En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"E. A., P. P. c/G. A. S.A. s/SUMARIO –Cobro de pesos e indem. de ley.-", expte. nro. 325 año 2013**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 148/2011), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 125), correspondió el siguiente orden para la votación: Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 105/108 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que la sentencia de fs. 105/108vta. por la que se rechaza la demanda, con expresa imposición en costas, es apelada por la vencida a fs. 111 y a atenor del informe de fs. 114/114vta. el que le es contestado por su oponente a fs. 120.

Se ha dicho que La expresión de agravios no es una simple fórmula, sino que constituye una verdadera carga procesal, debiendo contener una estudio minucioso y preciso e la sentencia que se apela, y condensar los argumentos y los motivos que demuestren los errores cometidos por el juez inferior para que el tribunal de alzada pueda apreciar en que puntos y porque razones, el apelante se considera perjudicado en sus derechos (Santi, Highton y Arean en “Código Procesal...” Ed.

Hammurabi, t. 5, p. 243) y en realidad, tras un detenido estudio de la escueta queja formulada por la recurrente difícilmente pueda concluirse en la satisfacción de tales exigencias.

Sin embargo, no he de proponer que se declare desierto el recurso de apelación que impetraron en atención a salvaguardar el principio de defensa en juicio (art. 18 CN). Es este precepto precisamente, el que a mi juicio impone utilizar la facultad que acuerda el artículo 269 CPr/DJ, con un criterio restrictivo, vale decir, que cabe acudir a ella cuando de una manera clara y acabada se opera una trasgresión a la citada preceptiva legal, circunstancia que, con las limitaciones señaladas, no se presentaría en estos actuados de una manera rotunda. Es que este tribunal viene declarando de modo concordante que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aún ante la precariedad de la critica del fallo apelado. En otras palabras, si la fundamentación cumple en cierta medida con las exigencias del art. 268 CPr/DJ, según un criterio de amplia flexibilidad, cabe estimar que se ha satisfecho la mentada carga procesal(ver en tal línea v. gr. CNCiv., sala B, 2008/06/18, en JA 2008-IV, fascículo n.2, pág. 68).

Entiendo que existen dos clases de gratificaciones: una de ellas son las que hacen los empleadores a sus dependientes mientras está vigente el contrato de trabajo. A través de su pago el empleador "gratifica" y modifica de modo unilateral las obligaciones a su cargo en beneficio del trabajador -paga más- pero no cambia el título ni la causa de los pagos, que sigue siendo laboral y tiene fundamento en el contrato. Se trata de prestaciones de naturaleza claramente remuneratoria aunque de carácter complementario; y ello excluye la posibilidad de considerarlas donaciones. La otra clase está constituída por las gratificaciones otorgadas con motivo del "cese" de la relación laboral, en las cuales el contrato de trabajo se encuentra extinguido (Cfr. "Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Concordada", Antonio Vázquez Vialard, Tomo II, pág. 107 y ss.) y si éstas no ha sido acordadas previamente como obligación exigible quedará a criterio de la patronal su otorgamiento ya que no nacen del contrato de trabajo, salvo que se demuestre el pago habitual a todos aquellos que han cesado en la actividad.

Si bien la iudex a quo calificó jurídicamente la gratificación extraordinaria pretendida como obligatoria, con sobrados fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales, sin merecer la mínima objeción por la quejosa, al margen de haber verificado actividad probatoria útil a los fines de establecer la habitualidad en el pago de tales liberalidades en todos los casos en que se verificaron idénticas circunstancias a las denunciadas, esto es un pago adicional por cese motivado en el acogimiento al sistema previsional, tan solo opone mera opinión positiva del testigo C. O., cuyos dichos en virtud de la representación gremial que ostenta, no alcanzan para otorgar certeza en cuanto al punto.

Veamos. Desacreditas las otras dos testimoniales por ser de referencia y tal descalificación quedo consentida por al recurrente. La de O. como testimonio único, en cuanto al punto que trata de verificar.

En circunstancias análogas he recordado lo dicho por Devis Echandía (en Teoría general de la prueba judicial, Tomo II, p. 279) cuando sostiene que no se justifica la exclusión total o parcial del mérito probatorio único en el derecho moderno porque se trata de una injustificada cortapisa a la libre valoración por el juez de la credibilidad que le merezca el testigo. Por su parte, Palacio (en Derecho Procesal Civil, Tomo IV, p. 654), apunta que la declaración de un testigo singular es susceptible de fundar las conclusiones de una sentencia acerca de la existencia o inexistencia de uno o más hechos controvertidos si aquella merece fe de conformidad con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de que el juez en tal caso se atenga a pautas de apreciación más estrictas que cuando media una pluralidad de testigos (citados ambos por Pose, Carlos, en Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo, dirigida por Allocati, Amadeo, Astrea, Bs. As., 1999, Tomo 2, p. 296 y 297).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que el testimonio único para poder ser la fuente de convicción que dé sustento exclusivo a una decisión judicial condenatoria, dentro del sistema de evaluación según las reglas de la sana crítica, debe poseer ciertas características particulares (en el mismo sentido, CNAT, Sala II, 26/02/2010, "Buccilli, Rosa Mabel c. Droguería Disval S.R.L. y otro", AR/JUR/4067/2010; idem, 30/04/2010, "Cennamo, José Luis c. Ver TV.

S.A. y otro", DJ 28/10/2010 , p. 79; idem, 30/08/2010, "Juárez, Mario German c. Pertenecer S.R.L. y Otro", AR/JUR/50482/2010).

En el caso se potencia el grado de prudencia al tratarse de la declaración de un compañero de trabajo y testigo único y que no da mayores precisiones respecto a situaciones similares a las planteadas por el reclamante en las que se logro el pago de tales beneficios o que por el contrario motivaran las mismas controversias. De allí la necesidad del aporte de prueba avalatoria.

De similar manera en otros casos se consideró insuficiente la declaración del testigo tendiente a demostrar el vínculo subordinado cuando era la única prueba, no era precisa ni contundente y no se vio reforzada por ningún otro elemento probatorio (CNAT, Sala VII, 23/6/04, "Obregon, Santiago D. c. Percivaldi, Cristián", La Ley 2005-A, 147, entre otros).

Señalar que se debe “pagar como corresponde” y “creer que” sin mayores presiones no hablan de la “precisión y contundencia” señalada en el resumen del fallo trascripto.

Pero si aún se considerara que tal declaración pese a su vaguedad y ambigüedad puede favorecer al reclamante en razón de la nueva letra del art. 9 LCT, vale repasar v. gr. el resumen de las distintas posturas doctrinarias reseñadas en el trabajo “El espacio de la duda en la apreciación de la prueba en el proceso laboral” por Antonio J. Barrera Nicholson, publicado en elDial.com - Citar: elDial.com - DC1403, (Publicado el 23/08/2010) cuando dice que: …”Y se analizan, en vinculación al tema, tres situaciones, a) falta lisa y llana de la prueba; b) insuficiencia indudable de la prueba; y c) duda.

Con respecto a los primeros dos casos se coincide en que no hay aplicación posible de del in dubio; y con respecto al tercero sería el único caso en que el mismo resultaría aplicable.

Para estos casos sostiene López que "la razonabilidad de esa limitación se funda… precisamente en la situación de duda… Ello exige… la existencia efectiva de una duda insuperable luego de agotado el estudio de la causa e, incluso, si fuere el caso, de agotados los medios de investigación que la ley le permite usar al Juez".

Por su parte Plá Rodríguez sostiene, en el marco del análisis de las restricciones a la aplicación de regla, que "cabe aplicar la regla dentro de este ámbito en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba. No para suplir omisiones; pero sí para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso". Y en la nota 84, con cita de Somaré sostiene que "no se trata de cualquier duda, ni tampoco la simple duda, sin más ni más".

Por su parte Vázquez Vialard sostiene que "no se trata eximir al empleado de acreditar los hechos en que funda su derecho… sino de dar una solución aceptable para los casos de duda insalvable respecto de la veracidad de las afirmaciones formuladas por una y otra parte en el juicio", proponiendo para estos caso la aplicación de las presunciones hominis sin que ello signifique alterar las reglas del onus probandi.

Más acá en el tiempo Fernández Madrid sostiene que "quien no prueba o prueba mal carece de derecho, si bien en estos casos el Tribunal puede suplir la ausencia de prueba efectuando indagaciones de oficio. La cuestión se plantea cuando existe una seria y verdadera situación de duda sobre la prueba de los hechos".

Luego de la sanción de la ley 26428 que repuso el texto original de la norma, los autores han publicado sus ideas, principalmente, trasmitiendo sus preocupaciones por las consecuencias que, a su juicio, podría acarrear la modificación.

Así Carlos Alberto Etala al comentar la modificación legislativa adhiere a los conceptos expuestos por Justo López (transcriptos arriba) sin agregar nuevas razones. A su turno de Diego[20] sostiene que "la duda en la prueba debe ser interpretada a favor del trabajador es solo viable en los siguientes casos: a) cuando exista una duda en base a los hechos razonablemente apreciados a través de los medios acumulados en la causa, y siempre en base la íntima convicción del juzgador; b) la duda solo es admisible si existe un matiz, una opción entre una prueba que resulta insuficiente o insatisfactoria para general la determinación del hecho requerido… En síntesis, la duda solo es admisible si las acreditaciones,

razonablemente apreciadas brindaran una alternativa plausible, apreciada con criterio restrictivo".

Un trabajo más enjundioso publicó el Dr. Miguel Ángel Maza, en el cual, en prieta síntesis, sostiene que "no toda duda en la valoración de la prueba puede caer bajo este recurso técnico provisto por el legislador. Solo puede… resolverse mediante la invocación de la regla del Art. 9 LCT una duda insuperable, profunda… una dada en la que la producción probatoria está casi a punto de producir convicción, no lográndolo sólo por muy poco… no debe confundirse una situación de pruebas producidas que generan dudas con aquellos supuestos de falta de pruebas, ni con la endebles probatoria o con pruebas que no convencen".

En igual o en sentido mas crítico ver: “Reforma laboral de la 'in dubio pro operario' a la ley de contrato de trabajo aumenta riesgo empresario” por Julián A. de Diego, publicado en legales. com/tratados/t/Indubio.doc y “La regla in dubio pro operario en materia de apreciación de la prueba” por Miguel Ángel Maza, publicado en redsocialfuva.org.ar

Indudablemente la insuficiencia señalada oportunamente descarte la situación de duda y lo dicho precedentemente concuerda y refuerza el exhaustivo tratamiento y solución que le dio la sentenciante a esta cuestión cuya insistencia, en mi consideración debe rechazarse y así lo propongo al acuerdo. También se impone la imposición de costas en la alzada a la vencida y el diferimiento de la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en consideración las pautas arancelarias de la ley XIII nos. 4 y 15.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora en contra de la sentencia de fs. 105/108vta., debiendo soportar las costas de la Alzada y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo de c conformidad con los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1. El fallo apelado y los agravios

El alcance del fallo, los datos del recurso y el contenido de la expresión de agravios y su contestación han sido reseñados por el colega preopinante; a tales

consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. La suficiencia técnica del recurso

La parte apelada ha solicitado que se declare desierto el recurso; adelanto que la misma no prosperara. Es que la solución propuesta por quien me antecede en la votación para este pedido, es decir su rechazo, es la que se atiene al criterio que invariablemente ha sostenido este tribunal en la valoración de los fundamentos de los recursos.

Por lo demás, si algún interrogante quedare respecto corresponde aplicar la doctrina que dimana de los precedentes del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia. Este ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga técnica que le impone la ley de rito debe optarse por tenerla por satisfecha (cfr.autos "G. vda. de F., E." del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056).

Con base en estas consideraciones, corresponde tener por superada la etapa de admisibilidad y adentrarse en la procedencia del recurso.

3. Tratamiento de los agravios.

El colega preopinante con sólidos argumentos ha demostrado la improcedencia de la pretensión revisora y adelanto que poco es lo que puedo agregar al puntual análisis efectuado. Es que, efectivamente, el principio protectorio del trabajo no alcanza para determinar la procedencia de un supuesto de evidente inhabilidad sustancial como el que nos ocupa.

La actora al promover la demandada sostuvo que la

empresa al momento del cese de la relación laboral por jubilación abonaba a sus trabajadores una bonificación por cese.

La naturaleza misma del crédito reclamado y su fuente que no es otra que la conducta habitual de la empresa, exigía por parte de la trabajadora un aporte probatorio específico que no existe en autos. .

Es decir, que la razón que la actora invocó para demandar, esto es la discriminación sufrida por la reclamante que habría sido excluida, dentro del segmento a gratificar, con base en criterios meramente subjetivos, no fue acreditada.

Esta orfandad probatoria, en el caso concreto ateniendo a la naturaleza del reclamo sella la suerte del reclamo.

4. Costas y honorarios

Las costas se imponen al actor vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas arancelarias establecidas en el artículo 5 y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 de la ley arancelaria vigente. En función de lo expuesto se determinan los del Dr. I. F. A. en el 30% de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. S. E. G. en el 25% de los que resulten en la instancia de grado. En ambos casos con más el impuesto al valor agregado.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el primer votante.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:

SENTENCIA

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 111; en consecuencia confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 105/10vta. en todas sus partes.

2) Costas a la actora vencida.

3) Regular los honorarios de esta instancia a favor del Dr. I. F. A. en el 30% de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. S. E. G. en el 25% de los que resulten en la instancia de grado. En ambos casos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"