En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil diecisiete, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"T., J. M. c/ V. , M. s/ Cobro de pesos e indem. de ley "(Expte. N°173 Año 2017)** venidos del Juzgado Laboral N°2 (Expte. N° 10167/14), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 448.

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

1.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda incoada en cuando a la pretensión de diferencias salariales por mayor categoría profesional, indemnizaciones legales y rubros por el despido indirecto y la admitió parcialmente respecto las prestaciones dinerarias de la Ley 24.557, condenando a M. V. a abonarle al Sr. J. M. T. , la suma de veinticinco mil novecientos treinta y seis pesos con setenta y tres centavos ($25.936,73), más los intereses que determina. Impuso las costas en un 80% a la parte actora y un 20% a la demandada (art. 57 Ley XIV N°1) y reguló honorarios de los letrados que actuaron en el proceso.

Para así resolver, la señora jueza dejó aclarado que el vínculo laboral se inició el 15 de enero de 2010, que el 25 de enero de 2010 sufrió un accidente de

tránsito en ocasión de prestar tareas y que no surge acreditado que se hubiera reintegrado a sus labores habituales después de esa fecha.

Argumentó que el actor reclamó diferencias salariales alegando prestar tareas correspondientes a la calificación de Auxiliar B, dentro del CCT 130/75 por una jornada completa de trabajo y que la carga de probar esos extremos pesaba sobre el reclamante.

A mérito de la pericial contable y de la única prueba testimonial aportada al proceso concluye en que no existen elementos de convicción que corroboren la mayor categoría profesional pretendida en demanda, como tampoco que el reclamante cumpliera una jornada legal de ocho horas, en sus escasos días de trabajo bajo las órdenes de V. , por lo cual rechazó las diferencias salariales reclamadas.

Luego, para expedirse sobre la finalización del vínculo laboral, analizó el intercambio epistolar entre las partes, tuvo en consideración que el actor no logró probar la injuria invocada en los términos del art.242 LCT, por lo que rechazó las indemnizaciones reclamadas.

Aludió la magistrada a la conducta asumida por el actor que no reposa ni se desenvuelve dentro del marco de la buena fe, probidad y veracidad.

Por otro lado y en orden a las pretensiones reclamadas en el marco de la Ley 24.557 por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador en fecha 25 de enero de 2011, tuvo por cierto la existencia del accidente y que la falta de cumplimiento de la obligación de contratación de los empleadores de una ART hace que el empleador responda directamente ante los beneficiarios por las prestaciones previstas en esta ley.

Determinó conforme la pericia médica del Cuerpo Médico Forense que porta una incapacidad parcial permanente y definitiva del 11,2% TO. Puesta a calcular la indemnización correspondiente y en base a la pericial contable,

fijó el IBM en $1.613,32 de acuerdo a la categoría “AUXILIAR A” media jornada, computando las remuneraciones devengadas por el actor previo al accidente diez días y determinó la prestación dineraria por IPP (art. 14 ap.2, inc. a Ley 24.557) en $25.936,73 con más sus intereses a computarse desde la fecha del accidente 25 de enero de 2010 y hasta el efectivo pago conforme la tasa activa para préstamos personales que fija el Banco del Chubut S.A. .

Finalmente dijo que resultaba inoficioso expedirse sobre la inconstitucionalidad de los arts. 8, 9, 21, 22 y 46 de la LRT, reclamadas en demanda y que, acatando la posición adoptada por la CSJN in re “Espósito, Dardo Luis s/ Provincia ART S.A. s/ Accidente - ley especial” (07/06/2016) desestimaba los planteos de inconstitucionalidad referidos a la ley 26.773 y su Decreto reglamentario 472/14.

La sentencia fue apelada por la actora a fs. 430, los agravios se agregaron a fs. 434/436 y la contestación a fs.438/441.

2.

Los agravios de la actora

En el primer agravio, cuestiona el rechazo de la mayor categoría profesional, señalando que se omitió considerar que las labores de reparto que cumplía el actor las hacía en una motocicleta, por lo que oficiaba como chofer de reparto sin importar el tipo vehículo y que está acreditado por el testigo C. .

Señala también en la queja, que se ha condenado a la demandada por un accidente de trabajo repartiendo en monto, para luego negar la condición de chofer repartidor y la categoría que conforme el CCT le corresponde.

En el segundo agravio cuestiona la errónea valoración de la prueba que termina con desestimar una jornada de trabajo completa. Para ello sostiene que hubo un error al distribuir el *onus probandi*.

En el tercer agravio dice que la mayor equivocación de la sentencia es considerar inexistentes los agravios para el despido indirecto en que se colocó el actor, que las injurias fueron tres o más y que el empresario incumplió con las normas de la ley 24.557.

3.

Tratamiento de los agravios

3.1. Abordaré en primer término el agravio de la parte actora respecto de la categoría laboral de Auxiliar B del CCT 130/75, invocada por el Sr. J. M. T. en su demanda.

Ya he señalado en anteriores pronunciamientos que determinar la categoría profesional de los trabajadores no puede más que surgir de un análisis circunstanciado de las pruebas arrimadas a la causa, y esta actividad y su merituación se halla incluida en las facultades discrecionales del Juzgador. ("C. P. R. C/ C. D. H. R.H. S.A.S/ Cobro de pesos e indem. de ley" Expte N° 236/ 13, SDL N° 79/13; "C., A. I. c/ C., J. s/ COBRO DE PESOS" (Expte. Nº 208 Año 2013) SDL N° 89/13;"G., V. C. c/ M., E. G. s / Cobro de pesos e indem. de ley" Expte. N° 17/14 SDL N°18/14).

En esa tarea el juez decidirá la controversia en base a elementos de juicio o de convicción que sean suficientes para motivarlo, es decir, el decisorio sustentado en prueba bastante no puede ser tildado en arbitrario con éxito.

En tal sentido, es criterio unánime el que informa que el trabajador que pretende un encuadre de categoría determinado debe probarlo, en atención a que se trata de una cuestión en la que no juega el principio de inversión de la carga probatoria. Por ende, el actor debe acreditar suficientemente todos los elementos de conocimiento necesarios para demostrar la efectiva labor en las calidades pretendidas. *"Cada litigante debe acreditar los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas."* (PALACIO, Lino

E. Tratado de Derecho Procesal Civil Bs. As. Abeledo-Perrot. 1972. T. I-C, p.368).

También se ha dicho que *"Cuando la categoría profesional de un trabajador es controvertida, una vez admitida la subordinación en la relación, las pruebas para demostrar una u otra categoría deberán ser aportadas al proceso por el trabajador."* (CC sala I Nqn PS 2001 Nº120 Tº III Fº569/571; CTMza "Chiera, Liliana M. c. Centro de Jubilados y Pensionados nacionales y provinciales Gral. Gutiérrez 22/08/1997. LLGran Cuyo 1998, 162. AR/JUR/5407/1997).

Es un dato no controvertido que el Sr. T. sufrió un accidente el día 25 de enero de 2010, durante la prestación de tareas para el demandado y circulando en una motocicleta Marca Guerrero, Modelo GMX, Dominio ***-***.

La categoría profesional que procura se reconozca es la de *"…choferes de corta distancia de vehículos automotores de cualquier tipo afectados al reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento…".*

En los términos de la demanda, T. transportaba y repartía los productos comercializados por V. en una motocicleta de su propiedad
y cobraba a los clientes.

Al tiempo de contestar la demanda y reconocido el vínculo laboral, la demandada indicó que T. era un repositor de fragancias y fue
contratado para realizar, caminando, las reposiciones para las cuales se le proveía una mochila/morral en la que llevaba los frascos llenos y recambiaba los vacíos en el aromatizador que ya había sido colocado previamente por el demandado, quien por otro lado hacía la cobranza.

Para poder desentrañar la cuestión, me voy a permitir transcribir el art. 8 del CCT aplicable*: "<u>Personal auxiliar:</u> Se considera personal auxiliar a los trabajadores que con oficio o práctica realicen tareas de reparación, ejecución, mantenimiento, transformación, "service" de toda índole, de bienes que hacen al giro de la empresa*

y/o su transporte con utilización de medios mecánicos. Revistará en las siguientes categorías: ***Auxiliar a)*** *retocadores de muebles, embaladores;*
torcionadores; cargadores de grúa móvil y/o montacarga; personal de fraccionamiento y curado de granos; reparación, armado y/o transformación de enseres, maquinarias, mercaderías y muebles; ayudantes de las especificaciones del pto. b) de este artículo; personal afectado a salas de velatorios; ayudantes de choferes de corta distancia de vehículos automotores de cualquier tipo afectados al reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento: ***Auxiliar b)*** *herreros; carpinteros; lustradores de muebles; cerrajeros; guincheros; albañiles; herradores; soldadores; capilleros y furgoneros de servicios fúnebres; talabarteros; plomeros; instaladores de antena de T.V.; service de artefactos del hogar en general; gasistas; tostadores de cereales; fundidores de maniquíes; foguistas de laboratorios fotográficos; personal de mantenimiento de supermercados, autoservicios y/o empresas; tractoristas; sastres y tapiceros de servicio fúnebres; pintores; mecánicos; engrasadores; lavadores; gomeros; ayudantes de laboratorios (semillerías); ayudantes de clasificador de granos; ayudantes de secador de granos; choferes de corta distancia de vehículos automotores de cualquier tipo afectados al reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento;*

Evidentemente no puedo compartir el argumento recursivo de la actora en el sentido que cumplía funciones de instalador de antena de T.V o de mantenimiento de supermercados, autoservicios y/o empresas las que, más allá que no consigna la tarea en los términos completos del CCT, tampoco fueron descriptas en la demanda y por ello quedan fuera del agravio.
Por su lado es infructuosa la crítica fundada en la declaración del testigo C. (fs. 287/288). De la misma surge que T. le vendía perfumes durante el período de tres meses, octubre a diciembre de 2009. De modo tal que en orden al período laboral denunciado por el actor (del 15 de enero de 2010 al

25 de enero), los dichos de testigo no se ajustan a la realidad y deben descartarse en toda su extensión.

Es un dato objetivo de este proceso que el accidente se produce cuando el actor se dirigía a reponer los aromatizadores y que lo hacía en una motocicleta.

Es cierto también que no está acreditado en la causa que se hubiera pactado -entre las partes-, que la reposición se cumpliría en una moto -cuya propiedad en cabeza de T. no se justificó-, ni tampoco se alegó por ejemplo quien asumía los costos de combustible y eventuales gastos de reparación y mantenimiento del vehículo.

Sin perjuicio de ello, y a fin de resolver la cuestión de la categoría laboral, puedo advertir de los términos del intercambio epistolar entre las partes que el Sr. V. no formuló reproche alguno al actor por el uso de la motocicleta para trasladarse y cumplir las reposiciones de fragancias, circunstancia que puedo evaluar como una aceptación tácita de esa modalidad de traslado.

Tampoco logro vislumbrar cuál fue la actividad encomendada por V. al actor que lo llevó a registrarlo en la Categoría de Auxiliar A del CCT 130 /75. En momento alguno explica porque corresponde ajustar las tareas de T. a esa categoría y véase que no es allí donde se describe la de repositor.

En definitiva está probado en el expediente que T. en los pocos días que desarrolló su trabajo en relación de dependencia para el Sr. V. , se ocupaba de reponer los aromatizadores o fragancia de los locales que contrataban ese servicio al demandado. Así lo declararon los testigos G. (fs. 289/290), P. (fs. 294) y S. (fs. 316).

Por su lado ni la testigo G. ni S. pudieron declarar cómo se movilizaba el actor y que no lo sepan o ignoren no significa que la circunstancia de repartir los productos en motocicleta no sea cierto.

Voy a adunar a esta apreciación que el demandado afirmó a fs. 98 que T. se desplazaba en el área céntrica y a tenor de la declaración de P. , conoció al actor cuando recambió la fragancia en su local ubicado frente al cementerio. Tampoco puede soslayarse que el accidente ocurrió en un área periférica a la céntrica.

Luego de ello no desconozco que cuando se trata de reclamar por una categoría profesional distinta a la registrada la prueba de la insinceridad de los datos consignados en la documentación laboral queda a cargo del reclamante, quien deberá suministrar los elementos probatorios que en forma clara, puntual y contundente lo demuestren.

Lo cierto es que la conducta de la demandada al defender el encuadre del trabajador en la categoría profesional de Auxiliar A no dio suficientes razones que permitan en esta instancia justificarlo.

Por su lado, la prueba colectada si bien no permite en forma contundente afirmar que la prestación de tareas se cumplirían movilizándose en una motocicleta, el dato objetivo del accidente a bordo de una motocicleta con los demás elementos de prueba que he consignado me permiten, aplicando el principio del art. 9 de la LCT, admitir el reclamo de la categoría de Auxiliar B del CCT aplicable.

Lo expuesto conlleva admitir el reclamo de diferencias salariales, para el período reclamado de agosto/11, septiembre /11 y octubre/11, las que serán liquidadas en la etapa de ejecución de sentencia por la parte o el perito contador que actuó en el proceso.

3.2. En el segundo agravio cuestiona que se haya desestimado la jornada laboral completa.

Al contestar demanda, la demandada argumentó que el Sr. T.

cumplía una jornada de trabajo reducida.

Resultaba carga de la accionada probar tal circunstancia en tanto que ella configura una excepción a la jornada normal de trabajo. En consecuencia, siendo presupuesto de hecho de la norma que se invoca en apoyo de su afirmación defensiva (conf. Art. 92 ter., apartado 1º de la LCT) corría con la carga de su acreditación la parte demandada. *"Tratándose de un contrato de trabajo a tiempo parcial, es carga del empleador acreditar que el trabajador realizaba una jornada reducida, toda vez que esta modalidad de contratación hace gravitar sobre aquel que la invoca una mayor exigencia para su prueba por contar con los elementos fehacientes que respalden lo expresado"* (CNTrab., sala V, 14/08/2003, "Ortega, Rosana K. c/ Cuenta Conmigo S.R.L. y otro", citado por Rodríguez Mancini, Director, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", La Ley, 2007, T. III, págs. 748/749).

Ya he dado razones para descartar la prueba testimonial de C. y las declaraciones testimoniales de G. (fs. 289/290), P. (fs. 294) y S. (fs. 316) son contestes en afirmar que T. concurría a la reposición durante la mañana.

Tal como indiqué para el agravio anterior, esa circunstancia no es óbice para descartar que cumpliera tareas por la tarde máxime cuando la demandada ha reconocido al contestar la demanda:"*Eventualmente como había clientes que eran amigos de él, como por ejemplo el Sr. C. con quien se veía por la tarde, el recambio lo hacía en ese momento "*.

Por cierto la afirmación que sigue "*Pero no era algo impuesto por mi, sino por su comodidad"* es una cuestión inoponible para justificar una jornada de trabajo parcial.

De modo que considerando la excepcionalidad de esa modalidad de trabajo, lo sostenido al contestar la demanda y que la prueba testimonial resultó insuficiente para destruir la regla general que favorece al trabajador, soy del criterio que la sentencia debe revocarse en el punto y admitir que T. cumplió para el demandado V. una jornada laboral de lunes

a viernes de 9 a 13 hs y de 16 a 20 hs.

3.3. Resta ocuparme del tercer agravio y que se sostiene en que, una vez admitidas las quejas respecto a categoría laboral y jornada de trabajo, se analizará la situación del despido indirecto en el que se colocó el actor y se obtendrá una sentencia ajustada a derecho.

No voy a ingresar en la queja que se funda en una interpretación agraviante e inconstitucional de la magistrada de grado, en tanto no es conducente para resolver la cuestión.

Dicho ello, a ambas partes de la relación laboral les es reconocida la facultad de denunciar unilateralmente, y con o sin motivo, el contrato de trabajo y dos son los recaudos formales exigidos por el art. 243 LCT para la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa: la notificación por escrito, y la expresión en el caso, por parte del trabajador, lo "suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato", y en tal sentido la descripción del incumplimiento imputado al empleador debe ser precisa y autosuficiente, de modo que conozca en forma certera cuáles son los hechos y razones en los que se funda la decisión resolutoria, no cumpliendo con tales requisitos cuando se utilicen frases ambiguas o genéricas, debiéndose especificar en forma concreta y precisa cuál es el incumplimiento que se estima constitutivo de la injuria así como las circunstancias de tiempo, modo, y lugar en la que habría acontecido para que, en definitiva, sea valorada en cada caso en concreto por el juez (art. 242, LCT).

La magistrada de grado se ocupó de transcribir el intercambio epistolar entre las partes y del mismo y en lo que ha sido materia de agravio se enrostró al empleador la registración del empleo en una categoría profesional y jornada laboral incorrectas.

Lo cierto es que conforme el sentido de mi voto, he tenido por acreditado que T. trabajó para la demandada durante una jornada completa y que debió ser categorizado en la de Auxiliar B del CCT 130/75, admitiendo consecuentemente las diferencias salariales para el período reclamado.

Esto es, el actor denunció y acreditó el incumplimiento por parte del empleador de deberes contractuales propios de la relación de trabajo y que constituyen injuria suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10. LCT y

consecuentemente tendrá derecho a percibir las indemnizaciones previstas para el despido incausado que serán liquidadas en la etapa de ejecución de sentencia (antigüedad, preaviso, SAC proporcional, vacaciones no gozadas).

Lo que no se admitirá son las indemnizaciones previstas en la ley 25.323 liquidadas por la actora.

El artículo 1ero de la Ley 25.323, dispone un incremento indemnizatorio para el caso de que, al momento del despido, una relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Es claro que el fundamento de la sanción ha sido la eliminación del trabajo total o parcialmente clandestino, en razón de que la falta de adecuada registración priva al trabajador del goce de los beneficios sociales respectivos y provoca perjuicios a todos los sujetos involucrados en la relación laboral.

Al tiempo de la ruptura del vínculo laboral el actor se encontraba registrado de modo que deberá avanzarse en cuáles son los supuestos que configuran la registración deficiente en los términos de la norma citada.

La mayoría de la doctrina sostiene que no toda irregularidad o deficiencia en la registración habilita la sanción sino aquellas a las que refieren los arts.

7mo, 9no. y 10mo. de la ley 24.013, de modo tal la modalidad del vínculo laboral no encuadra, en mi criterio, en los supuestos que habilita la norma, máxime cuando aquella resultó controvertida.

Así "*Al respecto, cabe traer a colación el informe de Comisión producido por el diputado Horacio Pernasetti- autor del proyecto de ley- donde expresó que las "deficiencias" que pueden dar lugar al recargo indemnizatorio no son otras que las definidas en los arts. 9° y 10 de la ley 24.013; recordó que en esos artículos "se define claramente al empleo (…) registrado deficientemente, estableciéndose las multas correspondientes en los casos de (…) registración en fecha posterior a la real y consignación en el documento laboral de una remuneración menor que la percibida por el trabajador". De ello se sigue que la ilicitud del contrato de trabajo sin registro o incompleto deriva de la violación de todo un marco obligacional con el claro propósito de evadir cargas sociales y que entonces, resulta imputable al empleador en todos los casos (…) debe hacerse lugar al incremento de que se trata…."* (Citado en "Empleo no registrado. Jurisprudencia imperante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba" por Teresa Bergamasco en Revista de Derecho Laboral 2014-2 Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2014, pág. 377)

En el mismo orden *"En el presente caso no media esa situación de clandestinidad, analizando el tema tanto desde la perspectiva de la ley 24.013, como de la ley 25.323, artículo 1º, puesto que el trabajador sí se encontraba registrado, por lo que gozaba de los beneficios antedichos. Aún en la hipótesis de considerar que el actor debiera percibir un salario superior al que se le abonaba, ello no implica la procedencia de la sanción prevista en el art. 1º de la ley 25.323 por cuanto la ley 24.013 (cuya finalidad, reitero, es la misma) sólo tipificó como conductas sancionables por los arts. 9 y 10 (fuera de la falta total de registración) las irregularidades registrales en orden a la fecha de ingreso y al salario y en tanto se*

trata de materia sancionatoria, ámbito en el que deben regir las pautas interpretativas más restrictivas, considero que no cabe aplicar la analogía en perjuicio del sancionado". ("Moreira Ramón Ernesto Martín c/ Nextel Comunications Argentina S.A. s/ despido" CNATrabajo. Sala II.5-8-2010. MJ-JU-M-59105-AR). (CAPM "HINOJOSA c/ BOUNOS s/ Cobro de Pesos" (Expte. Nº 155 Año 2010) SDL Nº 28/10).

En cuanto a la multa prevista en el art. 2 de la ley 25. 323, debo señalar que la misma tiene como presupuesto fáctico la falta de pago de las indemnizaciones derivadas del despido. *"…la sanción pecuniaria de carácter punitivo prevista en el dispositivo legal de análisis, no tiene su causa fuente en la propia extinción injustificada del vínculo laboral sino en la mora del empleador en su obligación del pago de la indemnización por despido incausado, extremos que deben acreditarse en la litis para la operatividad de la sanción…"* (STJCh "H., J. A. y otros c/ D. A. L. S. A. s/ Demanda Laboral (Indemnizaciones)"SD N° 06/S.R.E./06).

De modo que incumbía a la actora acreditar que constituyó en mora a la accionada en los términos del art. 2 de la Ley N° 25.323, lo que no surge del expediente ni de las cartas documentos cursadas. *"En cuanto al reclamo del artículo 2 de ley 25.323, cuando surge acreditado en los despachos telegráficos que el empleador no ha sido fehacientemente intimado al pago de las indemnizaciones correspondientes al despido sin causa justificada bajo el apercibimiento de la aplicación de la mencionada ley, debe estimarse la improcedencia del rubro por la falta de emplazamiento por lo cual no permite al posible deudor conocer el alcance de las consecuencias de sus actos."*("Santino Jorgelina Lourdes C/ Flez Color S.R.L. P/ Despido." - Fallo: 20000002414 - Cuarta Cámara Laboral - Circunscripción: 1 - Mendoza - 2012/12/28 Expediente: 21843 - Ubicación: S000-000. Base elDial.com - MC5386).

4. Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte actora proponiendo al Acuerdo la revocación del fallo en todo lo que ha sido materia de agravio y consecuentemente que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia: a) las diferencias salariales para el período reclamado de agosto /noviembre de 2011 para lo que deberá considerarse la categoría Auxiliar B del CCT 130/75 con una jornada de trabajo completa; b) las indemnizaciones derivadas del despido indirecto (arts. 245, 232, 233, vacaciones proporcionales (art 156) y SAC proporcional (art 123) de la LCT), c) deberá ajustarse a las circunstancias falladas el cálculo del IBM consignado en la liquidación de las prestaciones de la ley 24.557 que han sido condenadas.

5. <u>Las costas.</u>

a) En los términos del art. 282 del CPCC corresponde ajustar lo resuelto en la instancia de grado respecto a las costas y honorarios.

Las costas de la primera instancia serán impuestas a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). En cuanto a los honorarios de los profesionales que intervinieron en la instancia de grado conforme la actividad cumplida, su mérito y resultado obtenido propongo se fijen, sobre el monto del proceso que resulte para los letrados P. S. y L. B. en conjunto y proporción de ley en el 18 %, para los letrados V. M. y D. G. C. en conjunto y proporción de ley en el 16 %, en el 5% los del Cr. G. O. M. y manteniendo en el 4% los honorarios del CMF . En todos los casos, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 6, 7, 8, 9,39, 60 de la ley arancelaria y art.22 y 23 de la ley XIII N° 18).

b) Las costas en la Alzada se imponen a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados que intervinieron en esta sede propongo se fijen sobre los que resulten determinados en la

instancia anterior, para el Ab. L. B. en el 35 % y para el Ab. D. G. C. en el 28 % sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley
arancelaria).
Voto a la primera cuestión por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1. Las cuestiones fácticas traídas a decisión. Las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi distinguida colega que me precede en el voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos los desarrollos efectuados al respecto por la Sra. Magistrado preopinante.
Centraré la atención, para el sustento individual de mi argumentación, en el análisis de los aspectos traídos a revisión a esta Cámara.

2.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p.

1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

3.- Los agravios de la parte actora.

3.1. Categoría Laboral. Se agravia la parte demandada por el rechazo de la mayor categoría profesional invocada cuando, de la sentencia recurrida, surge la condena a la misma por un accidente de trabajo acaecido en ocasión de encontrarse realizando el reparto en moto.

En tal sentido, destaco que analizadas las constancias de la causa, así como los términos del recurso, la queja intentada tendrá favorable acogida.

La Sra. magistrada de origen concluyó que no se demostró que el trabajador se hallara incorrectamente encuadrado. En lo que aquí interesa, señalo que el trabajador manifestó en el inicio que debió ser encuadrado en la categoría "Auxiliar B" del CCT 130/75 lo que implicaba una remuneración superior.

En tal sentido, la categoría que requiere se le reconozca es la relacionada con las labores de chofer de corta distancia de vehículos automotores de cualquier tipo afectados al reparto, transporte y/o tareas propias del establecimiento (art 8° CCT 130/75)

En el líbelo de inicio, invocó el actor que realizaba su tarea de reposición de fragancias en distintas zonas de la ciudad en una moto de su propiedad.

Dicha circunstancia se encuentra acreditada, -a mi entender-, en el hecho de que el actor sufrió durante la jornada laboral un accidente de trabajo circulando en motocicleta. Destaco que ello resulta una cuestión no controvertida.

A mayor abundamiento, en ningún estadio del proceso el demandado manifestó o acreditó que se opusiera a que el Sr. T. desempeñara sus labores utilizando dicho medio de movilidad. Tampoco justificó válidamente el correcto encuadramiento en la categoría que lo registró (Auxiliar A del CCT 130/75).

Así las cosas, entiendo que el accionante se desempeñó para la demandada movilizándose en motocicleta y que, en consecuencia, corresponde encuadrar al mismo en la Categoría que reclama es decir, "Auxiliar B" del CCT 130/75.

Por lo tanto, corresponde admitir el reclamo por diferencias salariales por el período agosto 2011 a octubre 2011, los cuales deberán ser establecidos mediante perito contador en la etapa de ejecución de sentencia.

3.2 Jornada Laboral. En cuanto al agravio relativo a la extensión de la jornada, considera el apelante que ha existido una errónea valoración de la prueba por la Sra. Magistrada de Grado al momento de desestimar la existencia de una jornada de trabajo completa.

Adelanto que asiste razón a la recurrente. En el caso corresponder la inversión de la carga probatoria dado que, habiendo afirmado la demandada que la actora se desempeñaba en jornada reducida, y siendo esa una excepción a la contratación por tiempo completo, pesaba sobre su parte alegar y probar las causas objetivas que podían justificar dicha modalidad contractual.

Desde tal perspectiva, el principio de la carga dinámica de la prueba, denominado así por la doctrina procesal moderna, se expresa a través de un conjunto de reglas excepcionales de distribución probatoria, que hace desplazar el "*onus probandi*" del actor al demandado, o viceversa -según el caso- apartándose de las reglas usuales para hacerlo recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

Destaco en tal sentido que la demandada reconoce expresamente al contestar la demanda que en ciertas ocasiones realizaba el actor su labor también durante la tarde.

Por aplicación de la doctrina de los actos propios, al reconocerse que las labores eran realizadas en forma indistinta durante la mañana o tarde sin ejercer un debido control, no hacen más que llevarme a presumir la veracidad respecto a que el actor desempeñó sus labores en jornada completa de lunes a viernes de 9 a 13 hs u de 16 a 20 hs tal como reclamara.

3.3. Procedencia despido indirecto. Se agravia la demandada en cuanto se con1sideran inexistentes las injurias invocadas al momento del despido indirecto en el que se situó el actor.

Al tener por probado, -según indicara al tratar los agravios precedentes- , que el actor se encontraba indebidamente categorizado y que la jornada de trabajo no era a tiempo parcial, -procediendo las correspondientes diferencias salariales reclamadas-, el actor acreditó las circunstancias invocadas al momento de considerarse injuriado y, revistiendo las injurias de entidad suficiente para dejar de lado el principio de conservación del empleado regulado en el art. 10 LCT

En el particular, la falta de cumplimiento de la demandada de las

obligaciones que le impone la L.C.T. en lo que hace a la registración del contrato laboral, -en cuanto a la indebida categorización y que la jornada de trabajo no era a tiempo parcial-, que fueron expresamente requeridos por la parte actora sin resultados positivos, por lo que, a mi entender y como lo afirmara *supra*, constituyen agravio suficiente que justifica la ruptura de la relación laboral en los términos de los art. 242 y 246 de la L.C.T.

Efectivamente, ésta conducta omisiva por parte de la empleadora, no le dejó otra alternativa al dependiente que considerarse gravemente agraviado y despedido indirectamente por su culpa.

En conclusión, por los fundamentos desarrollados en esta cuestión, considero que el despido indirecto en que se colocó el trabajador, resulta procedente en función de lo prescripto por los arts. 62, 63, 242 y 246 L.C.T., ello por cuanto el accionante ha probado en la contienda judicial los hechos constitutivos en los que sustentó su pretensión y la demandada no ha probado los hechos impeditivos o extintivos en que basó su defensa o resistencia.

En consecuencia, deberá abonar el demandado al actor las indemnizaciones por despido incausado la que serán liquidadas al momento de la ejecución de sentencia.

En cuanto las indemnizaciones previstas en la ley 25.323 las mismas no procederán. Cabe tener en consideración que cuando el art. 1 de la ley 25.323 alude a la deficiente registración lo hace en los términos previstos en los arts. 9 y 10 de la ley 24.013, que no se refiere al incorrecto registro de la categoría laboral o deficiencia en la registración de la jornada como supuesto de irregularidad pasible de sancionar.

Por su parte, debe rechazarse el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la Ley 25.323 atento que el trabajador no intimó previamente al

empleador para que éste abone las indemnizaciones derivadas del distracto, por lo que no lo constituyó en mora, presupuesto que la norma estipula expresamente.

3.4 Conclusión. En consecuencia, en base a los resultados de los agravios aquí tratados, corresponde se revoque el fallo en todo lo que ha sido materia de agravio, debiéndose liquidar en la etapa de ejecución de sentencias las diferencias salariales por el período "agosto 2011 – noviembre 2011" considerándose la categoría de Auxiliar B del CCT 130/75 con una jornada de trabajo completa.

Asimismo se deberá abonar al actor las indemnizaciones correspondientes al despido indirecto (arts. 254, 232, 233, art. 156 (vacaciones proporcionales) y art 123 (SAC proporcional).

Finalmente, deberá ajustarse el IBM acorde a las circunstancias resueltas en el presente fallo al practicar la liquidación de las prestaciones de la ley de riesgos del trabajo.

4. Adecuación de costas de primera instancia. Al revocarse la sentencia, resulta de aplicación el art. 282 del CPCC procediendo imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada en su condición de vencida en el proceso (arts. 57 Ley XIV N° 1 y 69 CPCC).

Considero que los honorarios de los profesionales intervinientes en primera instancia deben ser regulados en el porcentual propuesto precedentemente por mi colega integrante de esta Cámara en razón de ajustarse ello a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria (arts. 5, 7, 8, 13, 38 y concs.).

5.- La imposición de costas en la Segunda Instancia. Con relación a la imposición de costas, es de señalarse que las mismas no responden a una cuestión matemática sino que obedecen a factores o elementos de juicio, en cuyas apreciaciones la ponderación judicial juega un papel preponderante. Al respecto, vale decir, que su exención sólo debe acordarse excepcionalmente cuando medien razones muy fundadas, por ello el instituto debe ser aplicado con criterio restrictivo.

Desde esta perspectiva, la imposición de estas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. deverific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), en este orden ideas, corresponde imponerlas en esta instancia a la parte demandada que resulta vencida, ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento del derecho.

6.- La regulación de honorarios en Segunda Instancia a los profesionales intervinientes. Considero que los honorarios de los profesionales intervinientes deben ser regulados en el porcentual propuesto precedentemente por mi colega integrante de esta Cámara en razón de

ajustarse ello a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria (arts. 5, 7, 8, 13, 38 y concs.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil Jalil vota por la **POR LA NEGATIVA.**

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

De compartir el sentido de mi voto los Sres. Jueces de esta Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) **REVOCAR** la sentencia de fs. 418/427 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) **DISPONER** que en la etapa de ejecución de sentencia se liquiden los siguientes rubros: a)las diferencias salariales para el período reclamado de agosto/noviembre de 2011 considerando al actor encuadrado en la categoría Auxiliar B del CCT 130/75 con una jornada de trabajo completa; b) las indemnizaciones derivadas del despido indirecto (arts. 245, 232, 233, vacaciones proporcionales (art 156) y SAC proporcional (art 123) de la LCT), c) recalcular las prestaciones de la ley 24.557 que han sido condenadas, tomando como IBM al que resulte de la remuneración con los parámetros que se resuelven.

3) **READECUAR** las costas y honorarios de primera instancia (art 282 del CPCC).

4) **IMPONER** las costas de la primera instancia a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios sobre el monto del proceso que resulte para los letrados P. S. y L. B. en conjunto y proporción de ley en el 18 %; para los letrados V. M. y D. G. C. en conjunto y proporción de ley

en el 16 %; para el Cr. G. O. M. en el 5% y manteniendo en el 4% los honorarios del CMF. En todos los casos, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 6, 7, 8, 9,39, 60 de la ley arancelaria y art.22 y 23 de la ley XIII N° 18).

5) **IMPONER** las costas en la Alzada a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados que intervinieron en esta sede sobre los que resulten determinados en la instancia anterior, para el Ab. L. B. en el 35 % y para el Ab. D. G. C. en el 28 % sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley

arancelaria).

6. DE FORMA.

A LA SEGUNDA CUESTION: el Sr. Juez de Cámara Dr. Julian Emil Jalil, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2017.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) **REVOCAR** la sentencia de fs. 418/427 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) **DISPONER** que en la etapa de ejecución de sentencia se liquiden los siguientes rubros: a)las diferencias salariales para el período reclamado de agosto/noviembre de 2011 considerando al actor encuadrado en la categoría Auxiliar B del CCT 130/75 con una jornada de trabajo completa; b) las indemnizaciones derivadas del despido indirecto (arts. 245, 232, 233, vacaciones proporcionales (art 156) y SAC proporcional (art 123) de la LCT), c) recalcular las prestaciones de la ley 24.557 que han sido condenadas, tomando como IBM al que resulte de la remuneración con los parámetros que se resuelven.

3) **READECUAR** las costas y honorarios de primera instancia (art 282 del CPCC).

4) **IMPONER** las costas de la primera instancia a la demandada vencida (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios sobre el monto del proceso que resulte para los letrados P. S. y L. B. en conjunto y proporción de ley en el 18 %; para los letrados V. M. y D. G. C. en conjunto y proporción de ley en el 16 %; para el Cr. G. O. M. en el 5% y manteniendo en el 4% los honorarios del CMF. En todos los casos, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 6, 7, 8, 9,39, 60 de la ley arancelaria y art.22 y 23 de la ley XIII N° 18).

5) **IMPONER** las costas en la Alzada a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados que intervinieron en esta sede sobre los que resulten determinados en la instancia anterior, para el Ab. L. B. en el 35 % y para el Ab. D. G. C. en el 28 % sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley

arancelaria).

6. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDL. CONSTE.