En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P., H. A. c/ I. C. S.A. s/ Cobro de**

pesos e indem. de ley "(Expte. N° 227 Año 2016) venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N°10107/15), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.116.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 2 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 88/95 vta., la cual fue apelada a fs. 99 por la parte demandada, siéndole concedido el recurso a fs. 100. Expresó agravios la recurrente a fs. 101/105 vta., siendo contestado por la contraria a fs. 107/108 vta. el traslado conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia dictada en la instancia de origen hizo lugar a la demanda condenando a I. C. S.A. a abonar a H. A. P., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de $ 135.399,21.- más intereses a la tasa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas desde la exigibilidad de cada crédito y hasta su cancelación; impuso las costas a la demandada y reguló los

honorarios de los profesionales intervinientes.
Tratándose el caso de un despido con causa dispuesto por la demandada, la a quo dejó sentado que quien invoca una justa causa de despido debe probarla, por lo que correspondía a la demandada demostrar la conducta del trabajador que consideró injuriosa a sus intereses. Luego del análisis de las pruebas producidas en autos, ha dicho la a quo que la accionada no logró satisfacer la carga probatoria en relación a los hechos imputados en la comunicación rescisoria de fecha 06/11/2012 (fs. 3). Destacó que del análisis de los testimonios aportados al proceso no surgen comprobados los hechos que comprometen la responsabilidad contractual de la actora y concluyó que valoradas las pruebas esenciales, surge que la demandada no ha probado la justa causa de cesantía de P. por lo que el despido sin
causa lo legitima para percibir las indemnizaciones legales a su favor.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) Agravia a la demandada que la sentenciante la condena al pago de las indemnizaciones de ley vinculadas con el distracto laboral del accionante considerando que la Sra. Magistrada de grado ha merituado parcialmente la prueba obrante en autos.
Esgrime que no existe prueba que permita colegir en forma concreta, precisa y determinante que fuera consentida la ejecución de tareas por parte del actor para otro empleador como, asimismo, alega que la actora no acreditó haber compensado dicho tiempo.
Ante la omisión de denunciar el horario habitual que debía cumplir el Sr. P., cuestión destacada por la a quo en la sentencia en crisis, considera la apelante que tal extremo se encontró plenamente acreditado tanto por el reconocimiento del actor exteriorizado en el escrito de demanda como por la prueba testimonial. En base a ello, se agravia la parte por la conclusión en

tal sentido del sentenciante, en cuanto toma como indicio negativo la conducta procesal imputada a la apelante cuando, según su entender, el tema del horario de trabajo no había sido un hecho controvertido.

Considera que la Magistrada de grado confundió los hechos controvertidos atento que, la falta laboral que le imputaran al actor al momento del distracto, fue el desempeño de tareas para otro empleador en parte del horario en la que la demandada le estaba pagando su salario.

En cuanto a la flexibilización horaria del actor, aduce que ello no implicaba consentimiento a pagar el salario sin que labore.

Concluye que no resultaba necesario intimar al actor, previo al distracto con causa, para que cese en su conducta atento que la falta imputada provocó una injuria de tal gravedad que impidió la prosecución del contrato de trabajo.

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

4.1 – <u>El despido del actor</u>

A) Agravia a la demandada que la a quo no haya considerado justificado el despido oportunamente dispuesto con respecto al actor de autos.

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. 3 del Expte. N° 10085/13 "P. c/ I. C. SA s/ accion de reinstalación" que corre por cuerda, que es el redactado por la empleadora para notificar a la actora la causal de su despido ya que ello demarcará -según hemos visto- el campo dentro del cual las partes

dirimirán el conflicto planteado en autos.

En tal sentido, el distracto fue comunicado en los siguientes términos: *"… Habiendo tomado conocimiento en la fecha que, dentro del horario normal y habitual de su puesta a disposición de su fuerza de trabajo para esta empresa Ud. desempeña otras tareas en otro medio de difusión sin consentimiento ni autorización haciendo asimismo abandono de su lugar de trabajo, hechos que configuran grave falta de conducta laboral que impide la prosecución del contrato*

de trabajo notificamos su despido con justa causa. Liquidación final y

certificaciones a su disposición dentro del plazo de ley…".

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); esta Cámara in re: *"Correia"*, cit.).

B) En el caso en tratamiento, ante la imputación de hechos graves que constituyen "injuria" por parte de la empleadora hacia su empleado y la negativa de éste sobre ello, era la demandada quien tenía a su cargo demostrar los hechos que constituyen la "injuria" imputada al actor a fin de que quedara justificado el despido oportunamente dispuesto.

Es por ello que correspondía aquí a la empleadora probar en forma clara, terminante y fehaciente lo siguiente:

1) Que el 6 de noviembre de 2012 tomó conocimiento de los hechos que fundaron la injuria; y
2) Que el actor desempeñaba tareas en otro medio de difusión sin su consentimiento ni autorización durante la jornada de trabajo normal y

habitual en la que el actor ponía a disposición su fuerza de trabajo.

La norma del art. 242 LCT establece dos requisitos formales a que debe sujetarse la denuncia del contrato de trabajo, con invocación de justa causa: a) que la comunicación se curse por escrito (recaudo cumplido en este caso) y b) que en el instrumento se consigne la *"expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato"* -recaudo a priori incumplido en este caso, destacando en tal sentido que en la misiva no se individualiza, por ejemplo, cual era la empresa a la que se hace mención. Esta forma exigida por la ley es una forma *ad solemnitatem* y no solamente *ad probationem* (conf. LOPEZ - CENTENO - FERNANDEZ MADRID, *"Ley de Contrato de Trabajo"*, T. II, pág. 1225).

Cuando se omitieren las formas exigidas por el artículo en una denuncia motivada, ella será eficaz como acto unilateral extintivo de la relación, pero no tendrá validez como invocación de justa causa de rescisión contractual (conf. HERRERA, en VAZQUEZ VIALARD (Dir.), *"Tratado"*, T. 5, pág. 367; ETALA, C.A., *"Contrato de Trabajo"*, pág. 661, Ed. Astrea).

Lo hasta aquí expuesto ya sería fundamento suficiente para quitarle validez a la comunicación para justificar la "justa causa" del despido del actor.

C) Más allá de las cuestiones previamente destacadas, tengo en claro que la única causal del despido que debe aquí analizarse es la que he precedentemente detallado y que surge de la comunicación de fs. 3. Ella es la 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.

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

Ahora bien, como sanción disciplinaria el despido está sometido a la

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

Debemos tener en claro -lo he dicho supra- que en estos casos el *onus probandi* está a cargo de quien invoca los hechos.

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

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

D) Respecto a las circunstancias alegadas en la misiva, se debe establecer preliminarmente la fecha en la que el empleador toma conocimiento de los hechos en los que funda su injuria.

En el envío postal por medio del cual notificó el distracto con causa, alegó la demandada que ello ocurrió el mismo día de imposición, es decir, el 6 de noviembre de 2012.

Adelanto que dicho extremo no ha sido acreditado. Por el contrario, los elementos probatorios incorporados a la causa permiten aseverar que ello no se ajusta a la realidad de los hechos acaecidos.

El testigo M. indicó a fs. 51 que *"… como no me gusta tocarle la gente a nadie fui a hablar con S. a Trelew. Solicitándole si no me permitía que trabajara conmigo a la mañana. Sé que él podía variar su horario. El Sr. S. accedió a que trabajara conmigo hasta la diez de la mañana. Tuve el consentimiento de que trabajara conmigo hasta las diez de la mañana y después iba al diario el Chubut…"*.

Dicho testimonio no fue materia de impugnación. Destaco que del poder adjuntado por la demandada a fas. 19/21 surge que J. M. S. es miembro del Directorio de la empresa aquí demandada.

Asimismo, el testigo B., quien fuera ofrecido por la demandada y reconoce haber sido compañero del actor en el Diario El Chubut, al ser preguntado por el motivo por el cual el Sr. P. ingresaba en el horario que indicó en su declaración, afirmó: *"… porque trabajaba en otro medio, en una radio…"* (fs. 64).

Asimismo, destacó tener conocimiento que las labores desarrolladas en dicha empresa eran periodísticas *"… por algunos audios que me mandaban…"* (fs. 64 vta).

Finalmente, la demandada en su contestación reconoce que *"…la propaganda de FM Vinilo que efectuara en el matutino "El Chubut" y la inobservancia, de parte de la dirección del diario, de que se incluía al accionante en la programación de la radio, para nada implica consentimiento a que el actor labore en dicha emisora y/o que posteriormente, no pueda ejercer su derecho de extinguir el contrato de trabajo con invocación de causa…" (fs. 25 vta).*

Por lo tanto, surgiendo de autos: a) que el Sr. S. -miembro del Directorio de la demandada- fue informado de la labor que desempeñaría en la radio el actor previo al inicio de la misma, b) el reconocimiento de la demandada que en el matutino se publicaba propaganda de la programación de la radio, en la que se incluía al Sr. P. como periodista de la misma y c) el conocimiento por parte de los empleados de su labor en la radio; cabe concluir que era un hecho de notorio conocimiento, previo a la remisión de la misiva rupturista, la situación fáctica que da sustento a la injuria invocada.

Ante la evidente ausencia de contemporaneidad entre la toma de conocimiento del hecho denunciado y el despido, cabe considerar no solo que el mismo no ha sido oportuno sino que, asimismo, ha existido un consentimiento tácito del empleador de la situación luego denunciada.

Aún si existiera duda sobre la existencia o no consentimiento, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia considera en forma conteste que "…*la exclusividad no es una nota distintiva del contrato de trabajo*…" (ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, 08/06/2011. "Oddi Ademar Aníbal c. Urbano Express Argentina S.A. s/despido". Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/31072/2011).

En tal sentido, la demandada no manifestó ni acreditó haber celebrado con el actor un pacto de exclusividad. La situación denunciada por el apelante no constituye un incumplimiento en el marco del contrato de trabajo celebrado, ni en el contexto general del tipo de actividad que se trata. Se debe entender, entonces, que el empleado se encontraba habilitado para desempeñar labores ante otro empleador.

En un caso con similares aristas, se ha resuelto que "…*resulta injustificado el despido de un periodista, con fundamento en las causales de competencia desleal, violación de confidencialidad y lealtad, por prestar servicios para el diario de la competencia, toda vez que no se han comprobado dichas causales, ya que la prueba*

testifical resulta coincidente en dar noticia cierta que la demandada tenía conocimiento que el trabajador laboraba en alguna otra empresa del medio dado que ello constituía una tácita costumbre instalada en la empresa sin que se infiera de las constancias probatorias que el empleador hubiera celebrado con el actor algún pacto de exclusividad…" (conf. CNTrab., Sala VII, 21/09/2011, DJ 28/12/2011, 68. Cita Online: AR/JUR/60988/2011).

Como previamente he dicho, bien pudieron -y debieron- haber plasmado inequívocamente los términos del contrato de trabajo individual. No lo hicieron, y por lo tanto, es mi parecer que nada obstaba a que el Sr. P. tuviera libre disposición para desempeñar otras labores. El acceso a un segundo empleo no se encontraba prohibido cuando, insisto, no fue pactada la exclusividad de los servicios.

En cuanto a la alegada superposición de la jornada de trabajo entre los empleos del actor, el propio demandado a fs. 22 vta. -cuando niega los hechos argumentados por el actor en el libelo de inicio expresamente dijo que *"…no es cierto el horario que afirma haber desarrollado tareas…"* afirmando a continuación, que *"… el accionante tenía plena libertad horaria y jamás se controló su ingreso y egreso…"* (fs. 22 vta).

En consecuencia, la postura asumida en la expresión de agravios, mediante la cual intenta tener por acreditado el horario de trabajo mediante las manifestaciones del actor en el escrito de demanda resulta contraria a la asumida al contestar la demanda.

Afirmar lo contrario implicaría la violación de elementales deberes de buena fe y de la doctrina elaborada respecto de los actos propios (todo ello traducido en la fórmula *venire contra factum propium non valet*). La teoría sustenta la regla de que nadie puede ejercitar un derecho, aún cuando el mismo sea perfectamente lícito cuando su pretensión es abiertamente contradictoria con su propia conducta anterior.

Ahora bien, el demandado no se limitó a formular una negativa sino que reconoce expresamente que el actor tenía plena libertad horaria. El reconocimiento convierte el hecho admitido en no controvertido y libera de la carga probatoria.

Por ende, reconocida que fuera la libertad horaria del actor, mal puede el apelante alegar una superposición de las labores desarrolladas en ambos medios.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el presente agravio de la apelante.

5 – <u>Conclusión</u>

En atención a que los agravios constituyen la medida y el alcance del recurso concedido a la recurrente y que los expuestos no logran hacer mella en la sentencia en crisis, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Es mi voto.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Procede imponer las costas de la Alzada a la parte demandada en su calidad de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. R. O. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. F. A. A., letrado apoderado del actor, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

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

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

El despido del Sr. H. P. fue dispuesto por I. C. S.A. en los términos de la carta documento OCA que obra a fs. 3 de los autos que corren por cuerda "P., H. A. C/ I.

C. S.A.S/ Acción de reinstalación" (Expte. N° 10085 Año 2013). Allí se consignó *"Habiendo tomado conocimiento en la fecha que, dentro del horario normal y habitual de su puesta a disposición de su fuerza de trabajo para esta empresa Ud. desempeña otras tareas en otro medio de difusión sin consentimiento ni autorización haciendo asimismo abandono de su lugar de trabajo, hechos que configuran grave falta de conducta laboral que impide la prosecución del contrato de trabajo notificamos su despido con justa causa. Liquidación final y certificaciones a su disposición dentro del plazo de ley…".*

Desestimada la acción de reinstalación, P. reclamó en este proceso las indemnizaciones por despido que entiende incausado.

La magistrada de grado admitió la demanda y los agravios, en los términos que ha dejado relacionados el magistrado que me antecede en el voto, están dirigidos a revocar tal decisión.

La cuestión a dilucidar entonces, se centra en la configuración o no de la causal de injuria con relación al comportamiento del actor, en los términos del art. 242 de la LCT, lo cual traerá como consecuencia, una concreta definición sobre si ha existido justa causa de despido y, por ende, falta de derecho a un reclamo indemnizatorio.

El art. 242 de la LCT ha dispuesto el término injuria a efectos de caracterizar la justa causa de despido, además de establecer que esta última debe ser grave. En líneas generales, se ha dicho que la injuria que configura la justa causa de despido consiste en un *"...daño, material, físico o moral, producido por la conducta de una de las partes y que afecta gravemente la esencia de la relación de trabajo que estriba en el cumplimiento leal de los deberes mutuos. Este daño debe ser tan grave que ni siquiera la continuación de la relación por el término del preaviso puede consentirse..."* (Krotoschin, Ernesto, Manual de Derecho del Trabajo, Bs. As., 1993, p. 161).

Asimismo cabe establecer que la gravedad de los hechos reputados injuriosos debe guardar una relación de proporcionalidad con el despido: el hecho debe ser de tal gravedad, que impida la continuación de la relación laboral y al no brindar la ley una definición legal, la valoración queda sujeta a la libre discreción del juez, quién guiado por las propias pautas de la LCT, las modalidades y circunstancias personales de cada caso, establecerá la proporcionalidad o no entre el despido y el hecho (art. 242, segundo párrafo, de la LCT).

Dicho lo anterior debe recordarse que la regla del art. 243, LCT, consagra, por una parte la inalterabilidad de la motivación invocada para legitimar el despido con justa causa derivada del incumplimiento del trabajador, lo que permite juzgar dicha legitimidad con apego a la situación existente al tiempo de la denuncia, y por otra parte, la predeterminación de la materia sobre la que versará, en caso de controversia, la actividad probatoria.

Todo ello en resguardo de la buena fe y del derecho de defensa del denunciado.

Por su lado, debe repararse que dado que el despido con causa supone una excepción al derecho del trabajador a ser indemnizado, la valoración en estos casos debe ser sumamente estricta, requiriendo del juez suma prudencia en la ponderación de los medios de prueba.

A este marco sustancial, se suma que la justificación de la causal de despido, sea directo decidido por la empleadora, sea indirecto dispuesto por el trabajador, corresponde a quien produce la extinción del vínculo, conforme al art. 381 del CPCC.

El trabajador despedido tiene derecho a ser indemnizado, siempre que la cesantía no se funde en justa causa. Esta se presenta, pues, como una excepción que destruye o impide el nacimiento del derecho que se hace valer con la demanda y como tal, ha de ser probada por quien la alega (conf. Krotoschin "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", vol. I, pág. 504).

Dicho lo anterior, ingreso a la cuestión para lo cual en los términos del agravio, resulta pertinente aludir al intercambio epistolar habido entre las partes.

La demandada comunicó el despido en los términos que referí y de los cuales se desprende que en fecha 6 de noviembre de 2012, tomó conocimiento que dentro del horario normal y habitual de su puesta a disposición de su fuerza de trabajo para la empresa, desempeñaba tareas en otro medio de difusión sin consentimiento ni autorización de la patronal y que hacía abandono de su lugar de trabajo, hechos que configuran grave falta de conducta laboral que impedía la prosecución del contrato de trabajo.

P. rechazó la casual invocando que desde el día 28 de junio de 2012, se desempeñaba con el conocimiento de la empresa y su consentimiento en un medio radial desde las 7 a las 10 hs. Aludió a un acuerdo entre el propietario de la radio y la empresa propietaria del diario.

Negada la causal que se expresó en la comunicación del despido, la carga de la prueba sobre los hechos invocados para configurarla, corría por cuenta de I. C. S.A.

Vale recordar que la selección y valoración de la prueba constituye una facultad privativa del juez -de tal modo que ni siquiera está obligado a valerse de la totalidad de la que haya sido rendida en autos, bastándole con mencionar solo aquella que estima conducente para la resolución del litigio- y que no puede ser reemplazada por el mero criterio divergente de las partes salvo el caso de arbitrariedad o error manifiestos.

Y adelanto que cotejada la sentencia de grado con las constancias obrantes en autos, la normativa de aplicación al caso en examen y las quejas vertidas, llego a la conclusión que las falencias expresadas por la parte demandada no exhiben la suficiente entidad como para conmover el fallo recurrido, conforme seguidamente lo explico.

La primera cuestión que no puede quedar al margen de estudio es que la demandada en su comunicación, consignó que el día 6 de noviembre de 2012 tomó conocimiento del hecho que le provoca la injuria.

Ello no es una cuestión menor porque al margen de ser base para la valoración de la temporaneidad del despido, es claro que, por los motivos que fueran, la empresa durante el período previo al distracto conoció y consintió la actividad laboral de P..

Y tengo presente que la demandada reconoce al contestar la demanda que"*…la propaganda de FM Vinilo que efectuara en el matutino "El Chubut" y la inobservancia, de parte de la dirección del diario, de que se incluía al accionante en*

la programación de la radio, para nada implica consentimiento a que el actor labore en dicha emisora y/o que posteriormente, no pueda ejercer su derecho de extinguir el contrato de trabajo con invocación de causa…" (fs. 25 vta.).

Tal circunstancia ha sido valorada por la magistrada en sus justos términos, sin que pueda inferirse de ello que se afectó su derecho de defensa como esgrime en sus agravios.

En los términos de la contestación de la demanda P. contaba con flexibilidad horaria.

Bustos en su testimonial copiada a fs. 64/65 y ratificada a fs. 66 ha reconocido que P. ingresaba a trabajar normalmente al mediodía porque trabajaba en otro medio, que le remitía audios que no servían porque eran sobre la base de notas publicadas en el diario, lo que da cuenta que se conocía de su trabajo en otro medio recepcionar mails desde la emisora Vinilo.

Por su lado O. en la declaración de fs.60/62 y ratificada a fs.63, señaló que fue compañera de trabajo de P. en la radio Vinilo desde junio de 2012, que P. se retiraba a las 10 hs., a mitad del programa radial, para volver al Diario El Chubut y que la vinculación entre ambos medios periodísticos era que las notas que se hacían en la radio se publicaban en la edición del día siguiente en la radio.

La declaración de A., gerente externo del Diario, se agregó a fs.55/ 58 y se ratificó a fs. 59. Relató que P. ingresó a trabajar al diario para colaborar con el declarante en la redacción de la Agencia Madryn, que prontamente inició su actividad gremial y que luego -por un tiempo prolongado-, contó con licencia gremial y no concurría al diario. Preguntado por cuáles tareas cumplía P. vencida la licencia gremial, contestó que era difícil definirlas porque no cumplía horarios, a lo sumo bajaba gacetillas que llegaban por mail, que su trabajo era prácticamente nulo y que si se consulta el archivo del diario seguramente no se encontrara ninguna nota de P.. Agregó que en

teoría debía cumplir seis horas de trabajo pero que él no lo veía nunca. Repreguntado por los redactores del Suplemento Madryn que firmaban artículos, señaló que no se acostumbra a

eso.

A lo expuesto se suma la declaración de M. (fs. 51/53 ratificada a fs. 54) donde describe la conversación con J. M. S. y que más allá de la negativa de la demandada, resulta convictiva cuando se la relaciona con

las declaraciones testimoniales de O. y B., pese a la

intrascendencia que este testigo da a las notas que P. remitía.

Del plexo probatorio reseñado no tengo dudas que P. cumplía una jornada de trabajo flexible y que la demandada consintió que prestara

tareas para la radio Vinilo.

Por acción u omisión, I. C. S.A. no registró

incumplimiento alguno en la jornada de trabajo del actor ni cuestionó durante al menos seis meses, que el actor cumpliera tareas para el medio radial en el transcurso "*del horario normal y habitual por el cual se le estaba pagando salario*".

En cuanto a la superposición de tareas, vale acotar que no puede en sus agravios sostener como cierta la jornada laboral que dice fue afirmada por el actor. Al tiempo de contestar la demanda y dar su versión de los hechos no solo negó esa jornada laboral sino que alegó que P. "*tenía plena libertad horaria y jamás se controló su ingreso y egreso*" y mal que le pese al recurrente, eso es lo que en definitiva se justificó con la prueba rendida.

Si existía plena libertad horaria y no se justificó convenio entre partes respecto de exclusividad en el vínculo laboral reconocido, la causal expuesta en el telegrama de despido no tiene sustento.

El actor sostuvo en su demanda que el despido fue injusto porque no existieron las causas alegadas por la demandada y en ausencia de prueba de los antecedentes reprochados en la comunicación rupturista, la medida adoptada por la patronal no encuentra base fáctica para justificarlas. Consecuentemente con ello, el agravio debe desestimarse y debe confirmarse la sentencia que tuvo por incausado el despido dispuesto por la empleadora.

3. <u>Las costas.</u>

Las costas en la Alzada se imponen al recurrente vencido en el recurso (art. 69 del CPCC).

En cuanto a los honorarios de los profesionales que intervinieron en esta sede, conforme el mérito de la laboral profesional y el éxito obtenido estimo ajustados a las pautas arancelarias vigentes, los porcentajes propuestos por el magistrado que m antecede en el voto (art. 5,7 y 13 de la ley arancelaria), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA.**

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

De compartir mi colega de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente: **1-) CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravio.

2-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. R. O. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. F. A. A., letrado apoderado del actor, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo

normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y
modificat.).

3-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

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

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi Así
lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17),
pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2017.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1-) CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravio.

2-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. R. O. C., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. F. A. A., letrado apoderado del actor, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo

normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

3-) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDL.