000419/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre 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: **“Z., C. A. c/ M. A. e H. S.A. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 419 – Año 2010 CAT)**, 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. 102.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

----I.- Ha llegado apelada por el actor la sentencia de primera instancia que desestimara su demanda tendiente al cobro de diferencias salariales, haberes insolutos e indemnizaciones generadas por su despido directo.- ----------

----Al fundar el recurso el apelante expuso dos agravios: a) el sentenciante no se expidió sobre su reclamación de los haberes correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2008, pese a que la empleadora no acreditó el pago de ellos con los recibos correspondientes; b) el juzgador consideró justificado el despido cuando en realidad la figura del abandono de trabajo no quedó configurada, ya que actor estaba haciendo retención de servicios por adeudársele dos mensualidades del sueldo, amén de haber sido incumplidas las exigencias del art. 244 L.C.T.- ----------

----Esa pieza de impugnación recibió la réplica de fs. 96/99.- ----------

----Trataré los agravios en el mismo orden en que fueran expresados.----------

----II.- Es inexacto que el Señor Juez “a quo” haya omitido expedirse acerca de las dos remuneraciones mensuales pretendidamente adeudadas, pues lo hizo a fs. 87 vta., resolviendo que la confesión ficta del demandante había demostrado en autos la inexistencia de la supuesta acreencia.----------

----La razón acompañó al juzgador al decidirlo de ese modo, pues si bien los recibos extendidos en debida forma y suscriptos por el empleado constituyen la prueba por antonomasia del pago salarial (art. 138 L.C.T.), tal regla deja a salvo la demostración del pago por la confesión, verdadera reina de las probanzas (confr.: C.N. Trab., sala II, T. y S.S. 1990-634, D.T. 1992-A-438; este cuerpo c. 16.089 S.D.L. 41/00, c. 17.781 S.D.L. 17/02, c. 22.513 S.D.L. 9/08), conclusión no alterada por la circunstancia que ella haya sido prestada en forma ficta.- ----------

----Es que, cual muy reiteradamente hemos tenido precisión de declarar, la confesión ficta produce los mismos e idénticos efectos que la expresa en cuanto al reconocimiento de la verdad de los hechos que han sido objeto de ella, estribando la única diferencia entre ambas especies en que mientras la segunda constituye “plena prueba” según el art. 427 C.P.C.C. (ex art. 423), la primera crea una presunción “iuris tantum”, desvirtuable por ende mediante pruebas en contrario (“salvo prueba en contrario”, reza

el art. 24 de la Ley XIV n° 1, ex art. 25 de la ley 69; esta alzada, c. 675/09 S.D.L. 85/09, c. 22/10 S.D.L. 5/10, c. 78/10 S.D.L. 14/10, por citar sólo los últimos precedentes en que así lo señalamos).- ----------

----A partir de dicha presunción se invirtió entonces sin más la carga de la prueba, porque en nuestro sistema procesal la “ficta confessio” no requiere de corroboración por ninguna otra probanza para erigirse en elemento de convicción que el juez tiene el *deber* insoslayable de atender, cual con meridiana claridad y en modo imperativo la citada norma establece al disponer que el incompareciente sin causa justificada a la audiencia “*será* tenido por confeso”. Desde que en la especie no fue aportado elemento de juicio alguno que haya venido a conmover la confesión ficta del demandante, ella conserva intacta su eficacia demostrativa y es suficiente para tener por acreditado el pago de los salarios de octubre y noviembre de 2008.- ----------

----III.- La retención de servicios, como variante en el contrato de trabajo de la “exceptio non adimpleti contractus”, es mecanismo de autodefensa cuyo legítimo empleo tiene por requisito el incumplimiento del co-contratante a quien ella se opone (art. 1201 Cód. Civ.). Concretamente y conforme el precepto del art. 510 cód. cit., no incurre en mora el trabajador que retiene servicios si el empleador no cumplió o se allana a cumplir la obligación respectiva de “satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstas” en la ley (art. 74 L.C.T.).- ----------

----Mas hete aquí que en la especie tal incumplimiento de la demandada no promedió. En efecto, vengo de concluir que la supuesta deuda por los salarios de octubre y noviembre de 2008 no existió y en cuanto a las diferencias salariales reclamadas la sentencia de primera instancia que desestimó la pretensión ha pasado ya en autoridad de cosa juzgada, visto que el recurrente no formuló agravio sobre ese punto que ganó así firmeza.- ----------

----De lo expuesto sigo que la retención de servicios careció de base objetiva que le diera sustento y esa figura no exculpa los incumplimientos del actor, dejando en la categoría de injustificadas sus ausencias a la labor, que prolongadas desde el 17/11/08 hasta la extinción del vínculo el 11/12/08 constituyeron injuria de gravedad suficiente como para impedir la prosecución del vínculo (art. 242 L.C.T.). ----------

----En mi concepto, al margen de consideración deben quedar los temas relativos a la extinción de la relación por la vía del art. 244 L.C.T. -entre ellos la eficacia o no de la intimación de fs. 6 de la doc. res.-, pues para finiquitarla en el caso no fue ese el medio empleado, sino el del despido directo.- ----------

----Abandono de trabajo y despido directo presentan rasgos diferenciales que permiten su distingo conceptual. Como hemos tenido ocasión de puntualizar en algunos precedentes, en el abandono es la voluntad tácita del trabajador, revelada por su comportamiento tras ser intimado al reintegro, la que provoca la extinción del contrato laboral, limitándose el dador de trabajo a declararlo así, sin “despedir” a quien finiquitó la relación con su abandono (c. 13.746 S.D.L. 119/98, c. 21.063 S.D.L. 11/06, c. 22.433

S.D.L. 78/07. C. 22.779 S.D.L. 46/08). Mas en paralelo a tal figura también es conocida la del denominado *abandono - incumplimiento*, la inobservancia de las obligaciones emanadas del contrato traducida en la ausencia del trabajador a las tareas, acto de inconducta que trae como consecuencia el relajamiento de la disciplina, y que, sin intimación previa, puede dar lugar a sanciones, entre ellas la máxima del despido en los términos del art. 242 L.C.T. (confr.: C.N. Trab., sala VI, D.T. 1978-287); en este supuesto la ruptura es producto de la voluntad del patrono de dar fin al contrato que lo unía a un trabajador incumpliente.- ----------

----En esta especie el texto de la carta documento de fs. 8 doc. res. no deja dudas acerca de que la empleadora optó por extinguir el contrato a través del despido directo, pues tras invocar las ausencias no justificadas, declaró la extinción del vínculo con el actor “por su única y exclusiva culpa”, esto es por incumplimientos del dependiente. -----

----IV.- Por las razones expuestas propongo confirmar la sentencia atacada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 57 de la Ley XIV n° 1, antes art. 59 de la Ley 69) y regulando los honorarios profesionales de los Dres. G. C. R. y C. M. M., por sus tareas de alzada como patrocinante el primero y apoderado el segundo de la demandada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en las sumas respectivas de $ 2500 y de $ 880 (arts. 5, 6, 8, 12, 13, 18 de la Ley XIII n° 4, ex arts. 6, 7, 9, 13, 14, 19 del Dec.-ley 2.200). No corresponderá en cambio fijar emolumentos al Dr. J. G. V., letrado apoderado del actor, vista la condena en costas al cliente y el pacto de cuota litis homologado que los vincula (fs. 3 y 11; art. 4 ley cit.).- ----------

----Me pronuncio aquí entonces por la AFIRMATIVA.- ----------

----**A ESTA MISMA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos Dante Ferrari dijo: ----------

----**I.** El Dr. Velázquez ha hecho ya una reseña de los antecedentes que informan el caso, de la sentencia dictada en la anterior instancia y de los agravios vertidos contra ella por la parte apelante. En vista de ello, resulta innecesario abundar sobre estos tópicos, por lo que me pronunciaré directamente sobre la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada.----------

----**II.** En verdad, nada novedoso podré agregar a los claros fundamentos ya expuestos en el voto precedente; sin embargo, dado que la manda constitucional establecida en el art. 169 de la Constitución Provincial impone fundamentar mi opinión coincidente, abundaré acerca de los conceptos ya vertidos por el señor Vocal preopinante, a riesgo de incurrir en una inevitable reiteración de conceptos.---- ----------

----**III.** Numerosos son ya los precedentes de esta Sala en la que se ha sostenido la eficacia probatoria de la confesión ficta, señalándose que en el fuero laboral este medio tiene características propias y diferenciadas de las del procedimiento civil y comercial, que son aplicables solo en forma supletoria (art. 24, 44, 73 y conc., Ley XIV N° 1 – ex Ley N° 69). En este orden de ideas, el art. 24 de la ley procesal del fuero establece que en caso de incomparecencia, el absolvente “será tenido por confeso sobre los hechos

expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario". Me he ocupado en remarcar una vez más el tenor de la norma citada, por cuanto difiere en forma notoria e inequívoca de la regla establecida en el art. 417 del C.P.C.C., que limita en cambio la confesión ficta a "los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas". La regla procesal laboral, como puede apreciarse, es de mayor amplitud en el plano fáctico, en tanto abarca "los hechos expuestos en la demanda o contestación" y, además, de carácter imperativo ("será" tenido por confeso), supeditando el efecto confesorio tan sólo a la existencia de prueba en contrario (conf. mis votos en Expte. 17956 – S.D.L. 21/02 – id. Expte. 22104 – S.D.L. 35/07; id. Expte. 22896 – S.D.L. 56/08; id. Expte. 598 – S.D.L. 82/09 – id. Expte. 675 – S.D.L. 85/09; entre muchos otros).----------

----A partir de este concepto, en vista de la incomparecencia del demandante a la audiencia confesional oportunamente fijada (conf. constancia de fs. 49), en principio cabía presumir como ciertos los presupuestos de hecho narrados por la parte demandada en su contestación para abonar su versión defensiva, salvo prueba en contrario. Y dado que en la causa bajo examen no existe ningún aporte probatorio que permita contrarrestar la regla presuntiva establecida en dicha norma, debe tenerse por reconocido que el actor percibió los salarios de octubre y noviembre de 2008, tal como lo afirmó su ex empleador en la pieza respectivas (ver contest., fs.25).----------

--- **IV.** A consecuencia de la inferencia precedente, resulta obvio que no podrían justificarse las ausencias del actor a título de la invocada "retención de servicios", pues habiéndose concluido que los salarios en cuestión le fueron debidamente abonados, dicha conducta carecía de un correlato que la legitimara. En otras palabras, a la luz de los hechos probados en la causa, el actor no tuvo derecho a intimar ni a retener servicios, de manera que al no haber justificado sus inasistencias a prestar tareas tras haber sido emplazado de modo fehaciente por su empleador, quedó configurada por tanto la injuria grave que dio lugar a la ruptura con justa causa de la relación laboral (art. 242, LCT; su doctrina).---------- ----------

----**V.** Lo que acabo de expresar responde asimismo a las consideraciones vertidas bajo el título "segundo agravio" acerca del "abandono de trabajo". Claro está en la especie que el motivo invocado para el despido fue, en definitiva el expresado en la comunicación respectiva (CD********** – fs. 8 – doc. reservada), es decir haciendo efectivas las intimaciones efectuadas con anterioridad (CD**********– fs. 6 doc. reservada) referidas a que el trabajador justificara las inasistencias desde el 17/11/08 y procediera a rendir cuentas de los adelantos para gastos dados previo a cada salida o viaje; es decir que la ruptura obedeció a que dichos emplazamientos fueron desoídos, declarando roto el vínculo en forma directa, por exclusiva culpa del actor y no en virtud de la causal del art. 244 LCT.---------- ----------

----**VI. <u>Conclusiones:</u>** ---------- ---

----Como síntesis de todo lo expresado anteriormente, comparto la propuesta de

confirmar el fallo apelado, con costas al recurrente (art. 57, Ley XIV N° 1 – antes Ley N° 69). Concuerdo asimismo con las regulaciones de honorarios que propicia el Dr. Velázquez –dándolas aquí por reproducidas, en mérito a la brevedad– para retribuir las tareas de alzada, ya que las mismas se compadecen con la extensión, calidad, eficacia de las labores profesionales y los resultados respectivamente obtenidos, según las escalas arancelarias vigentes (arts. 5, 6, 8,13, 47 y conc., Ley XIII N° 4 – antes Dec. Ley 2.200).----------

----Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- ------

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

----Ante el acuerdo antes alcanzado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente y regulando los honorarios de los Dres. G. C. R. y C. M. M., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas de $ 2500 y de $ 880, sin que corresponda en cambio regular honorarios al letrado apoderado del actor Dr. J. G. V..- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

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

----Tal como ya lo adelanté, comparto la resolución propuesta por el Dr. Velázquez 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 del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), ----------

--- Trelew, de septiembre 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**: ----------

----CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios. ---------

----IMPONER las costas de segunda instancia al recurrente. ----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. G. C. R. y C. M. M., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas de $ 2500 y de $ 880. ----------

----SIN REGULAR honorarios al letrado apoderado del actor Dr. J. G. V..----------

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

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

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA