000474/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. López Mesa y Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S., E. M. c/ F., R. H. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 474 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 193.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo:----------

--- Que a fs. 3/7 vta., se presentan los Dres. P. A. S. y L. C. B. en nombre y representación de E. M. S. interponiendo demanda laboral contra R. H. F. por el cobro de la suma de PESOS DIECISIETE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 17.798,86) con más intereses y costas.----------

--- Relatan que la actora comenzó a trabajar en la heladería “R.” el 31 de julio de 2006, siendo registrada por su empleador recién a partir del 1º de diciembre de ese año. Que desde el ingreso cumplió funciones en la fábrica de helados, aunque ocasionalmente durante los meses de verano también atendió al público en el local céntrico de su empleador. Que tuvo a su cargo el proceso completo de elaboración de helados, que por las características de la actividad, de noviembre a febrero de cada año se desempeñó de lunes a sábados 10 horas continuas diarias, y de marzo a octubre – época de menor comercialización – de lunes a viernes de 13 a 16 horas. Que resultó aplicable al contrato de trabajo el CCT 389/08 Gastronómicos, con la calificación de “Maestro Heladero” del nivel 6 correspondiente a establecimiento categoría III (apartado 9.1. del CCT). Que jamás le abonaron la categoría ni adicionales que convencionalmente le correspondías, estando mal registrada en los recibos como moza de mostrador. Que durante las épocas de mayor trabajo le abonaban –además de las sumas que figuran en los recibos de haberes- $ 400 sin registro de ninguna naturaleza, y contra la firma de recibos comunes. Indican que importes debían liquidársele, y que omitieron abonarle el sueldo del mes de marzo de 2008, lo que generó el reclamo de la empleada. Expresan que a mediados del mes de abril, y al intentar ingresar al lugar de trabajo con las llaves de la fábrica que desde el inicio del contrato estuvieron en su poder, notó con sorpresa que habían cambiado la cerradura de la puerta de acceso, que ante esta situación la Sra. S. envió el 19/04/08 un telegrama considerándose despedida por no poder ingresar al lugar de tareas. Por su parte, el empleador el 24/04/08 la intimó a que justifique inasistencias desde el 11/04/08 y retome tareas en la empresa bajo apercibimiento de considerarla incursa en abandono de trabajo. Que el 24/04/08 la empleada negó haber faltado al trabajo y coincidiendo las partes en ese

momento en la continuidad de la relación laboral, intimó al Sr. F. que, ante el cambio de cerradura, aclare su situación laboral y le abone diferencias de haberes desde su ingreso como elaboradora y encargada de la fábrica de helados y registre según su real categoría, fecha de ingreso y jornada de trabajo cumplida, bajo apercibimiento de considerarse despedida y haciendo reserva de presentarse a trabajar hasta tanto se cumpla con las obligaciones patronales. Que no habiendo obtenido respuesta, se consideró despedida en los términos de los arts. 242 y 246 de la LCT., reclamando los conceptos que consideraba adeudados. Practican liquidación, ofrecen pruebas, y finalizan con el petitorio de estilo. ----------

--- Que corrido traslado a fs. 10 de la demanda, a fs. 14/19 vta., se presenta el Sr. R. H. F. por derecho propio, con el patrocinio letrado de la Dra. M. C. contestando la demanda.---------- ----------

--- Luego de la negativa puntual de las afirmaciones efectuadas por la actora, manifiesta era cierto que la actora pesaba la materia prima a utilizar, para luego incorporarla a la máquina elaboradora, que mediante programas preestablecidos procesa la materia prima hasta obtener la crema que luego es convertida en helado, que su accionar estuvo siempre limitado a la ejecución de las instrucciones que le impartía el demandado, quien cumplía la función de “maestro heladero”, y de quien era mera asistente, que jamás, y lo confirman sus antecedentes laborales, se había desempeñado con anterioridad en ningún local de venta o fabricación de helados, que no registraba cursos de capacitación en la materia y carecía completamente del conocimiento específico que dicha categoría laboral implica. Que el día jueves 10 de abril fue el último día que la actora se presentó a trabajar, que frente a sus inasistencia y sumado al hecho que por problemas de seguridad se vio obligada a cambiar la cerradura de la fábrica intentado en varias oportunidades contactarse con la actora por tal motivo, no habiendo recibido jamás respuesta a sus llamadas. Que en cambio la actora remitió telegrama considerándose despedida. Que en tres oportunidades la actora se negó a responder los llamados del oficial de correo, obligando a la devolución de la carta documento sin notificar, en la que ponía a su disposición la liquidación final. Que la relación laboral con la actora fue interrumpida por su exclusiva culpa, al haber abandonado abruptamente y sin ninguna explicación su puesto de trabajo, no demostrando el menor interés en reincorporarse a sus tareas laborales, ni brindando explicaciones por sus ausencias. Ofrece prueba, y solicita el rechazo de la demanda con costas. ----------

--- Que a fs. 22 se abrió la causa a prueba, clausurándose a fs. 154 y ampliatorio de fs. 169, la etapa probatoria, no habiendo presentado alegato ninguna de las partes.----------

--- Que a fs. 172 quedaron los autos en estado de dictar sentencia, dictándose la sentencia de grado a fs. 173/175 vta.---------- -----

--- Que en la sentencia de grado el Sr. Juez hizo lugar parcialmente a la demanda, entablada por E. M. S. en contra de R. H. F., condenando a éste a que en el término de

DIEZ (10) DIAS abone a la accionante la cantidad de PESOS SEISCIENTOS ONCE CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 611,94) , con más los intereses fijados en el considerando respectivo.---------- ----------

--- Que en abono de su decisorio en primer lugar hizo el aquo un análisis del intercambio epistolar entre las partes y la actitud asumida por la actora en relación a la pieza postal del 02/05/08 en la que el empleador da por extinguido el contrato de trabajo ante el abandono de trabajo en el que incurrió S., que dicha pieza intentó ser entregada en tres oportunidades, lo que no fue posible por no responder el remitente, tal como surge de las constancias de fs. 23 vta., y del posterior informe de O. obrante a fs. 94. Expresa que el empleador cumplió en notificar en el domicilio de la trabajadora, dejando la empresa postal sendos avisos de las visitas, sin que la actora haya arbitrado los medios para proceder a su retiro, carga que imponía el deber de buena fe (art. 63 L.C.T.).----------

--- Sostuvo que las alegaciones de la actora en relación a la categoría laboral cumplida (elaboradora y encargada de la fábrica de helados), carga horaria y real fecha de ingreso, no pudieron se acreditadas fehacientemente en la etapa probatoria ni con los testigos, ni con la documental aportada, lo que la lleva a concluir que la actitud de la trabajadora fue contraria a la de procurar mantener vigente la relación de empleo que la uniera a F., no siendo merecedora de los rubros por diferencias salariales y derivados del despido incausado que reclama, que no ha probado los incumplimientos que pone en cabeza de su empleador. Que por ello únicamente progresa la acción por el mes de marzo de 2008, cuyo pago no probó F. y los rubros correspondientes la liquidación final.

------Señaló que en atención a la jornada reducida cumplida por la actora, toma para realizar los cálculos como mejor remuneración la de enero de 2008 ($ 409,79), adeudándosele en consecuencia por el mes de marzo $ 409,79, SCA proporcional 2008 $ 136,59, Vacaciones proporcionales 2008 (4 días) $ 65,56; los que ascienden a un total de $ 611,94. ----------

--- Concluyó el magistrado imponiendo las costas por la porción de demanda que progresa a cargo del accionado, y por la porción de demanda que resultó desestimada a cargo de la actora, regulando los honorarios de los letrados intervinientes en sumas determinadas, teniendo en cuenta para ello el mínimo arancelario con más el IVA pertinente, conforme las pautas establecidas en la referida Ley Arancelaria.----------

--- Que fs. 177 dicha sentencia fue apelada por la parte actora, quien concedido el recurso a fs. 178, expresó agravios a fs. 181/186. ----------

--- El apelante se agravia de la apreciación de prueba efectuada por el a quo, la que considera que contiene errores jurídicos, lógicos, de valoración, y carece de claridad suficiente. Alega que no está claro en la sentencia el momento del distracto por el que se inclinó el juez, que sería incorrecto que fuera con la carta de la trabajadora del día 19/04/08 porque tras ella fue retractada por acuerdo tácito el despido indirecto allí notificado (ambas partes continuaron intimando la normalización del contrato que

consideraban subsistente en las cartas del 22/04/08 y 24/04/08). Afirma que su mandante intimó el 24/04/08 que le aclare su situación laboral por haber encontrado la puerta de la fábrica con la cerradura cambiada y que le pague el sueldo completo de marzo de 2008 no abonado hasta ese momento, como asimismo intimó otra serie de reclamos salariales y de corrección en los registros de la empresa. Que en la intimación de la fecha referida hizo reserva de presentarse a sus tareas diarias hasta tanto el empleador cumpla con las obligaciones a su cargo, lo que éste último nunca hizo, como tampoco nunca pagó el sueldo del mes de marzo de 2008. Que por lo tanto no estaba la trabajadora incumpliendo desde el 24/04/08 en adelante con su débito de concurrir, ya que en la intimación había hecho reserva expresa y previa de presentarse hasta que se cumpliera con las obligaciones a cargo de la empresa y era aplicable el art. 1201 del Código Civil. Señala que el juzgador no advirtió que desde el 19/04/08 la trabajadora daba cuenta en sus comunicaciones de no poder ingresar a trabajar por cambio de cerradura y fue un hecho cierto y plenamente reconocido (ver última posición contestada del demandado), por lo tanto no es lógico que el a quo considere que las inasistencias se debieron a la reticencia de la actora. Que solo la falta de pago del sueldo de marzo de 2008 reflejado en la sentencia dictada y firme respecto de la contraria alcanza y sobra para desechar cualquier posibilidad de que se considere abandono de trabajo o inasistencias injuriosas como distinguió el juez. ----------

--- Se agravia también de que el juez distinguiera en la empleada mala fe, por no haber permanecido en el domicilio en el momento en que el correo O. concurrió a dejar la comunicación de despido, sostiene que no existe norma alguna que obligue a la empleada al retiro de la pieza en un plazo determinado, que el empleador violentó asimismo el principio de buena fe dado que no aclaró durante el intercambio postal porque había cambiado la cerradura mientras que intimaba el reintegro a las tareas en la fábrica sabiendo que a la empleada le sería imposible ingresar. ----------

--- Efectúa una crítica a la valoración de la prueba realizada por el a quo y especialmente de los testimonios, expresando que se agravia de que se entendiera como no acreditada la categoría invocada por la empleadora, cuestionando los dichos de F., y L., y valorando los de P. y S. S., afirmando que la categoría no era la de mozo de mostrador y que ello surge a todas luces, tanto de las declaraciones de S., como de L. y D. y de las mismas posiciones de la actora.---------- ----------

--- Se agravia además de lo referido a la fecha de ingreso, de que el juez omitiera valorar el testimonio rendido por M. I. D., y H. L., de que el juzgador no diera crédito ni analizara tan solo este testimonio veraz, claro y contundente. Aduce que surge de autos un desempeño sin registro tal vez no desde la fecha invocada pero si con anterioridad a que el empresario diera el alta correspondiente y eso no se encuentra registrado en los libros de la empresa que fueron impugnados por ese motivo al evacuarse el traslado correspondiente de fs. 20, por lo cual debió hacerse efectivo el apercibimiento previsto en los arts. 55 LCT y 42 de la Ley 69. ----------

--- Se agravia también respecto del análisis que considera equivocado, que efectuó con relación al horario realmente cumplido que dijo no hallarse acreditado. Afirma que el primer error fue que para el juez todas las diferencias de sueldo pasarían por las vinculadas a una mayor carga horaria, Que en el telegrama del 24/04/08 como luego en el telegrama del 15/05/08 y en la demanda, los reclamos fueron distinguidos como diferencias en el básico por un horario mayor y categoría pero también diferencias en los adicionales del CCT remunerativos y no remunerativos. .Que en lo que respecta a las diferencias de sueldo en los adicionales fijados para todos los trabajadores del CCT aplicable (asistencia, zona, alimentación), no ha advertido el a quo a pesar de contar con las escalas salariales en su poder que aún considerando la falsa y absurda prestación de dos horas diarias con que se registra el contrato con la actora, existían diferencias salariales en este caso. Efectúa un cuestionamiento en relación a los adicionales no remunerativos, concluyendo que cualquiera sea la modalidad en el contrato entre las partes el mínimo de horas y el mínimo de sueldo era de 4 horas diarias, más allá que por buena fe y porque era la situación real que se dio durante esta vinculación reconoció su parte en cierto período una prestación menor, pero que no es a cargo exclusivo de la actora demostrar la extensión de la jornada por debajo del mínimo de las horas garantizadas. Que en este aspecto tampoco se analizó las declaraciones de los testigos S. S., P. y D..----------

--- Por último se agravia que el magistrado omitiera resolver en cuanto al certificado de trabajo del art. 80 LCT y las constancias de que el empleador cumpliera con el ingreso de los obligatorios aportes a favor de su empleada, instrumentos cuya entrega fue intimada por S. vía postal en el mes de mayo de 2008 como está acreditado y fuera peticionado en el escrito inicial. ----------

--- Finalmente solicita se revoque parcialmente el fallo en lo que es materia de agravios, haciendo lugar al total reclamado por diferencias de sueldo e indemnizaciones derivadas del despido detalladas en el apartado de la liquidación practicada en el escrito de demanda, con costas. ----------

--- Corrido traslado a la contraria a fs. 187, ésta contestó a fs. 188/190.----------

--- Por su parte la demandada afirma que el fallo atacado no sólo identifica con exactitud la fecha en tuvo lugar el distracto, sino que explica suficientemente los motivos que lo provocaron que fueron la mala fe de la actora y su indiscutible interés provocar la finalización de la relación laboral. Que es extemporáneo el intento de introducir en esta instancia la excepción de incumplimiento de contrato (art. 1202 C.C.) que jamás se intimó en esos términos durante el intercambio epistolar, ni constituyó un punto de análisis en el curso de este proceso. Que en relación a la categoría reclamada la actora no revestía calificación suficiente para encontrarse contemplada en la categoría pretendida, que no pudo acreditar que trabajara sola en las instalaciones., y que los testimonios rendidos para acreditar le fecha de ingreso resultan de dudosa veracidad, como no son convincentes tampoco en relación a los diferentes horarios,

por cuanto no surge de las planillas de asistencia que no cumplía necesariamente la trabajadora un horario laboral fijo. Finaliza solicitando se confirme la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente.----------

--- Ingresando al tratamiento de los aspectos traídos a revisión de esta Sala en los agravios, cabe afirmar en primer lugar que, contrariamente a lo afirmado por el apelante en el primer agravio, está perfectamente claro en la sentencia de grado el momento del distracto por el que se inclinó el juez. Concretamente, a fs. 174 primer pàrrafo se lee textualmente que “debiendo… tener como fecha de extinción de la relación laboral el 2/5/08 pues el empleador cumplió en notificar en el domicilio de la trabajadora, dejando la empresa postal sendos avisos de las visitas, sin que la actor haya arbitrado los medios para proceder a su retiro…”. ----------

--- Es decir, que no solo está claro cuál es la fecha de extinción del vínculo considerada por el juez, sino que también dejó el mismo claro por qué consideraba esa fecha y no otra. Ergo, el primer agravio no puede tener acogida, al contraponerse frontalmente con las constancias de autos. Ello torna abstracta la consideración de diversas alegaciones del apelante respecto de la fecha probable del despido, las que carecen de incidencia en la suerte de la litis, dado que se encuentra clara en la sentencia apelada cuál fue la fecha del despido considerada por el juez, con lo que quedan en falsete diversas conjeturas del recurrente. ----------

--- Cabe analizar seguidamente el segundo argumento del apelante, relativo a que dado que en la intimación postal de la empleada del 24/04/08 se hizo reserva de presentarse a sus tareas diarias hasta tanto el empleador cumpla con las obligaciones a su cargo, no estaba la trabajadora incumpliendo desde el 24/04/08 en adelante su débito de concurrir, ya que en la intimación había hecho reserva expresa y previa de no presentarse hasta que se cumpliera con las obligaciones a cargo de la empresa y era aplicable el art. 1201 del Código Civil. ----------

--- En relación a dicho agravio es dable hacer algunas precisiones: 1) la actora en su comunicación fehaciente no introdujo la excepción de incumplimiento contractual que menta el apelante y que encuadra en el art. 1201 del Código Civil. Ella se limitó a hacer una reserva: la de no presentarse a trabajar hasta que se diera satisfacción a sus reclamos. El caso es que no cabe equiparar la excepción de incumplimiento contractual con la reserva que la actora hiciera en su misiva. Ontológica y conceptualmente no son lo mismo y sus efectos jurídicos son distintos.----------

--- En fallos anteriores esta Sala ha dejado sentado que en derecho de las obligaciones, tanto civiles como laborales, los derechos no se reservan sino que se ejercen, salvo excepciones legalmente previstas como en el caso del art. 624 del Código Civil, por lo cual otras reservas –no contempladas por el ordenamiento- carecen de efectos (esta Sala, 2/7/09, SDC Nº 33/09 “P., P. E. c/ C., O. E. y otro s/ Demanda de Nulidad” Expte Nº 102- Año 2009 CANE), según mi voto). ----------

--- Y la reserva efectuada por la actora de autos no encuadra en norma alguna laboral que le otorgue el efecto de justificar las inasistencias de la trabajadora a su empleo, luego de darse ella por despedida prematuramente y después –de hecho- de retractar esa comunicación para formular otras incompatibles con ella, como la del 24 de Abril ya mencionada. Es decir que la mera reserva comunicada al empleador en la comunicación postal referida era insuficiente para justificar las inasistencias de la empleadora. Y no cabe confundir esta reserva con la excepción de incumplimiento, por lo que dicha excepción no fue introducida a autos a través de ella. Y como no fue introducida dicha excepción en la demanda (cfr. Fs. 3/7vta de autos), a tenor de lo dispuesto por el art. 277 CPCyC que veda a los jueces de alzada ingresar al análisis de aspectos no puestos a consideración del juzgador de instancia, dicha defensa no puede ser considerada en esta instancia, debiéndola tener por no introducida en tiempo y forma. ----------

--- En cuanto al agravio relativo a que solo la falta de pago del sueldo de marzo de 2008 alcanza y sobra para desechar cualquier posibilidad de que se considere abandono de trabajo o inasistencias injuriosas a la conducta de su asistida, tampoco puede ser acogida. ----------

--- Ello, por diversos motivos. El primero de ellos es la disposición rupturista del contrato de trabajo por parte de la actora, que ha quedado sobradamente probada en la causa, como por ejemplo, de su prematura e improcedente tentativa de considerarse despedida por el cambio de cerradura, de la que incluso ella desistió luego implícitamente, al enviar misivas posteriores incompatibles con ella. También se nota este afán rupturista del contrato, en violación del principio de conservación del mismo y de las obligaciones del buen empleado, en la actuación de la actora de autos con posterioridad al día 24 de abril en que reserva sus derechos en comunicación fehaciente. La actuación es dual: intima ella a su empleador, pero cuando es intimada se desentiende de las misivas recibidas y no las va a buscar. No se aprecia en su conducta la voluntad de quien desea mantener el contrato, sino la de aquél que ya ha decidido romperlo y busca fundamentos para justificar esa decisión previamente tomada.----------

--- Además de ello, no es correcta la afirmación de que la falta de pago del mes de sueldo indicado por el apelante constituía causal suficiente de despido. Esta Sala en pronunciamientos anteriores ha dejado sentado que la valoración de la injuria que justifica el despido debe realizarse teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad (esta Sala, 19/6/08, in re “F., R. D. c/ B., H. SRL y otros s/ Indem. de ley” (Expte. Nº 22.596 - Año 2008).----------

--- Y bien se ha decidido que si bien en principio, el atraso en el pago de las remuneraciones importa injuria a los intereses del trabajador, no necesariamente constituye justa causa que legitime el despido indirecto, ya que la valoración de la injuria invocada debe efectuarse teniendo en cuenta los parámetros que dan la

causalidad, proporcionalidad y oportunidad (C. Nac. Trab., sala 8ª, 30/5/91, “CONDONI, AGUSTÍN v. GLASS SERR S.A. s/ DESPIDO”, en AbeledoPerrot online). ----------

--- Y otros tribunales han expuesto sensatamente que la garantía constitucional de la "protección contra el despido arbitrario" requiere cierta proporcionalidad entre el resarcimiento y el ingreso del trabajador despedido, ya que una exagerada desproporción entre ambos valores no cumple los fines de protección contra el despido arbitrario previstos en el art. 14 bis CN. (C. Nac. Trab., sala 3ª, 13/04/2004 -Díaz, Edgardo V. v. Alenco S.A. y otros), JA sx2005-II-síntesis).----------

--- De tal modo, la exigencia de proporcionalidad entre las medidas que el acto involucre y los hechos acreditados trasunta la aplicación del principio de razonabilidad que es una garantía constitucional innominada, cuyo fundamento se encuentra en los arts. 28 y 33 CN. La falta de proporcionalidad es causal de invalidez, cuando existe un exceso entre lo que el acto decide y los hechos que los motivaron (C. Nac. Trab., sala 6ª, 10/4/02, “Contreras, Blanca v. Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, en AbeledoPerrot online). ----------

--- En el caso que nos ocupa, las acreencias que la accionante ha podido justificar a través de prueba convincente en autos no se corresponden con la pretensión de obtener la indemnización por despido que reclamara y, menos aún, en la forma en que se comportara a partir de la primera comunicación de despido fallida que remitiera a su empleador. La aguda, evidente, abrupta desproporción entre lo que se le adeudaba y la medida extrema que tomara de interrumpir el vínculo laborativo, hace ver que no es correcta la afirmación de su parte de que la acreencia que existía en su favor por sí sola justificaba el despido.----------

--- No cabe tampoco dejar de lado en este caso la pauta empleada por esta Sala para analizar las causales de despido invocadas por las partes, pauta que no es otra que la apreciación de la conducta de las partes durante y después del distracto. Como bien dice el art. 218 inc. 4 del Código de Comercio, pauta aplicable no sólo a los contratos comerciales sino a todos: *“Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato;…”.*----------

--- En la decisión de la causa "T., H. F. c/ A. S.R.L. y otros s/ dif. de hab. e indem. de ley" (SDL N° 43/09 del 30/06/09), esta Sala al decidir tuvo en cuenta que la claridad de la conducta del empleado en la ruptura del vínculo se contrapone una conducta sinuosa, reticente de su empleador, la que a tenor de lo dispuesto en la LCT habilita la consideración de la causal de despido invocada como correcta, temporánea, proporcionada y suficiente para legitimar la ruptura del vínculo laborativo por responsabilidad del patrono.----------

--- Aquí se da la situación inversa: la actuación del empleador demandado es lineal, abierta, correcta, mientras que la de la actora fue sinuosa, encubierta, displicente en cuanto a recoger las notificaciones de las que se le había avisado, intencionada en

romper el contrato. Esta clara conducta negativa de la actora no puede ser neutra al momento de analizar la causal de despido invocada, sino que colorea los dichos de la parte.----------

--- Entrando a analizar el siguiente agravio, que cuestionara la manifestación del a quo de que su parte no se había conducido de buena fe, al no concurrir a buscar la comunicación de despido, sostiene que no existe norma alguna que obligue a la empleada al retiro de la pieza en un plazo determinado. Conforme se vera seguidamente, el agravio es decididamente inacogible. ----------

--- Me explicaré. O. SA y las demás permisionarias privadas que prestan el servicio de comunicaciones fehacientes no han inventado un servicio por sí, cual si fueran un almacén que pone libremente a disposición de la comunidad diversos productos. Esas permisionarias, se han enmarcado dentro de la Resolución Nro. 3252/2004 de la Comisión Nacional de Comunicaciones, publicada en el Boletín Oficial Nro. 30.507, del 18/10/04. Y presentada su propuesta de prestación del servicio de comunicaciones fehacientes, le fue autorizado el mismo por nota CNC 245/2005, del 17/3/05, suscripta por el Ingeniero Ceferino A. Namuncurá, por entonces interventor de ese organismo.----

--- Con tal aprobación y autorización, O. SA quedó autorizada a prestar el servicio, siéndole aplicable a ella el régimen jurídico de tales comunicaciones fehacientes. Por otra parte, sin pretender ser capcioso, con el criterio del apelante, no existiría ninguna prestataria que pudiera prestar el servicio de comunicaciones fehacientes, ya que incluso C. A. SA es una persona jurídica de naturaleza privada, aún cuando la gestione el Estado luego de caducar la concesión particular que había sido concedida a su respecto. ----------

--- Esta Sala en anteriores ocasiones ha establecido que no procede convalidar que el apelante no se haga cargo de las consecuencias que en su caso tiene la recepción de dos avisos de comunicación fehaciente dejados por el correo a la actora, en los que se le informaba que había una pieza postal fehaciente dirigida a ella (cfr. mi voto, en sentencia de esta Sala del 29/7/09, in re "M., N. C. c/ B., P. N. y/o q´ rlte. resp. laboral del comercio Gustos s/ Indemnización de Ley" (Expte. 317 - Año 2009 CANE). ----------

--- Y puntualmente en un voto de mi autoría, en el caso “S. C/ T.” que hiciera acuerdo con el voto del Dr. Ferrari, se dejó sentado que una misiva rescisoria del vínculo laboral debe tenerse por recibida a mérito de la normativa vigente (Decreto N° 150/96 art. IV, reglamentario del servicio de telegrama y carta documento para los trabajadores dependientes, los jubilados y los pensionados previsto en la ley 23.789), cuando se dejan dos avisos al destinatario y éste no arbitra los medios para ir a retirar el envío postal. ----------

--- Agregué allí que cuando el destinatario de una cartadocumento al que se le deja aviso de ella no la retira, debe tenerse a tal comunicación por frustrada, por mala disposición o falta de colaboración de la destinataria, quien no concurrió a recibirla, cual era su deber hacer. ----------

--- Y dije luego que si bien es cierto que la notificación de la extinción del contrato se considera producida con la recepción de la comunicación, como consecuencia de que es un acto de naturaleza recepticia (Sup. Corte Bs. As., 12/4/94, “Ayale, Rodolfo v. Calzados Ferraro S.A.”, JA 1996-III, síntesis; C. Nac. Trab., sala 7ª, 9/12/99, “ADRIEL, Fernando v. TSOLOKIAN, Rubén S/ despido”, en AbeledoPerrot online); no lo es menos que la incuria de una parte no puede ser revertida sobre su contraria. Ello así, pues de admitirse lo contrario, se tornaría ilusorio el régimen del despido, dado que si la contraparte pudiera con sus actos frustrar su notificación sin consecuencias, sería imposible la notificación de comunicaciones fehacientes. Este extremo disfuncional e inconveniente no puede admitirse (“S. C/ T.”). ----------

--- Seguidamente indiqué allí que era conveniente la formulación a que arribara la CNTrab. Sala 4ª al resolver que la comunicación del despido por telegrama es recepticia y, en consecuencia, sólo puede ser considerada cumplida la notificación cuando llegó a la órbita de conocimiento del destinatario (C. Nac. Trab., sala 4ª, 11/9/92, “Carrizo, Juan C. y otro”, JA 1994-I, síntesis). Con esta formulación de la doctrina, en casos como éste debe juzgarse que la misiva llegó a la esfera de conocimiento del destinatario, pues a éste se le informó por dos veces que estaba intentando notificársele una misiva dirigida a él, dejándosele sendos avisos, y su decisión fue la de no retirar la misiva, con lo que la comunicación llegó a su órbita de conocimiento, y la falta de notificación del contenido es decisión imputable exclusivamente a su parte. ----------

--- Y, en similar sentido, se ha decidido que no se le puede imputar responsabilidad a la empleadora porque la notificación no llegó a la esfera de conocimiento del trabajador cuando lo que impidió la efectividad del medio empleado fue que el propio interesado no se ocupó en tiempo y forma de recoger los mensajes (C. Nac. Trab., sala 8ª, 12/2/02, “Medina, Osvaldo V. J. v. Aerolíneas Argentinas S.A.”, JA 2003-IV-síntesis).----------

--- Y ¿cómo impacta esta doctrina en el caso de autos? Sencillamente que a tenor del principio general de la buena fe (art. 63 LCT) no cabe admitir que una de las partes de un contrato de trabajo, así sea la parte trabajadora, pueda quedar al cobijo de una notificación dirigida en su contra, para luego sacar ventaja de una notificación que ella formulara a su empleador. Admitir ello sería liberar a una parte del cumplimiento del principio general de la buena fe que el ordenamiento laboral (art. 63 LCT) impone a ambos contratantes, lo que es inadmisible. Ello, amén de que el régimen jurídico del Decreto 150/96 debe extenderse por vía hermenéutica a los tres prestadores que en este momento brindan el servicio de carta documento (Correo Argentino SA, Andreani SA y OPA SA). La habilitación por el Estado Nacional a través de la Resolución Nro. 3252/2004 de la Comisión Nacional de Comunicaciones a prestadoras privadas a prestar el servicio que antes prestaba en exclusividad el Correo Argentino, debe llevar aparejado la interpretación inteligente del régimen del Decreto 150/96 y su aplicación a las tres prestadoras. Por otra parte, si el régimen del Decreto 150/96 se aplicara según

una interpretación literal no podría tal vez aplicarse ni siquiera a Correo Argentino SA porque el Anexo del Decreto menta específicamente a “la empresa oficial de Correos” y Correo Argentino SA es una figura societaria que presta el servicio bajo una figura de derecho privado (Sociedad Anónima), con lo que tampoco sería, en puridad, la empresa oficial de correo a que se refiere el decreto mencionado.----------

--- Y, aún si ello no fuera, el principio general de la buena fe (art. 63 LCT) obligaba a la actora a retirar la comunicación de despido dentro del plazo razonable de dejado el aviso. Y ese plazo razonable, a menos que se probare alguna circunstancia especial –que no se ha probado en este caso- es de 48 horas a lo sumo. Ello es de toda lógica, puesto que si algunos tribunales admiten que el plazo para que el trabajador se reintegre a su trabajo luego de ser intimado puede ser incluso de 24 horas (cfr. La decisión de esta Sala del 29/7/09 in re "M., N. C. c/ B., P. N. y/o q´ rlte. resp. laboral del comercio Gustos s/ Indemnización de Ley" (Expte. 317 - Año 2009 CANE) y sus citas), no podría admitirse un plazo mayor para retirar un aviso. Veinticuatro más veinticuatro son cuarenta y ocho horas a lo sumo. Ese es el plazo máximo de que disponía la parte avisada para retirar el aviso.----------

--- Es que, de otro modo, se estaría autorizando que su parte quede vinculada por las comunicaciones que la actora le envíe y ella no estaría obligada a recibirlas, lo que es inconcebible, tratándose de una relación sinalagmática. Es más, creo que se trata de una alegación poco feliz, que incluso permite apreciar la actitud de la actora, hacia el contrato de trabajo que la ligaba a su empleadora. La manifiesta inacogibilidad del planteo exime de otros desarrollos.----------

--- Todas estas razones me llevan a tener por notificada la comunicación fehaciente remitida por el empleador a la operaria en la fecha que el señor juez de grado correctamente tuvo por fecha de notificación del despido (2 de Mayo de 2008). ----------

--- Ello implica que, para cuando la actora remitió su comunicación intimando al demandado considerándose despedida, la relación de empleo ya estaba rota, lo que le impide alegar con éxito el despido por injurias de su empleador y obtener la indemnización por despido y la multa que solicitara.----------

--- Agrega el apelante que el empleador violentó asimismo el principio de buena fe dado que no aclaró durante el intercambio postal porque había cambiado la cerradura mientras que intimaba el reintegro a las tareas en la fábrica sabiendo que a la empleada le sería imposible ingresar. Este aspecto carece de la posibilidad de ser tratado en alzada, dado que no fue introducido en su momento a la consideración del juez de grado (art. 277 CPCyC).- ----------

---- En cuanto a la crítica a la valoración de la prueba realizada por el a quo y especialmente de la apreciación de los testimonios, debo decir que no encuentro en este agravio elementos de peso que me convenzan de la incorrección de la apreciación de la prueba efectuada en el grado. Se ha efectuado una crítica subjetiva, sobre la base de opiniones y de apreciar aisladamente dichos sueltos, pero no se ha levantado contra

el decisorio una versión alternativa a la apreciación de la prueba que luce en éste, con lo que se ha mantenido en pie lo dicho por el a quo.----------

--- Es más, tal déficit se potencia si se reflexiona que en multitud de fallos, a través de mi voto, esta Sala ha decidido que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado –más todavía en materia laboral- constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, por lo que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (mi voto en sentencias de esta Sala, del 12/11/08, in re "L., A. c/ S., R. s/ Cobro de pesos" (expte. 117, año 2008); ídem, 4/4/08, "P. V. c/ M. H. O. s/ Dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. N° 22.785 - Año 2008); Ídem, del 19/6/08, in re "F., R. D. c/ B. H. S.R.L. y otros s/ Indem. de ley" (registrada como SDL 38/08); ídem, 18/6/2008, "V., L. N. y otro c/ “X” S.C.T.T.L. s/ dif. de haberes e indem. de ley", registrada bajo el Nº 36 DE 2.008 – SDL); ídem, 7/8/08, "G., N. F. c/ P., R. L. y/o q. rte. resp. laboral de Electrónica Trelew s/ Indem. de ley", registrada al Nro. 50 de 2008 SDL; ídem, 8/9/06, "S., J. G. c/ S. I. A. S.R.L. s/ cobro de pesos - laboral", registrada bajo el Nro. 56 DE 2.008 – SDL; ídem, 20/9/08, "S. M. C. C. R. S. Cobro de Haberes e Indemnización de ley" (Expte. N° 22.915 - Año 2008, registrada bajo el Nº 61 de 2.008 – SDL; ídem, 23/9/08, A., S. A. c/ S., H. y otro s/ cobro de pesos – laboral" (Expte. n° 22.806 - año: 2008, registrada bajo el Nº 59 de 2.008 – SDL; ídem, 21/8/08, "F., M. c/ B., O. H. y Otros s/ Cobro de Haberes e Indem. de Ley" (Expte. n° 22.863 - año: 2008, registrada bajo el Nº 54 de 2.008 – SDL; en igual sentido, Cám. Civ. y Com. Neuquén, Sala I, 29/2/96, "Aravena Bastias, Fernando c/ UCASA s/ Accidente", en Juba, base Neuquén, sumario Q0000046).---------- ----------

--- Frente a tal déficit recursivo, no habiendo traído la parte apelante argumentos convincentes que patentizaran el desacierto valorativo que critica en cuanto a la apreciación de la prueba por el a quo, su queja en este punto debe ser rechazada.-------

--- Sin perjuicio de ello haré algunas reflexiones puntuales que demuestran la falta de acogibilidad de los planteos críticos sobre la apreciación de la prueba. ----------

--- La accionante se agravia asimismo de la fecha de ingreso de la dependiente considerada correcta por el juez, que él omitiera valorar el testimonio rendido por M. I. D. y H. L. y de que el juzgador no diera crédito ni analizara tan solo este testimonio veraz, claro y contundente. Aduce que surge de autos un desempeño sin registro tal vez no desde la fecha invocada pero si con anterioridad a que el empresario diera el alta correspondiente y eso no se encuentra registrado en los libros de la empresa que fueron impugnados por ese motivo al evacuarse el traslado correspondiente de fs. 20, por lo cual debió hacerse efectivo el apercibimiento previsto en los arts. 55 LCT y 42 de la Ley 69. ----------

--- Las quejas de la apelante respecto de la apreciación de la prueba efectuada por el juez carecen de base. Pretender extraer convicción del testimonio de la testigo D. resulta una ocurrencia. Reiteradamente esta Sala ha dejado sentada la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición por el declarante del conocimiento de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio (art. 445 “in fine” C.P.C.C., su doc.; este cuerpo, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08). Tal razón de ciencia debe resultar probable de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es a las máximas de la experiencia y principios de la lógica (cfr. Decisión de esta Sala del 26/6/08, in re“Q. G. B. c/ A. M. A. s/ Dif. de hab.” (Expte. N° 22.773 - Año 2008), voto del Dr. Velázquez y voto concordante de mi autoría). ----------

--- A la luz de la razón de sus dichos el testimonio de la testigo D. es inverosímil. Una persona que manifiesta saber desde cuándo se desempeña una persona en un empleo porque concurre a venderle ropa a su trabajo (cfr. fs. 106, respuesta a la primera pregunta) y que se equivoca groseramente respecto de la última fecha en que dice haberla visto trabajando, afirmando que la última vez que concurrió a cobrarle a la actora fue en Mayo o Junio de 2008 (cfr. fs. 106vta. respuesta a la novena pregunta), cuando la actora dejó de concurrir a su trabajo con fecha 19 de Abril de 2008, torna muy poco convincente la seguridad con que afirma la fecha de la primera vez que vio a la actora allí. ¿Si no recuerda bien la última vez que la vio y la razón de sus dichos bordea lo inverosímil, como creer a pie juntillas en la fecha en que dice haberla visto por primera vez, cuando de esto hace dos años largos al momento del testimonio? ¿Quién no recuerda detalles de hace cuatro meses, puede recordar con tamaña precisión lo ocurrido hace más de dos años? Verdaderamente apreciado el testimonio en conjunto me parece inverosímil, no generando convicción alguna en mí, por lo que bien hizo el juzgador de grado en hacerlo a un lado. ----------

--- Tampoco resulta atendible lo expuesto por el apelante respecto de la apreciación del testimonio de H. E. L.. Su testimonio es más una clase de preparación de helados que un testimonio útil para determinar cualquier circunstancia relativa al desempeño de la actora. Las respuestas del deponente a las preguntas quinta y sexta ampliatorias permiten quitar toda entidad a este testimonio como elemento dirimente de este juicio. A la quinta pregunta ampliatoria (“en cuantas oportunidades vio el deponente trabajando a la actora en ese lugar?”) respondió: “habré ido 4 o 5 veces estando presente esta señora”. Y a la sexta pregunta (“aproximadamente cuándo fue la primera vez que la vio en ese lugar?”), respondió “no puedo recordar la fecha precisa”. La claridad de tales respuestas es tan evidente como la trascendencia nula del testimonio en este juicio. Ningún rédito puede sacar la actora para su postura de ese testimonio. ----------

--- Se agravia también respecto del análisis que considera equivocado, que efectuó con relación al horario realmente cumplido que dijo no hallarse acreditado. Efectúa un

cuestionamiento en relación a los adicionales no remunerativos, concluyendo que cualquiera sea la modalidad en el contrato entre las partes el mínimo de horas y el mínimo de sueldo era de 4 horas diarias, más allá que por buena fe y porque era la situación real que se dio durante esta vinculación reconoció su parte en cierto período una prestación menor, pero que no es a cargo exclusivo de la actora demostrar la extensión de la jornada por debajo del mínimo de las horas garantizadas.----------

--- Tampoco este agravio habrá de prosperar. En primer lugar, el argumento de que la existencia de un lapso de desempeño menor al autorizado por la ley torna irregular la determinación del horario que el juez tuvo en cuenta es ilógico, dado que la propia parte reconoce que desempeñaba un horario menor. Y si la propia parte hace este reconocimiento, implica que su parte ha aceptado cumplir un horario que la ley establecía como antijurídico, con lo que la parte que alega el hecho modificatorio de los registros debe probar sus dichos. La accionada tiene en su favor un determinado horario registrado, que la actora ha consentido por largo tiempo. Al plantear la irrealidad del mismo recién luego del despido, carga con la prueba del horario que dice haber desarrollado. Y, ello así, debo decir que no ha logrado probar en autos con prueba convincente dicho horario de desarrollo, así como tampoco ha logrado probar la existencia de otras diferencias de salarios que las que el a quo reconociera. No ha logrado la actora en su memorial conmover la sentencia de grado, la que debo decir se adecua cabalmente a las constancias y los hechos de esta causa. ----------

--- En tal situación, máxime cuando lo que se intenta es cuestionar la apreciación de la prueba por el juez, el apelante debía poner en crisis dicha apreciación en vez de dar una versión subjetiva distinta. No lo ha hecho, por lo no ha logrado conmover el criterio del a quo sobre este punto, con lo que el rechazo de este agravio es el correlato natural de tal situación.----------

--- El agravio postrero, cuestiona que el magistrado omitiera resolver en cuanto al certificado de trabajo del art. 80 LCT y las constancias de que el empleador cumpliera con el ingreso de los obligatorios aportes a favor de su empleada, instrumentos cuya entrega fue intimada por S. vía postal en el mes de mayo de 2008 como está acreditado y fuera peticionado en el escrito inicial. ---------- ----------

--- Surge sin dificultad de la lectura de las piezas de la causa y la sentencia de grado que el juzgador de la anterior instancia omitió pronunciarse sobre este aspecto, por lo que esta alzada debe suplir dicha omisión, a mérito de lo dispuesto por el art. 278 C.P.C.y C.- ----------

--- Ingresando al tratamiento del punto, es dable advertir que el art. 80 L.C. T. exige al empleador entregar al dependiente un certificado de trabajo al extinguirse el contrato por cualquier causa (párrafo segundo) mientras que el párrafo primero de dicha norma impone similar obligación respecto de las constancias documentales de los aportes al sistema de seguridad social y sindicales a petición del beneficiario. Y dado que en este caso la actora reclamó ambos, conforme surge de fs. 19 de la documental reservada),

no habiendo el demandado alegado haber cumplido tales obligaciones ni ofrecido cumplirlas, no cabe otro pronunciamiento judicial en esta instancia que la condena al demandado a entregar ambas constancias.----------

--- Pero, no procede acoger la solicitud de la apelante respecto de fijar en este estadio astreintes, para el caso que el condenado a entregar las constancias no cumpla su obligación. Como dijera hace años en un artículo doctrinario de mi autoría, una de las características de las astreintes es que ellas no pueden imponerse eventualmente: una resolución no puede ir acompañada ab initio de la imposición de astreintes, por si no se cumple. No resultan pasibles las astreintes de una imposición eventual, condicionada a que se incumpla una resolución judicial, puesto que no son una amenaza de sanción ni una forma de agravar una condena, sino solo un mecanismo -de carácter nada corriente u ordinario- de forzar el cumplimiento de una obligación instrumentada en una sentencia judicial (conf. LÓPEZ MESA, Marcelo, “La ejecución de sentencias contra el Estado y las astreintes”, en Diario J. A. del 29/9/99 (Nro. 6161), págs. 21 y ss.).----------

--- Esta característica de las astreintes se corresponde con los requisitos de aplicación de tal figura, los que deben enunciarse siguiendo un orden necesario: ----------

--- a) En primer lugar hace falta una resolución judicial que imponga un deber jurídico, no requiriéndose de una sentencia en sentido estricto. Nada importa que ese deber tenga o no carácter patrimonial (FENOCHIETO-ARAZI, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", comentario al art. 37; LÓPEZ MESA, Marcelo, “La ejecución de sentencias contra el Estado y las astreintes”, en Diario J. A. del 29/9/99 (Nro. 6161), págs. 18 y ss.). ----------

--- b) En segundo lugar es necesario un incumplimiento a ese deber que debe ser recalcitrante o injustificado. Para llegarse a la imposición de astreintes, debe estarse en presencia de una persistencia obstinada del deudor en el incumplimiento, lo que torna recalcitrante la negativa del deudor a satisfacer el crédito de su acreedor. ----------

--- Es que no cualquier incumplimiento autoriza a aplicar una medida no del todo corriente como las astreintes. Pudiendo utilizarse otros medios más comunes y menos gravosos para el deudor para forzar el cumplimiento quedaría fuera de toda proporción el recurrir directamente a las sanciones conminatorias ante el menor signo de incumplimiento de un mandato judicial. Ello así, deben reservarse estos eficaces auxiliares para la oportunidad en que los medios normales o de todos los días se demuestren ineficaces para combatir el mal que se pretende derrotar.----------

--- c) En tercer lugar, se necesita una nueva resolución judicial que disponga la sanción pecuniaria para el caso de persistir en su incumplimiento el sujeto del deber.----------

--- Ello así, no están dadas las condiciones en autos para imponer astreintes en este momento, puesto que su imposición en esta sentencia implicaría una imposición eventual de astreintes, lo que no corresponde.----------

--- Procede en consecuencia complementar la sentencia de grado, salvando la omisiòn de pronunciamiento en que incurriera, condenando al demandado a que en el plazo de

cinco días (art. 58, Ley 69) entregue a la accionante el certificado de trabajo y las constancias documentadas de aportes y contribuciones de seguridad social y sindicales, previstas en el art. 80 LCT. ----------

--- Lo anteriormente expuesto me lleva a propiciar, con la salvedad apuntada en el párrafo anterior, el dictado de un pronunciamiento confirmatorio del decisorio de grado en lo principal, con costas en un 95% a la actora y el 5% restante a la demandada (art. 71 CPCyC).- ----------

--- En cuanto a los estipendios curiales de alzada, corresponderá la regulación de los correspondientes a la Dra. M. C. en la suma de $ 1250 y los correspondientes a los Dres. P. S. y L. B., en conjunto, en la suma de $ 510, determinaciones éstas que son proporcionados a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas por cada uno de dichos profesionales en la alzada (art. 6, 7, 9, 14, 19, 47, Ley 2.200).----------

--- Lo anteriormente expuesto me lleva a pronunciarme en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A TAL PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez contestó:----------

----En acatamiento del principio procesal de economía, en su vertiente de tiempo, me remito a la síntesis que de los antecedentes del caso, de la decisión impugnada y de los agravios vertidos por la apelante realizara el Señor Magistrado ponente.----------

----Nada novedoso me es dado añadir a la fundamentación fáctica y jurídica que el preopinante ha desarrollado sustentando su voto. Contrario a la mentada economía de tiempo, por alongar innecesariamente este acuerdo, sería el realizar un nuevo tratamiento “in extenso” de todas las razones dadas, repetitivo de lo ya expresado por el colega. Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 9 de la ley 1.130 y 271 C.P.C.C. (textos los últimos de la ley 4.550), bastarán las consideraciones siguientes.- ----------

----I.- La desvinculación.- ----------

----Concuerdo con el Señor Juez de la anterior instancia en que, cual él expresara con entera claridad, la extinción del contrato laboral tuvo lugar con la comunicación del empleador obrante a fs. 22 de la documental reservada.- ----------

----No ocurrió desde luego con el telegrama de la trabajadora del día 19/4/08 (fs. 15 de la doc. res.), pues de inmediato sobrevino la retractación bilateral del despido indirecto. En efecto, la intimación a aquélla a prestar servicios por parte del empleador mediante carta documento del 22/4/08 (fs. 20 de la doc. res.), seguida de la respuesta de la requerida del 24/4/08 exigiendo le garantizara el empresario ocupación efectiva (telegrama de fs. 17 de la doc. res.), significaron la exteriorización, tácita pero indudable, de la común voluntad de continuar la relación.----------

----Así entonces, el suceso anterior a esos actos -en la especie, el cambio de cerradura del establecimiento- no puede ser considerado injuria justificante de la ruptura posterior. De un lado, porque la dependiente al retractar el despido indirecto fundado en tal causal

renunció a la posibilidad de hacer valer el mismo hecho como agravio justificador de un nuevo autodespido. Del otro, porque en el subexamen la extinción no acaeció ya por despido indirecto de la obrera, sino por operar la figura por abandono de trabajo, cual enseguida veremos, y, como hemos tenido ocasión de subrayar en numerosos casos ocurrentes, los derechos de las partes debe juzgarse de acuerdo al modo de extinción del contrato que operó (esta sala, c. 21.293 S. D. L. 27/06, c. 22.096 S.D.L. 26/07, c. 22.461 S.D.L. 1/08, c. 101/08 S.D.L. 81/08, c. 276/08 S.D.L. 7/09).- ----------

----Reitero que el empleador intimó a la operaria la prestación de tareas con su carta documento del 22/4/08 (fs. 20 de la doc. res.). La actora no acató dicha intimación, en tanto no retomó sus labores. Hoy procura justificar esa conducta abroquelándose en la retención de servicios por la que sostiene haber optado ante el incumplimiento del empresario que no le había abonado los haberes correspondientes al anterior mes de marzo. No le asiste razón.----------

----II.- La retención de servicios.- ----------

----Desde que "satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstas" en la ley (art. 74 L.C.T.) es obligación esencial del empleador, la morosidad de éste en ella permite, en principio, que el dependiente suspenda la prestación a su cargo hasta tanto aquélla sea satisfecha, como variante positiva en esta esfera de la "exceptio non adimpleti contractus" consagrada expresamente por la norma del art. 1201 Cód. Civ. y en forma implícita por la de su igual n° 510 del mismo ordenamiento (esta sala, c. 13.916 S.D.L. 1/99, c. 14.724 S.D.L. 28/99; C.N. Trab. , Sala I, L.L. 1988-D-88; ídem, Sala III, L.T. XXI-A-356).- ----------

----Acogido en autos el reclamo por la deuda de los salarios del mes de marzo de 2008 -la sentencia en ese aspecto ganó firmeza- y morosa la empleadora a tal respecto (art. 137 L.C.T.), la actora se encontraba sin duda en situación objetiva de oponer esa excepción dilatoria sustancial.----------

----Pero no basta con hallarse en posición de hacer valer tal facultad, sino que resulta menester oponer la "exceptio" realmente. El principio de la buena fe (arts. 63 L.C.T. y 1198 Cód. Civ.) impone al trabajador que se niega a prestar tareas ante la falta de pago de sus haberes por el empleador el comunicarlo expresamente a éste, pues la excepción de marras no opera de modo tácito. Esa necesidad se advierte con mayor claridad si se repara en que se trata de una especie de suspensión del contrato de trabajo, cuyos requisitos de validez han de adecuarse, por analogía, a previsiones como la de los arts. 209 y 218 L.C.T. (confr.: C.N. Trab., sala V, cit. por Fernández Madrid, "Tratado práctico de derecho del trabajo", ed. La Ley 1990, II-1125; este tribunal, c. 14.724 S.D.L. 28/99).- ----------

----Y este fue el insoslayable requisito que en el caso estuvo ausente. Es que cuando la actora intimó el pago de los salario no ejercitó precisamente la facultad, sino que se reservó el derecho de hacerlo. Y es sabido que, cual hemos tenido ocasión de declarar en algunos precedentes, *reservar* significa "guardar algo para lo futuro, dilatar para otro

tiempo lo que se podía o se debía ejecutar o comunicar al presente" ("Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, 19na. ed., pág. 1137), de donde se sigue que la reserva de un derecho no equivale al ejercicio del mismo (c. 12.320 S.D.L. 48/97, c. 20.353 S.D.L. 20/05, c. 102/09 S.D.C. 33/09, entre otros).- ----------

----Si bien no son exigibles términos sacramentales para hacerla valer, es lo cierto que la referida excepción sustancial debe ser claramente opuesta (confr.: Salas - Trigo Represas, "Código Civil anotado", 2da. ed., II-52, comentario al art. 1201, n° 2, A) y de la lectura de la mentada pieza no se extraer que la empleada la opusiera efectivamente -se reservaba sólo el derecho a hacerlo-, ni tampoco a cuál incumplimiento del empleador, de los varios que había acusado (v. fs. 17 doc. res.), se refería, cuestión esta esencial ya que no cualquier incumplimiento da lugar a la excepción de marras, que debe relacionarse con el de una obligación principal (confr.: Borda, "Obligaciones", 4ta. ed., II-221, n° 1.291).- ----------

----Sin dicha comunicación clara, su ausencia no explicada a la labor, pese a la intimación que el empresario realizara en los términos del art. 244 L.C.T., dio lugar a que se configurara el abandono y legítimamente entonces el demandado declaró extinguido el contrato.- ----------

----Tal declaración del empleador era imprescindible ciertamente, toda vez que, cual expresáramos en varios casos ocurrentes, el abandono del trabajo, como modo de extinción del contrato laboral por voluntad tácita del trabajador, requiere para perfeccionarse que tras la intimación infructuosa a retomar las labores el empleador formule la declaración de que tal extinción ocurrió, pues de lo contrario la situación contractual quedaría en una suerte de nebulosa indefinición hasta que, por el transcurso de un lapso más o menos prolongado, pudiera conceptualizársela extinguida por voluntad concurrente tácita de las partes, en función de lo establecido por el art. 241 últ. párr. L.C.T. (este cuerpo, c. 17.437 S.D.L. 38/01, c. 21.991 S.D.L. 17/07, c. 276/08 S.D.L. 7/09, c. 307/09 S.D.L. 43/09).- ----------

----La naturaleza jurídica de tal manifestación del empleador es la de una declaración recepticia, que surte efectos, como regla, desde que es *recibida*. Mas como es obvio que no puede pretenderse que exista siempre un conocimiento directo y efectivo por el destinatario, resulta suficiente que le sea a él factible el adquirirlo; así, la comunicación cobra eficacia a partir del momento en que entra en la esfera propia del destinatario, de manera que sólo de él dependa, según el modo que tenga organizada su casa, el que conozca o no la declaración que se le dirige (confr.: von Thur, "Tratado...", Ed. Reus 1934, I-124, párr. 21, II, 2; esta alzada, c. 14.632 S.D.L. 12/99, c. 15.451 S.D.L. 20/00, c. 19.575 S.D.L. 33/04). Tengo para mí que en el sub-examen la carta documento remitida por el empleador produjo efectos jurídicos con los avisos de visita dejados por cartero sin que la destinataria concurriera a retirar la pieza postal a la oficina de la empresa (fs. 22/23 de la doc. res. y fs. 94 del expediente).- ----------

----III.- <u>La carta documento de fs. 22 de la documentación reservada</u>.----------

----El servicio postal de cartas documento fue instituido por las Resoluciones ENCOTEL 1.926/77 y 4.156/78, dictadas durante la vigencia del monopolio de correos estatal establecido por la ley 20.216. Luego, el Decreto 1.187/93 P.E.N. -dictado por delegación legislativa- suprimió ese monopolio, estableciendo que el mercado postal sería abierto y competitivo, y creó la figura del "Prestador de Servicios Postales", quien quedó habilitado para brindar prestaciones especializadas como la de carta documento dentro de un ámbito de libre competencia, marco que incluso fue destacado en la concesión del Correo Oficial -más tarde rescindida por Dec. 1.075/03 P.E.N.-, cual surge del pto. 3.19 del contrato de concesión aprobado por Dec. 840/97 P.E.N.- ----------

----Pues bien, el régimen bajo el cual los operadores postales privados prestan el servicio de carta documento fue reglado por la Comisión Nacional de Comunicaciones mediante su Resolución 3.252/04, en cuyos considerandos la autoridad destacó que el "Manual de Productos y Servicios" del Correo Oficial es norma de calidad del servicio que el ente puede adoptar como referencia básica y objetiva para discernir los requerimientos esenciales exigibles a todo proveedor del mismo, añadiendo la Comisión Nacional, con sustento en el dictamen n° 16.626 GJNR/2002 de su Gerencia Jurídica, que la tramitación de la pieza postal carta documento "debe cumplir como mínimo con los recaudos que para el servicio similar tiene establecido el Correo Oficial".----------

----Así pues, el régimen de las cartas documentos remitidas a través de la empresa O., como la del caso, no difiere del que disciplina las impuestas en el C. A. S.A. Tras un mínimo de dos intentos de entrega con aviso de visita -los exige incluso el art. 2 de la Res. 3.252/04 C.N.C.- que aquí se cumplieron los días 7 y 9/5/08 según surge de fs. 23 vta. de la doc. res. y fs. 94 del expte., la destinataria contó en cada oportunidad con dos días hábiles para retirar la pieza de la sucursal de la empresa de correos antes que ésta devolviera la pieza al remitente (Res. ENCOTEL 1.926/77, 4.156/78 y 1.110/84; arg. y doc. art. IV del Anexo I del dec. 150/96; Ambrosioni, "Servicio de telegrama remitido por el trabajador. Decreto 150/96", D.T. 1996-A-931), lapso que se agotó en el mejor de los supuestos el 13/5/06. Desde el siguiente día 14/5/08 la comunicación debe tenerse por frustrada y no por riesgo inherente al medio empleado que ha de soportar el remitente, sino por responsabilidad de la destinataria que no concurrió a recibirla (confr.: esta sala, c. 22.781 S.D.L. 37/08, c. 60/09 S.D.L. 24/09).- ----------

----Con tal omisión la actora quebrantó el principio de la buena fe al que debía de ajustar su conducta también en ocasión de extinguir la relación laboral (art. 63 L.C.T.); ella había practicado una intimación al empleador bajo apercibimiento de considerarse indirectamente despedida (fs. 17 de la doc. res.) y era esperable a tenor de la "bona fides" que estuviera atenta a la respuesta y si no tuvo conocimiento temporáneo de la réplica fue por su falta de colaboración en ir a recibirla en la oficina de correos estando avisada de su existencia allí.- ----------

----El autodespido del día 15/5/08 (fs. 19 doc. res.) fue tardío, pues la relación laboral habíase extinguido el anterior día 14/5/09 por abandono de trabajo, figura que no otorga al trabajador derecho a indemnización alguna (art. 244 L.C.T.).- ----------

----IV.- La prueba sobre la categoría laboral, horario de trabajo y antigüedad en el empleo.- ----------

----En mi concepto, la prueba testimonial en que la apelante hiciera especial hincapié no es hábil para acreditar la versión de los hechos que sobre los aludidos puntos vertiera en su demanda.- ----------

----En relación a la testigo M. I. D. (fs. 106/vta.) perjudica la credibilidad de sus expresiones la cuando menos extraña fragilidad de su memoria. Ella, al declarar en noviembre de 2008, recordó con precisos detalles circunstanciales el haber visto por primera vez a la demandante laborar en el establecimiento el 10/9/06 (resp. a la preg. 3era.), para luego, al referirse a la última oportunidad que visitó a la demandante en el lugar a fin de cobrarle el precio de la ropa que le vendía, indicar que fue en mayo o junio de 2008 (resp. a la preg. 10ma.), hecho este último imposible, en tanto la trabajadora no prestó servicios desde abril de ese año, como ella misma manifestara en su escrito liminar. La doctrina toda es conteste en la importancia de la crítica al factor memoria en la apreciación del testimonio (confr.: Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-260, párr. 4° y sus numerosas citas) y desde este ángulo de miraje quita autoridad a un testigo la circunstancia que vierta pormenores precisos luego de haber transcurrido un lapso prolongado entre el hecho que presenciara y el acto de su declaración (confr.: Couture, “Fundamentos...”, EDIAR 1942, II-212/214), como aquí acontece con una deponente que se expidiera luego de dos años de los sucesos y memora sin embargo con notable precisión su fecha, mientras que, en paralelo, marra gruesamente la data de un suceso acontecido escasos meses antes de su deposición. Súmase a ello otro patente yerro de la declarante cuando expresara, tocante a los días de labor de la actora, que ésta prestaba servicios los domingos (resp. a la preg. 8va.), en contra de lo que la propia trabajadora alegara al demandar (fs. 3 vta., párr. 4°). Atinente al horario de trabajo, los dichos volcados al contestar la preg. 7ma. indicarían a lo sumo una labor vespertina de cuatro o cinco horas, mas nada aclararon acerca del trabajo matutino con el que, a tenor de lo alegado, la actora habría completado las diez horas diarias. En síntesis esta testigo mostró fallas memorativas que generan dudas sobre la exactitud de sus manifestaciones, lo que conduce a descartar su declaración como elemento de juicio.- ----------

---- No resulta más convincente el testimonio de M. A. S. S. (fs. 107/vta.). Acerca de la antigüedad de la demandante en el empleo, la deponente nada relevante aportó, porque comenzó ella a concurrir al establecimiento a venderle a la actora telebingo a principios de 2007 (resp. a la preg. 11era.), esto es luego del lapso debatido en autos (del 31/7/06 al 1/12/06). Tampoco la declaración es útil para establecer el número de jornadas semanales cumplidas por la trabajadora, porque la dicente sólo concurría a

venderle el indicado juego una vez por semana (resps. a las pregs. 5ta. y 7ma.). Para colmo, expresó haberlo hecho los domingos a la tarde (resp. a la preg. 8va.), jornada en que, lo reitero, la actora no afirmó haberse desempeñado. En cuanto a los horarios de labor de la dependiente, la testigo -igual que la anterior analizada- únicamente refirió horas vespertinas (las 15,30, las 17, las 19 horas; resps. a las pregs.8va., 13era., 14ta.), de modo que nada acreditan sus manifestaciones en torno a la labor matutina.- ----------

----Muy escaso poder convictivo emana del testimonio de M. H. P. (fs. 150/vta.). Al margen de que sobre la época de ingreso de la actora a las labores nada aportó (v. resp. a la preg. 5ta.), aparece como sospechosa la razón de sus dichos. De un lado, expuso que visitaba el establecimiento para venderle ropa a la demandante (resp. a la preg. 2da.); del otro, que alcanzaba a la actora al lugar con su moto (resp. a la preg. 3era.). A propósito de lo primero, señalaré que provoca extrañeza y cierto recelo la circunstancia que la actora comprara ropa a dos vendedoras ambulantes distintas pero ambas deponentes en la especie -M. I. D. y esta declarante - y que además tienen ellas el mismo domicilio real (Barrio *** Viviendas, Esc. **, Depto. “*”; fs. 6 vta., pto. 4, n° 1; fs. 84; fs. 96; fs. 98; fs. 106, datos personales; fs. 124; fs. 150, datos personales). En cuanto atañe a lo segundo, la dicente no explicó qué relación la une con la actora en virtud de la cual o por qué motivo solía llevarla con su motocicleta al trabajo, máxime que del domicilio de ambas (Onetto 449 y Barrio 290 Viviendas, Esc. **. Depto. “*”) no puede extraerse una vecindad, pues se hallan distantes más de veinte cuadras. Sobreabundante casi es enfatizar la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición por el declarante del conocimiento de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio (art. 445 “in fine” C.P.C.C., su doc.; este cuerpo, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08). Tal razón de ciencia debe resultar probable de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es a las máximas de la experiencia y principios de la lógica, y en esta especie no aparecen aclaradas las razones lógicas del saber de la deponente sobre los sucesos a que se refiriera. Forzado es entonces apartar dichas declaraciones del plexo de las pruebas, pues “si parece inverosímil que efectivamente el testigo haya podido adquirir ese conocimiento de los hechos, su testimonio carecerá de mérito probatorio; si resulta improbable, su credibilidad será muy poca” (Devis Echandía, ob. ind., 5ta. ed., II-270/271; esta sala, c. 22.773 S.D.L. 43/08).- ----------

----En cuanto al testigo H. E. L. (fs. 151/152), no arrimó datos de interés sobre la antigüedad de la actora en el empleo (resps. a las repregs. 6ta. y 8va.), ni acerca de los horarios de ella, en tanto que relativo a la categoría laboral sus dichos, comparados con el “curriculum vitae” de fs. 21 doc. res., demostraron que la demandante no estaba capacitada para cumplir las funciones de “maestro heladero” (resps. a las pregs. 4ta., 6ta. y repreg. 1era.).- ----------

----V.- El horario de labor mínimo y el libro del art. 52 L.C.T.- ----------

----Iniciaré el tratamiento de este tópico señalando que en el caso no son aplicables las presunciones regladas en los arts. 55 L.C.T. y 42 de la ley 69. Ellas están establecidas para el supuesto de falta de exhibición a requerimiento judicial de tal libro o -en la segunda de las normas citadas- que el presentado no reúna las exigencias legales o reglamentarias, mientras que en esta causa la documental fue presentada por el empleador sin que la actora objetara el incumplimiento de dichas exigencias, puesto que ella se ciñó a impugnar por supuesta falsedad de los datos consignados (fs. 21).----

----A propósito del indicado libro del art. 52 L.C.T. recordaré que si bien la fuerza probatoria de los libros de empresa debe apreciarse con criterio restrictivo cuando sus constancias son esgrimidas contra el trabajador, pues éste no interviene en su manejo y las registraciones que se practican (confr.: Meilij, “Contrato de trabajo”, Depalma 1980, I-234, nº 492 y sus citas), también es exacto que de haber sido llevados guardando los requisitos legales ha de reconocérseles plena validez, de manera que, de ser sus asientos impugnados de falsedad, tal extremo debe ser cabalmente demostrado para descalificarlos (confr.: Altamira Gigena y otros, “Ley de contrato de trabajo...”, Astrea 1981, I-338, “a”). En tanto en el subexamen la aludida falsedad no fue probada, ya que, vengo de expresarlo, no fueron aportadas probanzas demostrativas de un horario de labor distinto, nada conduce a eliminar del cuadro probatorio dichas constancias.- ----------

----VI.- El certificado de trabajo y constancias de aportes.----------

----Cierto es que pasó por alto al “a quo” el expedirse sobre esta petición de la demandante y debe entonces la alzada suplir tal omisión (art. 278 C.P.C.C.).- ----------

----Desde que el art. 80 párr. 2° L.C.T. obliga al empleador a entregar al dependiente “motu proprio” un certificado de trabajo al extinguirse el contrato por cualquier causa, mientras que el párr. 1° del mismo precepto le impone hacerlo respecto a constancias documentales de los aportes al sistema de seguridad social y sindicales a petición del trabajador y en la especie la actora reclamó ambos (fs. 19 doc. res.), sin que el demandado alegara siquiera haber cumplido tales obligaciones ni ofreciera cumplirlas, la condena a hacerlas efectivas se impone.- ----------

----No corresponde en cambio acoger en este estado la petición actoral de fijación de astreintes. Resultaría prematuro imponer esas condenaciones conminatorias por anticipado y como una amenaza para la eventualidad de la falta de acatamiento por el deudor a la decisión judicial. Ellas deben aplicarse una vez que ha mediado el incumplimiento del deber impuesto por el fallo definitivo de mérito, esto es agotado ya el plazo de cumplimiento establecido en la sentencia. Tal lo declarado reiteradamente y lo mantenido por la doctrina de los autores (art. 666 bis Cód. Civ., su doc.; confr.: Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, 2da. ed., I-189 y sus citas; esta alzada, c. 13.171 S.D.L. 52/98, 13.745 S.D.L. 122/98, c. 14.682 S.D.L. 26/99, c. 16.344 S.D.L. 51/00, c. 16.434 S.D.L. 66/00. C. 19.982 S.D.L. 66/04).- ----------

----VII.- La conclusión.----------

----Por las razones expuestas, concordantes con las expuestas por el Señor Magistrado antes sufragante, considero que la sentencia atacada debe complementarse con la condena al demandado a que en el plazo de cinco días (art. 58 de la ley 69) entregue a la actora certificado de trabajo y constancias documentadas de aportes y contribuciones de seguridad social y sindicales, confirmando el decisorio en lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----Dado el muy escaso éxito alcanzado por los agravios en este grado, las costas de segunda instancia corresponde imponerlas a la actora en un 95 % y al demandado en un 5 % (art. 71 C.P.C.C.).- ----------

----Coincido con el colega prevotante en punto a los honorarios a regular por las labores profesionales de alzada, pues hallo los propuesto acordes con la extensión, calidad y resultado de las mismas (arts. 6, 7, 9, 14, 19 del dec.-ley 2.200).- ----------

---- Me expido consecuentemente en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó:---------- ----------

--- Dada la existencia de coincidencia de pareceres con el distinguido colega de Sala, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente.----------

--- 1) ACLARAR la sentencia apelada, salvando la omisión de pronunciamiento en que incurriera la misma y CONDENAR a la demandada a entregar tal certificado a la demandada en el plazo de cinco días de quedar firme la presente. ----------

--- 2) CONFIRMAR el decisorio de grado en los restantes aspectos que ha sido materia de recurso y agravios.- ----------

--- 3) IMPONER las costas de alzada en un 95% a la actora y el 5% restante a la demandada.----------

--- 4) REGULAR los estipendios curiales de alzada correspondientes a la Dra. M. C. en la suma de $ 1250 y los correspondientes a los Dres. P. S. y L. B., en conjunto, en la suma de $ 510.----------

--- 5) REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.- ----------

--- Tal mi voto.---------- ----------

----**A ESTA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel del acuerdo antes alcanzado.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, Textos ley 4550).---------- ----------

----Trelew, de septiembre de 2.009.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

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

----ACLARAR la sentencia apelada, salvando la omisión de pronunciamiento en que incurriera la misma y CONDENAR a la demandada a entregar tal certificado a la demandada en el plazo de cinco días de quedar firme la presente. ----------

--- CONFIRMAR el decisorio de grado en los restantes aspectos que ha sido materia de recurso y agravios.- ----------

--- IMPONER las costas de alzada en un 95% a la actora y el 5% restante a la demandada.- ----------

--- REGULAR los estipendios curiales de alzada correspondientes a la Dra. M. C. en la suma de $ 1250 y los correspondientes a los Dres. P. S. y L. B., en conjunto, en la suma de $ 510.----------

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

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDL.- Conste.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA