En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diez días del mes de abril del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"O. , P. A. c/ VIENTOS DEL SUR S.R.L. s/ DEMANDA LABORAL (Haberes de Indemnizaciones)", expte. nro. 16.601/07,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral (expte. nro. 2320/03), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 927), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 893/905? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A las primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia condenatoria de fs. 893/905 es resistida por la demandada (fs. 907 y 908) a tenor del informe de fs. 909/915, que es contestado a fs. 916/918.

A la luz de los antecedentes de la causa y dentro de los límites jurisdiccionales que impone la recurrente con su presentación, se advierte que la misma no tan sólo omitió la comunicación del distracto

con la suficiencia y claridad que impone el art. 243 LCT (ver el entrecruzamiento de intimaciones y rechazos), sino que a la hora de clarificar la cuestión en sede judicial (fs. 39/40vta.) acota su defensa a meras negativas genéricas, brevísima referencia a un hecho puntual que obsta a su calificación en cuanto a su gravedad sumando el reproche insustancial contenido en la fórmula “otras inconductas laborales”.

Así, mal puede ahora ser oída en cuanto al desarrollo argumental de lo omitido. La insuficiencia crítica es grave y todo replanteo defensivo, extemporáneo (conf. doctrina y jurisprudencia que elaborada en torno a la aplicación de los arts. 62 y concs. y remisión del art. 76 de la ley 69).

Tanto en cuanto a la justificación del despido indirecto ante la manifiesta reticencia de la empleadora a la hora de aclarar la situación laboral del requirente dependiente (ver fs. 899vta/900), como a la fecha de terminación del vínculo, como consecuencia de aquella conducta omisiva no existe alegación novedosa y contundente que autorice a enervar tales conclusiones.

Otro tanto ocurre respecto al cúmulo de tareas que se le imponían al denunciante y, en cuanto a las pautas determinativas de la remuneración mensual e incidencia en los reclamos indemnizatorios, no puede tomarse en consideración tan solo la pericial contable de fs. 869/869vta. ya que, tal como confiesa el profesional que la suscribe, valoró los elementos probatorios de la causa, omitiendo referir a la documental contable obligatoria de la demandada lo que quita entidad a su tarea (arts. 48, 42 y concs. y 45

ley 69, que autorizan la aplicación de lo normado en el art. 477 y concs. del CPr.).

Se ha avanzado y flexibilizado la exigencia probatoria en cuanto a la extendida práctica del “pago en negro” dada la dificultad que la cuestión exige y de allí que abunden los fallos en el sentido que no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba en el caso del pago de salarios "en negro" deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso, es decir que tal modalidad de pago puede ser probada por cualquiera de los medios de prueba expresa o implícitamente admitidos por la ley orgánica y, la valoración de la prueba, debe ser realizada conforme los principios de la sana crítica como lo dispone el art. 386 del Cód. Procesal, en consecuencia debe tenerse por probada con las testimoniales rendidas en la causa (ver v.gr. CNTrab., sala X, 13/08/2003 - "D. , G. I. c. S. S. S.A."- DT 2004-520). Y el ejemplo es útil para el caso, máxime cuando a la prueba confrontada en su integridad se le intentan oponer impugnaciones tardíamente formuladas o respuestas fragmentadas.

En esta materia vale recordar que, en principio, habitualmente el testigo conoce del hecho de manera espontánea y no predispuesta ya que, sin proponérselo, es impresionado en sus sentidos por lo que llega a percibir en razón de circunstancias aleatorias vinculadas con su ocasional proximidad con los acontecimientos, nada lleva a suponer, en el caso de autos, que tal pauta no resulte aplicable (ver v.gr. "El valor probatorio del testimonio en el proceso

civil", Eisner, Isidoro, LA LEY 1994-E, 1185). La crítica en este punto tampoco alcanza a conmover lo resuelto.

Probado tal extremo, justifica el salario promedio fijado por la a quo y su incidencia en los otros rubros.

Y si bien he sido mucho más estricto en cuanto a la justificación de las horas extras que lo admitido por la a quo, no se desprende del informe razón alguna para disentir con lo resuelto, solo luce mero disentir sin bases sólidas (conf. doctrina del art. 265 CPr., aplicable por remisión de la ley del fuero en su art. 76).

Insisto en cuanto a que la simple disconformidad o disentimiento con lo expuesto por el a quo sin fundamentar la oposición o sin dar las bases jurídicas, no importa "crítica concreta y razonada" y lo dicho alcanza al párrafo que disiente con la regulación de honorarios a la letrada que representa a la actora, sin señalar cuál norma se violó, se omitió o se erró en su aplicación al caso concreto, cómo se debió merituar la tarea a tal fin, máxime cuando tomando en consideración el monto del juicio y el éxito obtenido la suma ha sido prudentemente estimada.

Por todo lo dicho propongo al acuerdo rechazar la apelación articulada por la demandada y, en consecuencia, mantener firme el fallo impugnado en todo cuanto fue materia de agravios. Las costas se le imponen a la recurrente y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tomarán en consideración las pautas arancelarias de la ley 2200 reformada de conformidad a la ley 4335.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre

dijo:

Rechazar la apelación opuesta por la accionada de conformidad con los considerandos pertinentes, con costas de la alzada, difiriendo la regulación de honorarios al momento del acuerdo y teniendo presente la reserva del caso federal.

A la primera y segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 893/905, por la que se hace lugar a la demanda interpuesta por la parte actora P. A. O. , contra la parte demandada Vientos del S. S.R.L., que la condena a pagar a la parte actora en plazo de 10 días, la suma de $9.264,31, con más los complementos previstos en los considerandos. En el punto segundo se condena a la demandada a la entrega del certificado de trabajo del art. 80 L.C.T. y en el punto tercero a esta misma parte a las costas del juicio y regulan los honorarios de los profesionales intervinientes.

Apela la demandada a fs. 907 bajo representación letrada y a fs. 908 se concede el recurso.

Los agravios se expresan a fs. 909/915. Ingresa el memorial de la parte demandada peticionando la revocatoria del fallo y reserva del caso federal. Plantea por su orden los temas que se tratan. El que se relaciona con el despido: bajo el título que el "...despido del actor fue justificado", se refiere al considerando del fallo que señala las posturas de las partes, la actora que sostiene que el vínculo se extinguió el 9/6/2003 por despido indirecto, mientras la demandada alega que culminó el 26/5/2003, en razón que el operario retiró objetos de la empresa sin el

consentimiento debido, lo que hizo que se lo despidiera en dicha fecha debidamente comunicado; que el fallo señala las exigencias del art. 243 LCT.

Refiriéndose a la conducta patronal, sigue el fallo que: "... recién en fecha 10 de junio de 2003 –o sea ya comunicada la disolución del vínculo por parte del operario– remite al empleado la CD N° 279324111 AR (fs. 10, 186, 782 y 801), por la que la empresa demandada contesta el primer TCL del actor, o sea el del 04 de junio de 2003... son ellas las razones por las cuales arribo a la conclusión que la relación laboral existente entre las partes culmina el 09 de junio de 2003 mediante despido indirecto justificado".

Impugna la demandada recurrente tal criterio de la sentenciante, que estima equivocado y que está demostrado que el actor supo a ciencia cierta cuál fue la causa que generó el despido de la empresa, que aún mas, luego de otro incidente por el uso de una frazada de la empleadora, afirma que el despido fue verbal; que eso corresponde al 26 de mayo del año 2003, fue despedido en forma verbal por el incidente de la frazada. Argumenta, asimismo, la demandada, teniendo por probado el despido que el mismo fue justificado. Sostiene sobre el particular que basta observar las declaraciones de los testigos A. T. y R. C. , que se refieren a la conducta del actor en cuanto a su faceta de falta de colaboración y al detonante cuando estaban en la zona de Kaike, que pernoctaban en el Hotel C. R. de Pico Truncado y hubo un faltante de elementos del hotel, que fue desenmascarado y lo reconoció el empleado, todo detectado –dice– por los testigos que declaran, A. T. y R. C. .

Son los argumentos defensivos de la

demandada recurrente sobre este punto.

Al sostener la agraviada que el criterio de la sentencia resulta equivocado, afirma por el contrario que está demostrado "a ciencia cierta" la causa que generó el despido, ello, las conductas irregulares del dependiente y de su conocimiento, pero nada dice de la previsión del art. 243 LCT opuesta por la sentenciante, por el contrario, sostiene lisamente que el despido fue verbal y reconocido por el dependiente.

El despido verbal contraría abiertamente la exigencia del art. 243 LCT, la disposición formativa exige la comunicación escrita, que contribuye al mantenimiento de la buena fe, evita la posibilidad que el dependiente quede en estado de indefensión al promover la demanda, como ocurriría en el caso, que la empleadora sostiene que el despido resultó de carácter verbal y le contrapone una serie de inconductas que no constan por escrito. El régimen legal es el del derecho laboral que incluye normas protectoras, como la comunicación escrita y otros principios, que también intenta traspasar la argumentante al sostener que el despido verbal fue reconocido por el actor. No puede admitirse que el despido verbal fue legitimado por el dependiente, primero porque fue la razón de su intimación por falta de dación de trabajo y segundo, debe recordarse que conforme con el art. 58 LCT, no se admiten presunciones en contra del trabajador ni derivados de la ley, de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo "o a cualquier otro derecho" y este derecho es el que proviene del art. 243 LCT y que motiva el pronunciamiento jurisdiccional en cuanto a que el

despido por justa causa dispuesto por el empleador "...deberá comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato...". No quedaron avaladas por este medio las motivaciones que contrapone Vientos del Sur S.R.L. en el presente juicio y hasta ampliadas extemporáneamente en esta Alzada.

Se rechaza en consecuencia esta primera parte de los agravios.

La sentencia resulta, asimismo, impugnada porque recepta la jornada laboral afirmada por la parte actora, que se funda en la propia postura de la demandada y los testimonios de M. P. y R. M. C. . Contrapone la recurrente que tales testimoniales son analizadas incorrectamente. Refiriéndose a la de M. P. , sostiene la apelante que es inhábil por tener interés en el juicio; y la del testigo C., porque no especifica la hora de inicio de la jornada laboral, que éste solo responde que los dependientes salían temprano. Que negó la jornada laboral y le correspondía a la actora probar la extensión de la misma. Se remite, además, a la pericial contable que considera no observada.

Al confrontar las defensas precedentes, se advierte que si bien el fallo al receptar el rubro horas extras comprende en parte la prueba testimonial, tiene en principio como elemento fundante la propia contestación de la demanda por parte de la empleadora, ya que si bien niega las horas extras, argumenta la sentencia que "...se limita a negar que el operario efectuara horas extras pero no niega la jornada aludida en la demanda, ni refiere cuál sería a su entender la jornada de labor desarrollada por el operario...".

La consideración precedente es la

fundante del fallo para receptar la procedencia de las horas extras, ya que carece de virtualidad se nieguen las horas extras, si se reconoce una jornada laboral que las contiene. Se ajusta a derecho, en consecuencia, la sentencia, porque la negativa resulta insuficiente y ello atribuye el mayor crédito a las afirmaciones del actor, propio efecto que resulta del art. 356 inc.1 CPCCCh, aplicable en virtud del art. 76 Ley 69.

Al reconocimiento predicho suma la sentencia las testimoniales aludidas. La del testigo P. , cuya situación de despedido por la demandada no lo transforma en testigo inhábil, no mantiene juicio a raíz del despido y ha contestado –sin perjuicio de conocer a las partes- que no le comprenden las generales de ley y además no resulta de su declaración alguna animosidad. De sus respuestas surgen el natural conocimiento de los hechos que cayeron en razón de vinculaciones precedentes.

Respecto a la testimonial de C.; si la actora afirmó horarios de inicio de las 4 h de la madrugada, en tanto el testigo P. responde por horarios de 05,30 o 06,00, y el testigo C. contesta: “Sé que se iban temprano según el lugar donde debían ir, ellos a las 18 ó 19 h volvían a la base, salvo algún día que se atrasaban por algo, eso era de lunes a viernes, los sábados se quedaban en la base nada más”. La respuesta de C. resulta congruente con los restantes elementos de prueba por los que determina el fallo el horario concreto, con lo que la impugnación de la recurrente carece de sana crítica por no señalar qué entendía el testigo por "salida temprana".

Desestimadas las impugnaciones al criterio judicial, el fallo ha contado así con todos

los elementos componentes del vínculo laboral invocado para pronunciarse, con lo que no resulta grave la falta de alusión del fallo a la pericia contable de fs. 869/869vta. Los jueces no se encuentra obligados a revisar todas las pruebas, sino las que resultan conducentes, con lo que la pericia contable no suministra la verdadera remuneración, ya que la misma es la que se encuentra en litigio. Por otra parte, inexplicablemente afirma la apelante que la pericia contable no fue impugnada, cuando la pericial contable del Contador Público A. L ., es impugnada por la parte actora a fs. 872, precisamente por tomar la misma guarismos retributivos de las constancias contables y aunque asimismo señala de las constancias de autos, pero no incluye la hipótesis de las retribuciones en negro sostenidas por la actora.

Los puntos b.2 y b.3, de fs. 912 y ss., resultan conexos, por cuanto se impugna con base en la pericia contable señalada precedentemente, que establece en $520 la unidad salarial retributiva, en tanto la accionante sostiene la misma pero más la retribución en negro, con lo que alcanza la suma de $800 mensuales, a su vez controvertida por improcedente por la parte demandada.

Señala la demandada recurrente los fundamentos del fallo y la referencia de éste al precedente jurisprudencial del Excmo. Superior Tribunal de Justicia en los autos: “L. , E. J. c/ A. A. S.A. s/ demanda laboral", con el que respalda la sentencia la viabilidad de las sumas como abonadas en negro. Que los extremos probatorios resultan de las declaraciones de Leandro Pablo Carrizo (fs. 839/839vta.), M. P. (fs. 840/840vta.) y L. A. T. (841/841vta.).

Pero la recurrente observa la prueba a que se refiere la sentencia, la del testigo Carrizo (fs. 839/939vta), entendiendo que éste nunca vio cuándo ni cuánto cobraba el actor.

A la controversia precedente, es evidente que no sigue el contexto de las respuestas del testigo Carrizo, cuando señala el lugar físico al que concurrían a recibir parte de la retribución y cuando contesta que las sumas percibidas por el actor en negro era aproximadamente un 50% del sueldo (7ma.) y hasta aclaró C. a la 8va. pregunta: "Sí, aclaro que presenciaba los pagos en negro porque el resto lo cobrábamos por cajero". Y el interés que se imputa al testigo Poveda se encuentra desestimado, testigo que no demuestra animosidad alguna en su declaración y ha señalado no comprenderle las generales de ley. En cuanto alude a las testimoniales de T. y C., que contesta el primero que se pagaba en forma normal por recibo en la oficina le pagaban a todo el mundo. La pregunta para la respuesta a tal generalidad no supera las concretas formuladas a C. . Obsérvase el interrogatorio como muy escueto y no contiene el si se daba el pago en negro. De igual modo a C.: "yo sé que en general cobrábamos mediante el banco, normal como corresponde", tampoco es preguntado por el pago en negro. Torres dice que se pagaba a todo el mundo con recibo en la oficina y C. por cuenta en el Banco. La inventiva de Torres es evidente, cuando de las constancias de los recibos de sueldo obrantes en autos indican el depósito del salario en cuenta del Banco del S. Los testigos que han sido incisivamente preguntados respecto al pago en negro, han resultado concordantes en el monto porcentual aproximado del 50% y el lugar de

pago en una oficina existente dentro de un local de la Empresa, testigos que no responden por díceres sino por propio protagonismo.

Se rechazan en definitiva los agravios precedentes y por todo lo expuesto, el memorial de apelación de fs. 909/915.

Las costas se imponen a la apelante, de conformidad con el art. 59 Ley 69 y art. 68 CPCCCh.

Para regular honorarios rige la Ley 2200 y ref. Ley 4335, de Aranceles, arts. 6, 7, 9, 14 y concords., el mérito de los trabajos profesionales y su resultado. Propongo los honorarios conjuntos de las Dras. M. X. P. e I. B. P. , en la suma de $1080 y los del Dr. M. H. P. D. , en $900.

Por lo expuesto, concordancia con el voto expuesto en primer término debe dictarse el pronunciamiento anticipado, con las costas señaladas y a cuyo fin propongo los honorarios de los profesionales actuantes de conformidad con el considerando respectivo. Tener presente, asimismo, la ratificación de la reserva del caso federal interpuesta por la parte demandada en el memorial de fs. 909/918.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 271 y 272 del CPCCCh (reforma ley 4550 del 23/12/99), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Alonso de Ariet no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar la apelación opuesta por la accionada y confirmar la sentencia de fs. 893/905 en cuanto fue materia de apelación.

2) Costas de la alzada a la apelante, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales conjuntos de las Dras. M. X. P. e I. B. P. , en la suma de MIL OCHENTA PESOS ($1080) y los del Dr. M. H. P. D. , en la suma de NOVECIENTOS PESOS ($900).

3) Tener presente la reserva del caso federal.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE - Presidente
FERNANDO NAHUELANCA - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 01 DEL AÑO 2008 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"