En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dra. María Inés de Villafañe y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"U., H. C. c/ R., M. A. s/ COBRO DE PESOS. LABORAL" (Expte. Nº 188 Año 2010)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 23/07), 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. 244.

A LA PRIMERA CUESTION: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda incoada y condenó a M. A. R. a abonar a H. C. U., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día de determinadas y mediante depósito judicial, la suma de pesos que surja de la liquidación a practicarse según lo dispuesto en el considerando II) con más los intereses que determina. Impuso las costas por su orden y las comunes por mitades y fijó los honorarios correspondientes al perito contador y a la representación y dirección letrada, en forma conjunta, de la parte demandada, sin regular honorarios a la representación letrada de la parte actora atento el pacto de cuota litis homologado a fs. 221.

Para sí decidir la señora jueza, señaló que en los términos en los que había quedado trabada la litis, contaba la parte actora con la carga probatoria de la fecha de ingreso alegada y la demandada con la carga procesal de acreditar la jornada parcial y la causal invocada para el despido.

Luego de valorar las testimoniales rendidas admite que el ingreso del Sr. U. se produjo en noviembre de 2005 y que la jornada de trabajo fue la normal. Como consecuencia de ello, estableció que en la etapa de ejecución de sentencia, deberán determinarse las diferencias salariales existentes entre lo abonado y lo que hubiese correspondido abonar al trabajador -partiendo de la fecha de ingreso propuesta, para la categoría maestranza A y en base a una jornada normal de trabajo- debiendo tomarse como abonados durante los meses de diciembre y enero los montos denunciados al demandar y de ahí en adelante los que surgen de los recibos salariales. Agregó que las diferencias salariales se liquidarán durante toda la relación laboral debiendo computarse su incidencia en el SAC y vacaciones y sobre los rubros integrativos de la liquidación final. La suma de condena que allí se fije llevará los intereses que determina.

Por su lado desestima las indemnizaciones por despido incausado y los agravamientos del art.1 y 2 de la ley 25323 pues señala, que el único certificado médico que acreditó

frente a su empleador fue el que le otorgaba el alta médica el día 17 de mayo de 2006 por lo que le resulta lógica la intimación del 26 de mayo, recepcionada por el trabajador el día 27 de mayo. Agregó luego, que no acreditó el trabajador su concurrencia al lugar de trabajo el día 29 de mayo ni invocó que haya contestado la intimación. Señaló expresamente que por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se venía desarrollando la relación, el plazo de 24 hs. otorgado por la demandada para que el trabajador se presentara a trabajar, no resultó exiguo desde que venían produciéndose varios días de inasistencias y el trabajador ni siquiera invoca haber intentado justificar sus inasistencias a su lugar de trabajo, sin que rija en el caso el plazo del art.57.

La sentencia fue apelada por la demandada a fs. 257 y por la actora a fs. 259. Los agravios de la actora se agregaron a fs. 261/266 y su contestación a fs. 272/274. La fundamentación de los agravios de la demandada se agregó a fs. 268/270 sin réplica de la contraria.

2. Los agravios

2.1. <u>Los agravios de la actora</u>

Los mismos están dirigidos a criticar el rechazo del reclamo por indemnizaciones derivadas del despido directo al trabajador.

Dice que previo a los agravios, debe referenciar que la jueza debió iniciar el análisis considerando que ni la propia ex empleadora supo si invocaba un despido por abandono de trabajo del art. 244 o injuria del art. 242, que la confusión existió siempre y que la señora jueza entendió que la empresa habría tenido la intención de invocar situaciones injuriosas de incumplimiento del art. 242, norma que no fue mencionada en las cartas documento ni al contestar la demanda. Acota que la aclaración tiene importancia porque describe el marco y la duda que existía respeto del despido del actor y la indefensión de su mandante al verse expuesto a responder al mismo tiempo contra la invocación de dos formas de extinción del contrato completamente distintas ya que el abandono se trata de una actitud volitiva del trabajador y en la injuria una decisión tomada directamente por el empresario.

Luego de ello señala los agravios: a) que no es cierto que el único certificado acreditado frente al empleador sea el que le dio el alta el día 17 de mayo de 2006. Indica al respecto, que está acreditado que el actor sufría una patología laboral denunciada a la ART y fue tratado por ello y que si venía ausentándose era por razones de esa afección. Alude a la confesional de la actora en su posición 14ta y que la jueza debió tenerla por confesa y porque en la intimación del 26 de mayo no se la intimaba a justificar las inasistencias. Concluye en que no es cierto que el último certificado presentado fue el 17 de mayo y que sí lo es que, al intimar el 26 de mayo, la empresa conocía -por lo menos- que el actor continuaba su tratamiento por la misma afección.

b) En el segundo agravio refiere a que no es correcto que no se produjo prueba para acreditar que el actor haya trabajado el día 29 de mayo de 2009. Allí refiere que se

omitió valorar la declaración del testigo M. de fs.228 quien referenció que el actor estuvo trabajando a fines de mayo. Aduna que bastaba esa declaración para tenerlo por cierto, que la intención del trabajador no fue abandonar su trabajo y que se reintegró tras las primeras intimaciones porque claramente si estuvo con licencia desde el siniestro el día 8 de mayo y lo vieron a fines de mayo 2006, el testigo alude sin duda a los últimos días de ese mes.

c) El tercer agravio tiene relación con la distribución de la carga probatoria pues a pesar que arrimó prueba dando cuenta que le habían prescripto estudios el 26 de mayo y que fue visto trabajando a fines de mayo de 2006, era carga del empleador acreditar las restantes inasistencias y ninguna prueba produjo.

d) El cuarto agravio es que se restara importancia al plazo de 24 horas otorgado por la empleadora en la comunicación recibida el 27 de mayo y donde se debió tener en cuenta que el 28 era domingo, porque no transcurrió el plazo mínimo que debe ser considerado en resguardo de los derechos el trabajador y que finalizaba el 30 de mayo de 2006 . Dice que el art. 244 LCT por el cual optó la demandada al iniciar el intercambio epistolar debía respetar el plazo que aunque no está expresamente previsto se lo impone el art. 63 y el 243, debiendo aplicarse el plazo del art.57 LCT. Alude al derecho laboral progresivo y que el fallo en crisis va en contra de esos principios tuitivos; que ello resulta importante porque hasta esa intimación la empresa no consideraba las supuestas inasistencia como posiblemente injuriosas, sino en todo caso, incumplimientos que podrían originar un abandono de trabajo.

Insiste en que le causa agravio que se considerara que el distracto se produjo por injurias, que aceptara un plazo menor en la intimación, que le diera a la falta de respuesta una lectura contraria a los intereses porque se lo prohíbe el art.58 LCT y porque si se valoran ambas intimaciones se incurre en contradicción porque al analizar la situación de despido ni siquiera trató el abandono de trabajo.

e) El próximo agravio se apoya en que el juez omitiera valorar que su mandante no tuviera antecedentes desfavorables y avaló en la sentencia un despido sin certeza ni claridad como exigen los arts. 242 y 243 LCT sino de duda, que debió interpretar a favor de su mandante. Y ello en tanto U. no venía de vacaciones sino que estaba enfermo con intervención de ART, acota aquí que la empleadora recién fue notificada del alta médica el 6 de junio de 2006 y que debió tomar conocimiento de ello por una vía paralela distinta a la prevista por la LRT. Señala que la jueza avaló un despido sin interesarse por la salud de su dependiente y a lo que se le agrega, que las inasistencias no eran suficientes para desplazar el principio de conservación de la empresa; que no hubo por parte de la jueza juicio alguno a la proporcionalidad ni a la oportunidad del despido.

f) Señala en el sexto agravio las siguientes cuestiones: f 1) que sin perjuicio que al prosperar los agravios anteriores, deberá corregirse la distribución de las costas, le causó agravio la imposición de costas en el orden causado, dado que como ocurrió un

vencimiento parcial y mutuo debieron distribuirse proporcionalmente a los vencimientos y rechazos. Que también lo agravia los honorarios; f 2) la regulación en el 3% del monto del proceso al perito contador cuya labor en la causa fue innecesaria y errada y el tratamiento como costas comunes cuando se trató de una prueba ofrecida por la demandada y sobre un rubro en el que la demandada resultó perdidosa; f 3) le causa agravios que no se haya regulado honorarios a los letrados que representan a la parte actora porque existe pacto de cuota litis ratificado y que el error nace de la equivocada distribución de las costas, que debió primera la señora jueza distribuir las costas según el resultado y posteriormente regular honorarios profesionales de los letrados de la actora respecto de la porción que resultó ganadora la parte demandante y no regular honorarios por la parte perdidosa y f 4) que al no existir pacto de cuota litis homologado a favor del Dr. C., deben serle regulados los honorarios profesionales por su actuación en autos.

2.2 <u>Los agravios de la demandada</u>

La queja de la apelante gira en torno a la valoración parcial y equívoca de las pruebas producidas en la causa y la interpretación tergiversada e imprecisa de los hechos en debate y que determinaron se considere una jornada de trabajo normal la cumplida por U. y la fecha de ingreso en el mes de noviembre de 2005.

A esos fines señala que de los recibos de sueldo surge que la jornada de trabajo fue parcial, que los mismos como las inscripciones en la AFIP DGI nunca fueron impugnadas y que los testigos aportados son gente confiable y que labora en el consorcio donde se desempeña el actor, en las tareas de limpieza por lo que el trabajo se hace en jornadas de cuatro horas y en turnos rotativos. Descalifica los testigos aportados por la actora pues son ajenos al barrio y no aportan certezas siendo sobrevalorados por la jueza, alude a la falta de reclamo hasta el momento en que es despedido por su exclusiva culpa. En cuanto a la fecha señala que ningún sentido tenía tener a la persona en negro tres meses y después inscribirla corriendo un riesgo innecesario ante los organismos de control y ante el mismo consorcio que los contrata.

3.

Sabido es que en la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472).

Y también lo es, que no es factible poner a consideración de este Tribunal cuestiones que no le fueron planteadas a la Sra. Jueza de grado, por impedírselo la expresa norma del art. 280 del CPCC.

La primera limitación impuesta a las potestades del tribunal de alzada viene dada por la relación procesal trabada con la demanda y su contestación. Ello sobre la base de los

principios procesales que hacen, de un lado, al derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes, evitando sorpresas causídicas y efectivizando el orden en la tramitación de los procesos y por el otro, a la esencia misma del régimen de la doble instancia, porque en el sistema que nos rige la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite a las partes la incorporación de nuevas pretensiones y oposiciones.

Rige en la Alzada, el principio de congruencia, pauta general consagrada para todo el proceso, y, por lo tanto, las cuestiones que no han sido materia del litigio, porque en la demanda y su contestación no fueron introducidas, no pueden ya ser incorporadas en la alzada, ante la que resulta inadmisible la ampliación de un debate cuya continencia quedó fijada al trabarse la litis (arts. 273 in fine y 280 CPCC). En definitiva, la expresión de agravios no es pieza que brinde ocasión para modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos.-

Dicho lo cual, señalo al apelante que resultan improponibles en esta instancia los cuestionamientos al fallo respecto a la comunicación del despido y *“ el marco y la duda que existía respecto del despido al actor y la indefensión de nuestro mandante al verse expuesto a responder al mismo tiempo contra dos formas de extinción del contrato completamente distintas, ya que el abandono se trata de una actitud volitiva del trabajador y en la injuria una decisión tomada directamente por el empresario...”*.

Nada se aludió al incoar la demanda por lo que no resultó sometido a la decisión de la jueza de grado y mal puede, aún cuando pretenda tratarlo como cuestión preliminar, ser objeto de reproche y de tratamiento en esta instancia.

Ingresaré a los agravios de la parte actora.

a) La crítica no se recepta. A los fines del distracto el único certificado médico, no controvertido, es el del día 17 de mayo cuando el médico de la ART E. L. C. otorgó el alta médica. No ha discutido la demandada los certificados médicos emitidos por el mismo profesional desde que se denunciara a la ART la lumbalgia. Los restantes certificados, fueron desconocidos por la demandada, sin que fuera reconocido el que se atribuyó al Dr. C. (v. fs.243) y sin que existiera prueba para justificar los otros, tampoco indica quien o quienes le rechazaron la presentación que, al 19 de mayo, justificaría su afección. Por otro lado y respondiendo a la queja, no advierto porque debió la señora jueza tener por confesa a la demandada en la posición 14, pues venía señalando que sólo contaba con los certificados que le había presentado U. y del contexto probatorio descrito no se advierte que la respuesta fuera inverosímil (art. 417 in fine CPCC). En definitiva desde el 17 de mayo en adelante no existe acreditado que el Sr. U. se encontrara cursando enfermedad alguna.

b) El agravio no prospera. Frente a la decisión de la empleadora de despedirlo por las inasistencias ocurridas a partir del día 17 de mayo, la presencia en el lugar de trabajo el día 29 de ese mes (y agrego los días laborables con posterioridad al 17 de mayo), requería de la parte, mayor certeza, máxime cuando indicó al proponer la demanda que

se le había negado el ingreso a trabajar, frente a testigos, el día 27 y que se le habían injustificado las inasistencias de los días 29,30 y 31 de mayo. La referencia del testigo a un conflicto gremial en su lugar de trabajo, sin ningún otro dato que lo complemente o sustente en la causa, no tiene fuerza convictiva para la trascendencia que la cuestión tenía en la presente causa, esto es en definitiva, el acatamiento a la intimación a reintegrarse a trabajar cursada y recepcionada el día 27 de mayo.

En cuanto a la intencionalidad de abandonar o no su lugar de trabajo, se insistirá que no fue objeto de alegación en la anterior instancia.

c) No se recepta la queja. Frente a la pretensión de la accionante de trasladar la carga de la prueba a la empleadora prescindiendo de su falta de respuesta a la intimación que se le efectuara a retomar tareas (fs 6) bajo el apercibimiento de no justificar inasistencias, era la demandante quien debía plasmar el obrar de mala fe de su empleadora o, eventualmente, las razones objetivas y excepcionales que le habrían impedido tanto cumplir su débito laboral como contestar en debido tiempo la intimación.

d) Cuando un trabajador falta sin aviso, el empleador puede alternativamente consentir la situación y no exigir su retorno o intimarlo para que en un plazo adecuado reanude sus labores. Si opta por la segunda, una vez constituido en mora el trabajador sin retornar a trabajar, puede despedirlo. La norma del art. 244 LCT siendo suficientemente abierta, recepta diversas situaciones dentro de la racionalidad del plazo y no se advierte en la queja, argumentos que – más allá del disenso con lo resuelto- rebatan lo señalado por la señora jueza. Esto es, que desde el 17 de mayo el actor venía inasistiendo a su lugar de trabajo, sin justificación alguna. *“La fijación de un plazo de 24 horas para que el empleado ausente se reintegre a sus tareas, en los términos del art. 244 LCT, no constituye, en principio vicio alguno que invalide la idoneidad de la intimación. No corresponde la aplicación analógica del art 57 de la citada norma legal ante la específica disposición que rige en estos casos y que al referirse a la intimación expresa: "...por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso...".* (CNTRAB Sala I Sent. 72515 del 16/7/98 "G, M M c/ R., H. S/ despido" Base elDial.com - AL2F7).

e) Los argumentos en los que sostiene el sexto agravio son inaudibles en esta instancia. No existe en la demanda argumento alguno que refiera crítica al modo de comunicar el despido, la ausencia de antecedentes desfavorables o que el despido careciera de certeza o claridad. Pretender el ingreso del juez al tratamiento de cuestiones que no le fueron propuestas, lo haría incurrir en violación al principio de congruencia, pilar procesal inexcusable que deriva del principio constitucional de defensa en juicio.

Luego de ello y como señalara al inicio de mi voto, este Tribunal no puede ingresar al tratamiento de cuestiones de hecho que no fueron planteados a la consideración de la Sra. Juez de grado, en franca violación a lo dispuesto por los arts.273 in fine y 280 del CPCC.

f):

f.1) El punto refiere a la imposición de las costas por su orden que resolvió la sentenciante.

La Señora Jueza dispuso en los términos del art. 72 del CPCC y agrego considerando la regla del art. 57 de la Ley XIV N° 1, la compensación de las costas en proporción al éxito obtenido por los litigantes. Ello conlleva valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado en su conjunto, para apreciar si la imposición de las costas en el orden causado, efectuada en la anterior instancia ha sido apropiado y equitativo.

Es cierto que el reclamo progresa parcialmente y por ello es que existen vencimientos recíprocos, y que tratándose de un proceso laboral, las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme los principios esenciales del derecho laboral cuales son el principio protectorio y el de orden público, pero ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo total o parcial de la misma, esto es el desplazamiento de las reglas de los arts. 57 Ley XIV N° 1 y Art. 69 del CPCC.

Luego de ello y considerando que los agravios de la apelante no prosperan, no advierto que resulte desajustado a derecho, atendiendo a aquellos principios y a los montos que en definitiva resultaron cuestionados, la distribución de las costas en el orden causado, por lo que he de proponer su confirmación.

f 2) **Honorarios del perito contador:**

No lleva la parte razón en su queja. En primer lugar porque, si la prueba pericial contable propuesta por la parte demandada era innecesaria debió, manifestar ello en la oportunidad procesal correspondiente (art 493 del CPCC). Nada dijo previo a la apertura a prueba ni tampoco manifestó su desinterés en la producción, por lo que la manifestación en esta instancia y sin perjuicio de recurrir a los mecanismos que la ley XIV N° 1 le brinda, soy de la opinión que no existe mérito para excluir los honorarios del perito contador, de las costas comunes a las partes.

En cuanto al porcentaje que determinó la jueza, no se advierte que resulte desajustado, esto es, se han fijado dentro de la escala que autoriza el art. 60 Ley XII N° 4 , sin que la parte haya demostrado en su queja una evidente desproporción entre la importancia del trabajo cumplido y la retribución que en virtud de los aranceles predeterminado, le habría de corresponder.

f 3) Honorarios de la parte actora

Conforme he propuesto la confirmación de la imposición de las costas en el orden causado, va de suyo que cada litigante solventará las suyas. Los letrados S. y B. cuentan con pacto de cuota litis a su favor homologado a fs. 221, por lo que la queja no tiene andamiento.

f 4) Honorarios del Ab. E. C.

Con referencia a los honorarios del letrado patrocinante del recurrente, cabe puntualizar que el apelante carece de agravio personal y concreto a su respecto, lo que constituye un presupuesto elemental del recurso de apelación como de toda pretensión en justicia.

Así se ha dicho que constituye un presupuesto subjetivo de admisibilidad del recurso de apelación, que el legitimado que lo interponga sufra un agravio o perjuicio personal, porque de lo contrario les faltaría un requisito genérico a los actos procesales de parte, cual es el interés. Como consecuencia de ello no puede el justiciable apelar la resolución jurisdiccional que no regula honorarios al profesional que lo asistió, pues carece de interés jurídico tutelable, para alzarse contra una resolución que no le afecta.
Luego de todo lo expuesto, propondré al Acuerdo se desestimen los agravios de la actora recurrente y se confirme la sentencia.

4.

Ingreso al tratamiento del agravio de la parte demandada, refiriendo que a los jueces no les está obligado ponderar una por una todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de las que estimen conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo omitir toda referencia a las que estimaran inconducentes o no esenciales.
La prueba de la fecha de ingreso estaba a cargo de la actora y la referida a la jornada parcial a cargo de la demandada. Sobre la base del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo invoca y no a quien lo niega y que esta debe ser categórica, logró- el actor- justificar sus dichos, no así la demandada en torno a la jornada de trabajo.
Ya hemos señalado que *“La prueba testimonial es esencialmente subjetiva y su valor depende de las condiciones morales de los testigos, de su probidad, del conocimiento personal que de los hechos tengan, de la verosimilitud de estos mismos hechos y de la concordancia de sus dichos con los demás elementos de mérito que pudieren obrar en el expediente. Su valoración es, en definitiva, facultad privativa del magistrado para lo cual cuenta con los criterios de interpretación que le provee las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 -antes arts. 386 y 456- del CPCC).”* (entre otras SDL N° 05/10, SDC N° 06/11).
Si el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan, para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad.
La Dra. Pérez, ha señalado puntualmente los dichos de los testigos, marcando las inconsistencias en las declaraciones y complementando las otras, valoración que a juicio del quejoso resultan parcializadas e inciertas cuando se trata de los testigos de la actora y confiables y coincidentes los propios.
No advierto que la valoración de la prueba haya sido discrecional y subjetiva, con la carga disvaliosa que procura darle la parte.

Una apreciación de los testimonios reseñados conforme a las reglas de la sana crítica racional (conf. arts. 390, 460, C.P.C.C.; arts. 44 y 73, Ley N° XIV N°1) impide adquirir un adecuado grado de certeza acerca de la realización efectiva de la jornada de trabajo parcial.

Por otro lado, olvida la parte en su queja, que rige- en el campo de los contratos de trabajo-, el principio de la primacía de la realidad. Este principio protectorio tiende a nivelar la desigualdad de las partes del contrato y conduce a que, en caso de divergencia entre lo verdaderamente acontecido en los hechos y lo atestado en los documentos, corresponda otorgar prelación a lo fáctico sobre lo documental. *“Es importante resaltar que el hecho de que los instrumentos presentados por el empleador contengan la firma del trabajador no le dan mayor validez a su contenido ni implican en caso de ser falso el mismo una renuncia de derechos por parte del trabajador (interpretación que es contraria al principio protectorio y otra de sus derivaciones, la irrenunciabilidad de derechos, art. 12 LCT). Es común que los empleadores denunciados por cometer irregularidades registrales intenten escudarse en la firma sin reparos por parte del trabajador de los recibos de sueldo o los formularios de la AFIP (en los que constan falsos importes, categorías, fechas de ingreso, etc.). Esto es inadmisible, ya que esto se debe al temor del trabajador a perder su trabajo y/o las amenazas de su empleador de no pago y/o despido en caso de no firmar estos comprobantes. Por este motivo, no debe darse a estos instrumentos un valor absoluto, permitiendo al trabajador presentar prueba en contrario para desvirtuar su validez.”* (Serrano Alou, Sebastián. ”La prueba en el proceso laboral a la luz del principio protectorio y la facilitación de la prueba. In dubio pro operario, inversión de la carga de la prueba y carga dinámica de la prueba”11/11/09 MJ-DOC-4438-AR | MJD4438).

Por lo hasta aquí expuesto, coincido con la Sra. Jueza en que la empleadora no aportó prueba suficiente para desacreditar la fecha de ingreso alegada por la actora ni para demostrar la existencia de una jornada de trabajo parcial, desestimando el agravio y proponiendo la confirmación de la sentencia en este aspecto.

5.

Concluyo proponiendo al Acuerdo, la confirmación de la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de agravios.

Las costas en esta instancia y conforme se han resuelto los agravios planteo se impongan: por el recurso desestimado de la actora, a la apelante vencida (art 57 Ley XIV N°1 y 69 del CPCC). A los letrados S. y B. conforme la imposición de costas y el pacto de cuota litis homologado no se le regulan honorarios. Considerando la labor cumplida, eficacia y resultado obtenido propongo que al abogado patrocinante E. C. se le regulen en el 2,50 % sobre el monto en que prosperó la demanda (art.5 y 13 de la ley XIII N° 4 y mod.) y los del Ab. S. A. en el 30 % de los regulados en la instancia anterior.

Las costas por el recurso rechazado de la demandada se le imponen a la recurrente vencida (art 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC), los honorarios del letrado S. A. y teniendo en cuenta el mérito de la actividad profesional y resultado obtenido, se proponen en el 25 % de los que se le regularon en la instancia anterior.
Así lo voto

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

En el voto precedente la Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por los apelantes, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por los recurrentes.

1) Tratamiento de los agravios de la parte actora.
1.1) El encuadre dado al despido.
Debo puntualizar al tratar este punto de los agravios de la actora que en el régimen de la doble instancia, inherente al sistema escriturario, la apelación no configura un nuevo juicio -*novum iudicium*-, que posibilite que las partes incorporen nuevas pretensiones y oposiciones. El cometido del órgano “ad quem” se limita a verificar, sobre el piso de marcha de la sentencia de mérito impugnada, el acierto o error en que haya incurrido el sentenciante de la instancia de orden en ese acto procesal decisorio. El objeto de la apelación estriba entonces en confrontar el contenido de la resolución judicial con el material fáctico y jurídico introducido en la instancia de origen, con la finalidad de determinar si dicho material ha sido o no correctamente enjuiciado. Constituye así una revisión de la resolución judicial en función de los elementos de juicio incorporados en primera instancia (conf. PALACIO, “Derecho Procesal Civil”, T.V, pp. 81/82 y p. 460) .
Lo expuesto es así porque el recurso de apelación constituye además del control de la decisión de un procedimiento mediante el cual se verifica, sobre la base de la resolución o acto impugnado, el acierto o error con que éste ha valorado los actos instructorios producidos en la instancia precedente. No representa un nuevo juicio en el sentido de que a través de la sustanciación del recurso el órgano superior se halle facultado tanto para diligenciar “ex novo” los actos procesales de la instancia anterior cuanto para admitir la interposición de nuevas pretensiones y oposiciones o el ofrecimiento indiscriminado de nuevas pruebas. Se trata, específicamente, de confrontar el contenido de la resolución con el material fáctico y jurídico ya incorporado a fin de determinar si ese material ha sido o no correctamente enjuiciado.

Lo dicho hasta aquí basta para dar fundamento a la improcedencia de las manifestaciones vertidas por el recurrente en el primer punto de sus agravios referente al “encuadre dado al despido” dado que no ha sido una cuestión oportunamente propuesta y que haya formado parte del proceso, siendo por ello inadmisible su tratamiento en esta Instancia.

1.2) <u>El certificado médico que otorgó el alta el 17/05/06</u>.

El agravio está referido aquí a lo afirmado por la Jueza a quo respecto al único certificado médico presentado por el actor que es el del 17/05/06 que le daba el alta médica. Comparto la postura de la sentencia en este punto.

No solamente de las constancias de autos sino también de los propios términos del agravio surge con claridad que no ha existido otra certificación digna de ser considerada. Todos los dichos relativos a que la empresa conocía que el actor continuaba su tratamiento por la misma afección son simples manifestaciones del quejoso carentes de asidero probatorio.

Tampoco es serio afirmar que por la respuesta dada a la 14a posición se lo deba tener por confeso. Si se lee la respuesta del absolvente no se advierte la pretendida consecuencia, además, la misma ha sido clara y concluyente con respecto al tema de la certificación médica (art. 417 CPCC). El agravio no tiene sustento y debe ser rechazado.

1.3) <u>La distribución de la carga probatoria</u>.

En este punto el agraviado pretende invertir la carga de la prueba. Habla de que “se arrimó prueba” dando cuenta de que el 26/5/06 le habían prescripto estudios médicos, pero no concreta cuáles fueron esas pruebas. Luego refiere que a fines de mayo de 2006 fue visto trabajando en el barrio y que quien tenía que acreditar las restantes inasistencias del actor era la empleadora y ninguna prueba produjo. El agravio es francamente incomprensible. Ante la ausencia del empleado, éste debe justificar sus inasistencias o sus faltas sin aviso ni causa justificada. El actor fue debidamente intimado a retomar tareas y a justificar inasistencias y era él quien debió expedirse en tiempo y forma y acreditar lo que se le estaba requiriendo (conf. arts. 62, 63, 244 y concs. LCT).

De conformidad con lo analizado, el agravio carece de sustento y corresponde su rechazo.

1.4) <u>El plazo de 24 horas otorgado por la empleadora al actor para presentar alta médica y reintegrarse a sus tareas</u>.

Se cuestiona en este punto el término de 24 horas otorgado por la empresa en la comunicación obrante a fs.6. Sostiene que no es razonable y que el plazo debió haber sido de dos días hábiles que fija el art. 57 LCT. La queja no tiene sustento.

El plazo de 24 horas que la empresa otorgó al trabajador para que se reintegrara al trabajo no resulta exiguo. Tal plazo no es asimilable por vía analógica al supuesto contemplado en el art. 57 de la LCT, dado que el abandono de trabajo se encuentra regulado en el art. 244 del mismo texto legal, el cual no fija término alguno para que el trabajador retome las tareas: la razonabilidad de dicho plazo dependerá de las "modalidades que resulten de cada caso". Para más, si la prestación es diaria, no existe motivo alguno para que el empleado tenga un período de gracia que se agrega al que se ha tomado por sí en concepto de licencia ilícita, dada su inasistencia al empleo (conf. CNAT, Sala III, 19/07/96, DT, 1997-A-97). Lo expuesto tiene en el caso mayor razonabilidad si tenemos en cuenta la cantidad de días que llevaba el actor sin prestar tareas y sin acreditar sus inasistencias.
Ante la improcedencia de la queja, propicio el rechazo de la misma.

1.5)<u>La consideración de la falta de antecedentes desfavorables del actor</u>.
Es éste un tema que introduce el actor al proceso recién con los agravios y no lo ha planteado en el momento procesal oportuno, lo cual impide que el mismo sea tratado por esta Alzada por así impedirlo la normativa específica que regula este tipo de recurso (conf.arts. 273, 280 CPCC).

1.6) <u>La distribución de las costas</u>.
Pretende el quejoso que se modifique la imposición de costas por su orden y las comunes por mitades (art. 72 CPCC) que ha dispuesto la sentencia en crisis.
La pauta para determinar la ausencia de un vencedor absoluto se encuentra en el resultado que obtienen las pretensiones u oposiciones. El triunfo y el fracaso proporcionan la entidad que debe seguir el decisorio. Es decir que la distribución proporcional del costo del proceso se fundamenta principalmente en la equidad, lo que puede colegirse fácilmente al observar que la norma procesal emplea la voz "prudencialmente" (art. 72 CPCC) para señalar la situación excepcional que atraviesa el principio objetivo.
La regla puede dictarse así: las costas deben distribuirse en proporción al éxito obtenido en el pleito, debiendo tenerse en cuenta la postura asumida por las partes en relación a la mayor o menor medida en que prosperan las aspiraciones controvertidas, tomándolas en su conjunto y no aisladamente, no teniendo trascendencia la existencia de diferencia entre el enfoque jurídico invocado por los protagonistas del juicio y el efectuado por el juzgador (conf. MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Cód.Proc.Civ.Com.", T. II-B, pág.213).
En este sentido debe tenerse en claro que no puede distinguirse -a los fines de la imposición de costas- los conceptos que integraron el reclamo a fin de imponer dicha carga procesal en proporción al resultado de cada uno de tales rubros, pues proceder de esta manera significa quebrar el principio de la unidad de la litis que es premisa del

hecho objetivo de la derrota, en tanto también refiere al vencimiento “en el juicio” (con. GOZAINI, O.A., “Costas Procesales”, Ediar, pág.109).

A la luz de los principios que acabo de exponer y examinando las constancias de la causa y la resolución recurrida, no advierto que la Jueza del Inferior haya quebrantado la legislación aplicable en la materia al imponer las costas de la manera que lo ha hecho. Por lo tanto, soy partidario de rechazar el agravio en tratamiento.

1.7) <u>La regulación de honorarios del perito contador</u>.

Se agravia el reclamante por la regulación del 3% del monto del proceso al perito contador porque su labor en la causa ha sido completamente innecesaria y errada.

Compulsando el expediente surge que a fs. 164 y vta. se presentó la Pericia Contable. En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 477 del ritual se corrió traslado a las partes de la misma y advierto que dentro del plazo legal ninguna observación ni explicación fue requerida por el quejoso al experto y tampoco ha manifestado durante el proceso -de conformidad con los derechos que surgen de la ley del fuero- lo que ahora esgrime en el punto en tratamiento. Por lo tanto, no sustenta motivo alguno para admitir su queja. Inclusive, de conformidad con lo dispuesto por el art. 60 de la Ley XIII N° 15, considero que el porcentual de regulación en concepto de honorarios se ajusta a derecho.

En virtud de lo expuesto, este agravio tampoco puede ser oído.

1.8) <u>Regulación de honorarios a los letrados de la actora</u>.

Se plantea como agravio que no se le regularan honorarios a los letrados de la parte actora en virtud de existir homologado en autos un pacto de cuotas litis.

En este caso se han impuesto las “costas en el orden causado”, por lo que el actor deberá afrontar el pago de los honorarios de los letrados que lo han representado. Por lo tanto, si entre ellos han suscripto un pacto de cuota litis que fue homologado por la Jueza del proceso (fs. 221), no advierto dónde radica el perjuicio si, en definitiva, rige entre las partes lo que han convenido. Tampoco advierto cuál es la ventaja de que se le regulen honorarios que están a cargo de su propio cliente cuando hay un convenio de honorarios previamente firmado entre el cliente y sus abogados. Inclusive, la norma del art. 7 de la Ley Arancelaria comienza diciendo *“Salvo pacto en contrario, los honorarios de los abogados…”*, con lo cual es justo priorizar la existencia del pacto, más aun estando homologado en el proceso.

Por lo expuesto, considero que la queja no debe admitirse.

1.9) <u>Los honorarios del Dr. E. M. C.</u>.

Se solicita, por vía de agravio, la regulación de honorarios a favor del patrocinante de la parte actora, Dr. E. M. C..

Advierto que la sentencia recurrida no ha regulado honorarios a la representación letrada de la parte actora, atento el pacto de cuota litis homologado a fs. 221, cuestión tratada en el punto anterior.

Al expresar agravios, los letrados de la parte actora y su patrocinante se agravian porque no se le han regulado honorarios al Dr. E. M. C. quien actuara en el proceso como letrado patrocinante de los apoderados de la parte actora y no suscribió el pacto de cuota litis homologado en autos. Por esa razón consideran que corresponde que se le regulen sus emolumentos por la tarea profesional aquí desarrollada.

Como punto inicial del análisis de la petición debo remitirme a la presentación de fs. 259 en la cual uno de los apoderados de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia en representación de su mandante. Advierto también que el Dr. E. M. C. no interpuso recurso alguno contra la resolución en crisis. Por lo que, en el agravio en estudio es la parte actora -única recurrente- quien se agravia porque no le han regulado honorarios a su letrado patrocinante. La pregunta a responder aquí es si es procedente admitir tal agravio cuando no ha sido el letrado interesado el que ha interpuesto el recurso correspondiente.

Es sabido que constituye uno de los presupuestos subjetivos de admisibilidad de la apelación, la existencia de un gravamen o perjuicio concreto y actual, resultante de la decisión que se recurre y el interés válido para quien lo interpone (conf. CNCiv., Sala F, 18/11/81, LL, 1983-B, p. 764, sum. 4824; 03/02/82, LL 1983-B, p. 763, sum. 4822; 12/04/85, LL 1985-C, p. 563). Se ha añadido sobre el particular que, entre los requisitos de índole subjetiva, se cuenta el interés de la parte que lo interpone, que coincide con el concepto de gravamen que la resolución ocasiona al recurrente.

El recaudo de la existencia del agravio es el camino que permite a la Cámara considerar los aspectos juzgados que se consideran injustos mediante una crítica concreta y razonada. Es el itinerario legal para la procedencia del recurso. Lo contrario vulneraría precisamente la verdad que se busca. En efecto: al instituir una vía recursiva sin sujeción a normas expresas, surgiría la inseguridad jurídica que hiere la esencia misma de la humanidad amparada por la norma. Precisamente el proloquio *“tantum devolutum, quantum appelatum”* demarca los límites de actuación de la alzada sobre la base de existir un elemento condicionante: el agravio. Sin agravio, no se abre la instancia recursiva.

Es que cuando la parte dispositiva del pronunciamiento no perjudica al impugnante, desaparece el interés jurídico tutelable para criticar la fundamentación del mismo (conf. C.N.Civ., Sala B, 11/06/75, LL 1975-D, 338; ídem, Sala E, 04/06/80, LL 1980-D, p.532).

De lo expuesto se deduce con nitidez que la parte actora (apelante) carece de interés legítimo que le permita fundamentar el recurso válidamente por el hecho de que no se le han regulado honorarios a su letrado patrocinante, dado que ello no constituye “agravio” para su parte, más aun cuando ha sido condenada en costas. Por lo tanto, la queja no puede ser admitida en esta Instancia.

No obstante, sin perjuicio de lo expuesto y teniendo en cuenta lo normado por el artículo 3, 46 y concs. de la LEY XIII N° 4 y mod. 15, es evidente que en la sentencia dictada en primera Instancia debieron ser regulados los honorarios del letrado patrocinante de los apoderados de la parte actora, lo cual fue omitido por la sentenciante.

Ante la situación planteada, deberá el profesional interesado efectuar la petición que considere pertinente por ante la Instancia que corresponde. Así lo voto.

2. <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>.

La queja se basa en la valoración de las pruebas por parte de la Jueza a quo con la que no está de acuerdo la agraviada.

El argumento de la recurrente se basa fundamentalmente en que ha demostrado con los recibos de haberes y con la prueba testimonial la existencia de una jornada reducida que era cumplida por el actor.

Coincido con la postura esgrimida en su voto por mi colega de Cámara preopinante en cuanto a que es sabido que el Juez de grado tiene la total libertad para hacer la valoración de las pruebas arrimadas al proceso y para tomar solamente aquellas que considere pertinentes y/o conducentes para la resolución del conflicto. Por lo tanto, corría aquí por cuenta del apelante demostrar sólidamente que en la selección de las pruebas realizada por la sentenciante ésta incurrió en arbitrariedad o absurdo, lo cual no ha ocurrido.

Sostiene en su agravio que la jornada reducida está demostrada con los recibos de haberes de los que surge una jornada de cuatro horas cumplidas por el actor y que también demostró esta característica del contrato de trabajo con las declaraciones testimoniales.

Es sabido que debido al carácter excepcional de la jornada reducida que autoriza el art. 92 de la LCT en relación a la jornada normal, debe ser el empleador quien cargue con el peso probatorio de acreditarla. Y a estos efectos, es también indiscutible que las registraciones contables del empleador -aun llevadas en legal forma- no hacen plena prueba de su contenido si existen otros elementos de juicio que las contradicen, quedando sujetas a la valoración judicial (conf. CNAT, Sala VII, 30/11/09, LL Online, AR/JUR/49589/2009). Por lo que, el hecho de que en los recibos de haberes figure una jornada reducida no constituye plena prueba de ello, frente a otras circunstancias probatorias arrimadas al proceso y que han sido merituadas por la sentenciante al momento de emitir su fallo definitivo. El art. 142 de la LCT permite al juez evaluar la eficacia probatoria de los recibos cuando los mismos no guardan debida correlación con la documentación laboral, previsional, comercial y tributaria. Esto le permite al sentenciante privarle de eficacia probatoria sobre los datos allí consignados cuando su examen, en correlación con otros elementos, cree dudas o traduzca una maniobra fraudulenta en perjuicio del trabajador. De allí que deba descartarse la afirmación del

apelante en cuanto a que la jornada reducida ha quedado demostrada con las constancias de los recibos de haberes (arts. 12, 14 y concs. LCT).

Con respecto a la prueba testimonial y a la evaluación de la misma realizada por la magistrada del Inferior en su sentencia a los efectos de tener por no acreditada la jornada reducida, muestra la recurrente su disconformidad con tal conclusión, pero en modo alguno demuestra en qué o porqué se ha equivocado la sentenciante en su determinación final. La sentencia ha dicho que inclusive se ha alegado por la demandada la realización de turnos rotativos, lo cual no condice con la necesidad de laborar en jornadas reducidas. Si el turno rotativo se hace a los efectos de no interrumpir el servicio, no se explica entonces la invocación de una jornada inferior a la normal. Esta conclusión de la sentencia no es rebatida con solidez por la recurrente, por lo que no se concreta en los agravios una demostración cabal y terminante del error de la sentencia en este punto en tratamiento.

En lo que hace al medio probatorio en análisis, tampoco demuestra la apelante las bondades de su producción en apoyo de su pretensión y lo erróneo de la descalificación que realiza de este medio de prueba de su parte la sentencia en crisis. Advierto que, inclusive, llega a admitir en sus agravios la existencia de testimonios *“contrapuestos”* conforme lo expresa a fs. 270, con lo cual menos aun rebate las conclusiones de la Jueza a quo en la cuestión que estoy considerando. De allí que la mera argumentación de que se ha concedido verosimilitud a la prueba testimonial que debió ser desechada en su totalidad, sin rebatir idóneamente la referida apreciación, no satisface la carga procesal que exige la normativa del art. 60 de la Ley XIV N° 1 y del art. 268 del CPCC. Es que para cumplir con las exigencias de las normas precedentemente indicadas, cuando hay pruebas sustentadoras de una sentencia, no basta el razonamiento de oposición acerca de los medios de prueba tenidos en cuenta o admitidos por la sentenciante, sino que hay que indicar la razón por la cual las bases probatorias carecen de eficiencia o, en su caso, por la que deben ser descalificadas; o sea, que ha de precisarse la individualización de las circunstancias que conduzcan a demostrar la extralimitación en la apreciación de las reglas de la sana crítica o una violación notoria de las mismas por apartarse de lo normal y corriente de los procesos vitales, lo cual no advierto que aquí ello haya sido materia de demostración al fundamentar el recurso.

En virtud de lo hasta aquí expuesto y compartiendo los fundamentos vertidos por la Sra. Jueza de VILLAFAÑE, considero que los agravios que he tratado no pueden ser admitidos, correspondiendo su rechazo. Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTION, voto por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE dijo:

De acompañar mis compañeros de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue: **1) CONFIRMAR** la sentencia de fs.250/ 253vta en todo lo que ha sido materia de agravio. **2) IMPONER** las costas por el recurso desestimado de la actora, a la apelante vencida (art 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del abogado patrocinante E. C. en el 2,50 % sobre el monto en que prosperó la demanda (art.5 y 13 de la ley XIII N° 4 y mod.) y los del Ab. S. A. en el 30 % de los regulados en la instancia anterior. Sin regular honorarios a los letrados P. S. y L. B. conforme la imposición de costas y el pacto de cuota litis homologado. **3) IMPONER** las costas por el recurso de rechazado a la demandada, a la recurrente vencida(art 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC). Regular los honorarios del letrado S. A. en el 25 % de los que se le regularan en la instancia anterior. (art.5 y 13 de la ley XIII N° 4 y mod.). **4) De forma.**
Así lo VOTO.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:
Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Sra. Jueza Maria Inés de Villafañe.
Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2011.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:
S E N T E N C I A
1) CONFIRMAR la sentencia de fs.250/ 253vta en todo lo que ha sido materia de agravio.
2) IMPONER las costas por el recurso desestimado de la actora, a la apelante vencida (art 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios del abogado patrocinante E. C. en el 2,50 % sobre el monto en que prosperó la demanda (art.5 y 13 de la ley XIII N° 4 y mod.) y los del Ab. S. A. en el 30 % de los regulados en la instancia anterior. Sin regular honorarios a los letrados P. S. y L. B. conforme la imposición de costas y el pacto de cuota litis homologado.
3) IMPONER las costas por el recurso de rechazado a la demandada, a la recurrente vencida(art 57 Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC). Regular los honorarios del letrado S. A. en el 25 % de los que se le regularan en la instancia anterior. (art.5 y 13 de la ley XIII N° 4 y mod.).
4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVSE.

REGISTRADA BAJO EL N° /11 SDL. CONSTE.