En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes febrero de del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., M. N. c/S. SRL s/SUMARIO (Cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. nro. 287 año 20114,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 72/2012), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 671), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 623/634? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Que la sentencia, parcialmente condenatoria de fs. 623/633 es apelada fs. 638 por la accionante y a fs. 639 por la demandada. La primera funda su queja en el escrito de fs. 641/647 y le es contestada por su

oponente a fs. 664/666vta. y ésta presenta su informe a fs. 648/653 y le es contestado por la accionante a fs. 657/663.

Obra asimismo la contestación que formula la reclamante (fs. 654/655) a la queja que formula la parcialmente vencida en autos por la distribución de la condena en costas a fs. 639 p. II.

Tras detenido lectura del contenido de tales presentaciones a la luz del fallo impugnado y sus antecedentes considero que se ha dado cumplimiento a los extremos previstos en el art. 268 CPr/DJ, corresponde el tratamiento de todas las cuestiones
traídas a la alzada por una y otra parte.

Así consideraré en primer lugar el debate aún abierto referido a la categoría laboral del actor ya que este insiste en que no se ha valorado adecuadamente la prueba interpretando que ha quedado demostrada una categoría superior a la acordada, esto es Asistente de la Oficina Técnica (fs. 105vta., p. III-1). Por su parte, la demandada, con el aval del fallo, afirma de aquella no ha podido demostrar que haya sido mal encuadrada por lo que no corresponde acoger tal agravio. Por su parte la iudex a quo a fs. 627 p. 1. da las razones por las que desestima tal pretensión.

Considerando la naturaleza y cúmulo de tareas alegadas en la demanda y trascriptas en los

considerandos, en atención a lo que indican los recibos de sueldo y certificaciones otorgados por la principal como aval de su responde, pesaba sobre aquél la carga probatoria. Y todo sin perjuicio del reconocimiento de un requerimiento temporal en funciones de mayor jerarquía durante los meses de febrero y marzo de 2011 que fueron debidamente compensados tal como figura los recibos de pago acompañados (ver fs. 179 in fine).

Este último dato, no impugnado, resulta, en mi consideración trascendente a los efectos de resolver la cuestión ya que al no haberse formulado reserva alguna en cuanto al cobro de tales diferencias por categoría, tal como expresamente figura a fs. 54 y 36 ambos reservados por Secretaría y que tengo ante mí), dan cuenta que desarrollaba su función de manera normal y habitual en una categoría inferior y es la que describen en detalle los testigos tomados en consideración en el fallo, no impugnados en sus dichos en el momento procesal oportuno tal como se aprecia al oír la grabación, reservada bajo el N° 205/14 y que se aprecia en el resto de los recibos y certificación de la que me ocuparé mas adelante.

Lo dicho guarda relación con la contestación a la intimación de fs. 4/5, rechazando igual pedimento a fs. 6, esto es, y el hecho que se le ratificara su actuación dentro del marco laboral que desarrollaba,

asistiendo a la oficina técnica, no importa reconocimiento alguno. La demandada ha sido coherente en su postura y la terminología empleada debe ser entendida en su sentido lato y no en sentido estricto, tal como también se han valorado los dichos testimoniales, de donde surge claramente la distinción conforme el modo y responsabilidad en realizar tales tareas. En los considerandos se llega a la misma conclusión cuando se afirma al concluir el tratamiento de tal cuestión que el actor se desempeñó como asiente técnico de oficina y en el período comprendido entre febrero o marzo cumplió funciones de asistente en el taller de la empresa. Sin que pueda admitirse duda alguna que torne operable la presunción del art. 9 LCT.

La insinuada impugnación a los dichos de testigos resulta extemporánea y a no olvidar que, como tantas vences se ha dicho: Las alegaciones de las partes son inidóneas para producir convicción sobre su existencia, pues la carga de la prueba no es una distribución del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo; no supone un derecho sino un imperativo para cada litigante (ver v. gr. CNCom., sala B –"Cendon de Menéndez, María de la S. C. Digital Toons SA" en LL 15/04/98 y la misma sala en 2009/06/30 –"Soruco, Víctor Aníbal c. BBVA Banco Francés SA"- Rev. DJ de enero 32010, N° 2, pág. 76; también viene al caso "La duda en el derecho del trabajo" por Gabet, Alejandro, Publicado en: LA LEY 26/04/2013 ,

5). En consecuencia, propongo al acuerdo el rechazo del agravio en cuanto al punto tratado.

El nudo de la critica en cuanto al rechazo que se formulara en el fallo respecto al incumplimiento del pago por jornada laboral extraordinaria se lee en el 3er. párr. de fs. 643 del memorial. Allí la recurrente sostiene que inversamente a lo exigido en el fallo afirmo en la demanda que durante todo el desarrollo de la relación laboral trabajo 10 horas de lunes a viernes y 4 hs. los días sábados (ver fs. 106vta. 2° párr.). Lo dicho es cierto, es todo lo que alegó. Sin más. Aún cuando se haya flexibilizado de conformidad con los nuevos aires protectorios en la materia, no basta la mera alegación. La insuficiencia en tan sentido es notoria, tal el fundamento del rechazo.

Veamos, bien se ha dicho que "La formación del material de conocimiento en el proceso, constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez: secundum allegata et proba - quien alega un hecho debe probarlo. La carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo, es decir, del perjuicio eventual que puede originarse en no probar lo que sea menester" (Conf. S.T.CH. S.D. N° 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/S.C.A./97, 6/S.C.A./98, con cita de Hugo Alsina y jurisprudencia de la C.S.J.N.). Dicha carga asiste en principio a la actora, pues quien demanda, quien pretende, debe probar los hechos que sustentan su

pretensión en juicio para convencer al juez de su verdad, sin perjuicio de la obligación de quien es traído al pleito de probar los hechos impeditivos o extintivos que oponga a aquélla pretensión ... salvo los supuestos en que la ley hace pesar la carga de probar, específicamente en la accionada (inversión de la carga de la prueba) (conf. S.T.J.CH., S.D. Nº 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 19/99).

"Las reglas de la carga de la prueba que se enderezan a determinar quien debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo, cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso el tribunal deberá fallar - contra quien debía probar y no lo hizo" (Conf. S.T.J.CH., S.D. Nº 15/SRE/99 y 10/SCA/00, con cita de Peyrano, "Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo. 13, "La Prueba I", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1997, pág. 98).

En el caso, la carga de la prueba de las horas suplementarias trabajadas incumbía, en principio, a la actora (art. 381, Ley XIII, N° 5). Así es aún en el Derecho Laboral, de naturaleza esencialmente protectiva (ver, S.D. N° 01/S.C.A./05, con cita de S.D. N° 07/S.C.A./04), salvo que opere algún supuesto de inversión de la carga probatoria.

En lo que respecta a la intensidad de la prueba a producir, ninguna carga adicional debe imponerse a la

prueba de las horas extra. La misma es exactamente igual que a la de cualquier otro rubro. Ya fue dicho por el STJCh. en S.D. Nº 11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08, oportunidad en la que se señaló que exigir un rigorismo probatorio extremo no tiene asidero legal, porque no media en este caso, ninguna diferencia con otro rubro de naturaleza laboral, los actores están sometidos a las mismas cargas procesales que para otros rubros. Es más, no hay norma alguna que imponga procesalmente tal rigorismo y exigir prueba minuciosa, milimétrica de horas y fechas precisas; la tornaría prácticamente de imposible realización.

A no olvidar que el tema de las horas suplementarias u horas extras es absolutamente casuístico, su prueba y valoración de los hechos deben ser revisadas con detenimiento, haciendo un análisis de la realidad en el ámbito específico en que se desarrolló la actividad, observando cómo funciona la empresa y el sector para situarse en un tiempo-espacio, y la función específica del trabajador en particular dentro de ese contexto, a fin de no caer en desprotección del trabajador, quien muchas veces está imposibilitado de producir pruebas fehacientes, claras y contundentes, pero sin caer en abusos protectorios (Conf., Máximo M. Zavalía, "Horas extras. Análisis conceptual y vinculación con la jornada de trabajo. Alcances en la doctrina y jurisprudencia", Doctrina Laboral Errepar,

t. XXII, p. 486, mayo 2008).

Todo ello ha permitido sintetizase en muchos fallos con la formula: “La realización de horas extra debe considerarse acreditada, si de la prueba testifical surge claramente que la jornada cumplida por el trabajador excedió el límite impuesto por el art. 92 ter de la LCT, bajo cuya modalidad fue inscripto” (ver v. gr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX • 22/12/2011 • Lescano, Sandra Gisela c. F.S.T. S.A. s/despido • • LA LEY 16/04/2012 , 8 • LA LEY 2012-B , 579 • DJ 11/07/2012 , 61 • AR/JUR/88369/2011; CNTrab., sala VI, “Ramos Ruiz, Joé Antonio c. Envases del Plata S.A.”, 31/03/2011, IMP 2011-7 IMP 2011-7, 198 DT 2011 (julio), LA LEY 2011-D, AR/JUR/12176/2011; CNTrab., sala VIII - “Camilletti, Rubén Horacio c. Rodpetrol S.R.L. y otros s/despido”, 21/12/2011, La Ley Online, AR/JUR/88078/2011; CNTrab., sala V - “Demacopulo, Mayra Vanina c. Zara Argentina S.A.”, 29/05/2009, La Ley Online).

Así, mal puede otorgar certeza un testigo indirecto, en el caso presumir que cada vez que el vecino lo ve salir o entrar de su casa lo hace para concurrir o volver de sus tareas diarias. Menos aún de testigos referenciales. En tal sentido y para casos análogos he señalado que se ha resuelto que debe descartarse la prueba testimonial cuando el conocimiento de los hechos sobre los que declaran es referencial (testimonios de

"oídas"), o se vierten suposiciones o deducciones enteramente subjetivas que restan veracidad a la declaración, que un testimonio tiene eficacia cuando se refiere a los hechos relevantes del pleito de los que el deponente ha tenido directa percepción sensorial, no valiendo lo que se

sabe "de oídas", es decir, vinculado con

manifestaciones de otras personas, sean éstas terceros o las propias partes del juicio, que carece de valor probatorio el testimonio de quien manifiesta tener conocimiento de los hechos por narraciones de otras personas, ya que es un testigo de oídas, y que el testigo de oídas no es atendible porque en él la

relación de conocimiento no es directa.

Ahora bien, siguiendo las enseñanzas del maestro colombiano Devis Echandía (conf. "La enseñanza del Derecho Procesal", pag. 269 y ss., RADP, 1969), "es variada la gama de posibilidades que llevan a la valoración de la prueba testimonial, pudiendo detectarse dos tipos fundamentales de testigos: a) el de atendibilidad plena y b) el de atendibilidad restringida". Entre estos últimos se encuentra el "testigo de referencia" que llevan a apreciar sus dichos con suma estrictez, pudiendo inclusive llegar a desestimarlos.

Lo atestiguado por esta clase de testigos no puede llevar por sí solo a la acreditación de un hecho, pues

en el fondo su testimonio no constituye una prueba. A lo sumo las referencias indirectas al hecho pueden constituir indicios, pero no resultan concluyentes para el juzgador (Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tº III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 252; Fassi-Maurino, op. cit., Tº3, págs. 684/685; Palacio-Velloso, "Código Procesal.", Tº VIII, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, págs. 336/338; CNCiv., Sala B, 28/07/1987, "E. de C. A., M. c/ C. A., M. L.", LL, 1988-B-480, DJ 1988-2-377; ídem, Sala A, 05/05/1995, "M., P.", www.laleyonline.com.ar).

Lo dicho también resulta aplicable a la queja por haberse desestimado el reclamo derivado de los pagos clandestinos, vale para el caso lo dicho pacíficamente por la doctrina en cuanto a que: "La prueba del salario pagado 'en negro' suele ser dificultosa porque es prácticamente imposible encontrar un testigo 'real' que haya visto el momento del pago y haya podido determinar qué monto se abonaba 'en blanco' y cual otro 'en negro'" (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo". Ed. "La Ley", Buenos Aires, 2001, T.° II, pág. 1891, el destacado no es del original). Y en cuanto a otro tipo de especulación probatoria, como la que pretende sonsacar del informe de fs. 574/612 bien se ha señalado en la materia que las referencias indirectas al hecho pueden constituir

indicios, pero no resultan concluyentes para el juzgador (Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Tº III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 252; Fassi-Maurino, op. cit., Tº3, págs. 684/685; Palacio-Velloso, "Código Procesal.", Tº VIII, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, págs. 336/338; CNCiv., Sala B, 28/07/1987, "E. de C. A., M. c/ C. A., M. L.", LL, 1988-B-480, DJ 1988-2-377; ídem, Sala A, 05/05/1995, "M., P.", www.laleyonline.com.ar).

Así, sin desconocer el esfuerzo legislativo, jurisprudencial y doctrinaria para flexibilizar la prueba de tan grave circunstancia, en el caso coincido con la iudex a quo en cuanto a su notoria insuficiencia. Habiendo coincidido en los puntos anteriores con los fundamentos de la sentencia y el rechazo de los rubros reclamados y que eran ciertamente la causal invocado del despido indirecto, la queja actual en cuanto al punto resulta irrelevante. El recurrente carece de agravios por lo que evitaré mayores comentarios por razones de economía y celeridad, caros al fuero.

El quinto agravio queda alcanzado en parte por las conclusiones arribadas en cuestiones incidentes en párrafos anteriores y en cuanto a la remisión a las alegaciones formuladas en la instancia anterior no tendrían que quedar en el olvido pautas acuñadas en la materia por nuestro Máximo Tribunal Nacional v. gr. cuando concluye: “La mera reedición de objeciones formuladas al impugnar el fallo de primera instancia no

constituye una crítica concreta y razonada y conlleva la deserción del recurso"(ver v. gr. CS, 31/08/99, Fallos 322:1888; otro CS, 2001/02/13 "Sitra S.A. c. M.S. y A. S.", Rev. La Ley de 2001/10/17, pág.15, JAgrup., caso 16.154).

El tema de la distribución de costas es queja que agravia a las partes por lo que unificaré el trato. Pero antes avanzaré sobre el agravio de la demandada referido al incumplimiento de lo dispuesto por el art. 80 y sus consecuencias.

En tal sentido nos invita la recurrente a constatar que el intercambio epistolar, en ninguna oportunidad el actor intimó a la empleadora a la entrega de la constancia documentada prevista en al art. 80 LCT. Si bien luego aclara que no se la intimó de conformidad con lo previsto en la normativa en cuestión.

No es así, obra intimación fehaciente formulada en tiempo y forma (ver fs. 68) que mereciera la contestación de fs. 69, meritadas debidamente en los considerandos (fs. 626 y 629 vta. p. 6). Y a no dudar de la naturaleza y extensión de dicha obligación tal como emerge de la doctrina impuesta por nuestro STJCh. (v. gr. caso "Labra.."). Y si bien la recurrente podrá salvar toda responsabilidad en cuanto a los reproches que se le formulan en el fallo respecto al debido cumplimiento a la luz de aquellas pautas de ningún modo

se ha intentado salvar el error de nombre que figura en la certificación de fs. 153 justificando la condena y la sanción por imperativo legal y por estas razones. Al margen de no haberse constatado debidamente la fecha de cese, mas allá de su supuesta insignificancia.

Considero que no es pertinente eximir o reducir el monto de las sanciones cuando la certificación exigida (art. 80 LCT) es entregada en forma defectuosa o incompleta, pues dicha obligación a cargo de la accionada no es susceptible de ejecución parcial en atención a su naturaleza.

En cuanto a la queja común prologando el tema vale recordar que las costas en nuestro régimen procesal, son corolario del vencimiento. No se imponen como sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, y deben ser reembolsadas por el vencido con prescindencia de la buena fe con que haya actuado por haberse creído con derecho (ver v. gr. Fernando Rivera en "Código de Procedimiento Laboral"

Depalma, 1982, pág 9). Que el legislador se ha mantenido fiel al principio del vencido. Aquel que ha quedado perdidoso en la contienda, es el que ha dado motivo, con su conducta incumpliente, a que se acudiera a los estrados judiciales, como única forma de obtener el cumplimiento de las obligaciones. El pago de los gastos está, en términos generales, en cabeza de quien pierde. Sin embargo, la segunda parte del art. 69 CPr/DJ

autoriza al tribunal a eximir al vencido del pago de las costas, cuando se hallare mérito para ello, dando cuenta de los motivos en que se funda. Es de toda

lógica que así sea, no sólo porque los actos del tribunal siempre deben ser sobre la base de fundamentos que los justifiquen, sino además, en este caso, nos encontramos frente a una excepción al principio general de quien pierde paga, que es lo que se establece en la primera parte del artículo (ver v. gr. Estela Ferreiros "Procedimiento Laboral de la Provincia de Buenos Aires" La Rocca, 2003, pág. 166).

Así y como principio aplicable comúnmente en el fuero se ha dicho que las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido

resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente respecto de la totalidad de los rubros o montos pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos. Todo al margen del principio de gratuidad impuesto por el art. 20 LCT, ajeno al tema.

Pero cuando dicho proceder no es claro y muchas de sus alegaciones quedan sin el mínimo sustento, coincido con el criterio de que en los supuestos en que cuando solo prosperan mínimamente, las costas deben ser distribuidas en la forma que prevé el art.71 del CPR/DJ,

toda vez que aún cuando pueda considerarse que el demandante se vio obligado a litigar, ello es exacto únicamente en relación con la porción admitida de sus reclamos, por lo que no habría fundamento para que quien sólo en parte es vencedor resulte eximido de las costas y éstas sean íntegramente soportadas por quien también obtuvo una victoria parcial (ver v. gr. CNAT, Sala II , sent.72.160, 26.10.93, "Soria, Carlos D. c/ Butomi S.R.L."), y que en los casos de vencimiento parcial y mutuo, su distribución debe estimarse en proporción a los respectivos vencimientos, ello no implica la exacta correspondencia aritmética, sino una razonable comparación conceptual (CNAT, Sala VI, 20/5/95, "Espósito, Alberto c/IPLASA Productos Plásticos S.A. s/ despido",íd., Sala II, 25/3/97, S.D. 80.678/978, "Ramírez, Víctor c/ ELMA S.A s/ despido"). En igual sentido, se ha dicho que en la distribución de las costas no debe prevalecer un criterio aritmético

sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y a los rubros que resultaron procedentes (CNAT, Sala I, 31/3/04, "Urrutia, Débora c/ Mater Dei Asoc. Civil s/ despido"), como así también a los fundamentos que tienen los planteos ofensivos y defensivos de las partes (esta Sala, 17/2/93, S.D.68.287, "Gullón, Luis María c/ Acers Fortuna s/ diferencias salariales"). En tal

inteligencia, tomando en consideración la importancia de los rubros admitidos y de los rechazados, coincido con la estimación formulada en el fallo.

Consecuentemente, propongo al acuerdo desestimar los recursos articulados por las partes y mantener la distribución de costas por el orden causado en razón del resultado logrado, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tomarán las pautas arancelarias de la ley XIII nos. 4 y 15, tendiéndose presente la reserva formulada del llamado “caso federal”.

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

Desestimar los recursos de apelación articulados por las partes y en consecuencia se mantiene firme la sentencia de fs. 623/634 en cuanto fuera motivo de agravios y por los fundamentos dados en los considerandos pertinentes. Costas por su orden de conformidad a los considerandos pertinentes,

difiriéndose la regulación de honorarios al momento procesal oportuno, teniéndose en cuenta la reserva del llamado “caso federal”.

A la primera cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

La sentencia se dicta a fs.623/634, hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora M. R. R. y condena a la parte demandada a pagar

a la actora la suma de 15.048,09, con mas intereses y a la entrega del certificado de trabajo. Impone las costas a la demandada y regula honorarios.

Apelan las partes y los recursos se conceden a fs.640.

El memorial de agravios de la parte actora obra a fs.641/647, cuyas referencias salientes se señalan, atento que el material recursivo resulta tratado en el curso del presente acuerdo. Controvierte en el *primer agravio* las funciones receptadas por la sentencia, sosteniendo la invocada en la primera carta documento, en tanto la demandada solo reconoce la tarea del actor como “administrativo”, pero en el certificado de trabajo le señala Administrativo. Objeta en cuanto considera la sentencia las testimoniales, que debe advertirse que se trata de empleados de la empresa, con lo que sus testimonios deben ser apreciados mas severamente (cita jurisprudencia). Formula consideraciones en torno a las testimoniales y

sustentándose en la misma norma del fallo, refiere la diversidad de tareas del actor que justifican – dice – el reconocimiento de diferencias salariales. Argumenta en torno a las testimonial de G. M. y que llama la atención – por lo menos - el conocimiento del actor de actividades de diseño y certificación de protecciones. Propugna la misma aplicación del art.9 L.C.T.

*Segundo agravio.* Referido a las tareas

desarrolladas y horas extras, señala los fundamentos del fallo para negar los extremos afirmados, contrapone por su parte que si detalló los puntos determinantes del pedimento, horas y días de trabajo. Cita doctrina sobre la carga dinámica de las pruebas y las hipótesis con la doctrina que determinadas cargas al dependiente resultan abusivas. Después alega sobre las dificultades para probar, con lo que los compañeros de trabajo se transforman en los indicados para atestiguar respecto a las circunstancias de trabajo. *Tercer agravio.* Registra lo que a su juicio constituye un nuevo reproche a su parte, por no considerar suficiente la prueba de pago en negro. Formula consideraciones. *Cuarto agravio.* Son definiciones negativas del fallo con base en el enfoque de las cuestiones planteadas. Sostiene en consecuencia la recurrente que tiene plena fe que el Tribunal habrá acogido los agravios y con sus precedentes, modificará la sentencia. Llama la atención sobre el hecho que el actor envía su primera misiva el 29/3/2011, la que llegó a conocimiento de la demandada el día 5/4/11 y fue contestada negativamente el 9/4/11, pero cinco días después, la demandada intima al trabajador a presentarse a trabajar bajo apercibimiento, aduciendo ausencias sin aviso ni justificación desde el día 7/4/11. Sostiene, mas otras consideraciones, una conducta irregular de la empresa para extinguir el contrato de trabajo por culpa del actor. Cita jurisprudencia y estima la existencia de una duda razonable a favor del actor. *Quinto agravio.*

Lo señala como derivación lógica de los precedentes, señala los rubros que lo agravian por su resultado negativo y remite a los argumentos de los precedentes. *Sexto agravio.* Alude a la jurisprudencia limitativa de la

imposición de costas de la Sala B. y votos concordantes, por lo que peticiona la revocatoria de la distribución de las costas.

La parte demandada expone los agravios a fs.648/653vta. Impugna la condena a la entrega de la constancia documentada de aportes y contribuciones y sostiene que en ninguna oportunidad intimó la empleada al cumplimiento de tal entrega; no desconoce que en la oportunidad del juicio se la intimó a presentar tal

documentación, que su parte cumplió, pero

involuntariamente omitió acompañar los períodos 3/11 y 4/11, entretanto la actora no intimó a acompañar las constancias de aportes y contribuciones sindicales y el certificado de trabajo, cuyos contenidos la sentencia los da por válidos, contiene información individual a cada período de todos los aportes y contribuciones a la seguridad social, concordante con el informe pericial. Alude a la argumentación que señala las posibilidades del interesado de obtener información con su clave personal y la imposibilidad del empleador de otorgar constancia documentada individual. Alude a la jurisprudencia del S.T.J., sobre el punto y sostiene un

excesivo rigor formal de la sentencia. Reiterando argumentación en torno a estas cuestiones, pericona la revocatoria de la sentencia. *Punto ii) El certificado de trabajo (fs.650).* Sostiene que el certificado de trabajo expedido por su parte cumple la finalidad, solo rechazado por un error, con lo que desnaturaliza el espíritu de la Ley 25.345. Se remite a la jurisprudencia del S.T.J. que rechaza el rigor formal, con lo que un mínimo detalle que debió ser objeto de pronunciamiento jurisdiccional no puede constituir el incumplimiento. *Iii) La indemnización del art.80 L.C.T.* Sostiene que la sentencia no se ajusta a los hechos y la prueba revela que el certificado estuvo a disposición de la actora. Pero que por otra parte no se encontraba obligada a consignar, porque el lugar de cumplimiento de la obligación es el lugar de trabajo. Cita jurisprudencia. Refiere principios generales respecto al abuso del derecho y respetuosamente estima que en la sentencia hay un quiebre del razonamiento lógico. Reserva el caso federal.

A fs.654/655 y a fs.657/663, la parte actora contesta los agravios del traslado dispuesto con las providencias de fecha 21/5/2014 y 30/5/2014.

A fs. 664/666vta., la parte demandada contesta los agravios vertidos por la parte actora. Reserva el caso federal.

*Tratamiento de los agravios de la parte actora.*

*Primer agravio de la actora a fs.641vta.*

En principio debe responderse a lo que señala la parte demandada que existe insuficiencia del recurso pero solo sostenida de modo retórico, bien que señalando las exigencias teóricas del contenido de los agravios, pero sin precisar la terminología de los afirmandos de actora recurrente, que apuntan a elementos concretos que el fallo no resuelve, ello a partir de la C.D.Nº 139, emitida por la parte demandada, donde reconoce la función invocada por la actora de "Asistente de Oficina Técnica" (C.D. Nº 16635366.9, fs.139, doc.reserv.Nº origen 207/14).

Es precisamente frente a esta C.D. donde las testimoniales evaluadas en la sentencia, no controvierten lo expuesto y resultan congruentes a lo reconocido, ello, los testimonios en la audiencia de vista de causa de F., I. y M..

La contestación de la demandada que las tareas de la actora se encontraban perfectamente encuadradas (fs.665), cuando la documentación laboral del actor las caracterizó de administrativas (recibos salariales) y en el certificado de trabajo "Administrativo de 2da.", demuestran la carencia de sustento, si con carácter fedatario por C.D. reconoce que era la de "asistente técnico de oficina". Ello demuestra que sí, hay prueba producida que demuestra el desconocimiento de la categoría del actor y que cuando parcialmente lo

reconoció, pagó diferencia salarial de febrero de 2011, conforme señala el fallo a fs.627bis., bajo el concepto diferencia de categoría. Fotocopia del recibo de salario autenticada obrante a fs.102.

El fallo solo involucra la prueba testimonial y se desentiende del reconocimiento de la C.D. Priva la calificación de la C.D. fedataria, que no puede anularse con la aparente limitación resultante de la testimonial, ya que si otras tareas se asignaban al dependiente no pudo perjudicarlo, por ser su categoría la de " asistente técnico de oficina". La distinción del fallo y "funciones de asistencia en el taller de la empresa", con la que concluye a fs.627bis., no se ajusta por ello a derecho (art.12 y art.9 L.C.T.-Ley 26.428).

La empleadora debía el pago permanente de la categoría técnica reconocida en la C.D. y no la de carácter administrativo que consignaba en la documentación laboral que expedía.

Se hace lugar al primer agravio.

*Segundo agravio, jornada laboral y horas extras.*

Si el recurrente reconoce que el rubro "horas extras" es en los términos que recoge el fallo, es claro que carece de las determinaciones que observa dicho fallo, la precisión de la cosa demandada sustenta el fundamento del a fs.627bis. Es omisión de origen ya que resulta de la lectura detenida de la terminología utilizada a fs.106vta., es sola mención de las horas

que globalmente señala la actora – 10 horas de trabajo diario – no siquiera las define como horas extras y de cómo al finalizar la semana conforme al trabajo en día sábado la cantidad que sumaban, ni luego al formularse la liquidación provisoria las incorpora en tal carácter a la demanda, Es evidente el incumplimiento de la norma procesal citada, lo que no salva la jurisprudencia citada, ya que antes de ingresar al análisis de la argumentación demostrativa de una exigencia probatoria abusiva, debe contarse exactamente con el petitorio del rubro demandado.

Se confirma en consecuencia el rechazo al que llega la sentencia.

*Tercer agravio. Reclamo por pago de salarios en forma clandestina.*

La sentencia negó el rubro en razón que el único indicio de aproximación puede constituirlo la declaración de G. M. (fs.627vta./628), pero la desestima en razón de tratarse de un testigo de oídas, además de resultar el referente el propio actor. Advierte por otra parte del informe bancario no surgen otros indicativos que las sumas depositadas alcanzaran el monto salarial invocado ($ 5.100, fs.111).

Los agravios de la recurrente no conmueven la conclusión del fallo, ya que la invocación de la dificultad para acreditar, no importa que deba estarse sencillamente a la afirmación de la demanda. No se

trata que se exijan mayores exigencias probatorias, pero si las pruebas comunes de los hechos que conlleven la certeza del pago de salarios en negro. No se admite la crítica al fallo porque haya examinado los resúmenes de cuentas bancarias, por el contrario, tratándose de un fraude laboral, demuestra la búsqueda responsable investigativa de la causa para resolver una cuestión gravosa, la posibilidad de hallar indicios ciertos de la versión del dependiente. No contándose con tales elementos, se ajusta a derecho la conclusión de la sentencia y por lo que se rechaza el agravio.

*Cuarto agravio. Lo resuelto respecto a la extinción del contrato de trabajo, la causal.*

Reconocido por la sentencia a fs.628 el examen del intercambio epistolar y que ambas partes denunciaron incumplimientos, donde concluye que la comunicación de la empleadora por abandono carece de efectos, dado que la extinción estaba consumada en fecha 20/4/2011, por decisión del trabajador, fluye frente al equívoco de la sentencia al restar significación al reconocimiento de la función técnica y restar trascendencia perjudicial a la calificación administrativa que indebidamente asignaba la empleadora, que la decisión rupturista por el empleado se ajustó a derecho, en el marco del art.246 L.C.T. por despido indirecto.

Corresponde hacer lugar al agravio.

*Quinto agravio. Lo resuelto en cuanto a los rubros reclamados (fs.646).*

Prospera parcialmente, en cuanto a los agravios que se declaran procedentes, que importan, las diferencias salariales, en función de la retribución que solo reconociera por las tareas del mes de febrero de 2011 (recibo salarial de fs.102, ya señalado). La liquidación del art.246 L.C.T. y normas concordantes, se formalizará con retroactividad al mes de abril del año 2009, por la proyección que importa la C. D. de fs.139, sin perjuicio de las distintas retribuciones que pudieron regir a partir de la fecha indicada (abril/2009) y lógica resultantes de las previsiones de los incisos e) y f) del fallo a fs.631vta. y con mas los intereses del modo ordenado en la sentencia. Se rechaza la aplicación del art.2 Ley 25.323, por ausencia de intimación de la norma citada y las indemnizaciones de los arts.8, 9 y 10 Ley 24.013, porque las causas no tienen vinculación con las hipótesis de las normas citadas ni encontrarse verificada la exigencia del inc.b del art.11 Ley 24.013 cit. El art.80 L.C.T. sujeto al resultado del recurso de la parte demandada.

*Sexto agravio. Imposición de las costas.* En la oportunidad del resultado conjunto con el recurso interpuesto por la parte demandada.

*Agravios de la parte demandada de fs.648/652.*

El punto de partida de los argumentos (fs.649), como que su parte nunca fue intimada a la entrega de la constancia documentada prevista en el segundo párrafo del art.80 L.C.T. antes de la iniciación del proceso resulta equívoco, pues la obligatoriedad de la entrega del certificado de trabajo, constancia de los aportes a la seguridad social y sindicales, surge de la interpretación integral de la norma en conjunto con los párrafos primero, tercero y cuarto del art.80 cit., sujeto a la reglamentación del Dec.146/01 y cuya intimación se formalizara por la C.D. de fs.150 y ley 25.345.

Al examinar los fundamentos del fallo respecto al cumplimiento de las obligaciones previstas en el art.80 L.C.T., es claro que el mismo no desconoce la jurisprudencia del caso “Labra Rojas”, que cita a fs.629vta., cuya aplicación pretende la recurrente en plenitud para rechazar la indemnización acordada. Pero para ello, pretende la apelante restar trascendencia al examen de la documentación respectiva de aportes y contribuciones por parte de la sentenciante, cuando detecta en los Formularios 931, la falta de constancias de pago de los períodos 03/2011 y 04/2011.

En consecuencia la aplicación de la jurisprudencia a todo evento es inadmisible, ya que la consulta

pretendida en cabeza del actor no habría satisfecho la finalidad, pues faltaban las constancias de pago observadas en la sentencia.

Pero por otra parte, no es la sola omisión a considerar, ya que la sentencia asimismo observa la irregularidad de la constancia de pago de los aportes sindicales, descontados en los recibos de pago de los salarios, pero sin acreditación de su pago al ente sindical (2do.párr. de fs.630).

Las alegaciones de la parte demandada apelante sosteniendo un supuesto rigor formal carecen por lo tanto de sustento y todo ello, aún no considerada que la concepción del fallo respecto al certificado de trabajo (punto b. de fs.630), entiende erróneamente, que cumple con la naturaleza de los servicios prestados, en examen escueto, cuando aún dentro de su concepción, debía advertir que no cumplía con las constancias exigidas en el Cap.8: de la formación profesional – Ley 24.576 (B.O.13/11/995). Es que en el certificado debía constar la calificación profesional obtenida en los puestos de trabajo desempeñados, que la sentencia reconoció, hubiera o no el empleado realizado cursos de capacitación.

En todo caso que el certificado cumpla con la mención de la naturaleza de los servicios prestados como lo concibe la sentencia no resiste la sana crítica si solo lo define como Administrativo de 2da. y omite

el reconocimiento formulado por carta documento que cumplía funciones de “asistente de oficina técnica”.

Por otras argumentaciones expuestas en el agravio (quien quiere cumplir y no lo dejan o que no se encontraba obligada a consignar o aplicación de la jurisprudencia que señala a fs.653, 1er.párr.), no pueden sostenerse; que la intimación al dependiente para retirar en el lugar de trabajo las constancias del art.80 L.T.C. lo ponía en mora no opera, si la documental respectiva de pretensa entrega no cumplía los varios recaudos de dicha norma, en las comparadas del derecho civil a la que se acude, no cumplía los arts.725, 740 y concords.C.C. El caso “Manoni” no resulta aplicable, porque en el presente se encuentran controvertidos el monto del salario en orden a la categoría y lo que debía consignarse en las certificaciones. Luego lo señalado por los autores, no hay razones para considerar que el cumplimiento de la obligación dependa de la concurrencia del trabajador a la sede de la empresa a retirar los certificados que correspondan, sino que debe entenderse que en caso que así no ocurra, el empleador debe, previa intimación, consignarlos judicialmente (Conf.Ruprecht “Ley de Contrato de Trabajo” (anotada), pág.360, Ed.Zavalía año 2014).

Por todo lo expuesto se rechaza el recurso de la parte demandada y se tiene presente la reserva del caso federal.

Costas y regulación de honorarios:

El resultado del juicio en la oportunidad de la sentencia de primera instancia y en tanto esta prosperaba parcialmente traía recurrida la distribución de las costas, no obstante que prosperaba por la suma de $ *****que habría justificado evaluar si se ajustaba a la jurisprudencia en materia laboral, donde la distribución debe superar los límites que se imponen en razón del carácter alimentario de las prestaciones. Al revisar los fundamentos de la sentencia respecto a la imposición de las costas, es evidente que no ha aplicado ninguno de los principios laborales de la materia y sigue los principio generales con ajenidad a la materia laboral, que otorga carácter alimentario a las deudas laborales debidas al trabajador y solo cede en la distribución en casos muy extremos, caso resuelto por el Excmo.Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: “Orozco, Walter Gabriel c/Operaciones Especiales Argentinas S.A.”, Expte.N° 12.041-0-1988, Sent.N° 40/88, donde la demanda prospera por una suma ínfima. Es lo que resulta de la jurisprudencia del S.T.J. en los autos: “Hernández, Humberto Aníbal c/Frigorífico Siracusa S.A.”, Expte.N°

14364-H-1993, Sent.35/94, donde se imponían las costas a la parte actora en el 70% y el 30% a la demandada, criterio que revoca el Alto Tribunal y establece que en materia de costas en el proceso laboral, estas deben imponer siempre al vencido aunque la pretensión no prospere en su totalidad. Lo expuesto, sin perjuicio que en dicho caso la actora había consentido un porcentual a su cargo.

En conclusión, es la doctrina legal también sentada por el Alto Tribunal de la Provincia, en los autos caratulados: "Crespo, Miguel Angel c/Empresa Río Colorado S.A.", Expte.Nº 13.309-C-1991, cuando señala que respecto a la solicitud de la demandada de distribuir las costas conforme al rechazo de acciones deducidas, han de imponerse a la vencida por aplicación del principio general contenido en el art.68 CPCCCh., aún cuando la demanda no hubiera prosperado sino en parte. Aún más terminante resulta en el caso: "Vera Troncoso, Victoriana c/Propietarios de Estancia Lago Blanco", Expte.Nº 13.707-V-1992, significando que para establecer la condición de derrotado o vencido, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos y a de estarse a un enfoque global de su resultado, entonces, cualquiera sea el monto en que prospera la demanda, el vencedor es quien obtiene – aunque sea en mínima proporción – el reconocimiento de su derecho, siendo razonable que no queden a su cargo los gastos realizados para lograr la justicia

del caso. Por lo expuesto y en tanto el presente voto conforma un aumento del monto de condena al declarar justificado el despido indirecto del actor, no cabe duda de la aplicación plena de la jurisprudencia citada y por lo que debe revocarse la distribución de las costas, las que se imponen conforme con el art.57 Ley XIV Nº 1 a la parte demandada, en ambas instancias.

Deben readecuarse en consecuencia las regulaciones, con lo que teniendo en consideración la importancia de los trabajos profesionales y su resultado, propongo en la primera instancia los honorarios conjuntos del Dr.H. J. O. y Dra.M. C.M. C., en el 20% y los conjuntos de la Dras. N. L. de Escribano, G. A. B. y C. A. R. y Dr. J.F. L. G, en el 17%, del monto del juicio (arts.5, 6, 8, 9 y concords. Ley XIII Nº 4).

En la Alzada, por las consideraciones precedentes, propongo los honorarios conjuntos de la Dra.M. C. M. C. y del Dr.H. J. O., en el 30% y los conjuntos de la Dra.N. B.L. de Escribano y Dr.J.F. Ll. G., en el 28%, de los que les correspondan en primera instancia.

El monto de condena, resultante de la liquidación a practicar por la secretaría del Tribunal de Primera Instancia en procedimiento de ejecución de sentencia, conforme con preceptuado en el considerando del quinto del agravio de la parte actora.

A la segunda cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios de fs.641/647, interpuestos por la parte actora M. N. R. y rechazar los interpuestos por la parte demandada Surbyte S.R.L., contra la sentencia de fs.623/634, de conformidad con los puntos siguientes. 2) Revocar parcialmente la sentencia aludida del punto anterior, punto 1) de la parte resolutiva de fs.633vta. y ampliar la condena por las diferencias salariales, de conformidad con el considerando del agravio quinto de la parte actora, con los restantes efectos del punto y bajo la liquidación prevista en el considerando respectivo.

3) Costas de la primera y segunda instancia a la parte demandada, proponiendo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes de conformidad al considerando respectivo.

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs.653vta.

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

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance del fallo dictado, los datos de los recursos y el contenido de sendas expresiones de agravios

han sido puntualmente reseñadas por los colegas preopinantes a cuyas consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Conforme resulta de las intervenciones que me preceden se han logrado acuerdos parciales respecto de las cuestiones introducidas a revisión por la parte actora (segundo agravio, vinculado a la extensión de la jornada de trabajo; tercero referido al reclamo por el pago de salarios en forma clandestina y quinto circunscripto al rechazo de las indemnizaciones de los artículos 8,9,10 y 11 de la ley 24013 y artículo 2 de la ley 25323) y un acuerdo total en orden a la de la parte demandada.

En ese contexto, he de expedirme sobre los únicos puntos en los que no se han obtenido la mayoría necesaria, es decir la categoría profesional, la configuración o no de la causal de despido indirecto y la imposición de costas.

*- La categoría laboral.*

La categoría laboral es considerada por la jurisprudencia (junto con la remuneración, la jornada laboral y el lugar de trabajo) como uno de los elementos esenciales del contrato. Es decir aquellos que ambas partes, pero en especial, el trabajador, han tenido en vista al celebrar el contrato y que han sido

determinantes para expresar su consentimiento. En el caso que nos ocupa el actor no ha demostrado la falta de correspondencia entre la categoría reconocida por la empresa y las funciones que efectivamente ha desempeñado durante la relación laboral.

Más aún, es imposible soslayar que las tareas desempeñadas tienen directa vinculación con las diferencias salariales reclamadas por el desempeño de funciones de mayor categoría y en ese marco adquiere relevancia el rechazo del el reclamo por diferencias salariales (punto III. B. 6.b.) por haber sido exteriorizada la pretensión en forma ambigua e imprecisa; extremo que no ha sido impugnado y consecuentemente adquirió firmeza.

Es que las discrepancias sobre la categoría que debe ostentar el trabajador no puede ser un pronunciamiento meramente declarativo o bien tiene incidencia en el certificado de trabajo que es la carta de presentación del trabajador o se proyecta concretamente en el salario a fin de que se lo fije en un todo de acuerdo a la categoría que efectivamente le corresponde. Esta última es la hipótesis que nos ocupa y la contundencia de las pruebas aportadas y analizadas conforme las reglas de la sana critica racional excluye la procedencia de la débil e imprecisa postura de la parte actora.

Por los motivos expuestos propicio el rechazo del agravio.

- *El despido indirecto.*

En primer lugar señalo que los motivos que han dado sustento a la denuncia del contrato de trabajo, tal como lo señala la jueza de grado no han sido acreditados. En efecto, ni la falta de pago de horas extras ni el pago en forma clandestina del salario, no una supuesta diferencia salarial basada en las tareas desempeñadas han tenido acogida favorable, extremos que corroboran la inexistencia de violación de los deberes del empleador o de los derechos del trabajador con una gravedad tal que no permiten continuar la relación laboral.

La conclusión es dirimente en orden la cuestión debatida puesto que el concepto de injuria esta ligado en forma indisoluble al de incumplimiento.

- *Las costas en los procesos laborales.*

La jueza de grado ha impuesto las costas con base en el resultado obtenido y tal criterio ha sido severamente opugnado por el actor recurrente

Invariablemente he sostenido que la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Consecuentemente, he propuesto que las costas sean impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues

aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber pagado aquello procedente.

Por lo tanto el fundamento del hecho objetivo de la derrota, no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere íntegramente y que se hayan reconocido parte de los rubros reclamados (conf. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-B, pág. 112/113, p.532).

> Las razones dadas autorizan la revisión de la imposición de costas teniendo en cuenta además y fundamentalmente la naturaleza laboral del proceso. Es que el carácter instrumental del derecho procesal determina que incluso las disposiciones procesales deben interpretarse conforme el principio protectorio
>
> 1.Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado en atención al resultado obtenido.

Los honorarios de esta instancia se regulan a cada representación letrada en el 25% de los que le correspondan en la instancia de grado; en todos los supuestos con más el impuesto al valora agregado si correspondiera.

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

Adhiero en lo sustancial a la decisión propuesta por el Dr. Alexandre salvo en lo relativo a la imposición de las costas de primera instancia. Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA:**

**1°)** Desestimar los recursos de apelación articularos por las partes y en consecuencia se mantiene firme la sentencia de fojas 623/634. 2°).- Costas de la primera instancia a la demandada vencida conforme los considerandos respectivos. Regular los honorarios conjuntos de los Dres. H. J. O. y M.C. M. C. en el VEINTE POR CIENTO (20%) y los conjuntos de los Dres. N. L. de Escribano, G. A.
B., C. R. y F. Ll. G. en el DIECISIENTE POR CIENTO (17%).

3°).- Costas de la Alzada por su orden. Regular los honorarios conjuntos Dres. H.J. O. y M. C. M. C. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) y los conjuntos de los Dres. N. L. de Escribano y F. L. G. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%).

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**REGISTRADA BAJO EL NRO.  AÑO 2015**

**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"**