Expediente: **402/15**
Carátula: **ARANCIBIA JOSE ADRIAN C/ DERUDDER HNOS. S.R.L. FLECHA BUS S/ COBRO DE PESOS**

Unidad Judicial: **EXCMA. CAMARA DE APELACION DEL TRABAJO SALA 6**
Tipo Actuación: **FONDO (A PARTIR DE LA LEY 8988 CAMARA DE APELACION DEL TRABAJO)**
Fecha Depósito: **07/10/2023 - 00:00**
Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
90000000000 - SINDICATURA DERUDDER HNOS S.R.L., -SINDICOS
33539645159 - CAJA DE PREVISION Y S.S. ABOGADOS Y PROC. -
20172678824 - DERUDDER HNOS.S.R.L., -DEMANDADO
20335405006 - ARANCIBIA, JOSE ADRIAN-ACTOR

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION DEL TRABAJO SALA 6

ACTUACIONES N°: 402/15

H103264688426

JUICIO: ARANCIBIA JOSE ADRIAN C/ DERUDDER HNOS SRL FLECHA BUS S/ COBRO DE PESOS.EXPTE 402/15.

San Miguel de Tucumán, en la fecha y número de registro consignado al final de la sentencia, se pone a la vista de este Tribunal y resuelve, el recurso de apelación sustanciado ante el Juzgado del Trabajo de la Quinta Nominación en la causa caratulada “Arancibia José Adrián c/ Derudder Hnos Flecha Bus SRL s/ cobro de pesos”, del que

RESULTA:

La representación letrada de la demandada, ejercida por el letrado Jorge Wyngaard, en fecha 26/09/18 apela la sentencia definitiva del 6 de setiembre de 2018, dictada por el Juzgado del Trabajo de la Quinta Nominación. El recurso es concedido mediante providencia del 28/09/2022.

Explicita los agravios en la presentación del 17/10/22. Corrida vista de ellos, son contestados por el apoderado de la actora el 31/10/22. Solicita su rechazo por las razones que expone en su presentación.

La providencia del 01/11/22 ordena elevar el expediente a la Cámara de Apelación del Trabajo para el tratamiento del recurso de apelación. Resulta sorteada al efecto la Sala VI.

El decreto del 9 de noviembre de 2022 hace saber a las partes la integración del tribunal y ordena que vuelvan las actuaciones al juzgado de origen para notificar el letrado faltante.

El 25/11/22 se requiere el juzgado la documentación original, la que es recepcionada el 16/12/22.

En fecha 19/04/23 el Juzgado de origen tiene por cumplida la notificación faltante y ordena elevar nuevamente los autos a esta Excma Sala.

En fecha 26/04/23 el Sr. Secretario informa que, de conformidad con las acordadas n.° 462/22 y n.° 143/23, la Sala Sexta entenderá en la presente causa con la siguiente integración y orden de votación: señora Graciela Beatriz Corai (en reemplazo de la Dra. Maria Beatriz Bisdorff), como vocal preopinante, y señor Carlos San Juan como vocal segundo.

El decreto del 02/06/23 ordena pasar el expediente a despacho para resolver.

En fecha 21/06/23 el Sr. Secretario informa que en fecha 14/06/23 se reintegró a prestar funciones en esta sala VIa. la Sra. Vocal Maria Beatriz Bisdorff (luego de su licencia por accidente de trabajo), por lo cual, mediante decreto del 23/06/23 se hace saber a las partes que la misma conformará el tribunal que integra esta causa en el carácter de Vocal PREOPINANTE y deja sin la integración de la Sra. Vocal Graciela Beatriz Corai.

El decreto del 04/08/23 ordena pasar los autos a despacho para resolver, el que, notificado a las partes y firme, deja la causa en estado de ser decidida, y

CONSIDERANDO:

VOTO DE LA VOCAL PREOPINANTE MARIA BEATRIZ BISDORFF:

I. El recurso cumple con los requisitos de oportunidad y forma previstos por los artículos 122 y 124 de la Ley 6.204 (Código Procesal Laboral; en lo sucesivo, CPL), lo que habilita su tratamiento.

II. El recurso fue interpuesto el 26/09/18, por lo que su análisis y consideración se realiza con la aplicación supletoria de la Ley 6.176 (de conformidad con el artículo 824 de la Ley 9.531).

III. La sentencia de primera instancia admite la demanda promovida por José Adrián Arancibia, DNI 17.947.937, en contra de Derudder Hnos. SRL (Flecha Bus), y condena a esta última al pago de la suma de $229.136,91.- en concepto de indemnización por antigüedad, falta de preaviso, Sac s/ preaviso y vacaciones no gozadas. Impone las costas a la demandada vencida y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

IV. Dado que las facultades del tribunal con relación a la causa están limitadas a las cuestiones introducidas como agravios (artículo 127, CPL), los mismos deben ser precisados.

La parte demandada se siente agraviada de que la sentencia afirme que su parte no logró demostrar "***que real y efectivamente existió una grave falta cometida por el actor*** *que justificara la pérdida de confianza denunciada "*. Y que *" el hecho de que el (chofer) hubiese manipulado cajas en el interior de la cabina de choferes* ***no se presenta prima facie como una injuria de tal magnitud*** *que impidiera la prosecución de la relación laboral "*.

En este punto, la recurrente cuestiona que el juez de grado considere que la falta cometida por el actor no es grave, conclusión que imputa de parcial y discrecional, al haber demostrado su parte los hechos que motivaran la "falta de confianza" denunciada.

Sostiene que, más allá de la magnitud y/o valoración que la *A quo* otorgó al hecho imputado, el mismo existió y fue grave, en tanto el actor, en medio del viaje fue sorprendido en la bodega del ómnibus abriendo con una "trincheta" un paquete que no le pertenecía, tal como lo expresó el testigo Luna y lo reconoció el propio accionante en su descargo.

Por ello, considera que quedó en evidencia la parcialidad de la jueza de grado al afirmar en la sentencia que " *a prima facie no es una injuria de tal magnitud como impedir la prosecución laboral "*, y señalar a continuación que Arancibia no tenía "*sanciones o apercibimientos "* lo cual " *torna desproporcionada la actitud de la demandada"* en tanto debió haber aplicado "*otras medidas disciplinarias* ".

Vuelve a decir que la actitud tomada por Arancibia no fue la esperable de un dependiente, quien debía cumplir sus obligaciones con diligencia, colaboración y fidelidad, por lo cual no hacían falta antecedentes, como sostiene la *A quo,* en tanto el mismo no fue despedido por la comisión de un delito sino por una actitud sospechosa, poco normal, como fue la de abrir con una trincheta paquetes en la bodega del coche, por lo que el despido estuvo justificado.

En el segundo agravio la recurrente cuestiona la base utilizada por el juez de grado para el cálculo indemnizatorio, aduciendo que ello pudo solucionarse cuando su parte interpuso el recurso de aclaratoria, que fue rechazado por el Inferior en su resolución del 06.09.22, por entender que no había existido oscuridad u omisión que debiera ser reparada por esa vía.

En este sentido, se agravia de que el *A quo,* en la "Planilla de Capital e intereses", tome la suma de $11.268,98 como *" **la mejor remuneración, normal y habitual devengada por el trabajador** según su jornada y categoría de chofer de larga distancia del CCT 460/73 y que se compone de los siguientes rubros: **a)** básico $7.967, **b)** antigüedad: $1.018,08, **c)** horas extras al 50%: $1.434 y **d)** 8hs feriado; $849,84 "*

Sostiene que el juez de grado, en lugar de tomar los recibos de haberes acompañados por las partes, se basó en las escalas salariales adjuntadas a fs. 297 por UTA, cuando del informe de dicho sindicato no surge claro que las horas extras y las horas feriados allí mencionados hayan tenido el carácter de habitualidad que exige el art. 245 LCT.

Dice que la actora, en la demanda (fs. 12), tomó como base para el cálculo indemnizatorio la suma de **$9.802,62,** sin agregar la antigüedad, las horas extras al 50% y los feriados (8 hs), pero la *A quo* subió la base a **$11.268,98,** como la mejor remuneración devengada en agosto de 2014, la que nunca pudo ser de mes completo porque el actor fue despedido el **19.08.14**, por lo cual lesionó su derecho de defensa al suplir la negligencia de la contraria rompiendo la igualdad en el proceso.

Afirma que su parte sostuvo en su contestación, que el básico fue de $6.637, a lo que debían agregarse la antigüedad ($795,46) y el presentismo ($1330), y que la mejor remuneración normal y habitual del actor fue de **$8.762,45,** la cual debió usarse como base para realizar el cálculo indemnizatorio, máxime teniendo en cuenta que los rubros antigüedad, horas extras y feriados no fueron reclamados por la contraria, y que a fs. 583 la *A quo* termina diciendo que: *"... a los fines de su inclusión dentro de la mejor remuneración normal, mensual y habitual se tomarán un promedio de las horas extras y de las horas trabajadas en días feriados, habitualmente percibidas por el trabajador, conforme recibos adjuntados a fs. 55/64 ",* afirmaciones que tampoco se ajustan a la realidad de los hechos, ya que de una simple compulsa de los recibos de haberes de 2014 surge que se pagó horas extras al 50% solo en los meses de enero, febrero, marzo, junio y julio, mientras las horas feriados se pagaron en marzo, abril y mayo, es decir que de los últimos siete (7) meses trabajados por el actor, en cinco (5) meses cobró horas extras al 50% y en cuatro (4) meses cobró horas feriado, lo cual no cumple con el requisito de la habitualidad.

Por tales fundamentos, solicita que se acoja este agravio y se ordene modificar la base utilizada por el Inferior y recalcular la indemnización.

V. Analizados los argumentos que sustentan los agravios con el contenido de la sentencia, y confrontados los elementos probatorios de autos y los argumentos expuestos por la demandada al contestar el traslado, es dable hacerse los siguientes interrogantes: ¿es ajustada a derecho la sentencia impugnada? y ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

V.1. En el primer agravio la demandada acusa que la juzgadora no ha evaluado adecuadamente la gravedad de la falta cometida por el actor, al expresar que el despido fue desproporcionado y que su parte debió aplicar otras medidas disciplinarias, aduciendo que el hecho de haber sido sorprendido el Sr. Arancibia en la bodega del ómnibus abriendo con una trincheta un paquete que no le

pertenecía, constituía por sí mismo una actitud sospechosa que justificaba el distracto por “pérdida de confianza”.

Al respecto adelanto mi decisión de que este agravio no puede prosperar, en tanto la jueza de grado no expresó en la sentencia que el hecho imputado al actor estaba acreditado pero que carecía de gravedad para justificar el distracto, como sostiene la recurrente sino, por el contrario, expresó que la demandada no había acreditado la existencia del hecho en el cual fundó la causal de pérdida de confianza, esto es, que el actor hubiera abierto con una trincheta paquetes de encomiendas transportados por su empresa, conclusión que se ajusta a las constancias de autos

En efecto, al tratar la Primera Cuestión, referente a la extinción del contrato de trabajo, la jueza de grado analizó la carta documento de despido de fecha 15/08/2014, que decía:

“Habiéndose determinado luego de sustanciadas las actuaciones internas Número 1456/T que Ud. Estando asignado el día 03 de julio del corriente año al servicio de transporte de pasajeros de larga distancia ciudad de origen Tucumán – destino General Güemes horario 14:55 con el interno 8639, en su calidad de conductor profesional, juntamente con su compañero Luis Lugones legajo 10746, un pasajero del citado servicio al concurrir al baño de la unidad contigua a la cabina de conducción advirtió ruidos extraños, observándolo en su calidad de guarda en dicho trayecto, se encontraba abriendo con una trincheta de color verde un paquete de encomiendas extrayendo una tarjeta y chip de una teléfono celular, y acto seguido efectuó otra apertura a una encomienda de color azul, procediendo el citado cliente a filmarlo con su teléfono celular. Al llegar a la ciudad de Rosario de la Frontera, el mismo pasajero observó cuando Ud. guardaba tres paquetes de encomiendas en el sector de bodegas. Al descender en la localidad de Güemes, el pasajero efectuó la denuncia en la empresa. Dicha filmación y denuncia fue debida y legalmente certificada por escribano público interviniente: Adicionalmente en la declaración de descargo brindada con fecha 10/08/14 el CDL Luis Lugones a la sazón cumpliendo funciones de chofer reconoció expresa y detalladamente los hechos imputados y objeto del sumario deslindando toda responsabilidad en su persona, con el agravante de haber argumentado una excusa inconsistente en su declaración de descargo del día 09/08/14. Del hecho por Ud. protagonizado se derivó un perjuicio económico hacia los intereses de la empresa quien debe hacerse cargo de los costos del seguro de encomiendas como asimismo un serio y gravísimo desprestigio y daño a la imagen comercial de la misma, agravado por su carácter de prestadora de servicios públicos y su condición de conductor profesional, su proceder dentro de la estricta órbita del derecho laboral genera per se una gravísima injuria laboral con absoluta pérdida de confianza, violentando los principios de buena fe, lealtad y fidelidad (arts. 62,63 y 85 LCT) que torna insostenible la prosecución del vínculo de trabajo por su exclusiva culpa, por cuanto se lo despide en los términos del art. 242 LCT (t.o. dec. 390/76)”

También analizó la contestación que hizo el actor por TCL del 19/08/14, en el cual no existe ningún reconocimiento del hecho imputado, en tanto afirma lo siguiente:

“Rechazo vuestra carta documento N°36832820 del día 15/08/2014 recibida el 19/08/2014 por inexacta. Los hechos a los que hace referencia no acaecieron como se describen en la notificación, ya que no existió mi supuesta falta. ***Niego haber abierto encomienda alguna tal cual expresé en mi descargo*** *con referencia al sumario 1458/T, en el servicio que como conductor profesional realizaba en fecha 03/07/2014 Tucumán- Orán y no (Tucumán - General Güemes) como lo especifican ustedes, que no cometí acto alguno que amerite su supuesta falta de confianza y dé lugar a mi despido. Si reconozco que* ***tenía en mi poder tres cajas tamaño mediano que eran de mi propiedad con pertenencias personales*** *entre las cuales se encontraba un celular, las mismas me fueron entregadas por mi hermana antes de salir.* ***Sí guardé mis cajas, no encomiendas****, en la bodega al llegar a Rosario de la Frontera, ya que incomodaban en la cabina. Rechazo las declaraciones de mi compañero por resultar condicionadas a la relación trabajo.- Niego haber causado perjuicio económico alguno hacia los intereses de la empresa ya que no cometí delito alguno, muy por el contrario es la empresa la que me causa un grave perjuicio tanto económico como moral, no dejándome entrar a mi lugar de trabajo sin expresar el motivo de esta decisión desde fecha 12/08/2014 como consta en la denuncia policial N°166”*

En concordancia con ello, la jueza de grado valoró el **descargo** realizado por el actor (fs. 08), expresando que: “ *de la nota adjuntada a fs. 08 se desprende la contestación efectuada por el Sr. Arancibia en el marco del sumario 1456/T,* ***en la que manifestó desconocer las encomiendas transportadas en el servicio Tucumán****-Orán de las 14:55 del 03/07/2014 a las que la empleadora hizo mención, a la vez que rechazó la veracidad de la denuncia efectuada por parte de un pasajero”*

Asimismo, la *A quo* tuvo en cuenta que, en el cuaderno de pruebas CPA N°2 se le había requerido a la demandada que exhibiera el legajo personal del actor, las actuaciones internas del sumario N°1456/T instruido en su contra, las copias del libro de quejas y/o reclamos de los pasajeros del servicio del transporte de pasajeros de fecha 03/07/2014 y las fotografías externas e internas del interno n° 8639, a lo cual la accionada contestó (fs. 124), que la documentación ya había sido agregada con su responde, pero la jueza de grado valoró que "*no se desprende de las constancias de autos que la firma accionada hubiese acompañado el libro de quejas y/o reclamos de pasajeros, las fotografías de la unidad N°8639, el sumario instruido en contra del trabajador, ni el legajo personal completo del Sr. Arancibia"*.

Luego la *A quo* analizó la copia certificada de la escritura notarial N°188 (fs. 137/138), autenticada por el escribano Marcelo Luis F. Colodro, donde consta la declaración testimonial efectuada por el Sr. Raúl Manuel Julián Lima en la audiencia del 04/08/2014, realizada en la ciudad de Tartagal, Salta, en la cual el Sr. Lima ratificó el intercambio de mails acompañadas en copias y su contenido (fs. 129/131).

Seguidamente valoró la declaración brindada en autos por el Sr. Lima (fs. 463/464) ante el Juzgado de primera instancia del trabajo - distrito judicial Tartagal, en el cual ratificó lo declarado ante el escribano, diciendo que*:*

"En el curso del viaje, antes de llegar a Rosario de la Frontera, cuando yo me dirigía al baño, y bajando la escalera, en una especie de entrepiso escuché un ruido que me llamó la atención, proveniente de la cabina del conductor por una especie de cortina que divide ese espacio entre la cabina del conductor y el corredor hacia el baño. Me detuve y observé entre esa especie de cortina que el acompañante del chofer estaba abriendo una caja con una trincheta de color verde, de dicha caja sacó una cajita más pequeña con tapa, que cuando la abrió pude ver que se encontraba en un pequeño sobre, una tarjeta o algo parecido, el chofer que iba manejando. Luego yo continué al baño y cuando regresé del mismo vuelvo a observar que la misma persona estaba abriendo otra caja de color azul, procediendo en ese mismo momento a filmarlo con mi celular, actividad que dejé de cumplirla cuando el señor corrió la cortina (aparentemente por haberme observado) simulando mi parte hablar por teléfono. Cuando arribamos a Rosario de la Frontera observé que bajaron los choferes de la cabina con la primera caja que vi que estaban abriendo más un bulto azul (caja) y otras con envoltorio blanco que era más grande que las anteriores, y las llevaron a guardar en el depósito del colectivo para guardar las valijas. Reiniciado el viaje, en la ciudad de Metán, arribamos a la terminal donde pude observar que bajaron la primer caja blanca donde estaba la tarjeta. Cuando continuaron trayecto, reiniciando el viaje hacia la ciudad de Güemes, advirtiendo desde un comienzo que se trataba de una supuesta irregularidad en el proceder del conductor desde un comienzo, puse en conocimiento de lo que había observado en las oficinas de Flecha Bus establecidas en dicha terminal"

En base a estas pruebas la jueza de grado expresó que:

"De tales declaraciones, como de los reconocimientos efectuados por el mencionado pasajero Lima, puede inferirse como cierto que dicho pasajero viajaba en el servicio referido, que observó al Sr. Arancibia manipulando cajas con una trincheta en la cabina de conducción del colectivo en el que viajaban -extremo éste que fuera incluso reconocido por el Sr. Arancibia en telegrama obrante a fs. 5 y en su libelo inicial-, como así también que, en la parada efectuada en la ciudad de Rosario de la Frontera, ambos choferes guardaron dichas cajas en la bodega de la unidad".

"*Sin perjuicio de ello, no se encuentra acreditado el extremo invocado por la demandada de que las cajas a las que el pasajero hizo referencia en sus denuncias hubieran sido efectivamente encomiendas propias del servicio prestado por la empresa accionada, más aun cuando el trabajador señaló que dichas cajas eran de su propiedad (que habían sido entregadas por su hermana). En efecto, la empresa demandada -sobre quien reitero pesaba la carga de la prueba de la injuria invocada- no ofreció prueba útil tendiente a demostrar dicha circunstancia, no logró identificar ni aportar precisiones sobre las cajas que el testigo denunció haber visto en la cabina, no surgiendo a su vez de las pruebas aportadas a la causa denuncia o reclamo alguno de parte de algún cliente de encomiendas de aquel servicio, como así tampoco, que alguna encomienda del mencionado viaje no hubiera llegado a destino, o hubiera llegado rota o con faltantes, aún cuando dichas constancias le fueran requeridas judicialmente en el cuaderno de pruebas N°2 del accionante (providencia de fs. 116, notificación de fs. 120 y contestación de fs. 124)"*

Continúa diciendo la *A quo: "Tampoco se acompañaron constancias tendientes a acreditar el supuesto "seguro de encomiendas" cuyos costos tuvo que afrontar la accionada (según carta documento de fecha 15/08/14 -fs.4-), a la vez que no se acompañó en autos la supuesta filmación que habría efectuado el pasajero Lima, y que según la declaración del mismo, del Sr. Manjarres y de los propios dichos de la accionada, se encontraba en poder de esta última".*

Y agrega que: "*No puede dejar de considerarse a su vez, la inexistencia de sanciones o apercibimientos al trabajador a lo largo de toda la relación laboral, lo que autoriza a presumir el buen desempeño del mismo en sus tareas durante la vigencia del contrato -extremo que se condice a su vez con los testimonios aportados por los Sres. Alvarado y Ponce a fs. 153/154-, situación ésta que torna desproporcionada la actitud de la demandada de adoptar la máxima sanción prevista en el régimen laboral. Es decir, que teniendo en cuenta además sus antecedentes laborales considero que la empleadora, **de haber sido cierta la detección del supuesto accionar incorrecto por parte del trabajador**, y en virtud del poder jerárquico que revestía sobre aquel (Art. 5 LCT), **pudo previamente a tomar la decisión más grave** prevista en el régimen laboral, haber aplicado otras medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos que le imputaba al trabajador (Art. 67 LCT)".*

Como se puede observar claramente de la simple lectura de estos párrafos de la sentencia, el eje central sobre el que giró la argumentación de la jueza de grado no fue la gravedad del hecho imputado, como sostiene la recurrente, sino que el mismo **no había sido acreditado**, conclusión que resulta ajustada a las constancias de autos, en primer lugar porque el Sr. Arancibia no reconoció en su descargo que hubiera abierto **en la bodega** del ómnibus **cajas de encomiendas** que transportaba su empleadora (como afirma la apelante), ya que solo dijo que abrió, **en la cabina de conducción**, unas cajas de su pertenencia (que le había entregado su hermana antes de salir), las que posteriormente dejó en la bodega porque le incomodaba llevarlas consigo, por lo que no existe aquí reconocimiento alguno del hecho que la accionada imputó al actor en la epistolar de despido.

Tampoco surge acreditado el hecho imputado de la declaración del testigo Luna, en tanto este sólo expresó que vio al actor abriendo unos paquetes o cajas en la cabina de conducción, y que posteriormente los dejó en la bodega, de lo cual (más allá de la interpretación que el testigo haya dado a ese hecho), no puede inferirse en modo alguno que tales paquetes o cajas hayan sido encomiendas de terceros que transportaba la demandada, en cuanto, tal como lo afirma la jueza de grado, la accionada no acompañó las denuncias o reclamos de ningún cliente respecto del servicio de encomiendas, ya fuera por no haber llegado algunas de ellas a destino, o por haber llegado rotas, abiertas o con faltantes, pese a haberle sido requerida la exhibición de tales constancias en el cuaderno de Exhibición de Documentación (CPA nro 2), las que debió acompañar para acreditar que los paquetes abiertos por el actor efectivamente pertenecían a alguno de sus clientes, conforme a lo previsto en el art. 302 del CPCCT, por ser ella quien extinguió la relación laboral invocando la existencia de tal causal, y no hizo en autos.

Asimismo, la jueza de grado tuvo en cuenta que la accionada tampoco había producido prueba alguna tendiente a acreditar el "seguro de encomiendas" que supuestamente tuvo que pagar por la rotura o pérdida de encomiendas (a las que hizo referencia en la epistolar de despido), ni la filmación que le habría entregado el testigo Luna.

Por otra parte, tal como lo expresa la *A quo* en la sentencia, la accionada se limitó a acompañar el descargo del actor sin adjuntar las actuaciones completas de la investigación administrativa llevada a cabo, en las cuales debía constar el informe y el deslinde de responsabilidad que habría realizado el chofer Marcelo Lugones en relación a ese hecho (como se expresa en la carta de despido), por haber sido el mismo observador y coprotagonista del hecho imputado, según lo manifestado por el testigo Lima, en tanto expresó que Lugones *"era quién manejaba y aportaba los datos descriptivos sobre el contenido de las cajas al momento de la apertura"*.

Muy por el contrario a lo afirmado por la accionada en la carta de distracto, el referido testigo Lugones, al prestar su declaración en autos, en especial al responder a las preguntas nros 5 y 7 sobre 5, en que se le requirió que dijera lo que había pasado en ese viaje con relación a la denuncia de uno de los pasajeros en la terminal de Güemes (Salta) y todo lo que sabía al respecto, así como también, si a raíz de ese episodio tuvo que efectuar algún descargo y/o participó en un sumario, el testigo no hizo referencia a ninguna actitud incorrecta o sospechosa por parte del actor, ya que respondió lo siguiente: a la pregunta quinta: "*Yo me entero una semana después de la denuncia, no tenia conocimiento de la denuncia esa"*. Y a la séptima se limitó a decir: "*Si",* pero al serle requerido que aclarara si en el viaje Tucumán- Oran del 03/07/2014 se registró algún episodio o altercado con algún pasajero, por qué causa, quiénes lo protagonizaron y todo lo que recordara al respecto, el testigo respondió: *"**No, para nada**",* lo cual desvirtúa aún más la existencia del hecho imputado por la accionada al actor (haber abierto "encomiendas" de terceros en la bodega del ómnibus en ese viaje) .

Todos estos argumentos de la sentencia no fueron rebatidos en modo alguno por la demandada, ya que en su expresión de agravios se limitó a cuestionar la falta de gravedad que supuestamente habría dado la jueza de grado al hecho, teniéndolo como cierto, cuando la única consideración que ella hizo en la sentencia sobre la gravedad de la falta fue realizada a título meramente hipotético, al decir que "*teniendo en cuenta **además** sus antecedentes laborales considero que la empleadora, **de haber sido cierta la detección del supuesto accionar incorrecto por parte del trabajador**, y en virtud del poder jerárquico que revestía sobre aquel (Art. 5 LCT), **pudo previamente a tomar la decisión más grave** prevista en el régimen laboral, haber aplicado otras medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos que le imputaba al trabajador (Art. 67 LCT)"*. (lo resaltado me pertenece).

Como puede apreciarse claramente de estos párrafos de la sentencia, la consideración de la jueza de grado sobre la falta de gravedad del hecho fue realizada por ella a mayor abundamiento al decir que, aún de haberse acreditado el hecho, el mismo no hubiera sido de una gravedad como para justificar el distracto, pero sobre los argumentos centrales de la *A quo (*referentes a la falta de acreditación del hecho imputado), en los cuales esta fundó su decisorio, nada dijo la recurrente para rebatirlos y, por consiguiente, permanecen incólumes, lo cual deja sin sustento la causal de pérdida de confianza invocada.

Ello es así porque la pérdida de confianza que justifica un despido no gira en torno al sentimiento subjetivo del empleador desprovisto de sustento, sino que deben existir hechos objetivos que puedan valorarse como detonantes de esa causal de rescisión del contrato de trabajo.

Esta Sala al respecto tiene dicho: *"...No cualquier incumplimiento contractual configura una injuria en el sentido del analizado art. 242 de la LCT. Debe tratarse de una inobservancia que "por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación". Lo que significa que la parte injuriante debe haber excedido, en su conducta frente a la otra, por su hacer o por su omisión, de lo que puede considerarse como tolerable, y el exceso debe haber sido de tal gravedad que no consienta la continuidad de la relación, ni siquiera provisionalmente. Por ello el despido se considera como un último remedio (ultima ratio) al que no puede recurrirse sino en caso de verdadera necesidad. De lo contrario el despido se juzga como arbitrario (Excma. Cámara Laboral, sala VI, Mayer Marcos German c. Nuevo Banco Industrial del Azul S.A s/ Cobro de Pesos, 17.12.07, sent. 242)"*.-

Resulta evidente que en el caso de autos no se configura la causal de pérdida de confianza, atento a la falta de pruebas suficientes respecto de la existencia de un hecho injurioso objetivo, cuya configuración impidiera la prosecución de la relación laboral en la forma en que lo puso de manifiesto la empleadora. Y no es lógico imputarle al actor una acción dolosa de daño o culpa grave cuando su autoría, razonablemente apreciada, no fue acreditada debidamente por la accionada en autos, por lo cual los agravios referentes a la causal del distracto se rechazan. Así lo declaro.

V.2. En el segundo agravio, la recurrente critica la base de cálculo que utilizó la jueza de grado en la sentencia para el cálculo de las indemnizaciones, en tanto tomó la suma de $11.268,98 como *" la mejor remuneración, normal y habitual devengada por el trabajador"* computando las horas extras al 50% ($1.434) y feriados de 8 horas ($ 849,84).

En forma específica, la apelante critica que la *A quo* se haya basado en las escalas salariales adjuntadas a fs. 297 por UTA, cuando del informe de dicho sindicato no surge que las horas extras y las horas feriados allí mencionados hayan tenido el carácter de habitualidad que exige el art. 245 LCT y cuando la propia actora, en la demanda tomó como base para el cálculo indemnizatorio la suma de **$9.802,62,** sin agregar la antigüedad, las horas extras al 50% y los feriados (8 hs). Además, se queja de que la jueza haya tomado la remuneración de agosto de 2014 en forma completa, cuando el actor fue despedido el **19.08.14,** es decir antes de cumplir el mes**.**

Afirma que su parte sostuvo en su contestación, que el básico fue de $6.637, a lo que debían agregarse la antigüedad ($795,46) y el presentismo ($1330), por lo cual la mejor remuneración normal y habitual del actor fue de **$8.762,45,** máxime teniendo en cuenta que los rubros antigüedad, horas extras y feriados no fueron reclamados por la contraria, y critica que termine diciendo que: *"...se tomarán un promedio de las horas extras y de las horas trabajadas en días feriados, habitualmente percibidas por el trabajador, conforme recibos adjuntados a fs. 55/64 ",* afirmación que también es errónea pues de los recibos de haberes de 2014 surge que se pagó horas extras al 50% solo en los meses de enero, febrero, marzo, junio y julio, mientras los feriados se pagaron en marzo, abril y mayo, es decir que de los últimos siete (7) meses trabajados por el actor, en cinco (5) meses cobró horas extras al 50% y en cuatro (4) meses cobró horas feriado, lo cual no cumple con el requisito de la habitualidad.

Al respecto, la *A quo*, en la Segunda Cuestión de los Considerando de la sentencia expresa que:

"*2.4. Los rubros declarados procedentes deberán calcularse sobre la base de $11.268,98 la mejor remuneración normal y habitual devengada por el trabajador según su jornada y su categoría de chofer de larga distancia del CCT 460/73, suma ésta que se extrae de las escalas salariales adjuntadas a fs. 297 por la Unión tranviarios automotor, seccional Tucumán y que se compone con los siguientes rubros: a) básico: $7.967, b) antigüedad: $1018,08, c) horas extras al 50%: $1.434,06 y d) 8hs feriado: $849,84.- Respecto a la inclusión dentro del rubro horas extras y feriados dentro de la base para el cálculo de las indemnizaciones se debe a que fueron abonadas al actor en forma habitual y permanente durante el útimo año de servicio, por lo que corresponde su inclusión en la remuneración. La jurisprudencia que comparto tiene dicho que el carácter habitual de la remuneración por las tareas cumplidas en horas extras resulta aprehendida por la fórmula legal del Art. 245 LCTA los fines de su inclusión dentro de la mejor remuneración normal, mensual y habitual se tomará un promedio de las horas extras y de las horas trabajadas en días feriados, habitualmente percibidas por el trabajador, conforme recibos adjuntados a fs. 55/64".*

Ahora bien, con relación a las críticas porque la *A quo* tomó como base la remuneración prevista en las escalas salariales de UTA para el mes de agosto de 2014, en lugar de la que surgía de los recibos de haberes y porque la tomó en forma completa cuando el trabajador prestó servicios solo hasta el 19/08/14, las mismas no resultan atendibles en cuanto, según las escalas salariales suministradas por el Sindicato UTA (fs. 207), la remuneración del mes de agosto fue la mejor devengada (por los aumentos de sueldo básico que hubo en ese período para los trabajadores del sector) y, por consiguiente, resulta acertada la decisión de la *A quo* de tomar dicha remuneración ya que la base que prevé el art. 245 LCT es la mejor remuneración mensual debida, lo cual muestra que la prestación debe ser la "devengada" y no la efectivamente percibida, debiendo prevalecer la que sea mayor y, por consiguiente la que corresponde al mes completo, como lo hizo la A quo, al tomar el básico de $ 7.967,00 (vigente a agosto/14), que además era el sueldo bruto que tomó en forma completa (no el neto percibido por el trabajador). Al respecto la jurisprudencia (que esta vocal comparte) sostuvo que: *"...El módulo salarial correspondiente a la mejor remuneración, mensual, normal y habitual, prevista en el art. 245 de la LCT, es el importe del salario bruto y no el neto* (CNTrab, Sala IX,

12/04/2012, TSS, 2012-523), como lo hizo la *A quo* en la sentencia. Por consiguiente esta crítica se rechaza.

En cuanto a la queja porque la jueza de grado tomó como base la remuneración de $ 11.268,98, computando las horas extras y las horas feriados, pese a que la actora, en la demanda no incluyó tales rubros (ya que tomó la suma total de $ 9.802,62), tal queja tampoco resulta atendible, teniendo en cuenta que la actora, si bien en su planilla anexa consigna este monto, en la demanda indicó claramente que su mejor remuneración normal, mensual y habitual (en los últimos dos meses) había sido de $ 11.222,02, y en esa suma están contempladas tanto las horas extras como las horas feriados, cuyo pago está corroborado con los recibos de haberes adjuntados por ambas partes y dicho monto solo es levemente inferior al que tomó la la jueza de grado. A ello cabe agregar que la planilla que practica el actor en la demanda siempre es provisoria y sujeta a lo que resulte de las pruebas de autos, más aún teniendo en cuenta que, en materia laboral está legislada, en el art. 47 del CPL, la facultad del juez de otorgar un monto mayor al peticionado si ello resulta de las probanzas de autos, como ocurre en el caso de marras, en el cual la jueza podía resolver ultra petita, (no extrapetita) de conformidad con la acción promovida y lo informado por el Sindicato de UTA, por lo que este agravio también se rechaza. Así lo declaro.

En relación al agravio porque la jueza de grado tomó los rubros horas extras y horas feriados para integrar la base de cálculo, cuando dichos rubros no tuvieron habitualidad porque solo se abonaron en algunos meses, tampoco resulta atendible el mismo por cuanto, del análisis de los recibos de haberes adjuntados en autos por ambas partes, resulta que las horas extras (en días comunes y en días feriados), se abonaron con regularidad desde agosto de 2013 a julio de 2014, conforme se detalla seguidamente:

Periodo Hs. Extras al 50% UTA Hs. Feriado

08/20132073,92654,92

09/20132022,61 -

10/20132561,97809,04

11/2013 -809,04

01/20142601,33 -

02/20142567,1 -

03/2014410,742464,41

04/2014 -1642,94

05/2014 -1642,94

06/2014821,47 -

07/20141300,66821,47

Total14359,88844,76

Promedio Hs. Extras al 50% UTA

(14.359,80 / 11 meses)**1305,44**

Promedio Hs. Feriado

(8.844,76 / 11 meses)**804,07**

Como surge claramente de los recibos de haberes del último año trabajado, los rubros horas extras y horas feriados fueron abonados de forma habitual y reiterada durante ocho meses (las horas extras comunes) y siete meses (las horas en feriados), respectivamente, durante el último año trabajado por el actor, por lo cual integraban el salario normal y habitual a los fines del cómputo en la base para el cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, tal como lo consideró la jueza de grado, máxime teniendo en cuenta que se trataba de un trabajador chofer de larga distancia, por cuyas funciones necesariamente debía trabajar habitualmente en horas extraordinarias, y si bien el promedio que sacó por estos rubros la *A quo* en la sentencia, es levemente inferior al que arrojan los promedios que surgen de los recibos (como se detalla en la planilla precedente), de todos modos ello no sirve para modificar la conclusión sentencial, teniendo en cuenta que, al tratarse de rubros normales y habituales, la jueza de grado en realidad debió tomar directamente la mejor remuneración percibida, que fue de $ 12.00,81 (octubre de 2013) y tomó en cambio la suma total de $ 11.268,98 que es menor a la que correspondía aplicar (error este que no puede modificarse a favor del actor por haber dejado firme esta decisión de la sentencia), por lo que este agravio se rechaza..

En mérito a lo considerado, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia definitiva del 06/09/2018, la que se confirma en lo que fuera materia de apelación y agravios . Así lo declaro.

VI. Costas de la Alzada: En cuanto a las costas procesales de esta instancia recursiva, dado el resultado arribado y el principio objetivo de la derrota que impera en la materia, se imponen íntegramente al actor vencido (artículoS 105 y 107 de la Ley 6.176, de aplicación supletoria en el fuero laboral). Así lo declaro.

VII. Honorarios: Corresponde en esta oportunidad regular honorarios a los profesionales que intervinieron en los recursos de apelación aquí resueltos. En el caso de autos, debe valorarse la naturaleza del proceso; el valor, motivo y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad y novedad de la cuestión planteada; la eficacia de los escritos presentados y el resultado obtenido, y el monto del juicio (artículo 15, Ley 5.480).

Por lo prescripto por el artículo 51 de dicho cuerpo legal, debe regularse “del veinticinco por ciento (25 %) al treinta y cinco por ciento (35 %) de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia. Si la apelación prospera en todas sus partes a favor del apelante, el honorario de su abogado se fijará en el treinta y cinco por ciento (35 %)”.

Estimo pertinente fijar los honorarios de la apoderada del actor en un 30 % y los de la demandada en un 25 %, en ambos casos con relación a los que les fueran regulados por la actuación de primera instancia. Así lo declaro.

Para la regulación se tomarán como base los montos de los honorarios regulados por la actuación en primera instancia, actualizado a la fecha de la presente sentencia, y a él se aplicará la norma arriba transcripta.

a)- Así, al letrado Alan Fernández Nahid, se le reguló oportunamente la suma de PESOS CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTIDÓS CON 71/100 ($49.722,71), que actualizada al 30/09/2023 asciende a PESOS CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y UNO CON 67 ($196.051,67). A dicho importe se aplica el 30 %, lo que resulta en la suma de PESOS CINCUENTA

Y OCHO MIL OCHOCIENTOS QUINCE CON 50/100 ($58.815,50), que se regula al referido abogado por su actuación en el recurso.

b)- Al letrado Jorge Wyngaard se le reguló oportunamente la suma de PESOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS DIECISÉIS CON 22/100 ($35.516,22), que actualizada al 30/09/2023 asciende a PESOS CIENTO CUARENTA MIL TREINTA Y SEIS CON 90/100 ($140.036,90). A dicho importe se aplica el 25 %, lo que resulta en la suma de PESOS TREINTA Y CINCO MIL NUEVE CON 23/100 ($35.009,23), que se regula al referido abogado por su actuación en el recurso. Así lo declaro.

VOTO DEL VOCAL SEGUNDO CARLOS SAN JUAN:

Por compartir los fundamentos esgrimidos por la Sra. Vocal Preopinante, voto en igual sentido.

Del acuerdo que antecede, la Excelentísima Cámara de Apelación del Trabajo, Sala 6° (integrada al efecto),

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de apelación deducido por la parte demandada en contra de la sentencia definitiva del 6 de setiembre de 2018, la que se confirma en lo que fuera materia de agravios, por lo considerado. **II. IMPONER** las costas procesales de esta instancia recursiva a la accionada vencida, por lo considerado. **III. REGULAR** los honorarios profesionales por la labor cumplida en esta instancia recursiva con el siguiente alcance: 1. Al letrado Alan Fernández Nahid, apoderado del actor, la suma de PESOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS QUINCE CON 50/100 ($58.815,50); 2. Al letrado Jorge Wyngaard, apoderado de la demandada, la suma de PESOS TREINTA Y CINCO MIL NUEVE CON 23/100 ($35.009,23).

REGÍSTRESE DIGITALMENTE Y HÁGASE SABER

MARIA BEATRIZ BISDORFF CARLOS SAN JUAN

Por ante mí:

SIMÓN PADRÓS, ANDRÉS

Actuación firmada en fecha 06/10/2023

Certificado digital:
CN=SIMON PADROS Andres, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20264022461

Certificado digital:
CN=SAN JUAN Carlos, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 23080684479

Certificado digital:
CN=BISDORFF Maria Beatriz, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27176139493

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán https://www.justucuman.gov.ar.