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., I. R. c/ S., V. Y.y otro s/ COBRO DE PESOS E INDEM. DE LEY " (Expte. Nº 61 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N°1 (Expte. Nº 18/2012), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTION**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 375.

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

1 – Antecedentes

Llegan a estudio de esta Alzada los presentes actuados en virtud del recurso de apelación que han interpuesto contra la sentencia dictada a fs. 340/344 tanto la parte actora (fs. 348) como las demandadas (fs. 349), los cuales han sido concedidos mediante la providencia dictada a fs. 350. Las demandadas han fundado su recurso a fs. 351/352, haciéndolo la parte actora mediante su presentación obrante a fs. 354/363 vta. El traslado conferido de esta última presentación fue contestado oportunamente por la contraria a fs. 366/370.

2 – Sentencia

La sentencia obrante a fs. 340/344 rechazó en lo principal la demanda y condenó a V. Y. S. y a B. A. S.R.L., en forma solidaria, a abonar a I. R. C., dentro del quinto día de determinadas, previo los descuentos legales, las

sumas que surjan por las diferencias salariales reconocidas por el decisorio. Impuso las costas en un 80% a la actora y en un 20% a las demandadas, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.

Determinó la a quo que quedó a cargo de la parte actora acreditar la justa causa invocada para disolver el vínculo, es decir: diferencias salariales por categoría y jornada trabajada y el incorrecto encuadramiento de la relación en el CCT aplicable.

Analizando la prueba testimonial producida en autos, la sentenciante arribó a la conclusión de que la misma ha sido contundente en cuanto a que la actora cumplió horario completo, no encontrando acreditado que haya tenido la categoría de "encargada".

Con respecto al Convenio Colectivo de Trabajo aplicable a la relación, la sentencia en crisis decidió no acompañar la postura de la reclamante ya que ningún empleador queda obligado por el convenio si no intervino por el sector patronal una asociación profesional o al menos un grupo de empleadores de la actividad. Según la a quo, resulta evidente que la empleadora no estuvo representada en la firma del CCT 273/96, que la única representación de empleadores la tiene la A. F. A. d. H. y. A., ente éste que no representa a H. S.A. que es quien fabrica los helados que comercializa la demandada.

Destaca la sentencia que las injurias impeditivas del vínculo quedaron limitadas a la cuestión de la "jornada" y la "categoría laboral" y que las diferencias por jornada de los meses de Noviembre de 2008 y de Mayo 2009 a Enero 2010 no tuvieron entidad suficiente para resultar impeditivas del vínculo. Con respecto a la "jornada", tuvo en cuenta la sentenciante que el pago por media jornada ocurrió en el período Mayo 2009 a Enero 2010, por lo que en la época en que la actora decidió el despido indirecto la injuria que podría haber provocado ese hecho ya había perdido actualidad. Es por ello que rechazó la demanda en cuanto pretende las indemnizaciones por

despido y los agravamientos de los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323 y la admitió por las diferencias entre lo abonado y lo devengado por jornada completa por los períodos Noviembre de 2008 y Mayo de 2009 a Enero de 2010, con más el S.A.C. e intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde que cada suma es debida al efectivo pago, lo que será determinado en la etapa de ejecución de sentencia por las partes y/o perito contador a costa de la demandada.

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

Se agravia la parte demandada porque la a quo dictaminó que se le debe abonar a la actora la diferencia entre lo abonado por jornada parcial y la jornada completa correspondiente al mes de Noviembre de 2008. Argumenta que, de existir tal diferencia, la misma esta prescripta, conforme la norma del art. 256 de la L.C.T.

Esgrime que del primer intercambio telegráfico habido entre las partes, surge que la actora reclamó el pago de diferencias salariales desde el **20/01/2009** (período no prescripto) y que la misma no reclamó deuda salarial por el período Noviembre de 2008 sino que lo hizo a partir del 20 de Enero de 2009 y ello por la sencilla razón que, de haber existido esa deuda salarial, la misma estaba prescripta. Solicita se revoque la sentencia en este punto y plantea el "Caso Federal".

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

4.1) El primer agravio de la actora está planteado por el rechazo de la sentencia a la aplicación del CCT 273/96. Según la queja, la a quo ha cometido un yerro al determinar que no se demostró que la demandada participó en la negociación del CCT 273/96 y de allí su rechazo a la aplicación del mismo.

Comienza señalando quiénes fueron las partes signatarias del CCT y afirma que los heladeros que menciona el mismo difieren sustancialmente de los heladeros artesanales. Con respecto a la "actividad y categoría de trabajadores a que se refiere", transcribe que el mismo se aplica a los establecimientos que elaboren y vendan helados y establecimientos que vendan y elaboren productos de heladerías. Destaca que los dueños de la marca "G." es la empresa "H. S.A." que es quien comercializa su marca de helados que ella misma elabora, distribuye y vende a las distintas franquicias y que en la negociación del CCT estuvieron los empresarios dedicados a la elaboración y venta de helados; de allí que -según su postura- no puede ser rechazada la aplicación del CCT 273/96 ya que la accionada tuvo representación empresarial en la negociación del mismo.
Afirma que el CCT en cuestión trata específicamente la actividad de la heladería, sin dejar de lado que es más beneficioso para el trabajador.
Insiste en que no se debe aplicar el CCT que pretende la demandada dado que la actividad de la gastronomía y hotelería no coincide en nada con la actividad de heladería que desarrolla la misma.

4.2) Se agravia luego la recurrente porque la sentencia no consideró acreditado que hubiese trabajado con la categoría de "encargada". Hace una crítica de la valoración de la prueba testimonial que ha hecho la a quo; expresa su disconformidad porque no fueron tenidos en cuenta los dichos de los testigos propuestos por ella; afirma que los testimonios ofrecidos por la accionada no han sido coincidentes entre ellos y tampoco con los aportados por su parte; que no se tuvo en cuenta que los testigos ofrecidos por la actora mantienen con ella relación de dependencia; que los mismos no han dado razón suficiente de sus dichos al responder y que la jueza ha valorado la prueba testimonial en forma absurda.

4.3) Agravia a la actora que la sentencia no haya reconocido su "Categoría Nivel 3" del CCT 389/04 en forma subsidiaria. Afirma que aun aplicando el CCT 389/04 su parte estuvo mal registrada dado que la verdadera categoría que le correspondía era la de "Nivel 3", lo cual genera una diferencia salarial a su favor. Sostiene que los empleados de "G." tienen la tarea de atender al público, lo que incluye el cobro. Es por ello que -según la queja-las tareas realizadas por la actora no se corresponden con las de "mozo mostrador" sino que se corresponden con el "Nivel 3" CCT 389/04.
Culmina insistiendo en que reconociéndosele la categoría que pretende, deben admitirse también las diferencias salariales que ello origina.

4.4) Se queja la recurrente por el rechazo del "despido indirecto" materializado por su parte. Expresa que en Febrero de 2011 intimó a la empleadora a que abone las diferencias salariales por jornada completa y que subsane las deficiencias registrales, lo que fue negado por la demandada. Insiste en que la empleadora negó los reclamos formulados extrajudicialmente por su parte y que ese obrar malintencionado de la ex empleadora está acreditado en autos, pero aun así la a quo entendió que ello no constituye injuria relevante que permita dejar de lado el art. 10 LCT.
Insiste que la sentencia determinó que se le deben abonar a la trabajadora los meses de Noviembre de 2008 y los que van desde Mayo de 2009 hasta Enero de 2010, lo que equivale a diez períodos sin abonar; que a la actora se le deben diferencias salariales por diez períodos; que se han evadido impuestos por diez períodos y cuota sindical por diez períodos; que le resulta extraña la postura de la a quo tomada en autos; que la Dra. B. en una sentencia de su autoría tuvo otro criterio; que las sumas de dinero que percibe la actora no son las mismas que puede percibir otro trabajador, por ejemplo, un gerente de A. y que sería difícil explicarle al actor, de no prosperar este agravio, que un empleador que adeuda semejantes sumas de

dinero, evade impuestos y defrauda al Estado, la justicia lo premia no pagando indemnización por despido.

4.5) Se agravia la actora por el rechazo de la aplicación de las Multas previstas por los Arts. 1 y 2 de la Ley 25.323. Sostiene que, de admitirse correctamente configurado el despido indirecto, tienen que admitirse las mismas a su favor.

4.6) Por último, considera que -al admitirse sus quejas- debe modificarse la imposición de las costas decidida en primera instancia y cargar las mismas en su totalidad a la parte demandada.

5 – <u>Tratamiento del agravio de la parte demandada</u>

<u>Prescripción de la diferencia salarial de Noviembre 2008</u>

La sentencia condenó a las demandadas a abonar a la actora la diferencia salarial por jornada completa correspondiente al mes de Noviembre de 2008.

Le asiste razón a la apelante en cuanto a que el rubro en cuestión no fue reclamado por la actora. En efecto, obra a fs. 37 el primer envío postal cursado por la reclamante a la co-demandada S. el día 21 de Enero de 2011 y en el cual intima el pago de "diferencias salariales" *"…las cuales son adeudadas desde el **<u>20.01.2009</u>** a la fecha…"*, según surge de su texto. Con lo cual queda en claro que se reclamaron las "diferencias" a partir de Enero de 2009, lo que está también ratificado por los términos de la demanda.

La norma del art. 256 de la L.C.T. dispone que prescriben a los dos años las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo. Esta disposición es de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones individuales o colectivas.

Se puede definir la prescripción liberatoria diciendo que es la extinción de la acción emergente de un derecho subjetivo producido por la inacción de su titular durante el lapso señalado por la ley (conf. DE LA FUENTE, en VAZQUEZ VIALARD (Dir.), *"Tratado"*, T. 5, pág. 668). La prescripción no tiene efectos sobre el derecho en sí, lo que ocurre es que el acreedor queda privado de la acción, convirtiéndose la obligación en meramente natural (art. 515, inc. 2, Cód.Civ.).

Sabemos que la prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción (conf. art. 3986, 2° párr., Cód. Civ.). Para que opere la suspensión debe mediar, por consiguiente, una interpelación, un requerimiento de pago, como excepción a aquel otro principio general de que la mora se produce por el mero vencimiento del plazo de la obligación (conf. CENTENO, *"La prescripción en el derecho del trabajo"*, LT, XXII-385). La notificación telegráfica cursada por el trabajador constituye una forma auténtica de interpelación en los términos que exige el art. 3986 del Cód. Civil y, como tal, es eficaz para suspender el cómputo de la prescripción.

De conformidad con lo expuesto, la instrumental obrante a fs. 37 reúne los requisitos para constituir la forma auténtica de interpelación que exige la ley y la doctrina y de allí que el reclamo por las diferencias adeudadas a partir del 20 de Enero de 2009 no están alcanzadas por la prescripción liberatoria.

Distinto es el supuesto de la que corresponde al mes de Noviembre de 2008. Si tenemos en cuenta que la intimación al empleador fue cursada en Enero de 2011, es indudable que el período de Noviembre de 2008 ya había sido alcanzado por el término de la prescripción de dos años. Ello, sin perjuicio de tener en cuenta que la actora no lo reclamó al demandar.

Por lo tanto, no corresponde condenar a las demandadas a abonar a la actora la diferencia salarial del mes de Noviembre de 2008, debiéndose admitir el agravio y revocar la sentencia en crisis en este punto.

6 – <u>Tratamiento de los agravios de la actora</u>

6.1 – <u>Rechazo de la aplicación del CCT 273/96</u>

La empleadora encuadró a la actora en los términos del CCT 389/04, mientras que la misma considera que debió serlo en el CCT 273/96.

Viene al caso recordar que el procedimiento que tiene por objeto determinar cuál es el convenio colectivo aplicable a un universo dado de trabajadores se conoce como "*encuadramiento convencional*".

En los conflictos de encuadramiento convencional existe una disputa referida al convenio colectivo que resulta aplicable a un grupo de trabajadores, la que debe ser resuelta teniendo en cuenta esencialmente dos aspectos, a saber: la representatividad de cada una de las partes (patronal y sindical) reconocida por el Estado (en el caso de los sindicatos con personería) al momento de suscribir un determinado Convenio Colectivo de Trabajo, y la determinación de la actividad principal del establecimiento en el que prestan servicios los trabajadores en cuestión, cuando en el mismo se realizan actividades u oficios diferenciados con distintos colectivos en cada segmento.

Nuestro sistema legal no prevé un procedimiento específico para la resolución de los conflictos de encuadramiento convencional, la doctrina ha considerado en forma más o menos unánime que cualquier controversia que se suscite al respecto debe ser ventilada por ante el juez laboral, que es la autoridad naturalmente competente para decidir en cualquier controversia vinculada con la aplicación y/o interpretación de normas laborales como las convencionales (conf. DE DIEGO, N.G. – DE DIEGO,

J.A., *"Representatividad y encuadramiento sindical y convencional. A propósito del caso 'Maxiconsumo'"*, La Ley 2013-D, 678).

Cuando la parte actora y la parte demandada señalan en juicio la aplicación de dos convenciones colectivas "de actividad" diversas, el Juzgador debe revisar la representación de las partes signatarias, de modo de tener claro si el ámbito de aplicación de los convenios colectivos concuerda con la representatividad de los respectivos firmantes. Es ésta la línea fijada por la CNAT, Sala III, in re *"Ghiglino, V.H. c/ Cooperadora de Acción Social Coas"*, 23/11/2010 (DT 2011 (noviembre), 2934), entre otros pronunciamientos coincidentes.

Dice la actora en su agravio que *"…los dueños de la marca G. es la empresa h.s.a., donde esta última comercializa su marca de helados que ella misma elabora, distribuye y vende a las distintas franquicias…"* (fs. 357).

Resulta importante destacar que el CCT 273/96 -cuya aplicación pretende la parte actora- fue concertado entre la F. A. d. T. P., C., H., P. y A.y la A. F. A. d. H. y A. y que, conforme el informe obrante a fs. 335,*"…"H. S.A."…no resulta socia de la A. F. A. d. H. y A…"*.

Así las cosas, tengo en cuenta que se ha decidido de manera reiterada que, al no haber intervenido la demandada en la negociación y suscripción del acuerdo mencionado, resulta improcedente aplicar un convenio colectivo a una empresa que no estuvo representada en el proceso negociador (conf. CNAT, Sala X, in re *"He., J.S. c/ C. A. SA y Otro s/ Despido"*, SD 17.181 del 30/12/09) y que la obligatoriedad de las convenciones surge del examen de las representaciones de ambas partes, extendiéndose sobre la zona en la que coincidan unas y otras representaciones y no por lo que disponga su ámbito de aplicación personal (conf. CNAT, Sala X, in re *"Moroni, V.M. c/ Atento Argentina SA y Ot. s/ Diferencia de Salarios s/ Despido"*, SD 16.028 del 15/04/08; íd., íd., in re *"Federación Argentina de Empleados de Comercio y*

Servicios c/ Soc. Damas de la Misericordia Flox", 21/05/2010, DT 2010 (agosto), 2147).

Resulta claro, entonces que si, para dirimir la cuestión en casos como el que aquí se presenta, el Juez descubre que los ámbitos de aplicación de los dos convenios en disputa aparentemente se superponen, lo lógico es que realice un análisis en torno a las capacidades representativas de las firmantes de tales convenios. En relación al sector empresario, esta tarea requiere -mínimamente- analizar quienes son los integrantes orgánicos de las federaciones empresarias que negociaron las normas convencionales (con. ALFIE, A.C., *"El encuadramiento convencional y la revisión judicial de la capacidad representativa de las partes signatarias del convenio colectivo*", DT 2011 (noviembre), 2934).

La dificultad probatoria relativa a la capacidad representativa de las partes signatarias de un convenio colectivo, puede ser una explicación a la denuncia que realiza R. M., cuando afirma que en el fuero se ha tergiversado el fallo plenario *"Risso, Luis P. c/ Química La Estrella"* (CNAT, Plenario N° 36, 22/03/57), pues los jueces resuelven de manera automática que el convenio colectivo aplicable es el que corresponde a la actividad principal del establecimiento, simplificando lo debatido en dicho plenario, cuyo punto central se centró en el hecho de que Química Estrella no había estado representada en la convención colectiva horizontal (viajantes de comercio) cuya aplicación se pretendía. Y agrega este autor: *"se ha extendido, propagado llamativamente por simplificación inconcebible, una doctrina que no es la adoptada por el tribunal en pleno. Porque… se ha olvidado que la condición a la que se hace referencia para establecer la aplicación del convenio correspondiente a la actividad y no al oficio, profesión o categoría es la de que el empleador no haya estado representado"* (conf. RODRIGUEZ MANZINI, J., *"Tratado de Derecho del Trabajo"*, Dir. Mario Ackerman, T. VII, págs. 372/374, Ed. Rubinzal Culzoni; ALFIE, A.C., ob. cit.).

En el caso en tratamiento, la a quo resolvió no aplicar el CCT pretendido por la reclamante en virtud de que el empleador no intervino por el sector patronal en la negociación que plasmó el CCT N° 273/96, según hemos visto supra. He de compartir esta decisión, conforme lo que he venido expuesto y fundamentando hasta aquí, lo cual está avalado por la doctrina y jurisprudencia del fuero.

Insisto en que cuando quienes se encuentran en pugna son dos convenciones colectivas de trabajo "de actividad" u "horizontales", lo que cabe es compulsar el ámbito de aplicación personal de los CCT pugnados, el cual está dado por la representatividad de los respectivos firmantes. Y ello así, por cuanto ningún empleador no afiliado puede quedar obligado por un CCT si no intervino en la negociación del mismo como integrante del sector patronal, ya sea por estar afiliado a una asociación profesional empresaria o por al menos un grupo representativo de empleadores de la actividad (conf. CNAT, Sala I, 17/01/2000, *"Federac. Emp. de Transporte de Pasajeros de Córdoba c/ Estado Nacional y Otro"*; cit. por CABALLERO, J. y PICO, J.E. en *"Asociaciones Sindicales de Empleadores", "Tratado de Derecho del Trabajo"*, Dir. Mario E. Ackerman, T. VII, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007). Por otra parte, ello es lo que surge del art. 16 de la Ley 14.250 (ref. por Ley 25.877), al decir: *"Los convenios colectivos tendrán los siguientes ámbitos personales y territoriales conforme a lo que las partes acuerden dentro de su capacidad representativa…"*.

He de remarcar que -en contrario de lo que postula el agravio- la jurisprudencia es mayoritaria en declarar que: *"El ámbito de aplicación de los convenios colectivos se encuentra dado…por la representatividad de los respectivos firmantes… y de allí que … no puede quedar obligado por el convenio un empleador si no intervino en el mismo en representación del sector patronal, una asociación patronal o al menor, un grupo de empleadores de dicha actividad"* (CNAT, Sala VI, 08/06/09, *"Lo Presti M.A. c/ Atento Argentinna SA y Ot. s/*

Despido"; CNAT, Sala I, 13/07/99, "*Fresser R. y Ots. c/ Tres Cruces SA y Ot. s/ Dif. de Salarios*"; CNAT, Sala X, 29/06/99, "*Pedraza H. c/ Search Org. de Seg. y Ot. s/ Dif. de Salarios*").

O sea, no basta con verificar la representación del sector gremial sino que también debe analizarse la que le corresponde a la parte empresaria.

Voy concluyendo y sigo respondiendo a la queja, diciendo que es preciso tener definitivamente en claro -además de lo hasta aquí expuesto- que las partes no pueden elegir qué convenio colectivo es el aplicable al contrato de trabajo que los une (conf. MACHADO, J.D., "*Encuadramiento convencional de las relaciones individuales de trabajo*", La Ley Online) y que tampoco puede optarse por alguno que sea más favorable, como expresa la recurrente (conf. CNAT, Sala I, 10/05/99, "*Morales, L.A. c/ Servicios y Construcciones SRL y Ot. s/ Despido*", donde se decidió que "*el encuadramiento convencional no debe hacerse en función del que resulte más favorable al trabajador sino en virtud de la personería ejercida respecto de la actividad por quienes lo han suscripto*"). Con una aclaración: salvo que un trabajador pacte con su empleador, expresamente, que respecto de ese contrato individual de trabajo, será regido por un CCT determinado (conf. SCOTTI, H.J. – DUBRA, D., "*Algunas reflexiones acerca del encuadramiento convencional a propósito de un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*", DT 2010 (octubre), 2635), que no es lo que ha ocurrido en este caso.

A los dichos de la quejosa con respecto a que la actividad de la gastronomía y hotelería no coincide en nada con la actividad de "heladería" que desarrolla la misma, respondo simplemente diciendo que el Art. 5 del CCT 389/04 que trata sobre las "Actividades Comprendidas", enumera en el punto 5.2 a los "Establecimientos Comprendidos" y en él se incluyen expresamente -inciso "d)"- a las "*Heladerías con o sin servicio de salón*".

Conclusión: no sólo no ha acreditado la parte actora que la empleadora haya estado representada legalmente en la negociación y firma del CCT

273/96 dentro de cuyos términos pretende incluir su relación laboral, sino que la no participación de la patronal está ratificado por el informe de fs. 335. Por lo tanto, conforme he desarrollado hasta aquí, no pueden quedar los demandados obligados por los términos del mismo, tal como lo resolviera la a quo.

Teniendo en cuenta los fundamentos en los que me baso para coincidir en este punto con los términos de la sentencia en crisis, no es necesario expedirme sobre el resto de los agravios vertidos por la quejosa dado que ninguno de ellos logar conmover la decisión recurrida.

Lo expuesto me conduce a proponer al Acuerdo el rechazo del agravio analizado, debiéndose confirmado lo decidido en la anterior instancia.

6.2 – <u>Rechazo de la categoría de "encargada"</u>

Plantea su queja la actora en razón de que la a quo no admitió que se haya desempeñada como "encargada". La estructura del agravio está basada en una disconformidad con la valoración de la prueba testimonial realizada por la sentencia en crisis. Para la actora, dicha valoración ha sido irrazonable, desajustada a derecho, errónea, absurda y carente de fundamento. He destacado ya en el punto pertinente que destaca también -como agravio- la relación de dependencia en la que se encontraban algunos de los testigos de la demandada, que los mismos no han sido coincidentes con los testigos por ella aportados y que los admitidos por la a quo no han dado suficiente razón de sus dichos.

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.

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).

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

La queja apunta a los testimonios brindados por los testigos propuestos por la parte demandada pero, sin perjuicio de ser ello una apreciación personal de la apelante, es de destacar que no advierto que con relación a la

producción de esta prueba se haya desplegado por su parte 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).

Todo lo 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. 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 la actora en el establecimiento de la demandada.

La a quo ha expresado claramente las razones que la condujeron a desestimar los testimonios de T. y V. Pues bien, nada ha expuesto la quejosa para demostrar que esta decisión fuera incorrecta o contraria a derecho.

El hecho de que los testigos propuestos por la demandada tuvieran relación de dependencia con ella, tampoco agrega nada en desmedro de sus declaraciones. Hay que considerar que se ha admitido como fehaciente la declaración de un testigo que reviste el carácter de dependiente de uno de los litigantes, si se expide con imparcialidad sobre hechos que ha presenciado y si habiendo sido repreguntado ampliamente no incurre en contradicciones o falsedades que puedan restar eficacia a su testimonial (conf. Cám. 1ª., Sala I, La Plata, La Ley 59-137, JA, 1950, I, pág. 441).

Es por ello que la mera argumentación de que se ha concedido verosimilitud a la prueba testimonial que debió ser desechada en su totalidad, sin rebatir idóneamente la referida apreciación, no satisface la carga procesal que exige la norma del art. 268 del ritual (conf. CNCiv., Sala E, 29/06/71, La Ley, 146-676, 28.773-S).

Además de lo hasta aquí expuesto, surge del examen de autos que no se han presentado en el proceso probanzas relevantes y conducentes para poder decidir la cuestión en favor de la actora.

Tengo en claro que la 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 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 se desempeñara como "encargada".

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

6.3 – <u>Falta de tratamiento del reconocimiento de la categoría Nivel 3 CCT 389/04 y la diferencia salarial que de ello deriva</u>

Esgrime la actora que la a quo omitió tratar que, de aplicarse el CCT 389/04, su verdadera categoría por las tareas desarrolladas era la comprendida en el Nivel 3 de dicho convenio y no el Nivel 2 como la registrara la demandada.

Del texto de la demanda surge con claridad meridiana que la actora siempre invocó que no correspondía aplicar el CCT 389/04 sino que ella debía estar comprendida en el CCT 273/96. Además de ello, no surge de la misma que haya peticionado que, de considerar aplicable el CCT 389/04, decidiera la a quo que su categoría correcta era la comprendida en el Nivel 3 y no en el Nivel 2. Por lo tanto, esta cuestión no formó parte de la litis y de allí que la sentencia no se haya expedido sobre ello. Siendo una cuestión

planteada recién al expresar agravios, esta Alzada no está habilitada para considerarla (art. 280 CPCC).

Si bien el recurso contra el pronunciamiento abre la jurisdicción de la Alzada al los efectos de resolver sobre la justicia de la sentencia, en manera alguna posibilita fallar sobre las peticiones formuladas en la segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el juez de primera grado, pues el tribunal *"ad quem"* carece de atribución para resolver sobre capítulo alguno que no hubiese sido propuesto a decisión del inferior (conf. SCBA, DJBA, 117, pág. 142; 118, págs. 9 y 57; 120, pág. 77).

Por lo expuesto, el agravio debe ser rechazado.

6.4 – <u>Rechazo del despido indirecto</u>

Agravia a la actora el rechazo de la situación de despido indirecto en que se colocara frente a su empleador.

En el agravio se habla del *"obrar malintencionado de la ex empleadora"*; que *"se ha registrado a un trabajador por media jornada cuando esta trabaja más de 8 horas diarias"*; que *"a la actora se le deben diferencias salariales por diez períodos"*; que *"se han evadido impuestos por diez períodos, cuota sindical por diez períodos, etc."*; que *"resulta extraña esta postura de la A-quo tomada en autos"*; que *"las sumas de dinero que percibe la clase de trabajadores como lo es mi cliente, no son las mismas que puede percibir otro trabajador, tómese como ejemplo el gerente de A."* y que *"será difícil explicar a mi cliente, en caso de no prosperar este agravio, que un empleador que adeuda a un trabajador semejantes sumas de dinero…la justicia lo premia"*.

Fácil es apreciar que en modo alguno estamos ante la crítica concreta y razonada de la sentencia que nos exige la norma del art. 268 del ritual, además de la uniforme doctrina y jurisprudencia que rige sobre el particular. Hay disconformidad, discrepancia y expresiones que marcan la

postura personal de la parte en la cuestión, pero no hay "agravio" digno de ser evaluado en esta instancia (art. 268 CPCC).

El apelante debe decir con claridad y corrección por qué considera la sentencia injusta, desde que las normas regulatorias del debido proceso que hacen a la esencia de la institución, comportan la necesidad de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de hacer posible el contralor jurisdiccional atribuible a la segunda instancia, a través de un juicio de ponderación razonable y no de la simple contraposición de aserciones, cerrado en sí mismo. Debe repararse que la segunda instancia no es autónoma, ni es reconducción. Es, como norma, dependiente de lo actuado en la instancia inicial, y es revisión de su sentencia, síntesis o conclusión, a cuyo efecto requiere el elemento nuevo: la crítica de los agravios que de la misma resulten. De allí que, si faltan esas argumentaciones, carece el tribunal de la alzada de la materia indispensable para confrontar los argumentos del a quo con los que, de contrario, aduce la parte que se considere afectada y ello, precisamente, constituye la función propia del segundo grado jurisdiccional (conf. CNCiv., Sala A, 08/08/75, La Ley, 1976-D, 668, sum. 2260; JA, 1976, III, pág. 45, La Ley, 1976-D, 667, sum. 2257; CNCom., Sala A, 13/08/74, La Ley, 156, pág. 809, 31.646-S).

Por otra parte y a modo de conclusión, tengo también en cuenta que la sentencia ha sido terminante al decir: *"…forzoso resulta concluir que respecto a la jornada, a la época en que la actora decide el despido indirecto y conforme los recibos salariales por ella misma acompañados había transcurrido prácticamente un año desde que se le había abonado remuneraciones por media jornada –lo que ocurrió en el período mayo/09 a enero/10— con lo cual la injuria que podría haber provocado el hecho ya había perdido actualidad. Conforme lo hasta aquí expuesto el rechazo de la demanda se impone en tanto pretende las indemnizaciones derivadas del despido…"* (fs. 343 vta.). Pues bien, en ningún momento la queja ataca y/o rebate esta conclusión de la a quo. Por lo tanto, la misma ha quedado firme

para la recurrente y de allí que su agravio deba declararse desierto en este punto (arts. 268, 269 CPCC).

6.5 – Rechazo de las multas Arts. 1 y 2 Ley 25.323

Teniendo en cuenta lo propuesto precedentemente como solución de la cuestión, no corresponde expedirme sobre el rechazo de las multas previstas por los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323.

6.6 – La imposición de costas

En atención a mi propuesta de rechazar los agravios expuestos por la recurrente, la cuestión relativa a la imposición de las costas de la primera instancia ha devenido abstracta.

7 – Conclusión

Lo hasta aquí desarrollado y fundamentado me llevan a la siguiente conclusión: a) es procedente admitir el agravio de la parte demandada y revocar parcialmente la sentencia en crisis en cuanto condenara a las mismas al pago de la diferencia salarial correspondiente al mes de Noviembre de 2008, en virtud de encontrarse dicho rubro alcanzado por el término de la prescripción liberatoria; y b) corresponde rechazar los agravios expuestos por la parte actora, confirmándose la sentencia en crisis en todo lo que fuera materia de los mismos. Es mi voto.

8 – Adecuación de costas y honorarios

Teniendo en cuenta el alcance de la revocación parcial de la sentencia de la anterior instancia propuesta precedentemente, no corresponde proceder a la adecuación que dispone la norma del art. 282 del CPCC. Por lo tanto, la imposición de las costas y la regulación de honorarios practicada en la

sentencia apelada debe mantenerse conforme fuera resuelto en la instancia de origen.

8 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada corresponde imponerlas de la siguiente manera: **a) <u>Por el recurso interpuesto por la parte demandada</u>:** se imponen a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. G. V. C. y P. D. G., apoderados de las demandadas, en conjunto, en el 30% del monto que les corresponda por su labor 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, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); y **b) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>:** se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios, de los Dres. G. V. C. y P. D. G., apoderados de las demandadas, en conjunto, en el 30% de los que les correspondieren por su labor en primera instancia y los del Dr. R. J. P., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

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

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 y en el mismo orden propuesto por el Dr. Fiordelisi.

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.

1) Tratamiento del agravio de las codemandadas V. S. y B. A. SRL:

La queja de las codemandadas se apoya en el reconocimiento de diferencias salariales, entre lo abonado por jornada parcial y jornada completa de trabajo, para el mes de noviembre de 2008.

En el marco del intercambio epistolar, desde la primera comunicación cursada a la empleadora, la actora reclamó diferencias salariales a partir del día 20/01/ 2009 (v. fs.188 y cctes.)

Ya en el ámbito judicial, ni del relato de los hechos de la demanda ni al tiempo de individualizar los rubros que se pretenden, existió reclamo por diferencia salarial alguna para el mes de noviembre de 2008. Tampoco se plantea al ofrecer la prueba pericial contable destinada a justificarlas. Véase que tanto en el punto 6.1.a) como en el punto 6.2 a), el período a peritar es el que comprende desde el mes de marzo de 2009 hasta el distracto en febrero de 2011.

De modo tal, que en el límite de la pretensión y aun cuando al Juez laboral, se le admita fallar ultra petita (art. 68 Ley XIV Nº 1) en los supuestos de omisión o error en el demandante, la normativa debe ser interpretada restrictivamente, teniendo en cuenta que excepcionalmente, el juez puede suplir la omisión del accionante cuando advierte que aquellos vulneran principios fundamentales de orden público.

No se explicita en la sentencia argumento alguno para reconocer diferencias salariales para el período noviembre de 2008 que no fueron objeto del reclamo y por otro lado, conforme se sostiene en el voto anterior, respecto

del mismo había operado la prescripción del eventual crédito laboral (art. 256 LCT).

Por lo cual, la queja debe admitirse excluyendo de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia, las diferencias salariales para la jornada de trabajo del mes de noviembre de 2008.

2) <u>Tratamiento de los agravios de la actora I. R. C.:</u>

a) <u>El encuadre convencional</u>: En la sentencia de grado se encuadró la actividad laboral cumplida por la Sra. C. dentro del CCT 389/04 y ello es materia de agravios para la parte actora que sostiene que debió serlo en el marco del CCT 273/96.

En el antecedente citado por la magistrada de grado tuve oportunidad de señalar que, el encuadramiento convencional ha sido definido -sin fisuras y en forma unánime por toda la doctrina y por los tribunales especializados- como el supuesto donde se debe establecer si un determinado sector o grupo de trabajadores se halla comprendido en el ámbito personal o profesional de aplicación de un convenio colectivo de trabajo, de acuerdo con la representatividad de las partes signatarias del mismo. *"El encuadre convencional implica la determinación de qué convenio colectivo es aplicable a una situación de trabajo, ya sea individual o pluri-individual."* (C.N.A.T., Sala III, 26/12/1994, "Vanegas, Sulma I. c/Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales", DT 1995-A, 832). (CAPM "LOPEZ, Esteban Armando c/ OJEDA, Omar Nelson s/ Cobro de pesos e indem. de ley" Expte 306/13 SDL N° 8/14).

Señalé también que los conflictos de encuadramiento convencional se solucionan, en primer lugar, determinando la actividad principal del empleador y verificando que dicha actividad se encuentra reglada por un determinado convenio colectivo. "*El problema de la determinación del marco de aplicación de los Convenios Colectivos de Trabajo debe resolverse atendiendo a la actividad principal del empleador, en tanto el ámbito de validez personal de tales*

convenciones está dado por la representatividad de los firmantes y ningún empleador no afiliado queda obligado por el convenio si por el sector patronal no intervino en el mismo, la asociación profesional o al menos un grupo de empleadores de la actividad." (Cámara del Trabajo de Mendoza, Sala 2ª, 19/10/1998, "Gil, Luis c/ Sade S.A. s/ordinario").

Desde esa perspectiva y por mayor énfasis que exponga la parte al argumentar su queja, no pudo revertir que la empleadora de la Sra. Cabral no estuvo representada en la firma del CCT 273/96, cuya única representación por la patronal fue la A. F. A. d. H. y A. quien, a fs. 335, informa que H. S.A. (empresa que fabrica los helados que comercializa la demandada vía el sistema de franquicia) no resulta socia de esa A.

El ámbito de validez de una convención colectiva se encuentra limitada por la representatividad de sus firmantes, los que no pueden incluir válidamente entre los obligados a terceros ajenos a la categoría profesional representada. Lo que importa es que en la negociación y firma del convenio se encuentre representada la actividad, careciendo de importancia la participación en las deliberaciones y suscripción del acuerdo de aquellos a los que va a obligar. Y aun cuando se sostuviera que no tiene relevancia si los empleadores intervinieron en la negociación o si se encuentran afiliados a las entidades patronales que participaron en la elaboración del convenio colectivo, no ha logrado justificar la parte, que su empleadora se encontrara comprendida en la actividad de la entidad que los suscribió (elaboración y/ o venta de helados artesanales).

Por lo que el agravio en cuanto al encuadramiento convencional del vínculo laboral entre las partes, debe desestimarse.

b) <u>La categoría profesional de la Sra. C.</u>

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. ("CAMPERO, Pablo Rubén C/ CADENA DE HOTELES R.H. S.A.S/ Cobro de pesos e indem. de ley" Expte N° 236/ 13, SDL N° 79/13 y "CONTESSI, Alicia Inés C/ CABRERA, Jorge 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 por la Dra. P. -y no como se indica en evidente error de pluma a la Dra. B.-, ha sido correcta.

En el punto la crítica no se sostiene pues debió rebatir no solo el examen estricto al que fueron sometidas las declaraciones sino indicar por qué -más allá de las impugnaciones que a las mismas formulara la demandada- debía dar mayor credibilidad a unos sobre otros. Y en esa tarea la argumentación es estéril.

En primer término debe señalarse que la parte introduce cuestiones respecto de los testigos ofrecidos por la demandada, no propuestas a la magistrada de grado en la oportunidad procesal que le indica la ley XIV N°1. Por otro lado la circunstancia de resultar testigos dependientes tampoco es argumento para descartar sin más las declaraciones brindadas. *"Si bien es cierto que la circunstancia de que el testigo sea dependiente de la accionada no descalifica por sí misma sus dichos si ellos reconocen objetividad y*

coherencia y mucho menos cabe prescindir de su contenido si se trata de testigos necesarios por su intervención personal en los hechos, todo ello sin perjuicio de la estrictez para valorarlos en sus alcances" (CNAT, sala II , 15/02/1993, in re: " Soete, Julio O. c. Empresa de Transportes Fournier S. A. , DT1993-A, 447 - DJ1993-1, 1034).

Por otro lado, señala que los testigos de la demandada no han dado la razón de sus dichos. Tal afirmación no es correcta. M. E. declara a fs. 265 /265 vta., la razón de sus dichos obra a fs. 265 vta. renglones 12 y 13; P. S. F. B. declara a fs. 266/ 266 vta. y expone la razón de sus dichos a fs.266 vta., renglones 17 y 18 y B. F. V. a fs. 268/268 vta. da razón de sus dichos en el renglón 26. La queja en el punto queda huérfana de sostén fáctico.

En cuanto a las declaraciones positivas respecto de la existencia de un hecho por sobre las negativas, con cita de precedente de esta Cámara, diré que en el contexto probatorio dado y en aras de acreditar la categoría de "encargada" la magistrada ha dado razones para su exclusión. No se trata en el caso de quienes no presenciaron los hechos. Aun cuando la testigo S. (fs. 262), aportada al proceso por la actora, refiere no conocer a la Sra. C. a quien la parte señala como encargada de los locales de Madryn y Trelew, los testigos E. y F. B. compañeros de trabajo no le han dado ese carácter y se refuerza con la declaración de V. Diré también que entre T. y V. surgen contradicciones respecto de las tareas de C., sin dejar de señalar las inconsistencias de la declaración de T. aludidas en la impugnación que, a la misma, se formula a fs. 280/281.

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 "encargada ", 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 a la actora 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, la actora 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 las tareas de encargada de los locales comerciales de la demandada y en el punto el recurso debe desestimarse.

c) <u>La omisión en el tratamiento de categoría laboral conforme el CCT 389/04 y la diferencia salarial que ello genera</u>.

Tanto en la gestión extrajudicial como en los términos de la demanda, la parte actora referenció que el CCT aplicable al vínculo laboral era el 273/96 y no el CCT 389/04.

Solo indicó que "de querer aplicarse el CCT 389/04, la demandada también cae en infracción" ya que la relación laboral también estaba mal registrada; pero en modo alguno puede entenderse con ello que medió un planteo subsidiario, como pretende argumentar en esta sede. *"La carga procesal de "clare loqui" o "hablar claro", resulta una consecuencia del principio general de carga procesal entendida como la obligación de la parte de que, en determinadas coyunturas procesales, se exprese con particularidad claridad, es decir, exprese de forma clara los contenidos de su pretensión, de su defensa o el relato fáctico de los hechos cuyo reconocimiento pretende por vía jurisdiccional. Resulta evidente que " la carga de "hablar claro" apunta a erradicar la ambigüedad en el comportamiento de los litigantes en situaciones donde, por las circunstancias del caso, aquella es particularmente reprochable por sus deletéreas consecuencias..."* (cf. PEYRANO, Jorge W - Del "clare loqui" (hablar claro) en materia procesal" - L.L. 1992, B - 1159 y sgts.).

Por lo expuesto, comparto con el Magistrado que me antecede en el voto, que ingresar al tratamiento de esta queja, implicaría resolver en violación a la manda del art. 280 del CPCC. .

d) <u>El rechazo del despido indirecto.</u>

Cuestiona el apelante que en la sentencia de grado se dispuso que las diferenciales salariales no tienen entidad suficiente para romper el vínculo laboral como que la pretendida injuria perdió actualidad.

Adelanto mi criterio que, la queja no cumple la suficiencia técnica que le impone el art. 60 de la Ley XIV N° 1 y art. 268 del CPCC.

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, las normas citadas 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 y la falta de actualidad de la injuria, entendió que la decisión rupturista del actor no resultó ajustada.

Memoro que "… 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.

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 luego de reconocer las diferencias salariales para el período noviembre de 2008 (que, como he propuesto al tratar los agravios de la demandada, debe revocarse), mayo 2009 y enero 2010 con más el correspondiente SAC, refirió a la falta de actualidad de la injuria en tanto había transcurrido más de un año desde que se había abonado la media jornada hasta que la actora decidió la intimación que la configuraba. Tal conclusión no tiene en el agravio crítica suficiente.

Aun cuando medie incumplimiento en las obligaciones del empleador al no reconocer la jornada completa para tales períodos y reconocerse en la sentencia 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 la Sra. C., 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.

Los argumentos recursivos reflejan 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 acompañar al Dr. Fiordelisi en la decisión de declarar desierto el recurso. (Art. 60 Ley XIV Nº 1 y art. 269 del CPCC).

e) En cuanto a las quejas por el rechazo de las multas de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y la imposición de las costas, las mismas tienen como fundamento la admisión de los agravios previamente planteados y que se han desestimado, por lo que su tratamiento es abstracto.

3.

En síntesis a lo expuesto corresponde desestimar los agravios de la parte actora y admitir la queja de la parte demandada. Consecuentemente con ello, debe revocarse parcialmente la sentencia, para excluir en la etapa de ejecución de sentencia la liquidación de diferencias salariales del período noviembre de 2008.

4. <u>Las costas</u>

a) El resultado del recurso de la parte demandada no tiene incidencia en la imposición de las costas y honorarios dispuestas en la instancia de grado

por lo que no es menester su readecuación en los términos del art. 282 del CPCC.

b) Las costas en la Alzada deben desdoblarse.

Por el recurso interpuesto por la parte demandada se imponen a la actora vencida (art. 69 del CPCC) Los honorarios propuestos por el Dr. Fiordelisi se ajustan al mérito, extensión y resultado obtenido por los letrados G. C. y P. G. (arts. 5, 9 y 13 ley arancelaria).

Las costas generadas por el recurso rechazado de la parte actora, se le imponen a la recurrente vencida (art. 69 del CPCC). Los honorarios que estipula el magistrado que me antecede en el voto, para los letrados que en mérito al mismo intervinieron en esta sede, se ajustan a las pautas arancelarias ya indicadas (art. 5, 9 y 13 de la ley arancelaria).

En todos los casos los porcentajes fijados deberán calcularse sobre los que resulten determinados en la instancia de grado con más el IVA si correspondiera y sin perjuicio de los mínimos legales establecidos en el art. 7 de la Ley XIII N°4 y su mod.

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

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

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1 – REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada en cuanto ha condenado a la parte demandada a abonar a la actora la diferencia salarial correspondiente al mes de Noviembre de 2008.

2 – CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 340/344 en todo lo que ha sido materia de agravios por parte de la actora.

3 – NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS dispuestos en primera instancia, manteniéndose lo allí resuelto al respecto.

4 – IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a) Por el recurso interpuesto por la parte demandada:** se imponen a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. G. V. C. y P. D. G., apoderados de las demandadas, en conjunto, en el 30% del monto que les corresponda por su labor 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, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); y **b) Por el recurso interpuesto por la parte actora:** se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. G. V. C. y P. D. G., apoderados de las demandadas, en conjunto, en el 30% de los que les correspondieren por su labor en primera instancia y los del Dr. R. J. P., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5 – REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por 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 – REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada en cuanto ha condenado a la parte demandada a abonar a la actora la diferencia salarial correspondiente al mes de Noviembre de 2008.

2 – CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 340/344 en todo lo que ha sido materia de agravios por parte de la actora.

3 – NO ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS dispuestos en primera instancia, manteniéndose lo allí resuelto al respecto.

4 – IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a) Por el recurso interpuesto por la parte demandada:** se imponen a la parte actora (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. G. V. C. y P. D. G., apoderados de las demandadas, en conjunto, en el 30% del monto que les corresponda por su labor 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, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); y **b) Por el recurso interpuesto por la parte actora:** se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. G. V. C. y P. D. G., apoderados de las demandadas, en conjunto, en el 30% de los que les correspondieren por su labor en primera instancia y los del Dr. R. J. P., apoderado de la parte actora, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con

más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5 – REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDL. CONSTE.