En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de septiembre del año dos mil veintidós, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Julián Emil JALIL y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Guillermo Daniel HANSEN y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C., J. G. c/ S., G. A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N° 142 - Año 2022)** venidos del Juzgado laboral Nº 2 (Expte. N° 10.175 /2020) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 185.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Guillermo D. HANSEN dijo:

1).- Antecedentes del caso:

La sentencia de grado estableció hacer lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia "*…1)… condenando a G. A. S., CUIT -X.-, a abonar a J. G. C., CUIL -X.-, dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de PESOS que determine un perito contador en la etapa de ejecución de sentencia, conforme los lineamientos dispuestos supra, más los intereses determinados en el Considerando 7, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda (arts. 770 inc. b y 7 del C.C.y C.)..*".

Para así decidir la a quo sostuvo que, *"…Respecto del ingreso base mensual -atento la fecha del accidente corresponde calcular el mismo conforme el Art. 12 de la ley 24.557 con las modificaciones introducidas por la ley 27.348. En ese sentido, he de considerar los salarios percibidos por el actor antes de la fecha del accidente, los que surgen del informe de AFIP de fs. 70 y actualizarlos por índice RIPTE, dividiendo el resultado por 216 y multiplicándolo por 30.4, lo que da un*

IBM de $ 89.350,75 a la fecha del accidente. Dicho IBM, actualizado según las previsiones del art. 12 de la LRT, según texto incorporado por el Dto. 669/19, asciende, a la fecha de mora, la que determino acaeció a los 15 días del alta otorgada por la ART (14/02/2020, ver constancia de fs. 12), es decir, el 01/03/2020 a $ 95.752,97.".

Impone las costas a la demandada y regula los honorarios de los letrados intervinientes.

Dicho decisorio fue apelado a fs.167 por la parte actora y a fs.169 por la parte demandada, siendo concedidos dichos recursos a fs.168 y 172 respectivamente.

Expresa agravios la parte actora a fs.170/1 y a fs.173/5 la parte demandada.

A fs.177/8 la parte actora contesta agravios.

Así las cosas, se encuentran los presentes actuados para dictar sentencia.

2).- Agravio de la parte actora:

2.1).-Rechazo de la multa del art.2 de la ley 25.323:

Se agravia la parte actora por cuanto-sostiene-, que el A-quo ha incurrido en un error en la aplicación del derecho al momento de fundamentar el rechazo de la multa prevista en el Art. 2 de la Ley 25323.

Manifiesta que son tres los requisitos para la procedencia de la multa de que se trata: el primero es que exista un despido sin causa, el segundo, que haya existido intimación extrajudicial previa al inicio de la demanda por parte del trabajador para que se le abonen las indemnizaciones que dicha ley señala, el tercero, que el empleador no le abone al trabajador las indemnizaciones previstas en el Art. 232, 233 y 245 de la LCT.

Señala expresamente que: "*El A-quo decide en su sentencia que el actor fue despedido en forma incorrecta, por lo que el despido dispuesto por el demandado se convierte en incausado, por lo tanto, debe éste abonar las indemnizaciones de ley, es decir, las que el mismo accionado NO abono, ellas son, art 232, 233 y 245 LCT, preaviso, integrativo e indemnización por antigüedad.*".

Indica, en consecuencia, que el error cometido por el A-quo-según su parecer-, es haber interpretado que cualquier liquidación final abonada, alcanza para desligar al empleador de la multa.

3).- Agravios de la parte demandada:

3.1).-Fecha de inicio de la relación laboral:

Se agravia en este punto el demandado por cuanto, señala que el juez de grado declara que el contrato laboral que unió a las partes tuvo inicio en fecha distinta a la documental aportada en estos actuados, y que, para así determinarlo, se valoró el testimonio de la Sra.J., quien, al responder por las generales de la ley manifestó tener juicio pendiente con el recurrente.

Que esta circunstancia, tornaba superflua la tacha establecida por el art.34 de la Ley XIV, en tanto ello hace presumir su parcialidad.

Indica que dicha parcialidad debió llevar al sentenciante a extremar la valoración de su testimonio y, en consecuencia, ante la falta de concordancia con los restantes J., restarle eficacia probatoria.

Que, por lo demás, la fecha de inicio de la relación laboral se encuentra acreditada por el alta ante la AFIP, suscripta por la actora.

3.2).- Encuadre de la labor de la actora en la categoría cajero:

Se agravia el demandado por cuanto, entiende que (y cito textual) "*De*

la declaración de los testigos no surge que la actora llevara a cabo labores en base a las cuales se le abonó el sueldo, comprendidas por el CCT 478/06 en su Art.17 E), en la emergencia, y que de manera habitual se limitara a desempeñarse como cajera."

Señala que la labor de caja no constituía la única realizada por la actora, como tampoco que las tareas que si eran habituales, fueran llevadas a cabo en una emergencia.

Agrega que, al igual que en el anterior agravio, la actora no probó que se limitara a laborar en calidad de cajera.

3.3).- Jornada laboral:

Se agravia el recurrente en tanto, el juez de grado, para declarar la existencia de una jornada laboral de 8 horas, valoró la circunstancia que el demandado no acompañara en autos un contrato o instrumento en el que se plasmara la existencia de una jornada laboral reducida, conforme se señaló expresamente al contestar demanda.

Señala que el art.93 ter. De la LCT no impone la obligación de celebrar un contrato para tener por acreditado el trabajo a tiempo parcial, señalando que adquiere relevancia en este punto la información aportada por la AFIP, de la que surge la labor a tiempo parcial.

Que dicha jornada reducida también surgiría de la constancia emitida por la Municipalidad de Puerto Madryn.

Señala el recurrente haber acreditado las condiciones de contratación y que, en todo caso, el actor debió probar sus afirmaciones al respecto.

Indica que, nuevamente lo decidido por el juez a quo se basa en un único testigo parcial.

3.4).- Condena al pago de la indemnización prevista por el art.1 de la ley 25.323:

Por último, señala el recurrente que debe revocarse la condena al pago de la indemnización prevista por el art.1 de la ley 25.323 en tanto es accesoria a los rubros cuestionados precedentmente.

4).- Tratamiento de los agravios:

En forma preliminar, aclaro que, sin perjuicio del orden en que fueron planteados, ni en el que han sido enunciados en el presente voto, he de analizar primeramente los agravios planteados por el demandado, por cuanto, su resolución, necesariamente se vincula que la solución a adoptarse al tratar el agravio planteado por la parte actora.

5).-Agravios de la parte demandada:

5.1) Fecha de inicio de la relación laboral:

Analizaré en este punto, el cuestionamiento realizado por el recurrente, respecto de la valoración hecha por el juez de grado de la prueba producida en autos.

Iniciaré el estudio del cuestionamiento respecto de la valoración efectuada por el sentenciante en relación a los testimonios obrantes en la causa.

Señala el recurrente que del testimonio de la Sra.J. surge que la misma se encuentra en juicio contra el acá demandado, y que tal circunstancia hace presumir su parcialidad.

Del testimonio de J., surge, en efecto que la testigo manifiesta tener juicio contra el aquí demandado.

Ahora bien, de lo que se trata en este caso, es de dilucidar si tal expresión la inhabilita como testigo válido.

Decididamente no.

Es que, la circunstancia de encontrarse supuestamente subsumidos los testigos dentro de las previsiones del art.445 del CPCC y 34 de la Ley XIV N°1 –lo que comúnmente se denomina "las generales de la ley"-, no implica bajo ningún concepto la inhabilidad de sus dichos.

Para establecer quienes son los testigos inhábiles, el legislador ha dispuesto la norma del art.431 del código de rito, y, en definitiva son esos los testigos que no poseen habilidad para ser presentados como tales, mas no aquellas personas que podrían estar comprendidas en las denominadas generales de la ley.

Esta circunstancia –me refiero al estar comprendida en los supuestos del art.445 34 de la Ley XIV N°1 citados-, no afecta la capacidad de la persona para ser testigo.

Tiene dicho la jurisprudencia al respecto que: *"La circunstancia de estar comprendidos en una categoría de las generales de la ley, no debe conducir a desechar de pleno la eficacia de los testimonios como si carecieran de todo poder de convicción."*-Cám.Nac.Civil, sala C, "11/04/1991, JA-1992-IV, pág.150-.

No corresponde descalificar a los testigos por las circunstancias apuntadas, más bien, se deben valorar sus dichos de conformidad con las reglas de la sana crítica, en tanto resulten –como en el caso-, útiles para la determinación de la verdad objetiva.

Que, por lo demás, resulta necesario destacar que el testimonio de que se trata no ha sido cuestionado por el recurrente en ninguna oportunidad, salvo en los agravios en estudio.

Nótese que en el expediente de marras, no existe acto procesal alguno por parte del demandado, tendiente a oponerse o

cuestionar la idoneidad de las declaraciones vertidas, en los términos de los arts.432 y 460 del CPCC y 34 de la Ley XIV N°1 .

Esas –me refiero a las previstas por los arts.432 y 460 del CPCC y 34 de la Ley XIV N°1 -, eran las oportunidades que la parte demandada tenía para cuestionar u objetar, en todo caso, el testimonio de J., circunstancia que, como he dicho, no ha acontecido.

Que, la demandada debió articular alguno de los remedios que le da la legislación vigente de rito al momento de proponerse el testigo o, en todo caso, al momento en que tomo conocimiento de que el mismo podría estar encuadrado en las previsiones del art.445 del CPCC y 34 de la Ley XIV N°1 citados y no lo hizo, consintiendo de esta manera tal acto procesal.

Se ha sostenido que: "*Cabe admitir la demanda por despido indirecto iniciada por la trabajadora, dado que las declaraciones de los testigos ofrecidos por la actora resultaron eficaces e idóneas para acreditar los hechos controvertidos -categoría laboral incorrectamente registrada, pagos fuera de registro, horas extras adeudadas, etc.-, invocados para justificar el despido indirecto. La circunstancia de que algunos testigos tuvieran juicio pendiente con la demandada al momento de declarar no desvirtúa el valor probatorio de sus testimonios ni lleva a dudar automáticamente de la veracidad de la declaración.*"Cám.Nac. del Trabajo, sala 09, "Jiménez Alabiso, Lorena Yanina c/ Electrotel S.A. s/ despido", 06/03/2020-.

Por lo demás, entiendo que resulta improcedente la tacha de un testigo por tener juicio pendiente con el demandado, si no surge en forma evidente de sus declaraciones que existiera un grado tal de subjetividad que lo llevara a falsear la verdad de sus dichos

Sentado ello, corresponde analizar el grado de convicción que otorga el testimonio en cuestión.

Si bien no soslayo que la testigo J. mantiene juicio pendiente con la demandada, lo cierto es que su declaración luce coherente y contundente.

Destaco que el circunstanciado relato rendido resulta específico y que proviene de una compañera de trabajo de la actora-como ya lo he señalado-, que se desempeñaba en el mismo establecimiento, y en los mismos horarios de labor, revelando un conocimiento personal y directo de los hechos ocurridos durante la vigencia de la relación laboral.

Que, sumado a dichas circunstancias, he de señalar que su testimonio es el único que da exactitud respecto de sus dichos, estableciendo de manera expresa la fecha de ingreso de la actora, situación que no se refleja en el resto de los testimonios incorporados en autos.

Por ello, considero que sus declaraciones tienen fuerza legal y convictiva, conforme a las reglas de la sana crítica y gozan de fuerza probatoria suficiente para acreditar que la actora efectivamente ingresó a prestar tareas en la fecha denunciada en el inicio, es decir, el 1 de junio de 2016.

No surgen de los restantes testimonios obrantes en la causa elementos que desmerezcan las declaraciones de la testigo J., advirtiendo en este punto, que lo expresado por el recurrente al momento de fundar la queja, no logra desvirtuar la interpretación y el análisis que hace el juez respecto de tales elementos probatorios.

Se ha sostenido que: *"La prueba testimonial, por otra parte, debe ser valorada en su conjunto y en combinación con los demás medios de prueba producidos, debidamente examinados de acuerdo con las reglas de la sana critica, y atendiendo para ello a las circunstancias o los motivos que puedan corroborar o*

disminuyan la fuerza de sus declaraciones."-KIELMANOVICH J., "Código Procesal….", tomo II, pág.1202, ABELEDO PERROT, 2015-.

La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, han enunciado diversas directivas cuya observancia facilita una adecuada crítica de las declaraciones y permite, por ende, el enjuiciamiento más exacto posible acerca de su credibilidad y eficacia.

"Por ello, supuesta la validez de la prueba, la pertinencia de los hechos sobre que versa y la aptitud genérica del testigo para asumir tal calidad procesal, las mencionadas directivas se relacionan, fundamentalmente, con las circunstancias personales de aquél, la naturaleza de los hechos sobre los cuales declara, la razón de ciencia enunciada como fundamento de su declaración y la concordancia de sus respuestas." (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 650/651 n° 486; C.N.Civ., Sala A. n° 361.186 del 16/4/03).

Y, si bien es cierto que la certificación de AFIP presentada a fs.11/2 dan cuenta de un ingreso del mes de diciembre de 2016, lo cierto es que uno de los objetos de la presente demanda es, precisamente, el cuestionamiento realizado a la registración por parte del ahora demandado. En consecuencia, los argumentos expuestos me llevan a concluir que no asiste razón al recurrente respecto del cuestionamiento hecho en relación a la valoración de la prueba que arguye en su recurso.

Por ello, el agravio será rechazado.

5.2).- Encuadre de la labor de la actora en la categoría cajero: El Convenio Colectivo de Trabajo N°478/06, que rige la actividad de que se trata indica en su art. 17 que: " *Las categorías laborales tanto para régimen de jornada horaria como de tasación de harina serán las siguientes:…* ***e) Cajero/a:*** *se limitará a atender la caja cobrando las ventas al público, pero si su empleador lo considera necesario deberá también atender al público despachando mercaderías,*

*cumpliendo funciones de dependiente a mostrador…()…**f) Dependientes/as:** atenderá al público, ordenará y completará la exhibición de productos, efectuará la limpieza de vidrieras, vitrinas y toda tarea secundaria relacionada con la higiene general de la parte comercial. En caso de emergencia podrá ocupar el puesto de cajera/o.*".

De los distintos testimonios aportados en la causa se desprende que la actora cumplía ambas tareas, de cajera y de dependiente.

Ahora bien, no se debe perder de vista lo señalado en el último párrafo del inc.f del art.17 citado, en cuanto dispone que los dependientes "en caso de emergencia", podrán realizar tareas de cajero.

De los testimonios aportados, surge que la tarea de cajera era desarrollada por la actora de manera habitual, así, señala el testigo L. que: "…siempre que iba la veía a ella sola, he ido a hacer inspecciones y estaba sola, atrás estaban los panaderos…", ello, concuerda con los dichos de los testigos J. en tanto señala que se desempeñaba como cajera y atención al público.

Ello, sumado a los dichos de S., me llevan a entender que las tareas de cajera eran realizadas en forma regular por la actora, no dándose, en consecuencia, el requisito de "emergencia" que prevé la norma citada.

Que, por lo demás, no pretendo abrumar a las partes con cuestiones ya analizadas respecto de la prueba y su apreciación, motivo por el cual me remito a lo resuelto en el estudio del agravio precedente, a cuyos términos me remito.

Por lo expuesto, el agravio será rechazado.

5.3).- Jornada laboral:

En lo que hace a la duración de la jornada, la carga probatoria

de la demostración de jornada reducida-como se alega en estos autos-, corresponde a la empleadora.

Ello, por cuanto, lo que la ley presume como principio general es la jornada normal de trabajo y, en consecuencia, quien pretenda alegar una jornada de excepción debe demostrar en forma fehaciente.

--- Se ha dicho que "… *el contrato de trabajo a tiempo parcial como modalidad excepcional de contratación prevista en el art. 92 ter de la LCT. requiere la demostración cabal de los presupuestos condicionantes para su procedencia*…" (ver CÁMARA DE APELACIONES EN LO LABORAL DE CORRIENTES, 06/11/2020 "Correa, Carlos Eduardo c. Supermax S.A. y/o q.r.r. s/ Indemnización laboral". Publicado en LLOnline. Cita: TR LALEY AR/JUR/81581/2020).

La legislación laboral presume la existencia de contrato de trabajo, en consecuencia, no caben dudas que deberá existir un contrato de trabajo a tiempo parcial, sin perjuicio de la formalidad que se le de.

Que, por si sola, la constancia referida a las altas y bajas de la AFIP obrante en autos, no implica la existencia de dicha jornada laboral reducida, por cuanto a dicho organismo se le informa la modalidad contractual, sin que exista constancia alguna respecto de la constatación efectiva que hubiere realizado de tal circunstancia.

Tampoco resulta prueba de una jornada laboral reducida la constancia de la Municipalidad de la ciudad de Puerto Madryn obrante a fs.98, por cuanto dicha documental refiere a un trámite realizado por la actora –obtención de licencia de conducir-, pero nada certifica ni da fe de la jornada laboral que cumplía la Sra.C..

En todo caso, tal documental podrá probar la ausencia de la actora en su lugar de trabajo ese día, circunstancia que no resulta objeto de la presente demanda, por lo cual nada aporta a la resolución dela

cuestión que aquí se dirime.

En consecuencia, si se alega un contrato a tiempo parcial comprendido en la norma del art. 92 ter L.C.T. se está requiriendo la aplicación de una modalidad excepcional al régimen previsto por la ley, y ello así, al faltar el contrato especial celebrado, que determine la jornada reducida, ésta no resulta invocable por el demandado, que es, en definitiva, sobre quien pesaba la carga de probar sus dichos.

Esta circunstancia no ha ocurrido en autos.

De conformidad con los argumentos expuestos, el agravio será rechazado.

5.4).- Condena al pago de la indemnización prevista por el art.1 de la ley 25.323:

Establece el art.1 de la ley 25.323 que: "*Las indemnizaciones previstas por las Leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, artículo 7°, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente.*".

Queda claro, que, para el incremento de la indemnización, la ley no se limita a contemplar el supuesto de ausencia de registración, sino que incluye los casos de registración defectuosa

De lo resuelto en los puntos precedentes, se desprende claramente que la demandada no registró adecuadamente la relación porque consignó una fecha de ingreso posterior, una categoría que no se correspondía con la realidad de la labor desarrollada por la actora a sus órdenes y una jornada reducida, sin que dicha situación haya sido regularizada por el ex empleador, por lo que deviene indiscutible la procedencia del incremento previsto en el art.1 de la ley 25.323.

Se ha sostenido al respecto que: "*En el caso en el cual, si bien la inconsistencia registral gira sustancialmente en torno del aspecto relativo a la categoría, no es sólo el asiento incorrecto de ésta, sino que en la especie ello viene unido al perjuicio económico para quien acciona. Esto habilita el reclamo dinerario que también prospera con relación a ello y que se deriva del proceder del empleador. La circunstancia señalada me conduce a la apuntada amplitud en el criterio de aplicación del artículo 1º de la Ley Nº 25.323 en el sentido de asignar virtualidad a supuestos como el que aquí confluye, para activar el reclamo que se finca en la señalada norma*."- CNAT, Sala III, "Izaguirre Lorena Silvana c/Atento Argentina S.A. y Otro s/Despido", 29/08/2019-.

Por ello, el agravio será rechazado.

6).-Agravios de la parte demandada:

Rechazo de la multa del art.2 de la ley 25.323:

Se agravia la apelante en cuanto la sentencia rechaza la procedencia de la multa del art. 2 de la Ley 25.323.

Corresponde memorar que el art. 2 de la Ley 25.323 establece que "… *cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago*…".

El juez de grado ha considerado que corresponde rechazar la procedencia de la citada multa por cuanto "…*En relación al art. 2 de la Ley*

citada, ambas partes han acompañado recibo de liquidación final (fs. 15 y 51), por lo cual la actora ha recibido una suma por tal concepto, la que fue abonada por la empleadora extrajudicialmente en función de lo que consideró ajustado a derecho.… Por lo expuesto, corresponde rechazar el agravamiento indemnizatorio establecido en el art. 2 de la Ley 25.323.".

Para dar fundamento a su conclusión cita profusa jurisprudencia, destacándose especialmente un procedente de este Cuerpo en su anterior integración.

La cita del mismo se ciñe en los siguientes términos "… *cabe concluir que el pago defectuoso o parcial de las indemnizaciones no constituyen supuestos fácticos de la misma, criterio que ha sido jurisprudencia de este tribunal en otra composición al dictar sentencia en autos "R., M.E. c/ C. L. D. P. D. S. P. Y V. D. P. M. S. s/ cobro de pesos e indem. ley", CAPM, sentencia 07/15 SDL", citado por sentencia 37/21 CAPM)*…".

Visto el decisorio en cuestión, debo destacar que la situación fáctica allí planteada era distinta a la de autos y, por ende, considero que no resulta aplicable la doctrina allí fijada, tal como ya lo he señalado en mi voto en autos caratulados, "B., R. M. R. c/ C. P. SRL s/cobro de pesos" (EXPTE. 380/2021), sentencia de fecha 19 de abril de 2022.

En dicho precedente, destaqué el voto del Dr. Fiordelisi en el que indica respecto a dichos actuados que no debía prosperar la sanción por cuanto "… *la norma del art. 2 de la Ley 25.323 impone una sanción indemnizatoria al empleador cuando en forma injustificada obligue al dependiente a iniciar acciones judiciales para obtener el cobro de las indemnizaciones de los arts. 245, 232 y 233 de la LCT. En el caso de autos no se discutió la falta de pago de las indemnizaciones por despido, sino que se trató de un debate vinculado al correcto monto de las mismas y de la base salarial que debía considerarse para efectuar el cálculo. Demás está decir que la propia actora reconoció que la empleadora abonó una suma en concepto de*

liquidación final y dicha suma fue liquidada por la empleadora en función a lo que consideraba ajustado a derecho. Lo expuesto me conduce a concluir que no encuentro en la conducta de la parte demandada la situación prevista por el art. 2 de la Ley 25.323…" (ver voto del Dr. Fiordelisi, apartado 3, C.Apelaciones Puerto Madryn Secretaría/Competencia: Laboral - C. Apelaciones Protocolo: Definitiva "H., S. L. C/ G., NORBERTO GUSTAVO S/ Cobro de pesos e indem. de ley. Expediente: 51/2021 Fecha de firma: 05/08/2021. Sentencia Nº 37 /2021 SDL).

Claramente, en dicha causa se habían abonado los rubros indemnizatorios de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.

En la presente causa ello no ha sucedido.

Por el contrario, la demandada despidió a la actora invocando como causa una supuesta agresión a una compañera de trabajo, y que tal conducta se había producido en reiteradas oportunidades, lo que motivara supuestos llamados de atención por parte del empleador y, en razón de ello, la liquidación final abonada se limitó a los rubros salariales pero, en modo alguno, se abonaron las indemnizaciones de ley.

En otras palabras, aquí se está reclamando el pago in totum de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT por lo que no se puede subsumir los hechos aquí discutidos con los del precedente citado.

Ello, por cuanto, en todo caso, podrá endilgarse al empleador en esos casos, que ha sido defectuosa la indemnización, o que existen errores de cálculo o que, en definitiva se han omitidos rubros indemnizatorios, empero, en el caso de autos, lo que se ha omitido es la totalidad de la indemnización, con sustento en un accionar ilegítimo del empleador, y digo ilegítimo, por cuanto no se adecuó –como lo he señalado en puntos precedentes-, a la normativa vigente.

Debo señalar, a todo evento, que el demandado no ha

producido prueba tendiente a demostrar la efectiva producción de los eventos que alegó al momento de despedir a la actora.

Que, al respecto, no aparece como justificado el desistimiento formulado a fs.139 de quien habría sido objeto de la supuesta agresión - que, en definitiva era quien se encontraba en mejores condiciones de corroborarlo-, con fundamento en el testimonio del Sr. R., quien hace una manifestación general y carente de precisión respecto de las afirmaciones realizadas por el demandado.

Como coralario en el análisis del citado precedente, la doctrina allí fijada se refiere a que "cuando las indemnizaciones que establecen los arts. 232, 233 y 245 de la LCT fueron abonadas de modo insuficiente no procede la aplicación de la multa del art. 2 Ley 25.323.

No debe soslayarse que "… *el objeto del art. 2 de la ley 25323 es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios, y su presupuesto de procedencia es el no pago de la indemnización en tiempo oportuno*…" (ver CNTrab Sala VIII, 30/09/2014 "González, Gustavo Raúl c. Compañía Metropolitana de Seguridad S.A. s/ despido". Publicado en DT 2015 (ABRIL), 773. Cita: TR LALEY AR/JUR/66994/2014).

Resulta necesario establecer claramente, que el agravamiento de la indemnización persigue evitar la vulneración de los derechos del trabajador a percibir una justa indemnización, con fundamento e circunstancias que no ameritan, como en el caso, el despido con causa alegado.

En todo caso, el empleador deberá arbitrar todos los medios a su alcance, a los fines de dar cumplimiento con la normativa vigente con el objeto de justificar el despido, circunstancia que seguramente evitará la producción de del evento litigioso.

Admitir lo contrario, sería convalidar precisamente lo que el legislador ha pretendido evitar, es decir, que se vulnere el derecho del trabajador de percibir una indemnización ajustada a derecho.

Por lo tanto, cabe concluir que habiendo prosperado la demanda por despido incausado y, como consecuencia de ello, se condena a la misma a abonar "in totum" las indemnizaciones de ley, es que corresponde hacer lugar al agravio aquí tratado y revocar el decisorio en cuanto rechaza la condena al pago de la multa del art. 2 de la ley 25.323 disponiéndose así su condena y pago, el que deberá ser efectivizado en el plazo previsto por la sentencia de grado, con mas los intereses fijados en la misma desde que la suma es debida hasta su efectivo pago, conforme la liquidación que practicará el perito contador que se designe al efecto, tal como lo dispone la sentencia de grado.

7).- Conclusión:

Conforme los argumentos expuestos, corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia en crisis en cuanto dispuso rechazar la aplicación respecto de la demandada del incremento previsto por el art.2 de la ley 25.323, b)condenar a la parte demanda a abonar a la actora el incremento indemnizatorio previsto por el art.2 de la ley 25.323 dentro del plazo y con los intereses establecido en la sentencia de grado conforme la liquidación que practicará el perito contador que se designe para el cálculo de los restantes rubros a percibir por la actora, c) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que ha sido de materia recursiva.

8).- Adecuación de costas:

Que, se advierte que la revocación parcial de la sentencia en

crisis no constituye argumento suficiente para proceder a la modificación de la misma en lo que refiere a la imposición de costas efectuada por la a quo.

Dicha revocación no altera lo medular del decisorio atacado. Ello fundamenta mi convencimiento que no corresponde modificar la imposición de costas de primera instancia ni tampoco la regulación de honorarios allí dispuesta, la que propongo se confirme.

9) Imposición de costas en la alzada:

Las costas causídicas son las erogaciones impuestas a quienes intervienen en un proceso, para la iniciación, prosecución y culminación de éste, la imposición de costas constituye entonces, una indemnización acordada al vencedor para el reintegración de los perjuicios sufridos por él durante el juicio o incidente de que se trate, debido a que la condena en costas tiene por objeto resarcir los gastos del juicio que el vencedor realizó por haberse visto obligado a promover la acción o a contestar demanda para el reconocimiento de su derecho.

Se ha sostenido que: *"…el vencido debe cargar con todos los gastos que hubo de realizar el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho, quien debe salir incolumne del proceso."*-CHIOVENDA, "Instituciones..", pág.332/35, citado por FENOCHIETTO-ARAZI, "Código…", tomo 1, pág.281, ASTREA, 1993-

La imposición de costas al vencido, en consecuencia, forma parte del principio objetivo de la derrota.

En las presentes actuaciones, toda vez que la sentencia de grado, tal como se lo propone en este voto, debe ser revocada parcialmente en base a loa agravios planteados en sus recursos, corresponde imponer las costas de acuerdo al siguiente criterio: **A) <u>Por el recurso de apelación interpuesto por el demandado</u>:** al demandado, en su calidad de apelante

vencido (art. 57 Ley XIV N°1); **B) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>:** al demandado, en su calidad de vencido (art. 57 Ley XIV N°1).

10).- Regulación de honorarios en la Alzada:

Corresponde a esta altura, proceder a la regulación de honorarios de los profesionales actuantes en esta instancia –art.46, Ley XIII, N°4-.

A los fines de la regulación de honorarios, se hará mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión de la labor desarrollada por los letrados intervinientes en el presente recurso –

art.5, Ley XIII, N°4-.

Teniendo en consideración el destino de los agravios planteados y las restantes pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios de la siguiente manera: **A) <u>Por el recurso de apelación interpuesto por el demandado</u>**: al letrado del demandado, Abogado L. N., en el 25% y al letrado de la parte actora, Abogado E. E. C., en el 30%, y **B) <u>Por el recurso de apelación interpuesto por la parte actora</u>:** al letrado de la parte actora, Abogado E. E. C., en el 30%; todos ellos sobre la cantidad fijada en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder, ello siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto por la ley arancelaria, aplicándose, en su caso éste último –arts.5, 6 y 13 Ley XIII, N°4-.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara, Guillermo D. HANSEN, vota **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – <u>Antecedentes – Sentencia y Agravios</u>

El Dr. Guillermo D. Hansen ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por los recurrentes como sustento del recurso que se les concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios que exponen los apelantes en el mismo orden en que lo ha hecho mi distinguido colega preopinante.

2 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>

2.1 – <u>Fecha del comienzo de la relación laboral</u>

El agravio en este punto está centrado en que la sentencia ha valorado la declaración testimonial de N. S. J., quien al responder por las generales de la ley admitió tener un juicio pendiente con el demandado. Afirma que su testimonio se encuentra sospechado de parcialidad y exhibe su postura crítica con respecto a la valoración de la prueba testimonial que ha hecho el sentenciante.

La sentencia se inclinó por dar preeminencia a la testigo J. que ha sido compañera de trabajo de la actora, que ha visto y ha vivido lo que relata.

He dicho ya al votar en otras causas que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso, y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (Doct. Art. 390 CPCC) (conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, S 07/07/89; Ac. 82248, S 23/04/03, entre otros).

Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 163 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas –como ya lo referí— la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa (conf. Cám.Ap.L.Z., Sala I, C. 58.267, reg. sent. def. 545/03; idem, idem, 14/04/2011, C. 68.554, reg. sent. Def. 58).

Respecto a la crítica del apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a dudas una declinación del principio del art. 390 y concs. del CPCC.

Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el ya referido art. 390 del ritual.

Lamentablemente para la quejosa, en ningún momento ha detallado y demostrado lo acertado de su postura.

El planteo no es serio y contraría todos los postulados de las reglas procesales sobre la actividad probatoria en el proceso judicial. Es que corresponde remitir a la apelante a lo normado por el Art. 381 y concs. del CPCC. Este *onus probandi* no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante. Es una circunstancia del riesgo en que quien no prueba los hechos que debe demostrar pierde el

pleito, si de ellos depende la suerte de la *litis*. Puede deshacerse de ésa, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que hacen a la admisión de su derecho (conf. FASSI, S.C. y MAURINO, A.L., *"Cód.Proc.Civ.Com. de la Nación*", T.III, p. 415, Astrea, comentario al art. 377).

Con respecto a que el Juez no tuvo en cuenta otras probanzas incorporadas por su parte, respondo a la agraviada que *"seleccionar los medios de prueba computables y atribuirles la jerarquía pertinente es, en principio, facultad privativa de los Tribunales del Trabajo"* (conf. SCBA, 05/06/79, LL Online: AR/JUR/88/1979) y que el Juez *"…está autorizado a preferir unas pruebas sobre otras, sin que el criterio subjetivo de las partes pueda neutralizar esa atribución"* (conf. SCBA, 04/03/75, LL Online: AR/JUR/140/1975).

Ratificando lo aquí expuesto es que se ha sostenido que *"en el procedimiento laboral rige un sistema propio en la apreciación de la prueba…y las facultades que…se conceden a los tribunales del fuero no tienen más límites que la "conciencia" del juez, esto es, su prudencia jurídica. Va implícita entonces la facultad de seleccionar las pruebas y atribuirles la jerarquía que en cada caso corresponde sin que se encuentren obligados a referirse indispensablemente a todos los medios probatorios que se propongan a su consideración"* (SCBA, 01/06/91, LL Online: AR/JUR/106/1991).

La crítica que se intenta por la elección del testimonio que ha hecho el Juez a quo –postura reiterada a lo largo de la fundamentación recursiva— ha sido ya respondida en este voto. Sólo agregaré y remarcaré que *"es facultad privativa de los tribunales del trabajo apreciar tanto el mérito como la habilidad de los testigos"* (conf. SCBA, 12/04/89, LL Online: AR/JUR/1236/1989) y que *"en virtud del principio de inmediación los jueces laborales ejercen facultades privativas tanto respecto al mérito como a la habilidad de la prueba de testigos"* (conf. SCBA, 28/03/89, LL Online: AR/JUR/234/1989).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto y fundamentado, debemos tener presente que –conforme lo vengo diciendo ante planteos similares— es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios –entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza— descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Por otra parte, advierto que la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración que se realiza sobre la declaración de la testigo N. S. J., la cual ha sido fundamentada y referida a hechos de los que tuvo conocimiento directo. Y tengo en cuenta, reitero, que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de esta testigo por la vía pertinente.

Es necesario destacar que no se advierte que con relación a la producción de la prueba testimonial se haya desplegado de parte de la demandada alguna actividad encaminada a disminuir los efectos del valor probatorio de la misma. Es que los testigos pueden ser impugnados –"tachados"— alegando su idoneidad por cualquier causa referida a sus condiciones personales, morales o intelectuales que pueda tener influencia para minorar, desmejorar o hasta excluir la atendibilidad de sus dichos.

A través de la norma procesal en análisis las partes se hallan autorizadas para "alegar y probar" dentro del plazo de prueba, acerca de la idoneidad de los testigos, esto es, a impugnar en forma directa o inmediata el testimonio, a atacar al testigo como tal, desarrollando en torno a su declaración una verdadera prueba secundaria o de segundo grado,

mediante la cual se trata de rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria que constituye en realidad una censura y tiene el significado de no referirse a los requisitos, sino a los efectos del testimonio. Debe acudirse a tal procedimiento para destruir la presunción de verdad que por vía de principio goza el testimonio (conf. Cám. 2ª, Sala II, La Plata, C. A-38.283, reg. sent. 223/84).

Las cuestiones relativas a la idoneidad, que pueden plantear tanto la contraria como quien propuso el testimonio, deberán introducirse en la misma instancia en que declaró y dentro del período de prueba, limitación que tiende a eliminar la posibilidad de que alguno de los litigantes pretenda prolongar arbitrariamente la etapa probatoria mediante

incidencias tardías (conf. C.Civ.Com.T.Lauquen, 30/09/86, Juba B2200189; Cám.Apel.Trelew, Sala 2, 26/02/99, AP 15/7276; C.Civ.Com.Lomas de Zamora, Sala 1ª, 09/04/87, DJ 1988-1-41; CNCiv., Sala H, 03/06/94, AP 10/6940; CNCom., Sala C, 24/05/91, AP 11/14397; C.Apel.Com.Rivadavia, Sala A, 24/09/2002, AP 15/13767; entre otros).

En diversas ocasiones se ha señalado también que resulta extemporáneo el intento efectuado recién en ocasión de expresar agravios (conf. CNCom., Sala B, 30/03/87, AP 11/2714; 22/08/88, AP 1/505468; entre otros).

Todo lo hasta aquí expuesto lo es sin perjuicio que en definitiva –conforme lo vengo diciendo aquí-- es el juzgador quien se encuentra facultado para tomar en cuenta la idoneidad del testigo al apreciar el mérito de las declaraciones, en el momento de dictar sentencia. En definitiva, al juez corresponde en ocasión de pronunciar la sentencia de mérito, la apreciación según las reglas de la sana crítica de las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Y, en el caso en tratamiento, no advierto fundamentos sólidos que conduzcan a desvirtuar el testimonio que ha arrimado probanzas relativas a la materia en discusión.

Corresponde destacar que la declaración testimonial cuestionada en la queja resulta coherente y objetiva y no denota una intención o un interés personal en perjudicar a la demandada ni en favorecer injustificadamente a la accionante. La referida testigo no ha incurrido en contradicciones ni en exageraciones que puedan llevar a dudar de la veracidad de sus afirmaciones. Nada prueba en autos que sus manifestaciones sean falsas; ni está demostrado que tuviera algún grado de enemistad, animadversión o rencor personal hacia la demandada ni que se la hubiera inducido a declarar del modo en el que lo hiciera.

Desde la perspectiva señalada y en tanto existe evidencia concreta acerca de la realidad de los hechos acaecidos, si la empleadora pretendía una conclusión distinta, debió aportar los elementos convictivos necesarios para lograr tal cometido. Como es sabido, de acuerdo con la teoría de las cargas dinámicas probatorias, sin desmedro de las reglas que rigen el *onus probandi*, debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo (conf. CNAT., Sala II, 07/07/05, Sent. 93.623; ídem, 25/06/07, Sent. 95.075; ídem, 30/09/08, LLOnline AR/JUR/8890/2008) y lo cierto es que no aportó elemento alguno que pudiera justificar el encuadramiento de la situación de la actora (la fecha del comienzo del vínculo laboral) en una realidad diferente de la plasmada en la decisión del a quo.

Finalmente, he de considerar lo objetado por la demandada con respecto a esta testigo en razón de tener la misma un juicio pendiente con el demandado.

Frente a este panorama, tengo en cuenta que si uno de los testigos tiene al momento causa pendiente con la demandada, su declaración debe ser apreciada con un severo rigor crítico (conf. CNCiv., Sala A, 17/03/78, ED, 78-195). Es que el espíritu de solidaridad y el interés, o pleito pendiente, han sido y son factores que disminuyen de manera superlativa el grado de credibilidad de los testigos (conf. SCBA, *Ac. y Sent.*, 1978, T. III, pág. 514; DJBA, 118, pág. 347; GORPHE, *"Crítica del testimonio"*, págs. 138 y 147; MORELLO…, *"Códigos…"*, cit., T. V-A, pág. 275). Es decir, que si bien es cierto que la circunstancia de tener el testigo interés en el juicio no es causa para excluir su testimonio, también lo es que corresponde al juez apreciar según las reglas de la sana crítica las particularidades y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones testimoniales (conf. Cám.Civ.Com.Lomas de Zamora, Sala I, DJ 1988, T. I, pág. 843). O sea que,

si bien no es causa de exclusión de su testimonio, es un factor computable para decidir acerca de la atendibilidad de sus declaraciones, es decir, si tiene idoneidad suficiente para crear una convicción relativamente segura sobre los hechos afirmados (conf. CNCiv., Sala D, 29/02/72, ED, 42-284, La Ley, 149-45, JA, 1972, 15-341).

Es de advertir que no debe confundirse "admisibilidad" con "atendibilidad" del testigo. La circunstancia de que la prueba de testigos sea admisible no supone forzosamente que las declaraciones sean idóneas para demostrar el hecho controvertido conducente. La crítica de su credibilidad determina la atendibilidad que merece la narración (conf. C.Civ.Com.Trab.Minas.Catamarca, 2ª., 06/02/98, LLNOA 2000-580). Son varios los factores que gravitan a la hora de determinar el grado de credibilidad que tienen los dichos de un testigo. En la apreciación de esta prueba lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales del testigo, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia; requisitos que de no concurrir, total o parcialmente, autorizan a alegar acerca de la idoneidad del declarante (conf. QUADRI, G.H., *"La prueba en el proceso civil y comercial"*, T. II, pág. 1195). Surge de la sentencia recurrida que el a quo ha hecho una expresa apreciación sobre el grado de credibilidad de los dichos de esta testigo y las circunstancias que tuvo en cuenta para considerar que la misma era atendible como prueba tendiente a demostrar la fecha del comienzo de la relación aboral invocada por la actora. Con respecto a esta cuestión, la sentencia dice: *"… La única testigo que indica como fecha de ingreso en forma contundente el mes de junio/2016 es la Sra. J., fecha que coincide con la denunciada en la demanda. Si bien la misma explica en las generales de la ley que tiene un juicio pendiente con el demandado, ello no resulta suficiente para desvirtuar el testimonio vertido, ya que la deponente tuvo conocimiento directo de lo explicado y sus dichos*

devienen verosímiles. Asimismo, el testimonio en cuestión no fue tachado ni cuestionado por las partes en la oportunidad procesal pertinente, por lo que será tomado en cuenta como válido por este Juzgador …" (conf. fs. 158). A la luz de lo hasta aquí analizado y lo que surge de las constancias de autos, la declaración de esta testigo resulta conducente y convincente para acreditar de manera clara y terminante la fecha del inicio de la relación de trabajo que existiera entre la actora y el demandado.

En tales condiciones, valorados en conjunto los elementos de prueba y a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 390 CPCC), entiendo que debe rechazarse el agravio analizado, confirmándose el decisorio de grado en cuanto ha concluido que la relación laboral entre las partes comenzó el día 01 de Junio de 2016.

2.2 – <u>La categoría laboral de la actora</u>

Agravia al demandado que la sentencia haya concluido que la categoría laboral de la actora fue la de "cajera" prevista en el art. 17 inc. e) del CCT 478/06 del gremio de Panaderos. Insiste en que le corresponde la categoría en la que figura inscripta por el empleador. Anticipo que no le asiste la razón.

La sentencia ha sido muy clara en este punto. En efecto, tuvo en cuenta que el art. 17 inc. e) del CCT 478/06 especifica claramente cuáles son las funciones que desempeña una "cajera": atiende la caja cobrando las ventas al público, pero si su empleador lo considera necesario, deberá también atender al público despachando mercaderías, cumpliendo funciones de dependiente a mostrador. A su vez, en el inciso f) del mismo artículo se hace referencia a "dependientes/as" cuyas funciones son: atender al público, ordenar y completar la exhibición de productos, efectuar la limpieza de vidrieras, vitrinas y toda tarea secundaria relacionada con la higiene general de la

parte comercial y finaliza diciendo: *"… En caso de emergencia podrá ocupar el puesto de Cajero/a"*.

Conforme a esta normativa, el a quo ha dicho que de los testimonios producidos en autos se desprende que la accionante realizaba habitualmente ambas tareas: de cajera y al mismo tiempo de atención al público, sin mencionarse otras personas que ocuparan o compartieran esos roles y no revistiendo el supuesto de "emergencia" referenciado en el inciso f) anteriormente aludido aquí. En consecuencia, concluyó que la categoría que le corresponde a la accionante es la de "Cajero" contemplada en el art. 17 apartado 2) del CCT 478/06.

La conclusión de la sentencia no aparece en ningún momento sólidamente rebatida por la queja de la demandada, por lo tanto, ha adquirido firmeza y de allí lo irrelevante de su postura a los efectos de provocar la revocación de la decidido en la instancia originaria en el punto bajo análisis.

En razón de lo expuesto, la queja no es atendida.

2.3 – <u>La jornada de trabajo</u>

La sentencia originaria determinó que la actora cumplió una jornada laboral de 8 horas diarias y no una jornada reducida que fuera invocada por el demandado. Ello agravia al recurrente.

La "jornada reducida" invocada por la demandada, nos conduce a la figura del contrato de trabajo "a tiempo parcial". La ley lo define como *"aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar S. durante un determinado número de horas al día o a la semana o al mes inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad"* (conf. art. 92 ter LCT). Es decir que el carácter del contrato como de tiempo parcial no tiene que ver con la duración del contrato sino con la duración de las tareas que presta el trabajador, tomando

como módulo de comparación la jornada *habitual* diaria, semanal o mensual, *de la actividad*.

El concepto de *jornada habitual de la actividad* no se confunde necesariamente con el de *jornada legal de la actividad*, aunque sucede normalmente en la mayor parte de las actividades que la *jornada habitual* coincide con la *jornada legal*. La ley utiliza como módulo de referencia la jornada habitual *de la actividad*.

Sentado que el módulo de referencia del contrato a tiempo parcial es la *jornada habitual de la actividad*, no cualquier prestación de tareas inferior a la jornada habitual permite configurar un contrato de trabajo a tiempo parcial, sino que la ley establece imperativamente que el número de horas trabajadas al día, la semana o el mes debe ser inferior a las dos terceras partes de esa jornada habitual. Una duración de las tareas, aunque fuera levemente superior a esas dos terceras partes, no permitiría hacer aplicables los efectos del contrato a tiempo parcial (conf. ETALA, C., *"Contrato de Trabajo"*, pág.292).

A diferencia del art. 92 LCT que determina que la carga de la prueba de que el contrato es por tiempo determinado (contrato a plazo fijo o eventual) está a cargo del empleador, el artículo específico sobre el trabajo a tiempo parcial nada establece a este respecto.

Del texto del art. 198 LCT del que surge que *"la reducción de la jornada máxima legal"* sólo procede –entre otras— conforme a estipulación particular de los contratos individuales de trabajo, puede desprenderse que la carga de su acreditación estará a cargo de quien invoque la existencia del contrato celebrado bajo esta modalidad específica de contratación (ver ETALA, C.A. *"El contrato de trabajo a tiempo parcial. Su modificación por la ley 26.474"*, Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Trabajo, LL, T. II, pág.612). Queda claro y rebatido con lo dicho que no puede admitirse la

queja dirigida a que la prueba en este aspecto estaba a cargo de la parte actora, como pretende la recurrente.

Atento lo expuesto y habiendo sido la demandada quien invocara en el proceso la prestación laboral de la actora con una "jornada reducida", asumió aquélla la carga de acreditar tal afirmación y no advierto que haya dado cabal cumplimiento a la misma.

Desde la perspectiva señalada, si la demandada pretendía un encuadramiento y/o solución distinta, debió aportar los elementos convictivos que permitieran arribar a esa conclusión al dictarse la sentencia.

El planteo contraría todos los postulados de las reglas procesales sobre la actividad probatoria en el proceso judicial. Conforme lo digo en el punto **"2.1"** que antecece, corresponde remitir a la recurrente a lo normado por el Art. 381 y concs. del CPCC. Allí digo que este *onus probandi* no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; que es una circunstancia del riesgo en que quien no prueba los hechos que debe demostrar pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis y que puede deshacerse de ésa, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que hacen a la admisión de su derecho (conf. FASSI, S.C. y MAURINO, A.L., *"Cód.Proc.Civ.Com. de la Nación"*, T.III, p. 415, Astrea, comentario al art. 377).

Volviendo a lo expuesto en la queja con respecto a la prueba testimonial producida en autos y considerada relevante por el a quo, respondo a la agraviada reiterando lo que expongo en el punto **"2.1"** del presente anteriormente referido; me refiero a que *"seleccionar los medios de prueba computables y atribuirles la jerarquía pertinente es, en principio, facultad privativa de los Tribunales del Trabajo"* (conf. SCBA, 05/06/79, LL Online: AR/JUR/88/1979); que el Juez *"…está autorizado a preferir unas pruebas sobre otras, sin que el criterio subjetivo de las partes pueda neutralizar esa atribución"*

(conf. SCBA, 04/03/75, LL Online: AR/JUR/140/1975) y que *"en el procedimiento laboral rige un sistema propio en la apreciación de la prueba…y las facultades que…se conceden a los tribunales del fuero no tienen más límites que la "conciencia" del juez, esto es, su prudencia jurídica. Va implícita entonces la facultad de seleccionar las pruebas y atribuirles la jerarquía que en cada caso corresponde sin que se encuentren obligados a referirse indispensablemente a todos los medios probatorios que se propongan a su consideración"* (SCBA, 01/06/91, LL Online: AR/JUR/106/1991).

Reitero que se queja la demandada planteando que la actora no acreditó haber trabajado una jornada de ocho horas diarias. He dicho aquí que, según su relato, la labor tenía una jornada inferior (jornada reducida).

Entre la importante jurisprudencia que existe sobre el tema, la Corte de Justicia de la Provincia de Salta ha sido clara al decir que "… *la procedencia de la modalidad del contrato a tiempo parcial solo puede ponderarse a la luz de lo conceptualizado como jornada normal o legal para la actividad de que se trate, y al ser la jornada reducida un supuesto de excepción de acuerdo con lo prescripto por el art. 198 de la L.C.T., no solo exige una prueba fehaciente en tal sentido sino que corre a cargo del empleador su acreditación, toda vez que tanto desde el punto de vista del principio protectorio como desde la óptica de la carga dinámica de las pruebas, es esa parte la que habrá de contar con los elementos suficientes para demostrarla*…" (conf. Corte de Justicia de Salta, 11/09/2020, *"Aramayo, Carlos Adrián c. Magiana S.A.; INC S.A. s/ recurso de inconstitucionalidad"*, La Ley Online: TR AR/JUR/72261/2020).

Viene al caso dejar sentado que se entiende por contrato de trabajo a tiempo parcial aquella "… *modalidad de trabajo en que la prestación laboral se realiza dentro de un horario sensiblemente menor al normal. Esta reducción se configura por la voluntad de las partes e implica un desempeño regular, no accidental ni esporádico, por lo que no debe ser confundido con otras modalidades como el*

eventual, de temporada, etc. …" (conf. FELDMAN, I., *"La duración del trabajo"*, pág. 39, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1987).

Así, la jurisprudencia ha destacado que "*… el accionado al invocar la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, asume la carga de demostrar esta modalidad especial, por aplicación analógica del art. 92 LCT…*" (conf. Cám.1ª.Trab.Mendoza, 17/02/2021, *"Amarfil, Pedro A. c. Milazzo S.A. s/ Despido"*, La Ley Online: TR AR/JUR/7291/2021).

Es que "*… la prueba del contrato "a tiempo parcial" corre a cargo de quien lo invoca, pues si bien art. 92 ter de la LCT no consagra presunción alguna al respecto, la jurisprudencia ha entendido que tratándose de una modalidad especial o "excepcional" de contratación, el empleador que alega una contratación en esos términos debe acreditarlo… (art. 377 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación …*" (conf. CNTrab, Sala VI, 29/10/2020, *"Cifuentes González, Cielo Yulerci c. Buttpor S.R.L. y otros s/ despido"*, La Ley Online: TR AR/JUR/58955/2020).

En igual sentido, se ha establecido que "*…en lo que hace a la duración de la jornada, la carga probatoria de la demostración de jornada reducida corresponde a la empleadora. Ello, en razón de que lo que la ley presume como principio general es la jornada normal de trabajo y quien pretenda alegar una jornada de excepción debe demostrar en forma fehaciente…*" (conf. Cám.Laboral.Corrientes, 06/11/2020, "*Correa, Carlos Eduardo c. Supermax S.A. y/o q.r.r. s/ Indemnización laboral"*, La Ley Online: TR AR/JUR/81581/2020).

Por su parte, la doctrina nos aclara que "*… por si alguna duda quedara acerca de la carga y forma de la prueba, el legislador de la época en que se modificó la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial, es el mismo que modificó el art. 9 de la LCT, reconociendo en forma expresa que la duda que mayormente beneficiaba al empleador era la duda en relación a la apreciación de la prueba y no la de la interpretación de la ley, lo que ante la duda llevaba a lo que era una costumbre, fallar in dubio pro empresario (aun en contra del principio protectorio). Por ello, y*

como vengo planteando, la presunción en materia de prueba contenida en el art. 9 RCT, derivada del art. 14 bis CN, resulta aplicable en relación al contrato de trabajo a tiempo parcial, debiendo en caso de duda acerca de la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, considerar la existencia de un contrato de tiempo indeterminado a tiempo completo o, en algunos casos, una jornada reducida no encuadrable en el supuesto del art. 92 ter LCT…" (conf. SERRANO ALOU, S., *"El artículo 92 ter de la LCT luego de la reforma de la ley 26.474"*, LLNOA, 2011 (noviembre), 1057, La Ley Online: AR/DOC/3744/2011).

Por lo tanto, no habiendo la demandada acreditado la existencia de una jornada reducida de trabajo, debe confirmarse la decisión del a quo en cuanto ha considerado que la prestación laboral tuvo una jornada de ocho horas diarias de labor (jornada completa), rechazándose los términos de la queja aquí analizada.

2.4 – <u>El incremento indemnizatorio del Art. 1 Ley 25.323</u>

Plantea la quejosa que debe revocarse la condena a pagar la indemnización prevista por el art. 1 de la Ley 25.323 en razón de los agravios expuestos y porque la registración laboral de la actora no era deficiente al momento de su desvinculación.

Teniendo en cuenta que conforme la sentencia recurrida --que debe ser confirmada— la parte actora ingresó a trabajar el día 01 de Junio de 2016 y no el 10 de Diciembre de 2016 como estaba registrada; que su categoría laboral era la de "Cajera" y no la de "Dependienta" como estaba registrada y que su jornada de trabajo fue de ocho (8) horas diarias y no una jornada reducida de cuatro (4) horas por día como estaba registrada, es a todas luces evidente que procede la condena al pago del incremento indemnizatorio previsto por el art. 1 de la Ley 25.323, conforme lo ha resuelto el a quo.

En consecuencia, el agravio es inadmisible.

3 – <u>Tratamiento del agravio de la parte actora</u>

<u>Rechazo de la multa del Art. 2 Ley 25.323</u>

Agravia a la parte actora que la sentencia en crisis no haya admitido su reclamo de aplicación al demandado de la multa que establece el art. 2 de la Ley 25.323.

Le asiste razón a la quejosa. Y le asiste porque se ha demostrado, de conformidad con los postulados de la sentencia, que el despido de la actora oportunamente dispuesto por el demandado no resultó ajustado a derecho en atención a las constancias reunidas en la oportunidad y que están incorporadas al proceso, conforme lo resolviera el a quo en su fallo.

La Ley 25.323 agrava en un 50% las indemnizaciones por despido cuando no se las abonare al distracto, obligando al trabajador afectado a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas.

El art. 2 de la misma dispone que cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 y los arts. 6 y 7 de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, las mismas serán incrementadas en un 50%.

La sentencia en crisis ha resuelto que habiendo el actor percibido la "liquidación final" (conf. recibos de fs. 15 y 51) abonada por la empleadora extrajudicialmente en función de lo que consideró ajustado a derecho, no se encuentra en la conducta de la demandada la situación prevista por el art. 2 de la Ley 25.323.

He de coincidir con el voto anterior de mi distinguido colega el Dr. Guillermo D. Hansen en que la conclusión de la instancia originaria en este punto ha sido equivocada y debe ser revocada. Y afirmo la existencia de una equivocación del sentenciante en razón de que la "liquidación final" percibida por el actor extrajudicialmente no incluye ninguna de las indemnizaciones por el despido incausado (arts. 233, 234 y 245 LCT); por lo tanto, es evidente que el empleador no las abonó.

Tengo en cuenta también que la actora intimó fehacientemente su pago al demandado mediante la pieza postal obrante a fs. 03 de autos y que debió promover los presentes actuados a los efectos de percibir las mismas.

Es evidente, entonces, que se han cumplimentado y se dan todos los requisitos legales para la procedencia de la imposición al demandado de la multa prevista por la norma en cuestión y así debe procederse revocándose lo decidido en la primera instancia en este aspecto.

Por otra parte, debe quedar en claro que la percepción de la "liquidación final" por parte de la accionante en modo alguno constituye un obstáculo para la aplicación de esta multa y de allí el error de la sentencia en crisis al no haber admitido su condena. Son dos cuestiones distintas y cada una de ellas comprende rubros que no se excluyen; por lo tanto, corresponde su admisión.

En consecuencia, admitiendo el agravio bajo análisis, corresponde revocar parcialmente la sentencia en crisis en cuanto no ha admitido la condena a la demandada al pago de la multa establecida por el Art. 2 de la Ley 25.323, admitiéndose la misma en favor de la accionante, lo que debe ser cumplido dentro del plazo fijado en la sentencia originaria y con más los intereses fijados en la misma desde que la suma es debida hasta su efectivo pago, conforme la liquidación que practicará el perito contador que se designe al

efecto, tal como lo dispone la sentencia originaria para liquidar los restantes rubros que debe percibir la reclamante.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo admitr este agravio.

4 – Conclusión

De conformidad con los fundamentos precedentemente expuestos, es mi conclusión que corresponde: **a-) revocar parcialmente** la sentencia en crisis en cuanto ha rechazado aplicar a la demandada el incremento indemnizatorio previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323; **b-) condenar** a la parte demandada a abonar a la actora el incremento indemnizatorio establecido por el Art. 2 de la Ley 25.323, dentro del plazo, con los intereses establecidos en la sentencia de primera instancia y conforme el cálculo que realice el perito contador que se designe al efecto tal como lo dispone la sentencia originaria para liquidar los restantes rubros a percibir por la accionante y **c-) confirmar** la sentencia en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Así lo voto.

5 – Adecuación de costas y honorarios

El alcance de la revocación parcial de la sentencia propuesto precedentemente no amerita realizar la adecuación de costas y honorarios prevista por el ritual para el caso.

6 – Costas de la Alzada

Corresponde imponer las costas de la Alzada de la siguiente manera:

a-) Por el recurso interpuesto por la parte demandada: se le imponen a la recurrente que resulta vencida en el mismo (art. 69 CPCC), correspondiendo regular los honorarios de su letrado apoderado, Dr. L. A. N. y los del letrado apoderado de la parte actora, Dr. E. E. C., en los

porcentajes propuestos por el Sr. Juez Guillermo D. Hansen en el voto que antecede, en razón de ajustarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria; y **b-) <u>Por el recurso interpuesto por la parte actora</u>:** se le imponen a la demandada que resulta vencida en el mismo (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. E. E. C., en el porcentaje propuesto por el Sr. Juez Guillermo D. Hansen en su voto precedente, en razón de ajustarse el mismo a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr.Juez. de Cámara, Guillermo D. HANSEN, dijo.

Atento a como resuelvo el recurso aquí tratado, propongo que el pronunciamiento que se debe dictar es el siguiente:

1. **RECHAZAR** el recurso incoado por el demandado y **CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto hubiera sido materia de agravios.
2. **HACER LUGAR** al recurso incoado por la actora y **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado y admitir la procedencia de la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 cuya cuantía será determinada en la instancia de grado, debiendo ser abonado en los plazos y con los intereses previstos por la sentencia de primera instancia.
3. **IMPONER LAS COSTAS** de acuerdo al siguiente criterio: **A) <u>Por el recurso de apelación interpuesto por el demandado</u>:** al demandado, en su calidad de apelante vencido (art. 57 Ley XIV N°1); **B) <u>Por el recurso</u>**

interpuesto por la parte actora: al demandado, en su calidad de vencido (art. 57 Ley XIV N°1).

3. **REGULAR** los honorarios en esta instancia de la siguiente manera: **A) Por el recurso de apelación interpuesto por el demandado**: al letrado del demandado, Abogado L. N., en el 25% y al letrado de la parte actora, Abogado E. E. C., en el 30%, y **B) Por el recurso de apelación interpuesto por la parte actora:** al letrado de la parte actora, Abogado E. E. C., en el 30%; todos ellos sobre la cantidad fijada en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder, ello siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto por la ley arancelaria, aplicándose, en su caso éste último – arts.5, 6 y 13 Ley XIII, N°4-.

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Guillermo D. Hansen, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Así lo voto

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

Puerto Madryn, de septiembre de 2022.

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. **RECHAZAR** el recurso incoado por el demandado y **CONFIRMAR** la sentencia de grado en cuanto hubiera sido materia de agravios.
2. **HACER LUGAR** al recurso incoado por la actora y **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado y admitir la procedencia de la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 cuya cuantía será determinada en la instancia de grado, debiendo ser abonado en los plazos y con los intereses previstos por la sentencia de primera instancia.
3. **IMPONER LAS COSTAS** de acuerdo al siguiente criterio: **A) Por el recurso de apelación interpuesto por el demandado:** al demandado, en su calidad de apelante vencido (art. 57 Ley XIV N°1); **B) Por el recurso interpuesto por la parte actora:** al demandado, en su calidad de vencido (art. 57 Ley XIV N°1).

3. **REGULAR** los honorarios en esta instancia de la siguiente manera: **A) Por el recurso de apelación interpuesto por el demandado**: al letrado del demandado, Abogado L. N., en el 25% y al letrado de la parte actora, Abogado E. E. C., en el 30%, y **B) Por el recurso de apelación interpuesto por la parte actora:** al letrado de la parte actora, Abogado E. E. C., en el 30%; todos ellos sobre la cantidad fijada en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder, ello siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto por la ley arancelaria, aplicándose, en su caso éste último –arts.5, 6 y 13 Ley XIII, N°4-.

4. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /22 SDL.