--- En la ciudad de Trelew, a los 21 días de febrero del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, bajo la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “F O, G M. c/ B B S.A. s/ cobro de pesos - Laboral” (Expte. N° 22.494 - año 2007) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada” y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar” y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 223.----------
--- A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. De Cunto dijo: ---------- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 213 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 206/210, por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda promovida por G M F O contra B B S.A., condenando a esta última a que, en el plazo de cinco días, abone al actor la suma de $ 9.120 con más intereses, imponiendo las costas en un 90% a la demandada y en un 10% al actor.---------- A fs. 211 apela el actor y a fs. 213 la demandada, concediéndose ambos recursos a fs. 214. A fs. 215/217 obra el informe del art. 62 de la ley 69 presentado por B B S.A., el que es contestado a fs. 219/220 vta.. A fs. 218 se declara desierta la apelación deducida por F O.---------- I.- Comenzaré por reseñar los agravios de la demandada y la contestación del actor.---------- 1) La accionada se agravia en primer lugar respecto de lo decidido en la sentencia en cuanto a la fecha de comienzo de la relación laboral y la duración de la jornada laboral. Entiende que la Sra. Jueza “a quo” tomó en cuenta los dichos de los testigos del actor, descreyendo discriminatoriamente de las declaraciones de los testigos de la demandada. Agrega que los dichos de los testigos del actor están teñidos de parcialidad y mendacidad, por cuanto o se trata de un delegado gremial, o de quien tiene un juicio contra la demandada o en todo caso de personas que recuerdan con minuciosa precisión hechos relativos al vínculo laboral del actor y no dan precisiones sobre circunstancias de su propia vinculación. Ataca también de que se haya valorado un acta policial que es una exposición unilateral del accionante, y realiza consideraciones sobre la prueba informativa de la AFIP-DGI. Cuestiona que la juzgadora no haya valorado el informe del perito contador relativo a los libros de la empresa demandada, ni un acta en el procedimiento administrativo o los reconocimientos del actor brindados en su absolución de posiciones. Remarca asimismo la convicción que sugieren las declaraciones de los testigos aportados por ella.---------- En segundo lugar impugna la decisión en cuanto consideró que la prueba testimonial no era idónea para acreditar el incremento de la nómina de personal desde diciembre de 2002 hasta la fecha del despido, debiendo eliminarse toda condena referida al art. 16 de la ley 25561, indicando que a la fecha de la sentencia había sido derogado todo el régimen de recargos por haber desaparecido las causas que dieron origen a dicha normativa.---------- Por último, en relación al monto de condena, en caso de no acogerse el primer agravio, indica que el contrato firmado por el actor acredita su desempeño a tiempo parcial. Añade que no se acreditó que el actor se desempeñase a tiempo completo, por lo que entiende que deben tomar los valores expresados en la pericia contable. Pero aún así señala que los montos de la demanda son inferiores porque se excluyeron los valores no remunerativos, lo que no hizo el perito. Asimismo destaca que del monto reconocido por el mes de agosto de 2004 debió detraerse la suma de $ 868,33 en atención al recibo pertinente reconocido por la contraria.--------- 2) Al contestar el memorial la actora expresa que la “a quo” efectuó una valoración de cada uno de los tres testimonios propuestos por la apelante, así como valoró los dichos coincidentes de los testigos de la actora, resaltando que la declaración del testigo C. nada aporta con relación a la fecha de comienzo de la relación laboral.----------
Seguidamente comparte el criterio de la jueza de grado en cuanto a que la prueba testimonial no resulta idónea para acreditar el aumento de la plantilla del personal que tenía la demandada al 31/12/02, debiendo haber producido prueba pericial contable al efecto.---------- Finalmente está conforme con la conclusión de la sentencia de que el contrato firmado por el actor no demuestra su desempeño a tiempo parcial, agregando que cuando se presentó ante la delegación de la Subsecretaría de Trabajo provincial denunció que trabajaba seis días a la semana con un total de 48 horas semanales y que el cúmulo de tareas denunciadas no pueden ser desarrolladas en cuatro horas de labor.---------- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, comenzaré el análisis de los agravios de la demandada.---------- 1) El primer agravio focaliza su ataque a la admisión efectuada en la sentencia de la fecha de comienzo de la relación laboral en diciembre de 2003, no admitiendo que fuera en septiembre de 2004 y que la jornada fuera de 4 horas. La magistrada de la anterior instancia se basó en los

dichos coincidentes de los testigos de la actora, así como en los informes de fs. 77/78 y 132. En cuanto al testimonio de A (ver fs. 168/vta.), es de decir que lo apuntado por el agraviado en cuanto a la parcialidad que se deriva de la condición de delegado gremial, se trata de una cuestión de tacha del testigo que en virtud de lo dispuesto por el art. 35 de la ley 69, debió plantear en la instancia anterior. Por lo demás, no aprecio que la circunstancia de ser secretario adjunto del sindicato (ver respuesta primera) afecte su idoneidad, ya que por ese mero hecho no se deduce que tenga interés en el pleito o en favorecer al actor o en perjudicar a la demandada. Tampoco resulta descalificatorio del testimonio el hecho de que no precise exactamente el mes hasta el cual trabajó el actor (ver respuesta séptima), ni que dijera que en Trelew trabajó como conductor (ver respuesta quinta), cuando en la demanda se invocó que era jefe de personal (ver fs. 39 vta., 2do. párrafo). Al respecto se ha considerado que la falta de total coincidencia de los testigos sobre aspectos no decisivos, como así la ignorancia o la ausencia de recuerdo manifestada en relación a algunas preguntas, importan circunstancias susceptibles de ser estimadas como índices de que los declarantes no han sido aleccionados y que, por el contrario, se han expedido con sinceridad (conf. CN. Civ., Sala C, 25/08/70, LL, 142-586, f. 26.156-S), así como que el testimonio sin errores, más que regla, constituye la excepción (conf. C 2da. CCom. La Plata, Sala II, 07/07/67, LL, 129-1009, f. 16.594-S). Por lo tanto no se alcanza a ver la parcialidad o preparación del testigo que afecte su veracidad. En cuanto al testigo A (ver fs. 120/vta.), encuentro normal que no recuerde el mes en el que comenzó a trabajar en el año 1999 y sí recuerde que dejó de hacerlo en agosto de 2004 y que el actor comenzó a hacerlo a fines de 2003 (ver respuesta a generales de la ley y primera respuesta), ya que es explicable que al deponer sobre acontecimientos de más antigua data los testigos incurran en confusión, imprecisión u olvido (conf. CN. Civ., Sala C, ya citado). Y lo mismo cabe decir respecto del testigo M (ver fs. 119, ver respuesta a las generales de la ley). El resto de las respuestas de los tres testigos da cuenta de las diversas funciones que desempeñara el actor, y el hecho de que las mismas no sean exactamente coincidentes en cuanto a la actividad desarrollada con lo alegado en la demanda, reitero en base a la jurisprudencia mentada, que no les quita valor a su declaración, ya que es demostrativo de que no se trata de declarantes aleccionados. Sí coinciden en lo fundamental, que es que el actor laboró por un lapso de tiempo mayor al mes que denuncia la demandada.---------- Ante dicha prueba testimonial, carece de relevancia que el acta de fs. 77 sea una manifestación unilateral del demandante, en lo cual le asiste razón al apelante, pero en todo caso, sin ser decisiva, coadyuva a formar convicción como dato probatorio adicional a los testimonios analizados. Ante ello tampoco resulta decisivo lo informado por la AFIP-DGI a fs. 126/132. Y tampoco es de atender la crítica con relación a que la jueza de grado no atendió a la pericia contable en cuanto se informa, en base a los libros de la accionada, que el actor trabajó menos de un mes (ver fs. 149 vta., ptos. 4 a 6), ya que además de que el origen de la prueba es documental unilateral, la decisión privilegió el principio de primacía de la realidad (conf. art. 23 de la LCT). En base al mismo principio es que considero adecuada la ponderación que la sentenciante efectuara del acta de fs. 01 del expediente administrativo (ver fs. 207 vta., 2do. párrafo), destacando que la recurrente no se hizo cargo de lo argumentado en la sentencia en cuanto a que la demandada no acreditó las causas de la facturación que acompañara en el conteste (ver fs. 207 vta., 2do. párrafo “in fine”), lo que bien pudo haber efectuado mediante la pericia contable.---------- Encuentro que tampoco le asiste razón al quejoso al esgrimir que F O no desmintió en su misiva de fs. 06 lo expuesto por la demandada en la comunicación de fs. 05 en cuanto a que ya se le había adelantado verbalmente la resolución del contrato a tiempo parcial (ver fs. 216 vta., 2do. párrafo). De la lectura del texto del telegrama de fs. 06 surge claro que el actor expresa que la única comunicación fehaciente recibida sobre la conclusión de la relación laboral fue recibida el 30/09/04, la que obviamente coincide con la comunicación escrita de fs. 04 y no con una de carácter verbal. Y en lo que se refiere a que el accionante comenzó a reclamar por los haberes de agosto/04 y el despido recién en julio de 2005 (ver fs. 216 vta., 2do. párrafo “in fine”), soslaya el apelante todo lo actuado en sede administrativa desde septiembre/04 hasta febrero/05, tal como surge del expediente que corre por cuerda.---------- Por último el recurrente critica la decisión en crisis por no haber considerado las declaraciones de los testigos ofrecidos por su parte. La Sra. Jueza “a quo” ponderó dichas declaraciones, concluyendo en que nada aportaban con relación al comienzo de la relación laboral del actor. Encuentro que dicha conclusión no pudo ser eficazmente impugnada. Respecto al testigo G (ver fs. 123/vta.), más allá de que dice que él fue el jefe de personal en Trelew (ver respuesta quinta), dice desconocer que el actor hubiera trabajado para la demandada (ver respuestas décima a duodécima y décimo quinta), lo que se contradice con lo alegado por la accionada en cuanto a que el actor trabajó por casi un mes. En cuanto a R (ver fs. 124/vta.), bien dice la “a quo” que si comenzó a laborar en septiembre de 2004 (ver respuesta décima) mal puede declarar sobre lo sucedido con anterioridad. El testigo G no recuerda cuánto tiempo trabajó el

actor para la demandada (ver fs. 155, respuesta undécima). Por último el testigo C (ver fs. 153/154) brinda la versión de que el actor laboró sólo un mes y que antes trabajaba en auditoría externa facturando como monotributista (ver respuestas décima a duodécima y décimo quinta), mas no precisa cuánto tiempo se desempeñó de esa manera (ver respuesta a segunda repregunta). De todo lo expuesto cabe considerar que la fuerza de convicción de las declaraciones de los testigos propuestos por la actora es mayor que la que surge de la de los testigos ofrecidos por la demandada, y ello por cuanto tres de estos últimos no tienen conocimiento de la relación laboral alegada antes de septiembre de 2004. Es sabido al respecto que las declaraciones positivas de testigos que afirman conocer un hecho dado no pueden ser enervadas por los testimonios negativos de quienes sostienen que ese hecho nunca ha ocurrido, pues la circunstancia de que estos últimos lo ignoren no significa que el hecho no se haya producido (conf. CN. Civ., Sala F, 29/09/66, LL, 125-118; Sala D, 16/07/82, JA, 1984-11-521). Y el testigo C da cuenta de una actividad de una prestación del actor como monotributista a favor de la demandada, sin que la misma acreditara las causas de la facturación que revelaría tal relación, como bien lo notara la sentenciante a fs. 207 vta., 2do. párrafo “in fine”. En base a todo lo razonado hasta aquí corresponde desestimar el primer agravio relativo a la antigüedad de la labor.---------- 2) Seguidamente se agravia la demandada por cuanto al acoger el recargo indemnizatorio del art. 16 de la ley 25561, la sentenciante calificó como meras opiniones lo dicho por los testigos en relación al incremento de la nómina de personal desde diciembre de 2002 a la fecha del despido, ni tuvo en cuenta que la empresa comenzó a operar en enero de 2004, lo cual -dice- está reconocido en la demanda (ver fs. 216 vta., último párrafo). En principio debe expresarse que en la demanda no se reconoció que la demandada comenzara a operar desde enero de 2004, sino que la anterior empleadora cambió su denominación en esa fecha (ver fs. 39, 1er. párrafo). De hecho las declaraciones de los testigos de la propia apelante dan cuenta de circunstancias relativas a “pases” de empleados entre ambas empresas o de la “compra” de concesiones entre ambas que hacen verosímil la versión de continuación de la misma actividad empresarial con distinta denominación social (ver fs. 123/vta., respuesta a generales de la ley y undécima; fs. 124/vta., respuestas primera, séptima y a primera repregunta; fs. 153/vta., respuesta tercera y séptima; y fs. 155/vta., respuestas tercera y séptima). En lo relativo a la idoneidad de la prueba testimonial para acreditar el incremento de la plantilla de personal (ver fs. 123/vta., respuesta novena; fs. 124, respuesta novena; fs. 153 vta., respuestas octava y novena; y fs. 155, respuestas octava y novena), la juzgadora consideró que la sola opinión de los testigos no resulta prueba eficiente ni suficiente (ver fs. 209 “in fine”). Ante dicho razonamiento la recurrente sólo aduce que no existe ninguna norma que impida dicho medio de acreditación (ver fs. 216 vta. “in fine”). Sin embargo es de recordar que cuando la versión de la parte referente a un hecho es susceptible de ser acreditada mediante prueba más idónea o tiene un específico medio de demostración asignado por la ley, la testimonial no sólo debe ser apreciada con rigorismo, sino que puede ser insuficiente, desde el momento en que no se propuso el medio más apto, pudiendo haberlo hecho (conf. CN. Civ., sala F, 22/05/80, Rep. LL, XL, J-Z, 1978, sum. 34; ídem., Sala A, 11/10/84, JA, 1985-III-199). Resulta claro que la prueba idónea era la pericial contable, la que si bien fue ofrecida por la demandada (ver fs. 61 vta., pto. e), no lo fue a los fines aquí discutidos.---------- Por último, en cuanto a este agravio, la recurrente expresa que a la fecha de la sentencia ya había sido derogado el régimen de recargos por haber desaparecido el problema que le dio origen (ver fs. 217, 1er. párrafo). Se equivoca el quejoso cuando determina como relevante, a los fines analizados, la fecha de la sentencia, ya que lo que debe tomarse en cuenta es la fecha del distracto (29/09/04, ver fs. 04). Y a dicha fecha continuaba vigente la suspensión de los despidos sin causa establecida en el art. 16 de la ley 25561, en virtud del decreto 823/04 que prorrogó dicha suspensión hasta el 31/12/04. Baste agregar, a los meros fines aclaratorios, que la apelante no hizo mención en sus agravios respecto a lo decidido en la sentencia en cuanto a la constitucionalidad de las prórrogas del régimen en cuestión mediante los sucesivos decretos dictados (ver fs. 207 vta./209), por lo que dicho aspecto del pronunciamiento ha adquirido firmeza.---------- 3) Resta tratar el tercer y último agravio referido al monto de condena. Entiende que deben tomarse los valores indicados en la pericia por cuanto no se acreditó que el actor se desempeñase la jornada completa. Cabe aclarar que sobre dicha cuestión sólo se hizo mención a que no es cierto que el inspector trabajase desde las 4.00 horas, sin especificarse la duración de la jornada laboral (ver fs. 60 vta., 1er. párrafo). Y si bien sí hizo referencia a que se celebró un contrato de trabajo a tiempo parcial de acuerdo a lo dispuesto por el art. 92 ter de la LCT (ver fs. 60 vta., 2do. párrafo), ello fue en la tesitura de que el actor comenzó a laborar en septiembre de 2004 (conf. contrato de fs. 52), lo que fuera descartado de acuerdo a lo razonado al analizar el primer agravio. Por otra parte es de recordar que el contrato a tiempo parcial es una modalidad de excepción, sujeta a prueba estricta de quien la invoca,

debiéndose probar los presupuestos condicionantes de su procedencia (conf. CN. Trab., Sala VIII, expte. Nº 3527, Sent. 30.582, 31/05/02, in re: “N. , M. c/ H. S. F. P Argentina S.A. s/ diferencias salariales” (B.-M.-) elDial.com-AL755). En relación a que el perito hizo mención a que los valores que liquida están basados en lo expresado por la actora, es de destacar que en virtud de lo dispuesto por el art. 44 de la ley 69 era a la demandada a quien le correspondía la prueba en contrario de dicho reclamo, la que no puede tenerse por cumplida con los recibos de sueldo de fs. 09/10, cuando se ha concluido que los mismos corresponden al tipo de vínculo laboral instrumentado por el contrato de fs. 52, el que no resulta acorde a la realidad de la relación contractual (conf. art. 23 de la LCT).---------- En cuanto a que la juzgadora tomó los valores indicados por el perito en la planilla de fs. 148, que resultan mayores a los reclamados en la demanda (ver fs. 42/vta., pto. IV) por incluir valores no remunerativos, es de hacer saber que la apelante tuvo la oportunidad de impugnar la pericia por cuanto fue notificada de ella en la persona de su letrado según constancias de fs. 160 vta., y de esa manera permitir a la contraria y a la sentenciante expedirse sobre la cuestión ahora introducida. Y aún en el caso de que el perito haya tomado el monto de $ 50 como asignación no remunerativa de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1 del Decreto 1347/03, es de recordar que por disposición del Decreto 392/03 (art. 1) fue incorporado a la remuneración básica un adicional total de $ 224, de carácter remunerativo (conf. art. 3). En consecuencia, resulta justificado el monto considerado en la sentencia. Por último no habrá de considerarse la queja con relación a que debió descontarse el monto de $ 868,33 que surge del recibo de fs. 53, respecto de la remuneración de agosto/04, ya que dicha cuestión no fue propuesta en la contestación de demanda (conf. art. 277 del ritual).---------- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de apelación, con costas en esta sede al recurrente vencido (conf. arts. 59 de la ley 69 y 68 del rito). Propongo asimismo regular los honorarios de los letrados actuantes en esta sede, atendiendo a la regulación efectuada en la primera instancia, y a la extensión y eficacia de las tareas, así como a los resultados respectivamente obtenidos, como sigue: a) para el Dr. F A A, letrado apoderado del actor, en un 30% de lo regulado en primera instancia a la dirección letrada de dicha parte; y al Dr. J G, letrado apoderado de la demandada, en un 25% de lo también fijado en la anterior instancia para la dirección letrada de la accionada; en todos los casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 7, 9, 14, 47 y concs. de la ley 2200).---------- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- A LA PRIMERA CUESTION el Dr. Vergara dijo: ---------- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 213, que fuera concedido a fs. 214, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 206/210 que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por G M F O y condenó a B B S.A. al pago, dentro del plazo de cinco días, de la suma de $9.120.-, con más sus intereses, en concepto de remuneraciones y diferencias salariales, vacaciones proporcionales, indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, incrementos contemplados por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y art. 16 de la ley 25.561, con imposición de costas en un 90% a la demandada y en un 10% al actor.---------- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 luce a fs. 215/217, el traslado conferido a fs. 218 fue contestado por su contraria a fs. 219/220 y vta., y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el vocal que me precede en la votación, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones.---------- 2. Alude la apelante a la condición de monotributista del actor y a las manifestaciones efectuadas en el acta obrante a fs. 1 del expediente administrativo que corre por cuerda de las que resulta que facturaba por los servicios prestados, por lo que considera que se trata de una confesión extrajudicial.---------- Sin embargo, como lo destacara el Dr. De Cunto la apelante no se hace cargo del fundamento brindado por el juzgador en el sentido que la demandada tampoco acreditó las causas de la facturación que acompañara con el conteste.---------- En tal sentido, en la medida que el actor prestó servicios personales en el marco de una empresa ajena, frente a la apariencia de autonomía que resulta de la asunción de las cargas propias de monotributista no se ha acreditado que sea titular de una organización en el sentido establecido por el art. 5 de la ley de contrato de trabajo (CNTrab., sala VIII, 13/02/2004, “T., I. c. Consorcio de Prop. C. 1415”, La Ley 2004-D, 342).---------- Por lo demás, dada la imperatividad del principio protectorio, en el derecho del trabajo, existe un margen muy escaso para la pretensión de aplicar en contra del trabajador la conocida teoría de los “actos propios”, en cambio su vigencia es plena respecto a los actos y conductas de empleador pues es éste quien fija las pautas del contrato y de la relación de trabajo … no deben caer bajo la doctrina de los actos propios aquellas conductas impuestas por el empleador … que revelen que han sido producto de la hiposuficiencia del trabajador (Fernández Madrid, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 2da. ed. act., 2000, T. I, par. 2.7.8., pág. 217).----------

---------- Desde esta perspectiva, la inscripción como monotributista del actor no es decisoria ya que bien pudo ser una imposición de la parte económicamente más fuerte en la relación laboral (CNAT., Sala V, diciembre 14-990, “B., E. N. c/ C. C. S.A.”, T y SS, 1991-327).---------- Como es sabido, la inscripción a los fines impositivos es formalidad frecuente exigida por los dadores de trabajo de empleo cuando pretenden disfrazar o disimular la auténtica relación de empleo bajo el ropaje de cualquier otra figura (del voto del Dr. Velázquez, esta Cámara, en su composición de sala única. c. 12.836, S.D.L. N° 72/97).---------- En lo que hace a que reconoció el trabajador la existencia y firma del contrato de trabajo a prueba y tiempo parcial (respuesta a la 7a. posición, fs. 109) para así cuestionar que estuviera trabajando desde diciembre de 2003, debe señalarse que la confesión es indivisible, salvo excepciones que no resultan aplicables a este caso (art. 424 del C.P.C.C., remisión del art. 45 de la ley 69).---------- En tales condiciones, no puede la parte tomar aisladamente esa respuesta cuando a su vez negó el absolvente expresamente que ingresara el 01/09/2004 (contestación a la 8a. posición, fs. 109 vta.).---------- Por lo demás, la primacía de la realidad importa el relativo valor de la prueba documental frente a la testimonial.---------- Así, ante la postura del recurrente basada en esa prueba documental, lo cierto es que la primacía de la realidad es una regla de interpretación para el juzgador según la cual por sobre la ficción que puedan haber montado las partes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación. Prima así la realidad sobre la forma, lo que en el proceso se ha de traducir en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial … La simulación implementada por las partes y el fraude por el cual el empleador utilizando un camino desviado, pero legal, busca violar la ley laboral deben encontrar en las formas procesales y en la posibilidad de apreciación del juzgador, las vallas que eviten la frustración del principio protectorio, que afirmen la irrenunciabilidad de los derechos y en definitiva consoliden el orden público laboral (Fernández Madrid, obra y tomo citado, par. 2.7.15., págs. 310/311).---------- Y desde ya que, en caso de fraude a la ley laboral, sea cual fuera el medio empleado, el mismo queda comprendido dentro de la normativa prevista por el art. 14 de la L.C.T.---------- En tal sentido, puede decirse que habrá fraudem legis cuando al amparo de una norma jurídica, y dentro de la máxima legalidad, se obtiene un resultado prohibido por otra norma jurídica (Meilij, “Contrato de trabajo”, Depalma, 1980, T. I, par. 141, pág. 76).---------- Asimismo, cabe destacar la íntima relación que existe entre la primacía de la realidad y la buena fe pues la realidad refleja necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o de obtener un provecho ilícito. Afirmar invariablemente el imperio de la realidad -que es lo mismo que decir, el imperio de la verdad- equivale a rendir tributo al principio de la buena fe (Plá Rodríguez, “Los principios del Derecho del Trabajo”, Depalma, 1998, par. 174, pág. 333) (la cursiva me pertenece).---------- Por lo tanto, en la “discordancia” entre lo que ocurrió en la realidad y lo que surja tal vez de documentos o acuerdos, hay que dar preferencia a lo primero, es decir, a lo que acaece en el terreno de los hechos. A tal efecto, el juez debe investigar para descubrir el hecho real. Así pues, lo “escrito” no tiene validez, cualquiera sea el motivo que le dé fundamento a su discordancia con la realidad (simulación, error, fraude, etcétera). En el caso, priman los hechos sobre lo documentado (Vázquez Vialard, Director, “Tratado de derecho del trabajo”, Astrea, 1982, T. 2, par. 60, págs. 271/272).---------- En ese contexto cobra especial relieve el análisis de la prueba testimonial producida a fin de determinar si el empleador consignó la real fecha de ingreso del trabajador, o por el contrario registró en la documentación laboral una fecha posterior incurriendo en clandestinidad parcial por ingreso post-datado.---------- En lo que hace a la postura de la quejosa al pretender disminuir la fuerza de convicción de los dichos de los testigos ofrecidos por la actora a expensas de sostener que se ignoró las declaraciones de los que ofreciera su parte, cabe señalar que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras, que considere inconducentes o inoperantes. Es suficiente a tal efecto que haga referencia expresa a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que las otras no hayan sido computadas (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales …”, Librería Editora Platense- Abeledo-Perrot, 1991, T. V-A, págs. 255/256, y cita de fallos).---------- Asimismo, debe precisarse que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal …”, Astrea, 1983, T. 2, pág. 357).---------- Sin perjuicio de ello, señalo que la Sra. Juez de la

anterior instancia no ignoró tales declaraciones, pues sostuvo que nada aportan los testimonios de G (fs. 123), R. (fs. 124), y G (fs. 155). El primero de ellos porque nada conoce relativo al actor. El segundo, porque si afirma haber trabajado en Madryn para la demandada desde septiembre de 2004, obvio que no puede testimoniar por lo sucedido anteriormente. Finalmente G. no recuerda cuando ingresó el actor.---------- Y en lo que hace a la fecha de ingreso del actor descarto los dichos de G ya que manifestó que no sabía cuales eran los trabajos que realizaba el accionante para la demandada ya que no lo conocía, por lo que no sabía el tiempo de su desempeño (respuesta a la 10a. y 11a pregunta, fs. 123 vta.), y también los vertidos por G ya que no recordaba cuanto tiempo trabajó el actor para la demandada (respuesta a la 11a. pregunta, fs. 155). En igual sentido, los referidos por R ya que comenzó a trabajar para la demandada en septiembre de 2004 (respuesta a la 10a. pregunta, fs. 124 vta.), por lo que nada pudo señalar con anterioridad a esa fecha.----------
Tampoco es relevante la declaración de C ya que ese testigo manifestó que el actor trabajó aproximadamente un mes, a partir de considerar que estuvo vinculado con la demandada en “algo así como una auditoría externa” por lo que “facturaba como monotributista”, sin perjuicio de ponderarse que ni siquiera concretó el tiempo de su desempeño en tal condición por no saberlo con precisión (respuesta a la 11a. y 10a. pregunta, y 2a. repregunta, fs. 153 vta./154).----------
- Paso entonces a ponderar las declaraciones de los testigos ofrecidos por el accionante, debiendo desestimarse por extemporánea la manifestación de la quejosa en cuanto a que A era delegado gremial durante el tiempo en que trabajó F y como tal no puede considerarse su testimonio como imparcial.
--- En efecto, tal impugnación debió efectuarse en la anterior instancia a fin de que el juez al dictar sentencia pudiera apreciar el valor de los motivos fundados en inhabilidad y los hechos que hicieran presumir la parcialidad de la misma, conforme lo establece el art. 35 de la ley 69 (“Las partes podrán tachar a los testigos por motivos fundados en inhabilidad, en hechos que hicieren presumir la parcialidad de su declaración, y el Juez al dictar sentencia apreciará el valor de las mismas. La prueba de las tachas deberán producirse dentro de los tres días de deducidas”).----------
--- Sin perjuicio de ello, la calidad de delegado gremial no permite arribar a la conclusión de que su testimonio pueda ser tachado de parcialidad como pretende la recurrente, pues en todo caso se trata de una suposición de esa parte sin sustento alguno.---------- En cuanto a que ese testigo manifestó que la tarea cumplida en Trelew por el actor fue la de conductor cuando en demanda se sostuvo que fue Jefe de Personal, lo cierto es que no se trató de cuestión que hace a la fecha de ingreso por lo que esa circunstancia no impide valorar en forma positiva sus dichos al expresar “que trabajaron juntos en la empresa demandada, en el 2003, fines de 2003” (por las generales de la ley, fs. 168).---------- En igual sentido, declaró A al manifestar “que conoce al actor cuando comenzó a trabajar en Diciembre de 2003”, que recordaba esa fecha ya que “le quedó grabada porque cuando ingresó a la empresa tenía muy buena afinidad con C, con la gente que estaba en la oficina, donde nos quedábamos en la oficina charlando y tomando mate”, y que lo sabe por haberlo vivido (por las generales de la ley y respuesta a la 5a. repregunta y a la razón de sus dichos, fs. 120/121). Por eso, aún cuando tenga juicio pendiente contra la demandada, la calidad de acreedor no afecta por sí misma la credibilidad que debe darse a los dichos del testigo. Incluso, si tiene interés en el pleito y su resultado no corresponde descalificar al testigo, sino valorar la eficacia de sus declaraciones de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Arazi, “La prueba en el proceso civil”, Ediciones La Rocca, 1991, págs. 262/263).---------- Y los dichos de A y A en lo que hace a la fecha de ingreso del actor resultaron coincidentes con la declaración de M al expresar “que conoce al actor de la empresa B de la cual era chofer, en diciembre del año 2003”, época que recordó ya que “estaba haciendo la colonia de vacaciones y lo mandaron conmigo para que yo le dé indicaciones como tenía que hacer” (por las generales de la ley, fs. 119).---------- Tocante a las imprecisiones en que incurrieran A y M por no recordar en que fecha empezaron y terminaron sus respectivas relaciones laborales, debe señalarse que ello no permite concluir que sus respuestas deban invalidarse.
--- En efecto, desde que el material registrado por el testigo se guarda en su mente, su reproducción y fidelidad depende de la memoria de manera fundamental. En términos generales se ha probado que la deformación de los recuerdos producen errores que aumentan en un 0,33% diario. Como también que si un hecho interesante entra a formar parte de nuestra conciencia, aún cuando sea por una sola vez es suficiente, como se sabe, para que en ella se imprima de una forma duradera (conf. Falcón, “Código Procesal …”, Abeledo-Perrot, 1984, T. III, pág. 297).----------
En tales condiciones, luego de ponderar la totalidad de los testimonios brindados en la causa, y a partir de la valoración realizada del cumplimiento de los requisitos, examen de los testigos y de

sus declaraciones (Arazi, ob. cit. pág. 254), de acuerdo a las reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C.), me inclino por otorgar fuerza de convicción a las declaraciones prestadas por los testigos A, M y A, que en forma concordante y precisa se manifestaron en forma positiva en el sentido que el actor comenzó a trabajar en diciembre de 2003.---------- Por tales razones se desestima el agravio referido a la antigüedad del trabajador.

--- 3. Sostiene la apelante que la sociedad incrementó la nómina de personal y así lo declararon R, G, C y G, por lo que se agravia ya que la sentenciante calificó las aseveraciones de esos testigos como meras opiniones.--------- Al respecto, cabe señalar que el juzgador descartó tales declaraciones por considerar que no resulta prueba eficiente y suficiente.---------- Y coincido en que la prueba testimonial no era el medio idóneo pues debió producirse prueba pericial contable ya que era necesario compulsar la documentación de la empresa para comprobar en forma fehaciente el aumento de la plantilla total de trabajadores.---------- Es que, el perito en modo alguno testifica, sino que da conocimiento e información de ciencia, técnica, arte o industria, o sobre una materia particular que escapa al conocimiento vulgar. Si bien se refiere a hechos, y muchos de ellos los habrá percibido por vía sensorial, su conocimiento no fue como el del testigo, sino que es llamado para comprobar su acaecimiento … Una particular situación es la que se presenta cuando el perito realiza una compulsa, es decir una comprobación de algo existente, sin emitir opinión o evaluarla. La compulsa pericial tiene sentido cuando para poder “ver” algo o “controlar”, “corroborar” o “comparar”, se deben tener conocimientos especiales. Pero aun en este caso no se trata de un testigo, sino que también aporta información por vía de examen de objetos y es más cercano al intérprete que al testigo (Falcón, “Tratado de la Prueba”, Astrea, 2003, T. 2, pág. 250).---------- Con ese alcance se desestima esta porción de la queja.---------- En cuanto a que a la fecha de la sentencia ya había sido derogado todo el régimen de recargos no le asiste razón a la apelante en su planteo.---------- En efecto, el art. 16 de la ley 25.561 consagra la suspensión de los despidos sin causa justificada y determina un incremento indemnizatorio en caso “de producirse despidos” en contravención a lo allí dispuesto, por lo que la aplicación de esa normativa claramente está referida al momento del despido.---------- Y desde que la comunicación rescisoria lleva fecha 29 de septiembre de 2004 (documento postal, fs. 4) a esa época regía el decreto 823/2004 que prorrogó desde el 1 de julio de 2004 y hasta el 31 de diciembre de 2004 inclusive la suspensión de los despidos sin causa, por lo que bien dispuso el juez de grado aplicar el incremento del 80% sobre los rubros correspondientes a las indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso.---------- 4. Tocante al monto de condena entiende la quejosa que debió tomarse los valores expresados en los puntos 4 y 5 de la pericia contable ya que F se desempeñó a tiempo parcial y no hay prueba de que cumpliera una jornada laboral a tiempo completo.---------- Al respecto, no le asiste razón ya que era la empleadora la que debió aportar pruebas acerca del cumplimiento por el trabajador de una jornada reducida de trabajo por tratarse de una limitación de su responsabilidad ya que esa forma de contratación prevista por el art. 92 ter de la L.C.T. es una modalidad excepcional.

--- En tal sentido, cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el art. 377 del C.P.C.C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (Fenochietto-Arazi, obra y tomo citado, págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo, respectivamente).---------- Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como presupuesto, es decir, determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aún cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: jura novit curia (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, Víctor P. de Zavalía, 1970, T. I, pág. 487).---------- Así, la demandada debió probar el presupuesto de hecho (cumplimiento de jornada reducida) de la norma que invocara como fundamento de su defensa (art. 92 ter, L.C.T.), conforme lo dispone el art. 377, 2do. párrafo, C.P.C.C.---------- Por ello, bien señaló el juzgador a fs. 207 vta. que Probado entonces el inicio de la relación laboral en diciembre de 2003, cae el contrato de trabajo a prueba y tiempo parcial alegado por la demandada

… máxime cuando ninguna prueba se ha aportado respecto de la invocada jornada parcial.---------- En ese direccionamiento, tratándose de un contrato de trabajo a tiempo parcial, es carga del empleador acreditar que el trabajador realizaba una jornada reducida (CNTrab., sala V, 14/08/2003, “O. , R K. c/ C. C. S.R.L. y otro”, citado por Rodríguez Mancini, Director, “Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada”, La Ley, 2007, T. III, págs. 748/749).---------- En tales condiciones, la deficiencia probatoria en que incurriera la accionada debe pesar sobre esa parte, a cuyo cargo se encontraba la prueba de la realización de tareas por el trabajador en jornada reducida, lo que sella la suerte adversa de la queja en este aspecto.---------- Respecto a que la liquidación se basa en lo expresado por la parte actora, cabe señalar que rige en el caso la presunción prevista por el art. 44 de la ley 69 que establece: “En los juicios donde se controvierte el monto por cobro de salario, sueldo u otras formas de remuneración en dinero o en especie, la prueba contraria a la reclamación le corresponderá a la parte patronal demandada” (el subrayado me pertenece).---------- En ese contexto, ante la remuneración denunciada en demanda y alcance de la citada normativa de la ley de procedimiento laboral, la prueba en contrario respecto del monto del salario también pesaba sobre la empleadora, por lo que el déficit incurrido recae en cabeza de esa parte, lo que conduce al rechazo de esta porción de la queja.---------- En cuanto a que no pudo observar los valores consignados por el perito contador ya que no se le notificó la pericia, tal manifestación no se compadece con las constancias de la causa ya que el traslado a las partes dispuesto a fs. 151 fue notificado a la demandada según cédula obrante a fs. 160/vta. a la que se acompañara copia del informe contable.---------- En lo que hace a que los valores del escrito inicial son inferiores, debe señalarse que el juez está facultado para sentencia “ultra petita” (art. 71 de la ley 69).---------- Respecto a que debió excluirse los valores no remunerativos (concretamente el importe de $50.-; asignación no remunerativa, art. 1 del decreto 1347/2003), lo cierto es que en realidad debió tomarse un monto superior ya que a partir de julio de 2003 la remuneración básica se incrementó en $28.- por mes, durante el lapso de ocho meses, hasta alcanzar un total de $224.- (art. 1 del decreto 392/2003).---------- Solicita finalmente la apelante el descuento de la suma de $868,33.- de la condena al pago del mes de agosto de 2004 ya que entiende que ese importe fue reconocido por el actor.---------- En tal sentido, dicha cuestión no fue introducida en el escrito de contestación de demanda por lo que esta Alzada no puede ingresar a esa queja como consecuencia del alcance previsto para la sentencia de segunda instancia en la última parte del art. 271 del C.P.C.C. (“… en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios.”) y prohibición impuesta por el art. 277 del citado ordenamiento (“El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia.”) (el subrayado me pertenece).---------- Al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4° del C.P.C.C.).---------- Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los art. 271 y 277 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 76 de la ley 69, no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia.---------- Por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 del Código Procesal, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 29, pág. 76).---------- En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177).---------- Tales razones impiden ingresar al tratamiento del agravio por no haber sido cuestión oportunamente planteada en la anterior instancia.---------- 5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).---- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado

que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el vocal que me precede en la votación a favor de los profesionales actuantes por las partes actora y demandada en un 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas para los emolumentos de primera instancia (arts. 6, 7, 9, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente. --- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.-

--- A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. De Cunto expresó: ---------- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios.- II.- Las costas en la Alzada se imponen a la apelante vencida (conf. art. 59 de la ley 69 y 68 del rito), regulándose los honorarios profesionales de los letrados actuantes en esta sede de la siguiente manera: a) para el Dr. F A A, en un 30% de lo regulado a la dirección letrada de la actora en la sentencia de primera instancia; b) para el Dr. J G, en un 25% de lo regulado en la anterior instancia para la dirección letrada de la demandada; en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente.---------- Así lo voto.----------

--- A LA SEGUNDA CUESTION el Dr. Vergara dijo: ---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación.-

--- Así lo voto.---------- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, textos de la ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- S E N T E N C I A: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; ---------- IMPONER las costas en la Alzada se imponen a la apelante vencida (conf. art. 59 de la ley 69 y 68 del rito); ---------- REGULAR los honorarios profesionales de los letrados actuantes en esta sede de la siguiente manera: a) para el Dr. F A A, en un 30% de lo regulado a la dirección letrada de la actora en la sentencia de primera instancia; b) para el Dr. J G, en un 25% de lo regulado en la anterior instancia para la dirección letrada de la demandada; en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente.----------

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

Fdo: RAUL ADRIAN VERGARA – ALDO LUIS DE CUNTO

REGISTRADA BAJO EL Nº 10 DE 2008 – SDL.- CONSTE.-