--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“F., C. B. c/ A., J. E. y/o q. rte. resp. y/o prop. de “G. S.” s/ diferencia de haberes e indem. de ley”** (Expte. Nº 322 - 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. 120.----------

---------- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 109, que fuera concedido a fs. 110, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 103/106 y vta. que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por C. B. F. y condenó a J. E. A. al pago dentro del plazo de diez de la suma de $31.483,84.-, con más sus intereses, en concepto de diferencias salariales, diferencias sobre vacaciones proporcionales y sueldo anual complementario, indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, e incrementos previstos por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, con imposición de costas al vencido sobre el monto de condena, y por la porción del reclamo desestimado a cargo del demandante. ----------

--- Los agravios vertidos lucen a fs. 111/114 y vta., el traslado conferido a fs. 115 fue evacuado por su contraria a fs. 116/vta., y sostiene el apelante que le causa agravio la convalidación de la pretensión de la actora acerca de la existencia de horas extras, y por ende, las diferencias salariales a favor del trabajador. Expresa que el C.C.T. 421/05 regula en el art. 9 la jornada de trabajo y que el régimen de francos está regulado en el art. 14. Señala que el actor sostiene que trabajaba ocho horas diarias e invocando el art. 9 del C.C.T. reclama el pago de la jornada completa. Entiende que el planteo es equivocado ya que el empleador puede incorporar al trabajador como personal mensualizado o jornalizado, y en el caso de F. fue jornalizado, cobrando por cantidad de horas efectivamente trabajadas. Surge de sus recibos que con habitualidad F. no alcanzaba siquiera a las 200 horas mensuales, y aún cuando ello ocurría no se devengaban horas extras porque el empleador confiere francos compensatorios, debiendo considerarse especialmente que el trabajador cumplía horarios rotativos. Agrega que el trabajador pretendió el pago de diferencias salariales considerando que las laboradas en exceso de las 200 horas mensuales son horas extras. Entiende que el actor no logró acreditar el cumplimiento de horas en exceso del máximo de la jornada legal pues en este tipo de actividad es habitual el sistema de turnos rotativos y el otorgamiento de francos compensatorios por el régimen horario que cumpla el trabajador. El propio convenio ratifica la posibilidad de extender la jornada diaria hasta 12 horas siempre que la totalidad de las horas semanales no supere las cuarenta y

ocho, de lo que se deduce la obligación de otorgar los francos compensatorios correspondientes. Considerando que el trabajador reclama una jornada en exceso de la máxima legal, pesaba sobre la contraparte la carga de probar sus dichos, y salvo cuando se le liquiden al trabajador sobre las 200 horas mensuales, las diferencias reclamadas resultan inexistentes. Se agravia en concreto de que el juzgador sostuviera el devengamiento de diferencias salariales en los casos en que la cantidad de horas cumplidas por F. fue inferior a las 200 horas, pues el sistema de liquidación por jornal o por día está previsto en el convenio de aplicación. Formula queja por el acogimiento de la injuria invocada por F. como fundamento para adoptar la extrema decisión del despido indirecto. La relación laboral se sostuvo en términos más o menos normales, salvo las quejas de algunos clientes hacia el actor, y el problema entre las partes emerge a partir de la aplicación de una justa sanción de suspensión, medida que fue consentida y que fue aplicada considerando los antecedentes desfavorables del trabajador. Relata que un sábado por la tarde fue sorprendido por el contralor médico de la empresa trabajando en labores de carpintería mientras usufructuaba licencia por una intervención quirúrgica en una de sus manos, aconsejándosele guardar reposo. El segundo aspecto que provoca el rechazo del trabajador fue su traslado a la ciudad de Rawson al que calificó de castigo a sus reclamos, señalando que ello es un exceso ya que la modificación de las condiciones de trabajo se encuentra prevista en el art. 13 del convenio 421/05. Expresa que a partir de la suspensión advierte o se agravia de pretendidas diferencias salariales, y no conforme se permite objetar el traslado convencionalmente admitido, reclamando viáticos que ya cobraba y también que el tiempo de traslado se compute dentro de la jornada de trabajo. Las pretendidas diferencias salariales no tiene entidad para causar el distracto por no cumplir con los requisitos de contemporaneidad y proporcionalidad. Manifiesta al respecto que las diferencias salariales se habrían devengado desde su ingreso por lo que la discutida liquidación de los haberes no podría significar la ruptura del vínculo, y las mismas no alcanza ni al 20% de la retribución. Considera que la sentencia no es congruente ya que se reflejan las expresiones dadas por el empleador que no significaran una cerrada negativa a la pretensión, pero que quedara sujeta a una interpretación normativa que ahora el Juez rechaza. Expresa que el reclamo salarial lejos está de una claridad que habilite sin más acceder al mismo pues la lectura del convenio y el método aplicado dejan amplio margen de dudas que el Juez zanjó en una decisión que le agravia. Sin embargo, el Juez considera que de no haber dado el demandante un corte a la situación probablemente hoy continuaría sin ver satisfechas sus expectativas. Estima que el razonamiento es equivocado ya que con interponer una demanda de cobro de diferencias salariales, si se confirmara la decisión, el trabajador hallaría satisfecha su expectativa, y esta hipótesis desautoriza el bastión del juzgador para conferir procedencia a la pretensión indemnizatoria. Agrega que se soslayó que la ruptura es una decisión extrema y como tal hace responsable a quien impide la continuidad de la

relación laboral ya que la continuidad del contrato de trabajo es un principio general de la doctrina de los contratos receptada por el art. 10 de la L.C.T. Con cita de doctrina manifiesta que resulta también importante valorar el monto de la deuda ya que si se trata de una diferencia salarial anterior y el empleador continúa abonando normalmente la remuneración el trabajador podría accionar por las diferencias sin extinguir el vínculo laboral. Hace referencia al fallo dictado en autos “C., D. c/ S. D. P. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley” en el que la interpretación se situó por el rechazo de diferencias salariales (20% por zona desfavorable) como causal de despido. Es una decisión que tuvo en mente el Señor Juez al reconocer precedentes contrarios a su decisión (SDL 32/2008). Agrega que en este caso se atendió a la existencia de vías alternativas para que el trabajador obtenga el reconocimiento de su crédito sin llegar a la ruptura laboral, y que son ejemplos de estas vías el reclamo administrativo o la demanda judicial de diferencia de haberes. En igual sentido se pronunció la sala “A” de esta Cámara en S.D.L. 50/2007. Expresa que de la prueba colectada se advierte que el trabajador pasó a actuar con iracundia ante la justa sanción que se le aplicara y no vaciló en cuestionar atribuciones propias del empleador, como era su traslado, y recién entonces reclamar supuestas diferencias salariales. Contrariamente a lo sostenido por el Juzgador, la existencia de diferencias salariales a favor del trabajador no autorizaba la ruptura de la relación laboral pues debe existir una elemental proporcionalidad entre la falta del empleador y la decisión extrema de considerarse despedido, y a ello cabe evaluar que el trabajador no se caracterizó por ser un catálogo de virtudes ya que se acreditó que tuvo conductas como violar el reposo médico, ausentarse sin autorización y resistir su traslado, que no lo delimitan como el ejemplo de trabajador. Agrega que atendiendo a que de su parte no se ejecutó de buena fe el contrato laboral, constituye un caro premio el derecho a obtener indemnizaciones por un despido ilegalmente provocado. Se agravia en definitiva de la procedencia de las indemnizaciones por despido que fueron acogidas. Peticiona se revoque la sentencia recurrida en cuanto es materia de agravios, con costas. ----------

--- A su turno, al contestar el traslado manifiesta el actor que ha quedado demostrado la existencia de diferencias salariales y los incumplimientos que se invocaron como sustento de la pretensión. De la prueba aportada surge las diferencias de haberes por incorrecta liquidación de los mismos, y sólo basta con mirar los recibos de haberes presentados. Señala que cuando las horas trabajadas eran menos de 200 o no excedían este número se le pagaba por hora laborada, pero cuando superaba ese guarismo se le abonaba por salario básico de convenio. De un simple cálculo matemático surge la improcedencia de la liquidación realizada por la demandada, por lo que al a quo no le generó duda alguna que el cálculo efectuado en demanda se ajusta a derecho. Agrega que lo que siempre mantuvo el demandado y hasta hoy lo hace es que no existieron diferencias salariales y luego pretende restarle importancia a este argumento, como para justificar la ruptura del contrato. Las diferencias de haberes

resultó el principal reclamo y la respuesta del demandado siempre fueron las mismas, dilatando la situación y llevándolo al desgaste, que iban a verificar, que iban a cotejar. Expresa que se demostró en el proceso que los reclamos comenzaron casi un año antes de manera verbal, razón por la cual la demandada lo va cambiando de objetivo en diferentes puntos de la ciudad hasta mandarlo a una garita a playa Magaña, medidas tomadas a raíz de los reclamos salariales que el actor siempre efectuó. Reitera que con un simple vistazo surgían las diferencias que hoy el demandado sigue negando, y señala que el acoso o la presión laboral que aplicaba la demandada cada vez iba a ser más desgastante como se manifestó en la demanda, y por ello el despido indirecto debe ser reparado. Solicita se tenga por contestado el traslado y se sostenga el fallo de primera instancia, con costas.----------

--- 2. Tocante a las diferencias salariales que acogiera el fallo en crisis el argumento central del quejoso radica en sostener que el art. 9 del C.C.T. 421/05 autoriza a que el empleador pueda incorporar al trabajador como personal mensualizado o jornalizado.---

--- En tal sentido, el salario por tiempo es el que tiene como unidad de cómputo el día, el mes o la hora (F. Madrid, J. Carlos, Director, “Tratado de Derecho del Trabajo”, La Ley, 2da. ed. act., 2001, T. II, par. 11.16.2., pág. 1267).----------

--- Asimismo, el sueldo es uno de los dos tipos salariales *fijos* que se determinan por una unidad de *tiempo*, el *mes*; el otro es el *jornal*, que toma como *unidad de tiempo* el *día* o la *hora* (Ackerman-Tosca, “Tratado de derecho del trabajo”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, T. III, pág. 514). ----------

--- En ese direccionamiento, desde que el actor cumplió tareas en forma permanente y continuas correspondía que su remuneración le fuera abonada en forma mensual, esto es como sueldo y no como jornal.----------

--- Por eso, si bien la citada norma del convenio colectivo utiliza la expresión “jornal proporcional” en el caso de trabajadores que cumplan una jornada diaria menor de seis horas, lo cierto es que la postura de la parte al distinguir como alternativas personal mensualizado o jornalizado importa una personal interpretación en perjuicio del dependiente toda vez que la remuneración por día u hora es propia de trabajadores discontinuos y ese no es el caso de autos. ----------

--- Así, la retribución diaria es propia de los trabajadores discontinuos, tengan o no carácter permanente (ver nº 811, t. I) (Meilij, Gustavo Raúl, “Contrato de trabajo”, Depalma, 1981, T. II, par. 854, pág. 11), modalidad del trabajo eventual que es una relación que se distingue de las demás por su naturaleza intrínsecamente precaria y desprovista de vocación de permanencia. Esta modalidad de trabajo ha sido impuesta por la práctica social y la jurisprudencia. En la generalidad de los casos se traduce en la realización de tareas conocidas como “changas” (Meilij, ob. cit., 1980, T. I, par. 809 y 811, pags. 379/380).----------

--- Por lo demás, no es cierto como sostiene el empleador en su contestación de demanda que “El actor ... fue contratado como personal JORNALIZADO, es decir,

desde siempre sus haberes fueron liquidados por la cantidad de horas trabajadas” (p. IV, fs. 18, tercer párrafo, segundo apartado) (el subrayado me pertenece). ----------

--- En efecto, es dato admitido que el actor prestó tareas a partir de abril de 2005 (escrito de contestación, p. IV, fs. 16, segundo párrafo; certificado de trabajo reservado sin foliar que se tiene a la vista). En ese contexto, el cotejo de los recibos de haberes reservados que en este acto se tienen a la vista permite observar que recién a partir del recibo del mes de agosto de 2005 (fs. 48) se estableció como modo de remuneración el cálculo por hora (“REM. ASIGNADA 3,15”) pues con anterioridad, por caso en los recibos correspondientes al mes de junio de 2005 y sueldo anual complementario, primer semestre (fs. 46 y 47) se consignó la remuneración mensual (“REM. ASIGNADA 594.00”), ello al igual que para el mes de mayo de 2005 conforme importe de $594.- que se consigna en el formulario ANSES PS 6.2. reservado y que también se tiene a la vista.----------

--- De tal modo, surge claramente que el actor fue contratado con sueldo, tipo de salario fijo que se determina por “mes” y que es propio de los trabajadores con tareas continuas y permanentes, y que con posterioridad sin la conformidad del trabajador se le modificó en su perjuicio la forma de liquidación de la remuneración pasando a calcularse la misma de forma diaria, o sea a “jornal”, método que como ya se señalara se aplica en el supuesto de los trabajadores discontinuos.----------

--- Con ese alcance se desestima la queja.----------

--- En cuanto a la jornada de trabajo diaria hasta 12 horas invocada en la pieza de agravios (fs. 112, tercer párrafo) debe precisarse que el art. 6 del convenio colectivo de la actividad exige como presupuesto la conformidad del vigilador y la necesidad de otorgar 36 horas de descanso, aspectos que de ese modo no fueron alegados oportunamente en el escrito de contestación de demanda (ver p. IV, fs. 16/19 vta.), por lo que la prohibición impuesta por el art. 280, de la Ley XIII Nº 5, Anexo A (art. 277 del C.P.C.C.) veda toda consideración. ----------

--- En lo que hace a que el actor no logró acreditar el cumplimiento de horas en exceso de la jornada legal, corresponde señalar que con tal manifestación el recurrente elude hacerse cargo del razonamiento del juzgador que resultó dirimente para dilucidar tal cuestión.----------

--- Al respecto, el fallo de la anterior instancia precisó a fs. 104 vta que: ***En concreto lo que en demanda se reclama es el pago de diferencia de haberes por incorrecta liquidación de los mismos, no se reclama mayor cantidad de horas sino que se cuestiona justamente el método -como dice la demandada- o la manera en que le liquidó su salario*** ... ----------

--- En tal sentido, lo que ahora está en tela de juicio es el razonamiento del juez, que es el objeto del recurso de apelación (CNCiv., sala “B”, mayo 15-979, “Cufre, Héctor N. y otro c. Bravo, Julio J.”, L.L. 1979-C, 76), por lo que resulta estéril el escrito de agravios cuando no despliega una crítica concreta del fallo en crisis.----------

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

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

--- Sin perjuicio de ello, obviando tal circunstancia procesal, cabe señalar que en caso de vigilador sin cargo jerárquico la regla general es la jornada de trabajo ordinaria de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales (art. 9 del C.C.T. 421/05), por lo que si se supera esa jornada corresponde el pago de horas suplementarias. ----------

--- Así, ni el dec. 16.115/33, ni la ley 18.204, que en su art. 3º remite a la ley 11.544, disponen que las tareas de un vigilador que no tiene ninguna jerarquía en la empresa, estén exceptuadas de lo normado en materia de jornada, conclusión robustecida por el C.C.T. 15/75 y el C.C.T. 194/92 (actual texto ordenado por C.C.T. 421/05) que fijan una jornada de trabajo de 8 horas diarias y/o 48 semanales, regulando el pago de horas extras en caso de superar ese lapso de trabajo (CNTrab., sala II, mayo 29-1997, “Vargas, Carlos c. Ank Prot, T y SS 1997-1026). ----------

--- Finalmente, aun cuando el método empleado por la patronal para la liquidación es errónea y fue practicada en perjuicio del trabajador por los fundamentos expuestos, si por hipótesis existiera alguna duda como lo sostiene el recurrente (“ ... la lectura del convenio y el método aplicado para la liquidación dejan amplio margen de dudas ...”, fs. 113), corresponde estar al tipo salarial fijo determinado por medio de la unidad de tiempo “mes” y no “jornal, por aplicación del principio de la norma más favorable para el trabajador en caso de interpretación de las normas legales o convencionales (art. 9, segundo párrafo, L.C.T.). ----------

--- Por tales razones se desestiman los agravios vertidos en ese aspecto por el apelante. ----------

--- 3. Formula queja el recurrente por entender que no se cumplieron los requisitos de contemporaneidad y proporcionalidad. ----------

--- 3.1. Respecto del primer recaudo no le asiste razón al apelante en su planteo pues aún cuando las diferencias salariales reclamadas por el actor pudieron existir desde su ingreso a la empresa la pauta de oportunidad se encuentra cumplida por la sencilla

razón de que el incumplimiento se mantuvo en el tiempo. Esto es, el requisito de contemporaneidad subsistió hasta el momento del distracto.----------

--- Desde esta perspectiva: “En cuanto a la pauta de oportunidad, debe subrayarse que la ruptura ha de decidirse no sólo en data razonablemente próxima al incumplimiento de la otra parte, sino también mientras el tal incumplimiento es mantenido” (del voto del Dr. Velázquez, sala “A”, c. 22.642, S.D.L. 32/08). ----------

--- Por tal fundamento, se desestima la queja.----------

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

--- La valoración de la importancia y de la aptitud de la injuria para disolver el vínculo debe ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en cuenta las modalidades de la relación y las circunstancias personales que se dan en cada caso (F. Madrid, obra y tomo citado, 3ra. ed., 2007, par. 15.6.3., pág. 1846). ----------

--- Con ese alcance, toda vez que esa valoración debe realizarse en el concreto caso -tal como acertadamente lo precisara el juzgador a fs. 105 vta., último párrafo- no comparto en esta causa la postura del apelante al sostener que por no alcanzar al 20% de la retribución las diferencias salariales el reclamo no tiene entidad para causar el distracto por lo que el actor incumplió el requisito de proporcionalidad. ----------

--- Es que, no observo que el reclamo lo sea por una diferencia de escaso monto, a lo que cabe agregar que inaplicable resulta el antecedente jurisprudencial mencionado a fs. 113 vta./114 (sala “A”, c. 22.238, S.D.L. 50/2007) pues en esta causa no existió por el demandado deposito alguno de las sumas reclamadas.----------

--- Destaco en tal sentido que en ese pronunciamiento se valoró esencialmente que el empleador ante la segunda comunicación cursada por la trabajadora procedió al depósito en vía administrativa de los haberes reclamados, y ese no es el caso de autos.

En ese contexto, señaló el Dr. Ferrari como primer votante que el hecho invocado por el dependiente como causa de despido fue la falta de pago de los haberes del mes de agosto de 2004, y que “... la prueba aportada por la actora acerca del hecho puntualmente reprochado por la ex dependiente -atraso en el pago de los haberes de agosto de 2004- no resultó plenamente asertiva ...”, destacando que ante la primera intimación el empleador manifestó que los salarios se encontraban a disposición de la trabajadora, y “... que, ante la segunda comunicación cursada, el demandado procedió a depositar los haberes en la sede administrativa, por lo que la demora imputada no evidencia haber tenido las notas de gravedad y entidad ofensiva en grado de injuria tal como para justificar la medida tan extrema de ruptura contractual dispuesta por la trabajadora”.----------

--- Inaplicable también resulta al presente caso el fallo dictado por la sala “A”, en c. 22.642, S.D. L. 32/08 citado a fs. 113 vta., penúltimo párrafo, pues en esta causa el empleador ante el reclamo del trabajador materializado en dos sucesivas intimaciones le respondió en forma negativa, por lo que no hubo reconocimiento alguno a su favor.---

--- Nótese que en el citado pronunciamiento se valoró de modo preponderante que la patronal con anterioridad a que la dependiente se colocara en situación de despido indirecto reconoció la procedencia del reclamo.----------

--- Así, destacó que si bien existió “... un incumplimiento grave de la empresa, pero a la vez no puede ser pasado por alto que intimada ella a abonar los saldos deudores, respondió reconociendo la procedencia del reclamo ... Esto es que la actora, cuando ya tenía reconocido su reclamo y la empleadora se había allanado a satisfacer el reclamo ... optó por la denuncia del contrato en lugar de otorgar preeminencia a la continuidad del mismo. No es justificada tal decisión de ruptura, porque “si el trabajador interpeló a su empleador para que cesara en una actitud de incumplimiento bajo apercibimiento de considerarse despedido, la manifestación de voluntad del interpelado de acceder a la intimación excluye que los incumplimientos pretéritos puedan ser invocados como justa causa de despido, ya que priva de actualidad a la injuria” (C.N.Trab., sala VI, D.T. 1991-A-262, con aprobatoria nota al pie de Carlos Pose; en análogo sentido, Cabanellas, “Tratado de derecho laboral, ed. Heliasta, to. II, vol. 3, pág. 280)” (del voto del Dr. Velázquez) (el subrayado me pertenece). ----------

--- Y por esa razón (reconocimiento del derecho) es que se estimó adecuado que de no abonarse con prontitud la deuda tenía la empleada a su disposición la acción judicial sin necesidad de extinguir el vínculo. ----------

--- En tal sentido, se destacó que “ ... ante el reconocimiento del derecho por la empresa, la empleada, de no pagársele la deuda con prontitud, tenía a su disposición la pertinente acción judicial de cobro de capital e intereses moratorios adeudados sin extinguir el contrato” (del voto del Dr. Velázquez).----------

--- En tales condiciones, a partir de considerar que no resultan aplicables los fallos citados por el recurrente ya que en el caso de autos no hubo depósito de las sumas reclamadas y tampoco reconocimiento alguno de la procedencia del reclamo, paso a destacar que el pago “íntegro” de la remuneración es el deber principal del empleador (art. 74 de la L.C.T.), por lo que practicada la intimación de pago, una vez incumplida, puede calificarse de “injuriosa” la conducta de la patronal.----------

--- Desde esta perspectiva, el trabajador intimó por dos veces a su empleador al pago de las diferencias salariales adeudadas bajo apercibimiento de considerarse despedido. Así, conforme documental reservada que se tiene a la vista intimó el 26/11/08 (telegrama TCL ********, CD ******** *, fs. 04), y ante el rechazo del reclamo con fecha 28/11/08 al señalar la patronal que “... no se advierten diferencias ...” (carta documento CD *********, fs. 14) reiteró el requerimiento bajo igual apercibimiento el 04/12/08 (telegrama TCL ********, CD 9881***** *, fs. 06) que nuevamente fue objeto de rechazo

el 09/12/08 ( “Rechazamos su reclamo por diferencias salariales. ...”, carta documento CD ******* *, fs. 168), por lo que el dependiente hizo efectivo el apercibimiento y se dio por despedido el 12/12/08 (telegrama TCL *******, CD ******** *, fs. 08). ----------

--- Y la mora en el pago de las remuneraciones no es en sí misma lo que autoriza la rescisión del contrato de trabajo, sino el carácter injurioso de la conducta empresaria, que puede, según las circunstancias fácticas, resultar encuadrada en los términos del art. 242 de la ley de contrato de trabajo. Para que se configure la injuria y el trabajador pueda disolver el contrato por tal motivo, es necesario que intime previamente el pago del crédito bajo el apercibimiento correspondiente. Esta es una exigencia impuesta por el obrar de buena fe (F. Madrid, ob. cit., 2001, T. II, págs. 1791/1792).----------

--- Así, las intimaciones cursadas lo fueron bajo apercibimiento de considerase despedido con lo que el trabajador dio cumplimiento a ese previo recaudo y satisfacción al requisito elemental del deber de buena fe, por lo que justificadamente se colocó en situación de despido indirecto ante los sucesivos rechazos al reclamo de pago de las diferencias salariales adeudadas, incumplimiento que se mantuvo al momento de la extinción del vínculo.----------

--- De tal modo, se observa un incumplimiento objetivo que consiste en la falta de pago de las diferencias salariales; y otro subjetivo consistente en la conducta asumida al no dar respuesta al requerimiento de pago, y en este aspecto se sostiene que para que se configure injuria laboral es necesario que el incumplimiento obedezca a una actitud injustificada del empleador (Meilij, ob. cit., T. II, pág. 101).----------

--- Por eso, bien ponderó el juzgador a fs. 105 vta. que la causal invocada (falta de pago de diferencias salariales) tuvo entidad suficiente como para justificar la ruptura del contrato de trabajo.----------

--- Es criterio de esta sala “B”, c. 22.919, S.D.L. 04/09, c. 70/09, S.D.L. 69/09, y c. 16/10, S.D.L. 06/10. ----------

--- En ese marco, desde que le asistió razón al dependiente al reclamar las diferencias salariales, las manifestaciones vertidas por el quejoso a fs. 112 vta. respecto a la improcedencia del reclamo de viáticos ya que se cobraba y a que el tiempo de traslado le fue reconocido, carecen de relevancia a los fines de valorar la situación de despido indirecto en la que se colocó el actor. ----------

--- En tal sentido, sabido es que si se invocaron varias causales de despido basta con acreditar una de ellas con entidad suficiente para que la comunicación rescisoria resulte justificada. ----------

--- Cuando son varias las causales invocadas en la notificación del despido (indirecto), la acreditación de alguna de ellas, con entidad bastante para justificar la medida, es suficiente para admitir el pertinente reclamo indemnizatorio (CNAT., Sala VII, 23/10/92, D.T. 1993-B, 1249). ----------

--- Es criterio de esta sala “B”, c. 22.482, S.D.L. 02/08, c. 70/09, S.D.L. 69/09, y c. 125/10, S.D.L. 12/10. ----------

--- Respecto de las razones que llevaron al trabajador a formular el reclamo al sostener el demandado que se originaron en la medida de suspensión adoptada y en el traslado a la ciudad de Rawson, lo cierto es que el momento a partir del cual decidió el trabajador materializar su reclamo (ver manifestaciones de fs. 112 vta., último párrafo) sólo proyecta efectos en materia de prescripción liberatoria, pues el silencio y falta de reclamo anterior no crea presunción alguna en contra del trabajador pues la intención de renunciar no se presume (art. 874 del Código Civil).----------

--- Esto es, en materia laboral el silencio y falta de reclamo oportuno no cabe ser interpretado como admisión toda vez que no se admiten presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho derivado de su silencio, conforme lo prescribe el art. 58 de la L.C.T.----------

--- Es más, la clara directriz fijada por el art. 58 de la ley de contrato de trabajo impide que se valore como presunción en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo (CNTrab., sala II, abril 29-994, DT. 1994-B, 2128).----------

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

--- En tal sentido, la falta de reclamo oportuno sólo tiene incidencia en materia de prescripción liberatoria, pues el silencio no puede en este caso ser considerado como admisión ya que no encuadra en ninguno de los supuestos previstos por el art. 919 del Código Civil.----------

--- Es criterio de esta sala “B”, c. 22.766, S.D.L. 44/08, c. 22.919, S.D.L. 04/09, entre otros pronunciamientos. ----------

--- Por tales fundamentos, se desestima el agravio.----------

--- 4. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada al apelante vencido, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69, Anexo A, Ley XIII Nº 5, art. 68 del C.P.C.C.).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios de los Dres. R. M. L. y A. M. S., en su carácter de letrados apoderados de las partes actora y demandada, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,88% y 2,80%, respectivamente, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4; arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente. ----------

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

---La parte demandada plantea recurso de apelación (fs. 109) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 103/106 y vta.) por el cual se hiciera lugar parcialmente a la demanda instaurada por el Sr. C. B. F., condenándolo a que abone al actor en el plazo que se fija, la suma de $ 31.483,84 con más sus intereses. Asimismo, se le impone las costas por la porción de la demanda que prospera atribuyéndoselas, por la porción desestimada, a la parte actora.----------

---A fs. 111/114 vta., luce agregado el escrito de expresión de agravios.---------- Ordenado su traslado a la parte actora (fs. 115) éste es evacuado por escrito que se encuentra glosado a fs. 116 y vta..----------

---I.- La reseña de los agravios vertidos en sustento del recurso incoado ha sido suficientemente realizada por el magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella estaré a efectos de evitar repeticiones estériles.----------

---Sin embargo resulta útil individualizar los motivos o cuestiones en los que centra la impugnación deducida en tanto que son los puntos a dilucidar en esta instancia revisora, cuales son: 1) si efectivamente se devengaron las diferencias salariales reclamadas en el escrito promocional y que se derivan del modo en que se computaran sus haberes, según hubiere superado o no el tope de 200 horas mensuales trabajadas; y, 2) si concurrió justa causa para el despido indirecto en el que se colocara el trabajador.----------

---II.- Respecto al tópico el juzgador a quo entendió lo siguiente: *"...como bien se denuncia en demanda diferencias salariales a favor de F. existen, sólo basta con mirar los recibos de haberes que reservados ante mi vista tengo para arribar a esa conclusión, igualmente le asiste razón en lo dicho respecto al tema de las horas trabajadas y que cuando éstas eran menos de 200 o no excedían este número se le pagaba por hora laborada. Por el contrario, cuando superaba ese guarismo, se le abonaba el salario básico de convenio y ello no se ve conmovido por los argumentos expuestos por la defensa de días, horas y francos trabajados entre un mes y otro, ni de los horarios rotativos, pues ciertamente un simple cálculo matemático le da la razón al actor; además tampoco veo motivo alguno por el cual se le deba pagar a F. el salario básico cuando la cantidad de horas laboradas superaban las 200 ateniéndose a las escalas mensuales fijadas para el convenio...."*(sic)(ver: considerando de fs. 104 vta./105).----------

---En contra de tal argumentación el recurrente invoca los arts. 9º y 14º del C.C.T. 421/05, normas convencionales que regulan la jornada de trabajo y los francos compensatorios, para sostener que según surgen de los recibos el actor éste no superaba las 200 horas mensuales y cuando ello ocurría le confería francos compensatorios. Añade a ello que el actor cumplía horarios rotativos. Se agravia en concreto que se admitan diferencias salariales cuando la cantidad de horas cumplidas por F. fue inferior a las 200 horas pues, postula, el sistema de liquidación por jornal o por día está previsto en el convenio de aplicación.----------

Desde ya adelanto mi opinión en cuanto que las normas del convenio de aplicación citadas y atinentes al caso lejos se encuentran de poder dar razón al posicionamiento esgrimido por la demandada impugnante. Es que allende de señalar que el efectivo otorgamiento y goce al actor de los francos compensatorios aludidos por la empleadora era una carga probatoria suya que se encuentra insatisfecha (conf. art. 377 del C.P.C.C., de aplicación por vía del art. 76 de la ley 69 –actuales arts. 381 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A; y, art. 73 de la Ley XIV Nº 1-); lo determinante, a mi juicio, para desechar toda posibilidad de buen éxito al posicionamiento adoptado por la apelante, es la incorrecta interpretación que expresa y que se encuentra vinculada a lo que ella denomina como “sistema de liquidación por jornal o por día”(vide: escrito de agravios –fs. 112 “in fine”-).----------

---Es que no es válido ningún otro sistema de liquidación que aquel que prevé el convenio, cual es, el pago por la unidad de tiempo mensual. Tal forma de determinar la remuneración es concordante con la posible elección entre una o varias de las posibilidades que permite la norma legal que sirve de base protectoria de mínima que se encuentra contenida en el art. 104 de la L.C.T..----------

---Ahora bien, estimo, que lo que le da pábulo a la recurrente para ensayar esta pretensa distinción entre jornal y mensualidad, se encuentra en la hipótesis contemplada por el art. 9º del convenio, en cuanto prevé el supuesto de que el trabajador cumpla una jornada menor a las seis (6) horas, en el cual contempla el pago proporcional a las horas efectivamente cumplidas por éste. Empero, reitero, el actor fue un trabajador mensualizado siempre, de lo cual da suficiente cuenta la liquidación mensual obrantes en los recibos de haberes reservados en caja de seguridad y que tengo a la vista (vide: fs. 17/115).----------

---En tal sentido, el salario por tiempo es el que tiene por unidad de cómputo el día, el mes o la hora. La L.C.T. en su art. 104 se refiere en forma genérica a la fijación del salario por tiempo y en otras disposiciones hace mención al salario por día fijado en la convención colectiva o al mínimo vital expresado en monto mensual, diario u horario, como pauta de referencia para la determinación de otros salarios, que no podrán ser menores a los establecidos de este modo (imponiendo una suerte de piso salarial). Cuando la misma ley se refiere a los períodos de pago precisa la situación del personal mensualizado al que debe abonársele su sueldo una vez vencido el mes calendario (dentro de los cuatro días hábiles posteriores) y la del personal remunerado a jornal o por hora al que se le paga por semana (dentro de los tres días hábiles posteriores) o quincena (dentro de los cuatro días hábiles posteriores) y no se ha tenido en cuenta otras periodicidades pues ellas en la práctica no existen.----------

---En esta hermenéutica, en el salario por tiempo la remuneración se gana por el cumplimiento de la jornada horaria pactada (en la especie es de 8 horas diarias según art. 9º C.C.T. 421/05). Y, consecuentemente, si se trabaja menos se reduce automáticamente el monto del salario, en función del valor horario, tal como lo prevé la

norma convencional pre-citada. Solo por eso, y por su eventual implicancia respecto de posibles descuentos o incrementos (por ejemplo: el desempeño de tareas por una extensión horaria menor a la pactada como mínima –6 horas-, suspensiones; o, a la inversa, el cumplimiento de horas suplementarias a la máxima convencional) tiene relevancia la determinación del valor hora.----------

---Empero, ello no permite considerar, como lo pretende la recurrente, que fuera admisible la liquidación de la remuneración mensual computando el valor hora. En primer lugar, por alterar la unidad de tiempo convencionalmente prevista para la liquidación de los haberes; y, en segundo lugar, por cuanto el cambio de método de liquidación de los haberes del actor, a más de implicar un apartamiento del previsto convencionalmente, fue unilateral e inconsulto a partir del mes de agosto de 2005 (fs. 48).----------

---En tal marco de entendimiento es que con solo observar los recibos de haberes acompañados efectivamente se constata que en muchos períodos mensuales el actor trabajó en exceso del máximo mensual de 200 horas correspondiéndole, por ende, que se le liquidaran las horas suplementarias correspondientes en los términos previstos por el art. 14º del C.C.T. 421/05 en concordancia con el art. 201 de la L.C.T., al que remite.-

---Asimismo, con toda corrección el Sr. Juez a quo apunta la incorrecta y siempre peyorativa manera de liquidar los haberes mensuales del actor, destacando que cuando el trabajador cumplía menos de 200 horas se le pagaba por menos y cuando superaba dicho límite se le abonaba el sueldo básico.----------

---En suma, pues, el presente agravio no habrá de prosperar en mi voto dejándolo así expuesto al acuerdo.----------

---2) **Justa causa del despido indirecto:** El Sr. Juez a quo evaluó no solo que efectivamente la causal del despido invocada por el actor en la comunicación de su decisión de tenerse por despedido por culpa exclusiva de la patronal fue acreditada –diferencias salariales reclamadas-, sino también la actitud seguida en el intercambio epistolar previo al proceso, en el cual ponderó que la empleadora se posicionó en una respuesta que ponía en suspenso la satisfacción al reclamo que le dirigía su dependiente supeditándola a verificaciones que debía realizar e, inclusive, estimando que *“...de no haber dado el demandante un corte a la situación probablemente un hoy continuaría sin ver satisfechas sus expectativas...”*(sic) (ver: considerando de fs. 105 vta.).----------

---Debo señalar que esta última apreciación del juzgador de grado se encuentra indudablemente apoyada en el posicionamiento adoptado por la empleadora demandada al tiempo de contestar la demanda, puesto que al responder al reclamo de diferencias salariales las negó solicitando el rechazo íntegro de lo pretendido por el actor (ver: escrito contestatario de fs. 16/21). De allí que el argumento de la poca entidad de las diferencias salariales que ensaya ahora la impugnante deviene en inaudible a los fines de considerar siquiera la proporcionalidad de la decisión rupturista

asumida por el trabajador en tales condiciones.----------
---Asimismo, reiterar el argumento consistente en que el actor reclamó tales diferencias en respuesta a la comunicación de una sanción, el cual cabe destacar fue atendido puntualmente por el judicante, no configura más que un mero punto de vista discordante y subjetivo de la apelante que no configura la crítica necesaria que pudiera dar andamiento a su pretensión impugnativa.----------
---Finalmente, en relación a que bastaba con que el actor hubiera interpuesto una demanda de cobro de diferencias salariales para obtener la satisfacción de sus expectativas sin que fuera necesaria la ruptura del vinculo laboral cabe decir que tal aseveración, en primer lugar, desatiende la evaluación de todo el desarrollo de comunicaciones cruzadas que evaluara el Sr. Juez a quo para concluir en el modo en que lo hiciera; y, en segundo lugar, que indicó que el devengamiento de las diferencias salariales no solo tuvo por origen el erróneo método seguido por la patronal para liquidar los haberes del actor sino que también advierte que, aún, del simple cálculo de multiplicar las horas computadas con su valor, también resultan diferencias a favor del actor. Es a partir de tal plafón que concluye en que, en el particular supuesto de autos, *“...no existía motivo alguno por parte del empleador de prolongar la cuestión hasta esta instancia...”*(vide: considerando de fs. 105 “in fine”).----------
---Por lo demás, la alusión a circunstancias que avizoran la caracterización de un trabajador supuestamente incumplidor de sus obligaciones no es predicable desde la posición de demandado por incumplir con la obligación principal a su cargo, cual es el correcto pago de los haberes devengados por la prestación de tareas a su favor por parte de su dependiente. Ello así, a más que las inconductas rememoradas debieron ser merecedoras de su oportuna reprimenda -mediante el llamado de atención- o derechamente de la sanción respectiva, si correspondía. Pero, tales antecedentes a los que refiere la empleadora impugnante no pueden constituirse en un justificativo de su propia inconducta, que fue la que, a la postre, dio lugar a que el Sr. F. se tuviera por despedido con justa causa.----------Para finalizar, diré que allende de las precisiones dadas por el magistrado que me precede en la votación en relación a los antecedes jurisprudenciales de la Sala A de éste Tribunal de Apelaciones que la recurrente trae a colación en apoyo de su posición impugnaticia, lo realmente trascendente es que en materia de apreciación de la injuria debe estarse a las particularidades que presente cada caso siendo inviable establecer una regla de ponderación general que sea de aplicación a todos y cada uno de los conflictos de intereses por igual.----------
---El sentenciante de primera instancia dio sus razones haciéndose cargo de que ellas no implicaban un cambio de criterio sino solo el resultado de la valoración de la específica y puntual situación que debía resolver en la especie. Por lo demás, la manifestación centrada en postular la supuesta contradicción con un antecedente análogo, a más de no resultar cierta tal como bien lo indicara el Dr. Vergara, no

constituye agravio técnicamente fundado (Conf. CNFed.Civ. y Com., Sala II, 12/5/00, Lexis, nº 7/13856; id., CNFed.Civ. y Com., Sala II, 1/8/00, elDial-AF2580; ídem, CNFed.Civ. y Com., 15/10/93, J.A., 1996-I, síntesis; Lexis, nº 1/24694).----------

---En consecuencia, propiciaré igualmente al acuerdo que se desestime el presente agravio. Así lo voto.----------

---III.- Conclusión: ----------

---Por todo lo expuesto, entonces, propondré al acuerdo confirmar el fallo venido en apelación, en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada vencida en ella (Conf. arts. 59 de la ley 69 y 279 del C.P.C.C. –actuales arts. 57 de la Ley XIV Nº 1 y 282 Ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

---Los honorarios de los Dres. R. M. L. y A. M. S., letrados apoderados de la parte actora y demandada, respectivamente, por sus tareas de alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo apropiado regularlos en las sumas equivalentes al 5,88% y 2,80% respectivamente. Ambas alícuotas a aplicar sobre el monto de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6, 14 y 47 de la Ley 2.200 –actuales arts. 5, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4-).----------

----------Termino de tal manera mi intervención pronunciándome en esta primer cuestión por la AFIRMATIVA.----------

---

---**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

---Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia al apelante vencido; y c) regular los honorarios de los Dres. R. M. L. y A. M. S., en las sumas porcentuales equivalentes al 5,88% y 2,80%, respectivamente, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia con más el I.V.A. pertinente.----------

---Así lo voto.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes alcanzado.----------

---ASI LO VOTO.----------

---Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 8 - Ley V - Nº 17, antes art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

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

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; ----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia al apelante vencido; ----------

--- REGULAR los honorarios de los Dres. R. M. L. y A. M. S., en las sumas porcentuales equivalentes al 5,88% y 2,80%, respectivamente, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia con más el I.V.A. pertinente.----------

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

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDL – CONSTE.-

cg