----En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia I. Spoturno y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo F. Peral, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“I., R. S. c/ M. S. SRL s/ Cobro de pesos e indemnización de ley” (Expte. N° 240 – Año 2017 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y
expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 119.----------
---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------
--I.- A fs. 91/96 y vta. el juez de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda promovida por R. S. I. condenando a la demandada, M. S. SRL a que en el término de 10 días abone a la actora la suma de $ 73.618,95 con más los intereses que se fijan a la tasa del Banco del Chubut SA, para sus operaciones generales vencidas, desde la mora hasta su pago, con capitalización a la fecha de la notificación de la demanda. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.----------A fs. 99 la demandada apeló la sentencia definitiva. Concedido el recurso, expresó sus agravios a fs. 102/108, los que no fueron contestados por la contraria.----------Sintéticamente expuestos, la demandada expresó los siguientes agravios: (i) que el juez *a quo* haya considerado que la pelea no tuvo entidad suficiente como para justificar el despido, apartándose de las constancias probatorias, especialmente de las testimoniales rendidas en autos. Señala que el solo hecho de haber protagonizado agresiones verbales implica una situación que atenta y lesiona sus intereses, legitimando el ejercicio del poder correctivo en salvaguarda y prevención del buen orden interno de la empresa; (ii) que el juez haya entendido que no se encuentran acreditados los antecedentes de la actora por situaciones similares a la que originó el despido. El no haber aportado las constancias firmadas por la trabajadora en original no implica *per se* la inexistencia de sanciones, las cuales se pudieron acreditar con las testimoniales de autos; y (iii) que el sentenciante no la haya eximido del pago de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323.----------
----------II. No me resulta posible acompañar a la demandada en sus agravios. En mi opinión, si bien la existencia del hecho en sí se encuentra probado (“acalorada pelea” entre la actora y su compañera de trabajo H., conforme lo describe la apelante al contestar la demanda; ver, fs. 22, tercer párrafo), considero que resulta desproporcionada la sanción aplicada (denuncia del contrato de trabajo) con relación a la falta que se le reprocha a la actora. Es que del minucioso análisis de las testimoniales obrantes en autos surge que la Sra. C. (fs. 70 y vta) fue la única persona que presenció el incidente. En tal sentido señaló que *“ellas estaban discutiendo por algo laboral, no recuerdo bien (…) se estaban insultando, en*

ese momento H. le da un empujón a I., yo traté de calmarlas y fueron a hablar con S. F. (…) Yo ahí me fui" (respuesta a la primera pregunta del interrogatorio). Por otro lado, el testigo Pérez (fs. 48 y vta.) dijo no saber si I. intervino en alguna pelea con insultos, amenazas y empujones en el Hiper Carrefour en horario de trabajo (respuesta a la primera pregunta del interrogatorio). La Sra. F. (fs. 69) al ser interrogada sobre si conoce el hecho concreto que se invocó para despedir a la actora contestó que no estaba puntualmente en el lugar y cuando fue, ya habían terminado (respuesta a la primera pregunta del interrogatorio). Dijo también que cuando fue a verlas "ya habían terminado de discutir y una de ellas, H., amenazó a I. de agarrarla afuera". La Sra. H. (fs. 71), tampoco presenció el hecho sino que afirmó que sabía de las circunstancias en las que fue despedida I. porque se lo informaron. Finalmente, la declaración de la Sra. H. (fs. 47) fue correctamente desestimada por el sentenciante atento a la tacha de testigo que, fundada en la existencia de juicio pendiente y que, habiendo sido la otra protagonista de la pelea, se vería directa o indirectamente beneficiada del resultado del litigio (fs.57), efectuó oportunamente la
demandada.----------

---En la declaración testimonial de C. —reitero, única testigo presencial del incidente— no hallo la existencia de un hecho de tal gravedad que justifique la ruptura del vínculo laboral a la luz del principio de conservación del empleo contemplado por el art. 10 LCT. El despido siempre debe ser la última alternativa. Si la empleadora consideró que la trabajadora había cometido alguna falta debió primero apercibirla o, eventualmente, suspenderla. Pero disponer directamente el despido en este caso y en mi opinión, es excesivo. De hecho, ni siquiera está claro qué fue lo que ocurrió. C. sostuvo que *"ellas estaban discutiendo por algo laboral, no recuerdo bien, me acerqué para ver que estaba pasando, porque se estaban insultando, en ese momento H. le da un empujón a I., yo traté de calmarlas y fueron a hablar con S. F.. H. había amenazado a I.. (…) Las dos estaban gritando. No recuerdo que se decían, se estaban insultando, aunque no recuerdo bien"*. ----------Coincido con la opinión vertida por el Juez de grado en su sentencia quien afirmó, basado en los testimonios por él recogidos personalmente, que "*la pelea existió, mas que no tuvo los ribetes de agresividad que denuncia la demandada, y que en dicha gresca la actora tuvo una actitud más bien de recibir agresiones por parte de C.*
H., antes que de ser la agresora".----------
Sabido es que para que el empleador esté eximido de indemnizar por el despido se requiere la proporcionalidad entre la falta y la sanción. En los casos en que el incumplimiento reúne menor gravedad debe acudirse, en orden a la tutela del principio de proporcionalidad que toda sanción debe tener respecto de la falta cometida, a la aplicación de una sanción disciplinaria de menor entidad y no a la disolución del contrato de trabajo (CNAT, Sala II, 27-9-95, T. y S.S. 1996-94, citado en Revista de Derecho

Laboral, 2011-1, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 149). En este caso, tal como fuera afirmado en la sentencia apelada, la aplicación de la máxima sanción resulta

desproporcionada.----------

----Por otra parte, y en cuanto a los antecedentes disciplinarios invocados por la demandada en su comunicación de despido, no resulta posible acompañar a la recurrente que sostiene que el hecho de no haber aportado prueba documental de dichos antecedentes no implica la inexistencia de sanciones. Es que la demandada pretende acreditar tales antecedentes con las declaraciones de dos testigos: por una lado, la Sra. H., que sobre el particular declaró que la actora tenía suspensiones y llamados de atención, sin recordar bien los motivos de aquellas; y por el otro, la Sra. F., que dijo saber únicamente por comentarios que la actora tenía muchas llamadas de atención por problemas de discusiones con sus compañeros. En mi opinión, no logró acreditar la demandada los antecedentes disciplinarios invocados en la comunicación de despido. La vaguedad de las declaraciones testimoniales en las que pretende apoyarse la apelante no permite vincularlas siquiera con el invocado en la comunicación de extinción del vínculo (fs. 33 de la documental reservada) y en consecuencia la invariabilidad de la causa del despido se impone (art. 243 L.C.T.).----------Lo cierto y probado en autos es que la actora durante su vinculación laboral de más de dos años con la demandada solamente tuvo un apercibimiento por no presentar la libreta sanitaria y otro por una inasistencia al trabajo de un día. En este sentido la jurisprudencia de nuestros tribunales ha elaborado, a partir de los principios de conservación del empleo y de proporcionalidad entre las faltas y las sanciones, el denominado criterio de gradualidad en la aplicación de estas últimas, y en el caso lo advierto quebrantado a poco que observemos que la empresa pasó de los apercibimientos señalados —efectivamente acreditados, sin perjuicio de la invariabilidad de la causa del despido a la que hice referencia precedentemente— a disponer directamente la máxima sanción de despido ante una falta que —reitero, según entiendo— no configura una injuria grave en los términos del art. 242 LCT, independientemente de la conducta activa o pasiva que la actora pudiera haber

desplegado en el incidente denunciado.----------

---Finalmente, no asiste razón a la recurrente al sostener que el *a quo* a pesar de haber tenido en consideración que se invocó una causal real, existente y auténtica, aplicó la multa prevista por el art. 2 de la Ley 25.323 reducida en un 50%, cuando debió eximirla de su pago. Ello no es así, ya que basta la simple lectura de la sentencia para advertir que, muy por el contrario, dicha reducción se fundó en que si bien la falta existió no tuvo la gravedad suficiente para configurar una injuria. Es por ello que la aplicación dispuesta en el grado del art. 2 de la Ley 25.323 debe confirmarse. ----------III. Por los fundamentos dados considero que la sentencia apelada debe ser confirmada en todos sus partes con costas de alzada a la demandada vencida (art. 57 Ley XIV n°1). En

atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios de la Dra. A. U. T. se regulen en la suma equivalente al 3,71% del monto del proceso que surja de la liquidación a ser practicada en la etapa de ejecución (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).----------

----Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expreso: ----------

--I.- La Dra. Spoturno ha reseñado el pronunciamiento apelado e individualizado los agravios expresados por la demandada. Para evitar innecesarias reiteraciones, sólo voy a puntualizar que en la sentencia apelada el juez de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada por la actora en contra de M. S. SRL. Impuso las costas a cargo de la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. -------II.- La demandada apeló esa decisión, exponiendo en su contra los agravios vertidos en la presentación de fs. 102/108, los que a continuación trataré.----------Agravios formulados. ----------La demandada en primer lugar se agravia que el juez *a quo* haya considerado que la pelea protagonizada por la actora y la Sra. H. no tuvo entidad suficiente como para justificar el despido, apartándose de las constancias probatorias, en especial de las testimoniales.----------

---El juez de la anterior instancia tuvo por acreditada la existencia de la riña entre la actora, Sra. I. y su compañera de trabajo, Sra. H., al afirmar que *"la pelea existió, mas que no tuvo los ribetes de agresividad que denuncia la demandada…"* Ahora bien, no asiste razón a la apelante al sostener que el sólo hecho de que la actora haya protagonizado agresiones verbales, atentando y lesionando sus intereses, legitima el ejercicio de su poder correctivo —en el caso, la sanción más severa: el despido—, ya que en materia laboral es sabido que el principio de proporcionalidad exige una adecuación entre la falta cometida y la sanción impartida. ----------En ese sentido, el art. 242 de la LCT al referirse a la injuria indica la gravedad que el incumplimiento debe tener, requiriendo que *"no consienta la prosecución de la relación"*. La citada norma impone al juzgador la obligación de valorar prudencialmente los hechos invocados como configurativos de la injuria alegada, a los efectos de determinar si presentan tal gravedad que no permiten la prosecución de la vinculación laboral. Y entre los elementos a considerar se encuentra la mencionada proporcionalidad de la sanción, pues hechos aislados o de escasa magnitud no admiten la aplicación de la máxima sanción prevista por el ordenamiento legal (conf. CNAT, Sala II, 25-3-86, T. y S.S. 1986-553, citado en Revista de Derecho Laboral, 2011-1 Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 150).----------

---Sentado ello, es aquí donde, cotejadas las pruebas arrimadas a la causa, no es posible hallar la citada proporcionalidad entre la falta y la sanción.----------La

Magistrada que me precede en el voto ha reseñado suficientemente cada uno de los testimonios vertidos en la causa por los Sres. Pérez (fs. 48/vta.), F. (fs. 69), C. (fs. 70/vta.) y H. (fs. 71), a los cuales me remito en honor a la brevedad.

De todos ellos resulta que el testimonio válido para echar luz sobre las circunstancias del hecho que dio motivo a la ruptura del vínculo laboral es el aportado por la Sra. C., dado que fue la única testigo que presenció el altercado. Es que, los testigos restantes son declarantes de oídas y como ha resuelto esta Sala en diversos precedentes el "testigo de oídas" se remite a lo que le anuncian o transmiten, pero no puede afirmar y mucho menos confirmar un acontecer, por lo tanto sus afirmaciones quedan en el plano de lo personal sin significar aportes valiosos a los fines pretendidos (esta Sala, SDL 26bis/2009 y SDL 07/2010, entre otras). ----------Declaró C. que *"Sé de la pelea porque yo estaba ahí trabajando con ellas cuando estaban discutiendo (…) Ellas estaban discutiendo por algo laboral, no recuerdo bien (…) se estaban insultando, en ese momento H. le da un empujón a I., yo traté de calmarlas y fueron a hablar con S. F. (…) H. había amenazado a I. (…) No me acuerdo porqué estaban discutiendo (…) Las dos estaban gritando. No recuerdo que se decían, se estaban insultando, aunque no recuerdo bien"* (respuesta a la primera pregunta del interrogatorio). En este punto es conveniente precisar que, si bien el testimonio singular no es descalificable en nuestro derecho si, según las reglas de la sana crítica, aparece dotado de poder convictivo (este Tribunal, en su composición de sala única, del voto del Dr. Velázquez, c. 11.831, S.D.L. 19/96), entiendo que, de esta declaración testimonial no es posible concluir que el incidente haya sido de tal gravedad que no consienta la prosecución de la relación laboral y tenga como única alternativa el despido, cuando existen otras medidas previas preventivas o correctivas compatibles con el principio de conservación del contrato (art. 10 LCT). A ello debo agregar que 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 (conf. CNAT, Sala VII, 31-8-81, T. y S.S. 1981-828, citado en Revista de Derecho Laboral, ob. cit., pág. 150). Es por todo ello que también en mi opinión la denuncia de la relación laboral por parte del empleador, en este caso, resulta desproporcionada, máxime cuando de las constancias de autos no surge acreditado que la actora haya sido la agresora en el altercado o riña, ni que ésta haya sido de tal gravedad para justificar la ruptura del vinculo laboral. Al respecto se ha dicho que "si bien toda agresión física y/o verbal entre dependientes rompe el orden laboral y la tranquilidad empresaria, es criterio predominante de la jurisprudencia requerir que el empresario realice una investigación para deslindar responsabilidades entre los sujetos enfrentados, en forma previa a los despidos…" (Ley de Contrato de trabajo – Comentada y Concordada – Raúl H. Ojeda

Coordinador - T° III, pág. 367).----------
---Se agravia en segundo lugar la apelante de que el juez *a quo* haya considerado que no se encuentran acreditados los antecedentes de I. por situaciones similares a la que originó el despido. Argumenta que el sentenciante tergiversó la declaración de

H..----------
Entiendo que no le asiste razón a la apelante en su afirmación. De la declaración de la Sra. H. se advierte claramente que ésta no aportó ninguna precisión respecto de los antecedentes disciplinarios que se pretendían probar. La testigo —siendo Supervisora de Personal— declaró que I. tenía antecedentes y suspensiones pero no recordaba sus motivos. Indicó la existencia de una pelea anterior pero no recordaba si se dispuso suspensión o llamado de atención por ello. Así, en estas condiciones el testimonio carece de fuerza convictiva para acreditar de forma concreta —y no genérica— los alegados antecedentes disciplinarios de la actora.----------Por otro lado tenemos la declaración de la Sra. F., que al ser preguntada respecto a cómo sabía que I. tenía llamados de atención, contestó: *"Soy compañera y siempre se sabe y se comenta si alguien fue suspendida o tiene llamadas de atención. Lo sé porque cuando se suspende a una persona te avisan para ver como se cubren los lugares. Lo de las llamadas de atención lo sé únicamente por los comentarios, como dije antes"*. Esta afirmación final descalificaría sus dichos por tratarse de un "testigo de oídas", pero sin perjuicio de ello tampoco este testimonio aporta alguna precisión o certeza respecto del tópico que se pretendía acreditar. ----------Tenemos entonces que los únicos antecedentes disciplinarios debidamente acreditados en autos son dos: un apercibimiento por no presentar la libreta sanitaria y otro por una inasistencia al trabajo de un día. Siendo ello así, comparto la opinión de la Magistrada que me precede en el voto en cuanto que, la sanción aplicada —despido— frente a la falta incurrida resulta desproporcionada e infringe el criterio de gradualidad, toda vez que en el caso no se ha configurado la injuria grave del art. 242 LCT y tampoco se logró probar la existencia de antecedentes disciplinarios que sumados al último incumplimiento pudieran dar justa causa a la denuncia del vínculo laboral. ---------
----En último lugar se agravia la demandada por la aplicación de la multa del art. 2 de la Ley 25.323. Alega que el juez *a quo* a pesar de haber considerado que se invocó una causal real, existente y autentica, le aplicó la multa de la citada norma reducida en un 50%, cuando correspondía eximirla de su pago. No acompañaré a la apelante en su agravio, dado que el sentenciante justamente aplicó dicha multa reducida en un 50% porque entendió que si bien la falta había existido, no tuvo la gravedad suficiente para configurar una injuria. Por esta razón el agravio debe rechazarse. ----------
---III.- Desestimados los agravios articulados por la accionada, corresponde confirmar la sentencia impugnada, con costas de esta segunda instancia a la demandada vencida (arts. 57 ley XIV Nº 1 y 69 del CPCC), debiendo regularse los honorarios profesionales

por las labores de alzada en la suma propuesta por la Magistrada preopinante, ello conforme a la extensión, calidad y resultado de los trabajos efectuados (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la Ley XIII N° 4).----------

---Me expido aquí entonces por la AFIRMATIVA.----------

--**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno expresó: ----------

----Visto el acuerdo alcanzado al tratar la cuestión precedente, corresponde:----------

----A) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravio.-

---------B) IMPONER las costas de segunda instancia a la demandada vencida.-----

----------C) REGULAR los honorarios de la Dra. A. U. T. en la suma equivalente al 3,71% del monto del proceso.----------

----------D) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

----------Tal mi voto.----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral dijo:----------

----------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. ----------

----------Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse vacante la restante vocalía (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17).----------

----------Trelew, de febrero de 2018. ----------

----------En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ---------- **S E N T E N C I A**: ----------CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravio.----------IMPONER las costas de segunda instancia a la demandada vencida. ----------REGULAR los honorarios de la Dra. A. U. T. en la suma equivalente al 3,71% del monto del proceso.----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

MARCELO F. PERAL
JUEZ DE CAMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2018 – SDL. - CONSTE. ----------

WALTER
E CAMARA

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE CAMARA