--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C., M. B. c/ V., J. C. s/ cobro de pesos - laboral”** (Expte. Nº 92 - año 2009) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 348.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** 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. 323 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 316/320 vta., por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda promovida por M. B. C. contra J. C. V., condenando a este último a que en el plazo de cinco días, abone a la actora, previo los descuentos legales y mediante depósito judicial, la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más intereses, e imponiendo las costas en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora. ----------

--- A fs. 325/333 vta. obra el informe del art. 62 de la ley 69 presentado por la demandada, del que se confiere traslado a fs. 334, siendo contestado el mismo por el actor a fs. 335/345.- ----------

--- I.- Haré en primer lugar un breve resumen de los agravios de la demandada y de su responde por parte de la actora.- ----------

--- 1) La demandada señala como primer agravio que la jueza no hizo lugar a la tacha de la testigo R., la que se fundó en que tenía un juicio contra el demandado y además que vivía en el mismo domicilio de la actora. Señala que el testimonio es parcial y tiene la finalidad de perjudicar a su mandante. Deduce que existe una amistad y afinidad entre la actora y la testigo, dado que viven en el mismo domicilio. Dicha circunstancia, unida a que R. mantiene un juicio contra el demandado, es demostrativo de la parcialidad de la declarante. Agrega que la actora nada dijo contra la tacha impetrada y que el testimonio de R. fue la única probanza contra su mandante. Expresa al respecto que de la comparación con otros testimonios se desprende que R. buscó beneficiar a la actora, ya que otros testigos negaron que C. fuera encargada, que realizara horas extras o que tenía más de dos personas a cargo. Añade que R. fue la única que dijo que la actora intentó entregar el certificado médico. ----------

--- En segundo lugar cuestiona que se concluyera que su parte no lograra probar la jornada parcial de trabajo. Al respecto indica que existió un análisis parcial de la prueba documental, ya que de las planillas de ingreso y egreso suscriptas mensualmente y reconocidas por la actora sin ser cuestionadas, surge que desde el 12/09 al 11/04 la jornada fue de cuatro horas. Lo mismo se desprende del contrato de trabajo, de los

recibos de haberes, del empadronamiento de O. y de la planilla de horario y descansos y de las hojas móviles que reemplazan al Libro del art. 52 de la LCT. Explica que con seis pruebas documentales distintas, cuyo contenido fue reconocido y no cuestionado por la actora, se reconoció la jornada parcial por el primer período de trabajo, concluyendo que si con dicha prueba no se tiene por acreditada la jornada referida se genera una gran inseguridad jurídica. Siempre sobre el mismo agravio, agrega que existió un análisis parcial de las declaraciones testimoniales, ya que tres testigos ubican a la actora trabajando durante la mañana. En cuanto a los demás testimonios, no son idóneos por provenir de quienes trabajaron poco tiempo con la actora o de la testigo tachada a la que se refiriera en el primer agravio. Insiste en que la prueba documental que acredita la jornada parcial fue reconocida por la contraria, citando doctrina al efecto, y que la misma resulta adunada con la prueba testifical mencionada. ----------

--- Como tercera queja se agravia de que se determinara que la accionante realizó nueve horas extras al 100% por semana. Expresa que si se analizan los testimonios que se dicen que apuntalan al de R. surge que M. trabajó hasta el 09/04 y luego fue al negocio en dos o tres oportunidades, y que L. laboró con C. sólo una semana en el año 2005 y durante 2004 la testigo no sabe bien cuándo trabajó. Asimismo considera que existió un análisis parcial de la prueba documental. A tal efecto expresa que del informe del sindicato surge que la propia actora informa en agosto de 2005 que su jornada es de ocho horas, lo que se compadece con las planillas de ingreso y egreso y la del art. 6 de la ley 11544. Añade que además era carga de la actora acreditar las horas suplementarias y que reclamó las mismas meses después del despido.----------

--- En cuanto al cuarto agravio, critica que se concluyera que el distracto dispuesto por su parte ha sido incorrecto y que no existiera abandono de trabajo. Señala que la actora no probó que en reiteradas oportunidades entre el 22/08/05 y el 01/09/05 haya ido al lugar de trabajo a llevar el certificado médico, tal como lo expresara como argumento decisivo en la demanda y sobre lo cual nada se dice en la sentencia. De ello deduce que no existe congruencia en el decisorio, ya que la actora debía demostrar que en varias oportunidades concurrió a presentar el certificado médico y que por lo tanto no hizo abandono de trabajo. Agrega que tampoco se acreditó la negativa del empleador de recibir el mentado certificado, ya que la única testigo que refirió dicha circunstancia fue R., sin que exista otra prueba que acreditase dicha supuesta negativa. Pero, aún de acuerdo al razonamiento de la juzgadora, la actora debió consignar el certificado médico el 25 o 26 de agosto de 2005 y no el 1 de septiembre, nueve días después de la primera ausencia. Señala que la actora no cumplió con la carga del art. 201 de la LCT, ya que debía comunicar su situación en la primera jornada en que se vio imposibilitada de laborar, mientras que lo hizo nueve días después de la emisión del certificado. Agrega que la contraria no respondió la intimación para justificar su inasistencia, cuando tenía a su alcance la posibilidad de remitir un telegrama laboral. En cuanto a la declaración de la testigo L. entiende que no ratifica la de R., ya que sólo compartió una

semana con la actora, por lo que no estaba en conocimiento de que anteriormente haya estado enferma y tampoco de que había veces que le aceptaban o no los certificados médicos, ya que entre el 14/08/05 y el 22/08/05 no se presentó certificado alguno por parte de la actora. En lo que se refiere a que la consignación del certificado médico demuestra la voluntad de la actora de conservar el empleo, disiente con ello ya que dicha circunstancia ocurrió nueve días después de su primera ausencia, por lo que no se cumplió con lo dispuesto por el art. 201 de la LCT. En ese contexto la consignación tardía y contraria a la buena fe laboral, expresa, no acredita la voluntad de conservar el trabajo. Como otro argumento manifiesta que todos los requisitos que la jueza enumeró para que se configure el abandono de trabajo estuvieron presentes: inasistencia al trabajo sin aviso y sin justificar, intimación del empresario a retomar las tareas, que el trabajador haga caso omiso a la intimación, y que se haga efectivo el apercibimiento para considerar consumado el abandono definitivo del empleo poniéndolo en conocimiento del trabajador. Arguye finalmente que existió una intención inequívoca del trabajador de poner fin a la relación y que la actora no cuestionó el despido por abandono de trabajo ya que no respondió el telegrama correspondiente.-----

--- Por último, como quinto agravio, se queja de que se haya hecho lugar a la indemnización prevista en la ley 25972, ya que la actora fue incorporada el 12/09/03 y ello significó un aumento en la plantilla de los empleados a diciembre de 2002, ya que el 31/12/02 la demandada tenía un empleado y al contratar a la actora contaba con cuatro. Es así que la contratación de la misma se encuadra en las previsiones de los decretos 2639/02 y 1351/03, no correspondiendo el incremento indemnizatorio reconocido.--------

--- 2) La actora, al responder los agravios, señala en primer lugar que la tacha de la testigo R. fue realizada en forma extemporánea, ya que fue hecha en ocasión de la audiencia celebrada a fin de obtener su declaración. Cita jurisprudencia. Agrega que al declarar la testigo manifestó otro domicilio, por lo que no es cierto que convive con la actora desde marzo de 2007 hasta el momento de la declaración. Agrega que de la circunstancia de tener juicio pendiente no se deduce la descalificación “per se” del testimonio, volviendo a citar jurisprudencia. Añade que la contraria debió tachar a la testigo antes de haberla escuchado y de haberla interrogado y que le asiste razón a la jueza cuando señala que su declaración es coincidente con las de los otros testigos. A tal fin transcribe parcialmente los testimonios pertinentes. Concluye, en base a lo expuesto, que no es cierto que la testigo intentó perjudicar a la demandada en beneficio de la actora.----------

--- En relación a la prueba documental en la que la apelante basa la acreditación de la jornada parcial, indica que, en virtud de lo dispuesto por el art. 55 de la LCT, los datos que surgen de la misma no pueden ser invocados a favor del empleador. A ello agrega que no es cierto que los testigos M. y C. ubican a la actora laborando solamente por la mañana, a lo que añade la declaración de L., quien se desempeñó como refuerzo durante el año 2004. Es así que concluye que la única testigo que declaró que C.

trabajaba en jornada parcial fue R.. Finalmente destaca la remisión al principio de primacía de la realidad tenido en cuenta por la sentenciante.----------

--- En cuanto al tercer agravio, refiere que el testigo M. tuvo contacto con la actora luego de septiembre de 2004, por lo que pudo declarar acerca de las horas extras. Respecto a la testigo L., expresa que la demandada no acreditó que la actora laborara en jornada parcial hasta noviembre de 2004, amén de que se acreditó que la testigo trabajara durante el año 2004 aunque no recuerde su fecha de ingreso. Cierra su contestación a este agravio con el razonamiento de la jueza y considerando que el mismo no fue atacado por la recurrente.----------

--- Respecto al cuarto agravio, referido al abandono de trabajo por parte de la actora, aclara que no sólo R. sino también L. da cuenta de la conducta omisiva del demandado respecto de las notificaciones cursadas por la actora. Detalla la declaración de R. como acreditante de la intención de la actora de entregar el certificado médico. Agrega que con la prueba documental adjuntada se probó la autenticidad del certificado médico. En cuanto a la recepción del despido señala que una vez comunicado hubiera sido en vano oponerse al mismo, lo que no implica la ratificación de la existencia del presunto abandono de trabajo. Explica que la contraria dio por finalizado el vínculo invocando la causal de abandono de trabajo, pero la prueba rendida da cuenta de que su mandante se encontraba impedida de prestar sus servicios. Concluye que su parte jamás incurrió en abandono de trabajo que justifique la extinción del vínculo en los términos del art. 244 de la LCT, dado que no se probó la existencia de los elementos objetivo y subjetivo que configuran el abandono referido. Cita jurisprudencia al efecto.----------

--- En último lugar, en cuanto al quinto agravio, indica que de los Formularios 931 AFIP glosados en autos, se desprende que en septiembre de 2003 la plantilla de trabajadores era de cinco y en diciembre de 2002 también eran cinco empleados, por lo que no resulta acreditado ningún aumento de personal.----------

--- II.- Reseñados los agravios vertidos por la demandada y su responde por la actora, paso a su tratamiento, para lo cual seguiré el orden de exposición de la apelante sin perjuicio del tratamiento conjunto que por conexidad pueda conferir a algunas de las quejas deducidas.----------

--- 1) El primer agravio se refiere a la tacha que efectuara de la testigo R., arguyendo que la misma vive en el mismo domicilio que la actora, tiene juicio pendiente contra el demandado, la actora nada dijo al respecto y además su testimonio es la única probanza contra su parte. A fs. 261 la apelante, luego de que la testigo declarara, fundó la tacha de la misma en la existencia de un juicio pendiente contra su parte y en que tiene una amistad manifiesta con la actora dado que viven en el mismo domicilio, lo que evidencia que su declaración tendiera a perjudicar al demandado y a beneficiar a la demandante. Respecto a que R. mantiene un juicio por motivos similares con el

demandado, es sabido que la circunstancia de que los testigos tengan interés en la causa no invalida “per se” su declaración. Es que se ha sostenido que no es posible descalificar a los testigos por tener juicio pendiente con una de las partes si no se demuestra que los dichos carecen de objetividad o que las versiones de los declarantes resultan tendenciosamente favorables a la postura de la otra; en todo caso correspondería apreciar los dichos con rigurosidad extrema pero de ningún modo desecharlos, porque no se trata de testigos excluidos (conf. CNTrab., sala II, 28/2/92, DT, 1992-A-862). En cuanto a la amistad manifiesta que se desprendería de compartir el mismo domicilio con C. (ver carta poder de fs. 03 y domicilio denunciado a fs. 58, pto. E), 3), aún cuando de dicha circunstancia pueda inferirse la mentada amistad, también se ha considerado que la circunstancia de que el testigo sea amigo de la parte o de sus familiares no invalida sus dichos, aun apreciándolos restrictivamente, siempre que se vean complementados con otros elementos probatorios (conf. CN. Civ., Sala B, 15/10/99, DJ, 2000-2-1037). Es más, si bien la amistad íntima hace poco creíble al testigo cuando sus dichos no se encuentran corroborados, no por ello debe excluirse su testimonio (conf. Falcón, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Ed. Astrea, 2003, Tº 2, pág. 324). En lo que se refiere al argumento de que la actora nada dijo acerca de la tacha, en realidad se trata de un “supuesto” argumento, ya que la ausencia de respuesta -en su momento- por parte de la demandante, nada agrega ni quita a la veracidad o no de los dichos de la testigo.----------

--- Como se puede apreciar de lo expuesto hasta aquí, en todo caso el argumento clave del agravio radica en que el testimonio de R. fue la única probanza contra su parte, es decir, que no fue corroborado por ningún otro elemento de prueba. Al respecto, la recurrente compara su testimonio con los de otros testigos. Frente al de M. señala que éste manifestó que C. no era encargada, mientras R. respondió afirmativamente. Al respecto es de tener en cuenta que la sentenciante desestimó la categoría pretendida por la actora, debido a que de las declaraciones testimoniales -entre otras pruebas- se desprende que se trataba de un comercio de no más de cinco empleados, rigiendo al efecto la excepción prevista por el art. 18 del CCT 130/75 (ver sentencia a fs. 318 vta., pto. IV). Por lo tanto lo apuntado carece de trascendencia. Indica luego que C. declaró que la actora realizaba horario de comercio y R. una jornada de trece horas diarias. Sin embargo no hace referencia a lo razonado por la juzgadora en cuanto a que lo expuesto por R. respecto al horario cumplido por la actora, viene adunado por lo declarado por los testigos M., L. y C. (ver fs. 318 “in fine”/vta., 1er. párrafo). En cuanto a que R. dijo que la actora tenía seis personas a cargo, mientras que L. identifica sólo a dos, se trata, en todo caso, de una diferencia relevante a los fines de establecer la categoría de C., pretensión que, como se dijera más arriba, no fuera reconocida en la sentencia. Finalmente respecto a la entrega del certificado médico, mas allá de que ello será objeto de análisis en el agravio referido específicamente a dicha circunstancia, es de mencionar que la jueza no consideró solamente el testimonio de R. al efecto, ya que

tuvo en cuenta además los certificados médicos reconocidos, las actuaciones iniciadas ante la Subsecretaría de Trabajo, así como el legajo de la actora acompañado por la demandada (ver fs. 319, último párrafo/vta., 1er. párrafo). Es así que, más allá del examen que se efectúe de dichas probanzas al analizar el agravio respectivo, tampoco resulta cierto que, en este aspecto, el decisorio se basara solamente en la declaración de R..----------

--- En suma, por los motivos expresados, propongo la desestimación del primer agravio examinado.----------

--- 2) La segunda queja critica la conclusión de la juzgadora en cuanto a que la demandada no probó la jornada parcial de trabajo. Ante todo debe señalarse que la cuestión debe enmarcarse bajo lo establecido en el art. 92 ter de la LCT. Por ser una modalidad contractual de excepción, es sabido que queda sujeta a prueba estricta de quien la invoca y que requiere que el horario del trabajador se pacte previamente para evitar situaciones abusivas. Por ello, si la demandada ni siquiera acompañó el instrumento por el cual se habría pactado tal modalidad, la relación habida entre las partes debe considerarse de tiempo completo (conf.CN.Trab., sala X, Expte. Nº 13.776/99, sentencia 10.511 del 27/3/02, elDial.com-AL71E). En el mismo sentido se consideró que el contrato de trabajo a tiempo parcial es una modalidad excepcional de contratación que prevé el art. 92 ter de la LCT, y por ello, el empleador que alega una contratación en esos términos debe probar los presupuestos condicionantes de su procedencia (art. 377 del CPCC) (conf. CN.Trab., sala VIII, Expte. Nº 3527, sentencia 30.582 del 31/5/02, elDial.com-AL755).----------

--- La recurrente indica en primer lugar que existió un análisis parcial de la prueba documental, ya que señala seis pruebas de dicho carácter con las cuales se habría acreditado la jornada parcial de trabajo. Menciona al efecto las planillas de ingreso y egreso, el contrato de trabajo, los recibos de haberes, el empadronamiento de O., la planilla de horario y descansos del art. 6 de la ley 11544 y las hojas móviles que reemplazan al libro del art. 52 de la LCT, toda documentación reconocida o no cuestionada por la actora. La misma resulta obrante a fs. 64/139 o fue adjuntada a fs. 164. Ahora bien, la sentenciante tuvo en cuenta que la actora no desconoció su firma en la documental suscripta por ella, mas también consideró que el principio de primacía de la realidad impide dar plena fe a tales instrumentos si del resto de la prueba se desprenden otras circunstancias (ver sentencia a fs. 317 vta., 2do. párrafo). Y es sabido que la primacía de la realidad es un principio típico del derecho del trabajo (conf. Rodríguez Mancini, Jorge, en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Tabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº II, pág. 75), por lo que resulta acertado el razonamiento de la sentenciante en no conferir carácter absoluto a la prueba documental referida, sino cotejarla con el resto de las probanzas. De allí que proceda desestimar los argumentos de la recurrente basados exclusivamente en el valor de la citada prueba documental (ver ptos. 1 y 3 del segundo agravio).----------

--- En lo que respecta al pto. 2 de este segundo agravio (ver fs. 326 vta. “in fine”/327 vta., primeros párrafos), entiende que la jueza realizó un análisis parcial de las declaraciones testimoniales, ya que las mismas ratifican -según considera- la jornada parcial de trabajo por el primer tramo de la relación laboral. Destaca lo expuesto por los testigos R., M. y C., mientras señala que L. no sabe cuándo trabajó en el año 2004 -cuando se desarrolló la jornada parcial-, siendo R. -la testigo tachada- la única que corrobora la postura de la actora. La sentenciante, al analizar la prueba testifical en este aspecto, razonó: *“En el sublite y en referencia al punto, tenemos que afirman una primera época de horario reducido, sin situarla temporalmente R. (fs. 258) cliente del negocio y M. (fs. 267) ex empleado y compañero de la demandante. En cuanto a C. (fs. 265), también cliente del comercio, si bien declara haber visto a la actora siempre de mañana, salvo fechas especiales, tengo en cuenta que se refiere al horario en que el declarante iba al negocio. Por su parte R. (fs. 260/1) ex empleada con juicio pendiente contra el demandado-, L. (fs. 282) ex ex* (sic) *empleada que no tiene en claro en qué época de 2004 ingresó y C. (fs. 284) quien vendía mercaderías al comercio del demandado declara que el horario de la actora era de mañana y de tarde. La prueba reseñada, analizada a la luz del principio de la sana crítica, me permite formar convicción respecto del trabajo a tiempo completo efectuado por la demandante, máxime cuando el empleador no ha dado explicación objetiva alguna que permita comprender el porqué del tipo de contratación que pretende. La conclusión a la que he arribado si bien no incide en las diferencias salariales que se reclaman desde marzo de 2004, si torna procedente el reclamo por errónea inscripción y registración del vínculo laboral, tornando admisible el reclamo de la multa prevista por el art. 1 de la ley 25.323, en caso en que se condena a la demandada a abonar indemnización por antigüedad, circunstancia que analizaré luego”* (ver sentencia a fs. 317 vta., último párrafo/318, 1er. párrafo).----------

--- Como se puede apreciar de los párrafos transcriptos, la “a quo” tuvo en cuenta que R. y M. , tal como manifiesta la apelante, ubican a C. laborando por la mañana y en cuanto a C., si bien coincide, destaca que es el horario en que iba al negocio. También se hace cargo de los reparos que se manifiestan respecto de L. y R., debiéndose aclarar respecto de la primera que si bien no precisa la fecha en que trabajó en 2004, la misma demandada admite que realizó “refuerzos” durante ese año (ver fs. 282 vta./283, primera repregunta). Y con relación a R. ya se ha explicado, al tratar el primer agravio, que los motivos de su tacha no importan el desmerecimiento “per se” de su declaración. A ello cabe añadir que la apelante nada dice del testigo C., expresamente valorado en el decisorio, y que manifestó que la actora trabajaba a la mañana y a la tarde (ver fs. 284, respuestas tercera y cuarta). Pero más que nada debe señalarse como decisivo que la juzgadora hizo mérito, a fin de no tener por acreditada la jornada parcial de trabajo, que el empleador no dio una explicación objetiva que justificara el tipo de contratación aducida. Y de ese argumento no se hizo cargo la recurrente ya que no

esbozó crítica alguna al respecto. Es sabido que la parte del fallo no impugnado o criticado insuficientemente, quedará consentida, pues la demanda de impugnación viene a determinar los agravios y capítulos que se someten a la Cámara (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 942).----------

--- En consecuencia de lo expuesto postulo, en esta porción del agravio, declarar la deserción parcial del recurso, por insuficiencia técnica dados los términos del art. 265 del CPCC.----------

--- 3) Seguidamente la quejosa cuestiona que se hubiera determinado que la actora realizó nueve horas extras al 100% por semana. La crítica transita, en primer lugar, por considerar que no existen testimonios que avalen lo declarado por R. al respecto, ya que M. concurrió al local en pocas oportunidades luego de septiembre de 2004 y L. no recuerda cuándo laboró en 2004 y en 2005 sólo coincidió una semana con la actora. Es cierto que cuando la juzgadora consideró que los dichos de R. -testigo cuestionada- fueron apuntalados por dos testigos más, hizo referencia a M. y L. (ver sentencia a fs. 318 vta., 1er. párrafo “in fine”). En relación al primero, también es cierto que manifiesta que luego de septiembre de 2004 fue dos o tres veces a comprar algo (ver fs. 267, respuesta a primera repregunta), sin embargo no existe óbice en quitarle veracidad a su testimonio si pudo tomar contacto personal con el hecho sobre el que se le pregunta aunque no lo haya presenciado asiduamente. En cuanto a L., más allá de la coincidencia con la actora durante 2005, ya se ha dicho que laboró como refuerzo durante el año 2004 (ver fs. 282 vta./283, respuestas undécima y a primera repregunta), por lo que tampoco se aprecia demérito alguno en la veracidad de su declaración sobre el horario que expresa. Es así que no encuentro motivos para acoger este agravio en el aspecto examinado, esto es, la coincidencia entre tres testigos que valorara la sentenciante de grado.----------

--- En el resto del agravio la quejosa se explaya acerca de la prueba documental -ya referida en ocasión de argumentar en el segundo agravio acerca de la jornada parcial-, y vuelve a subestimar a los testigos que apuntalan a R. por los motivos ya reseñados (ver fs. 329/vta., pto. 1). Sobre esto último entiendo que la crítica ha quedado despejada con lo indicado “ut supra”, debido a que más allá de la perdurabilidad en el tiempo del conocimiento personal de los testigos sobre los extremos a acreditar, lo cierto es que han expuesto los motivos que justifican dicho conocimiento directo. Y en relación a la prueba documental, cabe reiterar lo argüido al examinarse el primer agravio, esto es, que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, la misma cede ante otro tipo de prueba como la testifical. En consecuencia, los argumentos comentados han de ser desechados.----------

--- Por último, siempre por este agravio, la apelante invoca como argumento que la contraria reclamó las horas extras después del despido (ver fs. 329 vta., pto. 2). Ello fue claramente examinado por la jueza cuando razonó que *“...descarto que pueda*

interpretarse como presunción en contra de la trabajadora el hecho de que las reclame recién al concluir la relación laboral. En efecto, no sólo se opone a tal interpretación principios básicos del derecho del trabajo (art. 58 L.C.T.), sino que es lógico pensar que dentro del desarrollo de la relación laboral resulte particularmente incómodo para el trabajador un reclamo de tales características" (ver sentencia a fs. 318, pto. III), 1er. párrafo). Tal argumentación no fue confutada en la expresión de agravios, por lo que en esta porción, y tal como lo propusiera al analizarse el segundo agravio, postulo la deserción parcial de recurso.----------

--- 4) El cuarto agravio ataca lo decidido en cuanto a que el distracto operado por el empleador fue incorrecto. Ante todo considera que no se probó que la actora haya ido al lugar de trabajo a llevar el certificado médico en reiteradas oportunidades entre el 22/8/05 y el 1/9/05. Considera que la sentencia violó el principio de congruencia por cuanto la actora basó su pretensión en la circunstancia apuntada de su intento reiterado de entregar el certificado referido y por ende de que no hizo abandono de trabajo, sin que en el decisorio se expresara nada al respecto. Conexo con este argumento, a fs. 330 vta./331, pto. 2, la recurrente indica que no se probó la negativa del empleador en recibir el certificado médico, siendo R. la única testigo que ratifica dicha circunstancia, ya que L. no aduna dicha declaración por haber compartido solamente una semana de trabajo con la actora en el año 2005 (ver fs. 331 vta., pto. 5), por lo que considera errado el criterio de la jueza de tener por acreditado dicho extremo, más aún cuando la actora demoró nueve días en consignar el certificado (ver fs. 330 vta., pto. 2). Por las mismas razones entiende que C. no cumplió con la carga del art. 201 de la LCT -en realidad se refiere al art. 209-, ni contestó las intimaciones a que justifique sus inasistencias y a que se reintegre a sus labores (ver fs. 331/vta., ptos. 3 y 4), ni demostró la voluntad de conservar el empleo, arguyendo nuevamente la demora de nueve días en consignar el certificado médico (ver fs. 331 vta./332, pto. 6). Por último y en el mismo orden de ideas, señala que su parte cumplió con todos los requisitos que hacen procedente el despido y que existió una inequívoca intención de la actora de poner fin a la relación, amén de que no cuestionó en su momento el despido por abandono (ver fs. 332/333, ptos. 7, 8 y 9). Dado que todos los argumentos explayados en sustento de ese cuarto agravio se encuentran interrelacionados, los trataré de manera conjunta.----------

--- La sentenciante de grado razonó sobre este punto de la siguiente manera: *"...si bien es cierto que hubiese resultado mucho más efectivo que la actora en vez de constituirse en la Subsecretaría de trabajo a depositar el certificado médico que justificaba sus inasistencias, hubiese procedido directamente a contestar la intimación telegráfica por el mismo medio invocando la existencia del mencionado certificado, también lo es que no puede perderse de vista que se encuentra acreditada la existencia de la dolencia en cuestión...así como la clara intención de la accionante de conservar su puesto de trabajo, con lo cual pierde sustento la figura invocada para despedir. En efecto, más allá*

del valor menguado que pueda otorgarse a la declaración testimonial de R....por el hecho de tener también ella, al momento de la declaración juicio pendiente con la demandada también por despido, lo cierto es que sus dichos vinculados con las declaraciones de L. y con los elementos que más adelante analizaré permiten tener por acreditado que no se ha demostrado en los hechos la intención de la trabajadora de no retomar sus (sic) *trabajo, así como que el empleador estaba o debió estar al tanto de las ausencias de la trabajadora se debían a un problema de salud que arrastraba de varios meses atrás. Por el contrario, objetivamente los certificados médicos acompañados y que disponían el reposo de la trabajadora han sido reconocidos por el médico firmante...Paralelamente la Subsecretaría de trabajo ha remitido en fotocopia...las actuaciones iniciadas por la trabajadora el mismo día en que el empleador remitió el despacho notificando el despido el 01/09/05- depositando el certificado médico en cuestión. Actitud que habla a las claras de conservar su empleo y que no tiene lógica si no se parte de la base de la negativa del empleador a recibirlos. Si a lo expuesto, se agrega, que de la documentación obrante en el "legajo" que acompañara la demandada como documental en su poder...se corrobora lo dicho por la testigo R. en el sentido de que la dolencia de la trabajadora venía de meses anteriores (ver certificado expedido por el Dr. A., claro para mi resulta que no hay elementos objetivos que permitan sostener que hubo de parte de la demandante una actitud deliberada o propósito de no retornar a su trabajo"* (ver sentencia a fs. 318 vta. "in fine"/319 vta., 1er. párrafo).----------

--- He preferido extenderme en la transcripción de los párrafos que encuentro dirimentes en la sentencia sobre el aspecto aquí debatido, ya que considero que ello facilita el confronte con los argumentos de la apelante. Se ha entendido, en comentario al art. 244 de la LCT, que el contrato de trabajo puede concluir por voluntad del trabajador sin que su decisión se manifieste de forma expresa sino a través de su conducta. En tales supuestos el comportamiento del trabajador revela su decisión, pero para evitar abusos y clarificar conductas la ley establece por el art. 244 citado, que en estos casos, el empleador debe intimar fehacientemente el cumplimiento de la obligación por parte del trabajador a fin de colocarlo en mora, por el plazo que imponga la modalidad en cada caso. Así, una vez vencido el plazo y no reintegrado el trabajador injustificadamente a su labor, puede admitirse que ha existido abandono, y el contrato concluyó por su voluntad. (conf. Sardegna: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. Universidad, 1999, pág. 779). Ahora bien al requisito presupuesto de que existan ausencias y al de intimación que está en la ley, la jurisprudencia agrega la exigencia de que las ausencias sean prolongadas o considerables y que sean culposas. En cuanto a la extensión de las ausencias basta que se trate de inasistencias de tres o cuatro días, siempre que se cumpla con la previa intimación. Y respecto a la voluntariedad o culpabilidad de las ausencias puede trasladarse a una cuestión que al fin y al cabo es más que nada relativa a la carga de la prueba, cuando se sostiene que para que el empresario pueda

válidamente invocar la figura del art. 244 de la LCT, no basta que hayan ausencias durante un lapso prolongado e intimación, sino que se necesita, además, que exista un elemento subjetivo de la figura; una disposición o intención del trabajador en sentido de abandono de su trabajo o su contrato (conf Ramírez Bosco, Luis E., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed La Ley, 2007, Tº IV, págs. 385/387).----------

--- A la luz de expuesto, resulta claro que la juzgadora de origen tuvo en cuenta varios de los elementos que apunta la recurrente en su memorial, por ejemplo que la misma cumplió con la intimación a la actora para que se reintegrase al trabajo (ver telegrama de fs. 04), así como que no contestó dicha intimación haciendo referencia al certificado médico (ver sentencia a fs. 319, 1er. párrafo). También valoró la endeblez de la declaración de R., pero además de sostenerla con el testimonio de L. -lo que cuestiona la apelante-, hace expresa referencia a los certificados médicos acompañados que disponían el reposo de la actora, los que fueron reconocidos por el galeno firmante (ver fs. 220/223). Añade a ello las constancias del “legajo” adjuntado por la demandada, donde se corrobora lo expuesto por R. respecto de dolencias anteriores de la actora (ver certificado del Dr. A. del 01/04/05 entre la documental reservada y sentencia a fs. 319 “in fine”/vta., 1er. párrafo).----------

--- Es de señalar que L. (ver fs. 282/283) manifestó que la actora dejó de trabajar porque estaba enferma, según cree (ver respuesta décima) y que a veces se le aceptaba los certificados médicos y otras no (ver respuesta décimo primera). Al respecto no se comparte lo expresado por la quejosa en cuanto a que no pudo ratificar lo declarado por R., por cuanto ya he dicho que la testigo laboró como refuerzo durante 2004, por lo que en ese período pudo razonablemente tener conocimiento de anteriores dolencias de la actora y de ocasionales rechazos de certificados médicos.-----

--- La apelante considera incongruente la sentencia porque nada dice de los alegados intentos de C. de entregar el certificado médico. Es sabido que el principio de congruencia, según definición de Guasp, importa la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones y teniendo en cuenta todos los elementos individualizadores de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila en cuanto delimitan ese objeto (conf. SCBA, Ac y Sent., 1975, p. 56, DBJA, v. 106, p. 173). Concordantemente se ha puntualizado que este principio de congruencia tiene atingencia básicamente con la manera en que los jueces y tribunales resuelve las cuestiones que les han sido sometidas con arreglo a la traba de la relación procesal, sin omisiones ni demasías decisorias, sea, la conformación de la sentencia con el pedimento (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1972, v. II, p. 215, DJBA, v. 117, págs. 29 y 293, v. 119, p. 781, v 120, p. 383; citados en Morello-Sosa-Berizonce: “Códigos...”, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1986, Tº II-C, págs. 39/40). Al respecto, es de decir que la actora, alegó en su demanda, que intentó varias veces entregar el

certificado médico que justificaba sus inasistencias y que, si bien, el empleador se anotició de tal circunstancia se negó a recibir los certificados (ver fs. 49, último párrafo/vta.). Del razonamiento de la juzgadora no es sostenible que la misma no se expidiera sobre dicha circunstancia. Es que expresamente argumentó que, si bien hubiese sido más efectivo que la actora contestara el telegrama de intimación refiriendo al certificado médico, tuvo en cuenta -amén de las declaraciones de R. y L.- que los certificados médicos arriba referidos, las constancias de la Subsecretaría de Trabajo de fs. 168/172 -según las cuales C. depositó el certificado el mismo día en el cual la demandada envió la comunicación de extinción del vínculo por abandono de la actora (ver fs. 07)-, y las constancias obrantes en el "legajo" adjuntado por la demandada que dan cuenta de anteriores dolencias de la demandante, son elementos que permiten tener por acreditado que el demandado estaba o debía estar al tanto de que las ausencias de la actora se debían a problemas de salud (ver sentencia a fs 319, 2do. y 3er. párrafos/vta., 1er. párrafo). Es decir que más allá de los elementos acreditantes invocados, y si la actora concurrió o no a entregar el mentado certificado médico, se tuvo por probado, con documentación que no fuera cuestionada, que el empleador conocía o debía conocer los problemas de salud de C. que le impedían retomar sus tareas.----------

--- Finalmente y para completar el razonamiento que permite el rechazo del agravio, destaco que la jueza hizo mérito de la ausencia del elemento subjetivo que debe estar presente en la figura de abandono de trabajo, cuando consideró expresamente que se probó la dolencia de la actora durante el tiempo en cuestión -con los certificados médicos mencionados-, así como su voluntad de conservar su empleo debido a las actuaciones administrativas que iniciara (ver nuevamente sentencia a fs 319, 2do y 3er. párrafos). Al respecto resulta pertinente mencionar un antecedente análogo al presente, en el cual se consideró que resulta improcedente tener por configurada la causal prevista en el art. 244 de la LCT si el actor no concurrió a trabajar debido a que padecía una infección que culminó en una intervención quirúrgica y la demandada estaba en conocimiento de dicha circunstancia, ya que ello revela que no existió en el actor la voluntad de no reintegrarse a su trabajo, lo que es una exigencia subjetiva para que se configure la figura del abandono-incumplimiento prevista en el citado artículo (cnf. CNTrab., sala VII, 22/11/2005, in re: "Basta c/ Coca Cola", DT, 2006-883). Por las razones expresadas, especialmente estas últimas relativas a la ausencia del elemento subjetivo mencionado, deviene intrascendente el argumento de la recurrente referido a que la actora no cuestionó el despido por abandono de trabajo.----------

--- En síntesis, por los argumentos brindados concluyo en que debe desestimarse el agravio examinado.----------

--- 5) Por último, la demandada se agravia de que se acogiera la indemnización prevista en la ley 25972, por entender que debe aplicarse el decreto 2639/02, prorrogado por el decreto 1351/03. Asevera al respecto que la actora fue incorporada el 12/09/03 y la

contratación de R. significó un aumento en la plantilla de empleados a diciembre de 2002. La ley 25972, en su art. 4, prorrogó la suspensión de los despidos incausados prevista en el art. 16 de la ley 25561, así como la indemnización adicional en el caso de que se produzca el despido. Por su parte, en el último párrafo de dicha norma, se estableció la no aplicación de tal disposición *"...a los empleadores respecto de los contratos celebrados en relación de dependencia, en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo..., a partir del 1º de enero de 2003, siempre que éstos impliquen un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002".* Por ser esta norma posterior a los decretos citados por la apelante, ella es la que resulta aplicable a los fines de considerar o no si el demandado se encuentra exceptuado del pago de la indemnización adicional.----------

--- Al respecto habré de decir que me he expedido sobre esta cuestión en el antecedente de esta Sala "B", SDL 25/09 del 25/03/09. La analogía con el presente radica en que la apelante invoca como prueba los formularios de fs. 140/141, los cuales resultan ser prueba documental unilateral de la empleadora. Y es sabido que las normas de los arts. 52 y 55 ni ninguna otra de la LCT establecen que los libros prueben a favor de la empresa, aunque pueden probar en contra. Es que de modo reiterado se ha entendido que asignar otro carácter a los libros correctamente llevados implicaría que la empleadora pudiera valerse de un medio probatorio que ella misma ha elaborado, sin posibilidad de control real por parte del trabajador (conf. CNTrab., Sala V, 15/10/86, in re: "Cardozo, Vicente c/ Ferrocarriles Argentinos", TSS, Nº 3-1987, p. 250; entre otros citados por Tosto, Gabriel A. en Rodríguez Mancini-Barilaro, op. cit., Tº II, pág. 572). Es que, en todo caso, debió la accionada ofrecer prueba pericial contable a fin de que se informe circunstanciadamente el extremo del aumento de la plantilla invocado.----------

--- En síntesis, por los motivos expresados, es que tampoco corresponde acoger favorablemente este agravio.----------

--- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada a la demandada apelante (conf. art. 68 del CPCC). Propongo asimismo, teniendo en cuenta la extensión y eficacia de las tareas realizadas, así como al resultado obtenido, regular los honorarios de los letrados apoderados de la demandada actuantes en esta sede, Dres. G. C. y P. G., en conjunto, en un 25%; y los de los letrados apoderada y patrocinante de la actora, Dres. M. A. y F. A., respectivamente, en conjunto, en un 30%; en ambos casos sobre el monto que les fuera establecido en la primera instancia y con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 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 el demandado a fs. 323, que fuera concedido a fs. 324, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 316/320 y vta. que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por M. B. C. y condenó a J. C. V. al pago dentro del plazo de cinco días de la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más sus intereses, en concepto de diferencias salariales y rubros que integran la liquidación final (sueldo anual complementario y vacaciones), indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, con más la integración mes de despido, incrementos previstos por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, e indemnización contemplada por el art. 4 de la ley 25.972, con imposición de costas en un 90% a la parte demandada y en un 10% a la parte actora. ----------

--- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 luce a fs. 325/333 y vta., el traslado conferido a fs. 334 fue evacuado por su contraria a fs. 335/345, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

--- 2. Se agravia el apelante ya que el juez de grado no hizo lugar a la tacha de la testigo R. a pesar que tiene juicio pendiente y vive en el mismo domicilio que la actora, y entiende que la única probanza en su contra resulta de ese testimonio.----------

--- La circunstancia de que el testigo tenga juicio pendiente con la parte demandada no invalida su declaración sino que la misma debe examinarse con estrictez.----------

--- Si uno de los testigos tiene al momento causa pendiente con la demandada su declaración debe ser apreciada con un severo rigor crítico (Falcón, “Tratado de la prueba”, Astrea, 2003, T. 2, pág. 326/327).----------

--- El hecho de que los testigos tengan juicios pendientes contra la demandada no los inhabilita como tales pues no existen tachas absolutas, pero conduce a extremar la apreciación de sus dichos. Las reglas del razonamiento lógico que, como sana crítica, presiden la evaluación del material probatorio (art. 386, Cód. Procesal) impiden fundar un veredicto racional sólo en testimonios prestados por quienes, conscientemente o no, tienen un interés personal relevante en la aceptación de la versión que ofrecen, regla que debe ser suavizada cuando existen otros elementos que conducen a la misma conclusión (CNTrab., sala VIII, 05/07/2001, “Zanín, Jorge A. c. Firme Seguridad S.A. y otro”, DT. 2001-B, 1935). ----------

--- En cuanto a la amistad, el análisis debe partir por considerar que es válida la declaración de los testigos que tienen relación con la parte que los presenta, si su testimonio se impone para la averiguación del hecho sucedido en el lugar de su vecindad o trabajo (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal civil y Comercial”, EDIAR, 1961, T. III, par. 51, pág. 630), por lo que en todo caso sus dichos deben ponderarse con severidad, debiendo asimismo considerarse si existen otros elementos probatorios que los corroboren. ----------

--- Dicho de otro modo, la amistad impone adoptar la debida circunspección para verificar el grado de atendibilidad que merece dicha declaración. Mas esa sola circunstancia no es decisiva, ya que siempre ha de traerse a colación todas las pautas susceptibles de gravitar en la eficacia del mismo, no pudiendo considerarse inexorablemente que por el hecho de la apuntada amistad ha mediado una deformación de la verdad (Cám. 2ª, Sala I, La Plata, causas B-46.831, reg. Sent. 55/80; B-49.625, reg. Sent. 42/81). ----------

--- No basta con alegar la amistad para restar atendibilidad al testigo, si no se pone de relieve razonablemente cómo tal circunstancia gravitó negativamente sobre la imparcialidad del testigo (Cám. 2ª, Sala III, La Plata, causa B-41.674, reg. Sent. 128/76).----------

--- Con tales pautas, la cuestión se centra en determinar si la declaración prestada por Rivero es la única probanza en contra de la demandada como ésta afirma. ----------

--- En tal sentido, pretende la parte desechar ese testimonio ya que al compararlo con el de M. manifiesta que este último testigo indicó que la actora no era la encargada, en tanto que R. respondió de modo afirmativo. ----------

--- Al respecto, la Sra. Juez de la anterior instancia a fs. 318 vta. (p. IV) rechazó la categoría pretendida por cuanto ***se trata de un comercio de no más de cinco empleados, por lo que rige la excepción prevista por el art. 18 del c.c.t. 130/75***. -----

--- En tales condiciones, la circunstancia puesta de relieve por el recurrente carece de relevancia para desechar la declaración de R., máxime si se considera que el testimonio no es indivisible por lo que corresponde rescatar la porción del mismo que presenta fuerza de convicción. ----------

--- En cuanto a que C. manifestó que C. tenía horario de comercio (respuesta a la 5ª pregunta, fs. 265) y R. en cambio que cumplía una jornada de trece horas diarias, lo cierto es que la crítica es manifiestamente insuficiente pues omite considerar que con relación al horario de trabajo el juzgador corroboró los dichos de R. con las declaraciones de M., L., y C. (fs. 318 y vta.). ----------

--- Tocante a las diferencias entre la declaración de R. y L. en lo que hace al número de empleados, ese aspecto sólo presenta relevancia, como ya se precisara anteriormente, a los fines de determinar la categoría de revista de la actora. ----------

--- Respecto a la cuestión referida a la entrega del certificado médico, sin perjuicio de las consideraciones a realizar al analizar el cuarto agravio, cabe precisar que el sentenciante no sólo apreció el testimonio de R., sino también los certificados médicos acompañados, las actuaciones administrativas y el legajo de la trabajadora. ----------

--- Por tales razones se rechaza el primer agravio. ----------

--- 3.1. Entiende el accionado que de las constancias probatorias acompañadas acreditó cabalmente la jornada parcial de trabajo. ----------

--- En tal sentido, cabe precisar que si el demandado manifestó que la actora cumplía una jornada laboral reducida (4 horas diarias de 9 a 13 horas, p. IV, fs. 144), ello

importa un supuesto de limitación de responsabilidad pues el desempeño laboral a tiempo parcial es una modalidad excepcional de contratación prevista por el art. 92 ter de la L.C.T. ----------

--- 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, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 2, 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, aun 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 parte demandada debe probar el presupuesto de hecho (cumplimiento de jornada reducida) de la norma que sirve de fundamento a su defensa (art. 92 ter, L.C.T.), conforme lo dispone el art. 377, 2do. párrafo, C.P.C.C. ----------

--- 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, “Ortega, Rosana K. c/ Cuenta Conmigo 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, el quejoso en favor de su postura menciona las planillas de ingreso y egreso suscriptas por al actora, el contrato de trabajo, los recibos de haberes, el empadronamiento de O., planilla de horario y descansos (art. 6 Ley 11.544), y las hojas móviles que sustituyen al Libro art. 52 L.C.T., documental reconocida o que no fuera cuestionada por la accionante. ----------

--- Sobre dicha documental el sentenciante ponderó a fs. 317 vta. ***que el principio de primacía de la realidad impide dar plena fe a tales instrumentos si del resto de las prueba se desprenden otras circunstancias***.----------

--- Es que, 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).----------

--- Por eso, la primacía de la realidad importa el relativo valor de la prueba documental frente a la testimonial, incluso en los casos de contratos de trabajo firmados por el dependiente por jornada reducida, o cuando el trabajador figure como monotributista, suscriba actas de inspección laboral, o resulte de prueba informativa de ANSES (esta sala “B”, c. 22.605, S.D.L. 24/2008, c. 22.494, S.D.L. 10/08, c. 53/08, S.D.L. 15/09, c. 136/09, S.D.L. 42/09, respectivamente). ----------

--- Así, ante la postura de la recurrente basada en la mencionada 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).

--- 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).----------

--- Es criterio de esta sala B en en reiterados pronunciamientos, y además de los ya citados, también en c. 156/08, S.D.L. 23/09, y c. 130/08, S.D.L. 27/09. ----------

--- Por tales razones se desestima la valoración probatoria efectuada por la parte fundada en forma exclusiva en la prueba documental acompañada (segundo agravio, p. 1.). ----------

--- 3.2. Tocante a que se efectuó un análisis parcial de la prueba testimonial, cabe precisar que el fallo en crisis luego de invocar el principio de primacía de la realidad a

los fines de establecer la jornada de trabajo cumplida por la actora ponderó a fs. 317 vta./318 (p. II de los considerandos), conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C.) la prueba testimonial rendida en la causa.----------

--- En ese contexto, el juzgador apreció a fs. 317 vta., último párrafo, que R. y M. se expresan en el sentido de que C. laboraba por la mañana -ello sin perjuicio de que la declaración de R. resultó dubitativa ya que al responder a la 5ª pregunta señaló que suponía (fs. 258)-. También apreció que C. se manifestó en igual sentido, aun cuando aclaró que iba al negocio de mañana. A su vez, se hizo cargo de las objeciones que merecen las declaraciones de L. y R., en un caso por no tener en claro la época del 2004, y en el otro, por tener juicio pendiente. Aun cuando cabe destacar que la demandada admitió que L. hizo refuerzos en el año 2004 (ver 1ª repregunta, fs. 282 vta./283), y que la tacha de R. no importa sin más que corresponda desechar ese testimonio. ----------

--- Con tales salvedades, a los fines de concluir que la demandante efectuó trabajo a tiempo completo para el juzgador resultó dirimente, a saber: a) los dichos de C., vendedor de elementos para el comercio, ya que manifestó que la actora atendía y acomodaba, que sabe los horarios por ser vendedor, y que el comercio tenía un horario de 9 a 13 y de 17 a 21 de lunes a sábados (tenor del interrogatorio, fs. 257, y respuestas a la 1ª, 3ª y 4ª pregunta, fs. 284); y b) la circunstancia de que el empleador no brindó explicación objetiva alguna que permita comprender la razón del tipo de contratación pretendida. ----------

--- Esos dos fundamentos no merecieron objeción alguna por la apelante, por lo que no hay agravio que atender. ----------

--- La ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “Persiani e Hijos, José c. Productos Pulpa Moldeada S.A.”, L.L. 1985-A, 309).----------

--- Así, si no se formulan los agravios concretos y razonados sobre cada uno de los puntos considerados por el juez de primera instancia, quedan consentidos aquellos sobre los cuales no se cumplimentó esa carga (C.S.J.N. agosto-29-969, “Gobierno Nacional c/ Ekmekdjian, Toros y otro”, L.L. 137-538). ----------

--- Por ello, en este tramo de la queja el recurrente incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 265 y 266 del C.P.C.C., remisión del art. 76 de la ley 69). ----------

--- 4.1. Cuestiona también el apelante que se determinara que la actora realizó nueve horas extras por semana al 100%. Sostiene que el testimonio de R. no fue corroborado por otras declaraciones como lo indica la sentencia, para lo cual efectúa observaciones

y señala que M. fue al negocio en dos o tres oportunidades, y L. no sabe cuando trabajó en el 2004 y en el 2005 trabajó con la actora una semana. ----------

--- Y si bien M. manifestó que con posterioridad a septiembre de 2004 fue dos o tres veces (respuesta a la 1ª repregunta, fs. 267), tal circunstancia no significa que deba desecharse el testimonio. Dicho de otro modo, la cantidad de veces que concurrió al comercio no quita credibilidad a sus dichos por cuanto se trató de un testigo necesario, lo que así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C., remisión del art. 45 de la ley 69). Y respecto de L., sin perjuicio que coincidió con la actora una semana durante el año 2005, aun cuando no recordara en que época trabajó en el año 2004, lo cierto es que si lo hizo y varias o muchas veces (respuesta a la 11ª pregunta, admisión de la propia demandada al formular la 1ª repregunta y respuesta a la misma (fs. 282 vta./283), por lo que en ese contexto tampoco se advierte cuales razones concretamente permiten restarle eficacia a sus dichos, lo que también pondero conforme a la facultad conferida por el art. 456 del C.P.C.C. ----------

--- En consecuencia, corresponde el rechazo de la queja en este aspecto pues en definitiva bien ponderó el juzgador que el testimonio de R. resultó apuntalado por dos testigos más que no merecieron observación por la demandada en forma oportuna.

--- 4.2. En cuanto a las manifestaciones vertidas al considerar que existió un análisis parcial de la documental incorporada (p. 1., fs. 329) y reiteración de su argumentación en cuanto al alcance de dicha prueba, ya se señaló al punto 3.1. que antecede que priman los hechos sobre lo documentado en virtud del principio de la primacía de la realidad. ----------

--- Por eso, 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). ----------

--- Dicho de otro modo, el imperio de la realidad se traduce en el relativo valor de la prueba documental frente a la testimonial.----------

--- A su vez, las expresiones vertidas al intentar restarle fuerza de convicción a la declaraciones prestadas por los testigos M. y L. (fs. 329 y vta.), ya fueron objeto de tratamiento al punto 4.1. que antecede, por lo que ante la reiteración de su postura a los fundamentos allí brindados me remito. ----------

--- Por tales consideraciones se rechaza el agravio. ----------

--- 4.3. Tocante a que la intimación de la actora por la cual reclamó horas extras se produjo meses después del despido, cabe considerar que con ello no asume el apelante el razonamiento expuesto por el fallo de primera instancia al señalar: ***descarto que***

pueda interpretarse como presunción en contra de la trabajadora el hecho de que las reclame recién al concluir la relación laboral. En efecto, no sólo se opone a tal interpretación principios básicos del derecho del trabajo (art. 58 L.C.T.), sino que es lógico pensar que en el desarrollo de la relación laboral resulte particularmente incómodo para el trabajador un reclamo de tales características.----------

--- Siguió así el criterio por el cual el silencio del trabajador y falta de reclamo durante la vigencia de la relación laboral no cabe ser interpretado como admisión toda vez que no se admiten presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho derivado de su silencio (art. 58 de la L.C.T.), pues la clara directriz fijada por esa norma impide que se valore como presunción en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo (CNTrab., sala II, abril 29-994, DT. 1994-B, 2128). ----------

--- Conclusión a la que se arriba como consecuencia del principio protectorio que en diversas normas suple la insuficiencia del dependiente para autoprotegerse ante la situación de desigualdad en que se encuentra el trabajador, toda vez que es el empleador el que fija las pautas del contrato y de la relación de trabajo.----------

--- Es criterio de esta sala “B”, entre otros pronunciamientos en c. 53/08, S.D.L. 15/2009. ----------

--- De tal modo, las manifestaciones vertidas sólo denotan el particular punto de vista del quejoso al desarrollar en forma paralela un análisis propio para arribar a una personal conclusión, sin hacerse cargo de las razones brindadas por el sentenciante a fs. 318 (p. III), por lo que no hay agravio que atender.----------

--- En ese direccionamiento, si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto (Morello, Sosa, y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, pág. 371, y cita de fallos). --------

--- En consecuencia, el apelante en este tramo de la queja incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 265 y 266 del C.P.C.C.). ----------

--- 5. Disiente el apelante con el fallo en crisis en lo que hace a que el distracto fue incorrecto y que no existió abandono de trabajo. Estima que la sentencia violó el principio de congruencia en atención a los hechos invocados en demanda que debió probar la actora.----------

--- 5.1. Respecto del principio de congruencia destaco que el art. 163, inciso 6º, del C.P.C.C. establece que la decisión debe ajustarse a las pretensiones deducidas en juicio, y la pretensión procesal está compuesta por una serie de elementos que, con su

reunión, determinan el contenido sustancial de la figura. En lo fundamental, tales elementos son ya conocidos, pues, aparte de haberse hecho reiteradas alusiones a ellos, son los mismos de toda la institución procesal, es decir, sujetos, objeto y actividad (Guasp, Jaime “Derecho Procesal Civil”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, Tomo Primero, pág. 224). ----------

--- Despejado el primer elemento ya que alude a los sujetos que en ellos intervienen, el segundo, objeto, permite distinguir entre objeto inmediato, sentencia de condena, y objeto mediato, suma de dinero reclamada. A su vez, el tercer elemento, la indicación de la actividad en que la pretensión se traduce, se denomina fundamento, título o causa de pedir. Son los hechos en que se apoya. Se trata de la alegación fáctica de introducción.----------

--- Así, la pretensión es concreta y el pretensor aspira a algo, y por ello la pretensión procesal es una declaración de voluntad en cuyo mérito se solicita una actuación del órgano jurisdiccional en miras a la satisfacción de un interés concreto (Peyrano, Jorge W., “El proceso atípico”, Editorial Universidad, 1993, pág. 218).----------

----Y con referencia al objeto y título de pedir de la pretensión, puede señalarse que tal objeto cabe denominarlo bien de la vida. El bien de la vida afectado por la pretensión procesal, y envuelto, en consecuencia, en un litigio, es, por esta misma circunstancia, *el bien litigioso* sin más. Lo indispensable es, tan sólo contar con un principio de determinación suficiente del objeto reclamado. De otro lado, la pretensión procesal ha de encerrar la indicación de la actividad en que ella se traduce. Esta actividad consiste esencialmente en una petición jurídicamente significativa, es decir, una reclamación de algo, que se pide porque el pretendiente afirma su coincidencia con el ordenamiento jurídico. Tiene que haber en toda pretensión procesal la formulación de una exigencia que se sostiene como fundada en derecho. Este elemento, que, según la tesis del que produce la pretensión, viene a justificarla jurídicamente es el que se denomina *fundamento, título o causa de pedir* : *causa petendi* de la misma, y constituye el tercero y último ingrediente básico de la figura estudiada. El fundamento de la pretensión procesal no es su motivación, invocada o no, sino *los acaecimientos de la vida en que se apoya*, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de realidad al que la pretensión se refiere. El fundamento de la pretensión no es lo que permite al Juez, caso de ser cierto, pronunciarse a favor de la pretensión, sino lo que permite al Juez conocer qué ámbito particular de la vida es el que la pretensión trata de asignarse. Por ello, la invocación del fundamento no opera como justificante, sino como determinante de la pretensión misma, tal como ahora se estudia. … la petición que comprende la pretensión procesal tiene que ir apoyada en la invocación de tales acaecimientos, los cuales se pueden denominar fundamentos de la misma, siempre que se tenga presente el sentido en que fundan la pretensión procesal: no como cimientos en que se basa, sino como muros que la delimitan (Guasp, obra y tomo citado, págs. 225/227). ----------

--- La causa, fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica. Tal invocación no actúa, en rigor como razón justificante de la pretensión, sino que tiene por objeto particularizarla o delimitarla, suministrando al juez el concreto sector de la realidad dentro del cual debe juzgar en el caso. El juez, en efecto, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es inmanente a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (*iura novit curia*). No es por lo tanto la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1967, T. I, pág. 397).----------

--- De tal modo, frente a la pretensión introducida por la actora cuyo fundamento consiste en la alegación fáctica de introducción (cobro de una suma de dinero por los rubros reclamados en la liquidación de fs. 55 y vta.), el demandado no formula pretensión alguna sino que se opone a la deducida por el actor, salvo que medie demanda reconvencional. Y desde que el contenido de la alegación comprende dos categorías, una referida a los datos de hecho y otra, los datos de derecho, ello significa que la invocación de la norma a aplicar nada tiene que ver con la pretensión. Se trata de una alegación jurídica, esto es, cual es a criterio de la parte el derecho a aplicar según su invocación. Y la tarea de subsumir la norma, o sea la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, es tarea del juez conforme al principio *iura novit curia*. ----------

--- Por ello, dentro del marco de la pretensión deducida por la accionante (objeto inmediato y mediato: sentencia de condena y cobro de una suma de dinero) el sentenciante calificó la norma a aplicar adoptando una decisión válida en ejercicio del deber impuesto por la regla *iura novit curia* (art. 163:6 del C.P.C.C.).----------

--- El contenido de la alegación lo constituyen, evidentemente, dado el concepto de este acto, aquellos datos lógicos que la parte lleva al proceso para proporcionar al Juez los instrumentos en que ha de basar su sentencia. Se sabe ya que este material lógico, que integra el contenido de la alegación, pertenece a dos grandes categorías: datos de hecho y datos de derecho. a) Datos de hecho son aquellos que consisten en la invocación de un acaecimiento natural o fáctico, que sirve a la parte para argumentar su posición procesal. b) Datos de derecho son, por el contrario, los constituidos por la invocación de normas jurídicas, es decir, de preceptos de derecho en que basa la parte las peticiones que produce ante el Juez. Esta diferenciación, dentro del contenido de las alegaciones procesales, reviste una gran importancia por el distinto papel que asumen, con respecto a cada uno de los elementos señalados, el Juez y las partes. Dentro del rigor del estricto principio dispositivo, el Juez no podrá aportar datos de hecho. Pero, en

cambio, ningún inconveniente existe, y legal y teóricamente se admite, que, con respecto a las normas de derecho, el Juzgador pueda desempeñar un papel activo, es decir, utilizar como instrumento de su fallo, en cuanto motivación jurídica, preceptos que ninguna de las partes haya invocado o que hayan sido manejados errónea o defectuosamente por las mismas: *iura novit curia* (Guasp, obra y tomo citado, págs. 319/320) (el subrayado me pertenece).----------

--- Conforme al principio *iura novit curia* el juez ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. III, pág. 420, y cita de fallos). ----------

--- El *iura novit curia* consiste en que los jueces letrados aplican el derecho que se adapta a las peticiones efectuadas por las partes, aunque éstas denominen o califiquen mal el derecho y se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez a quien corresponde calificar la esencia del pleito y aplicar la norma jurídica pertinente. Con arreglo a tales pautas, la calificación de la acción y la determinación de la norma o derecho aplicable es materia reservada al juez -*iura novit curia*-, quien puede y debe corregir cualquier error de las partes en punto a esta calificación o aplicar un precepto distinto al invocado. Conforme a la regla “iura novit curia” los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Surge así como misión que alcanza el nivel de deber, la de aplicar el derecho objetivo con independencia del invocado por las partes. Es decir, que si el tema planteado remite a consideraciones de orden jurídico inherentes al derecho vigente, su aplicación es deber irrenunciable de los jueces, careciendo de efectos vinculatorios la fundamentación jurídica argüida por los justiciables (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1984 y 1986, T. II-A, págs. 613/614, y T. II-C, págs. 73/74, y citas de pronunciamientos, respectivamente).----------

--- Con tales alcances, no advierto que el fallo de la anterior instancia violara el principio de congruencia. ----------

--- Por lo demás, evidente resulta que la actora alegó que en varias oportunidades intentó la entrega del certificado médico que justificaba sus inasistencias y que su empleador a pesar de tener conocimiento de tal extremo se negó a recibirlo (p. III, fs. 49 y vta.), y sobre el particular no es cierto que el sentenciante no se pronunciara al respecto pues claramente señaló a fs. 319 que hubiera sido mucho más efectivo que la actora en lugar de constituirse ante la autoridad administrativa hubiese procedido a contestar la intimación telegráfica por el mismo medio. ----------

--- Por tales fundamentos, se desestima esa porción del agravio.----------

--- 5.2. Sostiene el apelante que no se probó que la actora concurriera en varias oportunidades al lugar de trabajo a llevar el certificado médico, y que de esa forma existía una voluntad clara de no hacer abandono de trabajo. Agrega también que no se acreditó la negativa del empleador en recibir el certificado médico, que R. es la única testigo que ratifica la postura de la demanda ya que L. no ratifica esa declaración, por lo que considera equivocado el criterio de la juez de grado. Agrega que consignó el certificado recién nueve días después. Por ello entiende que la actora no cumplió con la carga del art. 201 de la LCT (sic) y tampoco respondió a la intimación de que justifique la inasistencia. Finaliza señalando que su parte cumplimentó con todos los recaudos que hacen a la procedencia del despido, que existió una inequívoca intención del trabajador de poner fin a la relación, y que la actora no cuestionó el despido por abandono de trabajo. ----------

--- Al respecto, precisaré que la justificación de la causal de despido, sea directo decidido por la empleadora, sea indirecto dispuesto por el trabajador, corresponde a quien produce la extinción del vínculo, conforme al art. 377 del C.P.C.C. de aplicación en virtud de la remisión dispuesta por el art. 76 de la ley 69 (esta Cámara, en su composición de Sala única, c. 11.702, S.D.L. 115/95; y c.12.172, S.D.L. 02/97, entre otros pronunciamientos). ----------

--- Dicho de otro modo, quien alega un hecho como justa causa de despido, debe probarlo. Con arreglo a lo dispuesto por el art. 377 del Cód. Procesal incumbe a quien lo invoca la prueba del hecho contemporáneo que diera lugar al despido (Fernández Madrid, Juan Carlos, ob. cit., 2001, T. II, par. 15.6.4., pág. 1726). ----------

--- Y desde que el empleador decidió el despido directo de la trabajadora es la parte que debe justificar la causal invocada de abandono de trabajo (ver carta documento, fs. 7), por lo que bien ponderó el juzgador a fs. 318 vta. que ***claro resulta que la prueba del abandono de trabajo dispuesto, correspondía a quien lo invoca (art. 377 C.P.C.C.)***.

--- En ese contexto, para que se configure la causal de abandono de trabajo en los términos del art. 244 de la L.C.T. no basta con que el empleador curse intimación sino que debe cumplirse con un elemento subjetivo, esto es, que la trabajadora evidencie su falta de ánimo de reintegrarse a sus tareas.----------

--- Así, es necesario, además de la previa intimación al trabajador, que quede evidenciado su propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna, y la nota que lo caracteriza es en principio y generalmente, el silencio del dependiente (SC Buenos Aires, noviembre 8-994, “Aranda, Rodolo A. c. Ostrovsky, Marcos”, TySS 1996-40). ---------- -

--- Sin embargo, en este último aspecto no se puede sostener que el silencio del operario pueda tener el efecto de acreditar que éste ha incurrido en ausencia a su empleo. Especialmente si se tiene en cuenta que el art. 58, LCT, expresamente establece que no se admitirán presunciones en contra del trabajador, ni derivadas de la ley o de los convenios colectivos que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o cualquier otro

derecho derivados del silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en tal sentido. Por ello, la circunstancia de que el accionante no haya respondido -en tiempo- a la intimación patronal, no puede constituir por sí sola la prueba de que incurrió en abandono de trabajo, prueba que, como señalé, pesaba sobre la principal (CNTrab., sala 10ª, 24/9/2001, “Díaz Cilenio v. Rossini, Esther”). Por eso, para que se configure como causal específica del despido el abandono de trabajo, que contempla el art. 244 L.C.T., es necesario determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas, porque no toda ausencia refleja la existencia de ese elemento objetivo (CNTrab., sala 3ª., 30/06/1997, “Pereyra de Ledesma, Agustina v. Better Clearing S.A.”; sala 10ª, 27/12/2001, “Millán, María T. V. Arcor S.A.”) (citados en “Manual de Jurisprudencia de derecho del trabajo y la seguridad social”, supervisado por Julio Armando Grisolía, Lexis Nexis Argentina, 2006, fallos nos. 1997 y 1998, pág. 353). ---------

--- Desde esta última perspectiva, para que la conducta del empleado pueda encuadrarse en la noción de abandono de trabajo, es necesaria la existencia de un comportamiento concluyente en tal sentido, una cierta duración y continuidad en el tiempo y una ausencia culpable (CNTrab., sala I, 28/11/2000, “Rodríguez, Rosa c. Ajuza S.A.”, DT. 2001-A, 984). ----------

--- Y en ese encuadre también cabe precisar que en forma reiterada esta Cámara ha sostenido como principio general que la valoración de los hechos calificados como injuriosos, a los fines de la extinción del contrato de trabajo, queda sujeta a la prudente apreciación de los jueces, conforme a la facultad otorgada por el último párrafo del art. 242 de la L.C.T. (Meilij, ob. cit., 1981, T. II, n° 1845, pág. 462; Etala, “Contrato de trabajo”, Astrea, 2000, par. 3, pág. 559). ----------

--- La valoración de la importancia y de la aptitud de la injuria para disolver el vínculo debe ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en cuenta las modalidades de la relación y las circunstancias personales que se dan en cada caso (Fernández Madrid, ob. cit., T. II, par. 15.6.3., pág. 1724). ----------

--- Es que, su filosofía entronca con el principio de conservación del contrato que la ley intenta preservar y por ello insiste la norma con otras sabias pautas: a) la *valoración* debe ser hecha *prudencialmente por los jueces*, quienes a ese efecto ponderarán, b) el *carácter de las relaciones*, y c) las *modalidades y circunstancias personales* de cada caso. Recién luego de este análisis, efectuado por el juzgador, se estimará si procede considerar justa la causa invocada (Sardegna, Miguel Ángel, “Ley de contrato de trabajo”, Editorial Universidad, 1999, pág. 750).----------

--- En ese contexto, la juez de grado tuvo en consideración particularmente que ***no hay elementos objetivos que permitan sostener que hubo de parte de la demandante una actitud deliberada o propósito de no retornar a su trabajo***.----------

--- Esto es, el eje central de su razonamiento radicó en la falta del elemento subjetivo y a ese respecto consideró que el empleador no acreditó que el comportamiento de la trabajadora se tradujera en un propósito deliberado de no reintegrarse a sus tareas. -----

--- Para ello ponderó que se encuentra acreditada la existencia de la dolencia con los certificados médicos expedidos los días 23 y 29 de agosto de 2005 y que fueran reconocidos por el médico firmante (copias de fs. 220 y 222 y contestación de fs. 223), como también su clara intención de conservar su puesto de trabajo al constituirse ante la Subsecretaría de Trabajo y proceder al depósito del certificado médico (actuaciones en copia, fs. 168/172).----------

--- También que con la documentación obrante en el legajo agregado por el empleador en su escrito de contestación (ver reserva de fs. 165) se corrobora los dichos de R. en cuanto a que la enfermedad de la trabajadora ya se había presentado con anterioridad (certificado médico del Dr. F. A. del 01/04/2005 que reservado en este acto se tiene a la vista), y que por tanto de tal situación tenía conocimiento la patronal. ----------

--- Y a su vez, vinculó los dichos de R. con la declaración de L. cuando se expresa acerca de la enfermedad de la actora y en particular en lo que se refiere a que a veces se le aceptaba los certificados médicos y en otras no (respuesta a la 10ª y 11ª pregunta, fs. 282 vta.).----------

--- Por ello, desde que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del C.P.C.C., puesto 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, obra y tomo citado, pág. 357), de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 386 del C.P.C.C., remisión del art. 45 de la ley 69) y conforme a la facultad de apreciación conferida por el art. 242 de la L.C.T., considero que con la prueba rendida en la causa se encuentra ausente el elemento subjetivo requerido para configurar la causal de abandono de trabajo en los términos previstos por el art. 244 del citado ordenamiento.---

--- Tales consideraciones permiten señalar que la falta de cuestionamiento del despido (p. 9, fs. 333) ninguna trascendencia tiene, máxime si se considera el alcance del art. 58 de la L.C.T.----------

--- Por tales razones se desestima la queja.----------

--- 6. Finalmente formula queja la parte demandada ya que el juez de grado hizo lugar a la indemnización prevista por la ley 25.972. Invoca que de los formularios 931 acompañados se acredita un aumento de la plantilla de empleados, por lo que considera de aplicación el decreto 2639/02.----------

--- Al respecto, los citados formularios que lucen a fs. 140/141 es prueba documental insuficiente ya que la misma es el resultado de una elaboración unilateral del empleador en la que ninguna intervención tiene el trabajador.----------

--- Le cabe entonces las mismas consideraciones que se efectúan respecto del Libro Especial previsto por el art. 52 de la L.C.T.----------

--- En tal sentido, el valor probatorio de los libros de la empresa debe apreciarse con criterio más restrictivo cuando sus constancias se esgrimen en contra del trabajador. No sirven como medio de prueba fehaciente y convictiva, ya que, en definitiva, para la empleadora sería prevalerse de un medio probatorio que ella misma ha elaborado, sin posibilidad de fiscalización cierta por su oponente o por el tribunal (Meilij, ob. cit., T. I, pág. 234, acápite nº 492 y cita nº 467). ----------

--- Se trata de una probanza unilateral que se sustrae a toda posibilidad de contralor por la otra parte y a la posibilidad de constitución por ésta de una contraprueba equivalente, como en el caso de los asientos en libros entre comerciantes (López, Centeno y Fernández Madrid, “Ley de contrato de trabajo comentada”, Ediciones Contabilidad Moderna, 1977, T. I, pág. 332). ----------

--- Por tales consideraciones, la prueba idónea era la pericial contable que no fuera ofrecida por la demanda. ----------

--- Es criterio de esta sala “B”, c. 188/08, S.D.L. 25/2009. ----------

--- Por ello se desestima el agravio. ----------

--- 7. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada al apelante vencido, 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 Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados de las partes actora y demandada, en ambos casos en forma conjunta, en un 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas para los emolumentos de primera instancia (arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. pertinente. ----------

--- 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 en todo cuanto ha sido materia de agravios. II) Con costas en la Alzada a la demandada apelante, regulándose los honorarios profesionales de los letrados apoderados de la demandada, Dres. G. C. y P. G., en conjunto, en un 25%, y los de los letrados apoderada y patrocinante de la actora, Dres. M. A. y F. A., en conjunto, en un 30%, en ambos casos sobre el monto establecido en primera instancia y 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 haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. 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 el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas en la Alzada a la demandada apelante, regulándose los honorarios profesionales de los letrados apoderados de la demandada, Dres. G. C. y P. G., en conjunto, en un 25%, y los de los letrados apoderada y patrocinante de la actora, Dres. M. A. y F. A., en conjunto, en un 30%, en ambos casos sobre el monto establecido en primera instancia y con adición del I.V.A. correspondiente.----------

---

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

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2009 – SDL – CONSTE.-

cg

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA