En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de junio del año dos mil catorce, 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 Dr. Heraldo E. Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C., R. I. c/ C., J. s/ COBRO DE PESOS" (Expte. Nº 58 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N°2 (Expte. Nº 373/2010), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia?; **SEGUNDA CUESTION**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 335.

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

1 – Antecedentes

Se encuentran a estudio de este Cuerpo los presentes actuados, en virtud del recurso de apelación que interpusiera a fs. 310 la parte actora contra la sentencia dictada en la anterior instancia a fs. 297/308. El mismo le fue concedido a fs. 311, habiendo expresado sus agravios a fs. 313/322 vta. y siendo contestado oportunamente el traslado de los mismos por la demandada, según consta a fs. 324/328 vta.

2 – Sentencia

La sentencia recurrida rechazó en todas sus partes la demanda interpuesta por R. I. C. contra J. E. C., impuso las costas a la parte actora y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

La primera cuestión abordada por la Magistrada de la anterior instancia fue la concerniente a la "categoría" detentada por el dependiente y allí dijo que afirmado un hecho relevante por el pretensor, pesa sobre él la carga de

probarlo. En el caso, dejó sentado la a quo que incumbía al actor probar la mayor categoría invocada al demandar, esto es, cocinero (Nivel 6) conforme CCT 389/94 (art. 381 CPCC).

Previo al análisis de las pruebas, surge de la sentencia que sólo se tendrían en cuenta los fundamentos conducentes para la correcta composición del diferendo. Habiendo evaluado los testimonios producidos en el proceso, concluyó la sentenciante que a los fines de acreditar la mayor categoría profesional pretendida, los elementos de juicio resultan precarios e insuficientes. Tuvo en cuenta que dos testigos vieron al actor hacer tareas que no son las de la categoría pretendida y que los dichos de las testigos C. y M. no han quedado corroboradas con otros testimonios, exigencia que ha entendido se imponía debido a que las declarantes tienen juicio o crédito pendiente con el demandado.

Continuó luego con el tratamiento de la cuestión relativa a la "jornada laboral". Remarcó aquí que quien alega una jornada reducida debe acreditarlo y ello correspondía en el caso al empleador.

Evaluó la prueba documental, consistente en planillas horarias que llevan la firma del actor reconocidas al absolver posiciones, dejó sentado que las mismas son relevantes porque para enervar sus constancias es necesario pruebas que revelen un indicio de su insinceridad y que ningún testigo ubicó al actor cumpliendo una jornada superior a la invocada por el demandado. Agregó a ello la constancia del Acta del Ministerio de trabajo labrada por un funcionario público y signada por el trabajador y la declaración testimonial de S., B. y C. Concluyó admitiendo que el actor tuvo una jornada de seis días con un franco y de cuatro horas por día.

En el tratamiento del punto relativo a la "finalización del vínculo", tuvo en cuenta la sentenciante que C. intimó al trabajador a retomar tareas y justificar inasistencias bajo apercibimiento de considerar abandono de trabajo y que el mismo día el dependiente intimó al empleador su registro

correcto de la relación laboral con la categoría de “Cocinera” (Nivel 6 CCT 389/04) y tareas de “atención al público”, con una jornada laboral de lunes a lunes de 12 a 16 y de 19,30 a 01,00 hs. También emplazó para que se le abonen “diferencias salariales”, se ingresen los aportes y contribuciones a la seguridad social, obra social y sindical conforme su ingreso, categoría y jornada y se le entreguen nuevos recibos de haberes. En el mismo despacho hizo saber que haría “retención de tareas” por la falsedad de su inscripción, falta de pago de diferencias salariales y falta de aportes.

En esta cuestión ha dicho la a quo que los incumplimientos patronales imputados (falsa inscripción de categoría, falta de pago de diferencias salariales y falsa inscripción de jornada) no pudieron ser acreditados por la actora. Es por ello que la “retención de servicios” careció de base objetiva que le diera sustento y de allí que esa figura no exculpa los incumplimientos del actor, por lo que deben considerarse injustificadas sus ausencias al trabajo desde el 24/05/2010 hasta el 01/06/2010, constituyendo ello una injuria de gravedad suficiente como para impedir proseguir el vínculo (art. 242 LCT). En base a ello, la sentencia consideró que el despido dispuesto por el empleador se ajustó a derecho pues las ausencias al trabajo fueron injustificadas no correspondiendo las pretendidas indemnizaciones legales por despido incausado. Ante esta conclusión, se rechazaron los incrementos indemnizatorios de los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323.

Finalmente, trató el punto relativo a la “indemnización del art. 45 de la Ley 25.345 (art. 80 LCT)”. En este tema, tuvo en cuenta que C. emplazó al demandado a que le entregue la documentación prevista en el art. 80 LCT bajo apercibimiento de ley y que la demandada contestó poniendo la misma a su disposición en la calle R. ** de esta ciudad en horario de oficina (E. C. F.). Destacó la declaración testimonial del Cont. F. quien dijo que la actora nunca concurrió a percibir el monto de la liquidación y retirar la documentación. Ante este panorama, dijo la a quo que la puesta a

disposición obsta a la procedencia de la sanción pecuniaria, no habiendo la actora probado haber concurrido sin éxito a retirar dichos instrumentos. Es por ello que desestimó la multa pretendida.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

3.1) El primer agravio está planteado con relación al rechazo de las "diferencias salariales" por incorrecta registración de la "categoría" laboral.

Expresa el quejoso que existe un error en la sentencia al no hacer lugar a las diferencias salariales y que se ha incurrido en una postura arbitraria al no tener en cuenta el testimonio de M. Insiste en que el fundamento dado por la a quo para rechazar este testimonio es desajustado a derecho y que no han sido aplicadas las reglas de la sana crítica conforme a derecho. La agravia también que no se haya tenido en cuenta el testimonio de C. y que hay una falta de razonabilidad para valorar una prueba testimonial. Afirma que las declaraciones de las dos testigos mencionadas son coincidentes y que el hecho de que una tenga juicio pendiente con el demandado y a la otra le adeude la liquidación final, no invalida lo declarado.

Agrega en este punto que su parte afirmó que su categoría era la de "elaboración y cocción de alimentos" (nivel 6 CCT 389/04) y que surge de la contestación de demanda que el actor hacía tareas de "ayudante de cocina" (categoría 3 CCT 389/04). Es por ello que -según el actor- está demostrado que él tenía una categoría superior a la que se le abonaba y de allí que deba admitirse su reclamo por "diferencias salariales". Insiste en que estuvo mal registrado y de allí que se le adeuden diferencias de haberes. Finaliza el punto esgrimiendo que, sin perjuicio de que deba o no admitirse que trabajó como "cocinero" (nivel 6), se debe admitir que se le adeudan diferencias salariales por la categoría "ayudante de cocina" (nivel 3).

3.2) En el segundo agravio plantea el actor su queja por el rechazo de las "diferencias salariales" por incorrecta registración de la jornada laboral.

Critica las pruebas tenidas en cuenta como relevantes por la a quo para decidir de la forma que lo ha hecho y que su error surge por no aplicar los arts. 48, 49, 90 y 92 ter de la LCT como también el art. 7,7 del CCT 389/04. Sostiene que el CCT exige la forma escrita para los contratos a tiempo parcial o jornada reducida y ello se ha omitido en la sentencia, echando por tierra el principio de primacía de la realidad. Critica también los testimonios de S., C. y B., considerándolos incongruentes, poco claros, que no demuestran la jornada invocada por el demandado, afirmando que tomar como válidos los mismos deviene arbitrario y contrario a derecho. Finaliza criticando el aval brindado por la sentencia a la prueba documental cuando la mayoría de las firmas obrantes en las planillas horario son falsificadas.

3.3) El tercer agravio está dirigido al rechazo de la "indemnización por despido sin causa". Esgrime que la a quo optó por tener como causal de despido lo normado en el art. 242 LCT, dejando de lado los hechos relatados en la demanda y la postura del demandado al contestarla. Tilda de incongruente y arbitraria a la sentencia recurrida porque la Jueza modificó los hechos expuestos en la demanda y contestación, apartándose de las constancias de la causa y fallando sobre una cuestión (el despido) que la demandada no planteó como defensa; concretamente sostiene que la sentencia aduce causales del despido que el demandado no aportó como defensa. Según la queja, la sentencia decidió no tratar la causal de despido por abandono de trabajo (art. 244 LCT), llevándolo al campo del art. 242 LCT, lo cual truncó la posibilidad de haberse defendido.

Agrega que tampoco se han dado los requisitos legales para justificar el despido y para ello se basa en que por lo menos existían sumas de dinero que se le adeudaban como "ayudante de codina" que tiene remuneración superior al del "peón de cocina".

3.4) Plantea su agravio el recurrente con relación al rechazo de la "multa del Art. 1 de la Ley 25.323". Afirma que es procedente la misma por existir una deficiencia en la registración en la categoría y en la remuneración que su parte debió percibir.

3.5) El quinto agravio trata el rechazo de la "multa del Art. 2 de la Ley 25.323". Sostiene que de admitir esta Alzada los agravios expuestos anteriormente, debe admitirse esta multa a su favor.

3.6) La sexta queja está dirigida al rechazo de la "multa del Art. 80 de la Ley 25.345". Esgrime que el domicilio donde se puso a su disposición la documental no era el domicilio del demandado, ni el laboral sino de un tercero; que rechazar la multa por no haber demostrado su parte que concurrió al domicilio y no le entregaron la documentación es una carga de imposible cumplimiento. Insiste en que haber puesto la documentación a disposición en un domicilio que no era el del deudor sino en el de un tercero, impide equiparar esta situación con las de la deudas querables; que su mandante no estaba en mora ya que concurrió al domicilio indicado por el demandado; que el demandado consignó en su despacho postal que de no concurrir a retirar la documentación la consignaría judicialmente y no lo hizo; que la puesta a disposición no es suficiente y que del intercambio epistolar surge que recibió la intimación el 03/07/2010 y contestó recién el 07/09/2010 fuera del plazo de dos días; y que la documental acompañada no contiene los requisitos que impone la Ley 24.576.

3.7) Por último, peticiona que la admisión de sus agravios provocará una nueva distribución de las costas, las que deberán ser impuestas al demandado.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>Categoría laboral del actor</u>

Se agravia el actor ante el rechazo de su reclamo por diferencias salariales por incorrecta registración de su categoría laboral. El reclamante demandó manifestando que su categoría era la de "cocinero" (Nivel 6 CCT 389/04) y no la de "peón de cocina" (Nivel 1) como estaba registrado. La sentencia consideró que el quejoso no acreditó durante el proceso la categoría laboral por él invocada y de allí el rechazo de las diferencias salariales pretendidas.

Las quejas apuntan a una errónea valoración de las pruebas realizadas por la sentencia recurrida, esencialmente la testimonial y exteriorizan su evidente descontento con la conclusión final. El recurrente expresa su disconformismo por no haberse tenido en cuenta los testimonios de M. y C., mientras que sí se consideraron los restantes.

Con respecto a la valoración de la prueba, esencialmente la "testimonial", la magistrada evaluó las declaraciones como conducentes para la solución de las cuestiones sometidas a su decisión y así lo ha expresado y fundamentado en su sentencia hoy recurrida, en la cual señaló los testimonios que le resultaban convincentes y los que no, explicando los motivos. Ahora bien, que la actora no esté de acuerdo o no se encuentre satisfecha con esta decisión en virtud de que la conclusión fue el rechazo de la demanda, no es un argumento que tenga solidez para provocar por si solo la revocación de lo decidido en la inferior instancia.

Sin perjuicio de lo expuesto, he dicho ya ante planteos similares al que realiza la quejosa, que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el

deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto a la crítica del apelante, viene al caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal. Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por la mencionada norma del ritual.

Con respecto a la valoración de la prueba "testimonial", también he dicho reiteradamente como integrante de este Cuerpo que debemos tener presente que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son

fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Por otra parte, advierto que la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración que se realiza sobre la declaración testimonial de los testigos S., B. y F., la cual ha sido fundamentada y referida a hechos de los que tuvieron conocimiento directo. Y tengo en cuenta, reitero, que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de estos testigos por la vía pertinente.

Todo lo hasta aquí expuesto lo es sin perjuicio de que en definitiva -conforme lo vengo diciendo aquí- es el juzgador quien se encuentra facultado para tomar en cuenta la idoneidad del testigo al apreciar el mérito de las declaraciones, en el momento de dictar sentencia. En definitiva, al juez corresponde en ocasión de pronunciar la sentencia de

mérito, la apreciación según las reglas de la sana crítica de las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Y, en el caso en tratamiento, no advierto fundamentos sólidos que conduzcan a desvirtuar los testimonios que han arrimado probanzas relativas a las tareas que realizaba el actor en el establecimiento del demandado.

La a quo ha dicho muy claramente que los testimonios de M. y C. los apreciaría con rigurosidad por estar comprendidos en las generales de la ley y de allí que sus dichos deberían estar avalados con otros elementos de prueba. Pues bien, nada ha expuesto el quejoso para demostrar que esta decisión fuera incorrecta o contraria a derecho.

Queda en claro, de lo que hasta aquí vengo diciendo, que no se han presentado en el proceso probanzas relevantes y conducentes para poder decidir la cuestión en favor de la actora.

El actor insiste en que debió la a quo tener en cuenta el testimonio de C. Pues bien, lo único que la misma dijo con relación a las tareas del actor fue que era "*cocinero*" (fs. 134), sin dar ninguna otra explicación ni expresar en qué consistía esa tarea. Es evidente que ello no es suficiente para acreditar la categoría pretendida por el reclamante.

La otra testigo que -según el actor- debió tenerse en cuenta, es M. La misma -con relación al tema- todo lo que dijo fue: "*…El actor era cocinero…*"; "*…Aparte de cocinar el actor limpiaba, cocinaba, llenaba las heladeras, de todo hacía, lo hacían limpiar el galpón…*" (fs. 184). Es evidente que cabe hacer la misma reflexión que hice respecto de C. Decir simplemente que era "*cocinero*" sin explicar claramente las tareas que cumplía en la cocina, no constituye una prueba relevante y conducente a los fines de acreditar la categoría laboral. Por otra parte, no imagino al "*cocinero*" limpiando un galpón, conforme surge del testimonio bajo análisis.

A lo dicho, no olvidemos que la a quo fue muy clara al destacar la estrictez con la que evaluaría a estas testigos y a que sus dichos debían estar sustentados en otras probanzas arrimadas al proceso.

Tengo en claro que el recurrente ha tenido una actitud omisa en lo que a la actividad probatoria se refiere y de allí que no ha logrado formar la convicción de la a quo, arribando a una sentencia que le ha sido desfavorable. Es que, como he dicho ya al votar en circunstancias similares, la carga procesal funciona a doble faz: el litigante tiene la facultad de contestar, de no probar y de no alegar; riesgo consistente en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

La carga de la prueba es una *circunstancia de riesgo*, donde quien no prueba los hechos que debe acreditar, pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis. Es una noción procesal que contiene la regla del juicio por la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente, establecer a cuál de las partes le interesa demostrar tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables (conf. CNCom., Sala B, 30/12/88, La Ley 1989-D, pág. 106, con nota de EISNER, I., *"Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio civil"*).

Es a cargo de quien lo alegue -por lo tanto- la prueba del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende.

Es indudable que debió aquí la parte actora acreditar los hechos y circunstancias en los que pudieran sustentarse sus pretensiones ya que de así no hacerlo el riesgo que corría era obtener una sentencia desfavorable. No ha cumplido con la referida carga y de allí que considero ajustado a derecho el rechazo de la pretensión por diferencias salariales basado en que la categoría laboral estuvo incorrectamente registrada.

La pretensión esgrimida por el actor en sus agravios de que al menos se le reconozca la categoría como "ayudante de cocina" (categoría 3) debido a que el demandado así lo refirió en su responde, deviene claramente improcedente. Y ello así porque la referida pretensión no fue planteada al demandar, por lo tanto, no formó parte de la litis, tratándose de una cuestión no sometida a decisión de la a quo. Por lo tanto, no puede esta Alzada considerarla (arg. art. 280 CPCC).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el agravio bajo análisis.

4.2 – <u>La jornada de trabajo del actor</u>

Agravia al actor el rechazo de su pretensión por diferencias salariales basada en la verdadera "jornada laboral" que desarrollaba. Dijo al demandar que trabajaba de lunes a lunes de 12,00 a 16,00 hs. y de 19,30 a 01,00 hs. La parte demandada negó esta jornada y afirmó la existencia de una jornada reducida de 4 horas por día, con el franco correspondiente y sin trabajar los días lunes por estar cerrado el establecimiento.

Argumenta el recurrente que la a quo no tuvo en cuenta que la jornada reducida exige la instrumentación por escrito y que ello no fue en el caso cumplimentado.

Sin perjuicio de que a fs. 20 obra una instrumentación por escrito firmada al comenzar la relación de trabajo, vale señalar que el art. 92 ter de la L.C.T. no exige la forma escrita para la instrumentación de jornadas de trabajo a tiempo parcial. En un caso similar, dijo el Dr. Vivas que el art. 7.7. del CCT del sector tampoco exige dicha formalidad, cuando señala que *"Las particularidades de la actividad y la dinámica propia de los servicios que en cada caso requirieran ser cubiertos por las Empresas, determinan que las modalidades de contratación laboral ratificadas y reguladas en los puntos precedentes del presente convenio colectivo, puedan ser combinadas en su instrumentación y administración con modalidades de extensión de jornada en los términos previstos*

en el artículo 92 ter de la L.C.T.; debiendo en esos casos estar instrumentadas por escrito. En esos casos, la jornada laboral podrá ser establecida en base a una cantidad predeterminada de horas por día, semana o mes, o una cantidad predeterminada de días laborables por semana o mes; no pudiendo superar en ningún caso en la sumatoria mensual las 2/3 (dos terceras) partes de la jornada normal ordinaria máxima de la actividad de referencia. Los trabajadores que se desempeñaran bajo la modalidad part time, tendrán prioridad para la cobertura de vacantes similares de jornada completa de extensión".

En este caso, al igual de lo que ocurriera en el precedente invocado, las partes no invocaron *"la posibilidad de combinar su instrumentación y administración con modalidades de extensión de jornada"* en los términos del art. 92 ter, por lo que -compartiendo lo expuesto oportunamente por mi colega- entiendo que el supuesto de autos no cae bajo la órbita de aplicación del mencionado artículo que exige la forma escrita.

De tal suerte que, no habiendo obligación legal de hacerlo, nada se puede exigir en tal sentido (conf. voto del Dr. Vivas in re *"C., A. I. / C., J. s/ Cobro de Pesos-Laboral"*, 14/11/2013, Reg. N° 89/13 SDL).

Con respecto a que la a quo se ha basado en la documental acompañada por el empleador (planillas horarias), se ha expresado ya reiteradamente esta Alzada en el sentido de que dichos instrumentos no están controlados por ningún agente externo y se hallan en poder de la parte que las aporta como prueba. De allí que las mismas no posean valor probatorio suficiente para acreditar las presuntas ausencias de un dependiente. Es por ello que si no hay otros elementos que la corroboren, la planilla no es más que un documento confeccionado por la patronal, sin la intervención del obrero, por lo que no puede serle opuesta a éste como prueba (conf. C.A.Laboral de Rosario, Sala II, 28/08/79, LLOnline AR/JUR/6541/1979).

De las declaraciones testimoniales producidas en autos: C. (fs. 134/y vta.); M. (fs. 184/y vta.); S. (fs. 136/137); B. (fs. 138/139); F. (fs. 142/y vta.) y C. (fs.

143/y vta.), surge una evidente contradicción entre las dos primeras y las restantes.

Reitero que la sentenciante ha dicho en su decisión que los testimonios de C. y M. debían ser apreciados con estrictez atento estar comprendidos en las generales de la ley y de allí que sus dichos tenían que estar avalados por otras pruebas a producirse en el proceso, lo cual comparto.

Ahora bien, C. dijo que el actor trabajaba todos los días en el horario de 11,40 a 16,00 hs. y de 17,00 a 24,00 hs. y M. que lo hacía de lunes a lunes en el horario de 11,00 a 16,00 hs. y de 20,00 a 2,00 hs. Sin perjuicio de haberse acreditado en autos que los días lunes el comercio del actor estaba cerrado, no hay ninguna coincidencia en estos dos testimonios en lo que al horario de la tarde-noche se refiere. A ello corresponde agregar que los restantes testimonios y pruebas producidas en autos no avalan para nada sus dichos.

En el agravio se dice que los testimonios de S., C. y B. son incongruentes y poco claros. Sin perjuicio de ser ello una apreciación personal del actor, es de destacar que no advierto que con relación a la producción de la prueba testimonial se haya desplegado de parte del apelante alguna actividad encaminada a disminuir los efectos del valor probatorio de la misma sobre los hechos que declararon en el proceso. En efecto, el art. 34 de la ley del fuero admite la "tacha" de los testigos por motivos fundados en inhabilidad y/o en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, inclusive la norma del art. 460 del ritual también permite que las partes aleguen y prueban acerca de la idoneidad de los testigos. Es que los testigos pueden ser impugnados -"tachados"- alegando su idoneidad por cualquier causa referida a sus condiciones personales, morales o intelectuales que pueda tener influencia para minorar, desmejorar o hasta excluir la atendibilidad de sus dichos.

A través de la norma procesal en análisis las partes se hallan autorizadas para "alegar y probar" dentro del plazo de prueba, acerca de la idoneidad

de los testigos, esto es, a impugnar en forma directa o inmediata el testimonio, a atacar al testigo como tal, desarrollando en torno a su declaración una verdadera prueba secundaria o de segundo grado, mediante la cual se trata de rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria que constituye en realidad una censura y tiene el significado de no referirse a los requisitos, sino a los efectos del testimonio. Debe acudirse a tal procedimiento para destruir la presunción de verdad que por vía de principio goza el testimonio (conf. Cám. 2ª, Sala II, La Plata, C. A-38.283, reg. sent. 223/84).

Lo hasta aquí desarrollado y fundamentado me conducen a coincidir con la Sra. Magistrada a quo en que el actor cumplió una labor de seis días por semana con un franco y por cuatro (4) horas diarias como sostuviera la accionada, por lo que el agravio debe ser rechazado.

4.3 – <u>Rechazo de la indemnización por despido sin causa</u>

La sentenciante, en lo que aquí interesa, dijo: "*…Los incumplimientos patronales imputados fueron: inscripción falsa ante los organismos pertinentes respecto de la verdadera categoría, falta de pago de diferencias salariales y falsa inscripción de la jornada legal, extremos éstos del reclamo que, como quedó visto, no han podido ser acreditados por la parte actora en la causa… Luego de la ponderación de los elementos de prueba que ha reseñado, puedo concluir que la retención de servicios careció de base objetiva que le diera sustento, por lo que esa figura no exculpa los incumplimientos de la actora, quedando en la categoría de injustificadas sus ausencias al trabajo, que prolongadas desde el 24 de mayo de 2010 hasta el 1 de junio de 2010 constituyeron injuria de gravedad suficiente como para impedir la prosecución del vínculo (art. 242 LCT), llevando así al demandado a tomar la decisión comunicada por CD del día 7 de junio de 2010 (fs. 8). Como corolario de lo expuesto, el despido dispuesto por el empleador se ajustó a derecho, pues las ausencias al trabajo fueron injustificadas, razón por la cual las*

indemnizaciones legales sustentadas en el despido incausado serán desestimadas…" (fs. 305/y vta.).

Frente a esta muy clara conclusión de la a quo no rebatida por el agraviado, éste plantea que la sentencia varió la causal del despido al tener en cuenta la norma del art. 242 LCT dejando de lado los hechos expuestos en la demanda como defensa.

Surge de autos (fs. 8) que el empleador demandado notificó al actor su despido el día 07/06/2010 en los siguientes términos: *"No habiéndose reintegrado a sus tareas, no obstante el tiempo transcurrido y la constitución en mora efectuada en debida forma, se ha configurado la causal de abandono que determina se prescinda por tal razón de sus servicios…"*. Es indiscutible que la causal del despido fue: *"abandono de trabajo"*.

Para que se configure como causal específica de despido el abandono de trabajo tipificado por el art. 244 de la LCT se requiere la concurrencia de una exigencia de tipo formal cual es la intimación previa al obrero a presentarse a trabajar para constituir en mora al trabajador y la convergencia de dos elementos, uno de tipo objetivo como es la no concurrencia al trabajo, y el otro de tipo subjetivo que es el ánimo del trabajador de no reintegrarse a sus tareas, porque no toda ausencia refleja la existencia de ese elemento subjetivo (conf. CNTrab., Sala V, 22/10/2010, LLOnline, AR/JUR/71265/2010). Los requisitos para arribar a la resolución del vínculo se han dado en el caso. En efecto, con fecha 27/05/2010 el empleador, ante las ausencias injustificadas y sin aviso, intimó al actor para que en el plazo de 24 horas se presente a trabajar y justificara las inasistencia, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en "abandono de trabajo" (conf. fs. 3). El dependiente respondió refiriendo incumplimientos de la patronal, intimando el cumplimiento de obligaciones que -según él- correspondían y comunicando que hacía "retención de tareas" (conf. fs. 4/5). El empleador respondió fijando su posición e intimándolo nuevamente

para que retome tareas y justifique las inasistencias de los días 24, 27, 28, 29 y 30 de Mayo y 1 de Junio de 2010, bajo apercibimiento de ley (conf. fs. 6). Ante la ausencia del dependiente, el demandado procedió a su despido con causa (conf. fs. 8).

Conforme las conclusiones a las que he arribado precedentemente, el actor no acreditó que le asistiera derecho para la "retención de tareas" que realizara, con lo cual quedó configurado su incumplimiento a la obligación de prestar tareas conforme fuera intimado por su empleador. Es evidente, entonces, que la conducta exteriorizada por el dependiente -emplazado no una sino dos veces por el demandado para que retome tareas y justifique inasistencias- no se compadece con la de quien carece de toda intención de resolver el contrato de trabajo y de allí que haya quedado configurada la extinción contractual por abandono de trabajo en los términos del art. 244 LCT. A mi modo de ver, ha quedado en claro que la causa extintiva de la relación laboral no fue debida a una actitud caprichosa, antijurídica o a la inobservancia de obligaciones contractuales del empleador, sino al incumplimiento unilateral del actor al no reintegrarse normalmente a sus tareas ni justificar suficientemente sus ausencias, no obstante el requerimiento formal de aquél, configurándose el abandono-incumplimiento injustificado de la vinculación (art. 244 LCT) por culpa exclusiva del accionante, de lo cual surge consiguientemente que el demandado no es responsable del cese de la relación y de la extinción del contrato de trabajo, motivo por el cual se encuentra liberado del deber de indemnizar tal como lo decidiera la Magistrada de la anterior instancia.

Hay un aspecto que se ha dado en el caso y que el agraviado no ha rebatido; me refiero a la actitud negativa por él asumida ante la intimación a presentarse en el lugar de trabajo para cumplir tareas y justificar sus inasistencias, lo cual resulta incompatible con la intención de mantener vigente el principio de continuación del vínculo laboral.

En modo alguno puede aceptarse los términos de la queja cuando expresa que la sentencia es incongruente por haber modificado la causal del despido al hacer aplicación de la norma del art. 242 LCT y no la invocada por el empleador en su contestación, es decir, el abandono de trabajo. Y no puede aceptarse porque las normas mencionadas no son excluyentes sino que están claramente relacionadas entre sí. En efecto, el art. 242 dispone que una de las partes podrá denunciar el contrato de trabajo en caso de que la otra incumpliera obligaciones a su cargo que configuren una injuria y que, por su gravedad, no hiciera posible continuar la relación. Agrega la misma que la valoración de la existencia de la injuria deberá ser prudencialmente hecha por los jueces, según lo dispuesto en la ley y las circunstancias de cada caso.

En este caso y según hemos visto, se configuró claramente el "abandono de trabajo". Es por ello que la decisión de la empleadora de romper el vínculo laboral ante el incumplimiento del trabajador a su intimación a retomar tareas, devino ajustada a lo previsto en el art. 242 de la LCT, ya que el actor debió presentarse en el establecimiento del demandado, y al no haberlo hecho incumplió con la obligación que le imponen los arts. 84 y concs. de la LCT.

Lo hasta aquí expuesto, demuestra la sinrazón de la queja al invocar que la sentencia produjo un cambio en la causal del despido invocada por el demandado, lo cual es claramente inexistente. Y ello es así porque no hay una "causal" de despido prevista por el art. 242 LCT y otra prevista por el art. 244 del mismo cuerpo legal. Ya he hecho referencia a ambos textos y, lejos de ser incompatibles, hemos visto la estrecha relación existente entre ambos. La norma del art. 242 admite la denuncia del contrato ante la materialización de la "injuria" por alguna de las partes y la del art. 244 fija los requisitos a cumplimentar para que se configure como acto de incumplimiento del trabajador el "abandono de trabajo", que es constitutivo

de la “injuria” que permite al empleador despedir con causa ante la imposibilidad de mantener vigente la relación. Por lo tanto, no es que la a quo varió la causal del despido invocada por el empleador sino que la sentencia consideró al incumplimiento del actor-dependiente (“abandono de trabajo”, art. 244 LCT) como causal suficiente constitutiva de la “injuria” que permite a la patronal despedir con causa a su empleado (art. 242 LCT).

No hacen falta más razonamientos para advertir la complementación que existen entre ambas disposiciones y de allí que el agravio bajo análisis carezca de sustento, debiendo ser rechazado por esta Alzada. Así lo voto.

4.4 – <u>Rechazo de las multas (Arts. 1 y 2 de la Ley 25.323</u>)

Teniendo en cuenta que he considerado que se configuró la causal de “abandono de trabajo” invocada por el empleador, ha devenido abstracto el tratamiento de los agravios por el rechazo de las multas que establecen los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323.

4.5 – <u>Rechazo de la multa (Art. 80 LCT – Ar. 45 Ley 25.345</u>)

Agravia al actor el rechazo de su pretensión de aplicación de la multa que establece el art. 80 LCT en virtud de no haber acreditado que concurrió a retirar la documentación y la misma no le fue entregada.

He de decir que expresar -como hace el apelante- que acreditar lo que la sentencia le impone es una carga que en la práctica es de imposible cumplimiento, no constituye un “agravio” digno de ser aquí evaluado al no configurar una crítica concreta y razonada de la sentencia y/o una demostración del yerro de la a quo al decidir de la forma que lo ha hecho (art. 268 CPCC).

Con respecto al planteo sobre el domicilio en el que fue puesta a disposición del actor la documentación en cuestión; a que el demandado no consignó la documentación; al criterio jurisprudencial sobre el tema; al

intercambio epistolar de fs. 9 y 10 y a que la documentación acompañada por la patronal no cumple las exigencias de la Ley 24.576, no integraron la cuestión litigiosa dado que no fueron oportunamente planteadas al demandar. Es por ello que la norma del art. 280 del ritual impide su tratamiento en esta instancia.

Lo expuesto me conduce a proponer al Acuerdo declarar desierto en este punto al agravio en tratamiento (arts. 268, 269 CPCC).

4.6 – La imposición de costas

Conforme lo precedentemente resuelto, deviene abstracto el tratamiento del agravio por la imposición de las costas.

5 – Conclusión

En virtud de que los agravios analizados no logran hacer mella en la sentencia recurrida, he de concluir proponiendo al Acuerdo el rechazo de los mismos y la confirmación de la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia del recurso.

6 – Costas de la Alzada

En atención al resultado que arroja el recurso interpuesto, corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte actora que resulta vencido en el mismo (art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia, corresponde regular los del Dr. J. G., apoderado de la parte demandada, en el 30% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia y los del Dr. E. M. C., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y

con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

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

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

Tratamiento de los agravios

2.1) La categoría de revista y las diferencias salariales por la incorrecta registración de categoría profesional.

Ya he señalado en anteriores pronunciamientos que determinar la categoría profesional de los trabajadores no puede más que surgir de un análisis circunstanciado de las pruebas arrimadas a la causa, y esta actividad y su merituación se halla incluida en las facultades discrecionales del Juzgador. ("C., P. R. C/ C. D. H. R.H. S.A.S/ Cobro de pesos e indem. de ley" Expte N° 236/ 13, SDL N° 79/13 y "C., A. I. C/ C., J. S/ Cobro de pesos. LABORAL" Expte. N° 208/13 SDL N° 89/13).

En esa tarea, el juez no está obligado a la merituación exhaustiva de cada una de las probanzas arrimadas al proceso, siendo bastante y suficiente que analice sólo aquellas que estime conducentes para motivar sus conclusiones. Luego, no origina arbitrariedad la omisión de considerar una prueba determinada, si el fallo decide la controversia en base a elementos de juicio o de convicción que sean suficientes para motivarlo, es decir, el decisorio sustentado en prueba bastante no puede ser tildado en arbitrario con éxito.

Desde esa perspectiva, la valoración de la prueba testimonial cumplida en autos, ha sido correcta.

Las declaraciones de la Sra. S. B. M. de fs. 184 y la de la Sra. A. I. C. de fs. 134 no han sido descartadas en la apreciación de la prueba sino que, ha señalado la señora jueza en la sentencia, lo haría con rigurosidad en tanto la primera asume en el interrogatorio preliminar que el demandado le adeuda la liquidación final como que la segunda, al tiempo de declarar tenía juicio pendiente con C.

Se ha dicho que *"Las reglas del razonamiento lógico que, como la sana crítica, presiden la evaluación del material probatorio (art. 386, CPCC) impiden fundar un veredicto racional sólo en testimonios prestados por quienes, conscientemente o no, tienen un interés personal relevante en la captación de la versión que ofrecen, regla que debe ser suavizada cuando existen otros elementos que conducen a la misma conclusión, pero no cuando estas declaraciones constituyen la única fuente de convicción, máxime cuando existen diferencias entre lo que relataron como testigos y lo que articularon como partes* "(CNTrab., sala VIII, 5-7-01, "Zanin, Jorge A. c. Firme Seguridad S.A. y otro"), como también y en el mismo sentido " *Si los testigos tienen juicio pendiente con la demandada por las mismas causas que el actor, sus testimonios deben apreciarse con criterio estricto (art. 441, inc. 5°, CPCC) puesto que se encuentran en la misma situación que el accionante (art. 456, párr. 2°, CPCC), lo que hace que exista comunidad de intereses y que*

carezcan de la necesaria libertad para declarar imparcialmente ya que su deseo es que la cuestión se resuelva conforme a las pretensiones que se sostienen en el litigo en el cual están interesados personalmente, pudiendo inclinarse a alterar la verdad de los hechos" (CNTrab., sala I, 27-11-98, "Balcarce Jorge R. c. Molinos Río de la Plata S.A.").

De modo tal, que en el punto la crítica no se sostiene pues debió rebatir no solo el examen estricto al que fueron sometidas sendas declaraciones sino indicar con cuál/es otra/s pruebas debió la magistrada de grado avalar o confirmar esas declaraciones. Por cierto que señalar que las testimoniales de B., C., F. y S. son circunstanciales y que resulta una situación fuera de toda razonabilidad e ilogicidad no resta eficacia a las mismas.

Sin perjuicio de lo anterior y para dar respuesta al apelante diré que la Sra. M. a fs. 184 ubica que trabajo junto al actor durante el año 2010, sin dar mayores precisiones temporal, no sabe cuándo dejó de trabajar pero sí que C. trabajó un mes más, alude al trabajo de lunes a lunes con un franco semanal y señaló que todos (la testigo, C. y A.) tenían la misma jornada de trabajo, aun cuando difiere en el punto con la alegada por el actor; en cuanto a las tareas de C. señaló que *"Aparte de cocinar el actor limpiaba, cocinaba, llenaba las heladeras, de todo hacía, lo hacían limpiar el galpón…"* Estas últimas no fueron alegadas en momento alguno en la demanda. En cuanto a las tareas de cocina su respuesta es genérica y siendo materia del litigio de la categoría profesional, es claro que señalar que "cocinaba" no aporta ningún elemento para justificar una categoría mayor a la registrada.

La testigo C. a fs. 134 tampoco aporta mayores datos respecto de las tareas de cocina que se asigna para sí y para C. y en el marco del CCT y respecto a la pretensa categoría, era menester individualizarlas.

En definitiva, no encuentro en el análisis probatorio cumplido por la parte actora que haya logrado probar el desempeño de tareas que encuadra en la

categoría de “cocinero”, esto es no ha logrado demostrar un nivel superior al registrado.

A lo que agrego -en abono de la posición asumida- que dada la postura adoptada por cada uno de los litigantes respecto de la cuestión controvertida, le incumbía al actor la carga probatoria de tales circunstancias. Ello en virtud de que es obligación de las partes aportar los elementos de convicción corroborantes de sus respectivas afirmaciones y, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés.

En tal sentido, es criterio unánime el que informa que el trabajador que pretende un encuadre de categoría determinado debe probarlo, en atención a que se trata de una cuestión en la que no juega el principio de inversión de la carga probatoria. Por ende, el actor debe acreditar suficientemente todos los elementos de conocimiento necesarios para demostrar la efectiva labor en las calidades pretendidas. “Cada litigante debe acreditar los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas.” (PALACIO, Lino E. Tratado de Derecho Procesal Civil Bs. As. Abeledo-Perrot. 1972. T. I-C, p.368). *“Deben tenerse presente las llamadas “reglas de la prueba”, es decir, las reglas identificatorias acerca de quién debe probar cierto hecho o circunstancia. Claro está que resulta menester señalar que estas reglas de la carga de la prueba (que se enderezan a determinar quién debió probar y, sin embargo, no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. En tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo.”* (DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría General de la prueba judicial. Bs. As. Víctor P. de Zavalía 1970, T.I, p. 426).-

Puntualmente, se ha dicho: *“Cuando la categoría profesional de un trabajador es controvertida, una vez admitida la subordinación en la relación, las pruebas para demostrar una u otra categoría deberán ser aportadas al proceso por el trabajador.”* (CC sala I Nqn PS 2001 Nº120 TºIII Fº569/571; CTMza “Chiera, Liliana M. c.

Centro de Jubilados y Pensionados nacionales y provinciales Gral. Gutiérrez 22/08/1997. LLGran Cuyo 1998, 162. AR/JUR/5407/1997).

Como conclusión diré que en modo alguno, acreditó la parte que las tareas de cocina, referidas -insisto genéricamente- por las testigos M. y C.- debieran encuadrarse en el Nivel 6 del CCT 389/94 aplicable y que pretendiera la parte.

Por su lado, mal puede en el agravio requerir que se reconozca la de "ayudante de cocina" pues ello no fue introducido como cuestión a resolver en su demanda (art. 280 del CPCC).

Luego de lo expuesto la queja en el punto debe rechazarse.

2.2) <u>Las diferencias salariales por incorrecta registración de la verdadera jornada laboral desarrollada por el actor</u>.

Señalo desde el inicio que la parte actora en su demanda solo refirió el horario en que trabajaba, sin aludir en momento alguno a las violaciones de forma que ahora alega para cuestionar lo resuelto por la magistrada y como ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos *"El principio iura novit curia importa que los jueces no están vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y que incluso pueden suplir el derecho mal invocado por aquellas, facultad que no se extiende a alterar las facultades fácticas del litigio ni la causa petendi, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes.* (CNAT Sala VI, Expte. Nº 23.648/11 Sent. Def. Nº 64723 del 18/12/2012 "Sacagliarini Lorenzo c/Lan Argentina SA y otro s/despido").

Sin perjuicio de ello y para dar respuesta a su agravio diré que no resulta requisito previsto en el art. 92 de la LCT, la forma escrita cuando de jornada de trabajo a tiempo parcial se trata.

Tampoco se alegó y consecuentemente no se probó, que se trate del supuesto del art. 7.7 del CCT N°389/04. La norma prevé que, por las particularidades de la actividad y la dinámica propia de los servicios que

en cada caso requirieran ser cubiertos por las Empresas, las modalidades de contratación laboral de la LCT que ratifica y regula conforme la actividad gastronómica, puedan ser combinadas en su instrumentación y administración con modalidades de extensión de jornada en los términos previstos en el artículo 92 ter de la LCT y es en tal supuesto que exige la instrumentación por escrito.

Luego de ello, el accionado invocó una modalidad contractual de excepción y por lo tanto, coincido con la Sra. Jueza de grado en cuanto impuso la carga probatoria de tal modalidad horaria a esa parte y no advierto en el agravio elementos fácticos que autoricen a modificar lo allí resuelto esto es, que C. cumplía una jornada parcial de trabajo.

Tal como señala el recurrente, he sostenido que las planillas horarias como las que aportó el demandado, no tienen pleno valor probatorio aun cuando el trabajador reconozca las firmas allí consignadas.

Los registros no eximen de toda prueba, ni conllevan una convicción absoluta de veracidad de los dichos del empleador, ya que son instrumentos privados que no se encuentran sujetos a contralor de ningún tipo y que se encuentran en su poder. (entre otras "E., A. A. C/ C., G. E. S/ Cobro de pesos "Expte N° 31/ 11, SDL N°8/11,"A., P. G. C/ P., A.C. S/ Cobro de pesos" Expte. N° 239/ 13, SDL N°86/13, y "C., A. I. C/ C., J. S/ Cobro de pesos. LABORAL" Expte. N° 208/13 SDL N° 89/13).

Con el limitado alcance que señalo, existen circunstancias que pueden evaluarse. La primera es que al tiempo de promover la demanda, ninguna referencia efectuó la parte actora a la existencia de planillas horarias y entiendo que por ello, tampoco alegó que hubiera firmado documentación de tal carácter, en blanco.

Posteriormente y a fs. 74, el letrado apoderado del actor, luego de desconocer toda la documental aportada por la demandada, dejó librado el reconocimiento de firmas al actor, cuando en los términos del art. 35 Ley

XIV N° 1 el Sr. C. estaba obligado en esa oportunidad, a declarar si las firmas atribuidas eran o no suyas. Lo hace luego en el marco de la audiencia confesional (fs. 111) reconociendo unas y desconociendo la mayor parte de ellas, admitiendo que firmaba planillas horarias pero en las que solo se consignaba el día de trabajo.

De lo expuesto e insisto, sin darles pleno valor probatorio, puedo inferir que la jornada de trabajo de C. era parcial y de turno rotativo.

Por otro lado, señala en el agravio que las declaraciones testimoniales de S.(fs. 136/137), C. (fs. 143/143 vta.) y B. (fs. 138/ 139) han sido incongruentes, poco claras y no coincidentes.

No advierto la incongruencia o contradicción de los dichos de S. quien afirmó que no sabe cuántas horas por día trabajaba C., que él lo veía a veces por la mañana y otras veces por la noche, dependiendo el horario en que se le pedían las cajas de pizza. Y si la declaración fue, a criterio del recurrente poco clara o contradictoria, no se advierte que en el marco de la audiencia haya intentado superar la supuesta contradicción, cuando la duración de la jornada laboral era un hecho controvertido sujeto a prueba.

La declaración de C. cuestionada por el mismo déficit argumental, dio cuenta que era un concurrente asiduo y que en tanto veía al actor o al mediodía o a la noche, supone que tenía turnos rotativos.

B. por su lado, solo iba esporádicamente como cliente o bien para cumplir tareas como gasista sin que aporte mayores datos sobre la jornada laboral cumplida.

Las declaraciones así cumplidas deben confrontarse con las de M. y C.. En esa tarea, la primera discordancia es que las testigos refieren una jornada de trabajo de lunes a lunes cuando acreditado está que el local gastronómico permanecía cerrado los días lunes.

Más allá que las testigos han señalado una jornada de trabajo completa con alguna diferencia entre ellas respecto de los horarios de ingreso y salida y

con los argumentados por C., se contraponen con quienes en su carácter de proveedores y o concurrentes dan cuenta que, o lo veían al mediodía o por la noche, para lo cual no parece indispensable que deban precisar cuántas horas de trabajo cumplía C. Por el contrario, a mi criterio otorga mayor objetividad que tal dato del vínculo laboral sea desconocido, declarando sólo sobre las circunstancias por ellos percibida.

Por lo que, extremando la prudencia en el análisis de sus dichos por las consideraciones ya expuestas en el anterior agravio, he de restarles eficacia convictiva desde que sus dichos no se corroboran con los otros elementos de prueba objetivos y consecuentemente idóneos que descartan la extensión de la jornada alegada por C. *"Si bien la circunstancia de que el testigo tenga juicio pendiente contra el demandado no enerva, aisladamente considerado, el valor de sus dichos, estos deben encontrarse corroborados por otros elementos de prueba que le den sustento."* (Castrillón, Delia Alejandra y otro vs. Alfonzo, Néstor Oscar s. Proceso laboral. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, General Pico, La Pampa; 25-09-2008; Rubinzal on line; RC J 2126/09).

Luego de lo expuesto, concluyo por desestimar el agravio en este punto.

2.3) <u>El rechazo de los rubros de liquidación por despido sin causa</u>

Se queja el recurrente en que la magistrada de grado tuvo por justificado el despido por las ausencias injustificadas del Sr. C., desde el 24 de mayo de 2010 hasta el 1 de junio de 2010, configurando ello injuria de gravedad suficiente como para impedir la prosecución del vínculo (art. 242 LCT).

De conformidad con el artículo 242 LCT, las partes se encuentran posibilitadas de denunciar el contrato de trabajo ante el incumplimiento del otro sujeto de la relación que configure injuria, cuya magnitud sea tal que impida su continuación.

En el caso de que la extinción la disponga el empleador, éste la debe fundar en justa causa. La ley difiere a los jueces la valoración prudencial de la existencia de "justa causa" de despido, pero condiciona esa ponderación, a pautas precisas que deberán inexcusablemente observar y que son, el análisis de: a) carácter de las relaciones y b) las modalidades y circunstancias personales de cada caso.

Vale decir, recién luego de este examen que deberá realizar el juzgador, podrá estimar si la causa invocada es justa.

A su turno, el artículo 243 de la LCT exige que el despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deban comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Establece de tal modo, la exigencia de invariabilidad de la causal de despido originariamente invocada e imputada, fijando el ámbito de debate y garantizando la debida defensa de las partes alcanzando, en mérito del principio de congruencia, a la decisión jurisdiccional que se adopte. "*El art. 243 LCT, con la inalterabilidad de la causal originalmente aducida, es tan obligatorio para el accionante como para el juzgador, resultando comprometido al efecto el derecho de defensa de quien puede verse convocado para un determinado debate y finalmente recibe una condena por circunstancias fáctico-jurídicas no introducidas válida y oportunamente, con el agravante -en el caso- que tal innovación no proviene exactamente de la actora sino del poder jurisdiccional.*" (Conf. STJRN SC SE.110/93" G., D. o c/ I., E. s/RECLAMO s/INAPLICABILIDAD DE LEY").

En el caso de autos, la causa de ruptura del vínculo laboral invocada por el Sr. C. ha sido el abandono de trabajo (fs. 8). Tal causal de despido ha sido resistida por el actor al imponer la comunicación de fs. 7.

Por ello y en el marco del litigio debió la magistrada expedirse sobre la causal invocada y aun cuando no lo hizo en esa forma, soy del criterio que

la misma ha dado cuenta de la valoración de los hechos suscitados entre las partes, que en modo alguno han afectado el derecho de defensa de la parte. Para así decirlo tengo en consideración que el supuesto del art. 244 LCT, al presupuesto de las inasistencias injustificadas, suman otros requisitos como la intimación previa, la voluntariedad y la intención o disposición del trabajador de hacer abandono de sus tareas.

El art. 244 de la L.C.T. contiene varios elementos que deben ser cumplidos por el empleador para tener por configurado al abandono como incumplimiento del trabajador y justificante del despido causado: constitución en mora, intimación a reanudar tareas y un plazo adecuado "a las modalidades del caso". *"La pauta para determinar si en una determinada situación existió "abandono-incumplimiento" por parte del dependiente, en los términos del art. 244 L.C.T., consiste en verificar si se dan dos elementos: uno material y otro inmaterial. El material está determinado por la ausencia del trabajador y la existencia de una intimación fehaciente por parte del empleador. Y el inmaterial está vinculado con el "animus" o intención de no concurrir a prestar su trabajo".* (CNTRAB - Sala IV, S.D. 95715 del Expte. N° 23.722/2006 "Bariandaran Adrián Gustavo c/Empresa San Vicente SA y otros s/despido").

El requisito de la intimación previa para que el trabajador se reintegre a sus tareas se ha cumplido. La secuencia temporal del intercambio epistolar cumplido entre las partes fue debidamente reseñado por la magistrada de grado y llega firme a esta instancia. De modo tal que frente a las inasistencias registradas el empleador C. intimó con fecha 27 de mayo de 2010 a C. a reintegrarse a su lugar de trabajo, la misma fue resistida por el actor, reclamando por su categoría y jornada laboral y anunciando que a partir de esa fecha (27 de mayo) realizaría retención de tareas. Y en similares términos continuó el intercambio epistolar hasta el día 07 de

junio, donde haciendo efectivo los apercibimientos cursados, la patronal dio por finalizado el vínculo por la causal de abandono.

A las ausencias reiteradas, la jurisprudencia agrega que para configurar "abandono" las mismas deben ser voluntarias, contraponiéndose ello cuando la inasistencia se debió al ejercicio por parte del trabajador de la excepción de incumplimiento contractual.

En el caso, la sentencia resuelve que la retención de tareas no tuvo base objetiva que le diera sustento y en el punto la crítica es estéril. Digo ello porque conforme vengo sosteniendo en mi voto, no existía incumplimiento del Sr. C. que la justificara. *"Resulta justificado el despido efectuado por la empleadora basado en la causal de abandono de trabajo, si la empleada retuvo tareas por causas que no acreditó durante el trámite procesal… y cuando fue intimada a retomar funciones no lo hizo, pues su inasistencia y los requerimientos formulados no fueron justificados"* (CNAT Sala V 24/10/2002 "Rodríguez c/ Día Argentina "DT 2003- B, 1242).

En cuanto al elemento subjetivo esto es la disposición o intención del trabajador en sentido de abandono de su trabajo, señala Ramírez Bosco *"Pero pedir que sea el empleador, en el caso del art. 244 LCT, el que cargue con la prueba de esta disposición subjetiva del trabajador es otra cosa, porque como se dijo, en materia contractual, revés de la extracontractual, una vez verificada la violación de la norma contractual, normalmente es quien quiera relevarse de las consecuencias de ese incumplimiento el que debe probar que no pudo evitarlo"* (Ley de Contrato de Trabajo. LL T.IV pág. 387 Bs. As. 2007).

Sin perjuicio de ello y tal como se indica en la respuesta a los agravios resulta un dato relevador de la intención de la parte que tanto en la primera comunicación de fecha 27 de mayo (fs. 2) como en la de fecha 28 de mayo (fs. 4) aluda a que deja constancia *"… que a la fecha no he percibido dinero alguno producto de la finalización de la relación laboral que nos unió…".*

Luego de todo lo expuesto, he de concluir en que la ruptura del vínculo dispuesta por el empleador fue legítima (art 244 LCT) y por ello corresponde confirmar la sentencia apelada.

2.4) <u>El rechazo de la multa del art. 80 de la LCT</u>.

Argumenta que resulta falso que el actor no haya intentado concurrir al domicilio para que se le haga entrega de la documentación y que se le impone a su parte una prueba negativa, desnaturalizando todo el derecho laboral. Por otro lado dice que, dejando a salvo su posición respecto a la equiparación de esta obligación con las deudas querables, se incumple un recaudo de ellas como fue que, la puesta disposición, fue hecha en un domicilio distinto al laboral.

El agravio no satisface los recaudos técnicos del art. 268 del CPCC.

En primer lugar la queja no se hace cargo del argumento medular de la sentencia en el punto, dejando al agravio en una mera disidencia con el criterio sostenido por la magistrada de grado. No es crítica concreta ni razonada esbozar reparo "a la equiparación de esta situación de falta de entrega de documentación con las deudas querables" ni marcar contradicción con lo expuesto por la magistrada de grado actuando como Jueza Subrogante en la Alzada.

Por otro lado es dable señalar que al tiempo de incoar la demanda no hizo referencia alguna a la cuestión del domicilio de R. **, indicado expresamente por la demandada en la CD que obra a fs. 10, por el contrario refirió expresamente (fs. 14) que había concurrido en reiteradas oportunidades a dicho domicilio y la demandada jamás se lo quiso entregar. Introduce de tal modo una cuestión que no fue incorporada en su demanda y por ello vedado está en esta instancia ingresar a tal argumento recursivo. (art. 280 del CPCC).

En estos términos, a más de introducir una cuestión no propuesta a la magistrada de grado como lo es lo referido a las formalidades del certificado agregado en autos (art.280), el agravio queda huérfano de todo sustento fáctico y debe declararse la deserción parcial del recurso en el punto.(art. 269 del CPCC).

2.5)

Por último las quejas con fundamento en el rechazo de las multas previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y la distribución de las costas, devinieron en abstracto en tanto se han desestimado los agravios de la parte.

Conforme el desarrollo de mi voto, el recurso de apelación debe desestimarse y consecuentemente corresponde se confirme la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia de agravios.

Tal resultado amerita imponer las costas en esta Alzada a la recurrente vencida. (art. 69 del CPCC).

Los honorarios de los letrados conforme el mérito y resultado obtenido estimo deberán establecerse y sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, para el Ab. J. G. en el 30 % y los del Ab. E. C. en el 26 % con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio de los mínimos legales (art. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

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

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

De ser compartidos mis fundamentos por mis colegas integrantes de esta Excma. Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1.- CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 297/308 en todo lo que fuera materia de agravios.

2.- IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora que resultara vencido en el recurso interpuesto (aret. 69 CPCC).

3.- REGULAR LOS HONORARIOS, por su labor en la Alzada, del Dr. J. G., apoderado de la parte demandada, en el 30% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia y del Dr. E. M. C., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4.- REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

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

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que debería dictarse es el que propone el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

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 junio de 2014.

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 dictada a fs. 297/308 en todo lo que fuera materia de agravios.

2.- IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora que resultara vencido en el recurso interpuesto (aret. 69 CPCC).

3.- REGULAR LOS HONORARIOS, por su labor en la Alzada, del Dr. J. G., apoderado de la parte demandada, en el 30% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia y del Dr. E. M. C., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4.- REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.