------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de noviembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la Sra. Juez de Cámara Subrogante Dra. Mariela González de Vicel, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"F., A. N. c/ F., A. s/ COBRO DE PESOS E INDEMNIZACIONES DE LEY"*** (EXPTE. N°: 108 – AÑO: 2015 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

-----Practicado a fs. 1506 el sorteo establecido por el art. 271 del C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FRÜCHTENICHT - PETRIS – GONZÁLEZ DE VICEL.----------

-----Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 1430/1445? y

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:------

-----1. Arriban los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender las apelaciones concedidas a fs. 1451 y fs. 1453 y articuladas: por el actor con agravios expresados a fs. 1454/1460 y respondidos a fs. 1468/1474; por el demandado, con agravios vertidos en el memorial de fs. 1461/1463 los que fueron contestados por la contraria a fs. 1465/1467 y por la Sra. Perito Calígrafa por estimar bajos los honorarios regulados en su favor.----------

-----Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 1505 y practicado a fs. 1506 el sorteo que prescribe el art. 271 CPCC, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274 del rito, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas serán tratadas en primer orden las deducidas por el demandado y atendiendo la exigüidad del tiempo que tengo para emitir este voto.----------

-----La sentencia hoy puesta en crisis resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda laboral promovida por A. N. F. contra A. F. y en su consecuencia condenó a este último a abonar al actor la suma que indica, en el plazo que

fija, con los intereses que dispone y bajo el apercibimiento que menciona, haciendo lugar a los rubros reclamados que indica en su *Cons*. TERCERO, imponiendo las costas al demandado vencido y regulando los honorarios de los profesionales que participaron en este proceso, por estimar que en el caso el actor tenía derecho a considerarse despedido en razón de la deficiente registración de su categoría laboral y también porque su salario estaba integrado por comisiones abonadas de manera irregular, aplicando respecto de la indemnización por antigüedad el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Vizzotti".----------
---------- ------2. Dispuesto ya a abordar la apelación intentada por el demandado (v. memorial de fs. 1461/1463), éste se agravia sustancialmente por haber sido condenado a abonar una indemnización por despido incausado aplicando la multa dispuesta en el art. 1° de la Ley Nro. 25.323; desconociendo el tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley Nro. 20.744 de Contrato de Trabajo (en adelante: LCT) (v. fs. 885 OBJETO), no habiendo sido declarada la inconstitucionalidad de aquél tope y basando su decisorio sólo en la doctrina del reconocido caso "*Vizzotti*" de nuestra Corte Federal. Así, refiere el control difuso de constitucional al que tradicionalmente adhiere nuestro sistema jurídico –consideraciones a las que me remito en homenaje a la brevedad procesal– para finalmente solicitar se revoque el monto condenado en orden al rubro indemnización por antigüedad art. 245 LCT estableciéndose como tope indemnizatorio la suma de $ 8.774,28.- y en su consecuencia se reduzca así también la multa condenada por imperio de lo dispuesto en el art. 1° de la Ley. 25.323.----------Anticipo que comparto lo sostenido por el apelante y así entiendo que para resolver como lo hizo el magistrado de la inferior instancia e inaplicar el tope indemnizatorio previsto en el art. 245 LCT, necesariamente debía decir de inconstitucionalidad aquél tope. Mas, adhiriendo el suscripto al criterio fijado por nuestra Corte Federal en el precedente "*Vizzotti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/despido*" adelanto que el agravio no puede a mi juicio prosperar en esta sede.----------En efecto, estimo que el resarcimiento del trabajador debe ser equitativo, económicamente justo, y ello importa sostener que la reglamentación legal

del derecho a la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser *razonable*, lo que implica, ser adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razones de iniquidad (v. CSJN, Fallos: 304:972, 978, *"Carrizo Administración General de Puertos*" considerando 5º y su cita). En su función, y atendiendo el precedente "*Vizzotti*", encuentro inconstitucional –y así propondré al Pleno se lo declare - el tope indemnizatorio cuando como en el supuesto de autos la base salarial prevista en el primer párrafo del mencionado art. 245 LCT pueda verse disminuida en más de un 33 % por imperio de su segundo y tercer párrafo.----------

------Y razono así, pues entiendo que el hombre no debe ser objeto de las volatilidades del mercado laboral ni de ningún otro, sino señor de todos ellos, los que sólo encuentran sentido y validez si tributan a la efectiva realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos, mensura y alcances de los derechos humanos que le han sido reconocidos en orden a su dignidad. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Sistema Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. Así mismo, me guía el principio *pro hominis*, en virtud del cual el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional. En efecto, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual, se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de la persona.----------

------En virtud de lo hasta aquí dicho; en función de la inconstitucionalidad que propondré al Pleno; atento haber sido planteada en demanda (v. fs.

19/21vta.) y habiendo sido debidamente sustanciada aquella inconstitucionalidad; atendiendo al dictamen fiscal de fs. 1422 que comparto, y no habiendo impugnado el apelante la base salarial determinada por el judicante, es que las quejas impetradas por el demandado no pueden prosperar en esta sede. Así lo voto.----------

------3.1. Corresponde a esta altura atender las quejas del actor apelante deducidas en su extenso memorial de fs. 1468/1474.----------

------En primer término (v. pto. 1.a. de fs. 1454/1455) se agravia por cuanto el sentencia entendió que existe orfandad probatoria en orden al incidente que refirió en demanda mantenido con el Sr. H. y menciona la prueba testimonial y confesional que acreditaría aquél extremo.----------

-----En ocasión de tratar el punto en la sentencia que se ataca (v. fs. 1433vta./1434vta., el judicante refirió orfandad probatoria pues el incidente que menciona el actor no pudo ser acreditado por ningún medio, mencionando los testimonios de M., B. y D.,C. y la denuncia penal formulada por el actor y luego archivada.----------En su queja, el apelante refiere la confesional del propio accionado (v. fs. 93) donde dice que recibió un llamado del actor comentándole de la golpiza de H.. También el testimonio de R., donde el testigo refiere el supuesto incidente del que habría tomado conocimiento por comentarios del accionado.----------

----------Anticipando que el agravio no podrá prosperar, debo manifestar que las referencias realizadas por el quejoso constituyen testimonios basados en comentarios habidos en la interna de la empresa, mas ninguno de ellos se sustenta en un conocimiento real y acabado de los hechos por haber sido presenciado. En su función, y sosteniendo desde antiguo que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez y a la perspectiva de una sentencia desfavorable. Y tal regla surge de la tradicional adscripción de nuestra ley de rito al sistema dispositivo con más lo dispuesto puntualmente en el art. 381 del CPCC, en nuestro caso, por remisión alojada en el art. 73 de la Ley XIV N° 1 DJP de Procedimiento Laboral. En la inteligencia descripta, las reglas procesales referidas a la carga de la prueba permiten, en caso de no haberse acreditado los debidos extremos invocados en ocasión de trabarse la litis, saber cuál de las partes

será la que deba sufrir las consecuencias de aquella ausencia probatoria (cfr. CNCiv., Sala F; sent. 26.04.79, Rep. LL XLI, J-Z, 2392, Sum. Nro. 11). Y en tal sentido, no advierto actividad probatoria alguna que habilite a la impugnación de lo resuelto. Tampoco encuentro agravio en el actor, pues el reconocimiento o no de aquél incidente en nada hubiese variado lo definitivamente resuelto por el sentenciante, atendiendo a que se ha reconocido otra injuria para declarar los derechos del actor. Así, el agravio debe desestimarse, y así lo voto.----------

----------3.2. En segundo término (v. pto. 1.b. de fs. 1455) impugna la fecha de ingreso determinada por el juzgador. En apoyo de su postura refiere que la invocada por el actor (01.10.2001) no fue negada por el accionado durante el cruce de las primeras comunicaciones cablegráficas.----------Tengo para mí que el art. 55 LCT estableció una presunción a favor de los dichos del trabajador para el caso que el empleador no exhiba la documentación que prescribe el art. 52 de la misma ley. Y es en este supuesto en el que el juez debe presumir como cierto lo que el trabajador o sus derechohabientes han afirmado en el escrito de demanda en relación a los datos que debían constar en aquel libro o documentación respectiva (fecha de ingreso y salario percibido, entre otros). La norma citada no deja la decisión al juez, sino que ha creado la presunción, invirtiendo así la carga de la prueba que prevé el art. 381 CPCC por remisión del art. 73 de la Ley XIV N° 1 DJP antes citada. En este escenario y habiendo sido exhibidos los libros respectivos, la afirmación del actor en relación a una fecha de ingreso anterior debe ser acreditada de manera terminante y contundente, elementos de convicción que no hallo producidos en autos, no siendo suficiente para ello la omisión del accionado en una comunicación telegráfica. Así, el agravio no puede ser a cogido. Así lo voto.----------

-----3.3. En tercer lugar (v. pto. 1.c. de fs. 1455/1457) se queja en tanto el judicante no hizo lugar a las comisiones pretendidas en demanda. Así, funda su impugnación en la circunstancia que corresponde al accionado registrar aquellos pagos y ante su omisión, debe estarse a las declaradas por el actor como percibidas.----------

Conforme la actividad probatoria desplegada por las partes en orden al punto (referidas por el juzgador a fs. 1440 y vta.) entiendo que el actor no logró

acreditar la realización de aquella actividad que hubiese viabilizado su reclamo. En efecto, la perito manifestó la inclusión de aquella suma a pedido del actor y ello fue impugnado por el accionado. Así, la manifestación del perito en orden a los motivos de la inclusión de aquellas comisiones al solo pedido del actor inhabilitan a la procedencia del rubro por ausencia de acreditación y el agravio debe entonces desestimarse. Así lo voto.----------
----------3.4.
Continuando con el memorial que trato, a fs. 1457 y vta. se agravia en orden a la categoría laboral determinada por el judicante, esto es, primer sub categoría, que comprende los conductores de grúa hasta 10 toneladas.-------
El judicante ponderó la cuestión de la categoría laboral del actor a fs. 1435/1436vta. al analizar la existencia de las injurias laborales invocadas por el accionante. No desconoció la categoría laboral del actor sino que no tuvo por acreditada una mayor a la determinada en base a los testimonios de B. (v. fs. 1020/1023); B. (v. fs. 1026/1028); D. C. (v. fs. 1147/1150); R. (v. fs. 1243/1244); P. (v. fs. 1241 y vta.) y H. (v. fs. 1248/1250).----------
----------Así, advierto que la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 268 del rito no aparece cumplida cuando las alegaciones formuladas por la apelante sólo exteriorizan una mera discrepancia subjetiva tendiente a descalificar aspectos que son privativos de la función axiológica del magistrado apoyándose en su propia versión sobre los hechos y de cómo en su opinión debieron apreciarse las pruebas agregadas a este legajo. En su virtud, el agravio no puede prosperar en esta sede, y así lo voto.----------3.5. En quinto término (v. fs. 1457vta./1458) alza su queja por haberse desestimado las diferencias laborales por el período enero a septiembre de 2009 pretendidas en demanda. Rechaza el argumento dado por el *a quo* en el sentido que las cartas documento que menciona no tuvieron efecto suspensivo pues sostiene que dichas misivas cuya autenticidad se acreditó, surge el reclamo de ellas y afirma que previo a reclamarse la diferencia salarial debe lograrse antes la recategorización.----------El agravio tal y como fue deducido no podrá prosperar. En efecto, siendo que las Cartas Documento remitidas por el actor (Nros. CD 11995611 3 y CD 95788574 5) no refieren reclamo por diferencias salariales, no puede reconocérseles efectos

suspensivos de la prescripción. Tampoco para reclamar la diferencia salarial debe lograrse antes la recategorización. Si debe reclamarse primero en función de la actividad que se invoca correspondiente a categoría superior y no surgiendo aquel reclamo de las misivas mencionadas, la inviabilidad del reclamo y del agravio aparece palmaria. Así las cosas, el agravio no puede prospera y así lo voto.----------

------3.6. Se agravia también (v. fs. 1458) por haberse desestimado en sentencia el 25 % de adicional Oficial de Taller ítem 3.1.13. (plus por pluralidad de tareas). En apoyo de su postura impugnaticia refiere la liquidación practicada por el Sindicato de Camioneros acompañada en demanda y la liquidación practicada por la perito.----------

-----La queja deducida aparece inconducente. En efecto, el adicional pretendido no se corresponde con la categoría laboral reconocida al actor acerca de la que ya tuve ocasión de referirme al punto 3.4. de este voto. Comparto con el judicante de la primera instancia que el adicional que se pretende no abarca las tareas que desempeñaba el actor y de las que dan cuenta numerosos testimonios rendidos en autos y que mencioné más arriba: B. (v. fs. 1020/1023); B. (v. fs. 1026/1028); D.C. (v. fs. 1147/1150); R. (v. fs. 1243/1244); P. (v. fs. 1241 y vta.) y H. (v. fs. 1248/1250). En atención a ellos, el agravio no puede

prosperar y así lo voto.----------

------3.7. Se agravia así mismo (v. fs. 1458) por cuanto el judicante nada dijo sobre el adicional por comida ítem 4.1.12. y también el ítem 4.1.13., los que resultan reconocidos según el convenio colectivo que rige la actividad.-------

-----El agravio tal y como aparece deducido al punto 2) d) de fs. 1458 no alcanza los estándares de crítica concreta y razonada que prescribe el art. 268 del rito provincial. En su virtud, debe desestimarse la queja, y así lo voto.----

---------- ------

3.8. En octavo lugar (v. fs. 1458), se queja por cuanto no se hizo lugar al ítem 4.2.5. por permanencia fuera de la residencia. Refiere que el convenio lo aplica a choferes de larga distancia y que tal circunstancia ha quedado acreditada en este proceso.----------En atención a la categoría efectivamente reconocida al actor, el ítem pretendido no puede condenarse y el agravio en su consecuencia no puede prosperar en

esta sede. Así lo voto.----------3.9. Impugna (v. fs. 1458vta.) lo liquidado por el sentenciante en orden al rubro integración mes de despido y la base salarial computada el efecto, refiriendo que corresponde hacerlo no sobre el salario de convenio sino sobre el determinado de $ 22.104,36. Involucra también los reclamos por comisión.-
---

------Anticipo que el agravio no podrá prosperar en esta sede, que las bases de calculo que nos provee la LCT resultan diferentes para la integración del mes de despido (art. 233 segundo párrafo: "*Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido*.") que para la indemnización por antigüedad (art. 245 primer párrafo: "*Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor*." El subrayado me pertenece). En su función y a mi juicio, el agravio deberá desestimarse. Así lo voto.----------
----------3.10. En décimo lugar, alza su queja por no haberse hecho lugar a las vacaciones no gozadas por no haberse indicado los períodos que correspondían a dicha pretensión. Invoca en su apoyo el dictamen pericial.------La queja no podrá ser acogida en esta sede, pues efectivamente, el actor debe individualizar detalladamente al tiempo de inaugurar la instancia y deducir su pretensión, los períodos por los que reclama, indicación que aparece ausente en estos autos. Sucede que el magistrado, para ponderar la legitimidad de un reclamo, debe contar con todos aquellos elementos de convicción y datos concretos del contenido de aquél, circunstancias que necesariamente deben ser provistas en nuestro caso por el actor. Así las cosas, el agravio no puede prosperar y así lo propondré al Pleno.----------

----------3.11. A fs. 149 se agravia por haberse desestimado las horas extras pretendidas. Refiere su acreditación con los testimonios que menciona.----------Tengo para mí que para decretar la procedencia de horas extras, la acreditación de su efectiva realización debe analizarse con un criterio restrictivo y acreditación insoslayable, extremos que no encuentro cumplidos en los presentes autos. Tal estrictez aparece con mayor fuerza cuando el reclamo sobreviene a la disolución del vínculo laboral. En su función, el agravio no puede prosperar y así lo propondré al Acuerdo. Así lo voto.----------

------3.12. Por último (v. fs. 1459 y vta.), se agravia en tanto el sentenciante no resolvió el incidente de tacha de testigo iniciado por el demandado y que diera origen al trámite que menciona.----------

-----La queja deberá ser rechazada, pues a fs. 1444 *Cons*. SEXTO el judicante se ha manifestado den orden al incidente cuya resolución reclama el quejoso. Así, encuentro cumplidos los extremos exigidos al magistrado en el art. 34 de la Ley XIV N° 1 DJP, en tanto y en cuanto el testimonio oportunamente cuestionado no se erige en fundamento de ninguna de las partes de la sentencia apelada. Así lo voto.----------

Corresponde a esta altura atender la queja impetrada por la Sra. Perito Calígrafa a fs. 1452, articulada por estimar bajos los honorarios regulados en su favor. Analizada su queja a la luz de lo dispuesto en el art. 60 de la Ley del Arancel, los honorarios regulados aparecen ajustados a derecho y deben confirmarse en esta sede. Así lo voto.----------

-----Resta sólo referir las costas de esta instancia. Tal y como propondré al Pleno se resuelva la apelación que trato, atendiendo la resolución que propongo, estimo que las costas de esta Alzada deben imponerse en el orden causado (art. 71 CPCC). Así lo voto también.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

----Llegan estos autos a conocimiento del Tribunal con motivo de las apelaciones que de manera detallada refiriera el colega que me precede en orden a la votación, por lo que desinsaculado a votar en segundo término, conforme surge del decreto judicial de fs. 1506, bajo las previsiones de los arts. 168 y 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut procedo en este acto a emitir mi voto.----------

-----Siguiendo el mismo orden que llevara a cabo el vocal anterior, se queja el demandado A. F. a través de la pieza que obra a fs. 1461/1463 porque la sentencia condenó al empleador a abonar una indemnización por despido sin causa y la multa del art. 1° de la Ley 25.323 sobre la base indemnizatoria determinada por el juzgador sin advertir los topes del art. 245 de la LCT y sin haber sido declarada la inconstitucionalidad de dicho tope, utilizando el Juez "a quo" directamente la doctrina de Vizzotti, por lo que no constituye una razonada derivación del derecho vigente y sobre tal base declararse procedente la apelación y modificarse el pago de la indemnización tenidos en cuenta el tope de $8.774,28 y la multa del art. 1° de la Ley 25.323.----------
----------La sentencia puesta en crisis al tratar el tema de la indemnización por antigüedad del art. 245 de la LCT dijo entre otros aspectos que debían tenerse presente las pautas fijadas por la Corte Nacional en el fallo "Vizzotti, Carlos A c/ AMSA S.A." y declararse inconstitucional el tope referido en el art. 245 de la LCT (ver fs. 1441 vta. apartado tercero) y sobre la base jurídica también dijo que al haberse acreditado en la causa la habitualidad del pago de las comisiones las mismas integran la remuneración como base de cálculo de la indemnización por antigüedad (fs. 1441 vta. apartado segundo). Más, luego que ya fijada las bases de $14.809,92 y los montos indemnizatorios de condena de los arts. 245 de la LCT y 1° de la Ley 25.323, no puso en el fallo de manera expresa la declaración de inconstitucionalidad del referido tope previsto en el art. 245 mencionado (ver fs. 1444 vta.), y que había sido objeto de la pretensión a fs. 19 vta./20 vta. punto V por el actor.-------En los considerandos de una sentencia como parte integrante de la misma el Juez reflexiona con atención y cuidado sobre una cuestión planteada a juzgamiento para formar su opinión razonada y argumentada sobre el asunto.----------
----------Los considerandos abarcan diversos campos conceptuales, tales como la reflexión selectiva y por separado de los elementos de los resultandos; la fijación de los hechos a través de la prueba, la subsunción jurídica de los hechos fijados en la norma o normas jurídicas adecuadas. Todo ello importa una interacción de las cuestiones de hecho con las de derecho.----------El juez apelado lo hizo y así fijó a través de los cálculos pertinentes los montos que debían establecerse en concepto de

indemnización por despido sin causa (art. 245 de la LCT) y multa del art. 1° de la Ley 25.323 por lo que correspondía declarar en esa parte de la sentencia la inconstitucionalidad del tope tarifario del art. 245 de la LCT (fs. 1441 y 1442 y fs. 1443 punto g).-------La decisión expuesta en el fallo o resuelvo necesariamente va encadenada con la parte argumentativa de la sentencia, que conforme lo llevo dicho está expuesta en los considerandos referidos. Es que la sentencia es una unidad lógica que debe ser apreciada en su integridad.----------Siendo ello así y si bien pudo ser suplido este error a través de la aclaratoria oficiosa o a pedido de parte, no hecha, se soluciona ahora por vía de la apelación. Debe pues declararse de conformidad con lo expuesto en los considerando de la sentencia la inconstitucionalidad de los topes referidos en el art. 245 de la LCT siendo ese el único fundamento del recurrente para intentar modificar los montos de condena de las indemnizaciones por despido (art. 245 de la LCT) y multa del art. 1° de la Ley 25.323, que ganaron firmeza ante la ausencia de impugnación específica no bastando cuando media un agravio que implique una nuevo cálculo del monto de condena la disconformidad con el método empleado, sino deben efectuarse los cálculos que culminen en suma distinta.----------Con los alcances indicados se rechaza la queja. Así lo VOTO.----------Dando ahora respuesta a las críticas de la parte actora se agravia mediante la pieza de fs. 1454/1460 en primer lugar porque el sentenciante de grado que tuvo por acreditada la causal de injuria de los golpes que afirma haber recibido el actor por otro empleado del demandado, el Sr. H., y su real fecha de ingreso a laborar a las órdenes de la patronal. Ya se le explicó al trabajador, en la sentencia puesta en crisis, que cuando se indican varias causales de despido, basta que se encuentre acreditada una de ellas para la procedencia del distracto y la viabilidad de las indemnizaciones de despido que prevé el art. 245 de la LCT. Así el Juez "a quo" argumentó a fs. 1433 vta. apartado quinto, por lo que habiendo el juez laboral tenido por acreditado en la causa que al actor le correspondía otra categoría laboral distinta a la registrada, constituyendo ello -mal encuadramiento profesional- injuria suficiente para dar sustento al despido indirecto con justa causa y así disponerlo, no hay agravio actual alguno que reparar en este aspecto.----------Respecto a la real fecha de ingreso sirven

también estos argumentos para rechazar la queja, a lo que se agrega que no se hace cargo tampoco el actor del argumento sentencial en el sentido que a la hora de demandar sostuvo que la real fecha de ingreso fue finales de marzo de 2002 y en la carta documento 119936113 afirmó que la fecha de ingreso lo fue 1° de octubre de 2001 (fs. 1434 vta. apartado cuarto).----------

----------Esas contradicciones resaltadas no fueron ni siquiera aclaradas, por el contrario se insiste en la Alzada con la de la carta documento, cuando en la demanda pidió otra cosa. Resta seriedad al planteo y no cabe por ende sino que estar a la solución que consagra el art. 55 de la LCT.----------

----------Expresar agravios consiste precisamente en demostrar el desacierto sentencial que se recurre y los motivos que se tienen para considerarle errónea que en el particular nunca logró.----------

----------La expresión de agravios, como acto procesal que es, no alcanza con el *"quantum discursivo"*, sino que la *"qualitae"* hace a la esencia de la crítica razonada, por lo tanto, no basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a sí mismo. En consecuencia, tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto al llegado por el *"a quo"*, si bien constituyen características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende.----------

----------Discutir el criterio de valoración judicial, o pretender introducir lo que no dice la sentencia o debiera haber dicho, sin apoyar o dar base a un enfoque distinto, no es expresar agravios.----------

----

------La queja se rechaza. Así lo VOTO.----------

-----El tercer agravio se refiere al rechazo del reclamo que por comisiones impagas efectuara el actor. Para así decidir dijo el juez de la causa que la actora para acreditar la viabilidad del pedido intentó arrimar los formularios 731 de AFIP y la pericia contable para que determine la facturación mensual de los meses de noviembre/diciembre 2010 y enero a abril de 2011, concluyendo el experto contable que al no haber sido acompañados los formularios 731 declaraciones juradas de IVA no se podía calcular lo requerido en el punto 6 esto es determinar la facturación mensual de los

meses de noviembre y diciembre de 2010 y enero, febrero, marzo y abril de 2011 (100% percibido por el demandado) -fs. 1109- concluyendo el Juez "a quo" que no podía tenerse por acreditado ni la realización de las obras alegadas por el actor ni que el demandado hubiera percibido los montos que detallara por cada una de ellas, resultando insuficientes los informes de fs. 651 y 993 (ampliación red de agua potable en Lago Rosario I etapa, terraplén defensa sobre Rio Azul-Tramo 100 metros aguas arriba de la confluencia con el Rio Motoco-Lago Puelo, ampliación red de agua potable en Lago Rosario II etapa, ampliación Escuela N°: ***, ampliación y refacción Escuela N°: ***, encausamiento y sistematización del arroyo pedregoso norte.----------

----------Pasando por alto tales razonamientos lógicos y jurídicos, se insiste en la Alzada en el pedimento primigenio contenido en la demanda sin hacerse cargo del argumento sentencial (fs. 1456), que de ninguna manera significa expresar agravios bajo la técnica recursiva (doctrina art. 268 del C.P.C. y C.), por lo que ante la ausencia de la prueba cuya carga le incumbía (art. 381 del C.P.C. y C.), no cabe otra solución que la desestimación de la crítica. Así lo VOTO.----------

----------El cuarto agravio lo centra en la categoría en la cual se lo ha incluido al actor, esto es Primer Sub categoría que se aplica a conductores de grúa de hasta 10 toneladas y autoelevadores, que el Juez "a quo" desconoció que A. F. fue encargado de la empresa, reconocido por el propio demandado.----------

----------El juez apelado analizó de manera detallada la prueba testimonial de B., B., M., D. C. y R., quienes dejaron en claro que las órdenes las daba directamente A. F., quien era el que organizaba las tareas a desarrollarse en cada obra, en tanto que R. y M. quienes no laboraron en la empresa refirieron que A. F. actuaba como encargado (fs. 1436).----------

----------Luego analizó las categorías del CCT 40/89 y concluyó que la correspondiente era la de conductor de grúas móviles, autogrúas, o grúas montadas sobre chasis de camión y tractores cargados y/o palas cargadoras y similares (puntos 3.1.5 y 6.1.1 CCT 40/89 ver fs. 1436 vta.) no pasándole por alto al magistrado de la instancia originaria que al remitir la CD de fecha 9 de marzo de 2011 alegó el actor que era capataz general según CCT 151/75 y luego en la demanda cambió de convenio y de categoría (ver fs.

21 vta. punto VII).----------
--------Ahora en la Alzada pide se le reconozca la categoría de capataz o la de conductor de grúas de más de 20 y hasta 35 toneladas y practicarse nueva liquidación (fs. 1457 vta. apartado cuarto). Esa ambigüedad resta seriedad al planteo.----------
-
---Para que sea eficaz el memorial es necesario en orden a los razonamientos, la total ausencia de repeticiones. Si bien a veces es necesario repetir la concatenación de los hechos, ello no significa repetir argumentos que mal o bien ya han sido juzgados, ya que lo que está en tela de juicio es el razonamiento del juez.----------
------El apelante no logra demostrar el error sentencial, es más ni siquiera sale de la confusión de categorías que ella generó.----------
-----La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Deben así precisarse punto por punto las omisiones, los errores y las demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, no recurriendo a las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación.--
----------El
agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------Se queja también porque se hayan desestimado las diferencias salariales por el período enero a septiembre del año 2009 en razón de haberse acreditado la autenticidad de las cartas documentos que según el Juez “a quo” no tuvieron efectos suspensivos porque no se reclamó al respecto, sosteniendo la quejosa que la intimación lo fue primero para que el accionado registrara en debida forma la relación laboral para luego reclamar las diferencias salariales en la demanda impetrada, debiendo por ende revocarse la prescripción deducida y las costas impuestas (fs. 1458).--------No se hace cargo una vez más la apelante del razonamiento que el Juez “a quo” hiciera acerca de la prescripción, y este es que el reclamo por el tiempo no prescripto fue contradictorio en la liquidación de fs. 133 y a las propias manifestaciones de

la demanda donde las limitó de marzo de 2009 a febrero de 2011 (fs. 1439). Pasa por alto el razonamiento sentencial e introduce ahora otra circunstancia que no sometió a juzgamiento originario cual es la imposibilidad de reclamar la diferencia sino se obtiene antes la recategorización (doctrina art. 280 del C.P.C. y C.).----------Amén de que ello no es así, en virtud que ningún obstáculo le impedía materializar el reclamo sobre la base de lo liquidado por el trabajador según la categoría denunciada.----------El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------Se queja a fs. 1458 por el rechazo del adicional 25% oficial de taller ítem 3.1.13 y del 10% del ítem 3.1.4, manifestando que son derechos adquiridos sin importar las categorías.----------Más allá que ni siquiera especifica a qué convenio se refiere, cuando en una carta documento conforme lo refiere el Juez "a quo" pidió por uno y en la demanda por otro totalmente distinto, no demuestra cuál es el error del Juez de origen que pretende rectificar, dado que justamente el sentenciante precisó que no le correspondía el adicional del 25% porque las tareas del actor no lo eran en servicios de taller y el 10% por corresponder a conductores de camiones y camionetas de auxilio (fs. 1440), que no era el desempeño del actor.----------El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------Se agravia también porque dice que la sentencia objeto de apelación nada ha dicho sobre el adicional por comida ítem 4.1.12 y viático especial los que según el Convenio Colectivo de Trabajo 40/89 son reconocidos a todos los trabajadores comprendidos, así como el ítem 4.2.5 permanencia fuera de la residencia. Del libelo de demanda surge que el actor no los pidió (fs. 21 vta. punto VII) y tampoco lo hizo, al menos no lo precisó en la liquidación de diferencia salarial de fs. 133 en adelante, siendo carga del trabajador.----------Ya he tenido oportunidad de sostener como Juez laboral y en esta Alzada como Juez de Cámara que en los reclamos por diferencias salariales se requieren como punto de partida y de modo indispensable pautas mínimas suficientes para que el sentenciante pueda pronunciarse sobre la validez de la petición. Debe indicarse el monto, cómo se obtiene, desde cuándo y por qué, llevándose a cabo una verdadera liquidación u operación de cálculo. Esta es una exigencia insoslayable aún

cuando el trabajador no esté inscripto en los libros y registraciones laborales del empleador o aquél carezca de los mismos, o no los exhiba, ya que la presunción *"iuris tantum"* a favor de sus afirmaciones como la inversión del *"onus probandi"* sobre el monto y cobro de las remuneraciones no operan cuando como en el particular dichos monto son objeto de reclamo global (conf.: SCBA, agosto 13-991, TySS, 1992-406). SD N° 49/14 CANO.----------
----------El art. 280 del C.P.C. y C. dice "El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primara instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera

instancia".----------
------El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------
-----Se agravia a fs. 1458 vta. punto 3 porque la integración del mes de despido fue calculada sobre la base del salario del convenio de $2.668,36 cuando una simple cuestión de sentido común aconsejaba haberlo hecho como se lo hizo para el preaviso, esto es $22.104,36.----------
-----Una vez más no se hace cargo del razonamiento del juez de grado para fallar de esta manera, cual es que no se acreditó en la causa que en el mes de marzo de 2011 el actor tuviera comisiones que percibir, razón por la cual calculó el mes de integración de despido sobre la base del salario del convenio (fs. 1443). Situación distinta a la del preaviso.----------El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------Se queja porque no se hiciera lugar a las vacaciones no gozadas por no haberse indicado los períodos que corresponden a dichos reclamos (fs. 1458 vta. punto 4). Enuncia el agravio sin decir nada más, en dónde se equivocó el Juez, dónde radica el error. Nada dijo.----------
---Conforme lo llevo dicho la expresión de agravios no es la reedición de cuestiones ya falladas.----------
-----El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------
----A fs. 1459 punto 5 se agravia porque se desestimaron las horas extras por no haber sido liquidadas en forma debida, incorporadas en modo

general y no acreditadas.----------
-----Tengo dicho que las horas extras, por su naturaleza excepcional, deben

ser probadas por quien las invoca de un modo eficaz y concluyente, tanto a lo que hace a su efectiva realización como a su número. Asimismo, para tener derecho al cobro de las horas extras, no basta cumplir un horario mayor que el legal. Es necesario que el trabajo sea extraordinario y no esté comprendido en la remuneración pactada, porque, de otro modo, cabe admitir que el negocio individual se realizó en base al acuerdo sobre la mayor prestación horaria y la contraprestación dineraria adecuada (conf.: T y SS, 1993-164, DT. 1994-A-727). Asimismo el trabajo realizado fuera de la jornada convenida por las partes sin exceder el máximo legal debe pagarse sin el recargo previsto por el art. 201 de la LCT.----------

Por otra parte para tener derecho al cobro de horas extras no basta cumplir un horario mayor que el legal. Es necesario que el trabajo sea extraordinario y no esté comprendido en la remuneración pactada porque, de otro modo, cabe admitir que el negocio individual se realizó en base al acuerdo sobre la mayor prestación horaria y la contraprestación dineraria adecuada. La prueba del desempeño en horas extras a cargo del trabajador, debe ser terminante y asertivo en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo, resultando insuficientes las presunciones.----------La referencia genérica que efectúa y los diversos testimonios rendidos en autos, no permite tener acreditada la cantidad de horas extras que ahora en la Alzada se liquidan al actor.----------

El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------

El último agravio se refiere a que el sentenciante no haya resuelto el incidente de tacha del testigo iniciado por el demandado en los autos caratulados “F., A. N. c/ F., A. s/ Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley s/ Incidente de Tacha de Testigo” (Expte. N°: 316 – Año: 2012), reconociendo la propia recurrente que el Juzgador no fundó la sentencia en el testimonio de Sr. R. G. R. (fs. 1459 y vta. punto 6), pero fue citado en el Considerando Primero de la resolución, párrafo 32, cuando hizo referencia a su declaración y a la del testigo G. M..----------El Juez de grado en el considerando sexto a fs. 1444 argumentó que las conclusiones arribadas en la sentencia de mérito no se fundaron en la declaración testimonial del Sr. R. G. R. por lo que resultaba innecesario analizar el incidente de tacha de

testigo.----------El art. 34 de la Ley XIV N°: 1 edicta que: “Las partes podrán tachar a los testigos por motivos fundados en inhabilidad, en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, y el Juez al dictar sentencia, apreciará el valor de las mismas. La prueba de las tachas deberá producirse dentro de los tres (3) días de deducidas”. Lo que pretende la recurrente es improcedente, sin perjuicio de solicitar en la instancia originaria, de corresponder, algún remanente causídico de los que alega en la Alzada pero que juega el valladar del art. 280 del C.P.C. y C.----------
----------La referencia que hiciera el sentenciante no fue dirimente para la solución de este caso. Ya se le explicó el tema en las diversas causales cuando se invocan varias y el despido procedió por una o alguna de ellas.---------El agravio se rechaza. Así lo VOTO.----------
----------Por último analizada la queja de la Sra. Perito Calígrafo M. R. B. (fs. 1452) quien estima bajos los honorarios regulados a su favor. Al respecto diré que conforme lo establecido en el art. 60 de la Ley XIII N°: 4, los honorarios regulados aparecen ajustado a derecho y deben confirmarse en esta Alzada. Así lo VOTO.----------
--Costas de la Alzada por su orden, atento el resultado de las apelaciones analizadas, por lo que cada recurrente deberá solventar las suyas propias (artículo 71 del C.P.C. y C.). Así lo VOTO TAMBIÉN.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:------

----En consonancia con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada *declarando la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley Nro. 20.744 de Contrato de Trabajo texto según Ley Nro. 25.877*; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada en el orden causado (art. 71 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. C. A. M. L. en el 5,25% y los del Dr. M. I. M. en el 4,25 %, con más el IVA pertinente, de corresponder y del monto del proceso que se determine, por sus trabajos cumplidos en esta Alzada (arts. 5, 8, 13, y cctes de la Ley XIII Nº 4 DJP del Arancel), debiendo tenerse presente en su caso los mínimos dispuestos por el art. 7 de la ley citada.----------
----

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo:----------

------En consonancia con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada declarando la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley Nro. 20.744 de Contrato de Trabajo texto según Ley Nro. 25.877; **II.- IMPONER** las costas de la Alzada por su orden, atento el resultado de las apelaciones analizadas, por lo que cada recurrente deberá solventar las suyas propias (artículo 71 del C.P.C. y C.); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. C. A. M. L. en el 5,25% y los del Dr. M. I. M. en el 4,25 %, con más el IVA pertinente, de corresponder y del monto del proceso que se determine, por sus trabajos cumplidos en esta Alzada (art. 13 de la Ley XIII Nº 4 DJP), debiendo tenerse presente en su caso los mínimos dispuestos por el art. 7 de la ley citada.----------
----------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------
----

----------S E N T E N C I A----------

-----**Y VISTO**: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------
------I.- CONFIRMAR la sentencia apelada *declarando la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley Nro. 20.744 de Contrato de Trabajo texto según Ley Nro. 25.877.*-------
-----II.- IMPONER las costas de esta Alzada en el orden causado (art. 71 C.P.C. y C.).----------
-----III.- REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. C. A. M. L. en el 5,25% y los del Dr. M. I. M. en el 4,25 %, con más el IVA pertinente, de corresponder y del monto del proceso que se determine, por sus trabajos cumplidos en esta Alzada (arts. 5, 8, 13, y cctes de la Ley XIII Nº 4 DJP del Arancel), debiendo tenerse presente en su caso los mínimos dispuestos por el art. 7 de la ley citada.----------**IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso la Dra. Mariela González de Vicel, Juez de Cámara Subrogante, la facultad que le

asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.---
---

CLAUDIO A. PETRIS **JORGE L. FRÜCHTENICHT**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2015. CONSTE.