En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de junio del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., L. Á. c/ B., C. H. s/ Cobro de Pesos. Laboral "(Expte. Nº 108/2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 373/09) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 206.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a C. H. B. a abonar a L. Á. G., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma a calcularse en la etapa de ejecución de sentencia comprensivas de los siguientes ítems: a) las diferencias salariales habidas desde el ingreso y hasta el distracto, así como la incidencia sobre los SAC pagados, entre lo percibido y lo que habría correspondido abonar teniendo en cuenta la categoría de oficial del CCT 27/88 y la jornada completa acreditada. Señalando que para el cálculo no deberá tenerse en cuenta el adicional convencional previsto por el art. 20; b) determinada la mejor remuneración mensual normal y habitual deberá liquidarse la indemnización prevista por el art. 245 L.C.T.; c) la indemnización sustitutiva del preaviso en base a la remuneración que habría correspondido para el mes de mayo/09 con su correspondiente SAC; d) como remunerativos los días del mes de abril

hasta la ruptura del vínculo -el 21/04/09-; e) como integración mes de despido los restantes hasta la finalización del mes de abril/09; f) el SAC proporcional correspondiente a la liquidación final; g) las vacaciones proporcionales al tiempo trabajado -8 días-; h) el art. 1 de la ley 25.323 (igual a b); i) el art. 2 de la ley 25.323 (50% de b) c) y e); j) el art. 45 de la ley 25.345 (3 mejores remuneraciones mensuales) todos los rubros con más los intereses conforme la tasa que aplica el Banco del Chubut para las operaciones de descuentos de documentos comerciales desde que cada suma resultó debida y hasta el efectivo pago, debiendo descontarse la suma de $ 1.290 percibidas el 11/05/09 en Sede Administrativa (fs. 20). Integró la condena con la obligación por parte de la parte demandada, una vez firme la decisión, de acompañar en el plazo de diez días las certificaciones previstas por el art. 80 L.C.T., adaptadas a lo decidido en autos, bajo apercibimiento de aplicar astreintes (art. 666 bis Cód. Civil). Impuso las costas en un 90% a cargo de la parte demandada y en un 10% a cargo de la parte actora y reguló los honorarios correspondientes a los letrados que intervinieron con más el I.V.A. en caso de corresponder.

Para así resolver, estableció que en los términos en los que quedó trabada la litis, corría la parte actora con la carga procesal de acreditar la fecha de ingreso que pretende así como la injuria impeditiva del vínculo y que la demandada debía acreditar la jornada parcial que invoca (art. 381 C.P.C.C.). A esos fines analizó la declaración de los testigos H. (fs 163), B. (fs. 165), T. (fs. 166), F. (fs.167) y señaló que tratar de sacar alguna conclusión válida de esas testimoniales era tarea poco menos que imposible por lo que hizo mérito de las cargas probatorias incumplidas. Dijo entonces que la diferencia en la fecha de ingreso alegada por el actor y la registrada era carga del actor, y que se refería a un mes y nueve días sin que tal discordancia ínfima haya sido acreditada con las testimoniales, por lo que desestima lo solicitado por la actora.

En cuanto a la jornada de trabajo parcial dijo que en tanto es excepcional, debe acreditarse y pesaba ello sobre la demandada. Cuestiona la declaración de los testigos H. y T. quien luego de relatar las oportunidades en que concurrían al taller dieron cuenta de una jornada extensa; en cuanto a F. señala que su respuesta es contradictoria para justificar una jornada parcial, y que se procuró justificar ese extremo con quien también prestaba servicios en jornada reducida, por lo que evidentemente no podía saber a ciencia cierta cuál era la jornada efectuada por el actor, concluye teniendo acreditada la jornada completa.

Para la categoría laboral, admite en base de las testimoniales, que se acreditó la de oficial y ello frente a la contradicción de F.

Analiza luego las causas que llevaron a la ruptura del vínculo. Dice que no obstante, no haberse acreditado que G. intentó entregar los certificados, lo cierto es que el empleador pudo ejercer el contralor médico a partir de la notificación cursada por la Subsecretaría de Trabajo, y que recién en fecha 17 de abril el demandado retiró los certificados médicos en cuestión sin haberse acreditado que haya ejercido el control. Dice que en ese marco la sanción disciplinaria aplicada sin razón, vino a exasperar los ánimos máxime si se tiene en cuenta que en el despacho telegráfico del 14/04 el actor había intimado el pago no sólo de las diferencias salariales reclamadas sino de los salarios correspondientes al mes de marzo/09 sin que el demandado en la ya referida contestación de fs. 13, efectuara mención alguna a la remuneración intimada de pago.

Resume que si el demandado se hizo de los certificados el 11/04 debió ejercer el contralor médico o ajustarse a lo que las prescripciones médicas indicaban. No acreditado lo primero y sin producir prueba alguna tendiente a ratificar la constancia del control que se declara impedido y los certificados médicos en cuestión indican reposo laboral, no la imposibilidad absoluta de que el actor deambule, la cerrada negativa del demandado a

atender las diferencias salariales acreditadas, la sanción disciplinaria aplicada, la negativa también injustificada a reconocer las certificaciones médicas acompañadas y las inasistencias justificadas que de ellas derivaban, y la falta de pago de los haberes correspondientes al mes de marzo, constituyeron, a criterio de la magistrada de grado, causa justificada del despido indirecto dispuesto por el trabajador.

Dice que como consecuencia de ello, la demanda prospera en cuanto pretende las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo, el agravamiento previsto por el art. 2 de la ley 25.323, atento la infructuosa intimación al respecto y la prevista por el art. 1 de la misma ley, dado el deficiente registro de la relación laboral, tanto en cuanto a categoría como en cuanto a jornada y la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345 frente a la intimación en los términos del decreto 146/01 de fs. 23 no respondida.

La sentencia es apelada por la demandada a fs. 189 vta. y a fs. 192 por la actora.

Los agravios de la demandada se agregan a fs. 194/ 197 y su réplica a fs.199/ 201 vta.

A fs. 192 apela la actora, sin expresar agravios.

2.

Los agravios del demandado C. H. B.

Sostiene su queja en el reconocimiento de diferencias salariales por categoría y jornada laboral inexistentes, a las indemnizaciones por distracto y por la condena en multas de las leyes 25.323 y 25.345.

Respecto de la jornada laboral, cuestiona que la Magistrada haya restado valor a la declaración de F. de fs. 167/168 por entender que el testigo trabajaba a tiempo parcial, cuando surge de sus dichos que trabajaba a jornada completa y aclaró que cuando no había trabajo lo mandaban a su

casa o trabajaba mediodía lo que denota excepcionalidad y no habitualidad; que por otro lado existen elementos probatorios ignorados a la hora de resolver como lo son los recibos de haberes, alta temprana demás instrumentos laborales no cuestionados y el instrumento público de fs. 44 "Relevamiento de Trabajadores" donde el actor declaró espontáneamente que trabajaba cuatro veces por semana por dos horas. Este dato con más la declaración de un compañero de trabajo no observado conllevan sin dudas a tener por acreditada la jornada parcial.

En cuanto a la categoría laboral, dice que es infundado el reconocimiento en la sentencia a la categoría "oficial". Señala que el testimonio de F. a quien la señora jueza reputa de contradictorio, no es tal pues en ningún momento señaló que la categoría de G. fuera la de oficial sino por el contrario que como G. ambos eran ayudantes de pintura. Por otro lado señala que G. no acreditó haber tenido capacitación para haber alcanzado la categoría de oficial, prueba que estaba a su cargo.

Respecto de la enfermedad y el posterior distracto señala que es llamativo que si G. tenía indicado reposo, pudo ir a la Secretaría de Trabajo y no al taller para llevar los certificados; en cuanto al control médico dice que cuando el Dr. C. fue a su domicilio no estaba en su casa sino en el negocio de al lado, y que el actor sólo puede negar los documentos a él atribuidos y el desconocimiento genérico de fs. 65 no reúne los requisitos para tener por impugnado un documento en particular.

Luego dice que la Magistrada se aparta de las prescripciones de los arts. 209 y 210 de la ley 20.744. Dice que el empleado debe dar aviso de la enfermedad el día de la inasistencia e informar donde se encuentra para permitir el contralor, que nada hizo G., por el contrario es B. quien lo intima a retornar a trabajar bajo apercibimiento de considerar abandono. Las inasistencias así incurridas se sancionan con pérdida del salario a menos que se acredite posteriormente que la enfermedad hubiese sido grave y

dado su carácter se acredite inequívocamente. Dice que darle valor a los certificados entregados en la Secretaría de Trabajo es reprochable porque le impedían, sin evidencias radiológicas o de otros estudios, comprobar la lesión o dolencia, acotando que la ley obliga al trabajador enfermo a cumplir algunas cargas pero en modo alguno habilita la instancia administrativa, substituyendo aquellas.

Dirá luego que el actor no concurrió al taller después del 30 de marzo ni a llevar los certificados médicos ni a cobrar los haberes de marzo ni siquiera la liquidación final, prueba de ello es que reclamó se las depositen en la Secretaría de Trabajo, lo mismo ocurrió con el certificado de trabajo que nunca fue a buscar ni dijo que lo hubiera hecho o se le hubieran negados los pagos o el certificado. Señala que el domicilio de pago el taller, al que no fue B. de modo tal que no se encuentran a su criterio reunidos los extremos para que se considerase G. injuriado gravemente para disponer el distracto.

En cuanto a la multa del art. 45 de la ley 25.345, se dijo en la sentencia que no se respondió a la intimación sin advertir que G. ni siquiera adujo haber ido a buscarlo ni ensayó una negativa a la entrega y que B. cumplió con la carga de elaborarlo y tenerlo para la entrega al interesado.

Sigue diciendo que no existió registro defectuoso y que no siendo acreedor G. de las indemnizaciones deben revocarse las condenas al pago de las multas de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323.

La contestación de los agravios por parte de la actora tienden a sostener el fallo señalando las discrepancias con la valoración de la prueba que hizo la magistrada y la falta de argumentos para rebatir las cuestiones de hecho y de derecho que consideró la Magistrada.

3. <u>Tratamiento de los agravios:</u>

a) <u>La jornada de trabajo.</u>

Al contestar demanda, la demandada argumentó que el Sr. G. cumplía una jornada de trabajo reducida-.

Conforme he sostenido en anteriores pronunciamientos, en concordancia con pacífica doctrina y jurisprudencia, resultaba carga de la accionada probar tal circunstancia en tanto que ella configura una excepción a la jornada normal de trabajo. En consecuencia, siendo presupuesto de hecho de la norma que se invoca en apoyo de su afirmación defensiva (conf. Art. 92 ter., apartado 1º de la L.C.T.) corría con la carga de su acreditación la parte demandada. *"Tratándose de un contrato de trabajo a tiempo parcial, es carga del empleador acreditar que el trabajador realizaba una jornada reducida (CNTrab., sala V, 14/08/2003, "Ortega, Rosana K. c/ Cuenta Conmigo S.R.L. y otro", citado por Rodríguez Mancini, Director, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", La Ley, 2007, T. III, págs. 748/749*). (v. entre otras CAPM "D. P. c/ M. s / Cobro de pesos (Expte. nº 22 - año: 2010) SDL Nº 02/10; L. M. c/ C. s / Cobro de pesos" (Expte. Nº 51 - año: 2010) SDL Nº 09/10, "F. c/ O. s/Cobro de pesos".Laboral (Expte. nº 304 Año: 2011) SDL Nº 10/12).

Luego de analizar las testimoniales coincido con la jueza de grado y parcialmente con el apelante que las testimoniales de H. (fs. 163), T. (fs.166) y B. (fs. 165) no aportan elementos objetivos para acreditar tales asertos. Resta entonces expedirme sobre la testimonial del Sr. F. (fs.167) que no se ha objetado trabajó en el taller en forma contemporánea con el actor.

Señala la Magistrada de grado que la declaración del testigo en el punto es contradictoria. Frente a la clara respuesta dada a la sexta pregunta, esto es que G. trabajaba media jornada, cuando debió responder sobre los horarios de trabajo (7ma.) señaló *"pasa que era variable. Por ahí iba a la mañana o iba a la tarde. De 09.00 a 12.00 si iba por la mañana y si iba por la tarde de... nosotros cortábamos al mediodía y arrancábamos a las 2 o a las tres, según lo que nos daban de comer. Se arrancaba a las dos o tres de la tarde y de ahí hasta finalizar a las*

07.30 u 08.00. En las repreguntas señaló que el horario de de apertura y cierre del taller A. era de 9 de la mañana a 7 y media u 8 de la tarde; que su horario de trabajo era de 9 o 9.30 a 7 y media u 8, el horario de cierre del taller, los días que iba. Preguntado en la 8va. Repregunta si recordaba si aparte del actor, había algún otro empleado que haya trabajado en jornada reducida, contestó que no y agregó que "*Lo que pasa por ahí iba a trabajar y me mandaban para la casa porque no había que hacer. O por ahí trabajaba medio día. Me llamaban a la tarde porque había trabajo. No había otro empleado. En jornada reducida también trabaje yo. Era por al cantidad de trabajo que hubiera en el taller*."

La declaración del testigo, por cierto confuso, adolece de la misma ambigüedad que subyace en la contestación de la demanda al exponer los horarios de trabajo. Allí se indicó que la convocatoria a trabajar fue para una prestación no mayor de cuatro horas y que de hecho había días que no se lo convocaba y que se lo podía llamar indistintamente por la mañana o por la tarde. Contradicción que subsiste cuando se procura dar trascendencia probatoria al reconocimiento por el actor de una jornada de dos horas diarias por cuatro días semanales (según la planilla de relevamiento de datos de fs.145/147).

Concluyo que no ha logrado el apelante demostrar la errónea valoración de la prueba testimonial del Sr. F., por parte de la señora jueza, quedando el agravio en una mera discrepancia, por lo que debe desestimarse y confirmarse que el régimen excepcional de jornada reducida no fue probado.

b) <u>La categoría laboral.</u>

Admitiré el agravio.

No advierto que en este aspecto de la declaración el testigo F. sea contradictorio. Breves razones me permiten llegar a esa conclusión. Ya he

señalado que el testigo F., sin que fuera cuestionado, fue compañero de trabajo en el taller de Chapa y pintura "A.".

El testigo fue ofrecido por la demandada y comenzó la declaración sobre el pliego agregado a fs.164. En la tercera pregunta dirigida a conocer qué trabajo hacía en el Taller de calle Jujuy el Sr. C. B. , que *"era el pintor"*, a la cuarta pregunta respecto si sabía que G. trabajó en ese taller dijo: *"si. Era ayudante. Como yo."* Reafirmando en la quinta respuesta sobre las tareas que cumplía G. diciendo *"…ayudante de pintura como yo. Los dos éramos ayudantes de pintura".* Al tiempo de las repreguntas por el letrado de la parte actora, en la 7ma. se le preguntó en el período que trabajó para el demandado, si recuerda cuantas personas trabajaban en el taller, contestando *"… cinco. P., el mecánico. F. que era el chapista o ayudante como yo. Éramos tres ayudantes y C. el pintor. L. que era ayudante como yo y yo. Éramos los que laburabamos…. "*

Luego de referenciar las respuestas que aluden a la categoría laboral del trabajador, entiendo que la parte demandada ha logrado justificar que la actividad desplegada por el Sr. G. en el taller del demandado fue la de ayudante, en los términos del CCT al que han referenciado como aplicable las partes en este proceso.

Por lo que propondré al Acuerdo revocar la sentencia de la anterior instancia en cuanto reconoció la categoría de "oficial", debiendo en la etapa de ejecución de sentencia, practicarse la liquidación final sobre la base de Ayudante.

c) <u>El despido indirecto</u>

Insistirá el apelante en las cuestiones ya dichas en su contestación de demanda respecto de los incumplimientos por parte de G., de dar aviso de la enfermedad, la ausencia en el domicilio al tiempo del contralor médico y -como señala la magistrada de grado- *"las sutilezas que desliza respecto de la elección en la afección del actor y/ o contradicción sobre el reposo recomendado".*

Las conclusiones de la Magistrada no encuentran en el agravio, crítica concreta ni razonada. En la secuencia cronológica de los hechos y considerando el intercambio epistolar, extenso por cierto, entre las partes a partir del día 3 de abril (fs. 3), debo concluir con la señora jueza, que el demandado, no obstante contar con los certificados médicos a partir del día 11 de abril (fs. 109), le comunicó al empleado con fecha 17 de abril (fs. 13) que se efectuaría el contralor médico. Es en esa fecha, que el empleador concurre a retirar los certificados a la Subsecretaría de Trabajo (v. fs.111).

Señaló la Magistrada que no se produjo prueba tendiente a ratificar la constancia de control que se declara impedido y a criterio de la demandada, el informe de fs. 53, no fue cuestionado.

La actora no podía expedirse sobre el informe de referencia, en primer lugar porque como afirma el demandado, sólo podía el actor reconocer o negar los documentos a él atribuidos, *"La carga de reconocer o negar la autenticidad de los documentos que se acompañan con la demanda sólo es necesaria cuando se trata de instrumentos que se le atribuyen al demandado, mas no cuando se trata de aquellos emanados de terceros. "*("L.A. y otro vs. E., S. y otro s/ Indemnización por daños y perjuicios". Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I, Morón, Buenos Aires; 19-03-1996; Revista de Jurisprudencia Provincial; RC J 400/05). Tampoco podía referirse a la recepción o no del informe, por lo cual la parte, corría con la carga de procurar la validez del mentado informe médico, (art.381 del CPCC). *"Los documentos emanados de terceros tienen el solo valor de un testimonio y son computables en cuanto el emisor los reconozca ante el actuario, en calidad de testigo, pudiendo las partes interrogarlos libremente sobre su contenido".* (D. de S., M. E. y otros vs. E. F. A. s. Daños y perjuicios. Cám. Fed. de Apelaciones Sala II, General San Martín; 15-05-1995; Rubinzal on line; RC J 3995).

En cuanto a la ausencia de G. a percibir los haberes del mes de marzo, debo advertir que tal circunstancia no ha sido probada y frente a la intimación

cursada el 21 de abril de 2009 (fs. 16) nada dijo ni hizo el empleador en su resguardo, para liberarse de la obligación. Nada dice, tampoco, en la comunicación del día 8 de abril, incumpliendo de esta forma el deber que tenía de responderle, conforme lo establece el art. 57 de la LCT. En efecto, la norma mencionada impone a la parte empresaria la obligación explícita de responder a los requerimientos efectuados por su operario en relación con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio jurídico laboral, bajo apercibimiento de crear una importante presunción en su contra tomando como cierto el relato efectuado por el dependiente. Frente a la intimación del día 21 de abril, responde, poniendo a disposición los haberes bajo apercibimiento de consignar judicialmente, haciéndolo luego en la Delegación de la Subsecretaría de Trabajo (a requerimiento del actor conforme comunicación de fs. 18), con fecha 5 de mayo de 2009 (fs. 94).
Luego de lo expuesto, no logra refutar con su crítica las conclusiones de la Magistrada de grado en el sentido que *"En definitiva, considero que la cerrada negativa del demandado a atender las diferencias salariales hasta aquí acreditadas, la sanción disciplinaria aplicada, la negativa también injustificada a reconocer las certificaciones médicas acompañadas y las inasistencias justificadas que de ellas derivaban, la sanción disciplinaria aplicada y como colofón la falta de pago de los haberes correspondientes al mes de marzo, se constituyeron en causa justificada del despido indirecto dispuesto por el trabajador"* ni que en su consecuencia prospera la demanda en cuanto pretende las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo, el agravamiento previsto por el art. 2 de la ley 25.323, atento la infructuosa intimación al respecto.

d) El artículo 1ero de la Ley 25.323, dispone un incremento indemnizatorio para el caso de que, al momento del despido, una relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Es claro que el fundamento de la sanción ha sido la eliminación del trabajo total o parcialmente clandestino,

en razón de que la falta de adecuada registración priva al trabajador del goce de los beneficios sociales respectivos y provoca perjuicios a todos los sujetos involucrados en la relación laboral.

Registrado el actor L. Á. G., deberá avanzarse en que debe entenderse como registración deficiente. La mayoría de la doctrina sostiene que no toda irregularidad o deficiencia en la registración habilita la sanción sino aquellas a las que refieren los arts. 7mo, 9no. y 10mo. de la ley 24.013. Las diferencias salariales que genera la jornada de trabajo no encuadran, en mi criterio, en los supuestos que habilita la norma. *"En el presente caso no media esa situación de clandestinidad, analizando el tema tanto desde la perspectiva de la ley 24.013, como de la ley 25.323, artículo 1º, puesto que el trabajador sí se encontraba registrado, por lo que gozaba de los beneficios antedichos. Aún en la hipótesis de considerar que el actor debiera percibir un salario superior al que se le abonaba, ello no implica la procedencia de la sanción prevista en el art. 1º de la ley 25.323 por cuanto la ley 24.013 (cuya finalidad, reitero, es la misma) sólo tipificó como conductas sancionables por los arts. 9 y 10 (fuera de la falta total de registración) las irregularidades registrales en orden a la fecha de ingreso y al salario y en tanto se trata de materia sancionatoria, ámbito en el que deben regir las pautas interpretativas más restrictivas, considero que no cabe aplicar la analogía en perjuicio del sancionado"*. *("Moreira Ramón Ernesto Martín c/ Nextel Comunications Argentina S.A. s/ despido" CNATrabajo. Sala II.5-8-2010. MJ-JU-M-59105-AR)*. (CAPM "H. c/ B. s/ Cobro de Pesos" (Expte. Nº 155 Año 2010) SDL Nº 28/10).

Concluyo en que deberá revocarse la sentencia en cuanto dispone el agravamiento del art. 1 de la Ley 25.323.

e) En cuanto a la multa prevista por el art. 45 de la ley 25.345, el decreto 146/01 -reglamentario del art. 45 de la Ley 25.345- establece definitivamente, el plazo perentorio dentro del cual el empleador, una vez producida la

disolución del vínculo laboral por cualquier causa, debe entregar al trabajador los instrumentos a los cuales se refiere el art. 80 de la LCT. Así dispone, que el trabajador está habilitado para remitir el requerimiento fehaciente cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80 de la LCT, dentro de los 30 días corridos de extinguido por cualquier causa, el contrato de trabajo. La mora se produce de pleno derecho pero resulta requisito ineludible para la procedencia de la sanción el requerimiento previo y fehaciente la entrega de dichos certificados.

Frente al requerimiento formal de fs. 23, ya transcurridos los treinta días desde la comunicación del distracto (fs. 16), la empleadora nada dijo, y como ya hemos señalado, la presentación del mismo -sin juzgar su contenido- al tiempo de contestar la demanda, es tardío y habilita la aplicación de la multa prevista por la normativa legal enunciada, pues a ese tiempo ésta era exigible. "*Frente a la intimación cursada, la demandada guardó silencio. Agrego a ello y frente a la manifestación de fs. 53, que sostengo el criterio por el cual, la presentación de la certificación de servicios (cuyo contenido se desconoce y no existe constancia de retiro por la parte), contemporáneamente con la contestación de la demanda, no revierte el incumplimiento de la demandada a sus obligaciones y ello en tanto en ese momento, la indemnización del art. 80 ya era exigible.* (CAPM entre otras, Z., c/ C., s/ Cobro de pesos" (Expte. Nº 15 Año 2011) SDL Nº 65/11).

Por ello, deberá desestimarse el agravio en este punto.

f) Luego de todo lo dicho, propondré al Acuerdo la revocación parcial de la sentencia de fs. 184/189 en cuanto a la categoría laboral (y consecuentemente su incidencia en las diferencias salariales condenadas y la determinación de la base salarial para la liquidación final y multas admitidas) y el agravamiento indemnizatorio del art. 1 de la ley 25.323.

4. <u>Las costas.</u>

a) <u>De la primera instancia:</u> La admisión de la queja, autoriza en los términos del art. 282 CPCC, a readecuar las costas de la primera instancia para imponerlas en un 30 % a la parte actora y un 70 % a la demandada (art. 72 CPCC), sin modificar los honorarios fijados en porcentaje que se ajustaran al monto de condena que resulte.

b) <u>De la segunda instancia:</u> En la Alzada se han receptado parcialmente las quejas de la demandada, por lo que soy del criterio que las costas se soporten en el orden causado (art.72 CPCC). En cuanto a los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede y conforme el mérito, extensión y resultado obtenido deberían fijarse para el Ab. J. G. en el 27% y para el Ab. E. C. en el 25 % de los que resulten de la primera instancia (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.).
Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN,</u> el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.
Mi colega de Cámara se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de la parte demandada, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del C.P.C.C. en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.1.

Sostiene el demandado en su queja que el decisorio en análisis no valoró debidamente las declaraciones del testigo F. (fs. 167/168), ya que según él, fue el único realmente presente en las jornadas laborales dentro del taller, habiéndose ponderado parcialmente sus dichos.

Considera también que existen otros elementos muy importantes para la acreditación de la jornada de trabajo parcial, tales como los recibos de haberes, de alta temprana y demás instrumentos laborales, consentidos por el trabajador, y el instrumento público de fs. 44, en el que el propio actor da cuenta que trabajaba cuatro días a la semana durante dos horas.

Voy a coincidir con la Dra. de Villafañe, en este aspecto.

Los dichos de F. sostienen que el actor laboraba media jornada (contestación a la pregunta 6ª), sin dar precisiones sobre horarios, refiriendo que era "variable" (contestación a la pregunta 7ª), que a veces iba a la mañana, a veces a la tarde (contestación a la pregunta 7ª), de 9 a 12 hs, o de 2 o 3 de la tarde hasta las 19.30 o 20 hs.

Claro está que tales afirmaciones no se compadecen con el texto del instrumento de fs. 44, en el que, expresa un horario de 2 horas, cuatro veces por semana.

Por su parte, de los recibos de haberes acompañados como documental a fs. 24/36, no surge expresamente cuál era la jornada de trabajo del actor.

Todo lo expuesto, me lleva a concluir que era la demandada quien tenía a su cargo la prueba de la jornada reducida de trabajo, y la prueba contradictoria por ella aportada, no me permite acompañarla en su postura.

Es decir, veo en las declaraciones de F. imprecisión al explicar la cantidad de horas laboradas. Sabido es que la prueba en este aspecto debe ser contundente.

Ello así, pues el empleador debe acreditar en forma fehaciente, terminante e incuestionable que las partes habían pactado la reducción de la jornada, ya que conforme el art. 198, LCT la normalidad es la regla y sólo

excepcionalmente, por estipulación particular en el contrato individual pudo mediar una limitación de la jornada laboral (cfr. Cámara de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, sala II, "Ramírez, Lourdes Elizabeth c. Martingala S.R.L. y/o quien resulte responsable", 25/06/2010, La Ley Online, AR/JUR/34873/2010).

Frente a ello, debo recordar al respecto que es de aplicación entonces el art. 9 de la LCT (texto seg. Ley 26.428), que establece en su última parte: *"Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador".*

Agrego que tiene vigencia en el punto, el principio de "primacía de la realidad". Como bien se lo ha caracterizado, lo que este principio busca es adecuar la realidad -la que está amparada por normas obligatorias y que, por tanto, son Derecho- a lo que las partes han pretendido aparentar.

No se trata de formalidades que se pudieron efectuar con cumplimiento aparente de la ley, sino del derecho que tiene el trabajador que le sea reconocida la realidad de su relación laboral, cualquiera sea la forma bajo la cual se la ha querido encubrir (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn L. M. c/ C. s / Cobro de pesos" (Expte. Nº 51 - año: 2010) SDL Nº 09/10; Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, 23.11.09, "V., P. F. c/ C. DE H. RH. S.A. y/otro s/ cobro de pesos - laboral" -Expte. Nº 290 - año: 2008-).

He de concluir, entonces, que el agravio en cuestión debe ser desestimado.

2.2.

Se agravia el demandado, sosteniendo que la afirmación judicial en el sentido que el actor revestía con categoría de oficial en el taller del demandado, es totalmente infundada.

Refiere también que el testigo F. no ha sido contradictorio en sus declaraciones; tampoco al referirse a la categoría del actor.

Sostuvo además que el accionante no acreditó haber recibido capacitación, para haber alcanzado la categoría de oficial.

Comparto también con mi colega de Cámara en cuanto a que la categoría laboral que ha de encuadrarse al actor es la de ayudante.

Así surge de las declaraciones de F. de fs. 167 (contestación a las preguntas 3ª, 4ª, 5ª, y contestación a la repregunta 7ª), respecto de las cuales la Sra. Jueza Dra. de Villafañe hizo referencia, y a ellas me remito en honor a la brevedad.

Por tal razón, no habiendo sido desvirtuada dicha probanza con otra emanada de la actora, soy partidario de modificar el decisorio en ese aspecto, debiendo ajustarse la liquidación por la indemnización reconocida en el pronunciamiento en crisis, a dicha categoría del convenio colectivo del sector.

2.3.

Se agravia la demandada, sosteniendo que la sentencia en análisis se apartó de las disposiciones de los arts. 209 y 210, LCT.

Señala al respecto que el actor incumplió con dichas mandas legales, omitiendo dar aviso a su empleador de la enfermedad el día de la inasistencia e informar dónde se encontraba, a los fines de permitir el contralor correspondiente, refutando que a la postre, fue el accionado quien lo debió intimar a retomar tareas, bajo apercibimiento de abandono. Además, su dolencia resultó no ser grave y fue imposible la corroboración posterior por parte de su principal.

Dice que el decisorio, no obstante ello, y resultar ser el trabajador quien incumplió, condenó al empleador en ese aspecto a las indemnizaciones reclamadas, mal interpretando la conducta del actor, quien después del 30 de marzo no concurrió a su lugar de trabajo, ni a llevar certificados

médicos, ni a percibir sus haberes, ni su liquidación final, ni su certificado de trabajo.

Coincido con la sentenciante de autos en orden a que el demandado, a partir de la intimación que cursara al actor con el despacho de fs. 2, tuvo a su disposición los certificados médicos en sede administrativa el 11.04.09, procediendo a retirarlos el día 17.04.09, sin que quedara acreditado en modo alguno que ejerciera el control médico a que lo faculta el art. 210, LCT, disponiendo sin más la medida disciplinaria que da cuenta la carta documento de fs. 13, por considerar injustificadas tales ausencias.

Siguiendo el criterio sostenido por la Sra. jueza de primer voto, en cuanto a que no ha quedado acreditada en autos la autenticidad de la documental de fs. 53, debo estimar que la sanción disciplinaria de mención resulta, por lo menos, intempestiva, contraria al principio general de la buena fe que rige en la materia (arg. art. 63, LCT).

Por su parte, es dable señalar que el art. 57, LCT crea una presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador en forma fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, estableciendo un plazo razonable (dos días hábiles), el que el demandado excedió, en la medida que incumplió con el pago de los haberes del mes de marzo, sin que al efecto diera cumplimiento con la obligación a su cargo.

La misiva de fs. 16 intimaba al pago de los haberes de marzo, los que manifestó haber estado “siempre a disposición” (recién en fecha 25.04.09), pese a lo cual, no se advierte que el empleador hubiera hecho saber tal circunstancia con anterioridad, cuando era su deber abonar la remuneración adeudada.

Tales conductas, me permiten concluir, al igual que mi colega de voto anterior, que este aspecto de la queja debe ser confirmado.

2.4.

Ha señalado esta Excma. Cámara (CAPM, SDL 28/10) que, no es procedente el incremento que establece el art. 1 de la ley 25.323, ya que al momento del despido la relación laboral de la actora se encontraba registrada, aun cuando no se encontraban registradas las diferencias salariales reconocidas judicialmente en la misma pieza decisoria. En efecto. El pago insuficiente de la remuneración no habilita *"per se"* a concluir en un deficiente registro. No puede soslayarse que el empleador registró las remuneraciones efectivamente abonadas al trabajador, realizando los aportes correspondientes a los organismos de seguridad social (cfr. con lo decidido en el mismo sentido por Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala III, 10/09/2009, in re: "Macri, Andrea Mercedes c. Marsans Internacional Argentina S.A.; AR/JUR/33545/2009, entre otras).

Entender la norma de otra manera significa desconocer sus alcances en orden a los objetivos consignados en el art. 1 de la ley 24.013, y sostengo que se incurriría en un supuesto de abuso del derecho, extremo que la ley no ampara por imperio de lo establecido en el art. 1071 del Cód. Civil.

El art. 1071 del Cód. Civil, con la reforma introducida por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), legitima el ejercicio regular de los derechos y define como abusivo aquél que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. (Del voto del doctor Morando Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, 22/10/1990, Patrón, Abel E. c. Casa Buenos Aires S. A., DT 1991-A, 359 - DJ 1991-1, 739, AR/JUR/1801/1990).

En tal sentido, se ha señalado que es improcedente la indemnización prevista en el Art. 1 de la ley 25.323, pues el objetivo de dicha ley es la eliminación de las prácticas evasoras, lo que no se da en el caso. "La indemnización del Art. 1 de la ley 25.323 no procede, en tanto no se está ante un caso de evasión que la ley busca desalentar…" (Cámara Nacional

de Apelaciones del Trabajo, sala V, 30/06/2010, Arévalo, Jorge David c. Edenor S.A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/32653/2010).

En consecuencia, no obstante que la demandada no registró las diferencias salariales reconocidas por su jornada laboral, y en la medida que tal incumplimiento no constituye un presupuesto del sistema sancionatorio contemplado en la normativa citada, corresponde el rechazo del incremento allí previsto. De otro modo, cualquier diferencia, cualquier alteración en la registración, de cualquier naturaleza, quedará expuesta a la multa solicitada por pequeña que sea.

Por tales razones, entiendo que esta parcela del agravio debe ser estimada.

2.5.

En orden a la multa del art. 45, ley 25.345 (y Dec. 146/01), cabe señalar, como lo sostiene la Dra. de Villafañe, que ante la intimación cursada a fs. 23 (01.06.09), la demandada guardó silencio.

El hecho de adjuntar el certificado del art. 80 en ocasión de contestar la demanda, deviene extemporáneo, ya que había, para entonces, transcurrido el plazo de dos días que la mencionada norma otorga al empleador para entregar el certificado y liberarse de la indemnización que a favor del trabajador, allí se estipula.

Por tal razón, el decisorio debe ser confirmado en este aspecto.

3.

Coincido con el modo en que la Dra. de Villafañe propone la distribución de las costas de la Instancia anterior, en orden a lo preceptuado por el art. 282, del CPCC, como así en el que decide respecto de los honorarios allí regulados.

En el mismo sentido, considero que las costas de esta Instancia deben ser distribuidas en el orden causado (art. 72, CPCC) y en el modo en que regula

los honorarios de los profesionales intervinientes por su actuación en esta Alzada en atención al mérito, calidad y extensión de la labor desarrollada (arts. 5 y 13 de la ley de aranceles).

Por las razones expuestas, voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Magistrados mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de grado en cuanto a la categoría laboral asignada, debiendo ajustarse a ello el cálculo dispuesto para la etapa de ejecución de sentencia y dejando sin efecto el agravamiento indemnizatorio del art. 1 de la Ley 25.323 y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

2. READECUAR las costas de la primera instancia para imponerlas en un en un 30 % a la parte actora y un 70 % a la demandada (art.72 CPCC), sin modificar los honorarios allí fijados. (art. 282 CPCC)

3. IMPONER las costas de la segunda instancia por su orden (art.72 CPCC).

4. **REGULAR** los honorarios del Ab. J. G. en el 27% y los del Ab. E. C. en el 25 %, de los que les resulten determinados en el grado anterior (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.).

5. De forma

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI 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 junio de 2012.

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. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de grado en cuanto a la categoría laboral asignada, debiendo ajustarse a ello el cálculo dispuesto para la etapa de ejecución de sentencia y dejando sin efecto el agravamiento indemnizatorio del art. 1 de la Ley 25.323 y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

2. READECUAR las costas de la primera instancia para imponerlas en un en un 30 % a la parte actora y un 70 % a la demandada (art.72 CPCC), sin modificar los honorarios allí fijados. (art. 282 CPCC)

3. IMPONER las costas de la segunda instancia por su orden (art.72 CPCC).

4. **REGULAR** los honorarios del Ab. J. G. en el 27% y los del Ab. E. C. en el 25 %, de los que les resulten determinados en el grado anterior (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.).

5. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL. CONSTE.