En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil dieciséis, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., S. D. c/ D. A. SRL s/ DEMANDA LABORAL (Indem. y cert. de servicios)", expte. nro. 258/16**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 3973/16), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 616), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 554/567? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro. 68/2015 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción emitida por la Sra. jueza de refuerzo dispuso: Hacer lugar parcialmente a la demanda condenando a D. A. S.R.L. a abonar en el plazo de DIEZ (10) días de quedar firme la presente al Sr. S. D. R., la suma de PESOS TRECE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES CON SESENTA CENTAVOS ($13.753,60), la que se incrementará, con los intereses dispuestos.

Condenó a la demandada a entregar al actor, en el plazo de DIEZ (10) días de quedar firme la presente, la constancia documentada de aportes y contribuciones del trabajador y el certificado de trabajo previsto en el art. 80 LCT. Impuso las costas a la parte demandada vencida por el principio genérico de la derrota -art. 69 del CPCCh -antes art. 68 CPCCh-. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 554/567). Contra la misma se alzaron las partes a fs. 571 y fs. 572.

En el memorial de agravios de la demandada de fs. 577/586vta., la primera queja la constituye la condena al pago de horas extras por el periodo de vigencia de la relación laboral, transcribe parcialmente la parte pertinente de la sentencia sosteniendo que sin pruebas condena a pagar por el periodo 2001 a 2004 que no se trabajó, no surge de las testimoniales y el propio actor no las pidió, no reclamó por toda la relación laboral. Agrega que incluyó la condena por periodos prescriptos; solo puede reclamar a partir del 2004, el vínculo concluyó en 2006.

Segundo agravio: la condena al pago de daños y perjuicios derivados del reclamo de disposición nro. 4701/91, no fueron pedidos, lo aplica de oficio aun entendiendo que el accionante no está legitimado, sino la Federación.

Por último se queja por la condena en costas; analiza el reclamo inicial, los rubros, montos reclamados y los que tuvieron acogida favorable.

A fs. 588/590 se agregó el memorial de agravios de la parte actora. Se queja porque la jueza *a quo* justificó el despido diciendo que utilizó una errada hermenéutica;

transcribe lo pertinente de la sentencia, que las sanciones anteriores son menores, que no se relacionan con las argumentaciones que vertiera la demandada para despedir a R. Cita el art. 242 LCT.

Al contestar el traslado del memorial de la actora, la parte demandada peticiona se declare desierto el recurso, dice que las declaraciones de Z. y A. son contundentes agregando que el juez no fundó la decisión en las anteriores sanciones disciplinarias contrariamente a lo que sostiene en el memorial.

Análisis:

1. Iniciaré el presente voto por el memorial de la parte actora, reiterando la postura que he sostenido permanentemente en mis decisiones, que la apreciación es exclusiva del juez de la causa, y del tribunal de apelación, quien asume plena jurisdicción para valorar la prueba con la amplitud que lo hiciera el primero, y solo es posible su revisión en esta instancia cuando lo que se denuncia involucra posibles transgresiones a reglas legales que rigen la prueba, así como las que gobiernan la lógica, cuya comprobación podría desarticular la validez del razonamiento impugnado. Ahora bien, considero que los agravios expresados acerca de la prueba testifical rendida en autos, por el apelante no son más que una afirmación subjetiva que no permite advertir que se haya violado el proceso formativo de la prueba de testigos.

De cualquier manera, atendidas las declaraciones producidas, debe inferirse que la sentencia ha tenido bien en cuenta los aspectos esenciales del contenido de la prueba testifical, ya que lo expuesto no excede los límites del objeto de la prueba y resulta verosímil el

hecho y la forma en que los deponentes dijeron que y como llegó a su conocimiento.

A mi modo de ver, la actitud asumida por la actora resultó injuriante (*cf*. art. 242 de la L.C.T.). Y lo afirmo por cuanto soy de opinión que la evaluación de la injuria –tarea reservada a los jueces teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad- debe realizarse, al igual que la culpa en el derecho civil, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, lugar y persona a la vez que "el hecho", para constituir una justa causa del despido, debe revestir una gravedad de tal magnitud que pueda desplazar el principio de conservación del empleo a que hace referencia el art. 10 de la LCT.

En este orden de ideas, recordando el criterio que he sostenido en numerosas oportunidades concordando con copiosa doctrina y jurisprudencia, que la valoración de la injuria laboral justificadora del despido debe ser hecha prudencialmente por los jueces teniendo en consideración el carácter de las relaciones, las modalidades y circunstancias personales derivadas del contrato de trabajo en cada caso, lo que los doctrinarios denominan pautas que involucran tener a un despido por justa causa que deben merituarse en cada caso en particular ligados a la contemporaneidad, proporcionalidad y causalidad (*cf*. Meilij, "Contrato de Trabajo", T.II, pág. 462).

Las declaraciones de Z. y A.son testimonios que confrontados con los restantes denotaron mayor claridad en el relato en cuanto al estado de aseo personal del actor y la forma en que concurría a su trabajo no solo aportaron convicción a sus dichos en la instancia de

grado, sino que en esta etapa de revisión no se plantean como deficientes y el recurrente nada dice sobre un yerro en la apreciación. Los mismos dieron cuenta de un comportamiento de falta de colaboración y poco diligente del actor con respecto a su trabajo.

El memorial no logra convencer de la arbitrariedad o el absurdo de la labor axiológica desarrollada por la jueza de grado al apreciar la prueba y el mérito de los elementos de juicio allegados al proceso, "máxime si el juzgador puede preferir uno sobre otros descartando aquellos que no son conducentes pues hace a sus facultades privativas de apreciación" (Augusto Mario Morello, "Prueba, incongruencia, defensa en juicio", Abeledo Perrot, pág. 131, Ed. 1977)". A todo lo dicho agrego, el lugar en que desarrollaba el actor el débito laboral de venta de comestibles, lácteos, que deben reunir normas de salubridad (fs. 107vta. y testimoniales señaladas), circunstancia esta que omitió en el relato de los hechos al interponer la demanda y que fuera considerada al dictar la sentencia para dimensionar la injuria con los parámetros detallados párrafos precedentes.

Por último, el recurrente señala que los antecedentes disciplinarios fueron muy anteriores, considero que la injuria invocada se detalló temporalmente y que las anteriores faltas fueron indicativas de la conducta del dependiente.

Por lo expuesto rechazo los agravios y confirmo la sentencia en el punto.

2. El primer agravio de la demandada lo constituye la condena al pago de horas extras por el periodo 2001 a 2004 los argumentos articulados se asientan en dos

puntos: en que estaban prescriptos los periodos condenados y que no fueron reclamados por el actor en su demanda.

En el ítem primero, existen dos premisas procesales que obvia el apelante, la primera, que la defensa de prescripción debe ser opuesta en la primera oportunidad, de la lectura de la contestación de la demanda a fs. 102/111 y del acta de conciliación de fs. 112 no planteó dicha defensa resultando extemporáneo en esta segunda instancia. Es inadmisible la pretensión que se declare de oficio toda vez que es un instituto cuya aplicación depende exclusivamente de la advertencia que efectúe el demandado; "no opuesta la prescripción por la demandada no es dable a los jueces aplicarla de oficio" (SCJBA 2-3-2011, Jurisprudencia de Derecho laboral RC J 5370/2011).

El segundo impedimento procedimental al tratamiento lo constituye el hecho de que uno de los límites impuestos por el ordenamiento ritual al tribunal de alzada es el relativo a que las cuestiones que no fueron propuestas al juez *a quo* no pueden serlo en segunda instancia, con excepción de los hechos nuevos y documentos de acuerdo con los arts. 260, 277 y concs. del Cód. Proc. (CNCiv.. sala L, 6-3-2002, L. D. 200-353).

Algo similar ocurre en el Derecho español: Cortez Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena señalan que cuando se habla de doble instancia se está haciendo referencia a un sistema procesal organizado de tal modo que la cuestión es susceptible de dos exámenes sucesivos, de una doble decisión sobre el tema de fondo, sobre el objeto del proceso y del debate planteado, por

parte de dos órganos judiciales distintos, de modo que la decisión de segunda instancia prevalece en definitiva sobre la primera; se trata de un sistema de apelación limitada en que el tribunal superior debe basar su examen en los mismos materiales de que dispuso el juez inferior, sin que las partes puedan introducir nuevos hechos y pruebas más que por excepciones legalmente tasadas; el recurso, entonces, da lugar simplemente a una revisión de la primera instancia, no siendo su finalidad sustanciar un nuevo proceso, un segundo o nuevo juicio, sino controlar la legalidad de la primera sentencia, atendidos los materiales con los que contó el juez, como una continuación del primer juicio (CORTEZ DOMÍNGUEZ, G1MENO SFNDRA y MORENO CATENA, "Derecho Procesal Civil Parte General", cit., ps. 383/385).

En tanto la jurisdicción de la alzada está circunscripta en la medida del recurso, solo está habilitada para entender en la materia correspondiente siempre que hubiere sido propuesta a la decisión del juez de primera instancia. Esta derivación del principio dispositivo que prohíbe a los jueces pronunciarse sobre puntos que no hubieren sido objeto de la controversia, encuentra expresa consagración en la norma del art. 277 del Cód. Proc. (CNCiv., sala A, 29-3-89, L. L. I989-D-537).

Resulta inadmisible la introducción por vía del recurso de apelación, de pretensiones o defensas ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente (CNCiv.. sala F, 8-7-88, L.L. 1989-C-379; sala A, 12-6-96, L.L. I996-E-653, 39.027-S; sala E, 11-9-92, L.L. I993-D-47; C.N.Fed.C.Adm., sala IV, 7-12-90, L. L. 1991-C-133 y D. J. 1991-2-259).

Por ultimo señalo que puedo definir el principio de congruencia como un "principio normativo que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente por los litigantes y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico..." ("Lecciones de Derecho Procesal", Edit. Perrot, 1962, pág. 83) y tiene por fin impedir excesos del juez preservando su imparcialidad para que sea "...por inadvertencia y en olvido o desprecio de su función: *extra petita* (fuera de lo pedido y controvertido); *ultra petita* (por más de lo pedido o contradicho); *infra petita* (por menos de lo pedido y resistido) y *citra petita* (por omisión de satisfacer lo pedido y controvertido) (…)".

Dando respuesta a la queja afirmo que no cuenta con respaldo fáctico el planteo de que las horas extras no fueron reclamadas desde el inicio de la lectura de la demanda a fs. 73vta.; surge con claridad que desde el inicio del la relación laboral acusó las deficiencias del pago, constituida por las horas extras. La sentencia congruente, carece del vicio atribuido por el recurrente.

Por estos argumentos rechazo el agravio de la demandada.

El segundo agravio lo constituye la condena al pago del Sistema de Retiro Complementario que expresamente fuera peticionada por el accionante al incoar demanda (fs. 73vta. y fs. 75).

Desde hace más de diez años he mantenido el criterio respecto del porcentaje y legitimación del actor a reclamar los fondos del retiro, y en tal sentido tuve

oportunidad de expedirme con anterioridad y no encuentro argumento para apartarme de lo que sostuve en minoría en aquellas ocasiones, que se hace aplicable al caso (se trata de las sentencias definitivas nro. 13/2005 y 34/2007 de esta Sala B en autos: "F. W. c/ S. y S. H. c/ M. T.", entre otras obrantes en los registros del tribunal).

En este punto he de efectuar una aclaración preliminar, la CNTrab. en autos Sala III expte. 10603/00 Sent. 84060 del 27/9/02, "Allonca, Elisa c/ Tonatiuch S.A. s/ inc. CCT" (DJ2003-2-) y su antecedente "Federación Argentina de Empleados de Comercio c/ Rabello y Cía.", sent. 83109 del 27/12/2001 (DT 198-148), ha dejado establecido que no existe colisión entre la norma 24241 y cualquier diseño de compensación de ingresos previsionales porque, más allá de la subsistencia parcial de los regímenes de reparto, nada obsta a que un grupo de trabajadores constituya un sistema para suplir desajustes entre los ingresos en actividad y pasividad, ya sea originarios en una opción de capitalización inicial o de un sistema subsistente de seguridad social típico, y no sería ilegítima en principio la búsqueda de paliativos complementarios para conjurar una situación de desequilibrio que como la experiencia indica ha sido muy habitual. A ello agrego que el acuerdo en cuestión homologado por DNRT 4701/91 y 5883/91 fue integrado al convenio colectivo de la actividad, encontrando por ultractividad legal su vigencia hasta una derogación expresa, lo que no ha ocurrido.

Respecto de la legitimidad activa, dividida está la jurisprudencia en el punto, no obstante he de seguir

los lineamientos conceptuales que comparto, que a mayor precisión transcribo: "El sistema de retiro complementario establecido convencionalmente mediante acta del 21-6-91 se halla destinado a reforzar el régimen de previsión social vigente, mediante el otorgamiento de un beneficio adicional. Pero el art. 9 de su normativa faculta al trabajador desvinculado del sector a solicitar el rescate de los aportes personales, sin requerirle el requisito de la edad, reduciendo tal rescate al 50% del total de los aportes referidos y si tales aportes no fueron realizados por la empleadora, es esta la que debe soportarlos de su propio peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo (CNTrab., Sala VI "Sánchez Néstor c/ Ferbo SA s/ despido" 19-11-98)" (CNTrab., Sala II "Sabate, Cristina A. c/ Alcira Travellers Service SA", 24-8-2001 DT2002-A-763) (en idéntico sentido Trib. Trabajo Jujuy Sala I, sent. 2002-oct-11 "Torres David c/ Casa Lozano SA", Equipo Federal de Trabajo online).

Incorporada la disposición 4701/91 al CCT 130/75 el acuerdo imponía al empleador un aporte mensual del 3,5% del salario liquidado al trabajador, en consecuencia se trata de una contribución, un aporte patronal, no se efectuaba un descuento en el salario del empleado. Habiéndose reconocido que no cumplía con esa obligación, corresponde acoger la indemnización reclamada, cuyo importe será el equivalente al 50% del aporte que se omitió, con lo cual resulta evidente que el análisis respecto de la figura elaborado por la parte apelante no tiene acogida, toda vez que el demandado con su omisión impidió utilizar el paliativo sobre la disparidad entre la actividad y la pasividad que le

posibilitaba este instituto, por lo cual mantengo la decisión de grado, rechazando la queja.

Las ultimas quejas son la imposición de las costas y la regulación de los honorarios de los letrados de la contraria, planteados a fs. 571. El hecho de la eximición de costas en el proceso laboral o la proporcionalidad obedece a dos causas que señala expresamente la ley de rito: "Haber litigado con razón probable y buena fe". En la especie no triunfó la pretensión del actor respecto de la causal del distracto, multa Ley 25323 y la indemnización por la falta entrega de la documentación del art. 80 LCT.

A los fines de no incurrir en arbitrariedad el dispositivo de la sentencia que impone costas en proporción debe contener fundamentación, tal es el presupuesto del art. 69 del la ley ritual.

Para aplicar el tribunal la excepción de eximir total o parcialmente de costas al vencido, deben demostrar que han concurrido circunstancias especiales y que la parte ha litigado con razón probable y buena fe. Sin embargo, a los fines de establecer el criterio no se requieren términos sacramentales y las motivaciones de hecho y de derecho pueden provenir de toda la estructura de la sentencia, en la especie considero que rechazada la causal del distracto que propusiera el actor y las indemnizaciones consecuentes en cuanto a rubros y conceptos no puedo considerarlas como la probabilidad de vencer que tenía el accionante, quien conoció en todo momento las razones y motivaciones de la disolución del vínculo laboral; en lo tocante a la razón probable para litigar y las dudas sobre los hechos, recordaré que la sola creencia subjetiva de la razón para litigar no es por sí suficiente para eximir

al perdidoso, pues es indudable que, salvo hipótesis de actitudes maliciosas, todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte, mas ello no lo exime de afrontar las expensas del juicio originadas a la contraparte, si el resultado obtenido le es desfavorable. Específicamente la decisión del caso me convence que el actor vencido no actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito, por ello y tratándose de cuestiones esencialmente casuísticas, en mérito a lo dicho considero que en el caso las costas han de imponerse en forma proporcional el 80% a la parte demandada y el 20% a la actora.

Al interponer el recurso de apelación, la demandada recurrió temporalmente la regulación dispuesta por la sentenciante de grado de los honorarios de los letrados.

La circunstancia de haberse modificado la imposición de las costas dispuesta en la sentencia de grado, teniendo en cuenta el mandato del art. 282 del CPr, hace carecer de virtualidad jurídica expedirse sobre el punto.

En cuanto a los honorarios profesionales actuantes en la instancia de grado, estimo que fueron dispuestos como establece la ley arancelaria en porcentual, y por las etapas cumplidas (art. 38). Considerando el monto, y la labor profesional, los porcentajes dispuestos en la sentencia de grado se ajustaron a los parámetros y las previsiones legales y estimo deben mantenerse (arts. 5, 6, 9, 11, 46 y concs. de la Ley XIII-4).

3. Las costas de la alzada las impongo a las recurrentes vencidas por su orden conforme lo dispuesto en el art. 72 del CPr. Difiero la regulación de los

honorarios de los letrados actuantes en esta alzada al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Rechazar los agravios de la parte actora. Receptar parcialmente los agravios de la demandada y modificar parcialmente la sentencia exclusivamente en el punto 3, imponiendo las costas en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora según considerando respectivo.

2) Mantener la regulación de los honorarios profesionales dispuesta en la primera instancia por la labor desarrollada.

3) Costas de la alzada a las recurrentes vencidas por su orden.

4) Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en esta alzada al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia dictada en la instancia de grado interpusieran la parte actora (fs. 572, agravios fs. 588/590), y por la parte demandada (fs. 571, agravios fs. 577/587). Corrido el traslado de ley, contestó la demandada (fs. 596/599). I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el actor Sr. S. D. R. promovió demanda laboral contra la firma D. A. SRL a efectos se la condene de la pago de la suma detallada en la liquidación, o lo que en más o en menos resulte del proceso, con más los correspondientes intereses, además del deber del

demandado de hacer entrega de las constancias y certificados enunciado en el art. 80 de la Ley 20744. Practicó liquidación en la que discriminó montos y rubros reclamados. Ofreció prueba. A su turno, contestó la acción impetrada en su contra la demandada. Cumplió el imperativo procesal, negando hechos. Desconoció documental. Impugnó liquidación. Ofreció prueba. Se opuso a prueba, a lo que se hizo lugar parcialmente en oportunidad. Pidió se rechace la acción impetrada en su contra, con costas. Produjeron las partes la prueba ofrecida. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó a D. A. SRL a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme el decisorio al Sr. S. D. R., la suma de pesos trece mil setecientos cincuenta y tres con sesenta centavos ($13.753,60), a incrementarse por intereses según considerando respectivo, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Condenó asimismo a la demandada a entregar al actor, en idéntico plazo, la constancia documentada de aportes y contribuciones del trabajador y el certificado de trabajo previsto en el art. 80 LCT. Impuso las costas a la demandada vencida por el principio genérico de la derrota -art. 69 del CPCCh -antes art. 68 CPCCh-. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzaron la parte actora y la parte demandada. La primera cuestionó el hecho de que en la sentencia se haya considerado procedente el despido del trabajador con justa causa. La segunda criticó la condena al pago de las horas extras, la

condena de oficio al pago de la indemnización por daños y perjuicios derivado del reclamo de disposición 4701/91, y la forma en que fueran impuestas las costas del proceso. Apeló asimismo esta última los honorarios regulados a los letrados de la contraria, por altos.

Así, y adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi estudio, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia* importa que los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado" (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C,

12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212107).

Así surge del texto de la expresión de agravios que presenta el actor, la que someteré al análisis en primer lugar, que la esencia del cuestionamiento transita el meridiano de la valoración del plexo probatorio, en la que sostiene se ha fundado la sentenciante para considerar que el despido ha operado por justa causa. En dicha senda, afirma que no existen antecedentes, fuera de dos sanciones anteriores menores por incumplimiento del horario laboral, como tampoco constancia fehaciente que dé crédito a las imputaciones respecto de la falta de aseo personal, su negativa a usar la ropa de trabajo, la falta de cumplimiento de las órdenes impartidas por el supervisor y agresión a este, denunciando inclusive contradicción con la prueba producida en el proceso. Recuerdo aquí que los hechos mencionados fueron los que llevaron a la parte demandada a despedir al empleado, argumentando justa causa en virtud de la causal de injuria laboral.

La injuria es todo acto u omisión de una de las partes del contrato que afecta o lesiona intereses legítimos de la otra para fundamentar la ruptura de la relación que reviste especial gravedad en una situación determinada.

En la práctica laboral, es común que trabajador o empleador puedan sentirse injuriados por el mero incumplimiento de las obligaciones del otro que deriven en perjuicios de importancia y lleven en consecuencia a la ruptura de la relación laboral por hacer imposible su prosecución. Luego, supone la injuria una conducta o comportamiento ilícito y objetivamente grave.

Debe tenerse presente a esa hora que "la injuria causal de despido del trabajador no remite a la malicia o intencionalidad en la comisión del daño, sino que basta para ello la antijuridicidad de la misma sin necesidad de un análisis de la culpabilidad y puede fundarse en un único acto cuando evidencia una actitud incompatible con las exigencias de la relación laboral…" (Sup. Trib. Just. Jujuy, "Castillo, Rafael c/ Hotel Augustus SRL", 28/4/2000).

En tal contexto, si bien es cierto que la conducta injuriosa debe ser apreciada en su gravedad, junto a demás parámetros tales como la antigüedad del empleado, sus antecedentes, su comportamiento anterior, en definitiva, las circunstancias fácticas que han rodeado al caso, no puede dejarse de lado que las características del hecho deben ser asimismo contundentes para desplazar el principio de conservación del empleo que consagra el art. 10 LCT.

Ahora bien, esa tarea, la de valoración del caso en concreto, es propia del juzgador en el marco del proceso y no de las partes. Es que "no son las partes del contrato de trabajo quienes están facultadas para calificar como injurioso el hecho determinante de la ruptura del nexo laboral, sino el magistrado competente en orden a las circunstancias que el propio art. 242 LCT, enuncian en forma general…" (Sala 10°, "González, José E. c/ Orígenes AFJP SA", 8/10/2000, DT 2000-B2192).

En el caso de autos, la sentenciante ha fundado acabadamente los motivos que la llevaron al convencimiento de que efectivamente la situación descripta por la parte demandada se materializó en la realidad, ello producto de sendos testimonios que valoró

en adecuada medida, y que constituyó una circunstancia que impidió al prosecución de la relación laboral y por tanto avaló la justa causa en el despido.

En tal sentido, los argumentos del recurrente no son idóneos para conmover tal conclusión, desde que "sobre el tópico relacionado con la valoración de las probanzas los jueces de grado tienen amplias facultades en la faena jurisdiccional de valorar los medios de prueba producidos y adquiridos para el proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso que faciliten al juzgador la valoración de las normas jurídicas aplicables. Solo excepcionalmente tal principio cede cuando se demuestra la existencia de un absurdo material o formal" (SCBA, Ac. 81.595, sent. del 17 XII 2003; entre otras). Por las razones expuestas, he de proponer se rechace el recurso interpuesto por la parte actora.

Ya en lo que respecta a los agravios de la parte demandada, dije antes que en primer lugar cuestionó la decisión sobre el reclamo de horas extras. El núcleo del mismo se posiciona en el hecho de que, según destaca el apelante, la sentenciante condenó el pago de las horas extraordinarias por todo el período de la relación laboral. Frente a ello, invoca el art. 256 cuya letra refiere a la prescripción de los créditos laborales, el que sostiene la señora jueza debió haber aplicado.

Adelanto que dicho fundamento no puede prosperar. Ello así, toda vez que los jueces tienen vedada expresamente la facultad de declarar la prescripción de oficio (art. 2552 CCC, anterior art. 3964 Código Civil de Vélez), es decir que la prescripción liberatoria opera únicamente a instancia del deudor, quien debe oponerla al contestar la demanda, o en la primera

presentación en el juicio que haga quien intente oponerla (*cf*. Art. 3962 C.C. hoy art. 2553 CCC).

Y en ese camino, advierto que nada dijo el demandado en oportunidad, y sabido es que "mediante el recurso de apelación no pueden someterse a conocimiento de la alzada defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente. Y si el recurrente las introduce en la expresión de agravios, su tratamiento en la alzada importaría la violación de las normas procesales (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, 266 y 272, CPCCN) (CCiv.Com. Lomas de Zamora, Sala I, 27/2/03, Rep. LL, 2003-1796, n° 33, y LLBA, 2003-1167).

Es que, constituyen capítulos sobre los que no puede pronunciarse el tribunal de alzada todas aquellas defensas que obsten la procedencia de la reclamación de la actora y requieran la alegación y prueba de hechos distintos de los alegados por aquella, cuando no han sido expresamente sometidos a decisión el juez de primera instancia, puesto que lo contrario atentaría flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio.

Así, y so pena de pecar de reiterativo: "La alzada solo puede juzgar aquellas cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la litis, porque el límite de los poderes del *ad quem*, está dado por los capítulos propuestos a la decisión el juez de primera instancia (C3°Civ.Com. Minas Paz y Trib., Mendoza, 9/9/02, Rep. LL, 2003-1978, n° 42, y LL Gran Cuyo, 2003-154). En tal contexto, no queda sino rechazar el agravio.

En segundo lugar, el agravio por la condena al pago de los daños y perjuicios. Destaco que la pretensión original de la actora está vinculada con el incumplimiento de lo dispuesto por la Disposición DNRT

4701/91, relativa a la obligación del empleador de ingresar los aportes correspondientes al seguro complementario de retiro, sistema que forma parte de la CCT 130/75 que rige la actividad de los empleados de comercio. En efecto, a través de los mismos se conforma un fondo que resulta complementario al régimen previsional y que está constituido por el 3,5% mensual calculado sobre los salarios liquidados, para los cuales ha de computarse asimismo el sueldo anual complementario, vacaciones, horas extras, premios y demás bonificaciones.

Cabe entonces destacar, como lo ha señalado ya esta Sala, que no corresponde al trabajador el reclamo de los montos que surjan de aquellos aportes, por cuanto carece de legitimación para ello. Así, es claro que el reclamo puntual que hizo el trabajador, refiriendo en su demanda el mentado incumplimiento e incorporando en la liquidación un monto puntual no puede tener otra interpretación con el pedido de la indemnización derivada de la conducta ilícita del empleador. Abona aún más el hecho por el cual en momento alguno pidió le sean entregadas a él las sumas resultantes del incumplimiento denunciado. Entonces, entiendo que en dicha línea y aplicando el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda, que la señora juez de grado arribó a su conclusión, que he de compartir, rechazando el agravio.

En tercer agravio, cuestionó la parte demandada la forma en que fueran impuestas las costas. Advierto que ha citado un fragmento de un voto de mi autoría que expresa claramente la visión que tengo sobre el punto, y que resulta plenamente aplicable al caso en análisis,

por lo que me eximiré de reiterar tales fundamentos. Siendo así, juzgo procedente el agravio y en consecuencia propondré se modifique el modo en que han sido cargadas en la sentencia venida en apelación, imponiéndolas en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora.

Resta resolver la cuestión de los honorarios, igualmente recurridos. Sin embargo, en atención al modo en que se resuelve corresponde se readecuen los mismos por imperio el art. 282 del ordenamiento ritual razón esta por la que el planteo pierde virtualidad, no obstante, entiendo que corresponde se mantengan los porcentajes estipulados en la instancia de grado en razón de que se adecuan a la escala prevista en la ley especial.

Respecto de las costas de esta alzada, se impondrán a las recurrentes vencidas por su orden (art. 72 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancias para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, modificando el punto pertinente del fallo de grado e imponiendo las costas de dicha instancia en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora.

3) Mantener la regulación de honorarios profesionales regulados en la primera instancia.

4) Costas de la alzada a los recurrentes vencidos por su orden (art. 72 CPCCCh).

4) Diferir la regulación de los honorarios profesionales en ambas instancias para el momento del Acuerdo.

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

1) Rechazar los agravios de la parte actora, receptar parcialmente los agravios de la demandada y modificar parcialmente la sentencia de fs. 554/567 exclusivamente en el punto 3, imponiendo las costas en un ochenta por ciento (80%) a la demandada y en un veinte por ciento (20%) a la actora, según considerandos respectivos.

2) Mantener la regulación de los honorarios profesionales dispuesta en primera instancia.

3) Costas de la alzada a los recurrentes vencidos por su orden.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a la Dra. C. O. y al Dr. J. M., conjuntamente, en el veintiocho por ciento (28%) y al Dr. C. F. N. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5DJ, Anexo A).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA FERNANDA ZANATTA Secretaria de Cámara