En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de marzo del año 2015, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"O. A. J. c/ A. D. S. S.A. s/ cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. Nº 314/2014)**, venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 10202/2011) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTION**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 440.

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

1 – Antecedentes

Se encuentran a estudio de esta Alzada las presentes actuaciones a los efectos de tratar el recurso de apelación que ha interpuesto la parte demandada (fs. 419) contra la sentencia dictada en primera Instancia a fs. 409/416 vta., y el cual le fuera concedido a fs. 420. Expresó agravios la recurrente a fs. 424/428 vta., siendo contestado por la contraria a fs. 432/435 vta. el traslado que se confiriera de los mismos.

2 – La Sentencia

La sentencia dictada en la Instancia originaria hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a A. d. S. S.A. a abonar a A. J. O., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de $ 191.555,12.- (Ciento noventa

y un mil quinientos cincuenta y cinco pesos con 12/100), con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde la exigibilidad de cada crédito hasta su total y efectiva cancelación; impuso las costas del proceso a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Según la Magistrada a quo, la cuestión a dilucidar se centra en la configuración o no de la causal de "pérdida de confianza" imputada al actor por su empleadora en la comunicación rescisoria de fs. 6.

Evaluó la a quo los testimonios de M., M. y L., los que consideró categóricos y convincentes. Tuvo en cuenta, también, que la empleadora no acompañó la documentación a la que hizo referencia en la notificación del despido, señalando que sólo adjuntó una fotocopia de boleto de compraventa sin membrete y sin firmas a la vista, cuya autenticidad fue negada por la actora, la cual carece de valor probatorio.

Remarca la sentencia que la demandada debió aportar pruebas contundentes y certeras y que tampoco arrimó las pruebas que dieran sustento a lo imputado en el apartado "d)" de la notificación del despido. Es por ello que concluyó afirmando la sentenciante que al no demostrarse la participación del actor en la conducta que se le imputa en la comunicación del despido, la denuncia pierde sustento fáctico y el despido deviene sin causa, por lo que admitió el pago de las indemnizaciones legales por despido incausado.

De conformidad con el dictamen Pericial Contable, admitió el reclamo por "diferencias salariales" y también lo reclamado por "Anticipo de Haberes" al no acreditar la empleadora que los había abonado al reclamante.

Hizo lugar la a quo al incremento indemnizatorio que contempla el Art. 2 de la Ley 25.323 y al agravamiento previsto en el Art. 1 de la misma norma por

deficiente registración del vínculo, conforme lo que surge del dictamen pericial contable sobre operaciones realizadas por el actor antes de la fecha del alta.

Con respecto a la pretensión del pago de los salarios en base a la norma del art. 213 LCT, admitió la misma por haber sido despedido encontrándose el actor en reposo por prescripción médica.

No admitió la condena al pago de la multa prevista en el art. 45 de la Ley 25.345 por no haberse cumplido con el requisito de la previa intimación fehaciente al empleador conforme el art. 80 LCT.

Por último, condenó a la demandada a indemnizar con $ 30.000.- el "Daño Moral" causado al actor, considerando doloso el hecho cometido por la demandada al despedir al actor conociendo la dolencia que el mismo padecía y por la cual debía ser sometido a una intervención quirúrgica tres días después del despido.

3 – <u>Agravios de la parte demandada</u>

3.1) Agravia a la demandada que la sentencia recurrida haya considerado *"deficientemente registrada"* la relación laboral con el actor.

Refiere la prueba confesional producida en autos y que el actor en la primera posición que se le formulara ("que su relación laboral con A. d. S. S.A. siempre estuvo debidamente registrada"), contestó: "no sé". Según la queja, la respuesta evasiva debe ser interpretada de modo asertivo, haciendo mención de los art. 417 del CPCC, 44 y 73 de la Ley XIV N° 1. Con relación a la prueba pericial contable en la que se basó la a quo, dice que el registro de dos operaciones imputadas al actor con inicio el 22/12/2008 no implica que efectivamente el mismo iniciara tareas antes de su fecha de ingreso y si nadie vio a Orozco trabajando en la empresa antes del 2 de Enero de 2009, el

registro del sistema SIAC no constituye prueba idónea para acreditar una deficiente registración.

Agrega que resulta inconcebible que si O. ingresó a trabajar el 26/05/2008, no exista en tan extenso tiempo un solo registro de una operación, con lo cual es evidente que la carga en el sistema SIAC puede deberse a una operación iniciada por otro vendedor pero asignada al actor a su ingreso. Culmina el punto afirmando que nada demostró la actora para acreditar que su ingreso fuera anterior al 02/01/2009.

3.2) El segundo agravio está planteado con relación a la *"causal del despido"*. Expresa su disconformidad con la apreciación de la prueba realizada por la a quo y considera sin fundamento haber descartado la declaración de la testigo P. R., lo cual constituye para la demandada un supuesto de arbitrariedad sentencial.

Destaca que O. no podía decidir operaciones por su cuenta y que el mismo reconoció que había participado en una operación comercial no autorizada, lo cual permite tener por acreditado una confesión extrajudicial. Se queja también de que la declaración de la testigo M. no haya sido considerada por la a quo; insiste en que todos los testigos idóneos concuerdan en que todas las operaciones de automotores nuevos o usados debían estar autorizadas por el gerente; que O. reconoció a P. R. que la operación había sido cumplida por él mismo y que en el sistema SIAC que registra el movimiento interno de la empresa y en el que se cargan todas las operaciones, la camioneta Toyota Hilux *** *** nunca estuvo incorporada, lo cual demuestra que el actor operó en forma paralela a la empresa incurriendo en la ilegalidad del art. 88 LCT.

3.3) El tercer agravio está planteado con relación a *"los pagos no registrados"*. Menciona la declaración testimonial de M. quien dijo que la empresa abonaba las comisiones parte en blanco y parte en negro, pero considera que su testimonio decrece ya que no puede desconocer otras cuestiones relacionadas con los ingresos del actor tales como los múltiples embargos que pesaban sobre sus remuneraciones. Este desconocimiento -afirma- desmiente la veracidad del testigo al respecto.
Después hace referencia a la declaración testimonial de G. P..

Con respecto a los *"adelanto de haberes"*, refiere la declaración de la testigo P. R. y afirma que los anticipos o adelantos de haberes al actor se realizaban con un pago en efectivo por caja de la sucursal suscribiendo en la ocasión un vale o recibo cuyo importe luego se reflejaba en el recibo de haberes.

3.4) Culmina sus fundamentos expresando que la indemnización por *"Daño Moral"* ha sido mal concedida.

Afirma que el despido fue dispuesto por una irregularidad inaceptable y dolosa del trabajador; que el hecho de que O. tuviere afectada en ese tiempo una rodilla no implica que la empleadora obrare antijurídicamente; que no existe un solo elemento que demuestre que el actor se haya visto seriamente afectado por el despido ni que sufriere afecciones más allá de las que cubre la LCT con sus indemnizaciones; que no hay relación de causalidad entre la afección de rodilla, el despido y el daño moral; que la responsabilidad debe encuadrarse en el ámbito contractual y ello sitúa el análisis en el contexto del art. 522 del Cód. Civil; que el actor no acreditó ninguna aflicción personal; que no hubo perjuicios para la reinserción del trabajador en otra concesionaria de automóviles de esta ciudad; que este daño sólo resulta

resarcible en la medida en que exista una relación directa entre el despido y el padecimiento sufrido y que no existiendo dado no hay
nada que reparar.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>Deficiente registración laboral</u>

Según la queja, debió aplicarse la norma del art. 417 del ritual a la respuesta dada por el actor al responder a la primera posición (prueba Confesional) e interpretar la respuesta de modo asertivo.

Conforme surge de fs. 198/199 la primera posición formulada al actor fue: *"Para que jure como cierto que su relación laboral con A. d. S. S.A. siempre estuvo debidamente registrada"*, a lo que el absolvente contestó: *"No lo sé"*.

Ahora bien, la norma del art. 417 del CPCC referida en el agravio, es muy clara al disponer que *"…Cuando el absolvente manifestare no recordar el hecho acerca del cual se le pregunta, el juez lo tendrá por confeso en la sentencia, siempre que las circunstancias hicieren inverosímil la contestación"*. En este caso, el actor no respondió que *"no recordaba"* el hecho referido en la posición sino que *"no lo sabía"*. Es más que obvio que no es lo mismo *"no recordar"* que *"no saber"*.

Por lo tanto, no encontrándose el caso comprendido en la norma procesal pertinente ni resultando inverosímil la contestación, es improcedente lo pretendido por la quejosa.

Por otra parte, no dejo de lado que la posición analizada y que se le formulara al actor, en modo alguno está referida *"a la actuación personal del absolvente"*, conforme lo exige la norma del art. 415 del ritual, por lo que no debió admitirse su formulación.

Luego refiere la demandada que en la audiencia del 06/09/2012 su parte exhibió el Libro especial del art. 52 LCT, sin que la parte actora formulara

objeción alguna. Esto no agrega nada en favor de la posición de la recurrente porque los libros de la empleadora, aun llevados en legal forma, no hacen plena prueba de su contenido si existen otros elementos de juicio que los contradigan, pues los datos allí volcados son inoponibles al trabajador, puesto que las registraciones contables son unilaterales (conf. CNTrab., Sala VII, 25/04/02, DT, 2002-B-1971). Por lo tanto, no tiene el Libro referido el valor probatorio pretendido en favor de la postura de la empleadora.

El comentario que hace posteriormente la recurrente sobre la Pericia Contable no deja de ser una muestra de su postura discrepante con la decisión de la a quo sobre el punto en tratamiento. Según la demandada, la registración de dos operaciones en el sistema SIAC de la empresa con inicio el 22/12/2008 no implica que efectivamente el actor iniciara las tareas antes de la fecha registrada de su ingreso (02/01/2009). Estas expresiones sólo constituyen una posición o interpretación particular de la empleadora sobre el valor probatorio de estas registraciones que no coincide con la de la sentenciante, pero no incorpora nada nuevo a la problemática.

Las demás consideraciones que hace la recurrente en cuanto a que pasó un largo tiempo sin que se registraran operaciones y que la operación pudo haber sido iniciada por otro vendedor y asignada luego a O., son simples conjeturas sin ningún tipo de base que las sustenten y de allí que no sean atendibles.

Sin perjuicio de que la demandada no explica las razones por las que no debió otorgarse valor probatorio al dictamen pericial contable en esta cuestión, no puedo pasar por alto lo que surge de la declaración de la testigo P. G. R.. La misma, al ser interrogada por las generales de la ley, manifestó que: *"conoce al actor porque trabajaba en A. d. S., lo conoció en el año a inicios del*

2008 a 2011 en el mes de mayo aproximadamente, la dicente también trabajaba en A. d. S.. La dicente era responsable de recursos humanos de la empresa y el actor vendedor…" (fs. 254). Como vemos, esta testigo, propuesta por la demandada y responsable de recursos humanos de la empresa, declaró que el actor comenzó a trabajar para la demandada aproximadamente en el mes de Mayo del año 2008.

A la luz de las constancias de autos, considero que no hay nada más que agregar sobre el punto para decidir el rechazo del agravio tratado.

4.2 – <u>La causal del despido</u>

Agravia a la recurrente la valoración de la prueba realizada por la a quo y particularmente la "testimonial".

Sabido es que, como regla, el juez tiene el deber de apreciar la prueba, lo que no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados sino la de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes o esenciales. Así no es indispensable el examen particular y pormenorizado de cada una de las pruebas, bastando con que en un análisis integral, que debe presumirse afrontado, los jueces indiquen las piezas decisivas en las cuales hacen descansar sus conclusiones.

Precisamente, la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras, que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente a tal efecto que haga referencia expresa a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1972, I,

pág. 128; 1972, III, pág. 22; 1975, pág. 835; 1976, I, pág. 184; 1976, II, pág. 394; 1976, III, pág. 122; DJBA 120, págs. 11, 63 y 106; Ac. y Sent., 1986, III, pág. 575; Ac. y Sent. 1977, I, pág. 296; I, pág. 325; 1979, I, pág. 519; 1986, III, pág. 575; Ac. y Sent. 1973, II, pág. 717; 1974, II, pág. 727; 1977, II, pág. 179; 1977, III, pág. 777; 1978, I, pág. 885; 1979, I, pág. 416; entre otros). Por lo tanto, la crítica sobre este punto no debe ser atendida.

En lo que hace al agravio relacionado directamente con la prueba "testimonial" producida en autos, sabido es que tienen los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, DJBA, 114, pág. 354; ED, 79-447). La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción

de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Civ.Com.Morón, JA, 1975, 28, pág. 403 y La Ley, 1975-A, 843, sum. 749).

Ahora bien, teniendo en cuenta los dichos de la quejosa, es menester tener presente que quien sostiene que en la apreciación de la prueba de testigos se han infringido las reglas de la sana crítica, tiene el ineludible deber de demostrar que el juez no ha tenido en consideración alguno o algunos de aquellos factores, que de haber sido contemplados, hubiesen determinado una distinta solución. Es por ello que no se consuma una infracción de las leyes que rigen la prueba por el solo hecho de que se haya dado mayor fe al dicho de un testigo que al de otro por motivos razonables (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, pág. 144; 1964, III, pág. 539; 1976, II, pág. 151).

Haciendo mención a los testimonios de R. y F., afirma la agraviada que ello permite tener por acreditado una *"confesión extrajudicial"* conforme el art. 429 del ritual; lo expuesto alude a los dichos de O. reconociéndole a R. que la operación había sido cumplida por él mismo, según lo declarado por ésta en autos.

Este supuesto que refiere el agravio, constituye tan sólo fuente de presunción simple, debiendo ser corroborado por otros medios probatorios. Ello excluye toda posibilidad de que se le atribuya el carácter de presunción legal o, lo que importa más, de prueba legal (conf. SENTIS MELENDO, S., *"La prueba…"*, pág. 131). Es que, al no ser prestada frente a la parte contraria o a quien la represente, ha faltado la indispensable conciencia de que se está proporcionando una evidencia susceptible de producir al declarante consecuencias jurídicas perjudiciales (conf. ALSINA, *"Tratado…"*, T. III, pág. 387; MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *"Códigos…"*, T. V-B, pág. 131).

Es por lo expuesto que se ha resuelto que la confesión hecha fuera de juicio a un tercero constituye sólo fuente de presunción simple (art. 425, último apartado, Cód. Proc.; art. 429 CPCC Pcial.) (conf. CNCiv., Sala E, 27/08/79, La Ley, 1979-D, 344), que llega a alcanzar gran fuerza cuando está corroborada por otras circunstancias (conf. CNCiv., Sala B, 05/11/69, La Ley, 140-85 o JA, 1969, 6 pág. 17 o ED, 34-452). Los dichos del actor referidos por la testigo a los que hace referencia la queja, no se encuentran corroborados en autos por otras pruebas o circunstancias y de allí que todo lo alegado en el agravio sobre la *"confesión extrajudicial"* deviene inaplicable en el caso. Los agravios hasta aquí analizados no logran conmover la decisión de la a quo y de allí que corresponda su rechazo.

Todo lo demás que se expone en este punto de la queja constituye una clara discrepancia o diversidad de opinión sobre la conclusión de la sentencia en

crisis y de allí que no llegue a configurar un agravio digno de análisis en esta Instancia (art. 268 CPCC).

Advierto que la a quo dejó sentado que la demandada no aportó la prueba documental mencionada en la comunicación del despido (punto "c") que supuestamente comprometería a O. y ello no ha sido rebatido. Ha dicho la sentenciante que lo que evidentemente debió acreditar la accionada es la negociación por cuenta propia -maniobras comerciales imputadas a O.- por las que se lo involucró en la pieza postal de fs. 6, y para ello debió aportar pruebas contundentes y certeras. Esto tampoco está rebatido.

Y dijo también la sentencia en crisis que la demandada no arrimó las pruebas que dieran sustento a lo imputado a O. en el punto "d" de la comunicación del despido, lo que no ha merecido ataque fundado en la apelación. Ante la falta de sólida impugnación por parte de la recurrente,

las mencionadas conclusiones han adquirido firmeza y de allí la inconsistencia del agravio que debe ser declarado desierto en esta sección de la fundamentación recursiva (arts. 268, 269 CPCC).

4.3 – <u>Los pagos no registrados</u>

Lo expuesto por la queja en este punto con relación a la declaración testimonial de M. constituye una simple apreciación personal de la demandada sin ninguna relevancia como agravio. Por otra parte, la

sentencia recurrida ha sido clara en el punto al destacar que del dictamen Pericial Contable surge que *"no se expusieron constancias, ni surge de los depósitos en cuenta bancaria de los "Anticipos de haberes"*, lo cual no ha sido desvirtuado por la recurrente.

Lo expuesto conduce a considerar desierto el recurso en este punto (arts.

268, 269 CPCC).

4.4 – <u>El Daño Moral</u>

La indemnización tarifada prevista en el art. 245 LCT, cubre todos los daños derivados del despido arbitrario, pero existen excepciones en las que no puede soslayarse que las imputaciones que efectúa el empleador al dependiente causan un grave menoscabo a los legítimos sentimientos de éste y a su buen nombre y honor y el empleador hubiese incurrido en un ilícito susceptible de reparación extracontractual.

Por ello, cuando la empleadora tiene conductas injuriantes autónomas, agraviantes o lesivas del honor de su dependiente, tal daño debe ser resarcido como lo sería igualmente de no haber existido el vínculo. Una interpretación distinta desvirtuaría los principios y fundamentos del derecho de daños que tiene plena aplicación en el derecho del trabajo y enriquece el especial reconocimiento del trabajo digno (conf. FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., *"Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales"*, pág. 719, Ed. La Ley).

En casos excepcionales, necesariamente debe reconocerse un monto adicional a la indemnización prevista en la L.C.T. por el "daño moral" que se produce como consecuencia de una relación laboral. La jurisprudencia ha receptado el incremento señalado en aquellos supuestos en los cuales se imputa falsamente un delito o se haya incurrido en conductas configurativas de acoso moral, acoso sexual, hostigamiento, maltrato y discriminación. Estos supuestos originan responsabilidad extracontractual que tienen autonomía respecto de la tarifa del despido pues, podría hacerse valer por los dependientes con abstracción de la cesantía. En estos supuestos debe considerarse la afectación personal del trabajador y la repercusión de

la conducta del empleador en el medio social y laboral de que se trate (conf. FERNANDEZ MADRID, ob. cit., págs. 719/720).

Frente a los principios que acabo de referir, es procedente remitirnos al escrito inicial a fin de constatar los fundamentos en los que se basa el reclamo indemnizatorio del actor en este caso. Allí se ha dicho que *"…se despidió al actor estando convaleciente, luego de su intervención quirúrgica…*; que "…*Ello importa una conducta antijurídica, que abre el camino a la reparación del Daño Moral…por quedar sin trabajo, y sin remuneración…"*; que se trató de *"…Una impotencia difícil de sobrellevar para un empleado que subsiste de su remuneración y que de un día para el otro se ve improductivo, y vedado de la percepción de su salario…"*; y que *"…dicho padecimiento atacó directamente la moral de Orozco provocándole una padecimiento que debe ser resarcido…"* (fs. 51 vta.).

Es claro que de los términos expuestos por el reclamante no surge que nos encontremos ante un supuesto en los cuales su empleador le haya imputado falsamente la comisión de un delito o que el mismo haya incurrido en conductas configurativas de acoso moral, acoso sexual, hostigamiento, maltrato o discriminación. Adelanto mi opinión en el sentido de que aquí ya está sellada la suerte del reclamo en cuestión.

Bien se ha dicho que el empleador no se obliga contractualmente y en concreto, a dar ocupación efectiva hasta que el trabajador alcance las condiciones de entrar en situación de pasividad, sin perjuicio de que el derecho conciba a la expectativa del dependiente como un interés jurídicamente protegido cuya afectación deba ser resarcida por quien la perturbe, a la manera de lo que sucede con los factores de atribución objetivos de responsabilidad, que no requieren de la culpa o el dolo.

(conf. VAZQUEZ, G.A., *"Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho del Trabajo – Responsabilidad Civil y Penal en el Derecho Laboral"*, T. I, Vol. 7, pág. 56, Ed. La Ley).

Por cierto que lo que acabo de expresar no significa que se excluyan los reclamos basados en el derecho civil en base a lo normado por la L.C.T. (conf. arts. 24, 95 y 97) o los que están fuera del alcance normativo del art. 245 LCT, conforme lo expuesto precedentemente.

He destacado al enumerar los agravios que, en este punto, la demandada afirma que la indemnización por Daño Moral ha sido mal concedida por la a quo, que no existe un solo elemento que demuestre que O. se vio seriamente afectado por el despido ni que sufriere aflicciones más allá de las que cubre la LCT con sus indemnizaciones y que al estar enmarcado el conflicto en el ámbito contractual, sólo resulta resarcible en la medida en que exista una relación directa entre el despido y el padecimiento sufrido ya que sin daño no hay nada que reparar.

Tengo en cuenta que, conforme la normativa del art. 245 LCT, todos los perjuicios generados por el distracto laboral deben ser resarcidos por la vía de la indemnización tarifada de la citada norma legal, situación que impide reclamar mayores daños o eximirse de responsabilidad indemnizatoria acreditando que la cesantía no produjo ninguno. Es decir, que el monto tarifado que fija la presente ley, resarce el daño material y moral producido por el despido (conf. CNTrab., Sala I, 28/02/2006, La Ley 2006-C, 754).

Es por lo hasta aquí expuesto que considero improcedente el reclamo del trabajador por Daño Moral y su consiguiente admisión por parte de la sentencia dictada en la Instancia originaria, pues no surge de la comunicación rescisoria de la empleadora que se haya atribuido al actor participación alguna en la comisión de un delito, sino simplemente la

omisión de cumplimiento de uno de los deberes a su cargo, configurativo de pérdida de confianza, y en tales condiciones no se advierten motivos que lleven a pensar que la reparación del art. 245 LCT resulte insuficiente para resarcir los perjuicios que derivaron del despido.

Es de una claridad meridiana que no surge acreditado en autos que el despido causara *un gran menoscabo en los legítimos sentimientos del reclamante y/o que haya producido un desmedro y desconsideración a su persona dentro del ámbito laboral, familiar y social*, tal como se afirma en la sentencia recurrida. Y de allí que no sea procedente confirmar esta decisión.

En estos casos el criterio debe ser restrictivo y limitativo y la víctima debe probar en forma clara, terminante y precisa el nexo causal entre el hecho y el daño. Surge de autos que tal producción probatoria no ha sido cumplimentada en el caso por el reclamante. Por lo tanto, no cabe sino concluir que el reclamo no debió ser admitido.

La sentencia ha hecho lugar a la indemnización del rubro bajo análisis no obstante los claros principios doctrinarios y jurisprudenciales que rigen sobre la cuestión y la carencia de prueba suficiente por parte del reclamante que avale su pretensión. De allí que no comparta la decisión de la a quo, la que propongo sea revocada por esta Alzada admitiendo los agravios en tratamiento.

5 – <u>Conclusión</u>

De conformidad con lo expuesto y fundamentado he de proponer al Acuerdo revocar la sentencia recurrida en cuanto ha hecho lugar a la indemnización por Daño Moral a favor del actor, confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Es mi voto.

6 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

La revocación parcial de la sentencia recurrida hace procedente cumplimentar lo dispuesto por la norma del art. 282 del ritual.

En materia laboral el principio objetivo de la derrota debe ser interpretado de acuerdo con el sentido protectorio que tiene el derecho del trabajo. Con este enclave se afirma que por el solo hecho de no cumplir el empleador con las obligaciones a su cargo y obligar al trabajador a presentar su demanda ante la justicia, le corresponde el cargo de las costas aunque la acción no prospere en todo lo reclamado (conf. Cám. 1ª. Trab. Paraná, 30/05/80, SP La Ley, 981-231).

En base a lo expuesto, lo cual es un criterio ya fijado por esta Cámara (ver: *"B., L.A. c/ B., A. s/ Cobro de Pesos"*, 11/06/2013, Reg. N° 43/13 SD; *"F., P.I. c/ R., J.L. s/ Cobro de Pesos"*, 28/11/2013, Reg. N° 92/13 SD y

"P., R.L. c/ P. H. S.A. s/ Cobro de Pesos", 20/02/2014, Reg. N° 06/14 SD; entre otros), considero que no hay razones para efectuar una nueva distribución de las costas, correspondiendo confirmar el decisorio de la inferior con respecto a la imposición de costas y regulación de honorarios.

Así lo voto.

7 – <u>Las costas de la Alzada</u>

Teniendo en cuenta el resultado final del recurso concedido a la parte demandada, considero que las costas de esta Instancia deben ser impuestas en un 80% a la recurrente y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. V. A. F. y S. L. F., apoderados del actor, en el 30% en conjunto, del importe que les corresponda por su labor en primera Instancia y los de los Dres. A. M. S. y A. P. A., apoderados de la demandada, en el 27% en conjunto, del importe que les corresponda por su

labor en la Instancia originaria; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Mi colega de Sala se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de la parte demandada, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del C.P.C.C. en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

2.1.

Se agravia la accionada por entender que la afirmación de la sentencia, en cuanto a que la relación laboral se encontraba deficitariamente registrada, se encuentra desmentida por la respuesta dada por el actor en la contestación a la primera posición. Entiende que la misma tiene el carácter de evasiva y por lo tanto debe ser interpretada de modo asertivo, en los términos del art. 417 del CPCC.

Además de lo señalado por el Dr. Fiordelisi en el voto anterior, en cuanto a que no es lo mismo "*no recordar*" que "*desconocer"*, he de agregar que la

mencionada norma, dispone en su segunda parte, que el juez tendrá por confeso al absolvente cuando éste manifestara *no recordar* el hecho acerca del que se le pregunta, siempre que las circunstancias hicieran inverosímil la repuesta.

Según surge del acta de fs. 198/199 la respuesta del actor a la primera posición formulada lejos está de conformar la circunstancia que describe el art. 417, del CPCC. Al responder "*no lo sé*" expresa su desconocimiento ante un hecho que difiere de ser personal en los términos del art. 415 CPCC, es decir aquél en el que ha participado o ha estado presente.

De tal suerte que, si tenemos en cuenta que la contestación a la posición mencionada se refiere a un hecho que no es personal, no habrá de considerarse ninguna inverosimilitud en tal afirmación, tal como lo pretende la demandada.

Además, habrá de recordarse que la confesión ficta sólo adquiere plena eficacia cuando se refiere a hechos personales del absolvente y no existen en el expediente pruebas que la contradigan pues el juzgador debe tener en cuenta las circunstancias de la causa (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala III, "L., V. y otra c. Giraudo, Miguel A.", 30/06/1997, LLLitoral 1998-2 , 215, La Ley, 1998-F , 875 , AR/JUR/4771/1997). De allí que resulta inadmisible el argumento de la queja en tal sentido.

En cuanto al libro del art. 52, LCT a que se refiere el agravio, vale señalar que el hecho que la actora no objetara la exhibición del libro especial del art. 52 LCT no constituye prueba idónea, en tanto al ser registraciones unilaterales, resultan ser inoponibles al accionante. Los libros, aún llevados en legal forma, no hacen plena prueba de su contenido si existen otros elementos de juicio que los contradicen, ya que los datos allí volcados, por

emanar exclusivamente del empleador son inoponibles al dependiente (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, "Cristaldo, Andrés c. Frigorífico Morrone S.A. ", 30/10/2003, LLBA 2004, 314, AR/JUR/5094/2003)

Coincidiré con el Sr. Vocal preopinante que las consideraciones efectuadas por la apelante en cuanto a lo informado por la pericial contable sobre la existencia de operaciones, a nombre del actor, registradas en el sistema operativo de la empresa (SIAC) con anterioridad a la fecha de alta del mismo, no dejan de ser meras expresiones que constituyen una interpretación de los hechos carente de fundamentación, pero en nada rebaten las afirmaciones sentenciales por tratarse de una postura de la recurrente.

En tal orden de ideas es dable destacar también la declaración testimonial de la responsable de recursos humanos de la demandada (fs. 254), quien afirma, tal como lo señala el Dr. Fiordelisi en su voto anterior, que el actor comenzó a trabajar para la accionada en el mes de mayo de 2008.

En razón de lo hasta aquí expuesto y coincidiendo con los fundamentos precedentemente expuestos por el Magistrado preopinante, he de proponer el rechazo del agravio bajo análisis.

2.2.

El apelante reprocha a la sentencia su error sobre la arbitraria valoración de la prueba testimonial rendida.

La tarea de analizar el material probatorio y evaluar la conducta de las partes se encuentra reservada a la función axiológica de los jueces de grado, y sus conclusiones no son revisables salvo que se acredite la existencia de absurdo en la apreciación de los hechos y las pruebas.

Ha señalado esta Cámara en reiteradas oportunidades que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, por lo que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (cfr. SDL 09/10, SDL 15 /2010, SDL 28/2010, SDL 71/2011, entre otras).

En concordancia con el principio general emanado del art. 390 del CPCC, se subordina la apreciación de la prueba testimonial a las reglas de la sana crítica. El magistrado goza de amplias facultades: admite o rechaza la que su justo criterio le indique como acreedora de mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito obrantes en el expediente (cfr. Fenochietto-Arazi, "*Código Procesal Comentado*", Tomo 2, pág. 446).

Por otra parte se ha dicho que no satisface adecuadamente la carga procesal pertinente, el escrito que ahonda en el análisis de las probanzas rendidas pero no puntualiza equivocaciones en el razonamiento del juez (cfr. CNCiv., Sala B, 20/12/74 JA, 1975, 27 pag.209; LL 1975-B, pag. 865, 32.408-S; idem, Sala E, 14/08/75, LL1976-B, pag. 429, 33.466-S).

La apelante hace alusión de las declaraciones testimoniales rendidas por R. y F., interpretando que de las mismas surge la existencia de una confesión extrajudicial, en los términos del art. 429 del CPCC, en cuanto al reconocimiento del actor en el sentido de haber efectuado la operación de venta sin que la demandada tuviese conocimiento de la misma.

La confesión extrajudicial efectuada frente a un tercero tiene el carácter de presunción simple, ya que "…*al no estar prestada frente a la parte contraria o*

quien la represente ha faltado la indispensable conciencia de que se está proporcionando una evidencia susceptible de producir al declarante consecuencias jurídicas perjudiciales." (Morello.Passi Lanza-Sosa-Berizonce, Códigos, T° V p. 397).

El artículo citado del Código de rito en su último párrafo dispone que "*La confesión hecha fuera de juicio a un tercero, constituirá fuente de presunción simple*" por lo que la misma sólo puede llegar a tener eficacia probatoria si se ve ratificada por otros medios de prueba que se rindan en autos y sirvan para formar la convicción del juzgador, cosa que no ha sucedido en autos. De tal suerte que la pretendida confesión extrajudicial no se ve corroborada por ningún otro medio probatorio que la dote de la eficacia probatoria necesaria para conmover el fallo atacado (arg. art. 381, del CPCC).

Por su parte, la demandada no ha aportado la documental que mencionara en la misiva obrante a fs. 6, mediante la cual debía acreditar la conducta desleal que se le imputaba al actor para con la Empresa, extremo éste que fuera advertido en la pieza decisoria. Ningún embate ensayó la recurrente en ese aspecto, y por lo tanto tales afirmaciones del decisorio han quedado firmes a su respecto. Esta parcela de la queja debe ser desestimada.

2.3.

También soy de opinión coincidente con el Sr. Juez de voto anterior en cuanto a que la recurrente esgrime una personal valoración de la prueba testimonial de M., sin dejar de señalar que no hizo uso del derecho que le confieren los arts. 34, ley XIV n° 1, y el art. 460, del CPCC.

Por lo demás, frente a las afirmaciones del decisorio con apoyatura en la pericia contable que dan cuenta de la inexistencia de depósitos en concepto de "anticipo de haberes", la recurrente ninguna crítica razonada y concreta

ensayó. En tal aspecto, la pericial contable de autos informó, al referirse al cobro por parte del actor de los rubros descontados mes a mes, que la demandada "…*no expuso, ni exhibió otros recibos o comprobantes que respalden el pago de los haberes descontados de los recibos de sueldos incorporados en autos*." (fs.322) para expresar posteriormente que "*No se expusieron constancias, ni surge de los depósitos en cuenta bancaria, de los "Anticipos de Haberes*" (cod. 0491)" (fs. 322 vta.). Es más. Ni siquiera objetó las conclusiones periciales que sirvieron de base al pronunciamiento.

Mal puede pretender, entonces, conmover el decisorio de autos con conclusiones personales en base a las afirmaciones testimoniales de Rocha, en cuanto a que los anticipos eran percibidos por caja de la sucursal, en efectivo.

Considero que este acápite de la queja debe ser desestimado.

2.4.

Considera finalmente la demandada que el daño moral solicitado fue mal concedido en clara violación al sistema tarifado de indemnizaciones que rige en la materia. Sostiene que se ha acreditado suficientemente la pérdida de confianza oportunamente invocada para el despido.

El decisorio en crisis admitió este rubro con fundamento en el dolo del empleador derivado de la dolencia física que aquejaba al actor al tiempo de su despido, sustentando su tesitura en el certificado médico obrante a fs. 44, conforme lo solicitado en la demanda.

Para el análisis de este rubro, debo comenzar señalando que cierto es que la tarifa de la ley aplicable a este caso no viene a resarcir necesariamente a todos los daños contractuales, cuando en rigor sólo lo hace a uno de ellos, es decir, al atinente a la frustración de la vocación de permanencia inherente a toda

relación laboral considerada en sí misma, pues pueden verificarse otros incumplimientos autónomos a deberes específicos de las partes que excepcionalmente también se encuentran tarifados (vgr. art. 80, LCT), pero que en general no reciben previsión laboral alguna que descarte, por especialidad, la actuación del Derecho común. (cfr. Machado, José, Ojeda Raúl, Ackerman, Mario, "Las indemnizaciones debidas como consecuencia de la extinción de la relación de trabajo" en "Tratado de Derecho del Trabajo", T° IV. Mario Ackerman – Director – Ed. Rubinzal

Culzoni, p. 408).

Lo cierto es que, a falta de previsión legal, no queda otro remedio, mal que les pese a algunos, que acudir a las normas de derecho común.

Ante la ausencia de previsión legal especial, los menoscabos resarcibles, cualquiera sea la ocasión laboral en que se produzcan, quedan regidos por la normativa del Derecho común.

De allí que debe descartarse la doctrina de que las imprevisiones del legislador laboral conducen a una zona de impunidad de los

incumplimientos del empleador, o en su caso, del trabajador (Machado, Ackerman y Ojeda, op. cit, nota al pie, p. 407).

Sentado ello, cabe señalar que no hay pacífica opinión de la doctrina acerca de la fuente normativa en la que abreva este tipo de resarcimientos.

No obstante, con independencia de esa discusión, no debe olvidarse que, sea como sea, y se discuta si la indemnización por daño moral en esta parcela del Derecho responde a una fuente contractual o extracontractual es que, para su admisibilidad, habrán de encontrarse acreditados en todos los casos los presupuestos de la responsabilidad civil, conforme las disposiciones del derecho común.

Con esto quiero decir que no es posible acceder a la indemnización por daño moral, si no resultan verificados los presupuestos de hecho a los que la ley civil subordina la obligación de indemnizar (cfr. SCBA LP L 116578 S 13/11/2013 "Olivan, Horacio Oscar c/Ferro Expreso Pampeano S.A. s/Despido ").

Por otra parte debe hacerse notar que una cosa es la esencia del daño, lo que lo define como tal (en el caso del perjuicio moral: un estado espiritual disvalioso) y otra los requisitos de su reparación, que deben concurrir para que todo daño sea resarcible: en cuanto a su proveniencia (lesión de un interés protegido jurídicamente), titularidad (pertenencia del interés lesionado) y vinculación con el hecho fuente (relación de causalidad) (cfr. Zavala de González, Matilde, " Daños a las personas" – Integridad psicofísica", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p. 33).

A poco de analizar los antecedentes de autos, se advierte que se encuentra ausente la prueba de la relación de causalidad adecuada, que conecte que ese daño al que se refiere la pieza decisoria anterior con el despido analizado.

No debe olvidarse que no todo daño es indemnizable, como normalmente no es indemnizable tampoco todo el daño causado. Ello, es consecuencia de que el derecho ha establecido un sistema de imputación de consecuencias en los arts. 901 a 906, Cód. Civil, que no hace otra cosa que cortar la imputación de consecuencias hasta donde alcanza el nexo causal adecuado con la conducta del dañador (cfr. Trigo Represas y López Mesa, "Tratado de la Responsabilidad Civil", T° II, La ley, p. 45).

Con ello quiero significar que no surge de autos una sola prueba que acredite que las afecciones físicas que padecía el actor al momento del despido, ajenas al vínculo laboral que lo unía con el demandado, hubieran incidido negativamente en su espíritu o en su ánimo.

De tal guisa se desprende que la ausencia de tal requisito alcanza y sobra para desestimar el rubro, siendo a mi juicio abstracto el análisis acerca de si hubo o no hubo dolo, tal como se ocupa de analizar el decisorio anterior.

El agravio debe ser admitido y revocada la sentencia en este aspecto.

De tal suerte que en un todo de acuerdo con la opinión de mi colega de Cámara, propongo admitir los agravios y en consecuencia revocar el decisorio del *a quo* en lo que hace al rubro de trato.

3.

Coincido con el Dr. Fiordelisi que las costas de la Instancia deben ser soportadas por la demandada (art. 69, del CPCC), por lo que no cabe readecuación en los términos del art. 282, del CPCC. La misma suerte ha de correr la regulación de los honorarios fijados en esa sede.

4.

Respecto de las costas de esta Instancia, también coincido con el Sr. Magistrado de voto anterior que las mismas han de ser soportadas en el 80% a cargo del recurrente y en el 20% a cargo de la parte actora (art. 72, del CPCC). Los honorarios de los profesionales intervinientes deben ser fijados, por su labor en la Alzada en el modo en que lo practica el Dr. Fiordelisi.

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

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

De ser compartidos mis fundamentos por el resto de los Sres. Jueces integrantes de este Cuerpo, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: REVOCAR la sentencia dictada a fs. 409/416 vta. en cuanto ha admitido la indemnización por Daño Moral a favor del actor, desestimándose dicho reclamo.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

Tercero: NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS de la Primera Instancia (art. 282 CPCC), confirmándose lo decidido en este aspecto por la sentencia recurrida.

Cuarto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente forma: en un 80% a la recurrente y en un 20% a la parte actora (arts. 69, 72 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. V. A. F. y S. L. F., apoderados del actor, en el 30% en conjunto, del importe que les corresponda por su labor en primera Instancia y los de los Dres. A. M. S. y A. P. A., apoderados de la demandada, en el 27% en conjunto, del importe que les corresponda por su labor en la Instancia originaria; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el

pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.
Así lo voto

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

Puerto Madryn, de marzo de 2015.

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

Primero: REVOCAR la sentencia dictada a fs. 409/416 vta. en cuanto ha admitido la indemnización por Daño Moral a favor del actor, desestimándose dicho reclamo.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

Tercero: NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS de la Primera Instancia (art. 282 CPCC), confirmándose lo decidido en este aspecto por la sentencia recurrida.

Cuarto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente forma: en un 80% a la recurrente y en un 20% a la parte actora (arts. 69, 72 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. V. A. F. y S. L. F., apoderados del actor, en el 30% en conjunto, del importe que les corresponda por su labor en primera Instancia y los de los Dres. A. M. S. y A. P. A., apoderados de la demandada, en el 27% en conjunto, del importe que les corresponda por su labor en la Instancia originaria; en todos los casos, sin perjuicio de lo

dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>Quinto</u>: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.