--- En la ciudad de Trelew, a los 19 días de junio del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R. , J. I. c/ S. T. S.A. s/ cobro de pesos - laboral”** (Expte. n° 22.630 - año: 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y, SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 136.----------

------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expuso: ----------

---------- Apeló la demandada la sentencia que la condenara a pagar al actor las diferencias salariales surgidas de la aplicación de la “garantía horaria” prevista en los arts. 85 del C.C.T. 137/90 y 87 de su sucesor el C.C.T. 372/04 y las indemnizaciones derivadas del despido indirecto que el trabajador produjera, así como el agravamiento resarcitorio reglado en el art. 16 de la ley 25.561 -con las modificaciones del art. 4 de la ley 25.972-, imponiéndole íntegras las costas de primera instancia.----------

---------- Al fundar su recurso la apelante expresó los agravios que a continuación trataré.----------

---------- I.- La primera de sus impugnaciones la enderezó la quejosa contra la condena a pagar las diferencias salariales derivadas del cómputo de la garantía horaria prevista en los C.C.T. 137/90 y 372/04, convenciones estas, explicitó la recurrente, cuyas aplicaciones estuvieron limitadas al tiempo en que el trabajador prestó servicios en empresas usuarias de la industria del pescado, pero que no rigieron la relación mientras el actor no estuvo asignado a alguna de ellas, pues durante esos lapsos sólo mantuvo con la empresa de servicios eventuales un vínculo permanente de prestaciones discontinuas marginado de los convenios colectivos citados. Destacó que el argumento de la sentenciante acerca de que debió demostrarse que la relación del demandante era eventual se contrapone con el régimen legal de las empresas de servicios de esa índole cuando el dependiente labora para una usuaria. Añadió que por disposición del art. 9 del primero de dichos convenios y del art. 8 del segundo de ellos, el trabajador eventual finalizó sus vínculos con

las empresas usuarias la última jornada de su desempeño en ellas si no se le avisó su deber de presentarse al día siguiente, circunstancias estas últimas que el demandante no acreditó en autos. Indicó por último que de los recibos anejados a la causa surge que han sido reconocidos al demandante garantías salariales por períodos en los que no trabajó o lo hizo por lapsos inferiores al mes.---------- Cierto es que el vínculo del trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales está regido por la convención colectiva aplicable en la empresa usuaria en la que preste efectivamente servicios (art. 29 bis “in fine” L.C.T., agregado por la ley 24.013), de manera que extinguida esa relación con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fuera contratado (art. 99 L.C.T.) el convenio deja ser aplicable, pues sólo queda en pie el nexo laboral por tiempo indeterminado y prestaciones discontinuas con la empresa de servicios eventuales no abarcado por las recordadas convenciones (arts. 29 últ. párr. L.C.T., agregado por la ley 24.013 y 4 “in fine” del dec. 342/92; esta sala, c. 20.100 S.D.L. 7/05, c. 20.175 S.D.L. 21/05, c. 21.053 S.D.L. 13/06, c. 22.057 S.D.L. 22/07, c. 22.167 S.D.L. 69/07).---------- Pero no es menos exacto que en el caso y para las mensualidades comprendidas en el reclamo -de agosto de 2003 a marzo de 2004- no fue demostró que las prestaciones del actor para las empresas usuarias hayan sido intermitentes y tal déficit probatorio ha de pesar en desmedro de la demandada, conclusión a la que cabe arribar sea por aplicación directa de la propia letra del art. 377 C.P.C.C., sea por conducto de la doctrina que informa a esa norma acerca del dinámico desplazamiento del “onus probandi”.---------- Lo primero, porque fue la demandada quien a fs. 58 párr. 4° alegó que el trabajador no estuvo afectado a empresas usuarias en forma continua, por haberse extinguido los vínculos al no ser avisado de que debía concurrir al día siguiente de las últimas jornadas laboradas, de manera que le incumbía a ella el acreditar esos hechos cuya existencia afirmara en sustento de su defensa (art. 377 C.P.C.C.).--------- Lo segundo, porque aun cuando consideráramos que tal afirmación de la demandada importó sólo la negativa de la tácita alegación del actor acerca de una labor suya ininterrumpida (“permanente” indicó a fs. 27) , igualmente la carga probatoria

se desplazó hacia la primera. Es que cuando una de las partes se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba, porque dispone del medio de acceso a la fuente más adecuado y directo, ella soporta el “onus probandi”. En efecto, superando el rígido criterio individualista que para distribuir la carga de la prueba tenía en cuenta exclusivamente el interés personal de cada parte en acreditar el supuesto fáctico de aplicación de la norma que la favorece, moderna doctrina ha venido sosteniendo que en este ámbito ha de atenderse también a otros valores en interpretación armonizante de todos ellos, entre los que se cuenta el principio de colaboración en el acertamiento de los hechos -esencial para el resultado del proceso-, enraizado a su vez en el de la buena fe que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil consagra en su art. 34 inc. 5° apdo. “d”. Ante el comportamiento del litigante que se limita a la fácil negativa mas falta a su deber de colaboración activa, tal conducta observada debe ser atendida por el juez en los términos del art. 163 inc. 5° apdo. 2° cód. cit., módulo de razonamiento adecuado para arribar a la convicción sobre la verdad de las afirmaciones controvertidas (confr.: Morello, “La prueba-Tendencias modernas”, Abeledo-Perrot 1991, págs. 57 y sgts.; esta sala, c. 18.407 S.D.C. 12/03, c. 20.100 S.D.L. 7/05, c. 20.175 S.D.L. 21/05, entre otras).---------- Y aquí la empleadora demandada contaba con el medio de prueba más idóneo y asequible, que lo era el libro del art. 52 L.C.T., donde, por disposición del art. 13 inc. 2 apdo. “c” del dec. 342/92, debían constar las fechas de ingreso y egreso del trabajador en cada destino. Y no se sostenga que dichas constancias no eran hábiles a ese efecto por no indicar las mismas la terminación del trabajo del modo previsto en los arts. 9 del C.C.T. 137/90 y 8 del C.C.T. 372/04, toda vez que si, de acuerdo a estas últimas normas, la falta de aviso de la existencia de labor para el día siguiente importa que “dicho trabajo ha finalizado”, ello significa que el vínculo con la empresa usuaria concluyó, dado que él “termina con...la prestación de servicio para la que fue contratado el trabajador”, según reza el art. 99 L.C.T. Esa data entonces marca la “fecha de ...egreso de cada destino” que ha de consignar la empresa de servicios eventuales en el libro del art. 52 ley cit., de manera que éste resulta perfectamente apto para acreditar las intermitencias de la labor de su dependiente para las distintas usuarias.----------

---------- Con exhibir esas constancias -de lo que se abstuvo, pues ni tan siquiera las ofertó como prueba al responder la demanda (v. fs. 60 vta., cap. II)- le habría bastado a la demandada para acreditar la discontinuidad del trabajo del actor en la o las empresas usuarias y con ello la inconcurrencia del supuesto fáctico de aplicabilidad de la norma del art. 29 bis últ. párr. L.C.T. (agregado por la ley 24.013). En cuanto a otros medios de demostración, la juzgadora del previo grado descartó la fuerza convictiva de las declaraciones testificales de fs. 80/81 vta., destacando a la par la existencia de recibos de haberes justificantes de labores del actor en períodos que la empresa negara (v. fs. 109 vta., párr. 2º), sin motivar agravio alguno sobre ello de la recurrente, con lo que tal conclusión ganó firmeza (arts. 265, 266, 271 C.P.C.C., su doc.).----------

---------- Por tanto, no demostrada la intermitencia en la prestación de servicios del demandante en empresas usuarias elaboradoras de pescado, hemos de concluir que los convenios colectivos de la actividad fueron aplicables a lo largo de todo el tiempo abarcado en el reclamo para el cálculo de las remuneraciones del actor, inclusive en punto a la garantía horaria.----------

------- Tocante a la aseveración de la demandada en el sentido que el actor no trabajó meses completos en algunos de los períodos por los que reclamara, resaltaré que si bien este cuerpo ha declarado, sobre la base de lo normado en los ya recordados arts. 85 C.C.T. 137/90 y 87 C.C.T. 372/04, que la garantía horaria sólo rige para el personal eventual que se haya desempeñado mensualidades enteras (c. 20.100 S.D.L. 7/05, c. 20.175 S.D.L. 21/05, c. 21.053 S.D.L. 13/06), en el caso acontece que los recibos invocados para acreditar ese aserto no son hábiles a tal fin, pues ellos sólo demuestran pagos parciales, sin que dicha circunstancia conduzca en pura lógica a descartar el cumplimiento de labores en otras jornadas del mes. La demandada, pese a contar a ese efecto, lo llevo expresado, con el idóneo medio que el libro del art. 52 L.C.T. le suministraba, no acreditó las interrupciones de los servicios que alegara.---------

---------- II.- La siguiente queja la dirigió la apelante contra la condena a indemnizar al actor por el despido indirecto que éste produjera. Aseveró, en síntesis, que para el momento de esa denuncia del contrato, la relación se había ya extinguido en los términos del art.

241 “in fin” L.C.T. , toda vez que a esa altura habían transcurrido cinco meses de inexistencia de prestaciones del trabajador y sin reclamo de cumplimiento de la empresa, lo que exteriorizó tácitamente la voluntad de disolución de ambas partes.---------- Con dicha argumentación la apelante no se ha hecho cargo del preciso fundamento en que la juzgadora basara su decisión sobre este punto: la disolución tácita del vínculo en los términos del art. 241 L.C.T. resulta inaplicable en los supuestos de contratos por tiempo indeterminado y prestaciones discontinuas (fs. 110, párr. 2º). Allende el acierto o error del argumento sentencial -en verdad, no parece arbitrario ni descaminado, pues en una relación en la que los lapsos de cumplimiento de servicios y de ausencia de tales prestaciones se alternan, harto dudoso resulta atribuir al período de inactividad el carácter de manifestación tácita de voluntad rescisoria-, lo cierto es que contra el mismo no expuso la recurrente una crítica concreta y razonada tendiente a desvirtuarlo y, sabido es, la falta de incorporación de un punto a la expresión de agravios importa su consentimiento y consecuente firmeza, tornándolo irrevisable por la alzada (arts. 265, 266, 271 C.P.C.C., su doc.). Ello basta para desestimar esta pseudo impugnación.---------- En punto a la existencia de motivo que justificara el despido indirecto, la falta de repuesta oportuna a la intimación del actor a que fuera definida su situación laboral (fs. 4) o bien la contestación que daba por extinguido el vínculo por mutua y tácita dejación (fs. 6) -inexistente, pues, cual he expresado ya, ante la ausencia de probanzas en contrario hemos de concluir que el actor continuó con sus servicios hasta la data del despido-, entrañaron injurias de gravedad suficiente para tornar imposible la prosecución de toda relación, en tanto la subsistencia del vinculo mismo fue negada (arts. 242, 246 L.C.T. y doctrina que a dichas normas informa).---------- III.- Su tercera impugnación la enderezó la recurrente contra la decisión de imponerle el recargo indemnizatorio previsto en el art. 16 de la ley 25.561, apoyándose en que el ingreso del demandante al empleo fue en agosto de 2003 y, de haberse aguardado la incorporación al proceso del oficio de la ley 22.172 destinado a producir en extraña jurisdicción pericia contable, hubiera quedado demostrado que tal incorporación significó un aumento en la plantilla de empleados de la

empresa, de modo que el caso habría quedado comprendido en la excepción a dicho incremento establecida por el art. 4 de la ley 25.972. Sumó a ello que un informe de A.F.I.P. - D.G.I. pudo resultar útil al mismo fin probatorio de no habérselo redactado erróneamente en cuanto a las fechas, lo que hacía procedente solicitar fuera aclarado.----------

------ Ya esta alzada resolvió a fs. 137/vta. la improcedencia del replanteo de prueba en segunda instancia formulado por la demandada, visto que el tenerla por desistida de la pericial contable fue correctamente declarado en el previo grado y que, en punto al informe de A.F.I.P. - D.G.I., ella no uso en su oportunidad del derecho que el art. 403 C.P.C.C. le confería. Así entonces, por más acuerdo que entre los litigantes medie acerca del ingreso del actor al empleo con posterioridad al 1º/01/03, ausente está en autos la prueba de que tal incorporación haya importado un aumento de la dotación de trabajadores de la empresa, extremo este indispensable para excepcionar a la regla del agravamiento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561.----------

---------- IV.- Por último, la demandada cuestionó la imposición a ella de la totalidad de las costas, señalando que el reclamo del actor fundado en el art. 45 de la ley 25.345 fue desestimado.--------

---------- Es exacto que fue rechazada la solicitud de la indemnización prevista en el art. 80 últ. párr. L.C.T. -texto añadido por el art. 45 de la ley 25.345-, uno de los nueve rubros reclamados en la demanda, mientras que los restantes progresaron. Hubo en la litis entonces un vencimiento parcial y mutuo que autoriza la distribución de las costas causídicas, por lo que, atendiendo a ese número de reclamaciones que prosperaran y fueran rehusadas, así como al contenido económico de ellas, corresponde imponer aquéllas a la demandada en un 90 % y al actor en un 10 % (art. 71 C.P.C.C.).----------

--

--- V.- Por los motivos expuestos, considero que la sentencia apelada debe ser parcialmente revocada, a fin de imponer las costas de primera instancia a la demandada en un 90 % y al actor en un 10 %, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

---------- Visto que en segunda instancia resulta acogido sólo uno de los cuatro

agravios vertidos y teniendo presente su significación patrimonial, las costas de este grado también deben ser distribuidas, cargándolas a la recurrente en un 80 % y al demandante en un 20 % (art. 71 C.P.C.C., ya cit.).---------- Los honorarios del Dr. J. G. por sus tareas profesionales de alzada, en razón de la calidad y extensión de las mismas, así como el resultado que ellas arrojaran, propongo regularlos en la suma equivalente al 4,30 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).---------- Consecuentemente, me expido aquí PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.---- **A ESTA MISMA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Ferrari: ---------- I. El colega preopinante ha efectuado ya una adecuada síntesis de los antecedentes fácticos que informan el caso y de los fundamentos sustanciales del decisorio apelado, como así también de los motivos de agravios expuestos por la recurrente. En consecuencia, abordaré directamente el tratamiento de las cuestiones traídas a conocimiento y decisión del Cuerpo.---------- II. **El reclamo de diferencias salariales por "garantía horaria":** ---------- Desde que la demandada opuso como defensa el carácter eventual y discontinuo de los servicios prestados por el actor durante el período comprendido en su reclamo por este concepto (agosto 2003/marzo 2004), la carga acreditar de dicha modalidad se hallaba a su cargo conforme a las normas generales en materia probatoria (art. 377, C.P.C.C.; arts. 45 y 76, Ley N° 69). En este marco, como bien lo ha señalado el Dr. Velázquez, el aporte de dicha prueba no debía plantearle a la hoy recurrente ninguna dificultad, en tanto la misma debía surgir en principio de sus propios registros laborales, ya que así lo determina la reglamentación respectiva (Decreto 342/92 – art. 13, inc. 2, ap. "c") respecto de las constancias que deben consignar las empresas usuarias y de servicios eventuales en la sección particular del libro especial del art. 52 L.C.T. Sin embargo dicha prueba documental no fue traída al proceso.---------- A este déficit probatorio se añade la agregación en autos de recibos de haberes que demuestran la efectiva prestación de tareas por parte del demandante en el curso del período en discusión, probanzas aptas para desmerecer asimismo la eficacia persuasiva de los testimonios de Z. y G. (fs.

80/81 vta.) ofrecidos por la ex empleadora con el propósito de abonar su versión. En consecuencia, conforme a las reglas de la sana crítica racional (arts. 386 y conc., C.P.C.C. – arts. 45 y 76, Ley N° 69), cabe reputar que las prestaciones cumplidas por el actor durante dicho lapso fueron ininterrumpidas y por tanto, conforme a lo establecido en los arts. 85 de la C.C.T. 137/90 y 87 del C.C.T. 372/04, aplicable a sus tareas de filetero, se le debía liquidar el pago garantizado como fuera solicitado y conforme a la liquidación practicada en el fallo (fs. 110 vta./111).--------- III. **El reclamo indemnizatorio por despido indirecto:** ---------- En plena concordancia con el criterio expuesto por el colega preopinante, considero que la apelante no se ha hecho debido cargo del fundamento de la *a quo* en cuanto a que, por las características propias de este tipo de vinculación contractual, no cabe tener por finalizada la relación en forma tácita, conforme a lo previsto en el art. 241 *in fine*, L.C.T. La ausencia de una crítica concreta y razonada a su respecto a fin de aportar un razonamiento superador que demuestre la existencia de algún hipotético error en dicho juicio lógico conduce a declarar parcialmente desierto el recurso acerca de este aspecto (conf. arts. 265, 266,C.P.C.C.; su doctrina – art. 76, Ley N° 69).---------- De tal suerte, la conducta patronal, tanto por su omisión de responder en tiempo adecuado la intimación cursada (fs. 4 – art. 57 *in fine*, L.C.T.; su doctrina) cuanto por el contenido injurioso de su telegrama (fs. 6) permiten considerar ajustado a derecho el despido indirecto del actor (arts. 242, 246, L.C.T.).---------- IV. **Indemnización art. 16, Ley 25.561:** ---------- Como lo ha señalado ya con abundantes apreciaciones mi colega de sala, en definitiva la parte demandada no aportó a la causa las probanzas destinadas a acreditar de manera fehaciente que la incorporación del actor implicó un aumento en la dotación de su planta de personal, por lo que no se presenta en la especie el supuesto legal previsto para eximir a su parte del incremento indemnizatorio establecido en la norma del título, debiendo desestimarse en consecuencia el agravio vertido a este respecto.---------- ---------- V. **La carga en costas:** ---------- ---------- Debe concedérsele razón a la recurrente en esta queja. En efecto, al mediar un rechazo parcial de las pretensiones acumuladas –la

basada en el art. 80 L.C.T. (texto seg. art. 45, Ley 25.345)–, se presenta así un supuesto de los previstos en el art. 71 C.P.C.C., aplicable en forma supletoria por remisión del art. 76 de la Ley n° 69. Corresponde por tanto distribuir esta carga en forma prudencial entre los litigantes, proporcionada a la entidad del rubro rechazado dentro del contexto global del reclamo incoado, para lo cual hallo razonable las proporciones propiciadas por el Dr. Velázquez (90% a cargo de la demandada – 10% por cuenta del actor).---------- ---------- VI. **Conclusiones:** ---------- ---------- Como corolario de todo lo expresado y en plena coincidencia con la postura del colega preopinante, considero que el fallo debe ser parcialmente revocado en cuanto a la imposición de costas en la anterior instancia del modo propuesto, con costas en la alzada en un 80% a la recurrente y en el 20% restante a cargo del actor (art. 71 C.P.C.C. ya citado), en vista del parcial progreso del recurso impetrado.------- También comparto la retribución fijada para el Dr. J. G. –4,3% del monto del proceso debidamente liquidado– por sus labores en esta instancia, atendiendo a la calidad, eficacia de su tarea y al resultado obtenido (arts. 6, 14, 47 y conc., Dec.Ley 2.200).---------- Voto entonces a esta cuestión por la PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

------- **A ESTA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ---------- ---------- Frente al acuerdo antes alcanzado, corresponde: ---------- ---------- A) Revocar parcialmente la sentencia apelada a fin de imponer las costas de primera instancia a la demandada en un 90 % y al actor en un 10 %, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.---------- ---------- B) Imponer las costas de segunda instancia a la recurrente en un 80 % y al demandante en un 20 %.---------- ---------- C) Regular los honorarios del Dr. J. G., por sus tareas profesionales de alzada, en la suma equivalente al 4,30 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.-------- ---------- ASÍ LO VOTO.---------- ---------- **A ESTA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ---------- Conforme ya lo adelanté, comparto la

propuesta del Dr. Velázquez en todos sus términos, votando en sentido idéntico.---------- --- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, Textos ley 4550).---------- Trelew, 19 de junio de 2.008.---------- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de imponer las costas de primera instancia a la demandada en un 90 % y al actor en un 10 %, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia a la recurrente en un 80 % y al demandante en un 20 %.----------

--- REGULAR los honorarios del Dr. J. G., por sus tareas profesionales de alzada, en la suma equivalente al 4,30 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.----------

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

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI

REGISTRADA BAJO EL Nº 39 DE 2.008 – SDL.- Conste.-

c.

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA