----En la ciudad de Trelew, a los 11 días de mayo del año dos mil veintiuno, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara y Dr. Sergio Rubén Lucero para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“L., D. W. c/ D., A. Y. s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley” (Expte. Nº 344 - Año 2020 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 107.----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Vergara dijo:----------

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada según escrito ID 78406 que fuera concedido a fs. 96, contra la sentencia definitiva de la anterior instancia dictada a fs. 89/95 vta. que hizo lugar a la demanda entablada por D. W. L. y condenó a A. Y. D. para que en el plazo de diez días abone al actor la suma de $ 177.979,79, con más los intereses que fija el Banco del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas desde la mora y hasta su efectivo pago, con capitalización de esos accesorios desde la fecha de la notificación de la demanda, y con imposición de costas a la accionada vencida.----------

----La expresión de agravios fue presentada mediante escrito ID 89926, el traslado conferido a fs. 97 no fue evacuado por su contraria, y la apelante formula agravios por el erróneo rechazo de la causal de abandono de trabajo y por la errónea valoración de las testimoniales habidas en virtud de la parcialidad, injusticia y falta de equidad con las que juzgó las mismas.----------

----2. En su primer agravio la apelante impugna el fallo por el erróneo rechazo de la causal de abandono de trabajo, aplicada por su parte al actor debidamente intimado, al sostener el sentenciante que la misma no corresponde por estar la demandada debidamente notificada de los reclamos del actor. Objeta ese razonamiento pues entiende que la Sra. D. no lo estuvo, ya que dichas causales recién entran en conocimiento una vez que ya se había cumplido el plazo intimado y por el cual se hizo efectivo la causal de abandono de trabajo. Expresa que la sentencia se equivoca ya que la causal de abandono fue comunicada al actor y previamente intimada por lo que la causal es válida. Dice que el juzgador además interpreta equívocamente como fueron produciéndose los hechos y actos que dieron lugar a la aplicación de la misma. Se agravia de los considerandos en cuanto el juez de primera instancia dice que “… *no corresponde convalidar el despido si se lo hace en base a la causal de abandono de trabajo, determinado por ausencias, en el caso en que el trabajador haya planteado previamente alguna razón valedera para ausentarse, y lo haya hecho saber en forma fehaciente al empleador…”*. Agrega que el sentenciante mantiene su posición errónea al

decir que: *"… teniendo en cuenta lo expresado, el despido por abandono de trabajo al que fue sometido L. es ilegal, ello dado que la intimación a reintegrarse a trabajar realizada por la demandada, fue efectuada el día 5 de abril, siendo que el actor ya le había comunicado dos días antes que retendría su fuerza de trabajo por razones que como se vio son valederas…"*. Manifiesta que el juzgador interpreta erróneamente como se fueron dando las comunicaciones realizadas por las partes, haciendo una interpretación equivocada, en cuanto a las fechas de envío y recepción de las mismas, como asimismo en qué momento producen efecto estos envíos en cuanto a su contenido. Transcribe lo expuesto en el fallo respecto de la sucesión de envíos postales que sirven de antecedente para decidir la causa y que luce al punto II del considerando (ver fs. 91 vta./92, último y primer párrafo, respectivamente). Entiende que el primer telegrama que envió el actor con fecha 3 de abril nunca fue recepcionado por su parte por tratarse de un domicilio inexistente. Afirma que nunca pudo saber antes de la segunda misiva enviada por el actor con fecha 9 de abril, cuáles eran las causales que el mismo esgrimía para no presentarse a trabajar. Dice que la intimación cursada por la cual se intimaba al trabajador bajo apercibimiento de aplicar la sanción de abandono de trabajo se realizó con fecha 5 de abril de 2018. Estima que si la intimación en la cual se lo intima a L. a quedar incurso en abandono de trabajo fue realizada antes de tener conocimiento su parte de las causales que invocaba el actor, su posterior sanción fue aplicada en tiempo y forma tal como lo dispone la ley. Por eso entiende que el a quo se equivoca y hace una interpretación errónea en contra de su parte al no tener en cuenta que la falta de notificación del primer telegrama enviado por el actor no es de su responsabilidad. Agrega que es evidente que la falta no se le puede reprochar si no al correo que no buscó el domicilio y prefirió colocarle domicilio inexistente. Sostiene que la doctrina que el sentenciante menciona no se ajusta a como se dieron los hechos en esta causa, siendo totalmente diferente el desarrollo de los mismos en cuanto a contenido e intimación. Transcribe la que considera errónea interpretación al decir que: *"Si bien la primera comunicación, que fue fallida, fue realizada al domicilio consignado en el recibo de sueldo de Fontana 490, la segunda, que repito fue en los mismos términos, llegó efectivamente a la demandada, por lo que la considero como una notificación fehaciente..."*. Frente a ello se pregunta la apelante cómo puede el "a quo" considerar fehaciente una notificación, cuando esta nunca llegó al conocimiento de esta parte y sobre todo cómo le da valor jurídico a las causales invocados por el actor, cuando éstas recién fueron conocidas por esta parte con el telegrama remitido por el actor con fecha 9 de abril, el cual fue enviado posteriormente a la recepción por parte de éste de la intimación cursada por esta parte con fecha 5 de abril. Entiende que se está dejando de lado la teoría de la recepción que se aplica a las misivas en el ámbito laboral, haciendo lugar a lo que el juzgador según su errado criterio corresponde. Transcribe doctrina y jurisprudencia sobre "las misivas enviadas por trabajador al empleador y la falta de

recepción” extraída de Microjuris.com Argentina, autor Serrano Alou Sebastian, MJ-DOC 5355 MJD 5355, referida a la “teoría de la responsabilidad del riesgo por el medio empleado”. Concluye que surge con claridad que si el empleador no recibe la notificación por una causal o razón ajena a su exclusiva responsabilidad, no se lo puede considerar debidamente notificado. Por ello considera que el abandono de trabajo en el que incurrió el actor es totalmente válido y efectivo.----------

----Al ingresar al análisis de la primera queja y con relación a la doctrina a la que alude la recurrente en su primer agravio (Serrano, Alou, Sebastián, “Las misivas enviadas por el trabajador al empleador y la falta de recepción”, disponible en línea: http://ar.microjuris.com/ MJ-DOC-5355-AR / MJD5355) (ver escrito, página 5, penúltimo párrafo), pongo de relieve que la misma referida a la “teoría de la responsabilidad por el medio empleado” ya fue objeto de tratamiento por el suscripto en c. 97.17, S.D.L. 34/17 y c. 430/17, S.D.L. 01/18. A su vez, señalo que la citas que obran en la expresión de agravios a partir del último párrafo de la página 5 y hasta el último párrafo de la página 7 ((Nros. 2, 3, 5, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, doctrina y fallos) responden parcialmente a las que el autor antes mencionado realiza bajo notas Nros. 1 a 28.----------

----Digo esto a fin de establecer si esa referencia a doctrina y jurisprudencia resulta de aplicación al caso y desde ya adelanto una respuesta negativa por las razones que a continuación expongo.----------

----Para ello destaco que no hubo una errónea interpretación del juzgador en cuanto al intercambio de comunicaciones realizadas por las partes como pretende sostener la recurrente en su expresión de agravios (ver escrito, página 3, tercer párrafo). Nótese que el intercambio epistolar habido fue claramente expuesto en la sentencia bajo acápites 1, 2, 3 y 4 (ver fs. 91 vta./92, último y primer párrafo, respectivamente), así lo transcribió la apelante (ver escrito, páginas 3/4, último y primer párrafo, respectivamente), y así surge de la documental reservada (fs. 4 y fs. 5 -3/04/2018-, fs. 6 -5/04/2018-, fs. 7 -9/04/2018-, fs. 8 -16/04/2018-). Ello sin perjuicio de que posteriormente el actor remitió el 23/04/2018 un nuevo telegrama el que fue contestado por la demandada el 03/05/2018 (ver fs. 9 y 10 de la documental reservada).----------

----En esa misma dirección observo que tampoco incurrió en error el sentenciante respecto de la primera comunicación cursada por el entonces trabajador el 03 de abril de 2018 pues claramente expuso que ese “… ***telegrama dirigido al domicilio de Fontana X*** … ***fue devuelto por ser domicilio inexistente***” (ver fs. 91 vta., último párrafo, p. 1). ----------

----Respecto de dicha circunstancia la quejosa dice que el juzgador incurrió en errónea interpretación para lo cual alude a lo expuesto en el fallo a fs. 92 vta., primer apartado del penúltimo párrafo, en cuanto sostiene que: “***Si bien la primera comunicación, que fue fallida, fue realizada al domicilio consignado en el recibo de sueldo de Fontana X, la segunda, que repito fue en los mismos términos, llegó efectivamente a la***

demandada, por lo que la considero como una notificación fehaciente. …". ----------
----Reitero, la recurrente dice que hubo una errónea interpretación de los hechos y luego formula interrogante en cuanto a "cómo puede el "a quo" considerar fehaciente una notificación, cuando esta nunca llego al conocimiento de esta parte …" (sic) (escrito, página 5, segundo párrafo).----------
----Como puede observarse la pretendida crítica no es tal pues al inicio del párrafo que antes transcribiera el sentenciante señaló que la primera comunicación dirigida a la calle Fontana 490 resultó fallida, agregando que la siguiente sí llegó efectivamente a conocimiento de la demandada y es por ello que la segunda la consideró "una notificación fehaciente". Nunca dijo el juzgador que la primera fuera una notificación fehaciente, por el contrario expuso que la misma resultó fallida. De tal modo, la manifestación efectuada por la quejosa carece de sustento pues presenta un claro desajuste respecto del razonamiento del juzgador.----------
----En ese contexto, cabe precisar que la primera comunicación del trabajador de fecha 03-04-2018 cursada a Fontana X, Trelew, fue devuelta por domicilio inexistente (CD X, fs. 5 de la documentación reservada y reverso de fs. 4), tal como lo puntualizara el Sr. Juez de la primera instancia. En cambio, la segunda comunicación del 09 de abril de 2018 dirigida a Fontana X (CD X, fs. 7 de la citada documental), enviada 6 días después, sí llegó a conocimiento de la empleadora y por eso es notificación fehaciente. En ese sentido agrego que la patronal en su carta documento del 16 de abril de 2018 (CD X, documental reservada, fs. 8) en su segundo párrafo hizo referencia expresa a ese segundo telegrama al rechazar el mismo ("… 2. En respuesta a su TCL (CD X) de fecha 09/04/2018, rechazo el mismo por falaz, mendaz, temerario y malicioso…").----------
----Por eso, el sentenciante luego de indicar que el telegrama del 3 de abril de 2018 enviado por el actor al domicilio de Fontana X fue devuelto por ser domicilio inexistente (ver fs. 91 vta., punto 1) del último párrafo), bien puntualizó a fs. 92 vta., segundo párrafo, que: ***Como ya expresara, en el caso, el actor envió el día 3 de abril de 2018, un telegrama que fue reiterado a los 6 días, en donde intimaba a la empleadora a abonar diferencias de sueldo en razón de que trabajaba más horas que las que se le pagaban y que se lo había inscripto en una fecha posterior a la que comenzó a trabajar, comunicaciones en las que expresó que "hago reserva de presentarme a laborar hasta tanto Ud. cumpla las principales y máximas obligaciones (a) su cargo como empleadora que le fueron intimadas"***.----------
----Efectuadas tales precisiones, lo que pretende argumentar la recurrente es que el reclamo del actor del 9/04/2018 recién entró en su conocimiento una vez cumplido el plazo de la intimación (con referencia al plazo fijado de 48 horas para presentarse a trabajar), y por eso manifiesta que hizo efectiva la causal de despido por abandono de trabajo. Así, sostuvo que "Objeta ese razonamiento pues entiende que la Sra. D. no lo estuvo, ya que dichas causales recién entran en conocimiento una vez que ya se había

cumplido el plazo intimado y por el cual se hizo efectivo la causal de abandono de trabajo" (ver página 2 del escrito, final del primer párrafo del acápite "**Agravia a esta parte**") (el subrayado me pertenece). Es entonces en ese marco que intenta justificar "… que la **causal de abandono de trabajo** que fuera debidamente comunicada al actor y previamente intimada al mismo con fecha 5 de abril de 2018 … **es válida** y se encuentra determinada fehacientemente por la Ley 20.744 en su art. 244 … " (escrito, página 2, último párrafo) (el resaltado me pertenece).----------

----Desde ya adelanto que ese posicionamiento de la apelante resulta inatendible toda vez que la empleadora antes de dar por despedido a su dependiente por un supuesto abandono de trabajo (carta documento del 16/04/2018) ya tenía conocimiento que el trabajador le había efectuado reclamo por diferencias salariales al cumplir una jornada más extensa y en días feriados no abonadas y también requerimiento de registración con su verdadera fecha inicial, sueldo devengado y jornada cumplida (telegrama del 09/04/2018).----------

----Y ante ese conocimiento de la patronal acerca de los reclamos efectuados por el dependiente bien expuso el sentenciante a fs. 92/vta., que: ***La causal de abandono de trabajo que fue esgrimida por la empleadora para despedir al trabajador, requiere por parte de este último que una violación voluntaria e injustificada del trabajador a sus deberes de asistencia y prestación efectiva del trabajo. Es decir, no corresponde convalidar un despido si se lo hace en base a la causal de abandono de trabajo determinado por ausencias, en el caso en que el trabajador haya planteado previamente alguna razón valedera para ausentarse, y lo haya hecho saber en forma fehaciente al empleador. Se trata de la aplicación en el Derecho Laboral de la excepción de incumplimiento, propia del Derecho Común para los contratos bilaterales, entre los cuales se encuentra el contrato de trabajo, y que requiere que el incumplimiento alegado de la otra contratante sea una obligación principal del contrato (art. 1031 C.C.yC.). Se ha dicho sobre el tema que, "en cuanto a las circunstancias que configuren el abandono deben ser culposas –o mejor dicho, voluntarias- esto puede decirse y entenderse con alcance variable. Una primera comprensión posible de este requerimiento es la de que así se puntualiza acertadamente que no pueden configurar abandono las ausencias correspondientes a licencias (que ni siquiera serían ausencias) o las que se deban al ejercicio, por parte del trabajador de la excepción de incumplimiento contractual reflejo (non adimpleti contractus) o aún a la inasistencia del trabajador frente a un ejercicio que entiende indebido del ius variandi por parte del empresario. Aunque este último con relatividad, porque el trabajador que alega algo sobre lo que carece de razón para mantenerse ausente, en definitiva, dentro o fuera del art. 244 L.C.T., queda en mora porque no tiene causa de justificación que corrija la morosidad" (conf. R. Bosco, Luís E. en Rodriguez Mancini, Ley de Contrato de Trabajo***

comentada, tomo IV, pág. 386).----------

----Ante tales fundamentos sostener como lo hace la quejosa que esa cita de doctrina "… no se ajusta a como se dieron los hechos en esta causa, siendo totalmente diferente el desarrollo de los mismos en cuanto a su contenido e intimación" (ver escrito, página 5, primer párrafo) no conmueve el razonamiento dirimente expuesto en el fallo.----------

----En ese sentido, si frente a la intimación cursada por la patronal y previo al despido el trabajador no guardó silencio sino que efectuó reclamos (diferencias salariales y registración acorde en función de la fecha de inicio de la relación, sueldo devengado y jornada cumplida) y a su vez hizo reserva de presentarse a laborar hasta tanto se cumplan los mismos (ver telegrama del 09/042018, fs. 7 de la documental reservada) no resulta la intención de hacer abandono del vínculo laboral.----------

----Así se expresa que: "1. El abandono de trabajo como causal de despido debe ser probado fehacientemente por quien lo alega, lo que implica demostrar también la intencionalidad del trabajador, es decir, su conducta concreta y voluntaria. 2. Si ante el emplazamiento del empleador el empleado no permaneció en silencio, sino que contestó que se oponía al mismo hasta que aquél cumpliera con la debida registración, no se evidenciaba la intención de abandonar la relación laboral, sino, muy por el contrario, se abstenía de concurrir como única manera de lograr lo que él pretendía y que consideraba la contraprestación debida en correspondencia con la propia. 3. Si previo al distracto el actor había emplazado a la recurrente a que registrara la relación laboral en forma, el empleador se encontraba en mora y mal podía emplazar al trabajador a que cumpliera su débito laboral cuando él mismo no había cumplido con sus obligaciones" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala 2ª, 26/02/2003, "Lucatto, Fernando A. v. Cáceres, Carlos A.", LNL, 2003-05-380, Cita Online: 40000145). Y si bien se refiere a un caso acerca del ejercicio del "ius variandi", y no respecto a diferencias salariales y registración como en el presente, la conclusión resulta aplicable y por ello hago referencia a un fallo en el que se sostuvo que: "Si los trabajadores comunicaron a la empleadora su determinación de hacer retención de sus débitos con fundamento en el art. 1201 del Cód. Civil frente al ejercicio de un "ius variandi" que consideraron abusivo, la imputación de abandono formulada para despedir, no se corresponde con la realidad, por lo que resultan viables las reclamaciones indemnizatorias, con independencia de la eventual regularidad de las medidas modificatorias en debate" (CNTrab., sala VIII, agosto-18-995, "W., W. J. y otros c. V. S.A.", D.T. 1996-A, 278). Desde ya aclaro que si bien por la fecha de los hechos en la presente causa se aplica el C.C.y C., este ordenamiento contiene en el art. 1031 una norma que incluye la *exceptio non rite adimpleti contractus* (ver Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, T. VI, pág. 46). Así, con referencia a esa excepción se sostiene que uno de los principales supuestos señalados por la doctrina respecto a la aplicación supletoria del derecho civil, es la excepción de

incumplimiento. La aplicación del art. 1201 del cód. civil ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia laboral, permitiendo al trabajador negar su prestación de servicios, sin pérdida del salario, en casos de incumplimiento por el empleador de sus obligaciones fundamentales. La jurisprudencia ha señalado que “el art. 1201 del Código Civil que fija el principio de la “exceptio non adimpleti contractus” tiene plena vigencia dentro del derecho individual del contrato de trabajo, ya que no encuadra en ninguna de las dos siguientes limitantes: a) existencia de norma laboral diferente, b) incompatibilidad con los principios generales de trabajo (ver Livellara, Carlos Alberto, “Retención de tareas por el trabajador vs. Abandono de trabajo dispuesto por el empleador”, LLGran Cuyo 2012-febrero, 13, Cita Online: AR/DOC/212/2012).----------

----Con ese alcance, señalo que no toda ausencia refleja la existencia del elemento subjetivo y en la presente causa frente a la intimación de la empleadora el trabajador no guardó silencio, sino que por el contrario efectuó reclamos y retuvo tareas hasta el cumplimiento de las obligaciones exigidas a ésta. Por eso se indica que es necesario, además de la previa intimación al trabajador, que quede evidenciado su propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna, y la nota que lo caracteriza es en principio y generalmente, el silencio del dependiente (SC Buenos Aires, noviembre 8-994, “Aranda, Rodolo A. c. Ostrovsky, Marcos”, TySS 1996-40). La retención de tareas decidida por los trabajadores y comunicada formalmente a la empleadora, constituyó una medida lícita, justificada por las deudas salariales existentes, por lo que no puede considerarse legítimo el despido fundado en esa abstención (CNTrab., sala IV, “G., Á. R. y otros c/ L. I. E. de T. de P. S.A. y otros s/despido”, 10/02/06, SD 91.165, elDial AA32B3). Para que se configure como causal específica del despido el abandono de trabajo, que contempla el art. 244 L.C.T., es necesario determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas, porque no toda ausencia refleja la existencia de ese elemento objetivo (CNTrab., sala 3ª., 30/06/1997, “P. de L., A. v. B. C. S.A.”; sala 10ª, 27/12/2001, “M., M. T. V. A. S.A.”) (ver “Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, supervisado por Julio Armando Grisolía, Lexis Nexis Argentina, 2006, fallos nos. 1997 y 1998, pág. 353).----------

----Por tales razones, se rechaza el primer agravio referido a la causal de abandono del trabajo.----------

----3. Antes de ingresar a la segunda queja cabe poner de relieve que el juzgador con acierto a fs. 92 vta., último párrafo, consideró que ***para que sea válida y justificada la ausencia a trabajar como una excepción ante el incumplimiento de la empleadora, es necesario que las razones alegadas sean ciertas***. ***En especial las referidas a las diferencias salariales, que se deben en lo central a la distinta cantidad de horas trabajadas en relación a las pagadas.***----------

----Por eso, en el caso de que el trabajador no acredite las causales invocadas para hacer

retención de tareas se entiende que la demanda debe rechazarse (ver CNTrab., sala I, 28/09/2011, por mayoría, “B., E. R. c. G. G. S.A. s/despido”, Cita Online: AR/JUR760809/2011). Y en comentario a ese fallo se dice que: “Pareciera ser entonces, que la suerte del litigio estará ligada a la comprobación o no, de las causales invocadas para hacer la retención de tareas. … Es decir, por un lado podría entenderse que no se ha configurado una actitud de abandono de trabajo cuando el empleador ha tenido debido conocimiento de que su dependiente estaba formulando un requerimiento que entendía le correspondía -ya que el abandono de trabajo supone la actitud del trabajador de ausentarse en forma intempestiva e injustificada del trabajo, es decir, de dejar su empleo sin dar aviso ni expresar la causa- y por tanto no quedaría más que concluir que el derecho de extinguir la relación de trabajo por abandono (conf. art. 244 de la L.C.T.) no fue ejercido en forma eficiente por la empleadora, debiendo consecuentemente cargar con las pertinentes consecuencias indemnizatorias. Pero por otro lado, también es cierto que no pueden soslayarse otras circunstancias que rodearon al despido y que pueden dar lugar a otra interpretación –y de hecho así ha sucedido en el caso que comentamos- y que han sido las que en definitiva fueron tenidas en cuenta para resolver el litigio. …” (Baldiviezo, Claudia Marcela, “El ejercicio del derecho a retener tareas y su relación con el despido por abandono de trabajo”, en “Revista Derecho del Trabajo”, Etala, J. José (h), Director, N° 9, septiembre 2012, pág. 2367).----------4. Efectuadas tales precisiones, la recurrente en su segundo agravio dice que el sentenciante hizo una interpretación muy subjetiva y parcial de los testimonios realizados en la causa, dándole importancia y suma trascendencia a lo que los testigos que pudieron coincidir en parte con el actor y por otro lado tachando, rechazando e incluso haciendo una interpretación muy propia y muy viciada de parcialidad en cuanto a los testigos de su parte. Indica que el agravio en cuestión es sobre la totalidad de la prueba testimonial. Señala que el a quo respecto de la declaración del testigo C. M. sostiene en los considerandos que *“…no solo que no me mereció credibilidad en sus dichos, sino que por las contestaciones inverosímiles y contradictorias que tuvo, no lo considerare para el dictado de la sentencia … Y digo inverosímil porque el testigo a la par de decir que iba a trabajar al negocio de la demandada, dice que no le pagaban, que no tenia en ese momento ningún negocio con la demandada ni su pareja…lo que lo coloca en una situación ideal para atestiguar…”* . Entiende la apelante que en esta causa no se está juzgando al testigo M., se está escuchando lo que tienen para decir o aportar los testigos según su apreciación o lo que saben de la relación entre las partes, decir que porque no cobra no se lo considera, para nada tiene de justo o de reprochable. Es más, el testigo si afirma que conoce a la pareja de la demandada desde hace mucho tiempo, que tuvieron un negocio en común y que los ayuda en la temporada que su trabajo disminuye. Dice que no son cuestiones que lo coloquen como un testigo no creíble. Estima que el testigo M. aportó varios elementos importantes a la causa, dentro de su esfera de

conocimiento que fueron dejado de lado, porque así lo consideró el sentenciante. Así por ejemplo cuando se le preguntó *"…cuales eran las tareas que desempeñaba L. en dicho restaurante, a lo que CONTESTO: era mozo".* Cuando se le preguntó los días y horarios que trabajaba L. dijo que "*trabajaba todos los días de la semana menos los martes…a las 23:00 se cerraba la cocina y a las 23.30 los mozos ya se iban…"*. Respecto de la testigo D. señala la demandada que también aportó declaración sobre puntos importantes, pero que al sentenciante no le bastaron. Pone de relieve la segunda pregunta que le hacen:*"…en los días en que Ud. iba, cuáles eran los días y horarios en los que trabajaba L., a lo que CONTESTO: yo entraba a las 19:30 hasta las 24:00 hs ese era el horario de cocina…yo trabaje con D. de noche en el mismo turno. No se el horario en el que se iba L.… A veces ellos salían antes…"*. Con referencia a la declaración de la testigo T., considera que si se le prestó atención ya que el juzgador expresa *"…le otorgaré la razón al actor, dado el preciso y circunstanciado testimonio de T. resulta inapelable…".* Remarca la falta de declaración del Sr. J. Z., al que se lo consideró comprendido en las generales de la ley, siendo este un testigo fundamental que podría haber aportado claridad en cuanto a causales que originaron la extinción del vínculo laboral, el funcionamiento del local comercial y la función del actor en su trabajo. Dice que el testigo ideal para el sentenciante resultó ser T.. Peticiona se haga lugar al recurso de apelación, con costas.----------

----Al respecto, toda vez que el agravio se circunscribe a la prueba testimonial ("El agravio en cuestión es sobre la totalidad de la prueba testimonial …", ver escrito, página 8, segundo párrafo del segundo agravio), se advierte que la quejosa no impugna un razonamiento del fallo que a mi criterio resulta esencial al precisar a fs. 93, tercero y cuarto párrafo, que: ***A su vez sobre el tema, dice L. que por aplicación del C.C.T. 389/04, aplicable a la actividad, se establece en su art. 7.7 la obligatoriedad de que los contratos a tiempo parcial deben instrumentarse por escrito, en tanto que ello no ocurrió en el caso, y que la jornada laboral debió ser remunerada conforme lo dispone el art. 92 ter L.C.T., como de jornada completa***. ***Sobre esta última cuestión es cierto lo afirmado por el actor que para los trabajadores contratados a tiempo parcial, según el artículo e inciso mencionado, el C.C.T. 389/04 aplicable al caso establece que dichos contratos deben instrumentarse por escrito.***----------

----Desde ya que no existe duda alguna que en el caso la demandada consideró al actor como trabajador a tiempo parcial, para lo cual destaco que esa parte al contestar demanda negó que trabajara en una jornada completa. Es más, negó que la prestación del actor superara las 2/3 partes de la jornada legal (ver p. II – NEGATIVA, acápites 8 y 9, fs. 14 vta.).----------

----En ese contexto, es evidente que el art. 7.7. del C.C.T. 398/04 dispone que en el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial (art. 93 ter, L.C.T.) debe instrumentarse por escrito, forma escrita incumplida en la presente causa por la empleadora. De tal modo,

al no haber sido instrumentado por escrito esa modalidad excepcional de contratación (trabajo a tiempo parcial) conforme lo prescripto por el art. 7.7. del C.C.T. 389/04, era la demandada y no el actor quien debía acreditar mediante prueba testimonial la jornada de trabajo invocada en su escrito de contestación (ver p. III, fs. 15 vta., penúltimo párrafo).----------

----Digo esto ya que tratándose de un contrato de trabajo a tiempo parcial, es carga del empleador acreditar que el trabajador realizaba una jornada reducida (CNTrab., sala V, 14/08/2003, “O., R. K. c/ C. C. S.R.L. y otro”, citado por Rodríguez Mancini, Jorge, Director, ob. cit., T. III, págs. 748/749). El contrato de trabajo a tiempo parcial es una modalidad excepcional de contratación que prevé el art. 92 ter de la LCT, y por ello, el empleador que alega una contratación en esos términos debe probar los presupuestos condicionantes de su procedencia (art. 377 del CPCCN) (CNTrab., sala VIII, expte. Nº 3527, Sent. 30.582, 31/05/02, “N., M. c/H. S. F. P. A. S.A. s/diferencias de salarios” (B. – M.-) el Dial.comAL755). El onus probandi de la existencia de la modalidad contractual del contrato a tiempo parcial está en cabeza del empleador (Quintana, Gustavo Fabián, “Los efectos de la jornada reducida”, en Revista de Derecho del Trabajo, La Ley, Año LXXI, Nº 2, febrero 2011, pág. 299). Es criterio de esta sala “B”, en reiterados pronunciamientos, entre otros, c. 18.734, S.D.L. 26/03, c. 22.527, S.D.L. 14/08, c. 22.560, S.D.L. 21/08, c. 22.605, S.D.L. 24/08, c. 22.919, S.D.L. 04/09, c. 233/09, S.D.L. 51/09, c. 508/09, S.D.L. 91/09, c. 168/10, S.D.L. 21/10, c. 619/13, S.D.L. 34/13, y c. 275/15, S.D.L. 24/15, y c. 210/15, S.D.L. 31/15, c. 572/18, S.D.L. 25/19, c. 09/19, S.D.L. 34/19, y más recientemente en c. 156/20. S.D.L. 16/2020.----------

----Con ese alcance, es evidente que el agravio se encuentra desierto por insuficiencia técnica del mismo.----------

----Sin perjuicio de ello, la pretendida crítica en el sentido de la falta de declaración del Sr. J. S. que a criterio de la apelante era un testigo fundamental resulta inaudible. En efecto, ese testigo dijo que es novio de la demandada y pareja conviviente desde hace tres años y medio, por lo que atento a esa vinculación el juzgador dispuso no tomarle declaración (ver acta, fs. 54). Tal decisión resultó una denegación de prueba y en consecuencia debió ser apelada por la accionada conforme lo establece el art. 23 de la Ley XIV N° 1, de modo que pretender introducir en los agravios esa circunstancia procesal resulta inaudible y conduce a descartar el testimonio de J. P. S. ante la ausencia de vía recursiva específica.----------

----Respecto de la declaración del testigo M. H. C. M. el juzgador valoró que no le merecía credibilidad por resultar inverosímil que dijera que trabajaba sin que le pagaran, sumado a las contradicciones que tuvo (ver fallo, fs. 93 vta., tercero y cuarto párrafo). Nótese que la apelante en lo que hace a la verosimilitud se limita a expresar “… decir que no cobra no se lo considera, para nada tiene de justo o de reprochable” (ver escrito, página 9, dos primeros renglones), y ello carece de crítica concreta y razonada.----------

----Por lo demás señalo que se sostiene que para que el juez pueda darle credibilidad al testimonio es indispensable que aparezca verosímil la ocurrencia de tales hechos (ver Devis Echandía, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1970, T. II, par. 242, pág. 271). Y lo cierto es que comparto el criterio del sentenciante que no resulta verosímil que a una persona que tiene una consultora, es contratista y se dedica a hacer casas y remodelaciones, y que además es amigo pero no íntimo con J. P. (por S.) (ver respuesta a las generales de la ley, fs. 55), concurriese a Costa Bogavante los fines de semana y algunos días en la semana de 20 hs. a 23.30 o 24 hs. cuando se quedaban a hacer los pedidos (respuesta a la 1ª pregunta), y que esa ayuda era en verano, enero, febrero y marzo (respuesta a la 5ª pregunta, fs. 55 vta.) no le pagaran (respuesta a la 9ª pregunta, fs. 55 vta.). Esto es, no es verosímil que una persona concurra en forma asidua los fines de semana y algunos días de la semana, por un lapso de alrededor de cuatro horas, a una explotación comercial sin ser amigo íntimo de la dueña y no cobre por sus servicios, todo lo cual le quita credibilidad a sus dichos, lo que así pondero conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 del C.P.C.C, remisión del art. 44 de la Ley XIV N° 1).----------

----Por tal razón, las manifestaciones realizadas en cuanto a que se trata de un testigo que conoce a la pareja desde hace mucho tiempo, que tuvieron un negocio en común y que los ayuda en la temporada que su trabajo disminuye, y que por ello “No son cuestiones estas que lo coloquen como un testigo no creíble” (sic), no se erigen en una crítica concreta toda vez que no conmueven la falta de credibilidad de ese testigo en razón de lo inverosímil de su relato. Adviértase también que en la pretendida crítica nada dice la demandada acerca de las contradicciones en las que incurrió el testigo. Así por ejemplo dijo que la cocina cerraba a las 23 y que a las 23.30 los mozos ya se iban (respuesta a la 3ª pregunta, fs. 55). Ello se contradice palmariamente con lo declarado por S. N. D. que trabajaba en la cocina (respuesta a las generales de la ley, fs. 56) y que expresó que el horario de cocina era hasta las 24 hs., y que además tenían que hacer la limpieza y salían más tarde, 00.30 o 1.00 (respuesta a la 2ª pregunta, fs. 56/vta.), agregando que no sabía a qué hora se retiraba L. ya que la cocina terminaba antes (respuesta también a la segunda pregunta), y que un mozo rara vez se retiraba a las 23.30 (respuesta a la cuarta repregunta, fs. 56 vta.). Ese horario de cocina manifestado por D. coincide con los dichos de D. J. T. (respuesta, últimos renglones de fs. 61 vta.). Y si la cocinaba estaba abierta hasta las 24 horas, y el personal de cocina se retiraba alrededor de las 0.30 o 1.00 antes que los mozos, no resulta verosímil que C. M. dijera que los mozos ya se iban a las 23.30 hs. Agrego también otra contradicción ya que dijo que L. a veces estaba solo (respuesta a la 1ª pregunta, fs. 55), lo que se contradice con la declaración de D. al manifestar que había dos mozos (respuesta a la 1ª pregunta, fs. 56), lo que corrobora T. al decir que era “ayudante de los mozos” (respuesta, último renglón de fs. 61).----------

----De tal modo, al igual que el juzgador considero que los dichos del testigo C. M. carecen de credibilidad ya que su relato es inverosímil y contradictorio, lo que así pondero de acuerdo a las reglas de la sana crítica.----------

----Tampoco resulta favorable a la posición de la demandada (en la contestación sostuvo que el actor cumplía una jornada de tiempo parcial) la declaración de D. y por eso no se entiende cual es la crítica. En efecto, D. no aportó “puntos importantes” (sic) como dice pues no sabía el horario en que se iba L. (“ … No sé el horario en el que se iba L., porque la cocina termina antes, en general. …”, respuesta a la 2a pregunta, fs. 56 vta.).----------

----En síntesis, descartada la crítica acerca de la falta de declaración de S. por no estar habilitada la instancia ante la ausencia de la vía recursiva específica, al no resultar creíbles los dichos de C. M., escaso conocimiento de la testigo D., y en atención a la declaración de T. debidamente ponderada por el juzgador que no fue rebatida por la apelante ya que se limitó a decir que para el juez fue “testigo ideal” (ver escrito, página 9, último renglón), la patronal no acreditó que el actor trabajara a tiempo parcial, carga que pesaba a su cargo pues esa modalidad de trabajo es excepcional como ya se señalara.----------

----Por tales razones, ante la evidente insuficiencia técnica del agravio corresponde declarar desierto el mismo (art. 60 de la Ley XIV N° 1 y arts. 268 y 269 del C.P.C.C.).----

----5. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota ante el fracaso de sus agravios (art. 69 del C.P.C.C.).----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios del Dr. O. R. R., letrado patrocinante de la accionada, en la suma porcentual equivalente al 3,25% del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. que pudiere corresponder.----------

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Mediante presentación ID 78406, la parte demandada ha planteado recurso de apelación en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos, obrante a fs. 89/95 vta. ----------

----La sentencia apelada resuelve hacer lugar a la demanda entablada por el Sr. D. W. L. en contra de la Sra. A. Y. D., condenando a esta última a que, en el plazo que se fija, le abone al actor la suma de $ 177.979,79 con más los intereses que indica a calcular desde la mora y hasta su efectivo pago, con capitalización desde la notificación de la demanda. Todo ello con costas a la demandada. ----------

----Por escrito ID 89926, se presentó la expresión de agravios. ----------

----Ordenado su traslado a la parte actora mediante providencia de fs. 97, el mismo no fue evacuado. ----------

----I.- La reseña de los agravios formulados ha sido realizada de manera completa y clara por el magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias. ----------

----Resulta útil, en cambio, identificar cuáles son los cuestionamientos dirigidos al fallo apelado. Estos son: 1) rechazo de la causal de abandono de trabajo invocada; y, 2) valoración de la prueba testimonial. ----------

----II.- En los límites determinados por el contenido de los agravios identificados ingresaré a su tratamiento siguiendo el mismo orden con el que fueran planteados. ----------

----1) Rechazo de la causal de abandono: Estimo necesario y conveniente comenzar el examen del agravio del epígrafe seleccionando de lo considerado por el juzgador de grado aquel argumento que resultó dirimente para concluir desestimando la causal de abandono invocada por la patronal demandada aquí recurrente. ----------

----Así, pues, el juzgador a quo, luego de referir a cuándo puede invocarse válidamente el abandono de trabajo determinado por ausencias del trabajador, con apoyo en cita de doctrina a la cual remito para su lectura, expresó lo siguiente, a saber: *"...en el caso, el actor envió el día 3 de abril de 2018, un telegrama que fue reiterado a los 6 días, en donde intimaba a la empleadora a abonar diferencias de sueldo en razón de que trabajaba más horas que las que se le pagaban y que se lo había inscripto en una fecha posterior a la que comenzó a trabajar, comunicaciones en las que expresó que "hago reserva de presentarme a laborar hasta tanto Ud. cumpla las principales y máximas obligaciones (a) su cargo como empleadora que le fueron intimadas".* (Sic) (Ver: 2º apartado del considerando de fs. 92 vta.).----------

----A continuación, el judicante adujo que tal conducta del trabajador configura la excepción a la causal de abandono por ausencias invocada por la empleadora demandada desde que *"...expresa que se abstiene de cumplir con las obligaciones a su cargo hasta que la empleadora cumpla con las suyas..."*, añadiendo de continuo en relación a las intimaciones cursadas por el trabajador que *"...si bien la primera comunicación, que fue fallida, fue realizada al domicilio consignado en el recibo de sueldo de Fontana X, la segunda, que repito fue en los mismos términos, llegó efectivamente a la demandada, por lo que la considero como una notificación fehaciente. Ello sin perjuicio de que el primer telegrama que envió el trabajador sirve para demostrar cuál era su postura frente al conflicto..."* (Sic) (Ver: 3º y 4º párrafos del considerando de fs. 92 vta.). ----------

----Entiendo que la transcripción realizada resulta trascendente por cuanto pone en el tapete del análisis cuál fue el pilar argumental determinante sobre el cual se basó toda la motivación expuesta a posteriori, y en tanto se alza como la razón a partir de la cual

se concluye desestimando la causal de abandono que fuera invocada por la patronal para justificar el despido directo que decidiera y comunicara al trabajador actor en estos autos. Básicamente consiste en que el trabajador no tuvo voluntad alguna de abandonar su trabajo sino que pretendía que su empleadora cumpla con las obligaciones que denunciara incumplidas y por las que intimó a la patronal durante el intercambio epistolar previo al despido.----------

----En esta misma inteligencia se ha dicho que para la configuración del abandono de trabajo como causal extintiva sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, se exige una exigencia de tipo formal: intimación previa al obrero a presentarse a trabajar para dar cumplimiento a la obligación principal asumida por éste al concretarse el contrato de empleo -la que prima facie fue satisfecha en la especie-, y la convergencia de dos elementos: uno de tipo objetivo, que radica en la no concurrencia al trabajo -dato éste no controvertido en autos-, y otro de tipo subjetivo, representado por la voluntad del empleado de no reintegrarse al empleo, que es aquél recaudo que no ocurre en la especie según lo estableciera en la porción transcripta el juez a quo (Conf.: Ojeda, Raúl H., coordinador, “Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2ª ed., año 2011, T. III, pág. 404, nº 2). ----------

----Cabe apuntar de tal manera que la ausencia del trabajador presenta el mismo “corpus negativo” ya se deba al padecimiento de una enfermedad inculpable, o bien, a un mero incumplimiento del deber de prestación o a la intención de resolver el vínculo, y su diferencia, trascendente, sin duda, reside en el *ánimus*. Lo que distingue, entonces, a este “dejar de ir” es su intención o su justificación objetiva extrínseca y, sobre la base de estos matices, es que se debe precisar en cada caso a qué responden tales ausencias. Es decir, al corpus de omisión, más la previa intimación de la patronal a que se reintegre el ausente a retomar sus tareas, se agrega la exigencia del indispensable elemento inmaterial o subjetivo consistente en la intención del trabajador de abandonar su trabajo (Conf.: Álvarez, Eduardo, “Algunas precisiones en torno al abandono de trabajo como forma de extinción de la relación laboral”, en Revista de Derecho Laboral, Nº 2000-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 75). ----------

----Y, a partir de lo considerado por el juzgador de grado en los párrafos antes transcriptos, resulta claro que este elemento subjetivo o inmaterial no se concretó en el caso bajo examen desde que, más allá de contar con razón o no el trabajador en los reclamos que cursara a la patronal en los que justificara su retención de servicios -antes de la intimación previa cuyo despacho postal fuera devuelto y reiterando la comunicación en los mismos términos luego de la intimación y previo a ser despedido-, lo cierto y concreto es que nunca su conducta-activa u omisiva- manifestó la indispensable voluntad o ánimo de abandonar el vínculo laboral (Ver: jurisprudencia citada por Ojeda, op. cit., pág. 408.nota nº 260). ----------

----Dicho lo cual, advierto que el ataque que se dirige a esta motivación centra en postular

que la intimación a reintegrarse que le cursara al actor (05/04/2018 -fs.4/5-) fue válida y eficaz a los efectos de la invocación posterior de la causal de abandono. Para ello, sostiene que el telegrama que le remitiera el trabajador el día 03/04/2018 *"...nunca fue recepcionado por esta parte...porque el domicilio según el correo es* ***inexistente***...", agregando más adelante el siguiente interrogante consistente en que *"...si la intimación en la cual se lo intima a L. a quedar incurso en abandono de trabajo fue realizada antes de tener conocimiento esta parte de las causales que invocaba el actor, porqué el sentenciante las utiliza a favor del actor cuando la intimación y su posterior sanción fueron correctamente aplicadas en tiempo y forma como lo dispone la ley."* (Sic)(Ver: pág. 4ª de la presentación ID 89926). ----------

----Esta última afirmación, la que es formulada en forma de interrogante, consistente en aseverar que la intimación y la posterior sanción que decidiera fue correctamente aplicada-despido fundado en el abandono invocado-, tornándose en una mera manifestación discordante con lo que fundadamente expusiera el juzgador de grado para concluir en sentido contrario.---------- ----

----Apunto, sólo a mayor abundamiento, que la frustración de la efectiva comunicación del primer despacho postal de fecha 03/04/2018, remitido por el actor al domicilio laboral que se registra en sus recibos de haberes (Fontana X), resulta indiferente como lo indicara el Sr. Juez a quo, desde que igualmente el texto de este fue reiterado en el posterior de fecha 06/04/2018, el que fuera recibido por la patronal pudiendo conocer ésta las razones que justificaban las ausencias del trabajador y que ahuyentaban todo atisbo de ánimo de abandonar el vínculo que los unía. ----------

----Con ello, a mi juicio, alcanza para concluir que no dándose el presupuesto subjetivo ineludible para que se configure el abandono como causal extintiva de la relación laboral, dicha causal corresponde que sea desestimada como justificativa de la pretensión de la patronal de eximirse de su obligación legal de indemnizar ante el despido decidiera en tales circunstancias, más allá de si tales reclamos del trabajador contaban con razón o no (Conf.: Machado, José Daniel, "La extinción del contrato de trabajo y la voluntad del trabajador", en Revista de Derecho Laboral, Nº 2011-2, pág. 57). ----------

----Finalmente descarto que pudiera tener algún tipo de incidencia en la resolución del presente agravio el sentido que se viene perfilando la referencia a doctrina citada, vinculada a la "teoría de la responsabilidad del riesgo por el medio empleado". Ello así, por cuanto elude deliberadamente la recurrente que el conocimiento que tuvo de las razones invocadas por el trabajador y que justificaban el ejercicio del derecho de retención de sus tareas, las conoció antes de decidir su despido con invocación del supuesto abandono. De manera tal, que -repito- más allá de las razones justificadas o no que tuviera el dependiente, no cabe lugar a dudar que la empleadora tuvo fehaciente conocimiento que éste lejos se encontraba de querer abandonar el vínculo laboral tal como equívoca e injustificadamente lo invocara como causal del despido.----------

----Nuevamente, solo a mayor abundamiento, señalo que si bien efectivamente existe una verdadera carga de transmisión en el remitente (asume el riesgo de la notificación inexacta, tardía, dirigida a domicilio equivocado, por la forma en la que instrumento dicha comunicación, etc), el receptor asume la carga de conocimiento en cuanto la notificación ingresa en su esfera de control (Conf.: De Virgilis, Miguel y Etala, (h), J. José, en “Cargas de transmisión y de conocimiento”, en D.T. 1982-A-281).----------

----Y, en esta dirección debe traerse a colación el deber de obrar de buena fe en las relaciones laborales (Conf.: arts. 62, 63 y conc. de la L.C.T.), el que se extiende también al momento de intercambiarse notificaciones vinculadas a las alternativas y/o reclamos mutuos cursados entre dependiente y empleador. Entre las variadas derivaciones que surge de la aplicación de este principio de buena fe contractual que es trasversal al Derecho ya que retoma la innata cuestión de la ética, el respeto y la honestidad en los comportamientos mutuos de las personas, el art. 68 “in fine” de la L.C.T., además de ratificar el concepto limitado de las facultades reconocidas al empleador, agrega otra pauta para valorar el cuidado necesario en la conducción empresaria, cual es, la exclusión de toda forma de abuso de derecho. Así la buena fe aparece también como uno de los puntos límite que no puede excederse en el ejercicio regular de los derechos conferidos por la ley, cuyos fines no deben contrariarse. Y, en tal dirección, puede compartirse que, en principio, es un correcto entendimiento derivado de la buena fe con las que las partes deben actuar en sus relaciones laborales, que las comunicaciones que lleven la atestación “rehusadas”, “domicilio cerrado”, “domicilio desconocido” o “domicilio inexistente”, deben considerarse como recibidas si han sido remitidas al domicilio del lugar de prestación de tareas o al domicilio consignado por el trabajador -a modo de declaración jurada- en el legajo personal (Conf.: Tula, Diego J. en “Intercambio telegráfico en el Contrato de Trabajo”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2017, pag.65/67, nº 2.5).----------

----A la par, el deber de diligencia exigible no constituye una obligación en sentido estricto, por cuanto su cumplimiento no puede obtenerse compulsivamente. En tal hermenéutica destacada doctrina indica que tiene la naturaleza jurídica de “carga”, en el sentido de que el obligado puede no observarlo, pero se perjudicará a sí mismo por la pérdida de ventajas que habría obtenido haciéndolo (Conf.: Litterio, Liliana H., “Diligencia requerida al empleador y las causales de disolución del contrato”, en L.T. XXXIII-A-192).

----Por todo lo expuesto, concluyo en que corresponde desestimar el presente agravio.

Así lo voto.----------

----2) <u>Valoración de la prueba testimonial</u>: La parte demandada recurrente cuestiona la valoración de las testimoniales que fuera realizada por el juzgador de grado, para terminar concluyendo en que el actor en autos efectivamente cumplió una jornada de labor que se extendía hasta alcanzar los 2/3 de la jornada completa y que el comienzo de prestación de tareas fue el denunciado en demanda, esto es, el día 23/01/2018 y no

el alegado por la empleadora (01/02/2018). ----------

----Aclaro que, sin perjuicio del matiz planteado al examinar el agravio precedente, en cuanto propugno que no concurriendo el presupuesto subjetivo para la configuración de la causal de abandono invocada alcanza “per se” para desestimar la pretensión de la patronal de invocarla válidamente como causa justificante del despido, igualmente se deberá examinar el cuestionamiento del epígrafe. ----------

----Esto es, tal como lo señalé precedentemente, tengo para mí, que no estando presente en la especie el indispensable ánimo de abandono de la relación laboral del dependiente despedido precisamente con el fundamento en su abandono de trabajo, basta para tener por desacreditada la mencionada causal que invocara la patronal, sin necesidad de ingresar al análisis de validez o justificación de las razones por las cuales el trabajador manifestó ejercer su derecho a retener la prestación de sus tareas.----------

----No obstante, en el entendimiento que la valoración probatoria cuestionada tiene directa influencia en la admisión de otras pretensiones deducidas en la demanda, además de las relacionadas a las indemnizaciones de ley por despido sin causa, las que se encuentran vinculadas a las diferencias salariales reclamadas con motivo del cumplimiento de una jornada completa (y no a tiempo parcial como fueran liquidados sus haberes) y el agravamiento de la indemnización por registración errónea (con fecha de alta 23/01/2018 y no el 01/02/2018), se impone ingresar al examen del presente agravio.-

----El primer aspecto que se debe poner de resalto es que el convenio de la actividad contempla expresamente la forma escrita para los contratos de tiempo parcial, manda legal incumplida en el presente caso (Conf.: art. 7, inc. 7º, del C.C.T. 389/04).----------

----Ello importa decir, que no acreditándose mediante el contrato escrito -máxime, insisto, cuando dicha forma escrita es exigida convencionalmente en la especie-, la jornada de tiempo parcial debe ser probada por quien la invoca. Esto es, además, compatible con la que estimo resulta ser una exigencia genérica que rige para cualquier caso externo al convenio que rige la actividad del actor en estos autos, esto es, que se deba probar en contrario de la presunción de existencia de una jornada completa. Así, desde que es lo inverso la excepción a la duración normal de la jornada. Se ha dicho al respecto que así parece desprenderse del art. 198 de la L.C.T., en tanto sujeta *“la reducción de la jornada máxima legal”* a la existencia de una estipulación, de suerte que, quien invoque la existencia de dicha convención deberá demostrarla. En este último sentido, en el caso bajo examen, se añade que el medio de prueba exigido por el convenio que rige la actividad es el contrato por escrito por el cual se acuerde de modo expreso y con la forma escrita la jornada por tiempo parcial. ----------

----En tal sentido podría complementar a lo ya dicho por el juzgador a quo, en cuanto induce que como no se contempla expresamente en el convenio una consecuencia ante el incumplimiento de tal forma, se erigiría solo como una presunción “...de que trabajaba horario completo...” (Sic)(Ver: anteúltimo párrafo del considerando de fs. 93), lo

siguiente: que la exigencia de la forma escrita constituye una formalidad relativa -desde que no hace a la existencia del contrato bajo tal modalidad, sino solo a su prueba-, de lo cual, se sigue, que podría perfectamente inducirse, tal como lo expresó el juzgador de grado,que se admite prueba sustituta o sucedánea en contrario de tal presunción, es decir, de tal manera la jornada completa es una presunción *iuris tantum*.----------

----Así, con relación a las testimoniales aportadas al proceso, el juzgador valoró por caso, como poco creíble el testimonio prestado por el Sr. M. H. C. M., por las razones que se exponen (Ver: considerando de fs. 93 “in fine” /94). ----------

----En contrario de tal valoración la recurrente se alza remitiéndose a exponer su propia valoración en contrario y en paralelo a la que efectuara el a quo. Pues, claramente, tal manera de formular el agravio carece del aporte de la indispensable crítica que le pudiera dar andamiento. Es que, no se contesta razonada y concretamente porqué el judicante se equivoca al restar credibilidad a los dichos expuestos por el mencionado testigo. Hago notar al respecto que la valoración y conclusión a la cual arribara a su respecto el Sr. Juez a quo, la sustentó -como bien lo advierte la recurrente- en sus respuestas inverosímiles y contradictorias, explicando el porqué de tales calificaciones. Y, la impugnante pretende rebatir tal mérito con la afirmación de que *“...no se está juzgando al testigo M., se está escuchando lo que tiene que decir...”* (Ver: párrafo final de la pág. 8 de la presentación ID 89926). Pues, se equivoca la recurrente en tal afirmación, por cuanto el juzgador lejos de realizar un juicio respecto a la persona del testigo, como lo parece sugerir la impugnante, ponderó estrictamente su credibilidad a partir de las respuestas que diera. Y ello fue correctamente fundamentado por el a quo, toda vez que la evaluación del testigo no solo se remite a estar a lo dicho por él, sino a la concordancia y coherencia de los datos que aportara, para asignar o no fuerza probatoria a su testimonio. ----------

----Lo mismo ocurre con respecto al testimonio prestado por S. N. D., del que el juzgador ponderó que no pudo “...precisar el horario en el que se iba el actor, aunque dijo que “a veces” los mozos se iban antes...” (Sic) (Ver: último párrafo del considerando de fs. 93 vta.).----------

----Con respecto a esta valoración la recurrente se ciñe a postular que la mencionada testigo *“...aportó declaración sobre puntos importantes...”* pasando de continuo a ponderar datos que el juzgador consideró,aunque en sentido supuestamente favorable a su subjetivo y particular interés y sin afrontar ni satisfacer su carga de criticar en concreto y razonadamente la valoración realizada por el juzgador de grado. ----------

----O bien, calificar de *“...espeluznante la prueba testimonial en cuanto a su reconocimiento...”* (sic) para indicar seguidamente que la falta de declaración del Sr. J. Z., al que se lo considero comprendido en las generales de la ley por encontrarse vinculado con la demandada por una relación de noviazgo siendo conviviente desde hace tres años y medio (Ver: acta obrante a fs. 54), remitiéndose a postular que era un

testigo fundamental porque podría haber aportado claridad en cuanto a las causales que originaron la extinción del vínculo laboral, el funcionamiento del local comercial y la función del actor en su trabajo (Ver: ante último y último párrafo de la pág. 9 de la presentación ID 89926). Baste con hacer notar que tal afirmación no deja de ser una mera apreciación conjetural o hipotética, la que aún cuando se hubiera configurado en los hechos no habría podido salteado la objeción realizada respecto a su idoneidad subjetiva para constituirse en un testigo válido. Lo cual lleva a concluir que lejos se encuentra de poder constituirse en una verdadera crítica que se pudiera atender. --------

----Por último, tampoco lo es sostener que el testimonio de T. resultó ideal para atestiguar a favor del actor. Es que está igualmente es una apreciación despojada de contenido crítico observable. ----------

----En definitiva, concluyo que resulta incontrastable que para revertir el mérito realizado por el juez de primera instancia se requiere una demostración argumental del desacierto de este, la cual no puede asentarse sobre la base de la expresión de una mera opinión disidente, pues opinión por opinión, prevalece la del juez. La crítica debe valerse en datos concretos que permitan verificar yerros. Máxime en materia de apreciación de la prueba.-

----Este déficit apuntado se potencia cuando se trata de apreciación de la prueba del juzgador por cuanto, tal tarea, constituye el centro o núcleo mismo de sus facultades, importando su ejercicio, el ámbito de mayor autonomía y concreción de su legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, directo y fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren un desacierto manifiesto de la resolución. No hecho así en la especie, no queda más que decir que se carece de la materia indispensable para ingresar siquiera al adecuado ejercicio de la potestad revisora que es propia de esta segunda instancia (Conf.: arts. 390, 431, 432, 460 y conc. del C.P.C.C).----------

----De lo dicho, entonces, no puedo más que compartir la conclusión a la cual arriba el colega de sala que me precede en la votación en cuanto propicia que se tenga a este agravio como desierto por carecer de fundamentación técnica suficiente (Conf.: arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). ----------

----III.- Conclusión:----------

----Por todo lo expuesto y razonado, propiciaré al acuerdo que se confirme la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada vencida en ella (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV Nº 1; y, art. 282 del C.P.C.C.).----------

----Los honorarios profesionales por las tareas cumplidas por ante esta segunda instancia por el Dr. O. R. R., letrado patrocinante de la parte demandada, apreciadas por su extensión, calidad y eficacia, estimo apropiado fijarlos en la suma equivalente al 3,25% del monto del capital de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con

más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871).----------

----De tal manera, culmino mi intervención pronunciándome en esta primera cuestión por la AFIRMATIVA.----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

----Visto el acuerdo antes alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de Alzada a la apelante vencida; y c) regular los honorarios del Dr. O. R. R., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en la suma porcentual equivalente al 3,25%, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. que pudiere corresponder.----------

----Así lo voto.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por resultar este fiel reflejo del acuerdo antes logrado. ----------

----ASÍ LO VOTO.----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

----IMPONER las costas de Alzada a la apelante vencida.----------

----REGULAR los honorarios del Dr. O. R. R., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en la suma porcentual equivalente al 3,25%, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. que pudiere corresponder.----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

SERGIO RUBÉN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

RAÚL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

----**REGISTRADA BAJO EL N°___18___DEL AÑO 2021 - SDL - CONSTE**.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA