvo a U. -que no estaba ese día - todas se recibieron en Madryn (aun cuando el encabezado refiere a la ciudad de Rawson).

Acotaré también que allí se refiere *"a un movimiento poco usual por parte de otro cajero"* cuando luego se lo interroga por la *"actitud dudosa de su parte específicamente en la secuencia de grabación de la hora 10:11:00 a 10:11:28* , por lo que es claro que al tiempo de "explicarse" no podía hacerlo fuera de otro contexto que no sea la secuencia de tiempo que el cuerpo de auditores les interesaba se justifique (declaración de A. y D.). Véase que al finalizar su declaración U. solicitó se le exhibiera comparar el video de ese día con su listado de caja a fin de esclarecer lo expresado en su declaración y ello no le fue acordado.

Al día 5 de agosto de 2010, U. no había podido visualizar el video de seguridad del día 9 de junio (v. manifestación manuscrita a fs. 92 cuando se le notifica la suspensión preventiva), por nota del día 20 de agosto solicita nuevamente la exhibición del video. Esto es, ya producido el informe confidencial de los auditores datado el 11 de agosto donde se le imputa un hecho comprendido en el punto 5.7.3 injuria grave - Cap. 5. Régimen Disciplinario (fs.87/90). De modo tal que U. accede al video de seguridad en forma completa entre el 20 de agosto y el 23 de agosto fecha límite otorgada para efectuar su defensa.

A fs. 99/100 se agrega el escrito de defensa realizado el día 23 de agosto conforme se consigna en el Informe confidencial del 24 de agosto (fs. 101/102) que a criterio de los Auditores no aporta elementos relevantes que modifiquen lo ya declarado y que las actitudes en las que pretende involucrar a otros cajeros, se corresponden al grado de confianza con la que

se trabaja en el sector de Tesorería. La conclusión de la etapa de investigación refiere a más de ratificar las conclusiones del informe del 11 de agosto que *"Si bien no se pudo determinar que el dinero sustraído de la caja del Ag. V., según se visualiza en el video de seguridad sea el importe de la diferencia Faltante de $ 7.721. -para ésta instancia es determinante la responsabilidad del equivocado accionar del Agente, al retirar dinero de una caja que no es la suya, sin consentimiento del damnificado, no comunicar de la extracción en el transcurso de la jornada laboral, no tener conforme su declaración, y posterior descargo una explicación lógica y creíble de su actitud. Por ello se encuentra hecho comprendido en el punto 5.7.3 injuria grave- Cap. 5. Régimen Disciplinario del Manual del Empleado, consistente en la finalización del Contrato laboral con el Empleado por Despido con justa causa, a partir de la fecha de su notificación"*.

Las explicaciones dadas por U. y que en definitiva la demandada procura se valore como prueba irrefutable del hecho reprochado, no fueron revestidas de las garantías que conlleva lo que prima facie, sería una manifestación autoinculpatoria nada más ni nada menos de la sustracción de dinero de la caja de un compañero.

Señala el apelante que no asiste razón a la magistrada de grado que el sumario administrativo estuvo dirigido a cumplir un formalismo para luego despedir al actor y tilda de "desafortunada frase" la utilizada por el testigo A. en su mail agregado a fs. 9.

La lectura íntegra de las actuaciones administrativas me persuade que, más allá de la incorporación sin objeciones de la contraria, poco interesaban a la Unidad de Auditoría las explicaciones que pudiera dar U.

La investigación no procuraba que el actor explique "un movimiento poco usual por parte de otro cajero" ni "la actitud dudosa" por parte de U. El mail de fs. 9 (de fecha 20/07/10) incorporado en las actuaciones y dirigido al Gerente del Banco Sr. O. R. se inicia con la afirmación *"Luego de habernos trasmitido Ud el mail del presidente en el que se decide formular denuncia contra el*

cajero U. que en el video aparece extrayendo fondos del cajero de V., se han llevado a cabo algunas diligencias". Luego señala *"Respecto del tema laboral, P. sugirió que se lo llame a declarar a V. (víctima) y a U. (autor del hecho) en forma independiente. La primera de las declaraciones tenía por objeto que este, ya sea por temor o persuasión futura, pudiera colaborar con la defensa que seguramente efectuará U. como ser que él había consentido el retiro de los fondos, o que U. le explicó luego la circunstancia del caso. Esto ya fue cumplido hoy y V. aportó prácticamente la declaración esperada….* Continuó *"en la opinión de P. deberíamos llamar mañana a U., mostrarle el video, que de la explicación que quiera y tras ello proceder al despido con justa causa por pérdida de confiaba* (sic) *La declaración de U.no la considera necesaria previa a la denuncia penal, pero si recomendable antes del despido(tiene 22 años de antigüedad) ya que sin alterar la decisión de efectuar la desvinculación laboral, permitiría conocer con que argumento o explicación podría esgrimir ante un probable juicio laboral en procura de una indemnización. Aguardo cuanto antes su respuesta para citarlo a U. o encomendarle a P. que elabore el texto del despido sin esa declaración."*

He transcripto el texto de tal comunicación que incorpora la propia demandada, porque, más allá del argumento recursivo en cuanto a la "desafortunada frase", la decisión de despedir al actor había sido tomada y si se lo escuchó a U. era para conocer lo que podría esgrimir frente a un probable juicio laboral. Esto es, explicara lo que explicara la entidad bancaria ya había decidido denunciar penalmente a U. y dispuesto la ruptura del vínculo laboral.

En los términos que expongo, al día 20 de julio de 2010, U. estaba sindicado como autor de un hecho concreto y grave y no se advierte por cuál razón no se revistió el acto de las formalidades que tiene prevista el Manual del empleado para la "declaración indagatoria" (punto 5.9.2.2.2), en la cual U. podría haber concurrido con asistencia letrada para verificar el resguardo de sus garantía y se le hubiera informado cuales eran las disposiciones,

normas, misiones, funciones etc. que hubiera violado y se le hubiera hecho saber que podía negarse a declarar.

Nada de ello aconteció, se le pidieron explicaciones poniéndole a la vista 28 segundos de un video de seguridad (así lo afirmaron los miembros de la Unidad de Auditoría A. y D.), y no se le permitió acceder al video completo sino hasta después de haber dispuesto la suspensión preventiva y cerrado la etapa de conclusiones. En esa instancia, se le permitió ver el video completo y efectuado su descargo, no le resultó a la Unidad de Auditoría relevante ni sujeto a una mayor investigación la afirmación que formulara U. en el sentido que en modo alguno retiró dinero de la caja de V. y que el dinero que arrojó luego sobre el teclado de la computadora de su caja es dinero efectivo que está en su poder y proviene de su caja. Tampoco se evaluó ni mereció consideración alguna en toda la investigación que U. no tuvo sobrante de dinero en la caja y por cierto no se individualiza momento alguno en la cinta del que se pueda inferir que U. ocultó $ 7.721. Los billetes sueltos que se arrojaron sobre el teclado permanecieron en esa área de trabajo hasta el momento que se registra una operación que da cuenta la secuencia de 10: 46.

Para dar respuesta al apelante y aun cuando vengo sosteniéndolo en el desarrollo de mi voto, voy a afirmar con absoluta convicción que el actor en autos y en el marco de la audiencia explicativa, solo accedió a las imágenes del video de seguridad en la secuencia de 28 segundos. Si durante esa audiencia se le exhibió esta secuencia en reiteradas veces, no altera que U. no accedió al video completo sino hasta después de las conclusiones de la Unidad de Auditoría y a requerimiento de su parte entre los días 20 y 23 de agosto de 2010.

Concluyo que la declaración explicativa, en el contexto que se ha desarrollado no puede asimilarse a una confesión extrajudicial en los términos del art. 429 del CPCC.

a. 2.4) Tanto la evaluación de la existencia de los actos imputados al dependiente, y considerados injuriosos por el empleador, como la valoración de ellos en cuanto a su gravedad, deben ser efectuadas con total prescindencia de factores de índole subjetiva, de tal manera que ninguna de las partes del contrato de trabajo puede considerarse legitimada para retener para sí esa facultad, la que queda librada a la imparcialidad de los jueces, garantizándose de ese modo la protección contra el despido arbitrario previsto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Luego de la valoración de la prueba cumplida en el expediente, sostengo que la demandada no ha logrado acreditar la existencia del elemento objetivo achacado a U. como configurativo de la lesión a sus intereses que hicieran inviable la prosecución del vínculo laboral y justificaran la drástica y abrupta decisión de despedirlo.

La única conducta que puede atribuirse a al actor es haber puesto la mano sobre el cajón de su compañero de tareas y ello en los términos de la demandada, es una conducta atribuible a la confianza que se dispensan los operadores en el sector de Tesorería que no constituye un incumplimiento ni afecta las expectativas acerca de la conducta requerible al trabajador de acuerdo con los deberes expresos e implícitos que impone el contrato (cf. arts. 62, 63 y concordantes, LCT).

Entiendo en consecuencia que el despido constituyó un ejercicio abusivo del poder disciplinario de la empleadora y en razón de ello, no tuvo justa causa para hacerlo y la sentencia en este punto, debe confirmarse.

3.2.b) <u>La multa del art. 2 de la Ley 25.323</u>

Sostiene la parte que al tiempo de contestar la demanda, y para el caso que la misma prosperara, se la exima de la multa requerida dado que los hechos sometidos a decisión, generaron suficiente convicción sobre la legalidad de la medida del despido dispuesta.

Ya me expedí respecto del valor de la declaración explicativa brindada por U. en el marco de las actuaciones de investigación cumplidas por la Unidad de Auditoría del Banco y también lo hice respecto de la conducta asumida por la entidad crediticia en la etapa previa a esa convocatoria.

Luego de ello y sin que resulte necesario reiterar mis consideraciones, no cuento con argumentos que me permitan afirmar que el Banco tuvo motivos que justificaran la decisión de despedir a U., por lo que el agravio debe desestimarse.

3.2.c) <u>La admisión del resarcimiento por daño moral</u>.

En cuanto al reconocimiento por daño moral, he de señalar que por mayor vehemencia puesta para defender que el Banco no instó la denuncia penal, es de toda evidencia que V. no actuó por decisión propia sino instado por sus superiores jerárquicos.

No acierta el apelante al sostener que el Sr. V. esperó que se sustanciara la investigación administrativa y ello es de fácil cotejo. La denuncia es radicada el día dos de julio de 2010 a las 8, 45 hs.. El agente V. declaró ante la Unidad de Auditoría en fecha 20 de julio de 2010 y el primer informe de auditoría, donde se imputa a U. es del 11 de agosto de 2010. Al tiempo de efectuar la denuncia fue acompañado por la Gerente S., según el propio reconocimiento de ésta al declarar en autos y el Jefe de Seguridad del Banco Sr. B. hizo entrega al MPF del CD que contenía el video de seguridad.

Tampoco logra refutar que de las declaraciones de V. y S. surge que la decisión de efectuar la denuncia fue adoptada por el Directorio del Banco aunque quien resultara finalmente el denunciante fuera V.. Si éste lo hizo por obligación, por temor o persuasión formará parte de su ámbito de reserva, pero está suficientemente justificado en autos que la decisión de denunciar penalmente al Sr. U., emanó del Directorio del Banco.

Por lo demás, no logra conmover la recurrente los argumentos de la magistrada para admitir la pertinencia del daño moral por fuera de las indemnizaciones tarifadas del despido por lo que el agravio debe rechazarse.

3.3)

Luego de todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo que aun cuando deba admitirse parcialmente los agravios y consecuentemente se prescinda de la valoración arbitraria del registro de la video filmación de seguridad que se efectuó en la instancia de grado, la parte dispositiva de la sentencia de fs.209/216 debe confirmarse en cuanto decide que a) el despido del trabajador fue incausado y resultan pertinentes las indemnizaciones derivadas del mismo, b) admite la multa impuesta con fundamento en el art. 2 de la ley 25.323 y c) admite la indemnización del daño moral.

4. <u>Las costas</u>:

La admisión parcial de una de las quejas del recurrente, no altera su calidad de vencido sustancialmente en el recurso, por lo que las costas en esta instancia se imponen al Banco del Chubut S.A. (art. 69 del CPCC).

Para regular los honorarios tendré en cuenta la actividad profesional desplegada en la Alzada, su mérito y resultado obtenido y propongo al Acuerdo se determinen para los letrados del actor Abs. F. A. y M. A. en conjunto y proporción de ley en el 30% y para los letrados de la demandada Abs. M. F. R. y D. F. en conjunto y proporción de ley, el 28%. En ambos casos los porcentajes deberán aplicarse sobre los honorarios que resulten determinados en la instancia de grado (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria) y se integraran con el IVA si así correspondiere.

Voto a la primera cuestión y parcialmente por otros argumentos, **POR LA AFIRMATIVA.**

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

1 – Los antecedentes – la sentencia y los agravios

La Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por el recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que expone el apelante.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1 – Consideración inicial

Advierto que el apelante ha realizado una exposición inicial previo a expresar sus agravios, la cual está relacionada con la actuación de la Sra. Jueza de Refuerzo que dictó la sentencia en crisis. En atención a que la misma parte ha expresado que esas precisiones tienen carácter *"previo a exponer la batería de agravios"*, es indudable que no constituyen agravios que correspondan ser analizados por esta Alzada. Es por ello que ninguna consideración habré de realizar sobre ello.

2.2 – Arbitrariedad en apreciación de pruebas – Invalidez (nulidad) de la sentencia – Incorporación de prueba "de oficio"

Según la queja ha existido arbitrariedad en la apreciación de la prueba y a ello agrega su afirmación sobre la invalidez de la decisión como acto jurisdiccional válido, lo que implica una imputación de *nulidad* de la misma.

La recurrente tacha de inválida a la sentencia como acto jurisdiccional, lo cual equivale a considerarla *nula*.

A los efectos de dar respuesta al planteo, es menester tener en cuenta que recogiendo la doctrina de numerosos precedente judiciales, las normas procesales imponen a la parte que pretende la *nulidad* la carga de "expresar el perjuicio sufrido del que derivare el interés en obtener la declaración y mencionar, en su caso, las defensas que no ha podido oponer" (conf. art. 174 CPCC; CN Civ., Sala C, LL 1983-A-573, 36.282-S; 1982-D-424; 1983-D-87; Sala D, LL 1984-B-473, 36.623-S). Por consiguiente, el juez se halla habilitado para desestimar de plano la impugnación si quien la formula carece de interés personal en la declaración de nulidad u omite indicar las defensas o pruebas de que se habría visto privado como consecuencia del vicio que alega (conf. C.Civ. 2ª. Cap., JA 62-724; CNCom., JA 63-622; CNCiv., Sala A, LL 126-777, 15.216-S). Anticipo que esta carga no ha sido cumplimentada por la recurrente.

Ahora bien, de conformidad con la norma del art. 255 del ritual, el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia.

En nuestra legislación existen dos tipos de causales que autorizan el recurso (o alegación) de nulidad: uno se refiere al incumplimiento de los requisitos que condicionan la validez de las resoluciones judiciales, y otro a los vicios que afecten a los actos procesales que precedieron al dictado de aquéllas.

Es vasto el repertorio de irregularidades que pueden afectar la validez de las resoluciones judiciales y autorizan, en principio, el recurso de nulidad. Tales serían, por ejemplo, la omisión de la fecha en que es dictada y tal defecto ocasiona un perjuicio a las partes, el error sobre el nombre de las partes que imposibilita la ejecución de lo decidido, el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas o articuladas extemporáneamente, la omisión de pronunciamiento sobre puntos esenciales y la falta o insuficiencia de fundamentos.

Pero, exista o no la posibilidad de reenvío, la declaración de nulidad de la sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave; de allí que, según lo tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia, aquella declaración no procede cuando los vicios invocados son susceptibles de repararse mediante el recurso de apelación (conf. PALACIO, L.E., "Derecho Procesal", Ed. Abeledo Perrot, T. V, pág. 108 y sigs. y juris. allí citada).

Y, además, debo remarcar que para que tenga sustento la pretensión nulitiva, la irregularidad de la sentencia debe haber afectado el derecho de defensa de quien esgrime la pretensión. Y aquí en ningún momento se demuestra que se haya afectado tal derecho de la agraviada.

Por último, la demandada ha interpuesto y se le ha concedido el recurso de apelación contra la sentencia en crisis y en la fundamentación del mismo ha tenido la oportunidad de volcar todos los agravios que la misma le ha ocasionado y/o los errores que según su postura ha cometido la sentenciante, pudiendo demostrar y exponer con total amplitud las causas y/o motivos que tiene para que la resolución sea revocada por el Superior. Es por esta razón que la jurisprudencia ha resuelto en forma reiterada que la nulidad no prospera cuando la cuestión puede ser resuelta mediante el recurso de apelación. Por lo tanto, la nulidad no corresponde ser decretada porque el vicio invocado es susceptible de repararse mediante el recurso de apelación que se le ha concedido a la parte demandada.

Por lo expuesto, considero que en el caso no es procedente la declaración de *nulidad* de la sentencia en crisis.

Argumenta la demandada que la Jueza modificó el material probatorio para realizar la apreciación de la prueba y que, si consideraba necesario requerir prueba esencial no ofrecida por las partes, podría haber hecho uso de las facultades que le confiere el art. 36, inc. 2° del ritual, ordenando una medida para mejor proveer.

El cuestionamiento está enfocado a la tarea realizada por la a quo cuando dice en su fallo que realizó una superposición con opacidad al 50% sin alteración entre las imágenes de las 10.11.24 hs. y de las 10.11.27 hs. y da una explicación técnica de dicho procedimiento, remarcando que el mismo era la investigación más básica que debía realizar la demandada antes de despedir a un empleado de más de 23 años de antigüedad y sin antecedentes de mención. Asimismo, la a quo dispuso –al sentenciar— agregar al expediente, como parte integrante de la sentencia, *"…una impresión de captura de video de seguridad Banco del Chubut S.A. del 09/06/2010, minuto 10.11.24 y 10.11.27, y edición de las mismas mediante superposición con opacidad al 50% sin alteración, lo cual ha efectuado la Sra. Jueza mediante el uso de visualizador de video y editor de imágenes informáticos…"* (fs. 218/219).

La apreciación de la prueba que la ley exige al juez en el proceso civil, no es posible de conducirla por las pautas inherentes al sistema de libre convicción, y ello se debe a que la norma aplicable dispone que habrá de hacerlo atendiendo a las reglas de la sana crítica (art. 390 CPCC).

La diferencia es apreciable y sustancial. El régimen de libre convicción se apoya plena y concretamente en la formación del convencimiento del magistrado, sin ajuste a otras reglas que no excedan las de su leal saber y entender, por lo que al expandir de esta manera su arbitrio, tiene la precaria sustentación que sólo puede proporcionarle la honesta y equilibrada moral y rectitud del magistrado.

En el sistema de la sana crítica, el juez no puede articular sus conclusiones con tanta latitud, es decir, que su libre arbitrio tiene límites más estrechos. La sana crítica se conforma con pautas que están requeridas de un máximo grado de objetividad sin que con ello se conduzca el pensamiento del magistrado por márgenes ceñidos que impliquen su embretamiento, al punto que aun convencido de la existencia o inexistencia de un hecho se vea obligado a deponer su convicción para acatar la imposición que resulte

de una prueba legal. La sana crítica se apuntala en la razón y por lo tanto el juez debe analizar la prueba en su integridad, coordinando los datos que la prueba proporciona de tal manera que a través de sus vericuetos y contradicciones pueda alcanzar, con probabilidad de acierto, la verdad que la controversia haya puesto en juego (conf. Cám.1ª., Sala III, La Plata, C. 157.892, reg. sent. 224/73).

Se ha expresado que lo que la ley reclama al juzgador cuando acude a la sana crítica es que adopte, frente a la tarea de investigación de la verdad en juicio, la actitud propia de todo hombre culto, perspicaz, responsable y prudente. Por eso se ha comparado la tarea del juez con la de cualquier persona normal frente a una duda o una cuestión de origen histórico (conf. Cám.2ª., Sala II, La Plata, LL 134-1055, S-20.140).

Sabemos que la ley procesal atribuye al juez un comando del proceso, pero éste ha de ser razonado y prudente, sin olvidar la idea central de que son las partes quienes deben servirlo, y no el proceso servir a éstas. Y cualquiera sean los poderes atribuidos al magistrado, es indudable que no puede dejar de exhibir una posición equidistante, puesto que ella es la única que asegura su imparcialidad.

En este caso, la Sra. Magistrada a quo desarrolló un procedimiento informático por su cuenta sobre la grabación (video) de seguridad del Banco demandado, sin ninguna notificación previa a las partes, imprimió una parte del mismo y la incorporó al proceso como parte integrante de su sentencia. En base a esta actividad, sacó sus conclusiones sobre la cuestión en debate y expresó que el procedimiento realizado era lo que debió haber hecho la parte demandada como paso previo al despido del actor.

Ante este proceder y la queja bajo análisis, es necesario tener presente que las facultades instructorias que el código procesal vigente confiere al juzgador, no deben lesionar el derecho de defensa, ni pueden ser invocadas por el interesado para suplir una diligencia probatoria a su cargo. No

pueden, por lo tanto, exceder los límites impuestos por otras reglas, ni apartarse de los preceptos elementales del rito que gobiernan al pleito, pues lo desvirtuaría (conf.CNCom., Sala A, 15/11/79, LL 1980-A, pág. 207; CNEsp.Civ.Com., Sala IV, 30/06/80, BCECyC, 981-698, N° 10.445).

Es que aun cuando las disposiciones procesales contenidas en la legislación adjetiva dan a los jueces un conjunto de deberes y facultades para superar el papel de meros espectadores de la contienda entre las partes, dicha actuación no puede ser arbitraria, ya que cada uno de los actos de voluntad que lleva a cabo, se encuentran subordinados a los "límites expresamente establecidos" por dicho cuerpo normativo (art. 34, inc. 5°) y por las obligaciones de respetar el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2°).

En su actuación el magistrado se encuentra limitado por las propias posibilidades de la estructura del proceso escriturario y de doble instancia, además del derecho de las partes al contralor de la producción de la prueba (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala V, 27/11/75, BCECyC 610, N° 8281).

Integrando esta connotación se ha reiterado que, si bien el código procesal ha otorgado mayores facultades a los jueces para el esclarecimiento de la verdad, asegurando una decisión conforme a justicia, ello no implica abandonar el principio de que en las causas civiles el material de cognición debe ser proporcionado principalmente por las partes. Por lo tanto, el magistrado al decidir, debe fundamentar sus conclusiones en base a las pruebas que las partes le proponen, es decir, que está condicionado por la iniciativa de ellas en ese sentido. Tiene así, que atenerse, como principio general, a lo alegado y probado por los justiciables, desde que la formación del material de conocimiento en el proceso constituye una carga para éstos (conf. CNCiv., Sala B, 10/04/69, LL 137-776, S-22.928; CNEsp.Civ.Com., Sala V, 30/05/75, BCECyC 596, N° 7962; ídem, Sala IV, 31/02/80, ED 88-228).

El procedimiento seguido aquí por la juzgadora con respecto al video de seguridad, sin haber dispuesto la producción de alguna medida instructoria

y sin que las partes hayan podido conocer oportunamente los términos y el alcance del mismo, resultó violatorio del requisito de la debida contradicción de la prueba y de la regla de la bilateralidad de la audiencia; careciendo asimismo de la atendibilidad procesal necesaria para configurar un dictamen técnico, pues no va más allá de lo que la doctrina ha caracterizado como "ciencia privada del juez" carente de eficacia probatoria.

Debemos tener en cuenta que el legislador procesal explícitamente ordena al juzgador que, de dictar una medida instructoria debe haberlo respetando el derecho de defensa de las partes. Es entonces necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba (conf PICO I JUNOY, J., *"El juez y la prueba"*, pág. 118, Bosch, Barcelona, 2008).

Es el contradictorio, en definitiva, lo que viene a resguardar el necesario equilibrio de las potestades judiciales versus facultades y cargas de las partes (conf. JIMENEZ, M.E., *"Medidas para mejor proveer"*, DJ 20/12/06, pág. 1165).

En concordancia con lo que vengo destacando, se ha dicho que el remedio más eficaz contra el riesgo de parcialidad no consiste en argüir obstáculos a la investigación de la verdad, sino en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y el deber de motivar sus decisiones (conf. GOZAINI, O.A., *"La asistencia letrada en los actos de producción probatoria de parte"*, Sup. Doct. Jud. Procesal 2010 (abril), pág. 30).

Es que la prueba de oficio sólo se ve limitada por el principio de legalidad, es decir que no debe ser violatoria del requisito de la debida contradicción de la prueba, de la regla de bilateralidad de la audiencia, por lo que las partes deben tener la posibilidad de controlar, alegar y probar (conf. TORRES ELGUETA, G., *"La iniciativa probatoria oficiosa"*, LLC 2006-435).

La vigencia de los principios expuestos ha sido ratificada por la CSJN al descalificar, por violentar el derecho de defensa, aquellos fallos basados en elementos de prueba que, recabados mediante este tipo de potestades, no fueron puestos en conocimiento de alguna de las partes (conf. CSJN, 07/10/08, *"Defensoría del Niño c. Pcia. de Neuquén"*, LLOnline).

A todo lo hasta aquí desarrollado, es importante agregar que el ejercicio de poderes instructorios por el órgano judicial perfectamente se compadece con la preservación de las garantías procesales de las partes al presuponer que, como corresponde, ellas sean debidamente notificadas de las iniciativas oficiales, y que se les abra la posibilidad de participar de las diligencias, de impugnarlas, en caso de que les parezcan inaceptables, y de manifestarse sobre los respectivos resultados (conf. BARBOSA MOREIRA, J.C., *"El neoprivativimo en el proceso civil"*, en MONTERO AROCA, J. (coord.), *"La prueba en el proceso civil"*, pág. 211, ed. Civitas, Madrid, 1998).

La conclusión evidente, ante el panorama descripto, es que si bien disponer este tipo de medidas queda librado a la iniciativa y el prudente arbitrio de los jueces, éstos quedan sujetos, en lo que atañe a su producción y su control por las partes, a las reglas comunes de todas las pruebas, de modo de respetar su derecho de defensa.

Viene al caso dejar sentado que se ha decretado la nulidad de sentencias cuando se incorporan elementos a la causa sin darle posibilidad a alguna de las partes de ser oída a su respecto (conf. CSJTucumán, Sala Civ. y Penal, 22/08/05, *"Pcia. de Tucumán c/ Masino, S.C. y Ot. s/ Ejec. Fiscal"*, AP 25/22198).

ARAZI señala que cuando el juez ordena producir una prueba en forma oficiosa puede causar un grave perjuicio a alguna de las partes si no se la autoriza a ofrecer y producir contraprueba, aun cuando se encuentra vencido el término para ello, ya que la interesada puede no haber producido prueba en contrario al no existir prueba de cargo que desvirtuar,

la que ahora aparece por iniciativa del juez (conf. *"La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica"*, pág. 46, ed. La Rocca, Bs.As., 1998).

Es que, como bien lo explicitara MORELLO, las resoluciones judiciales instructorias no deben sorprender a las partes de modo de afectar su defensa (conf. *"La prueba. Tendencias modernas"*, pág. 69, Ed. Platense-A-Perrot, 1991) y una resolución que aparezca, de repente, incorporando nuevos elementos de convicción debe, indispensablemente, otorgar a las partes ocasión, suficiente y razonable, de ejercer su derecho de defensa (ver QUADRI, G.H., *"La prueba en el proceso civil y comercial"*, T. I, pág. 473 y sigs., Abeledo Perrot, 2011).

He de destacar que el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal declaró que *"debe tenerse presente que la prueba ordenada de oficio debe poder ser controlada por las partes, quienes, además, pueden ofrecer contraprueba, cualquiera sea la etapa en la que se encuentre el juicio"* (Paraná, 12, 13 y 14/06/03, JA 2003-III-857) y que la verificación de la verdad material o histórica debe reconocer como límites las garantías constitucionales de la igualdad de las partes en el proceso y el derecho de defensa (conf. PERAL, J.C., *"Límites a la verificación de la verdad material o histórica"*, LLNOA 2003 (octubre), pág. 514; QUADRI, G.H., op. cit., T. I, pág. 464).

En este caso, si bien la Sra. Jueza a quo no incorporó al proceso una "nueva" prueba, es evidente que sobre una prueba ya existente y ofrecida por ambas partes –el video de seguridad— desarrolló y llevó a cabo, por su propia iniciativa y sin ninguna notificación oportuna a las partes, un procedimiento consistente en pausar repetidamente el video visualizándolo con un reproductor de video informático gratuito, utilizando una herramienta de edición de imágenes a los fines de transparentar y superponer las imágenes. Y es aquí donde no puede compartirse el proceder empleado por la sentenciante, dado que la claridad de los principios uniformes que acabo de expresar sobre la incorporación de oficio

de pruebas al proceso así lo mandan. Resulta obvio que estos principios rigen en este caso aun cuando no se trate específicamente de haber incorporado una "nueva prueba" sino que se trató de un "procedimiento" realizado sobre una prueba (video de seguridad) incorporada por ambas partes.

En consecuencia, tengo en claro que el proceder dispuesto y realizado por la a quo privó a las partes de una razonable oportunidad de controlar su resultado y de formular las objeciones o requerir las explicaciones que hubieren estimado convenientes y de allí que resultara lesionado su derecho de defensa, asistiéndole razón a la quejosa.

De todos modos, es necesario aclarar que el erróneo proceder que estoy analizando, conforme veremos durante el desarrollo de este voto, no alcanza para cambiar la decisión final de la a quo de hacer lugar a la demanda. Esta conclusión no cambia frente al indebido procedimiento realizado por la sentenciante y ello así porque, de no haberse realizado, la conclusión hubiese sido exactamente la misma y ello así –sencillamente— porque el video no muestra ninguna imagen que acredite el hecho imputado por el Banco al actor.

Es por ello que, si bien le asiste razón a la queja en cuanto a la incorrección del procedimiento y de la valoración probatoria desarrollados por la a quo, ello no tiene la magnitud ni la capacidad de hacer variar el resultado final de la sentencia dictada en la inferior Instancia, el cual comparto pero por otros fundamentos, conforme lo explico en el punto siguiente.

2.3 – La "injuria" causal del despido

Agravia a la parte demandada que la a quo haya hecho lugar a la demanda en virtud de no haber acreditado el empleador la causal del despido (injuria) oportunamente invocada al resolver el vínculo laboral.

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

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

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

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

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

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

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

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde remitirme al instrumento de fs. 5 que fue el remitido por el empleador el 10/09/2010 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: *"…llevo a su conocimiento lo siguiente: "En la filmación del video de seguridad del día 9 de Junio de 2010 en la secuencia de grabación de aproximadamente entre las 10,00 y las 10,15 hs. en la Sucursal Puerto Madryn en el sector Caja en que Ud. se desempeña, se observa que Ud. toma dinero de la caja que atendía V., sin que éste lo advirtiera, y sin autorización de éste ni existir un acuerdo previo. Tal dinero es luego utilizado para las operaciones normales de la Caja que Ud. atendía, arrojándose al final del día una diferencia en menos la Caja de V. de $ 6.000; aunque no se tenga certeza de si exactamente esa fue la suma que Ud. extrajera contra la voluntad de V. y de un modo contrario a las normas internas al respecto, al menos una parte de esa suma es fruto de su irregular proceder. Tal hecho, constituye un acontecimiento grave que produce la pérdida de confianza, imprescindible en toda relación laboral y más necesaria aun en la actividad bancaria. Este particular acontecimiento, dio origen a la denuncia penal Causa 19.929, radicada por el Sr. V. J.L., por ante el Ministerio Público Fiscal de Puerto Madryn. Asimismo, se le ha garantizado el derecho de defensa en la Investigación Administrativa Nro. 04/10 realizada por la Unidad de Auditoría de esta Entidad, por la cual Ud. prestó declaración explicativa, vio las filmaciones que sindican la irregularidad denunciada, efectuó los descargos legales y tomó vista de las respectivas actuaciones administrativas. Para el Area de Auditoría, resulta debidamente acreditado su accionar, atribuyente de responsabilidad, al retirar dinero de una caja que no es la suya, sin consentimiento del damnificado, no comunicar de la extracción en el transcurso de la jornada laboral y no tener (conforme su declaración), una explicación lógica, razonada y creíble de su actitud. Por ello y dado que lo ocurrido no consiente la continuidad de la relación, comunicamos despido con justa causa por su exclusiva culpa. Está Ud. notificado…".*

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

ídem, 08/11/94, TySS, 1996-40). Por ende, si el empleador es quien dispone el mismo, por las causas que además establecerá con claridad en la notificación, las que no podrá alterar con posterioridad, deberá demostrar la verosimilitud de dichos hechos, con pruebas que resulten eficaces para ello.

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

Teniendo en cuenta lo expuesto y los requisitos exigidos por la LCT sobre el particular, correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente todas las afirmaciones, faltas e imputaciones que contiene el instrumento postal obrante a fs. 5 de autos.

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

omita expresar otras causales de despido, si es que las hubo. Las causales deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento que notifica al dependiente su despido, sin que corresponda “reservarse” el derecho de denunciar otras causales en otro momento o instancia. Por lo tanto, tengo en claro que las únicas causales del despido y que deben aquí analizarse son las que se expresaron en la comunicación remitida al dependiente (fs. 5) y que la demandada debió acreditar fehacientemente en autos para que el despido pueda ser considerado con causa y sin derecho a indemnización por parte del empleado.

La demandada ha dicho que el hecho que constituyó la causal del despido sucedió el día 09 de Junio de 2010, entre las 10,00 y 10,15 hs. y que se encuentra acreditado en el video de seguridad que fuera aportado tanto por el actor como por su parte y agregado en la causa penal (fs. 76 vta.). O sea, la única prueba para acreditar el hecho imputado al actor y que constituyó la causal del despido (injuria) es el video de seguridad.

Sin perjuicio de que, conforme los dichos de la demandada, el video constituye la única prueba relevante y conducente para acreditar la “injuria” que justificó el despido, tengo en cuenta el resto de las pruebas producidas en autos, las que han sido detalladas y descriptas con toda precisión en el voto precedente por la Dra. de Villafañe, lo que torna innecesario reiterarlo aquí.

La queja hace una constante referencia a la prueba del video como reveladora de la “injuria” y de allí que corresponda dar mi posición sobre tal producción probatoria.

El video de seguridad ha sido registrado en un CD incorporado al Caso Penal N° 19.929 y muestra las imágenes del día 9 de Junio de 2010 en el sector cajas de la Suc. Puerto Madryn del banco demandado, en el horario de 10 a 11 hs.

He de anticipar que del análisis detenido que he hecho del mismo, no surge que las imágenes tengan la relevancia que le otorga el empleador, y –lo que es más importante— en modo alguno las mismas conducen a tener por acreditada la imputación que surge del documento obrante a fs. 5 y por la cual se notificó el despido al reclamante. Y aquí está el núcleo probatorio que debió tener en cuenta la demandada para justificar la ruptura del vínculo laboral. Es sabido que si no se acreditan todos y cada uno de los hechos e imputaciones contenidos en la comunicación del despido, el mismo resultará incausado (conf. art. 243 y concs. LCT).

La única imagen más "relevante" muestra que el actor "toca" el cajón de la caja atendida por el Sr. V. y es imposible afirmar que el dinero que arroja U. sobre su caja fue previamente retirado de la caja del Sr. V. La imposibilidad deriva de una razón muy simple: no hay imagen que muestre tal hecho.

Lo que muestra con mucha claridad este video es que en un sector tan importante de la institución se trabaja con mucha desprolijidad. Y digo esto porque es notorio el descuido con que se manejan los cajones de las cajas donde se guarda el dinero (permanecen constantemente abiertos aunque el cajero se retire del lugar). Además, se ve a otras personas del banco que introducen su mano en los cajones de las cajas.

Frente a este clarísimo cuadro de situación, desordenado, desprolijo e inseguro, el Banco ha sostenido que el actor sacó indebidamente dinero de la caja del Sr. V., que ello constituyó "abuso de confianza" y que configuraba causal de despido. Creo que, con el criterio del empleador, se podría haber realizado esta imputación a cualquiera de las personas que aparecen en el video introduciendo sus manos en las cajas, dado que las imágenes que muestran el accionar de U. no son distintas ni más reveladoras que las demás. Es claro: U. no hizo –con relación al cajón de la caja del Sr. V.— ni más ni menos que lo que hicieron otras personas que aparecen en el video, sin embargo, al único que se lo imputó fue a él.

Corresponde destacar que, dentro de la desprolijidad que se observa en el sector, hay un momento (a las 10:48:48) en que el video muestra al actor entregando dinero a V.. A este hecho, el Banco no le dio ninguna relevancia, pero bien pudo tenerla.

De lo hasta aquí expuesto y analizado, surge como inevitable conclusión que la demandada no ha logrado acreditar con el video de seguridad 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 procedente remarcar que los agravios de la recurrente están planteados desde su posición de sostener que el video muestra al demandado tomar dinero de la caja de V. y que la sentenciante ha dicho que ello no ha ocurrido porque el video no muestra tal cosa. O sea, el agravio es casi en su totalidad reiteración de lo expuesto al contestar la demanda, exhibiendo disconformidad y discrepancia con lo decidido en la sentencia, sin agregar nuevos y sólidos ingredientes demostrativos del error de la a quo al decidir como lo ha hecho. Sólo el respeto al principio de la amplitud de criterio para evaluar los agravios, me han conducido al tratamiento del fundamento recursivo, el cual no logra hacer mella en la decisión final de la a quo.

2.4 – <u>El Sumario Administrativo</u>

Agravia a la recurrente que la sentencia de la a quo haya concluido que el Sumario Administrativo estuvo dirigido pura y exclusivamente para cumplir con un formalismo para luego despedir al actor. Según la queja ello es alejado de la realidad y que hay una *"desafortunada frase"* utilizada por el testigo A. en el mail de fs. 98 del Sumario (fs. 231). Agrega que no surge de estas actuaciones que haya existido una voluntad directa de proceder a despedir al actor.

Anticipo que los dichos de la demandada en modo alguno logran desvirtuar las conclusiones de la sentencia en crisis con relación al Sumario bajo análisis. Hace mención la demandada a una "desafortunada frase" utilizada por el Sr. A., sin individualizarla. De todos modos, ello no es suficiente para quitar relevancia a los clarísimos términos que contiene el documento y que muestran cuál fue la real voluntad e intención del Banco para con el aquí actor.

De todos modos, he de dejar sentado que la validez de todo lo actuado en este Sumario se derrumba automáticamente ante el clarísimo texto del instrumento obrante a fs. 9 del mismo y que fuera acompañado como prueba por la parte demandada.

El documento transcribe un mail remitido el 20/07/2010 por el Cr. Ricardo D. A. (Responsable de la Unidad de Auditoría de la Casa Matriz del Banco demandado), que en lo que aquí interesa dice: *"…En la opinión de P. deberíamos llamar mañana a U., mostrarle el video, que de la explicación que quiera y tras ello proceder al despido con justa causa por pérdida de confiaba. La declaración de U. no la considera necesaria previa a la denuncia penal, pero si recomendable antes del despido (tiene 22 años de antigüedad), ya que sin alterar la decisión de efectuar la desvinculación laboral, permitiría conocer con que argumento o explicación podría esgrimir ante un probable juicio laboral en procura de una indemnización. Aguardo cuanto antes su respuesta para citarlo a U. o encomendarle a P. que elabore el texto del despido sin esa declaración…"*.

Resulta a todas luces evidente que la instrucción del Sumario Administrativo fue sólo para cumplir con las formalidades y normas aplicables al caso y que ya estaba decidido cuál sería el final del mismo: el reproche de una conducta ilegítima al dependiente configurativa de injuria suficiente para proceder a su despido con causa. Y ello ya estaba decidido por el empleador con total independencia del descargo y/o defensa que presentara el dependiente. Por lo tanto, ningún valor se le puede dar a estas

actuaciones dado que la Unidad de Auditoria ya tenía de antemano la decisión tomada en favor del Banco y en contra del empleado. Más parcialidad a favor del empleador y falta de garantías para el empleado, imposible.

No cabe otra conclusión ante estas frases que surgen del documento: **a)** *"…deberíamos llamar mañana a U., mostrarle el video, que de la explicación que quiera y tras ello proceder al despido con justa causa…"*; **b)** *"…La declaración de U. no la considera necesaria previa a la denuncia penal…"*; **c)** *"…pero si recomendable antes del despido (tiene 22 años de antigüedad), ya que sin alterar la decisión de efectuar la desvinculación laboral, permitiría conocer con que argumento o explicación podría esgrimir ante un probable juicio laboral en procura de una indemnización…"*; **d)** *"…encomendarle a P. que elabore el texto del despido sin esa declaración…"*.

La sentenciante ha valorado este instrumento en contra de la demandada y el agravio no logra demostrar que no esté aquí claramente volcada la decisión tomada desde el inicio por el Banco demandado en el sentido que, cualquiera fuera la explicación que diera el actor, debía ser despedido con causa.

Lo expuesto me conduce a no admitir la queja tampoco en este punto.

2.5 – <u>El reconocimiento del actor</u>

En lo que hace a la queja vertida por la recurrente en el punto relativo al reconocimiento por el actor de haber tomado el dinero, no encuentro absolutamente nada nuevo en sus dichos que no sea lo que ya expresara sobre el particular al contestar la demanda. Allí hizo mención del reconocimiento de haber tomado el dinero en el procedimiento administrativo; que esa conducta no puede ser dejada sin efecto sin más; que ello es esencial para sellar la suerte de este proceso; que debe aplicarse la doctrina de los actos propios; que el actor ha reconocido con carácter de

confesión extrajudicial; que el actor reconoció en sede administrativa haber tomado el dinero; que ese reconocimiento sucedió a los pocos días del hecho; que es falso que el actor había visto el video una sola vez y que el actor ratificó el reconocimiento en la nota del 05/08/2010.

Es por ello que ninguna significación tiene como agravio esta reiteración ya que no es válido como fundamento recursivo remitirse a anteriores presentaciones o reiterar lo expresado durante el proceso. De todos modos, daré mi respuesta a la quejosa.

En primer lugar, he hecho ya referencia a que la instrucción del Sumario Administrativo en modo alguno ha sido transparente y rodeada de las garantías mínimas que debe tener un trámite de estas características. El sólo hecho de haber tenido el Banco una posición tomada desde el inicio de despedir al dependiente cualquiera fuese la explicación que diera sobre el faltante de caja, avala mi postura. Ante un Sumario teñido inicialmente de parcialidad y animosidad hacia el imputado, sin ninguna de las garantías del debido proceso, mal puede considerarse una "confesión extrajudicial" lo que haya expresado en el mismo el aquí actor.

Debo agregar, con relación a la confesión extrajudicial, que ésta debe ser seria, ya que muchas veces lo que pudiéramos llamar "confesión" no es más que una mera disculpa social (conf. PARRA QUIJANO, J., *"Manual de derecho probatorio"*, pág. 447, 16ª. edic., Librería Edic. del Profesional, Bogotá, 2007). Advierto que la primera declaración del actor fue una *"Declaración Explicativa"* en el Sumario en cuestión (fs.70/72) sobre las escuetas imágenes que se le mostraran del video de seguridad (no vio el video completo sino solamente 28 segundos). Y allí hizo referencia a *"…la única explicación lógica que tienen las imágenes que se me presentan, es que ese dinero que tomo tiene que corresponder a mi caja…"*. No hubo aquí un reconocimiento expreso del hecho imputado por el banco. Es de remarcar que en este acto U. no contó con asesoramiento letrado alguno.

Es por ello que, tratándose sólo de una *"Declaración Explicativa"*, no hay margen para considerarla "confesión extrajudicial"; la misma encajaría más bien en la *"disculpa social"* de la que habla PARRA QUIJANO en su obra supra referida.

Luego, con fecha 05/08/2010, al ser notificado del término acordado para presentar su defensa, dejó sentado el actor una constancia manuscrita (fs. 92) en la que expresa que no se le permitió ver el video de seguridad completo y no admite haber tenido un comportamiento grave en el manejo del dinero sino que se trataron de acciones cotidianas, común entre algunos cajeros.

Con fecha 20/08/2010 el actor solicita una prórroga para presentar su descargo y la autorización para ver el video completo, lo cual le fue concedido y se fijó el 23/08/2010 como fecha máxima para presentar la defensa. Con lo cual es más que evidente que recién el día 20 de Agosto de 2010 el actor fue autorizado para ver el video de seguridad completo.

Al presentar su defensa en sede administrativa con patrocinio letrado (fs. 99/100), no reconoció U. el hecho imputado por el Banco.

Si se tiene en cuenta que la "confesión extrajudicial" ha de ser concluyente (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1969, pág. 454), en modo alguno estamos aquí ante una confesión de esas características, como pretende la recurrente. Y tampoco pueden calificarse los dichos del actor como tal, no solo por la manifiesta irregularidad incurrida por la instrucción en perjuicio del imputado, lo que impregna de ilegitimidad a todas las actuaciones (ausencia de imparcialidad y del cumplimiento de las reglas del debido proceso), sino que tampoco existió un reconocimiento expreso de U. de haber actuado de manera ilegítima como lo acusara la institución demandada.

En virtud de lo expuesto, el agravio bajo análisis no debe admitirse.

2.6 – <u>Conclusión</u>

El juez, cuando evalúa la causal a los efectos de determinar si es suficiente para motivar el distracto, circunscribe la causa al marco descripto por el empleador al producir el despido motivado, todo lo cual se inscribe en el principio de congruencia y de buena fe, y un apartamiento de dichos límites, viola el derecho de defensa y relativiza cualquier defensa, sea por faltad de claridad, sea por no haber mantenido la causal expresada en la notificación del distracto (conf. CNTrab., Sala II, 08/04/09, LLOnline: AR/JUR/5181/2009).

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

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

Es que no habiéndose probado el hecho delictivo y menos que el trabajador dentro del establecimiento realizara actividades de tal carácter, no hay delito que haga desaparecer lo que se ha dado en llamar "presunción de

honradez" ni existe ninguna inobservancia de obligaciones resultantes del contrato de trabajo que configure injuria laboral, resultando incausado el despido (conf. CNTrab., Sala II, 32/04/81, TySS, 1981-298).

Por otra parte, si bien existió un faltante de dinero en una de las cajas, no se produjo prueba suficiente y conducente para demostrar la vinculación entre ese faltante y alguna conducta del trabajador despedido que pueda justificar la decisión rupturista fundada en pérdida de confianza. Por el contrario y teniendo en cuenta que el actor tenía una antigüedad de 23 años, sin que se hayan probado relevantes sanciones disciplinarias previas (sólo fue suspendido por dos llegadas tarde), la demandada habría podido, en todo caso, apelar a una sanción privilegiando la continuidad del contrato (conf. art. 10 LCT).

Ante el cuadro descripto y que surge del proceso, por los fundamentos aquí vertidos y compartiendo los expresados precedentemente por la Sra. Jueza de V., deben ser rechazados los agravios en tratamiento y concluir que el despido ha sido incausado, correspondiendo hacer lugar a la demanda. Así lo voto.

2.7 – <u>Multa Art. 2 Ley 25.323</u>

Agravia a la demandada la aplicación de la multa prevista por el Art. 2 de la Ley 25.323 y solicita se la exima de ella dado que los hechos sometidos a decisión generaron suficiente convicción sobre la legalidad de la medida de despido oportunamente dispuesta por su parte. Además, según la queja, debe evaluarse el reconocimiento expreso realizado por el actor de haber tomado el dinero.

No le asiste razón a la queja. Las características de anormalidad resaltadas precedentemente sobre la instrucción sumarial en sede administrativa, son razones más que suficientes para que no sea procedente eximir a la demandada de la sanción en cuestión. No han sido los hechos los que

determinaron la convicción del despido sino que existió una decisión y determinación inicial del Banco empleador de despedir sin indemnización a un empleado con 23 años de antigüedad imputándole una causal a fin de no indemnizarlo.

En lo que hace al reconocimiento del actor, fue objeto de tratamiento oportuno en este voto, por lo que corresponde remitirme al mismo en orden a la brevedad.

En consecuencia, corresponde rechazar el agravio y confirmar la sentencia en este punto.

2.8 – <u>Daño Moral</u>

Agravia a la demandada la condena a indemnizar el daño moral del actor. Esgrime que no fue el banco quien denunció penalmente al dependiente sino que lo hizo el Sr. V., sin que éste haya sido obligado por la institución para formular su denuncia. El planteo no es admisible.

Tengo en cuenta que de las actuaciones cumplidas en el Sumario Administrativo obra una nota del Abogado Jefe del Banco, de fecha 27/07/2010, dirigida a la Subgerencia General y acompañando copia del CD (video de seguridad), en la que sugiere la radicación de la denuncia penal por el hecho. Además, al pie de este instrumento hay una anotación manuscrita que dice: *"Entregado a F. B. para hacer denuncia en Fiscalía de Pto. Madryn"*. El Sr. B. era a esa fecha el Jefe de Seguridad del Banco.

Tengo presente, también, que al formularse la denuncia por "Hurto" (fs. 82/83 del Sumario Administrativo y Caso 19.929 – Carpeta 3017 – Legajo de Investigación Fiscal) figura en la misma lo siguiente: *"…se indica que en el día de la fecha F. B. quien se desempeña como jefe de seguridad del Banco, hace entrega del C.D. que contiene el video del día de los hechos…"*. O sea, no hay ninguna duda de que el Jefe de Seguridad del Banco demandado fue quien se

presentó ante la Unidad Fiscal en el momento de formularse la denuncia contra el actor y entregó el video de seguridad

Es relevante, también, la declaración testimonial del Sr. V. (fs. 153/155 vta.). Al responder sobre la denuncia penal realizada al actor (4ª. pregunta), dijo: *"…la denuncia la efectuamos en fiscalía, en el momento fui acompañado por la gerenta de la sucursal, el jefe de seguridad del Banco y la asesora legal, la Dra. L. G.…"*; al preguntársele porqué razón radicó la denuncia penal (5ª. pregunta), respondió: *"…Un día llega a mi poder digamos me entregan un mail del directorio del Banco en la cual solicitan efectuar la denuncia… después de la investigación me dan este mail en la cual me solicitan que efectúe la denuncia…"*, preguntado quién le pidió que realice la denuncia por mail, contestó: *"…era un mail del Directorio del Banco…"* y preguntado sobre quién le entregó el mail del Directorio del Banco (6ª. pregunta), dijo: *"el encargado de la sucursal, el contador…"*.

También es relevante en esta cuestión la declaración testimonial de Roxana C. S. (fs. 156/158) quien era Gerente del Banco en la Suc. Puerto Madryn. Al ser preguntada sobre quién indicó realizar la denuncia penal a U. (6ª. pregunta), dijo: *"…en realidad a nosotros nos pide el banco que hagamos una denuncia, o que V. haga una denuncia y al menos yo lo acompañe, cuando digo Banco me refiero a alguien de casa matriz de ahí vino la instrucción…"* y al ser consultada sobre el medio por el cual se efectuó el requerimiento de la casa matriz para que V. efectuara la denuncia penal (7ª. pregunta), contestó: *"…creo que fue a través de un correo electrónico… yo lo tengo no sé si éramos varias personas las destinatarias…"*.

Lo hasta aquí analizado me permite concluir, sin ningún tipo de duda, que la decisión de denunciar penalmente a U. fue tomada por el Banco demandado y ello se materializó a través de uno de sus dependientes, el Sr. V., quien recibió expresas instrucciones en ese sentido y fue acompañado en el momento de presentar la misma por la Gerente de la Sucursal, el Jefe de

Seguridad de la misma y la Asesora Letrada del Banco. Es imposible no advertir en todo este proceder la directa relación entre la denuncia penal realizada por V. y el expreso mandato de su empleador en este sentido. O sea, el Banco decidió denunciar al actor y ello lo concretó a través de uno de sus dependientes (V.).

He de concluir apuntando que despedir por pérdida de confianza basado en un hecho objetivo como ser el faltante de dinero de una de las cajas, de lo que ulteriormente no se aportan pruebas contundentes y certeras, es una antijuridicidad independiente de la que implica el despido unilateral sin causa. Esa ilicitud autónoma es apta para producir en cualquier ser humano común un agravio en su espíritu que debe ser resarcido, pues no está mensurado en la tarifa del art. 245 de la Ley 20.744. La situación se agrava si se tiene en cuenta la denuncia penal por el delito de "Hurto" formulada contra el actor por expresa indicación del empleador, según hemos ya analizado aquí.

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado conducen al rechazo de la queja.

3 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de esta Instancia corresponde imponerlas a la parte demandada que resulta indudablemente vencida en el recurso que se le ha concedido, sin perjuicio de admitirse su queja relacionada a la incorporación indebida de prueba al proceso (art. 69 CPCC).

Los honorarios de los letrados intervinientes por ante esta Alzada, corresponde sean regulados en los porcentuales propuestos en su voto por la Sra. Jueza de V. en virtud de ajustarse ello a las pautas que fija la Ley Arancelaria aplicable.

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

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) CONFIRMAR, parcialmente por otros argumentos, la sentencia de fs.209/216.

2) IMPONER las costas de la Alzada a la recurrente vencida sustancialmente en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados F. A. y M. A. en conjunto y proporción de ley en el 30% y para los letrados M. F. R. y D. E. F. en conjunto y proporción de ley en el 28%. En ambos casos los porcentajes deberán aplicarse sobre los honorarios que resulten determinados en la instancia de grado (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria) y se integraran con el IVA si así correspondiere.

3) De FORMA.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, encontrándose el Dr. Vivas en uso de licencia, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de agosto de 2014.

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, parcialmente por otros argumentos, la sentencia de fs.209/216.

2) IMPONER las costas de la Alzada a la recurrente vencida sustancialmente en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados F. A. y M. A. en conjunto y proporción de ley en el 30% y para los letrados M. F. R. y D. E. F. en conjunto y proporción de ley en el 28%. En ambos casos los porcentajes deberán aplicarse sobre los honorarios que resulten determinados en la instancia de grado (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria) y se integraran con el IVA si así correspondiere.

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.