

## Empleado De Casino Despido Justificado

### JURISPRUDENCIA

### Empleado de casino. Despido justificado

### Se confirma la

sentencia que consideró justificado el despido de un empleado de un casino que fue despedido por su empleadora, quien le imputó haber entregado fichas a los clientes a cambio de dinero para sí. Corrientes, 12 de mayo de 2015. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos? El Dr. Niz dijo: I. Contra la Sentencia N° 18 pronunciada por la Excma. Cámara de Apelaciones de Goya (Ctes.), que resuelve rechazar los recursos de nulidad y apelación deducidos por el actor, confirmando el fallo de Primera Instancia, éste deduce el recurso de inaplicabilidad de ley en tratamiento (fs. 156/162). II. Se encuentran satisfechos los recaudos de admisibilidad del medio impugnativo en análisis, al haber sido planteado fundadamente, contra sentencia definitiva dictada por la Excma. Cámara y dentro del plazo de ley, no estando obligado al cumplimiento del depósito previsto por el art. 104 de la ley 3540, por representar a la parte obrera. III. El recurrente desarrolla el memorial de expresión de agravios expresando que la Cámara incurre en errónea interpretación y aplicación de la ley, así como en una absurda y errónea valoración de las pruebas colectadas. Concretamente lo agravia que la "a quo" no se haya expedido respecto de los rubros de pago obligatorio que correspondía sean abonados al actor, ya que éstos se deben cualquiera sea la causa del despido; y, en el concreto caso lo constituyen: salario del mes de septiembre de 2011; días trabajados en octubre de 2011; SAC proporcional; vacaciones proporcionales; y la participación en las ganancias. Agrega que, al expresar agravios en el escrito de apelación ordinaria, hizo notar "... la falta de pago de rubros de pago obligatorio que no han sido considerados por el a quo en el fallo N° 21/2014 hoy atacado" (fs. 138 vta.)". Afirma que ello surge de la documental acompañada por la accionada (recibos de haberes del actor hasta el mes de agosto de 2011), lo que demuestra que, al no acompañar los correspondientes al mes de septiembre y octubre de 2011 fue por la simple razón de que no habían sido abonados al trabajador. Y que la fecha de la extinción de la relación laboral fue reconocida por el representante legal de la demandada quien, al absolver posiciones, admitió que el actor prestó servicios hasta el 4/10/2011, fecha en que se produjo el distracto (segunda posición, fs. 89). Añade asimismo, que dicha circunstancia se encuentra acreditada en el Certificado de Trabajo e, inclusive, en la Certificación de Servicios y Remuneraciones (ambas reservadas en Secretaría y presentadas por la patronal) donde se consignó que el actor trabajó hasta el mes de octubre de 2011. En cuanto al pago de las vacaciones y del SAC proporcionales del año 2011, expresa que por expresas disposiciones de los arts. 123 y 156 de la LCT, su pago resulta obligatorio para la patronal al extinguirse el vínculo laboral con el trabajador. Y respecto al pago por participación en las ganancias del año 2011, se observa de los recibos acompañados por su parte y también reservados en Secretaría, que al trabajador se le abonó durante los años 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 el rubro "Partic. 10% Art. 16 inc. 8", por lo que el mismo debía ser abonado al actor a raíz del distracto, más allá de que se le abonara una vez al año. Cita doctrina en tal sentido y destaca que dichos rubros fueron reclamados tanto en el escrito de promoción de la demanda como en el telegrama remitido el 4/10/11 (fs. 6) y en el reclamo formulado ante la Subsecretaría de Trabajo de la ciudad de Esquina (fs. 12). Refiere que, de conformidad a lo normado por el art. 356, inc 1° del CPCC, aplicable supletoriamente en virtud del art. 109 de la ley 3540, la documental ofrecida por la actora debe tenerse por reconocida en su totalidad, dado que al momento de contestar la demanda la accionada ha efectuado sólo un desconocimiento genérico de la misma. Reitera que se encuentra probado que se adeudan al actor los rubros de pago obligatorio antes detallados ya que el único modo de acreditar la patronal el pago de los mismos es a través de recibos firmados de puño y letra del reclamante; y éstos no fueron presentados por la simple razón de que nunca fueron abonados. Continúa expresando que también lo agravia que la Cámara, mediante una errónea valoración de la confesión ficta del actor y de las testimoniales rendidas, así como de las filmaciones acompañadas por la contraria, arribe a la conclusión de que se encuentra debidamente probada la causal de despido del Sr. G. Y, que si bien es cierto que el actor quedó confeso por no haber concurrido a la audiencia de trámite, no significa que por sólo eso se tengan por ciertos sin más los dichos de la demandada, pues dicha prueba debió valorarse con los demás elementos probatorios arrojados a la causa. Se queja asimismo de que la Cámara considere que el relato de los testigos resulta convincente pues describen cómo ocurrieron los acontecimientos en forma circunstanciada y precisa, siendo que se observan contradicciones en sus declaraciones; agrega que resulta innegable que los testimonios de dichas personas (S. M., E. y M.) carecen de validez ya que lo que declaran saber es por comentarios y el único medio de prueba con el que se pretendió corroborar sus dichos, lo constituyen unas supuestas filmaciones del día en que se cometió la supuesta falta en las que no se observa el rostro del actor ni que aquélla fuera cometida por él. Finaliza el punto manifestando que en esta causa debe aplicarse el principio del "in dubio pro operario" normado en el art. 9 de la LCT. Señala que la decisión rescisoria fue absolutamente desproporcionada e injusta, sin mediar advertencia de ningún tipo, en evidente violación de la normativa laboral aplicable y concluye indicando que la Cámara confirmó sin

fundamento jurídico ni fáctico alguno los criterios del juez de grado, cuyo resultado es consecuencia de una aplicación errónea e inapropiada de la ley, sin analizar debidamente los agravios vertidos por su parte. IV. Para decidir como lo hizo, es decir, confirmar el fallo de Primera Instancia, el Tribunal "a quo" en primer lugar delimitó que el tópicus a verificar era si la causa del despido directo del Sr. G. fue acreditada o no, luego, si la conducta atribuida constituye injuria grave compatible con la medida adoptada. Citó abundante jurisprudencia referida a la potestad del juez para valorar la injuria, manifestando que era la demandada la que tenía la carga de probar la existencia de la injuria invocada -que G., en las circunstancias indicadas, había desarrollado una conducta delictiva en contra de la empresa- para que se configure el despido justificado. Advirtió así que, en autos, ante la incomparecencia injustificada del actor a la audiencia de trámite, se pone en funcionamiento la presunción de verdad de los dichos de la demandada y es el primero quien debe acercar elementos probatorios que la desvirtúe. Pero esta presunción -dice además- fue corroborada por las testimoniales acercadas por la empleadora, que aportan precisiones respecto al hecho imputado al actor: la entrega de fichas de \$100 recibiendo de parte del cliente la suma de \$50. Analizó que los testigos S. M. (fs. 101/102) y E. (fs. 105/106) -ambos supervisores de Casinos del Litoral SA -Suc. Esquina- en el momento del hecho-, relatan que al ser informados por el jefe de sala de lo que hacía G., se reunieron los tres e informaron al Gerente. Asimismo, que una vez le fueron exhibidos los dos videos obrantes en la causa, los reconocen como los que muestran a G. y un cliente de apellido O. en los que se ve que el actor entrega \$100 en fichas y recibe del cliente \$50 en billete. Asimismo, que el testigo M. (fs. 103/104), jefe de sala, dijo ser el primero que vio que G. recibía un billete de \$50 y daba \$100 en fichas a un cliente y que al constatar la maniobra acudió a los supervisores y lo corroboraron mediante el video de las cámaras de seguridad del Casino, dando aviso al Gerente. Y que el hecho se verificó ese día y al siguiente. Consideró que el relato de los declarantes resulta convincente ya que describen cómo ocurrieron los hechos en forma circunstanciada y precisa, dan detalles de cómo cada uno de ellos tomó conocimiento de la conducta de G. y, en forma contundente, proporcionan los motivos de por qué es el actor el que aparece en los videos a pesar de que no se le ve el rostro, lo que evidencia un conocimiento privilegiado de las circunstancias que rodearon al hecho generador del distracto y quita entidad al agravio vinculado a que los testigos no ven los rostros en las imágenes. Agregó -citando jurisprudencia- que si bien es cierto que aquéllos son dependientes de la demandada, esa circunstancia no los inhabilita para declarar precisamente sobre cuestiones vinculadas a la empresa. Razonó que el actor G. no trajo evidencia alguna a fin de contrastar tanto la presunción de veracidad de los hechos expuestos por el Casino demandado creada por su propia incomparecencia injustificada a la audiencia de trámite, como con la declaración de los testigos indicados; y, al no mediar duda alguna, es inaplicable el principio protectorio consagrado en el art. 9 de la LCT. Determinó que el hecho así acreditado y teniendo en cuenta la particular relevancia que tiene la actividad del actor (que incluía la venta de fichas) y que fue en ese contexto donde expuso su conducta contraria a los deberes propios del contrato de trabajo, sin lugar a dudas impide la prosecución del vínculo ya que, dadas sus características, es clara la imposibilidad de tolerar la continuidad de la relación laboral. Concluyó así que la reacción del empleador se impone ante la gravedad de la falta y su entidad justifica la medida adoptada. V. En primer lugar, cabe recordar cuál es la materia sobre la que es dable la revisión de las sentencias de la Cámara de Apelaciones a través del recurso de inaplicabilidad de ley planteado, el que no tiene por objeto instaurar una tercera instancia, sino que apunta al control de legalidad de dicha sentencia. Reiteradamente se ha dicho que tanto la apreciación del material probatorio, como también la determinación de la existencia o no de la injuria que justifique la extinción del vínculo laboral constituyen materia reservada a los jueces de grado. El límite que encuentra tal facultad se determina con la demostración de absurdo al apreciar los hechos y las pruebas de la causa, o en la afirmación y comprobación de que la valoración de la injuria invocada por el tribunal fue efectuada sin la prudencia que la ley exige (S.C.B.A., causas L. 89.351, sent. del 07/III/2007; L. 86.145, sent. 19/IX/2007; S.T.J. Ctes., sent. N° 17/2010, in re "Cabrera c. Amarilla Gas S.A."; N° 58, 16/08/11, Expte. N° C02-14089/3, entre tantas otras). Se aprecia que el Tribunal "a quo" ha evaluado las pruebas rendidas y dado razones suficientes respecto del mérito de las mismas, evidenciándose un estudio lógico y razonado de los elementos que la integran, sin que se aprecie en la decisión cuestionada el absurdo o la arbitrariedad que denuncia el recurrente. Analizadas en este marco las críticas expuestas por el quejoso, éstas no alcanzan a rebatir los motivos que llevaron al tribunal "a quo" a decidir del modo que lo hizo. Y estoy persuadido que, al rechazar el recurso de la actora, ensambló armónica y eficazmente las reglas de la sana crítica (art. 386 del C.P.C. y C.) con lo dispuesto en el art. 65 de la ley 3540, teniendo especialmente en cuenta la orfandad probatoria del accionante. Así, de la conjunción de los artículos 65 y 53 inciso b) de la ley 3540, sabido es que si el absolvente faltare sin justa causa a la audiencia de trámite será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o su contestación, salvo prueba en contrario. De ello surge que la ausencia se sanciona con esa presunción favorable a la contraria. Indiscutiblemente, una cuestión que es netamente de hecho, privativa de los jueces de grado y ajenas al ámbito de esta instancia extraordinaria, salvo supuestos excepcionales de evidente arbitrariedad o absurdo en la apreciación de la prueba, que en el caso no se observan. "Tocante a los efectos de la "ficta confessio" debe mencionarse que si bien la jurisprudencia ha declarado en forma reiterada que no tiene valor absoluto, sino que debe ser

ponderada en función de todos los demás elementos de prueba que obran en el proceso (conf. J. A., T 1962-III, p. 139; PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", T. IV, p. 549/553), cuando estos no se hubieran desvirtuado, como acontece en la especie, debe asignársele pleno valor probatorio. De este modo, el inferior no hizo una interpretación errónea de la norma contemplada en el art. 65 de la ley 3540 como intenta el recurrente, coincidiéndose con el tribunal "a quo" que ese precepto normativo debe apreciarse en función de todos los demás elementos de juicio y circunstancias ocurridas en el expediente, sobretudo a la luz de quién incumbía probar los hechos alegados y conforme las reglas de la sana crítica racional" (STJ Ctes., Sentencia Laboral N° 39, Expte. N° C01-31032891/7). Advertido que el recurrente, al invocar errónea valoración de la confesión ficta por parte del Tribunal "a quo", manifiesta que si bien es cierto que el actor no concurrió a la audiencia de trámite, ello no es suficiente para tener por ciertos o reconocidos sin más los dichos de la demandada, ya que dicha prueba debió apreciarla en correlación con otras pruebas. Soslaya sin embargo que, por aplicación del apercibimiento previsto por el art. 65 de la ley 3540 y las testimoniales analizadas por la Cámara "a quo", quedó reconocida la falta atribuida al actor y, en consecuencia, su parte tenía la carga de acreditar lo contrario. Sobre ella pesaba esa demostración. Y no lo hizo. Lo anterior, permite tener por reconocidos los hechos alegados y las pruebas acompañadas (arts. 53, inc. b) y 65, ley 3540). Reitero, su omisión generó una presunción en su contra, no desvirtuada durante el proceso. Como se constata, el negligente actor no probó sus afirmaciones, ni desvirtuó la prueba de autos y el imperativo de su propio interés quedó insatisfecho. Sintetizando, la ficta confessio del actor y las pruebas de autos rendidas por la accionada -como concluyera la Cámara-, otorgan absoluta fuerza convictiva a la decisión de la empleadora referida a que la conducta agravante endilgada al actor tenía, en la ocasión, la magnitud y gravedad necesaria como para justificar la ruptura del contrato de trabajo. Argumentos que a mi juicio dan debido sustento o motivación al fallo en crisis, por lo que la solución final del litigio en este punto no puede ser modificada. VI. Ahora bien, en esta instancia -reitero-, la misión que le corresponde a este Superior Tribunal de Justicia es controlar la legalidad del fallo apelado. Y efectuada que fuera, advertido que los agravios referidos al incumplimiento de los rubros de pago obligatorio que motivaron la apelación del actor, debieron ser tratados por el Tribunal "a quo". Debe señalarse que de dichos agravios surge como primer planteo la falta de pronunciamiento por parte del tribunal de apelación respecto de "[...] falta de pago de rubros de pago obligatorio que no han sido considerados por el a quo en el fallo N° 21/2014 hoy atacado." (fs. 138 vta.). Continuando con su pretensión, el recurrente expone en el recurso en tratamiento los fundamentos que motivan la procedencia de la misma cuyo tratamiento omitió el a quo. Cuestionamientos estos que autorizan a este Alto Cuerpo a ingresar a su análisis. Así, la queja del recurrente referida a los rubros obligatoriamente debidos y no abonados por la accionada, los cuales -además- no fueron tratados por los jueces de grado, debe tener favorable acogida. Es que, aún admitida la justa causa para el despido -que libera al empleador de toda obligación indemnizatoria- en el concreto caso éste debe pagar las remuneraciones pendientes (salario del mes de septiembre de 2011; 4 días de octubre del mismo año y el proporcional de la remuneración complementaria correspondiente a la participación en las ganancias del año 2011) y los rubros de pago obligatorio (SAC proporcional a los días trabajados y vacaciones no gozadas proporcionales) como lo solicita el quejoso. Ello así pues, de conformidad al imperativo legal, son de pago obligatorio -cualquiera sea la forma de extinción del contrato de trabajo- los días trabajados hasta el momento del despido, vacaciones proporcionales (art. 156, LCT) y el SAC proporcional (art. 123, LCT), siendo estos conceptos exigibles por la sola prestación de tareas del trabajador (o su puesta a disposición del empleador). Y, no habiendo acreditado la patronal haber cumplido con tal obligación a través del único modo admitido a dicho fin (que es el recibo) según lo dispuesto por el art. 138 de la LCT, corresponder hacer lugar a lo peticionado por el actor recurrente. Ahora bien, no contando este Superior Tribunal con documental respaldatoria para calcular el monto que a cada uno de los rubros admitidos corresponde y, advertido que la planilla practicada a fs. 38 contiene datos numéricos que no se adecuan al valor que debe ser tenido en cuenta para el cálculo (ya que debe tomarse el "total neto" de los haberes y no el "bruto" como lo hiciera el accionante) y que, concretamente, en lo referido a los haberes y al proporcional de "participación en las ganancias" aquí reconocidos como adeudados tampoco surgen de ninguna documental que a la vista se tiene, corresponde reenviar estos autos a Primera Instancia a fin de que el profesional practique la pertinente liquidación respaldado en datos fidedignos. Consecuentemente, la pretensión recursiva prosperará en los límites antes indicados. Por ello deberán modificarse las costas decididas en origen, las que se distribuirán en todas las instancias en un 60% a cargo del actor y en el 40% restante a cargo de la demandada, en proporción al éxito obtenido (art. 88, ley 3540); condenando a la firma Casinos del Litoral SA a pagar los rubros admitidos con más los intereses correspondientes desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, los que se calcularán teniendo en cuenta la tasa activa, segmento 1, que fija el Banco de Corrientes SA para sus operaciones de descuento de documentos. VII. Por todo lo expuesto y si este voto es compartido por la mayoría de mis pares, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 156/162, sólo en cuanto a los rubros de pago obligatorio no abonados, con más los intereses correspondientes desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, los que se calcularán teniendo en cuenta la tasa activa, segmento 1, que fija el Banco de Corrientes SA para sus operaciones de descuento de documentos;

y confirmar en lo demás la sentencia recurrida. Costas en ésta y en todas las instancias en un 60% a cargo del actor y en el 40% restante a cargo de la demandada, en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos (art. 88, ley 3540). Regular los honorarios profesionales del Dr. ..., por el actor, y los del Dr. ..., por la demandada, en un 30% de la cantidad que, respectivamente, quede establecida para cada uno de ellos en primera instancia (art. 14, ley N° 5822), y en la calidad de Monotributistas que revisten frente al I.V.A. El Dr. Semhan dijo: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Fernando Augusto Niz, por compartir sus fundamentos. El Dr. Panseri dijo: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Fernando Augusto Niz, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: Sentencia N° 39 1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 156/162, sólo en cuanto a los rubros de pago obligatorio no abonados, con más los intereses correspondientes desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, los que se calcularán teniendo en cuenta la tasa activa, segmento 1, que fija el Banco de Corrientes SA para sus operaciones de descuento de documentos; y confirmar en lo demás la sentencia recurrida. 2°) Costas en ésta y en todas las instancias en un 60% a cargo del actor y en el 40% restante a cargo de la demandada, en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos (art. 88, ley 3540). 3°) Regular los honorarios profesionales del Dr. ..., por el actor, y los del Dr. ..., por la demandada, en un 30% de la cantidad que, respectivamente, quede establecida para cada uno de ellos en primera instancia (art. 14, ley N° 5822), y en la calidad de Monotributistas que revisten frente al I.V.A. 4°) Insértese y notifíquese.- Fernando Niz.- Guillermo Semhan.- Eduardo Panseri.

015080E