--- En la ciudad de Trelew, a los días de marzo del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos A. Velázquez y Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., G. c/ U., D. s/ cobro de pesos – laboral – Ficha 9459”** (Expte. nº 3 - año: 2010) 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. 254.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

----I.- Apeló el demandado la sentencia que hiciera lugar parcialmente a los reclamos instaurados en su contra, exponiendo para fundar su recurso los agravios que a continuación trataré. ----------

----II.- Cuestionó el recurrente en primer término la conclusión a que la Señora Jueza de origen arribara acerca de la fecha de ingreso a la labor de la actora, que no fue en noviembre de 2005 cual ella alegara, sino en marzo de 2006 como fuera sostenido en el responde a la demanda. Señaló el apelante que así lo demuestra la prueba testifical rendida, mal apreciada por la juzgadora, quien ignoró los dos testimonios por él aportados, interpretó incorrectamente un tercero y prestó credibilidad a un cuarto no convincente.----------

----Lleva razón el recurrente en esta impugnación. Por cierto que la actora contó en su favor con la presunción nacida de la falta de exhibición por parte del demandado del libro especial del art. 52 L.C.T., mas corresponde tener presente que tal presunción sentada en los arts. 55 ley cit. y 41 de la Ley XIV n° 1 (ex art. 42 de la Ley 69) es de carácter “iuris tantum”, es decir susceptible de ser destruida por pruebas en contrario (confr.: C:N. Trab., Sala II. D.T. 1992-A-438; este tribunal, c. 20.608 S.D.L. 49/05, c. 21.191 S.D.L. 56/07, c. 23.472 S.D.L. 83/07). Y, en mi concepto, el demandado logró desvirtuarla mediante la testifical producida. ----------

----En efecto, los deponentes B. G. y P. E. han estado contestes en que la actora ingresó a la labor en marzo de 2006 (fs. 194 y 205, resps. a las generales de la ley y a la preg. 2da.). No se me escapa que al primero de los indicados le comprenden las generales de la ley en su calidad de dependiente del demandado, pero esa circunstancia por sí sola no es bastante para desechar su testimonio, sino que únicamente lleva a una valoración más rigurosa del mismo, de manera que si éste luce claro y coherente no corresponde excluirlo del cuadro de la prueba (arts. 386, 441 inc. 5º C.P.C.C., su doc.; esta alzada, c. 19.939 S.D.L. 63/04, c. 21.501 S.D.L. 44/06, c. 22.230 S.D.L. 49/07, c. 22.472 S.D.L. 83/07, entre otras). Como ese deponente se expidió sobre los hechos acerca de los cuales versó el interrogatorio de modo preciso y coherente, sin autocontradicciones, nada lo hace sospechoso de mendacidad, la que por otra parte no se presume, en tanto, cual ha subrayado la doctrina, el testimonio se

funda en la doble presunción de la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y de que no trata de engañar al juez (confr.: Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., III-530/531, nros. 1 “a” y 2 “b”; Framarino dei Malatesta, “Lógica de las pruebas...”, Bogotá 1964, II-53/63). --------

----En cuanto a los restantes testigos que depusieran en autos, no los creo aptos para formar convicción. La declaración de J. C. M. la encuentro harto dudosa en razón de la contradicción en que incurriera al manifestar primero que conoció al demandado “porque había empezado a ir a ese lugar” y luego afirmar que él “trabajaba ahí” (fs. 149, resps. a las grales. de la ley y a la razón de los dichos), al error en que cayera -y que rectificara recién en la postrimería de la audiencia- al situar temporalmente los hechos, y a lo inverosímil de su respuesta a la primera pregunta, ya que resulta altamente improbable que un comercio gastronómico carezca de horario de apertura fijo, con oscilaciones de nada menos que cinco horas.----------

----Por su lado, la deposición de D. E. R. debe ser descartada como elemento de juicio. Él situó con precisión el acceso de la actora al empleo en marzo o abril de 2005 (fs. 148, resp. a la 2da. preg., sin rectificación alguna del dato cuando le fue requerido al finalizar el acto), cuando aquélla en su demanda aseveró haberlo hecho en noviembre de dicho año (fs. 20, cap. III, pto. 1). “Lapsus verba” o falla en la capacidad memorativa, lo cierto es que el testigo no resulta confiable y ha introducido con su declaración un hecho distinto al alegado por los litigantes.----------

----En nuestro ordenamiento procesal vigente, firmemente adscrito al sistema dispositivo, la tarea de incorporación al proceso de los datos relevantes para el debate le corresponde cumplirla a las partes -y no a los testigos- a través de la actividad alegatoria, desarrollada en las específicas oportunidades que la ley prevé al efecto (arts. 45 inc. 4 y 51 de la Ley XIV n° 1, ex Ley 69, y 333 inc. 4°, 334, 360 inc. 3º C.P.C.C.). El hecho no alegado no puede ser materia de acreditación, pues existe una identificación normal entre el objeto de la alegación y el de la prueba, de forma que son únicamente los datos fácticos alegados los que deben ser comprobados (confr.: Guasp, “Derecho procesal civil”, 3era. ed., I-328, nº 5). En rigor, no pueden siquiera “producirse pruebas sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en los escritos respectivos”, de acuerdo lo establece con meridiana claridad el art. 368 cód. cit., de donde se sigue que aquellos hechos no aseverados en los escritos postulatorios han de considerarlos inexistentes los jueces aunque efectivamente estuvieren comprobados (confr.: Sup. Trib. Jus. Chubut, S.D. 2/96, Pág. Webb del P. J. Chubut, Jurisp. “on line”, sum. 4.058; C. N. Civ., sala “C”, L. L. 141-671, 25.493 S; ídem, sala “E”, L. L. 1985-A-304; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., V-A-10/11; Carnelutti, “La prueba civil”, trad. de Alcalá Zamora y Castillo, 2da. ed., Depalma 1982, págs. 7/9, n° 3; Devis Echandía,“Teoría general de la prueba judicial”, I-188/190, n° 44; Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Abeledo - Perrot 1996, pág. 40).----------

----Así pues, debe tenerse por cierto el ingreso de la actora al trabajo el 23/3/06 y corresponde entonces desagregar del monto de la condena el importe de las diferencias salariales supuestamente producidas entre noviembre de 2005 y la fecha indicada.-------

----III.- A diferencia del anterior, no es atendible el segundo de los agravios del apelante, relativo a la extensión horaria de la jornada de trabajo de la actora. ----------

----Bien podríamos aplicar a este tópico el mismo esquema probatorio que al anterior, toda vez que los testigos B. G. y P. E. afirmaron que la trabajadora se desempeñaba por siete horas diarias (fs. 194 vta. y 205, resps. a la preg. 4ta.), mas ese dato fáctico carece de toda relevancia en autos porque la cuestión de la extensión horaria de la jornada es aquí abstracta.----------

----En efecto, aunque la actora alegó en su demanda haber prestado servicios por ocho horas diarias (fs. 20, penúlt. párr.), al concretar su reclamo con la liquidación de las diferencias salariales efectuó todos los cálculos sobre la base de “jornadas normales de siete horas” (fs. 21, cap. V, pto. 1), de modo que en definitiva no exigió salarios por horas extraordinarias de labor, que fueran allende de la jornada normal. La petición en definitiva la restringió la demandante a las diferencias salariales derivadas de un básico mayor al que se le abonaba, mas producidas en jornadas de siete horas. Por su lado, el demandado invocó en el responde la misma extensión de las jornadas de labor (fs. 49 vta., párr. 6°). Y la sentenciante de origen acogió el rubro en la medida que fue peticionado, esto es liquidado de acuerdo a trabajos cumplidos durante siete horas diarias.----------

----Esa coincidencia entre lo reclamado por la actora, lo invocado en la contestación de la demanda y la decisión de la anterior instancia diluye toda posibilidad de agravio por parte del recurrente, porque no existe un desnivel desfavorable entre lo resuelto y lo que él expusiera como defensa. En síntesis, no hay gravamen, fuente de un interés jurídico tutelable que de lugar a un agravio audible. Recuérdese que constituye presupuesto subjetivo de admisibilidad de la apelación que quien la interponga sufra un perjuicio, pues de lo contrario ausente se hallaría el interés, que es a su vez requisito causal no sólo de todo recurso, sino de todo acto procesal (confr.: Palacio, “Derecho procesal civil”, Abeledo-Perrot 1.972, IV-31, n° 335 y V-85, n° 546). ----------

----IV.- Es inexacto que hubiera correspondido en la especie probar la categoría o nivel del establecimiento donde la actora se desempeñara. ----------

----Alegado concretamente en la demanda que el mismo pertenecía a la categoría “B” tres estrellas del C.C.T. 389/04 (fs. 20, cap. III, pto. 2), ello no fue específica y categóricamente negado en el responde por el demandado (fs. 49/vta., cap. “Hechos”). Al señalar él en la pieza de agravios la negativa genérica que formulara a fs. 49, párr. 3°, parece haber olvidado el expreso texto del art. 360 inc. 1° C.P.C.C.: “...la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran”.----------

----Este tópico no remite así, ni por asomo, a una cuestión de prueba del dato aludido. El mismo ha quedado fijado en autos, pues a su respecto operó la figura procesal de la admisión. Ella se origina cuando del entrecruce de las alegaciones de las partes resulta la adhesión o conformidad de ambas con uno o más datos relevantes para el debate (arts. 45 inc. 4º de la Ley XIV n° 1, 333 inc. 4º, 360 inc. 1º C.P.C.C.; confr.: Guasp, opus cit., I-329, nº II, “b”), con la observación todavía de que tal figura no sólo puede presentarse bajo la forma expresa, configurada por el reconocimiento explícito de los hechos por el demandado, sino igualmente de modo tácito, derivado del silencio o la negativa genérica o evasiva, cual en la especie aconteció (confr.: Alsina, ob. ind., III-246, nº11).----------

----El efecto propio de esa figura procesal consiste en dispensar la carga de acreditar los hechos por ella recogidos, pues ante la ausencia de controversia a tal respecto los mismos presentan ya la certeza necesaria para que el juez inspire en ellos el sentido de su decisión, de acuerdo a la teoría de la sustanciación o del hecho natural y a los principios dispositivo y de bilateralidad a los que firmemente adhieren nuestras leyes adjetivas. Tales hechos admitidos quedan lisa y llanamente excluidos del “thema probandum”, porque la prueba ha de versar sobre los “hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes”, según edicta el art. 364 C.P.C.C. y no forman pues materia de ella los así fijados (confr.: Morello y otros, opus cit., V-A-9/11 y 23; esta alzada, c. 17.989 S.D.L. 22/02, c. 18.404 S.D.L.4/03, c. 78/08 S.D.L. 73/08, entre innúmeros otros precedentes).----------

----Cabe entonces tener por cierto el nivel del negocio indicado en la demanda y conforme a él liquidar los salarios de la trabajadora.----------

----V.- Resulta también errado el agravio apuntado contra la supuesta condena a abonar salarios de febrero de 2007 no reclamados por la actora, por la sencilla razón que la Señora Magistrada “a quo” no la pronunció así. Si ella condenó a pagar una suma dineraria por ese período fue en calidad de integración de la indemnización sustitutiva del preaviso omitido con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes del despido (art. 233 párr. 2° L.C.T.), a lo que la actora tenía derecho visto que la denuncia del contrato acaeció el día 2/2/07.----------

----VI.- Desacertado es el ataque traído contra la condena a abonar la indemnización reglada en el art. 80 “in fine” L.C.T. (texto del art. 45 de la Ley 25.345), apoyado en la ausencia de prueba sobre el daño causado. ----------

----Es este uno de los supuestos en que el derecho laboral presume la existencia de daño sin más y el empleador no puede exonerarse de responsabilidad alegando que el trabajador no sufrió perjuicios (en análogo orden de ideas y para el art. 245 L.C.T., Sardegna, “Ley de contrato de trabajo”, Universidad 1982, pág. 614).----------

----Por otro parte, y ya en torno al cumplimiento de la obligación de entregar certificado de trabajo, no tiene caso debatir la extemporaneidad o no de su cumplimiento, ya que la juzgadora del previo grado concluyó que incluso las certificaciones agregadas

resultaban incompletas y parciales (fs. 237, párr. 3°) y esta conclusión no fue objeto de agravio concreto y razonado del recurrente cual lo requería el art. 268 C.P.C.C., con lo cual tal decisión ganó firmeza. Incumplida pues la obligación todavía a esta altura, mal cabe que el demandado procure eximirse de la consecuencia de ello invocando el cumplimiento. ----------

----VII.- Por las apuntadas razones entiendo que la sentencia apelada debe ser parcialmente modificada a fin de sustraer del monto de la condena los importes de las pretendidas diferencias salariales correspondientes al lapso corrido desde el 1/11/05 al 23/3/06, las que ascienden a la suma de $ 2.277,07 por los rubros correspondientes al período corrido entre el 1/11/05 al 28/2/06 y a la de $ 495,29 por la fracción del mes de marzo de 2006 previa al nacimiento de la relación. El capital de condena debe ser reducido así en la suma de $ 23.788,51. ----------

----Por aplicación del art. 282 C.P.C.C., ha de ser adecuada a esta nueva decisión la condena en costas pronunciada en el previo grado. Visto que la pretensión progresa en casi todos sus rubros integrantes y por montos poco inferiores a los reclamados, dichas costas han de ser impuestas al demandado en un 90 % y a la actora en un 10 % (art. 72 C.P.C.C.). No será menester practicar adecuación de los honorarios regulados, toda vez que fijados ellos en importes porcentuales su ajuste al nuevo capital de condena operará automática. ----------

----Triunfante sólo uno de los agravios vertidos y desestimados los cuatro restantes, promedia en la especie un vencimiento parcial y mutuo que autoriza a distribuir las costas causídicas de segunda instancia, imponiéndolas al apelante en un 80 % y a la actora en el restante 20 % (art. 72 C.P.C.C.).----------

----En atención a la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas, propongo regular los honorarios del Dr. S. A. por sus tareas de alzada en la suma equivalente al 3,50 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (arts. 5, 6, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4, ex arts. 6, 7, 14, 19, 47 del Dec.-ley 2.200). ----------

----En consecuencia, me expido en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

---- **<u>A ESTA MISMA CUESTIÓN,</u>** dijo el Dr. Ferrari: ----------

---- I. Ya el Dr. Velázquez ha hecho una ilustrativa reseña de la cuestión que motiva la apelación de la parte demandada y de los antecedentes fácticos referidos a la misma, de manera que no tiene objeto abundar acerca de dichos aspectos, por cuanto se hallan cumplidas las exigencias formales previstas en los arts. 163, inc. 3° y 164 C.P.C.C. En consecuencia, me pronunciaré directamente sobre los agravios planteados ante esta alzada.----------

---- II. **<u>Fecha de ingreso de la actora:</u>** ----------

Comparto el criterio expuesto por el colega preopinante, pues los testimonios prestados en la causa permiten destruir la presunción emergente de la carga incumplida por la

patronal –falta de exhibición del libro especial, art. 52 LCT– al demostrar, mediante las declaraciones concordantes de B. G. (fs. 194/vta.) y de P. E. (fs. 205/206) que la actora comenzó a prestar tareas al servicio del demandado en el mes de marzo de 2006.---------- Así, afirma el testigo G. que la demandante ingresó a trabajar en “C. P.” “a comienzos del año 2006, en marzo o abril” (conf. resp. a las generales de la ley y a la 2da. preg.). Su declaración se aprecia confiable, pues al dar razón de sus dichos expresó que trabaja en dicho establecimiento desde hacía cuatro años –es decir, desde el año 2004– en tareas de limpieza, por lo que ha podido percibir por sus propios sentidos los detalles (antigüedad, jornada laboral, tipo de labores cumplidas, etc.) de la prestación de la actora.---------- A su turno, P. E. narra que comenzó a trabajar en la confitería “C. P.” en enero o febrero de 2006 y que la actora lo hizo un mes más tarde (conf. resp. a las generales de la ley y a la 2da. preg.). Valen a su respecto idénticas consideraciones, ya que como compañero de tareas tuvo ocasión de apreciar por sí mismo los pormenores de la actividad desplegada por G. P. para el mismo empleador.---------- Si bien se ha dicho que la calidad de dependiente del demandado aconseja apreciar su declaración con mayor severidad, esta relación contractual no afecta *per se* la eficacia persuasiva de su atestación, sobre todo cuando las respuestas brindadas son claras y categóricas; y mucho más aún si se trata de dos testimonios coincidentes de personas que prestaron tareas en el mismo establecimiento y en forma coetánea con el trabajador, por lo que han tenido una percepción directa e inmediata de los hechos (conf. mi voto en Expte. 22.230 – SDL 49/07; entre otros). En tales circunstancias, los dichos de los nombrados adquieren singular fuerza convictiva y, atendiendo a las reglas de la sana crítica racional (arts. 386, 456, C.P.C.C.), deben ser preferidos a los testimonios de D. E. R. (fs. 148/vta.) –quien mencionó una fecha de ingreso que en nada coincide con las versiones de los litigantes– y de J. C. M., cuyas inexplicables contradicciones ya han sido debidamente señaladas por el colega de primer voto.---------- A mérito de lo expresado, debe considerarse adecuadamente acreditada por la parte demandada la fecha de ingreso aducida por ella –23/03/2006–, tal como figura en los respectivos recibos de haberes, y no la sostenida por la parte actora, que no ha tenido adecuado correlato probatorio en autos.---------- A mérito de ello y como lo propone el colega prevotante, corresponderá modificar el monto de condena, restándole las diferencias remuneratorias acordadas en la anterior instancia con base en la antigüedad alegada por la demandante.---------- III. **<u>El agravio referido a la extensión horaria de la jornada laboral:</u>** ---------- Distinta suerte correrá en cambio el agravio referido a este rubro. Bien ha señalado el Dr. Velázquez que el decisorio no ha acogido créditos salariales vinculados a una jornada mayor de la de siete horas correspondiente a su categoría según el convenio aplicable (CCT 389/04). Así lo demuestra la liquidación practicada en la demanda (ver

punto V.1 - fs. 21). Lo que se hallaba en disputa, conforme a los términos de la demanda, era la presunta existencia de diferencias salariales por un básico y una cantidad de días mensuales trabajados superior a la que se le abonaba, mas no la jornada de siete horas, según la escala convencional respectiva.----------

---- Esta constatación pone de manifiesto la inexistencia de gravamen para el apelante, en tanto no hubo concesión de diferencias salariales por mayor carga horaria, sino que las acogidas lo fueron por cumplimiento de los días completos de cada mes, desestimándose la alegación patronal acerca de supuestas y no probadas inasistencias de la trabajadora. En consecuencia, la queja del apelante debe ser desestimada.----------

---- IV. **La categoría del establecimiento:** ----------

---- Con acierto ha señalado el colega de primer voto que este tópico no fue materia controvertida en la causa. Afirmó la actora que se trataba de un establecimiento categoría “B” del CCT 389/04 (ver demanda, fs. 20) y este hecho no fue objeto de una negativa expresa y categórica por parte del demandado, cual era su carga procesal (art. 356, inc. 1° C.P.C.C. aplicable por remisión del art. 76, Ley XIV N° 1, ex Ley N° 69), por lo que el hecho ha quedado admitido y exento de prueba. Por consiguiente el agravio deberá rechazarse, y así lo dejo votado.----------

---- V. También ha de correr suerte adversa el agravio referido a la condena a abonar la indemnización contemplada en el art. 80 LCT (texto seg. art. 45, ley 25.345). No se trata aquí de que el trabajador deba probar haber sufrido un perjuicio, sino que la propia ley lo presume al instituir esta sanción por la falta de entrega en debido tiempo y forma de la documentación establecida en dicha norma legal, de manera que la crítica basada en la inexistencia de daño o gravamen no satisface el grado de exigencia técnica previsto en el art. 265 del C.P.C.C. y por tanto debe ser desechado.----------

---- VI. **Conclusiones:** ----------

---- Como síntesis de lo expuesto hasta aquí y en plena concordancia con el colega preopinante, considero que debe modificarse parcialmente el fallo a fin de retraer los montos concedidos por diferencias salariales por el período 01/11/2005 al 23/03/2006, con lo que el monto por el que prosperará la pretensión entablada asciende a $ 23.788,51 con más los intereses dispuestos en el fallo apelado.----------

---- Concuerdo asimismo con la adecuación de las costas de primera instancia a este nuevo resultada, distribuyéndolas en un 90% a cargo del demandado y en el 10% restante por cuenta de la actora.----------

---- En cuanto a los accesorios de alzada, también participo de la propuesta del Dr. Velázquez, ya que tanto los porcentajes de distribución de costas como los de los honorarios regulados se compadecen con las pautas de valoración genéricas –es decir, la extensión, la calidad de las tareas y los resultados respectivamente obtenidos– los que doy aquí por reproducidos en mérito a la brevedad.----------

---- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Frente al acuerdo antes alcanzado corresponde:----------

----A) Revocar parcialmente la sentencia apelada, a fin de fijar el capital de la condena en la suma de veintitrés mil setecientos ochenta y ocho pesos con cincuenta y un centavos ($ 23.788,51), confirmándola en lo demás que fuera materia de agravios.-------

----B) Imponer las costas de primera instancia, por adecuación a la presente, al demandado en un 90 % y a la actora en un 10 %.----------

----C) Imponer las costas de segunda instancia al apelante en un 80 % y a la actora en el restante 20 %. ----------

----D) Regular los honorarios del Dr. S. A., por sus tareas de alzada, en la suma equivalente al 3,50 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.----------

----ASÍ LO VOTO. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ----------

Tal como ya lo adelanté, comparto la resolución propuesta por el colega prevotante en todos sus términos, votando en sentido idéntico.----------

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

---- Trelew, de marzo de 2.010.----------

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

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

---- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, a fin de fijar el capital de la condena en la suma de veintitrés mil setecientos ochenta y ocho pesos con cincuenta y un centavos ($ 23.788,51), confirmándola en lo demás que fuera materia de agravios.---

---- IMPONER las costas de primera instancia, por adecuación a la presente, al demandado en un 90 % y a la actora en un 10 %.----------

---- Imponer las costas de segunda instancia al apelante en un 80 % y a la actora en el restante 20 %.----------

---- REGULAR los honorarios del Dr. S. A., por sus tareas de alzada, en la suma equivalente al 3,50 % del monto total del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.----------

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

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDL.- Conste.-