En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de abril del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B., C. E. C/ P. E. S.A. S/ Cobro de pesos - LABORAL - (Expte. Nº 3 Año 2013)** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 51/2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Satisface la fundamentación de fs. 193/195 los recaudos del art. 268 del CPCC? **SEGUNDA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **TERCERA** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 205.

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 P. E. S.A. a abonarle a C. E. B., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día de determinadas y mediante depósito judicial en autos, las sumas por diferencias salariales que en su oportunidad se liquiden para el período comprendido entre enero de 2007 y la ruptura del vínculo, comprensiva de liquidación final, SAC y vacaciones por considerar al establecimiento gastronómico de la demandada encuadrado en el categoría "B" del art. 5.2 del c.c.t. 389/04; estableció que las sumas resultantes de tal diferencia entre lo percibido y lo devengado llevará intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut SA para las operaciones de descuentos de documentos comerciales, desde que cada suma resultó debida y hasta el efectivo pago y dispuso la entrega de las

certificaciones previstas por el art. 80 L.C.T., adaptadas a lo decidido en la sentencia, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. (art. 666 bis Cód. Civil). Impuso las costas en un 60% a cargo de la parte actora y en 40% a cargo de la demandada y reguló los honorarios de los letrados y perito contador que intervino en autos.

En la sentencia se desestimó el reclamo de diferencias salariales en mérito a la jornada de trabajo invocada por la actora, con base en las testimoniales rendidas y que la actora no alegó violación a la norma convencional del art. 8.3 que prevé que la pausa destinada a comida o merienda del personal no se computan en la jornada de trabajo.

Asimismo rechazó las indemnizaciones derivadas del despido indirecto en el que se colocó el trabajador por entender que la decisión rupturista aparece como apresurada y violatoria del principio rector del art. 10 de la LCT; dijo también que no existía contemporaneidad entre el incumplimiento y la denuncia del contrato.

La sentencia es apelada a fs. 189 y el memorial de agravios anexado a fs.193/195. La demandada responde a fs.199/200.

2. <u>Los agravios de la parte actora</u>.

El agravio gira sobre el rechazo de las indemnizaciones derivadas del despido indirecto dispuesto por el actor, para lo que dice que la decisión resulta arbitraria e incongruente jurídicamente y no menos contradictoria en la evaluación de las probanzas producidas en autos.

Dice que es falsa la supuesta violación del actor al art. 10 de la LCT, que su mandante intimó al empleador vigente la relación laboral a que se le abonen las diferencias salariales, poniendo en mora al empleador, siendo negativa la postura sostenida por la demandada y aún al momento de contestar la demanda; que se privilegió su supuesto incumplimiento por el del deudor y que se reconoció en la sentencia que el empleador era deudor

de sumas de dinero legítimamente reclamadas. Alude a la buena fe que rige en las relaciones laborales.

Admite que el art. 242 de la LCT se limita a dar la noción genérica de injuria y otorga a los jueces la facultad de determinar su existencia en cada caso en particular y que en el caso, el incumplimiento de pago del salario en tiempo oportuno es grave.

Señala que en violación al principio de congruencia, la Magistrada ha realizado fundamentaciones con cuestiones no propuestas por las partes como lo es la contemporaneidad en el despido cursado por el actor. A esos fines, señala que ese recaudo debe ponderarse de conformidad con las circunstancias de cada caso, descalificando la conclusión de la Magistrada y señalando que el actor hizo el reclamo y dentro de los plazos legales y normales dispuso el despido indirecto.

Concluye su queja en que esta reconocido el incumplimiento del demandado a su obligación configurando una injuria de gravedad suficiente para legitimar la extinción del vínculo laboral.

3.

Es sabido que la expresión de agravios debe ser un acto de impugnación destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el Tribunal de Apelación. En esta orientación, tanto la norma del art. 268 del CPCC como la del art. 60 e la Ley XIV Nº 1 han recibido la paciente y fecunda jurisprudencia de nuestros tribunales, los que realizaron una eficiente aplicación de la preceptiva legal en cuanto ordena que el memorial de agravios "deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Ello hace que el contenido de la impugnación se deba relacionar con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso (vid. Fenochietto-

Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, T. 1, págs. 939 y ss.).-

Desde la perspectiva señalada, lo "concreto" de la crítica que se dirige contra el fallo se refiere a lo preciso; indicando y determinando cuál es el agravio y, a su turno, lo "razonado" indica los fundamentos, las bases, las sustanciaciones, exponiéndose con la debida claridad por qué se configura el agravio (cfr. CNCiv, Sala H del 5/3/91).-

En resumidas cuentas, la expresión de agravios debe ser una crítica, esto es un juicio impugnativo; concreta, esto es precisa y determinada; y razonada, vale decir, expresar los fundamentos que sustentan los agravios; lo cual exige ineludiblemente precisar punto por punto los errores y omisiones -tanto fácticos como jurídicos- que se atribuyen al fallo en crisis. La segunda instancia no es autónoma, ni es reconducción, sino que es dependiente de lo actuado en el grado precedente y es revisión de su sentencia, a cuyo efecto requiere el elemento nuevo, cual es la crítica que deben contener los agravios.

De allí que, si faltan esas argumentaciones carece el tribunal de Alzada de motivos para confrontar los argumentos de la *"a quo"* con los que aduce la parte recurrente en apoyo de su impugnación.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación si el escrito de expresión de agravios no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el sentenciante de la anterior instancia, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la decisión impugnada; no bastando en consecuencia escuetos argumentos que no constituyen más que una mera discrepancia con el criterio sostenido en el fallo recurrido y que distan de contener una crítica concreta y

razonada de los argumentos que sostienen a aquél (CSJN "Fallos", 323:2131).

Luego de lo expuesto es necesario señalar que la justa causa alegada por el trabajador debe ser valorada por los jueces con la prudencia y equidad necesaria, con sujeción a las cargas impuestas por el art. 243 LCT y en orden a establecer si los incumplimientos fueron o tuvieron la entidad suficiente para provocar el quiebre del principio de continuidad consagrado en el art. 10 de la L.C.T.

En ese carril, la Magistrada de grado evaluó el incumplimiento y teniendo en mira el principio de conservación del contrato, entendió que la decisión rupturista del actor resultó apresurada y violatoria de éste principio rector en materia laboral.

Como bien señala el apelante "… *el juzgador tiene, como en toda la materia de injuria un amplio campo de apreciación y valoración de las distintas circunstancias de cada caso para determinar si el atraso o falta de pago de las remuneraciones constituye injuria en sentido legal"* (CNAT Sala IV "Zeolla Jorge Miguel c/ UOM").

En ese sentido, la crítica esbozada no alcanza para refutar la conclusión de la Magistrada.

En momento alguno se le restó veracidad al reclamo efectuado por el trabajador, de hecho, se admitieron las diferencias salariales fundadas en la calificación errónea del establecimiento gastrónomico de la demandada y se desestimó el reclamo de horas extraordinarias.

Tampoco conmueve el fallo, el alegado vicio de congruencia, cuando es sabido que para valorar prudencialmente la causal de despido debe considerarse para su justificación además de su gravedad, las notas características de cualquier despido como son la proporcionalidad, oportunidad o contemporaneidad. *"El concepto de injuria es específico del derecho del trabajo y consiste en un acto contra derecho y específicamente contra el*

derecho del otro. La injuria puede caracterizarse como un incumplimiento de las obligaciones de prestación o bien de conducta que para justificar el despido debe impedir la prosecución del vínculo contractual: La valoración de la injuria debe realizarse teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad y su apreciación queda reservada a los jueces, de tal modo que en cada proceso éstos consideren si la causal invocada reviste o no ese carácter" (CNAT Sala I 30/3/2001 "Duarte Falcón , Oscar R.v.Indugraf S.A.")

Es en esa perspectiva, que la Magistrada de grado señaló que durante la vigencia del vínculo laboral, el trabajador soportó por casi dos años el encuadramiento erróneo del establecimiento y que tal conducta por si misma demuestra que no consideró intolerable la trasgresión. Dicha conclusión se impone como irrefragable a poco que se advierta que no hay constancia alguna de la que se desprenda la existencia de reclamos anteriores al que, intempestivamente, acude el 14 de noviembre de 2008 para luego darse por despedida -frente a la negativa de su contraria-, el día 5 de diciembre del mismo año.

De allí entonces que frente a las distintas opciones con las que contaba para obtener el cumplimiento de la obligación patronal, entre ellas el reclamo judicial de las diferencias y/o retención de tareas con fundamento en el art. 1021 del CC, optó por la medida extrema del distracto, adoptando conforme lo expuesto en el fallo, una actitud apresurada e intempestiva a la luz de los principios de buena fe y conservación del contrato de trabajo.

Aún cuando medie incumplimiento en las obligaciones del empleador al no encuadrar al establecimiento gastrónomico en la categoría convencional correspondiente y reconocerse las diferencias salariales que ello conlleva, no por ello y automáticamente, se convierte en causal justificante de un despido indirecto, ya que debe ser valorada de acuerdo a las circunstancias y la conducta general que el empleador observó a lo largo de la relación

laboral y fundamentalmente si la misma ha configurado una injuria de tal gravedad que no consienta la prosecución de la relación.

Analizados los agravios, no ha logrado el apelante poner en evidencia el yerro en las conclusiones sentenciales respecto a que la decisión adoptada por el Sr. B., no resultó proporcional ni contemporánea al achacado incumplimiento, ni puede inferirse la gravedad del mismo ni que fuera de una dimensión tal que impidiera la prosecución del vínculo y consecuentemente, desestimó las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo.

En definitiva la expresión de agravios en estudio, refleja consideraciones subjetivas y disgregaciones inconducentes que no satisfacen las exigencias de la carga de fundamentación autónoma (conf. CSJN, "Fallos", 323:1565), por lo que he de proponer al Acuerdo la decisión de declarar desierto el recurso. (Art. 60 Ley XIV Nº 1 y art. 269 del CPCC).

4.

Las costas en esta instancia, se imponen al apelante vencido (art. 69 del CPCC).

En cuanto a los honorarios del letrado E. M. C., conforme es criterio de este Tribunal (entre otras SDL Nº 3/10), no corresponde la regulación de honorarios cuando las tareas profesionales resultan inoficiosas. Los honorarios del letrado L. Á. N., conforme al mérito y resultado obtenido se estipulan en el 27 % de los que se determinen en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por la Dra. de Villafañe.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara.

2.

Se agravia la parte actora, por considerar que el decisorio de autos ha desestimado erróneamente la demanda en orden a la indemnización reclamada por el despido indirecto. Califica al mismo de arbitrario, incongruente y contradictorio con las probanzas de autos.

En primer lugar, ataca a la pieza decisoria por cuanto ésta afirmó que el actor obró en violación al art. 10, LCT, que consagra el principio de conservación del trabajo.

Al respecto señala que el aserto judicial es falso, ya que de la documental de autos surge que su mandante intimó a su empleador a que se le abonaran diferencias salariales, cumpliendo de ese modo en colocar al demandado en situación de mora e invitarlo a recapacitar acerca de su incumplimiento. Esta actitud, señala, no se condice con la manifestada por la demandada, que en modo alguno procuró asumir una actitud conciliatoria ni encaminada a obrar de buena fe. Su negativa fue sistemática en el sentido de desconocer el derecho de su mandante.

En ese aspecto, señala que el decisorio resulta incongruente: por un lado endilga a su mandante el incumplimiento al art. 10, LCT, por el otro omite valorar la conducta del accionado en orden a la falta de cumplimiento de la buena fe, consagrada en el art. 63, LCT.

Además, considera que el decisorio no tuvo en cuenta lo normado en el art. 74, LCT, en cuanto constituye un deber del empleador satisfacer el pago de la remuneración debida al trabajador en los plazos y condiciones previstas en la ley, siendo que su falta constituye un grave incumplimiento contractual respecto de la más importante de las obligaciones a su cargo.

Por su parte, el decisorio sostuvo que la decisión rupturista aparece apresurada y violatoria del principio rector de conservación del trabajo. En tal sentido, afirmó que bien pudo el trabajador reclamar el pago de lo adeudado (sea por diferencias salariales, sea por horas laboradas en exceso), sin por ello disponer la disolución del vínculo, máxime teniendo en cuenta que tal situación venía siendo soportada por el trabajador, pasivamente, por dos años.

De los términos de la queja vertida no se desprende que tales afirmaciones hubieran sido refutadas con argumentos fácticos y jurídicos atendibles.

Como se señalara, el apelante se limita a afirmar que, frente a los respectivos incumplimientos (arts. 10, 63 y 74, LCT), la pieza decisoria dio relevancia al primero de ellos endilgado al trabajador.

No obstante, nada señala el agravio acerca del fundamento vertido por el pronunciamiento, esto es, no explica las razones por las cuales el trabajador, habiendo permanecido en situación pasiva (es decir, no demandante) durante dos años respecto a un derecho que consideraba cercenado, de la noche a la mañana optó por disolver el vínculo contractual. Máxime, teniendo en cuenta (tal como lo afirma el decisorio) que lo que se encontraba en juego eran diferencias salariales y horas extras (que a la postre no pudieron ser acreditadas como efectivamente laboradas).

Ninguna cuenta da la queja de tales aseveraciones, limitándose a disentir con el decisorio, por considerarlo “falso” en cuanto a esas afirmaciones e “incongruente”, en cuanto a haber valorado el principio del art. 10, LCT por

sobre el del art. 63, LCT, sin dar fundamento de por qué debió el decisorio optar por éste último y hacerlo prevalecer sobre el primero.

Tal extremo, me lleva a concluir que en este aspecto del agravio el actor apelante se limitó a articular una mera discrepancia, la que en la órbita del recurso que intenta se traduce en su deserción parcial, a mérito de lo dispuesto en el art. 268, del CPCC.

En segundo lugar, el decisorio afirmó que sólo después de dos años el actor efectuó los reclamos, sin la existencia de peticiones previas, y ante la negativa a satisfacerlos, se considera despedido, sin que existiera contemporaneidad entre el incumplimiento y la denuncia del contrato de trabajo.

Contra dicho aserto judicial, sostuvo la queja que ella era una afirmación equivocada y alejada de la realidad.

El recurrente consideró incongruente y arbitrario al fallo apelado en razón de haber dado cuenta de una cuestión no traída a debate: la contemporaneidad en la decisión rupturista. Sostiene que los recaudos de contemporaneidad e inmediatez deben ser ponderados con respecto a cada situación particular que se presenta.

Sostiene que el yerro y la irrealidad del decisorio consisten en un desconocimiento del modo en que se desarrolla una relación laboral diaria entre particulares, por lo que entiende que tal afirmación sentencial es un punto de vista personal de la sentenciante, al que contrapone el suyo propio: estima que es ilusorio pensar que, tras un reclamo verbal al empleador por pago de diferencias salariales, tal situación no derive en consecuencias laborales disvaliosas.

Tal reflexión, por muy cierta que pudiera ser así considerada, en abstracto, no satisface el recaudo de crítica razonada y concreta, en la medida que durante el transcurso del proceso ninguna prueba se arrimó para corroborarla. Para peor, ni siquiera fue invocada en la demanda.

Se colige además, que se trata de una cuestión introducida en esta Instancia y, como tal, vedada a la decisión de esta Alzada, en los términos del art. 280, del CPCC.

Finalmente, se queja de los términos del pronunciamiento en orden a que éste afirma que el actor no fue contemporáneo en su conducta, cuando en verdad, su mandante dispuso un despido indirecto dentro de los plazos legales, calificando esta porción del fallo de incongruente, ya que tal cuestión no fue puesta a debate en autos.

A propósito de ello, considera que el hecho de autos es análogo a la situación prevista en el art. 242, LCT, referido a sanciones disciplinarias, apuntando que, entre el primer despacho epistolar intimatorio y el que expresa su decisión rupturista transcurrió poco menos de un mes.

En orden a tal parcela, señaló el pronunciamiento que, teniendo en cuenta la contemporaneidad que entre el incumplimiento y la sanción se exige, es materia aplicable tanto al empleador como al empleado, cuando es éste quien pone fin al vínculo laboral.

Se ha señalado que la valoración de la gravedad de la injuria resulta privativa del magistrado laboral y debe ser realizada teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, "Ojeda, Jorge Armando c. Fundación Galicia Saude", 26/03/2010, AR/JUR/7219/2010). También se ha dicho que, tanto la apreciación del material probatorio, como la determinación de la existencia o no de injuria que justifique la extinción del vínculo laboral constituyen materia reservada a los jueces de mérito, y el límite que encuentra tal facultad lo constituye la eficaz alegación y demostración de absurdo al apreciar los hechos y las pruebas de la causa, o en la afirmación y comprobación de que la valoración de la injuria invocada fue efectuada por el juzgador sin la prudencia que la ley exige (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Murro, Sergio Juan Ismael c. Carrefour Argentina S.A.", 25/11/2009, La Ley Online,

AR/JUR/53679/2009; cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Petroccello, Sergio Raúl c. 'Varig S.A.”, 25/11/2009, La Ley Online AR/JUR/53670/2009).

No obstante lo señalado precedentemente, el apelante no ha realizado en este aspecto una crítica razonada y concreta a la endilgada sinrazón de la decisión judicial, limitándose a señalar que, lo que para la pieza decisoria es contemporáneo, para él no lo es, concluyéndose que vuelve a discrepar con la afirmación sentencial.

Además, introduce en autos una cuestión que no guarda relación con el caso de autos, cual es pretender considerar la situación planteada en autos tal como si se tratara de un despido por sanción disciplinaria, citando, inclusive, un plazo de 30 días que ni siquiera la ley contempla para tales supuestos, pretendiendo de esta manera justificar la contemporaneidad de su decisión. Este último aserto refuerza la solución que, entiendo, ha de darse al caso de autos en este aspecto de la queja, que consiste en declararla desierta en los términos del art. 268, del CPCC.

3.

Coincido con la Sra. Jueza de primer voto en señalar que, en lo referente a costas, éstas deberán imponerse a la parte actora (art. 69, del CPCC).

En tal sentido, deben regularse los honorarios profesionales del Dr. L. Á. N., en el 27% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior, con más IVA si correspondiera (arts. 5, 6, 13 de la ley arancelaria, sin que corresponda la regulación de emolumentos al Dr. E. M. C., en razón del resultado obtenido en su recurso (cfr. CAPM, 03/10 SDL, entre otras).

Por tales razones voto por la **NEGATIVA**.

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

La deserción del recurso que he votado, torna innecesario abordar la cuestión propuesta.
Así lo voto.

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

Coincido con la Sra. jueza preopinante que el tratamiento de la presente cuestión resulta abstracta, atento el resultado obtenido en el análisis de la anterior.

A LA TERCERA CUESTIÓN: La Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

El pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:
1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación de fs.189.
2) IMPONER las costas de esta Instancia al apelante vencido. (art. 69 del CPCC).
3) REGULAR los honorarios del letrado L. Á. N., en el 27 % de los que se determinen en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera. **SIN REGULAR** honorarios al letrado E. M. C., por resultar su actividad inoficiosa.
4) De forma

A LA TERCERA 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 abril de 2013.

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) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación de fs.189.

2) IMPONER las costas de esta Instancia al apelante vencido. (art. 69 del CPCC).

3) REGULAR los honorarios del letrado L. Á. N., en el 27 % de los que se determinen en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera. **SIN REGULAR** honorarios al letrado E. M. C., por resultar su actividad inoficiosa.

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL. CONSTE.