En la Ciudad de Mendoza, a los seis días de Diciembre de 2013, reunidos en su Sala de Acuerdos los Sres. Jueces de la Excma. Tercera Cámara de Trabajo, Dres. Enrique H. Catapano, Inés B. Rauek de Yanzón y Mónica A. Arroyo, trajeron a deliberación para sentencia definitiva, los autos Nº 40.454 caratulados “C.C.E. C/ AUTOTRANSPORTES ANDESMAR S.A. P/ Despido” de cuyas constancias,

RESULTA:

I) Que a fs.15/22 comparece el Sr. C.E.C. por intermedio de apoderado y formula demanda contra AUTOTRANSPORTES ANDESMAR por el cobro de la suma de $ 158.828 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, con más intereses y costas.

Expresa que ingresó a trabajar para la demandada el 1/7/1992, desempeñándose como conductor y guarda, percibiendo un sueldo de $ 2.544 de básico mas los adicionales, siendo la mejor remuneración la del mes de abril de 2009 de $ 5.005.

Que la demandada realizaba descuentos por las roturas menores que tuviesen los colectivos, disfrazando la disminución como “adelantos de sueldo”. Que ello motivó que el actor consultara con el Sindicato, existieron diversas audiencias de conciliación en la Subsecretaría de Trabajo, por reclamos efectuados por trabajadores, entre los que estaba el actor.

Esa tirante situación culminó con el invento de una causal de despido. Que en fecha 6/6/09 el jefe de Transito de la empresa, Sr. M.M. , le solicita un informe sobre la situación acontecida por una queja de una pasajera en un viaje de mediados del mes de mayo. El jefe de transito no le dio copia de la denuncia, por lo que el actor expresó que no puede dar explicaciones de lo que no conoce. Que el compañero del actor en ese viaje, R.Q., se expresó de la misma manera, no recordaba nada fuera de lo común. Que en las hojas de ruta y reportas no existía nada anormal.

El día 8 de junio fue llamado a la Administración donde una escribana procede a notificarle el despido que reza “Por la presente le comunicamos que con fecha 5 de junio del corriente año hemos recibido una denuncia de una pasajera que viajaba el día 16 de mayo en el asiento ubicado en la parte superior de la unidad n° ….., que cumplía un servicio proveniente de Salta con destino a Mendoza, en el que Ud. desarrollaba funciones chofer, relatando en la misma el acoso sufrido durante el viaje por parte de un dependiente de la empresa, que se sentó en el asiento al lado suyo, levantando el apoya brazos y comenzando a tocarle la pierna, mirándola constantemente y tocándose sus propios genitales. Esta insólita conducta se ve agravada aun más, al no permitir que la pasajera abandonara su asiento en dicha ocasión. Que esta situación se repite posteriormente en el transcurso del mismo viaje, en la que dicho dependiente subió nuevamente a la parte superior de la unidad, sentándose en otro asiento contiguo, provocando a la pasajera con constantes miradas, tocándose constantemente sus genitales. La empresa se ha visto en la necesidad de realizar las investigaciones pertinentes habiendo constatado su autoria en los hechos denunciados, por actuaciones obrantes en nuestro poder. Por lo expuesto precedentemente entendemos que la conducta por ud. desplegada se encuentra absolutamente reñida con los principios que emanan de los arts. 62, 63, 84 y conc. De la LCT. por la que nos sentimos gravemente injuriados y nos provoca una perdida de confianza que torna imposible la prosecución de la relación laboral. En consecuencia le notificamos nuestra decisión de extinguir el contrato de trabajo por su exclusiva culpa. Liquidación final y certificaciones del art. 80 LCT a su disposición en la sede la empresa. Queda Ud. debidamente notificado”.

Que la causal sustentada es inverosímil e inexistente.Que resulta difícil que una persona haya sufrido un acoso dos veces y no haya esbozado un solo grito ni denuncia ante las terminales que paso antes de llegar a Mendoza, ni denuncia penal.

Que en fecha 17/6/09 el actor envió telegrama que reza “Rechazo por absolutamente improcedente falaz y maliciosa la notificación de despido efectivizada por acta notarial pasada por ante la Escribana M.C.H. para fecha 12/6/09, toda vez que la causal sustentada como base para justificar la resolución del vinculo es verdaderamente inexistente, agravia mi derecho de defensa, habida cuenta de lo laxa que resulta, por lo que torna al despido como injustificado y arbitrario. En consecuencia la resolución del vinculo resulta un actuar injurioso de su parte al falsear los hechos y ponerme en una situación embarazosa para con mi familia, integrada por esposa y cuatro hijos y constituye una ilógica reacción frente a reclamos de tipo laboral que vengo efectuando a la empresa. En consecuencia emplazo 48 hs. me abone rubros no retenibles, indemnizaron antigüedad, sustitutiva de preaviso, integración mes de despido, bajo apercibimiento de reclamar incremento indemnizatorio art. 2 ley 25.323. Vencido que sea el plazo conferido por el dec. 146/2001 emplazo 2 días hábiles desde la recepción de la presente, me haga entrega certificado de servicios art. 80 LCT, bajo apercibimiento art. 45 ley 25.345″.

Que la demandada contestó ratificando el despido.

Que luego se le entregó la certificación y se le abonó la liquidación final.

Manifiesta que la causal invocada es inexistente. Que no ha participado de un hecho similar al que se le imputa. Que el compañero del actor R.Q., coincide con el actor en que nada anormal hubo en el viaje.

Que se trata de un trabajador con más de 17 años de prestación sin recibir sanción por ningún hecho.Que no se le exhibió al actor la supuesta denuncia, todo ello evidencia la clara intención rupturista de la accionada motivada en los reclamos de mi parte tendientes a evitar los descuentos sufridos en su salario.

Formula liquidación reclamando los rubros indemnización por antigüedad, preaviso, integración y multa art. 2 ley 25.323.

Ofrece prueba instrumental, confesional, informativa, testimonial. Plan-tea la inconstitucionalidad de la ley 7198.

Funda su derecho.

II) Corrido traslado de la demanda, a fs.50/57 comparece la demandada AUOTRANSPORTES ANDESMAR SA por intermedio de apoderado y con-testa la misma solicitando su rechazo con costas.

Luego de una negativa general de los hechos, niega que percibiera co-mo mejor remuneración la suma de $ 5.005, que disfrazara la demanda una disminución de sueldo bajo el concepto de “adelanto de sueldo”. Niega que se haya inventado la causal de despido, que se haya generado una situación caótica en su seno familiar. Que la causal de despido será inverosímil, que la pasajera no formulara denuncia penal ni administrativa.

Reconoce que el actor se desempeñaba como chofer profesional sin guarda. Que en fecha 12 de junio de 2009 se le comunicó el despido por las causales mencionadas en el acta pasada ante la Not. M.C.H..

Que el actor trabajó desde 1992 cumpliendo chofer profesional sin guarda conforme el CCT 62/89. Que el día 5 de junio de 2009 la demandada recibió un e mail de la Sra. M.A.C., pasajera de viaje Salta -Mendoza del día 16 de mayo de 2009, interno …., asiento 29, en la que relata una serie de actos a los que habría sido sometida por parte de unos de los choferes.

Que ante lo serio de la denuncia, se le requirió explicación al personal del interno que había cubierto el viaje Salta Mendoza el día 16 de mayo, Sres. E.V.S. (auxiliar de abordo), R.J.Q. (chofer) y C.E.C. (chofer). Para que “explique la participación que tuvo en los hechos denunciados por la Sra. M.A.C., acontecidos el día 16/5/09 en el interno ……… servicio Salta Mendoza, en el que cumplía funciones como…”

Que ambos choferes manifestaron que desconocían la situación, mientras que el auxiliar S.indicó que cumpliendo el servicio Salta Mendoza, no recordaba algo fuera de lo normal ni problemas o quejas, salvo que en un momento del día el conductor C. se sentó a mirar una película en el piso superior al lado de un pasajero sin recordar el sexo de tal pasajero y sin ver algo fuera de lo normal”.

Que en fecha 9 de junio de 2009 la Sra. C. realiza una declaración ratificando la denuncia formulada vía e mail, ante la escribana H.. Transcribe la declaración formulada ante la escribana.

Que la demandada se comunicó con la Sra. L. quien ratificó los dichos de la Sra. C..

Que la Sra. C. formuló denuncia penal el 11/6/2009 ante la Oficina Fiscal n°8 de Guaymallen. Que el día 12 de junio ante la gravedad de los hechos denunciados se notificó el despido al actor.

Impugna la liquidación practicada, el monto tomado como base de cálculo por ser incorrecto.

Ofrece prueba confesional, instrumental, pericial contable, testimonial.

III) A fs.59 la actora contesta el traslado conferido, ratifica la demanda.

Niega los hechos expuestos en la contestación.

IV) A fs. 64 se dicta auto de admisión de pruebas y se ordena su producción.

A fs.82 acepta el cargo el perito contador.

A fs.89/123 se agrega pericia contable y copia de documentación.

A fs. 128/9 se agrega escala salarial remitida por el Sindicato de Personal de Micros y Ómnibus de Mendoza.

A fs. 150/151 se realiza cuerpo de escritura del actor.

A fs. 153/172 se agrega copia del Expte. 46.284 caratulado “F.c/ C.C.E. p/ Abuso Sexual simple” originario de la Fiscalía de Instrucción n° 10.

A fs. 202/205 obra informe pericial caligráfico.

A fs. 210 se agrega copia de resolución remitida por Segundo Juzgado de Garantías.

A fs. 218/339 se agrega copia del expte. penal

A fs. 342 se fija fecha de audiencia de vista de causa.

A fs. 348 y 357 se lleva a cabo la audiencia.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 69 CPL y en el orden del sorteo practicado a fs.357 in fine, se procedió a plantear las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL.

SEGUNDA CUESTION: PROCEDENCIA DE LA DEMANDA.

TERCERA CUESTION: LAS COSTAS.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION LA DRA.ARROYO DIJO:

I) Que la relación laboral que invoca la actora ha sido reconocida por la demandada al contestar la demanda.

Se acredita el nexo laboral con la siguiente prueba: comunicaciones cursadas entre las partes (fs.4-5), testigos que depusieron en la audiencia de vista de causa, informe pericial contable que indica que el actor se encontraba registrado (fs.122) con fecha de ingreso 1/7/1992 hasta el 11/6/2009 y recibos de haberes de fs.42/49.

De lo que concluyo que las partes se encontraron vinculadas por un contrato de trabajo regido en cuanto a su desenvolvimiento por las previsiones de la LCT.

Así voto.

A LA MISMA CUESTION LOS DRES. CATAPANO Y RAUEK DE YANZON DIJERON: Que por fundamentos similares adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. ARROYO DIJO:

I) El actor reclama en este proceso el pago de la suma de $ 158.828 por diversos conceptos fundado en el despido incausado que invoca.

Por su parte la accionada solicita el rechazo de la demanda. Afirma que el despido fue dispuesto por justa causa.

II) En este orden, corresponde analizar los hechos, conforme la prueba rendida en la causa, a fin de verificar, con arreglo al derecho aplicable, la procedencia o no de la demanda.

A- ANÁLISIS DEL DISTRACTO.La notificación del despido mediante acta notarial de fecha 12/6/2009 (fs.38/39) expresa: “Por la presente comunicamos que con fecha 5 de junio del corriente año hemos recibido una denuncia de una pasajera que viajaba el día 16 de mayo del corriente año en el asiento n° 29 ubicado en la parte superior de la unidad n° ……., que cumplía un servicio proveniente de Salta con destino a Mendoza, en el que ud. desarrollaba funciones de chofer. Relatando en la misma el acoso sufrido durante el viaje por parte de un dependiente de la empresa, que se sentó en el asiento al lado suyo, levantando el apoyabrazos y comenzando a tocarle la pierna, mirándola constantemente y tocándose sus propios genitales. Esta insólita conducta se ve agravada aun más, al no permitir que la pasajera abandonara su asiento en dicha ocasión. Que esta situación se repite posteriormente en el transcurso del mismo viaje, en la que dicho dependiente subió nuevamente a la parte superior de la unidad, sentándose en otro asiento contiguo, provocando a la pasajera con constantes miradas, tocándose constantemente sus genitales. Al negar ud. tener conocimiento de los acontecimientos relatados, la empresa se ha visto en la necesidad de realizar las investigaciones pertinentes, habiendo constatado su autoria en los hechos denunciados, por actuaciones obrantes en nuestro poder. Por lo expuesto precedentemente entendemos que la conducta por ud. desplegada se encuentra absolutamente reñida con los principios que emanan de los arts. 62, 63, 84 y ctes. De la LCT por la que nos sentimos gravemente injuriados y nos provoca una perdida de confianza que torna imposible la prosecución de la relación laboral. En consecuencia le notificamos nuestra decisión de extinguir el contrato de trabajo por su exclusiva culpa. Liquidación final y certificaciones del art. 80 LCT a su disposición en la sede de la empresa. Queda ud. debidamente notificado”.

El demandado contestó con telegrama de fecha 17/6/09 (fs.40) que dice “Rechazo por absolutamente improcedente falaz y maliciosa la notificaron de despido efectivizada por acta notarial pasada por ante la escribana .M.C.H. para fecha 12/6/09, toda vez que la causal sustentada como base para justificar la resolución del vinculo es verdaderamente inexistente, agravia mi derecho de defensa, habida cuenta de lo laxa que resulta, por lo que torna al despido como injustificado y arbitrario. EN consecuencia la resolución del vinculo es la resulta de un actuar injurioso de su parte, al falsear hechos y ponerme en una situación embarazosa para con mi familia, integrada por esposa y cuatro hijos, y constituye una ilógica reacción frente a reclamos de tipo laborales que vengo efectuando a la empresa. En consecuencia, emplazo en 48 hs. me abone rubros no retenibles, indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva de preaviso, integración mes de despido, bajo apercibimiento de reclamar el incremento indemnizatorio del art. 2 ley 25.323. Vencido que sea el plazo conferido por el dec. 246/2001 emplazo 2 días hábiles desde la recepción de la presente me ha entrega certificado de servicios art. 80 LCT bajo apercibimiento art. 45 ley 25.345.”

Es necesario examinar si el texto transcripto de despido reúne los requisitos que establece la legislación en sus arts. 242 y 243 de la L.C.T. para que la denuncia cumpla su cometido.

Al respecto, dice Meilij “Fruto de la evolución jurisprudencial que estableció la necesidad de explicitar las causas del despido en el acto de su comunicación al trabajador, el art. 243 de la LCT dispone -luego de la reforma de la ley 21.297- que las partes del contrato de trabajo deberán denunciarlo por escrito cuando la funden en justa causa, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato.Este requisito formal tiende a preserva el deber mutuo de buena fe que deben guardar las partes de la relación laboral y la necesidad que tiene el trabajador de conocer con certeza los motivos que originan la decisión del empleador; y reconoce una profusa doctrina jurisprudencial aplicable en materia de despido incausado. Y como bien se ha dicho, hoy ya no se trata de exigir una enumeración de los pormenores fácticos motivantes del despido incausado, sino de señalar el motivo causante del despido con la claridad suficiente que permita a la contraparte individualizar la situación originante del distracto; es decir, una adecuada referencia que, aún breve, implique para el destinatario la certidumbre sobre las circunstancias que han determinado la ruptura contractual. De tal manera que en una eventual contienda judicial posterior no resulte sorprendido con nuevos o diferentes cargos de los que se le imputaron al momento del cese” (Meilij Gustavo, Contrato de Trabajo, T.II, pg. 485/6).

Como podemos apreciar de la simple lectura de la comunicación en estudio, se ha cumplido con lo normado por el art. 243 de la L.C.T. ya que se ha hecho por escrito y con indicación de la falta cometida cuya violación se imputa, consistente en haberse sentado al lado de una pasajera, levantado el apoyabrazos, mirarla constantemente, tocarse sus propios genitales, tocarle la pierna, no permitirle abandonar su asiento; y luego sentarse en otro asiento contiguo, tocándose los genitales y mirándola constantemente.

Las pruebas:

A fs.41 obra constancia de denuncia por averiguación de abuso sexual simple, formulada por la Sra. M.A.C. el día 11/6/2009 en la Oficina Fiscal n°8 de San José Guaymallen.

A fs. 153/155 se agrega copia del expte. tramitado en Fiscalia de Instrucción n° 10 de Guaymallen “F. c/ C.C.E. p/ Abuso Sexual Simple”. En el mismo obra la denuncia formulada por la Sra. M.A.C.contra el Sr.C.C.E., expresando que en fecha 16 de mayo de 2009 se encontraba viajando en el colectivo de Andesmar SA interno …….. con destino a Mendoza. Que siendo aproximadamente las 2 hs., estaba sentada en la parte de arriba del colectivo asiento n° 29, cuando un hombre de nombre C.C.E. se sentó a su lado, levantó el apoyabrazos, no dejaba de mirarla y comenzó a tocarse los genitales de manera provocadora cuando trató de salirse del asiento, el Sr. C. le dijo “hay paisanos atrás y adelante, no te vayas, dormite y comenzá a contar ovejitas”. Que cuando llegaron a Catamarca el Sr. C.comenzó a conducir. En Chepes se subió una señora de nombre R.L., a quien le contó lo sucedido y ésta intentó calmarla. Cuando llegaron a San Juan, C.dejo de conducir, y se sentó en el mismo asiento contiguo al suyo, y se volvió a tocar los genitales y a mirarla. Que cuando se sentó tocó con la pierna su pierna. A fs. 224 manifiesta que al bajar del colectivo no efectuó la denuncia porque fue recibida por su padre, quien había sido intervenido quirúrgicamente y se le habían colocado tres by pass. Y no quiso agredir su salud.

A fs. 275 declara el Sr. C. en sede penal, expresando que el viaje en cuestión terminó sin inconvenientes, que después de 20 días se entero que había habido algún problema. Dijo que manejó desde que salieron de Salta a las 21 hs. hasta llegar a Tucumán a las 2,00 hs. que ahí comenzó su tarea de auxiliar de controlar el pasaje, que luego vienen como cuatro paradas antes de llegar a Catamarca. Que luego siguió manejando desde Catamarca hasta Chepes. De ahí hasta San Juan manejó él y desde San Juan hasta Mendoza su compañero.También dijo que a las dos de la mañana las luces del colectivo están apagadas, que solo están las luces de sueño que son muy tenues para poder descansar; que no se sentó al lado de la pasajera ni tampoco en un asiento contiguo pasando el pasillo. Manifestó que tenia mala relación con la empresa que por medio del sindicato había hecho un reclamo junto con 6 o 7 compañeros por el recorte de horas y descuento del sueldo por roturas. Que Cortez, jefe de recursos humanos, le había dicho que la empresa iba a tomar medidas, que a esa gente la había ido eliminando.

A fs. 299 y 309 obran examen psíquico de C. que indica que en-tiende y responsable de sus actos. Y a fs. 309 de la Sra. C. que indica que no se observan indicadores psicopatológicos de alineación mental, que se aprecian rasgos histriónicos y necesidad de reconocimiento lo que puede llevarla a exagerar hechos de la realidad; que no se observan indicadores ni de fabulación o mitomanía, que por el tiempo transcurrido desde el hecho denunciado no se observan indicadores de haber vivido un episodio de índole sexual.

A fs. 321 obra resoluci ón del 2do Juzgado de Garantías disponiendo el sobreseimiento del Sr. C.del delito de abuso sexual simple.

El expte. Administrativo n° 4585 venido de la Subsecretaría de Trabajo da cuenta que el Sindicato del Personal de Micros y Ómnibus de Mendoza formuló denuncia contra la empresa Andesmar SA en fecha 28/4/09 por diferencias en el pago de horas extras, viáticos y sanciones y descuentos indebidos. Fijada audiencia de conciliación las partes solicitaron pasar a un cuarto intermedio (fs.3 vta) en fecha 21/5/09, siendo esta la última actuación del expte.

A fs.34/36 obran pedidos de informe que la empleadora solicitara a S. como auxiliar de abordo, C.i como chofer y Q. como chofer, respectivamente solicitando se informe sobre “la participación que tuvo en los hechos denunciados por la pasajera M.A.C. acontecido el día 16/05/2009 interno ……., servicio Salta-Mendoza, en el que ud. cumplía funciones como ….” El actor C. negó la firma del mismo; y la pericia caligráfica determinó que la firma del informe pertenece al actor (fs.202/205).—A fs. 34 el auxiliar de abordo S. informa que en el viaje en cuestión C. se sentó a ver una película en el piso superior al lado de un pasajero y sin recordar el sexo de tal pasajero. Los choferes, C. y Q. manifestaron en ese informe desconocer la situación.

El informe pericial contable indica a fs. 123 que la empresa abonó a la Sra. M.A.C. la suma de $2.000 en concepto de daños y perjuicios por la denuncia de acoso sufrido durante la noche en la unidad ° ……..; detalla el cheque con el cual se pagó.

En la audiencia de vista de causa declaró el testigo M.M.A., dijo como jefe de tráfico de la firma demandada, diagrama los viajes que una pasajera hizo la denuncia de un viaje de Salta Mendoza, que en ese viaje iban Q. y C. como chofer y guarda y S. como auxiliar de abordo. Que el auxiliar sirve la cena y luego se pone una película. Que a las 12 hs. se pone una luz difusa, que el micro es de dos pisos. Que la pasajera hizo la denuncia y C. tuvo que hacer un descargo. Reconoció el testigo el pedido de informe de fs. 35 y 36. Que C.i una vez reclamó porque no le hacían hacer horas extras. Que los conductores tienen un lugar asignado abajo para descansar, arriba solo sube el auxiliar de abordo. Desde la cabina del chofer no se escucha lo que pasa con los pasajeros.

El testigo V. dijo que trabajo como chofer, que lo despidieron.

Que para descansar se usa una cucheta que tienen, que no se puede usar los asientos de los pasajeros. Que fue compañero de C. durante 2 a 3 años en los viajes al sur, que mientras estuvo con él C. no hizo ningún reclamo.

La testigo M.A.C. declaró que fue la pasajera que formuló la denuncia, que estaba en Salta y tomó el viaje de regreso. Que luego de pasar por Tucumán, a la media hora de estar sentada, en la parte de arriba, se sentó a su lado el chofer. Que eran alrededor de las 2 de la mañana; que atrás había otros pasajeros hombres, las luces estaban tenues, no había ninguna película. Que el chofer levantó el apoyabrazos, empezó a conversar, la testigo se puso nerviosa porque viajaba sola, y no es normal que el chofer se siente al lado de una pasajera, máxime que había como 20 asientos vacíos. Que se tocaba las piernas y sentía su movimiento muy cerca. Que se quiso salir del lugar pero el chofer le dijo que se quede sentada porque los hombres sentados atrás eran paisanos que tenían olor. Que tenía miedo de quedarse dormida, que luego subió el auxiliar a buscarlo porque le tocaba manejar. Que en Chepes subió una señora llamada Raquel y cuando pararon para ir al baño le contó lo que había sucedido; que ésta luego le dijo “no te saca la mirada de encima”, y que durmiera tranquila que ella iba a mirar. Que luego el hombre volvió y se sentó en un asiento contiguo; que Raquel le dijo que hiciera la denuncia y le dio sus datos. Que en la llegada la esperaba su padre que estaba recién operado. Que luego de una semana hizo la denuncia en la ofician fiscal de Guaymallen. Luego la citaron la Cuerpo Medico Forense.Y se hizo un acta notarial con la escribana H. en la calle Colon. Que la testigo relataba y la escribana lo consignaba en el acta. Que le mostraron 3 fotos e identifico a C.. Que C.levanto el apoyabrazos y se tocaba los genitales, las piernas, le dije que quería salir y me dijo que no. Que recibo una indemnización de Andesmar de aproximadamente $ 1.400 en concepto de daños y perjuicios. Que al estar levantado el apoyabrazos sintió el roce cuando C.se tocaba.

El testigo Q.R.J. expresó que eran compañeros de trabajo con el actor, que lo acusaron de haber intentado manosear a una pasajera. Que en ese viaje iban juntos, cuando le pidieron un informe dijo que no hubo ningún problema ni quejas en ese viaje. Que sale de Salta a las 21 hs. y llega al otro día alrededor de las 16 hs. Que el coche es de dos pisos, que no está permitido subir para descansar, que para eso tienen una cucheta. Que hay 3 controles entre Salta y Tucumán, que sube Gendarmería con perros; que en ese viaje puntual no subió Gendarmería.

La testigo R.R.L., dijo que viajó de La Rioja a Mendoza por Andesmar, que ahí lo vio a C. que recuerda la fecha porque era un día antes del 16 de mayo, que había ido a la marcha de Peña en La Rioja,

Que salio de La Rioja a las 2 de la mañana aproximadamente, que estaba sentada arriba. Que le llamo la atención una chica llorando, le preguntó qué le pasaba. Y le contó que el chofer se había sentado al lado suyo y se había tocado los genitales. Le transpiraban las manos a pesar de que hacia frío, estaba en estado de pánico. Luego se volvió a su asiento y le dijo que se quedara tranquila que iba a estar atenta.Que el hombre volvió a subir y se sentó al lado de la chica; ella lo insultó y le dijo “otra vez aquí, déjame tranquila”; que él se fue y no subió más. Que le dijo que bajaran para hacer la denuncia, le dio sus datos y le contó que al padre le había dado un infarto y que lo iba a hablar con su madre. En la audiencia reconoció al actor. Que nunca la llamaron a declarar en sede penal.

De todo lo cual surge que el hecho atribuido al actor en la comunicación del distracto se encuentra acreditado; que subió al segundo piso del ómnibus y se sentó al lado de una pasajera, que la luz estaba tenue y eran alrededor de las 2 de la mañana, que levantó el apoyabrazos y comenzó a tocarse los genitales y a mirar a la actora.

Como conclusión: Apreciando prudencialmente los hechos acontecidos, estimo que los mismos constituyen una falta de gravedad suficiente para no consentir la prosecución del vínculo; falta que ha sido probada con la declaración testimonial de la pasajera víctima del hecho y por la Sra. L. que lo vio la segunda vez que subió. Su propio compañero de trabajo el auxiliar de abordo dijo que el actor había subido al otro piso, cuando debía descansar en la cucheta. De la pericia obrante en el expte. penal surge que la actora presenta rasgos histriónicos y necesidad de reconocimiento; pero lo importante es que expresa que no se observan indicadores ni de fabulación o mitomanía .

Aunque el actor afirma que el despido fue ocasionado en sus reclamos ante la empresa, del expte. administrativo acompañado surge que la denuncia la formuló el sindicato y no el actor. Ninguna prueba indica que se tratara de una persecución por los reclamos laborales efectuados. Por el contrario surge probado con la denuncia formulada por la Sra.C. y el testimonio ratificatorio rendido en la audiencia de vista de causa, el accionar desplegado por el actor.

Aún cuando no registrara otras sanciones o antecedentes disciplinarios, en el presente caso, no obsta para legitimar el despido, ya que el hecho reviste gravedad por tratarse de un transporte público de pasajeros, lo que afecta obviamente la imagen de la empresa. Ello agravado por el hecho de que la empresa tuvo que indemnizar a la pasajera afectada.

El hecho de haber sido sobreseído en el fuero penal del delito de abuso sexual simple, en nada obsta la conclusión que precede, ya que se ha acreditado la injuria incurrida por el trabajador en este proceso laboral. Más aun, la practica de nuestros Tribunales nos enseña que muy difícilmente se tipifique un delito para el Juez penal, cuando el hecho injurioso ha sido acabadamente probado en el fuero laboral.

Tampoco empecé la conclusión a que arribamos el hecho que la pasajera no haya denunciado el hecho el día que ocurrió, 16 de mayo de 2009, sino que lo haya hecho el 11/6/2009 en sede penal (fs. 219). La propia actora manifestó que no quiso preocupar a su padre que la esperaba a su llegada porque estaba recién operado y así se lo expresó también a la testigo L.a quien dijo que la actora estaba con un ataque de pánico, lo que justifica la demora en la denuncia del hecho ante la empleadora. Esta reaccionó en forma oportuna ya que luego de solicitar informe a los trabajadores que estuvieron a cargo del viaje (fs.34, 35 y 36), procedió a despedir al actor.Aunque el actor manifiesta que en el pedido de informe no se le hizo saber el contenido de la denuncia formulada por la pasajera, ello carece de relevancia ya que se indico con precisión el viaje a que estaba referido el informe, tanto es así que el auxiliar de abordo manifestó como novedad que el chofer C. había subido al otro piso y se había sentado al lado de un pasajero.

En consecuencia son ciertos los hechos afirmados tanto en la comunicación del despido y en la contestación de la demanda.

La doctrina conceptualiza la injuria como “todo acto u omisión contraria a derecho que importa una inobservancia de deberes de prestación o de conducta, imputable a una de las partes y que lesione el vínculo contractual”. (Ackerman-De Virgilis, “La configuración de la injuria laboral -requisitos de validez-”, L.T., Nro 356- Agosto-82,pg.685).

En el presente caso el actor ha incumplido el deber genérico del art.62 LCT que impone un comportamiento de acuerdo a los términos del contrato, de los estatutos o convenciones colectivas apreciadas con criterio de colaboración y solidaridad. Asimismo estimo que no ha obrado de acuerdo con el principio de buena fe que impone la obligación de obrar con claridad y ética en la ejecución del contrato

Y en la posibilidad de afectar los intereses del empleador, máxime cuando la empresa se dedica al transporte de pasajeros y ofrece servicio de a bordo, y la persona encargada de conducir el ómnibus tiene un conducta notablemente impropia con una pasajera y reñida con las más básicas normas de respeto que debe guardarse.

Igualmente el art.85 LCT impone el deber de deber de fidelidad que en este caso le imponía un comportamiento acorde con las tareas y elementos asignados en la empresa.”El deber de fidelidad del trabajador no es un simple resultado de carácter patrimonial de la relación de empleo, sino que constituye un deber propio agregado al de prestar el trabajo, y se basa primordialmente en la relación personal entre las partes. Se manifiesta con hechos positivos y negativos, ya que la fidelidad engloba todo un conjunto de deberes recíprocos emanados del espíritu de la colaboración y confianza que caracteriza a la relación de trabajo. Entre los primeros se halla el deber de cuidar los intereses del empleador, avisar los peligros o entorpecimientos, poner diligencia en las tareas, e indemnizar perjuicios. Las manifestaciones negativas tienen quizá mayor connotación práctica, ya que permiten evaluar más concretamente los efectos perjudiciales de su incumplimiento. .En principio el deber de fidelidad no requiere norma expresa que lo consagre, y su fuente se ubica en la relación de trabajo como relación comunitaria de carácter jurídico-personal, de la cual deriva como una necesidad jurídica y ética.” (Meilij Gustavo, Derecho del Trabajo, T.1, pg.334).

En la función de intérprete, el juzgador debe, conforme lo establece el art. 242 LCT, apreciar prudencialmente si la falta cometida lesiona el vínculo contractual. Probados debidamente los hechos efectuados por el actor y la inobservancia a deberes específicos del contrato de trabajo, esa actitud reviste entidad suficiente como para configurar injuria a los términos de la LCT. El incumplimiento de los deberes señalados revisten el carácter de una injuria real y grave, que cuanto menos, ha ocasionado la pérdida de confianza que debe tener el empleador en el trabajador como elemento esencial para la armonía de la relación de trabajo; el deber de fidelidad imponía la obligación de tener con los pasajeros una conducta acorde al lugar y servicio de la empresa de transporte.

“La pérdida de la confianza, en principio, es un hecho de carácter subjetivo, razón por la cual no puede tener trascendencia para justificar una resolución contractual.Empero, cuando la pérdida de confianza resulta la consecuencia natural de un hecho objetivo de carácter injurioso la situación cambia total-mente. En tal supuesto el hecho que por su gravedad no consiente la prosecución laboral, se configura como una violación grave del deber de fidelidad, cuyo corolario resultaría lo que técnicamente denominamos “pérdida de con-fianza”, causal de despido. Este hecho puede no resultar de un incumplimiento en la ejecución material del contrato, pues puede el trabajador cumplir satisfactoriamente con el servicio, y su conducta dañar la posición de la empresa, al afectar aspectos éticos de la relación.” (Tratado de Derecho del Trabajo, Dir. Vázquez Vialard, t.5, pg.409).

Evaluaremos ahora si la actitud del empleador es o no legítima.

B-REQUISITOS DEL DESPIDO CAUSAL: Requisitos del despido causal: Conforme lo establece el art. 243 LCT deben cumplirse tres requisitos formales para la procedencia del despido por justa causa: A) comunicación por escrito, b) expresión suficiente de la causa y c) invariabilidad en juicio de la causa expresada por escrito.

De acuerdo al texto de la comunicación transcripta y del escrito de contestación de la demanda, se arriba a la conclusión que el despido fue comunicado por escrito, con expresión clara de la causa y que la demandada alegó exactamente los mismos hechos en la contestación.

La doctrina y la jurisprudencia exigen además otros requisitos para evaluar la conducta del empleador. “A nuestro entender, entonces lo correcto es interpretar que habría legitimidad en la reacción cuando ella se encuentra en adecuado nexo causal con la injuria (causalidad), sea proporcionada a ella (proporcionalidad), y sino contemporánea, su alegación sea cuando menos oportuna (contemporaneidad u oportunidad)” (Ackerman-De Virgilis, ob. cit., L.T., Nro 357, pg. 778). Verificaremos si en el presente caso se encuentran cumplidos estos requisitos.

Causalidad: Resulta evidente el nexo causal que existe en el presente caso entre el hecho denunciado por la pasajera, y el despido ordenado por la empleadora.La causa invocada como injuriosa tiene relación directa con la actitud de concluir la relación laboral emanada de la empleadora.

Proporcionalidad: “El requisito de la proporcionalidad debe ser interpretado, entonces, en el sentido de que la reacción no sea de una magnitud superior a la que la injuria justifique, bien entendido nada obsta a que aquella se menor”.(Ackerman-De Virgilis, ob. cit., L.T., Nro 357, Septiembre 82, pg. 780).

En el presente dada las características de la injuria invocada y debidamente probada, aparece evidente la razonabilidad de la medida considerando la confianza de que gozaba el actor al serle confiada la conducción del ómnibus con los pasajeros en viaje de larga distancia, y asumir una conducta indebida con una pasajera que lesiona la confianza del empleador, quien ante la misma no puede consentir en que siga como encargado de la conducción de vehículos de pasajeros.

Contemporaneidad-oportunidad: Debe existir proximidad temporal entre la reacción ante el motivo desencadenante y el momento en que llega a conocimiento del empleado. Es decir, la respuesta debe ser oportuna (cfr. Centeno Norberto, “La oportunidad de alegar la justa causa de despido, L.T.,T. XIX, pg. 607; Ackerman-De Virgilis, ob. cit., L.T. XXX, pg. 782).

En el caso de marras la comunicación del despido fue inmediata a la denuncia formulada por la pasajera afectada.

Por lo que arribo a la conclusión de que en el presente caso este requisito se encuentra cumplido por haber surgido el hecho injurioso de la prueba testimonial y documental rendida.

En consecuencia tengo el convencimiento de que el demandado reaccionó en forma contemporánea y oportuna al hecho de la injuria.

En síntesis y atento a las consideraciones formuladas, entiendo que se ha configurado la injuria laboral imputable al actor y que en consecuencia, es justa la causa por la que se produjo el distracto laboral (arts.242 y 243 LCT).

Por tanto, resulta improcedente el reclamo efectuado por el accionante en cuanto al pago de indemnización por preaviso, despido e integración de los arts.231, 232, 233 y 245 LCT y multa del art. 2 ley 25.323.

INTERESES: Al solo efecto regulatorio la suma reclamada de $ 158.828 deberá ser incrementada desde el 1/9/09 con la tasa de interés activa promedio que informa el Banco de la Nación Argentina. El fallo plenario de la SCJ Mendoza in re nº 80.121 “Amaya Osfaldo Dolores en J: 11.075 Amaya Osfaldo Dolores c/ Boglioli Mario p/ despido s/ Inconst.Cas” , estableció que es improcedente la declaración de inconstitucionalidad en abstracto de las normas que regulan los intereses que deban aplicarse en aquellos supuestos en que no media convención expresa de las partes, lo que trae como consecuencia la necesidad de analizar en cada caso concreto la constitucionalidad o no de la normativa aplicable.

En igual sentido esta Tercera Cámara del Trabajo se ha pronunciado resolviendo los casos en que se ha formulado el planteo de inconstitucionali-dad de la ley 7198.

Sin embargo, la Sala II de la SCJ de la Provincia, in re nº 83.831 “García Angel Jesús Bernabé en J: 26.952 García A.J.B. c/ Casa Samaniego SA p/ Ord.”, resolvió el 12/4/06 el planteo de inconstitucionalidad de la ley 7198 introducido en el recurso extraordinario, siendo que no había sido sometido oportunamente a consideración del tribunal de grado.Determinó que se pretende lograr la uniformidad de criterio, y estableció la aplicación de la tasa de interés activa fundado entre otros argumentos, en que la tasa no debe resultar inferior al índice de inflación.

Dejando a salvo nuestro criterio en el sentido que la inconstitucionalidad debe ser planteada en la primera oportunidad propicia, y que no puede en principio ser declarada de oficio, seguiremos la doctrina de la Sala II dada la autoridad del pronunciamiento y por razones de economía procesal.

Consecuentemente, teniendo en cuenta que los índices en forma periódica son publicados en los distintos medios de comunicación, de los mismos surge la prueba acabada de la insuficiencia de la tasa pasiva, por lo que tratándose de un crédito alimentario, en el presente caso corresponde aplicar la tasa de interés activa promedio que determina el Banco de la Nación Argentina desde la fecha indicada.

Así voto.

A LA MISMA CUESTION LOS DRES. CATAPANO Y RAUEK DE YANZON DIJERON: Que por fundamentos similares adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTION LA DRA. ARROYO DIJO:

Que las costas se imponen a cargo de la actora que resulta vencida. (art.31 CPL).

Así voto.

A LA MISMA CUESTION LOS DRES. CATAPANO Y RAUEK DE YANZON DIJERON: Que por fundamentos similares adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acuerdo, pasando el Tribunal a dictar sentencia que a continuación se inserta.

Mendoza, 06 de Diciembre de 2013.

Y VISTOS:

El acuerdo que precede, el Tribunal juzgando en definitiva,

RESUELVE:

I) No hacer lugar a la demanda promovida por C.E.C. contra AUTOTRANSPORTE ANDESMAR S.A. por el cobro de la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO CON 28/100 ($ 158.828,28) en concepto de indemnización por antigüedad, preaviso, integración y multa art. 2 ley 25.323, por improcedente, con costas a cargo del actor.

II) Ordenar se practique liquidación por Departamento Contable.

III) Determinado el capital definitivo del proceso, regúlense los honorarios profesionales.

IV) Firme la presente, vuelvan a origen los exptes. venidos a efectun videndi, ofíciese.

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE.

Enrique Catapano – Juez de Cámara

Inés Rauek de Yanzón – Juez de Cámara

Mónica Arroyo – Juez de Cámara