------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de octubre del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y asistencia de los Dres. Claudio Alejandro Petris y Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"Q. L. E. c/ G. Q. S.A. s/ Laboral"*** (Expte. N° 134/14 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 303 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC– , correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT - FLASS - PETRIS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia registrada bajo el n° 46/2014, de fecha 06/08/2014 y que obra a fs. 272/278 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-------

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada en función de haber sido apelada por la demandada y por la actora (recursos concedidos a fs. 283) la sentencia definitiva que se agrega a fs. 272/278vta., la que resolvió: I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda laboral impetrada por el Sr. L. E. Q. contra "*G. Q. S.A.*" y en su consecuencia condenó a esta última a abonar al primero la suma que indica correspondiente a los rubros que refiere, fijando los intereses, dentro del plazo que determina y bajo apercibimiento de ejecución; II.- Imponer las costas del proceso a la demandada vencida; y III.- regular los honorarios de los profesionales que participaron de este proceso.----------

------Los agravios deducidos por el actor apelante lucen en el memorial que se agrega a fs. 285 y vta., y no merecieron la réplica de la apelada.----------

------Las quejas de la demandada apelante constan en el memorial agregado a fs. 288/289vta., y conforme al traslado dispuesto a fs. 291, tuvieron respuesta del actor apelado, la que luce agregada a fs. 292/293.----------

------Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 312, y practicado a fs. 313 el sorteo que dispone el art. 271, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274, ambos del rito provincial y en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna

provincial, anticipando que las quejas serán tratadas alterando el orden en que han sido propuestas a esta Alzada, toda vez que estimo oportuno atender en primer término las deducidas por la demandada vencida, atendiendo la incidencia que pudieren tener sobre las impetradas por el actor.----------

------2. Así, y en ocasión de expresar sus quejas la demandada apelante, refiere como agravio genérico el rechazo del magistrado a la causal de despido invocada por su parte en ocasión de concluir la relación laboral habida entre las partes, sosteniendo el juez apelado que no se logró acreditar la injuria invocada y que en su consecuencia torna injustificado el despido instrumentado haciendo operativas las indemnizaciones de ley (v. fs. 288 LOS AGRAVIOS). Para fundar su crítica indica que el judiciante parte de un error conceptual al analizar los hechos que dieron razón al despido, desprendiéndose del contexto en que aquéllos sucedieron. Insiste en que la rotura de una herramienta no fue la causa exclusiva del despido sino la temperamental actitud asumida por el trabajador, la que por su reiteración implicó una constante desviación de sus deberes de conducta y buena fe laboral. Se agravia también que el juez al analizar la injuria del trabajador no tome en cuenta las conductas anteriores al hecho de la rotura de la herramienta, las que a juicio del apelante han quedado debidamente acreditadas con los dichos de los testigos, infiriendo que ellas fueron introducidas en la contestación de demanda y no antes. Refiere que la sentencia se divorcia del principio de buena fe laboral pretendiendo se ventilen en esta sede los detalles de una conducta vergonzante del actor en su desempeño laboral. Reproduce los dichos de los testigos ofrecidos por su parte. Menciona que la circunstancia que no existan acreditadas en autos sanciones documentadas anteriores al despido no implican en modo alguno que no deban tenerse en cuenta para analizar la injuria, para concluir que el despido aparece así plenamente justificado y solicita se revoque el decisorio hoy puesto en crisis.----------

------Iniciando el tratamiento de su impugnación, se impone a mi juicio realizar algunas consideraciones. Tengo para mí que cuando se invoca como causal de despido una injuria que no está constituida por un acto único y determinado capaz de revestir *per se* entidad y gravedad suficiente como para autorizar la máxima sanción en forma instantánea, es dable exigir una

intimación previa con el objeto de dejar a salvo el principio de buena fe y, fundamentalmente, el de la subjetividad de la injuria. También, que el despido por justa causa dispuesto por el empleador, además de comunicarse por escrito, debe expresar con expresión y redacción suficientemente clara los motivos en que se funda, y en el supuesto de demanda del trabajador y por imperio de lo dispuesto en el art. 243 de la Ley Nro. 20.744 de Contrato de Trabajo (en adelante: LCT), no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en la comunicación respectiva.----------
---

------En su consecuencia, entiendo que la presente litis se encuentra en cierta forma "*encorsetada*" a acreditar, debatir y ponderar la razonabilidad de aquella causal invocada en la comunicación del distracto y ella y sólo ella, será la cuestión nuclear a considerar al momento de resolver, tal y como lo ha hecho el judicante del grado anterior.----------

------Así las cosas, la invocación en ocasión de contestar demanda de la existencia de hechos antecedentes no documentados y que justificarían –a juicio de la propia empleadora - la severidad de la decisión asumida por la accionada resultan extemporáneas y desajustadas a lo prescripto por el mencionado art. 243 LCT, toda vez que el principio de buena fe laboral impone, a mi criterio, que el empleador aplique una suerte de progresividad en el nivel de severidad de las sanciones que invoca, apercibiendo en tiempo oportuno de la decisión que adoptará en el futuro la misma empleadora, ello a fin de permitir una eventual reflexión y variación positiva en la conducta del trabajador que habilite la continuidad del contrato laboral que los une.--

------En su función, siendo la causal principal y determinante invocada por la empleadora demandada para interrumpir el vínculo laboral la de haber procedido "*a la ruptura de la herramienta laboral 'ZORRA HIDRÁULICA', producto de un incorrecto uso, forzando la misma adrede e intencionalmente no obstante llamados de atención de sus superiores*" (tal cual reza la misiva de despido cursada cuya copia se agrega a fs. 5) y ponderando que las sanciones efectivamente acreditadas (v. fs. 59/60) corresponden a conductas diferentes a las invocadas en misiva y en contestación de demanda, estimo que el agravio, tal y como fue planteado a esta alzada no puede prosperar, pues, como lo vengo diciendo, este Tribunal se encuentra constreñido –dentro del agravio propuesto por la apelante - a

ponderar la causal invocada en su comunicación que pone fin a la relación laboral y mensurar su razonabilidad y gravedad suficiente para atentar contra la continuidad de la relación laboral habida, circunstancia que ha llegado firme a esta Alzada. Así lo voto.----------

------3. Corresponde a esta altura ponderar las quejas de la actora apelante. De su memorial (v. fs. 285 y vta.), surge un único agravio, el que sobreviene en virtud de no haber el Sr. juez apelado condenado como diferencia salarial por el rubro "*zona inhóspita*", el que resulta a su criterio de aplicación por imperio del art. 52 del CCT 77/89. La norma citada puntualmente dispone: "*Artículo 52°- Zonas inhóspitas: Las empresas abonarán a sus trabajadores un adicional del treinta por ciento (30%) sobre los sueldos o salarios básicos cuando el establecimiento se encuentre radicado en zona inhóspita, entendiéndose por tal, lugares que por su naturaleza o crudeza climática provoquen situaciones de inconfort que requieren del trabajador y su familia, sacrificios personales y/o económicos y donde además no existen, dentro de un radio de más de 10 kilómetros, escuelas, hospitales, ni se desarrollen actividades administrativas públicas, siendo condición para la percepción de este adicional que el trabajador tenga que residir, con su familia o individualmente, en la definida como zona inhóspita.*" -----

------La norma cuya aplicación invoca el apelante exige dos extremos a los fines de su aplicación: a) que no existan dentro de un radio de 10 km. del lugar de prestación de su capacidad laboral, escuelas, hospitales ni se desarrollen actividades administrativas, erigiéndose el lugar por su naturaleza o crudeza climática en un sitio de incomodidad para el trabajador y su familia, exigiéndole sacrificios personales y económicos a fin de acceder a aquéllas facilidades; y b) que sea condición para el desenvolvimiento de la actividad laboral del trabajador que deba residir con su familia o individualmente en la denominada zona inhóspita.----------

------Entiendo que la acreditación del primero de ellos surge de la informativa que se agrega a fs. 153, mas no advierto actividad probatoria del actor en orden a acreditar que ha debido radicarse en aquella zona inhóspita a fin de poder cumplir sus tareas.----------

------En consecuencia, voy a coincidir con el judicante apelado en el sentido que no corresponde liquidar el rubro así reclamado. Sucede que la actividad probatoria de los hechos invocados y controvertidos se erige en una carga

procesal, y en tanto carga procesal constituye un imperativo del propio interés. En su función, quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo (art. 386 CPCC en función de la remisión contenida en el art. 73 Ley XIV N° 1 DJP), se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. Por ello, estimo que el agravio no puede prosperar, y así lo voto.----------

------4. Resta referir las costas de esta instancia. A su respecto, y atendiendo al resultado arribado, estimo que corresponde imponerlas a la demandada vencida, por imperio del principio alojado en el art. 57 de la Ley XIV N° 1 DJP de Procedimiento Laboral. Así lo voto también.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

------El Dr. Früchtenicht reseñó con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones obrantes en autos y corresponde analizar los agravios expresados:----------

------1) La causal de despido:----------

-----El Sr. Juez de la anterior instancia consideró injustificado el despido en atención a las siguientes consideraciones: **1)** la demandada no logró probar que el trabajador hubiera tenido, anteriormente, conductas similares a las que motivaron el despido (insultos a la patronal y a sus compañeros), pues las sanciones previas obedecían a otras causales (llegar tarde y retirarse anticipadamente); **2)** no logró probar el demandado que la rotura de la zorra hidráulica fuera intencional; **3)** tampoco logró probar que, cuando se sancionó al trabajador por la rotura, este hubiera proferido insultos contra su empleador; **4)** las agresiones anteriores solo fueron introducidas al contestar demanda, pues la carta de despido nada dice al respecto; 5) según el reglamento interno la sanción por rotura de máquinas es el descuento de haberes y no el despido----------

------De todo ello se agravia la demandada recurrente. En primer lugar sostiene que la rotura de la máquina debió valorarse conjuntamente con la reacción hostil descripta por los testigos y que ella es suficiente, por sí misma, para justificar el despido. En segundo lugar dice que debieron tomarse en cuenta las actitudes hostiles anteriores. En tercer lugar aduce que la ausencia de sanciones anteriores no impide tener en cuenta la conducta previa.----------

-------Para resolver el presente caso es necesario invocar cuatro principios del poder disciplinario laboral. El primero es el de la proporcionalidad entre la sanción y la falta cometida. El segundo de ellos es la progresividad y para esto han de tenerse en cuenta las sanciones anteriores por conductas similares. En tercer lugar, si del convenio colectivo o del reglamento interno surge un procedimiento especial, el empleador debe respetarlo y el trabajador debe someterse a él. En cuarto lugar, no debe variarse la causa del despido expresada al momento de la ruptura y es carga del empleador probar los hechos que motivaron esta última.----------

------Según la carta documento obrante a fs. 5 el despido se produjo por la rotura **intencional** de una zorra hidráulica, los **insultos proferidos** al momento de notificársele la sanción por tal motivo; las **sanciones anteriores** por incorrecto desempeño.----------

------Concretamente la demandada debía probar que: **1)** el empleado rompió una zorra hidráulica; **2)** que la rotura fue intencional, **3)** que el empleado tenía sanciones anteriores por mal desempeño, **4)** que al momento de notificar la sanción insultó a su empleador.----------

------Una vez acreditados los extremos anteriormente expuestos, el Sr. Juez de la primera instancia debía valorar si la sanción máxima (despido) era proporcional a la falta cometida y probada.----------

------En autos solo se probó la rotura de la zorra hidráulica mas no se pudo acreditar la intencionalidad de tal hecho. Tampoco se pudo probar que, al momento de notificarse la sanción por tal rotura, el empleado hubiera insultado a la patronal.----------

------De los testimonios invocados por la recurrente surge que Q., en ocasiones anteriores, había roto intencionalmente elementos de la empresa, mas ningún testigo dice que la rotura de la zorra hidráulica fuera intencional y no cabe presumir tal circunstancia. Si en su momento, cuando el actor rompió intencionalmente teclas de luz o pateó cajas, se lo hubiera despedido, quizás el despido hubiera resultado justificado, pero no ahora y no por esta causa, pues la sanción no cumpliría con el requisito de contemporaneidad y se estaría variando la causa expresada en telegrama de despido.----------

-------Tampoco logró probar la demandada que cuando notificó a Q. la sanción por la rotura de la zorra hidráulica, este último haya proferido

insultos en su contra y la hipótesis de la recurrente, según la cual la omisión de los testigos obedeció a que por pudor no podían reproducir frases obscenas, tampoco resulta creíble pues bien pudieron aludir a ellas sin repetirlas.----------

------Reitero, según las constancias de autos, lo único probado es la rotura de la zorra hidráulica mas no así la intencionalidad o los insultos que siguieron a ella.----------

------Corresponde ahora expedirme respecto al segundo test de procedencia y que consiste en analizar la proporcionalidad entre la sanción aplicada, el hecho probado y las sanciones anteriores.----------

------La sola rotura de una máquina, descartando el dolo que no logró probarse y los insultos posteriores que tampoco pudieron acreditarse, es insuficiente para justificar el despido, pues el reglamento interno prevé otro tipo de sanción para esta circunstancia, tal como dijo el a quo y no rebatió el recurrente. La circunstancia de que el empleado, en otras ocasiones hubiera llegado tarde o se hubiera retirado temprano no justifican, ahora, la sanción máxima que es el despido.----------

------Por lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me procediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------2) El adicional por zona inhóspita:----------

------El Sr. Juez de la anterior instancia rechaza el pago de adicional por "zona inhóspita" (art. 52 CCT nº 77/89) en atención a que es requisito para su procedencia, la prueba de que el trabajador estuvo constreñido a residir en dicha zona.----------

------De ello se agravia la actora recurrente. Sostiene que el lugar de residencia del trabajador quedó acreditado, con la documental obrante en autos.----------

------No puede prosperar el agravio pues adolece de insuficiencia argumental.----------

------La sentencia apelada no pone en duda cual es el lugar de residencia del trabajador sino la necesidad de residir allí y es esto último lo que debió rebatir el recurrente.----------

------Dicho de otra forma, si la actora pretendía modificar la sentencia apelada debió explicar que, según las constancias de autos, el Sr. Q. estaba constreñido a habitar en las cercanías de la demandada. No lo hizo.--

------Concretamente, no basta con probar que el trabajador vivía en la zona inhóspita sino que era carga acreditar que **debía** vivir allí por razones de trabajo. Adviértase que el concepto de "zona inhóspita" es descripto en el convenio colectivo de trabajo como aquella que queda a más de 10 km de un centro poblado y G. Q. S.A. se encuentra a solo 13 km. de "El Hoyo". La escasa diferencia no permite tener por probada en forma indiciaria la necesidad de residir allí. Distinto es el caso de la llamada "zona desfavorable" (con la que la recurrente pretende equiparación) pues esta última rige para una amplia región del país y es evidente que quien trabaja allí no puede trasladarse todo los días desde otra región.----------

-------Tampoco hay prueba en autos (o al menos la actora no la invoca) respecto a que el Sr. Q. hubiera mudado su lugar de residencia al momento de comenzar a trabajar para la demandada lo cual es esencial pues, repito, según el convenio colectivo de trabajo no basta con que la empresa esté en zona inhóspita o que el trabajador more en ella. Lo esencial es que se encuentre OBLIGADO residir en zona rural por razones del trabajo.---------

---

------Por lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia y no obstante haber vencimientos parciales y mutuos, aquellas deben ser impuestas a la demandada vencida en autos conforme a la particular distribución de costas que rige en materia laboral, tal como este Tribunal lo dijo reiteradamente. Así lo voto.----------

------**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo**:----

------Conforme a lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 57 Ley XIV N° 1 DJP), conforme lo expuesto en el punto 4.- de mi voto; **III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. F. Á.en el 5,25 % y los de los Dres. H. R. C. y A.L. R., en conjunto y proporciones de ley, en el 4.25

%, en ambos casos del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdts. de la Ley del Arancel), por su actuación en esta instancia, debiendo tenerse presente los mínimos dispuestos en los arts. 6 bis y 7 del mismo plexo normativo y **IV.- TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal planteado.----------
---

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Atento a lo manifestado al votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada, registrada bajo el N° 46/14 de fecha 06/08/14 y que obra a fs. 272/278 vta.; **II.- IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida; **III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. F. Á. en el 5,25 %, y los de los Dres. H. R. C. y A. L. R., en conjunto y proporciones de ley, en el 4.25 %, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular del monto del proceso que se determine (art. 13 de la Ley del Arancel), por la tarea desarrollada en esta Alzada, haciendo constar que en caso de no alcanzarse, al momento de su cuantificación, la suma de 8 JUS, los honorarios se elevarán automáticamente a dicha suma conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia y **IV.- TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal planteado.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada, registrada bajo el N° 46/14 de fecha 06/08/14 y que obra a fs. 272/278 vta.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida (art. 57 Ley XIV N° 1 DJP).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. F. Á. en el 5,25 % y los de los Dres. H. R. C. y A. L. R., en conjunto y proporciones de ley, en el 4.25 %, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular del monto del proceso que se determine (art. 13 de la Ley del Arancel), por la tarea desarrollada en esta Alzada, haciendo constar que en caso de no

alcanzarse, al momento de su cuantificación, la suma de 8 JUS, los honorarios se elevarán automáticamente a dicha suma conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------

------**IV.- TENER PRESENTE** la reserva del Caso Federal planteado.------

------**V.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del DJP) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Alejandro Petris de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 271, última parte del CPCC.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2014. CONSTE.-