---En la ciudad de Trelew, a los 10 días de agosto del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, con la presidencia del Dr. Guillermo Nicolás Walter y presencia de los Sres. Jueces del Tribunal Dres. Sergio Rubén Lucero y Aldo L. De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“N., G. H. R. c/ A., O. L. s/ Cobro de Haberes e Indem. de Ley” (Expte. Nro. 207 - Año 2023 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 con fecha 05/07/2023.

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Guillermo N. Walter dijo:

--- I. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES A RESOLVER.

--- (i) La Sentencia Definitiva recurrida.

--- Con fecha 17/03/2023, el Juzgado Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minería de Rawson dictó la Sentencia Definitiva N° 49/2023 (fs. 142/147 y vta.), en lo pertinente, declaró la inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos pactados en los acuerdos salariales del CCT 130/75, declaró el carácter remunerativo del adicional por faltante de caja del art. 30 del citado convenio; e hizo lugar a la demanda entablada por G. H. R. N. contra de O. L. A., condenando a este último a que en el término de 10 días abone al trabajador la suma de $ 1.612.153,31, con más los intereses fijados en el considerando respectivo, capitalizados a la fecha de notificación de la demanda.

--- Esta resolución fue apelada por la parte demandada mediante el escrito digital ID 1006247 (20/03/2023, fs. 148), recurso que le fue concedido por el Tribunal el 27/03/2023 (fs. 149), y fundado por el apelante mediante el escrito digital ID 1018122 (29/03/2023, fs. 158/165), cuyo traslado del 30/03/2023 (fs. 166) no fue contestado por la contraria.

--- (ii) El recurso de apelación de la demandada.

--- (a) En su expresión de agravios, donde incluye cinco puntos, la recurrente manifiesta que pretende con su impugnación *“(a) La recepción in totum de la pretensión de la actora del reconocimiento de que cumplió jornada completa en toda la extensión de la relación laboral, en la categoría “B” del Convenio Colectivo de Empleados de Comercio, incluida manejo habitual de la caja del comercio de la demandada. (b) La existencia de una irregular inscripción del vínculo laboral en relación a la jornada laboral, categoría y las multas laborales. (c) La inexistencia de prueba en relación a las comunicaciones electrónicas invocadas por la demandada como causal del despido con justa causa*”.

--- El primero de los agravios lo titula como “*Sobre la injustificada aseveración de una relación laboral con jornada completa*” y cuestiona que la sentencia haya considerado que su parte no acreditó la jornada a tiempo parcial invocada. Critica allí la valoración de la prueba de la resolución para concluir que hubo jornada completa y diferencias salariales a

abonar. Dice que no se consideró allí la prueba documental acompañada como apartados 2.10 a 2.18 del Capítulo IX de la contestación de demanda. Sostiene que los testigos tomados en cuenta por la sentencia fueron solo los ofrecidos por la actora, con relatos que califica de inverosímiles y guionados, y que ninguno de ellos fue un compañero de trabajo o ex empleado que haya podido dar fe de las 8 horas de trabajo. Considera que el análisis judicial de la prueba testimonial no fue profundo y que este medio es muy manipulable.

--- En el segundo agravio cuestiona que se haya atribuido al actor el manejo de caja a los fines de percibir el adicional del art. 30 del CCT 130/75. Dice que acompañó como prueba documental un memo interno, fechado 6/7/2020, firmado por el actor, donde se consignaron los roles de cada empleado, señalándose específicamente que el encargado de caja no era el accionante, por lo que cualquier cobranza que pudo recibir fue ocasional. Cuestiona también la sentencia por valorar diversos testigos en este sentido, ya que considera que en modo alguno los testimonios mencionados permiten tener por acreditada o "comprobada" la función de cajero, o un manejo habitual de la caja y una función específica y exclusiva de cobranza. Agrega que ninguno de estos testigos especifica si abonaban con efectivo o débito, lo cual indica a su criterio que la cobranza por caja no se encuentra acreditada. Sostiene que aquel adicional corresponde a las personas cuya función sea la de cobrar dinero y no a cualquier que lo maneje.

--- En el tercer agravio, dice que se omitió en la sentencia considerar los planteos sobre la improcedencia de los agravantes de la Ley 25.323 que hizo en su contestación de la demanda. Recuerda que allí dijo que la actora estaba registrada correctamente y señala que la invocación de fecha anterior de inicio laboral a la de la inscripción registral es infundada y sin aporte probatorio alguno, mientras que el planteo por efectiva categoría superior desempeñada, más allá de la ausencia de correlato con la realidad laboral del momento, no encuadra en el supuesto previsto en la normativa en cuestión. Considera que el incorrecto encuadre de la categoría no supone deficiencia registral.

--- Cuestiona también el agravante del artículo 2° de la Ley 25.323, a tenor de la forma que se extinguió el vínculo laboral. Dice que ésta fue en los términos del art. 242 de la LCT por entenderse el empleador con derecho a ello, mientras el agravante corresponde cuando aquellas indemnizaciones son legitimas y operan de pleno derecho, por ejemplo, ante despido directo sin causa. En subsidio manifestó que solicitó la reducción que plantea el segundo párrafo de aquella norma. Considera también la improcedencia de aquel agravante en virtud de la extemporaneidad por prematura de la comunicación epistolar, conforme los arts. 128 LCT y 255 bis LCT, ya que la desvinculación (CD X.) tenía vigencia a partir del 31/12/2020 y, por tanto, el plazo de cancelación de una posible obligación vencía el 08/01/2021.

--- En el cuarto agravio, cuestiona que no se haya considerado probada la causal de despido invocada por la patronal. Señala que la sentencia le imputó no haber acreditado los mensajes de texto en que basó el despido, más considera que el Tribunal no le permitió producir la prueba pericial informática ofrecida a fines de acreditar tales aspectos. Dice que el Tribunal consideró que esta prueba era inconducente porque el actor no negó en su momento las capturas de pantalla agregadas, más en la resolución le achacó esa falta de prueba. Agrega que, si bien la restante prueba informativa producida al efecto fue infructuosa, agravia su derecho de defensa que no se le haya permitido producir aquella prueba para después imputarle deficiencia probatoria en la causal de despido invocada. Dice que, en tanto el actor no desconoció los mensajes, no fue necesario probar el origen de éstos. Concluye así que la falta de negativa del actor a los mensajes acompañados permite tener por acreditado su existencia, contenido, emisor y destinatario. Agrega también que la sentencia se llamó a silencio sobre los alcances de dichos mensajes, vaciándolo de todo sentido al tildarlo como una "conversación", a pesar de su tinte acosador, juzgando sin perspectiva de género.

--- En quinto lugar, señala que la resolución no consideró su cuestionamiento a la base de liquidación de las sumas indemnizatorias reclamadas que incluyó al contestar demanda, particularmente. Dice que se debió tomar como base la remuneración a diciembre de 2020, neto de $ 56.222,62 y total sin descuentos de $ 61.422,62. Agrega que el actor no reúne las condiciones para percibir el presentismo, ya que de la prueba documental (capitulo IX 2. Documental, apartado 2.4 y 2.5) surgen suspensivas sin goce de haberes que no constituyen excepción contemplada en el art. 40 del CC 130/75.

--- II.- CONSIDERACIONES DE LA SOLUCIÓN A PROPONER.

--- Realizada sucintamente la relación de las cuestiones a resolver, corresponde abocarme a su tratamiento, adelantando que trataré los agravios en un orden distinto al planteado por la parte, el que entiendo responde a un orden lógico: la jornada completa, el adicional por manejo de caja, la causal de despido, la base indemnizatoria, y los agravantes de los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323.

--- (i) La jornada completa.

--- Como ya indiqué, el recurrente cuestiona que la sentencia consideró que la patronal no acreditó la jornada parcial y estableció la existencia de jornada completa a favor del trabajador, ordenando pagar las diferencias salariales correspondientes. Arguye para ello que no se sopesó la prueba documental acompañada, que se tuvieron en cuenta solo los testigos ofrecidos por la accionante, apuntando que estos fueron inverosímiles y guionados. Consideró que el agravio es insuficiente para revertir lo resuelto en la instancia anterior.

--- En primer lugar, la resolución cuestionada puso en el tapete la carga de la prueba de la parte demandada sobre la limitación al principio general del contrato de trabajo a jornada

parcial, por lo que el agravio debió realizar un mayor esfuerzo a los fines de demostrar que, efectivamente, acreditó la limitación oportunamente invocada.

--- En sí, el recurrente plantea una mera disconformidad general con la selección probatoria de la Juzgadora de grado al señalar que no se "…*ha ponderado con ecuanimidad toda la prueba colectada en los presentes actuados*…", solo refiriendo "*por ejemplo*" la documental acompañada, más sin mencionar a que se refiere con eso ni que alcance debería tener ni tampoco enumera y describe otra prueba que no haya sido analizada particularmente.

--- Lo mismo cabe sostener respecto de la crítica que hace del análisis sobre la prueba testimonial, al referir someramente que es inverosímil y guionada, transcribiendo escuetos pasajes de tales declaraciones. Agrega que solo se tuvo presente la prueba testimonial de la parte actora, pero olvida indicar cuál fue la declaración testimonial producida por su parte que supuestamente fue obviada, qué alcance tuvo ésta y cómo pudo eso contradecir el criterio de la Sentenciante.

--- Si los agravios refieren a la prueba producida, es deber del recurrente puntualizar concretamente qué medio pertinente y atendible fue desechado; cuál de los invocados resulta inexistente, impertinente o inatendible; o las probanzas cuyas fuentes hayan sido desinterpretadas, suministrando los argumentos de prueba que patenticen el error y su relevancia para la suerte final de la pretensión u oposición. "El apelante debe expresar con claridad porqué la sentencia no es justa, y atacar lo resuelto por el juez con bases jurídicas y fundar, en mérito a un criterio distinto, cual debería ser el resultado de la *litis*, puesto que no resulta suficiente la simple manifestación de que el razonamiento fue erróneo, mencionando solamente que no se tuvieron en cuenta algunos elementos de prueba" (CAE; SIC N° 43/2001; CAT, Sala A, SDL N° 59/2016; con cita a Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I de Azul - RC J 2150/09, 05/09/2007, O., N. S. y otro vs. Z. de A., D. y otro s. Acción reivindicatoria).

--- En estos aspectos, criticar una sentencia no significa sólo disentir con la interpretación de la jueza, sino que debe configurar un análisis razonado de la sentencia. Se deben examinar los fundamentos de aquélla, puntualizando de modo crítico —es decir, emitiendo juicio impugnativo— concreto y preciso, con una derivación lógica adecuada o sea razonada, del por qué a su juicio, la decisión es arbitraria. No basta con dar una apreciación dogmática que trasunte un criterio diferente al del Tribunal o una mera disconformidad, sino que deben esgrimirse argumentos jurídicos fundantes de una opinión jurídicamente relevante en sentido opuesto al fallo (STJCh, SD N° 09/SRE/2008).

--- En este caso el apelante se ha mostrado disconforme con la Sentenciante, mas no ha mostrado razones de peso para conmover aquella decisión, debiéndose declarar desierto este agravio.

--- (ii) El adicional por faltante de caja – Art. 30 del CCT 130/75.

--- La Jueza de primera instancia hizo lugar a este adicional, entendiendo que el mismo se encuentra previsto convencionalmente "*para el personal que tenga entre sus funciones específicas la de cobrar dinero a la clientela, no así para quienes de manera ocasional o transitoria, realicen alguna cobranza*", sosteniendo que, de la declaración testimonial de E., S., R. y C., surge que N. efectivamente les cobraba.

--- El recurrente dice que un memo interno de la empresa del año 2020, firmado por el actor, acreditó que no tenía por funciones realizar cobranzas, y que los testimonios no permiten tener por acreditada la función de cajero o de manejo habitual de la caja como una función específica y exclusiva de cobranza del actor.

--- El embate aquí también es insuficiente puesto que el apelante ni siquiera analizó los dichos de los testigos invocados por la Jueza y su declaración para poder arribar a su conclusión, que no lograban aquel supuesto. Así, si bien la apreciación libre de la prueba no es sinónimo de discrecionalidad absoluta del órgano judicial, cuando se impugna, el apelante tiene la carga argumental de demostrar la arbitrariedad en la apreciación o invocar la norma violada. De allí que no alcanza con exponer una hipótesis distinta o mostrar una interpretación divergente de los hechos, aun cuando tal hipótesis o tal interpretación fuesen igual de plausibles que la adoptada por Tribunal de grado. Se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva, ya en sus pareceres o preferencias. Es decir, deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del grado es caprichosa, antojadiza, indefendible, incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad (art. 34 inc.4° CPCC; STJCH, SD N° 04/SCA/2008; CAE, SDC N° 46/2021; CAPM, SDC N° 01/2012; CAT, Sala A, SDL N° 03/2021).

--- Lo mismo cabe sostener respecto de su argumento paralelo relacionado con la documental que menciona, la cual debió cotejar concretamente con aquellos testimonios ponderados por la Magistrada. Advierto allí que el apelante pretende imponer sobre aquellas declaraciones una documentación firmada por el trabajador en su momento, sin siquiera hacerse cargo del principio de realidad que impera en la materia, y por qué motivo debería privilegiarse a aquellos instrumentos por sobre las varias declaraciones testimoniales en contrario.

--- Debo recordar en ello que el principio de la primacía de la realidad es uno de los principios generales del derecho del trabajo, que tiene en el ordenamiento positivo numerosas manifestaciones. Esta es una regla de interpretación para la juzgadora según la cual se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación, por sobre la ficción que puedan haber montado las partes. Prima así la realidad sobre la forma, lo que en el proceso se ha de traducir en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial y en la apreciación de los reconocimientos efectuados por vía de confesión en

orden a otros elementos de prueba (conf. CAT, Sala B, SDL N° 21/2014, con cita a Etala, C. Alberto, “Contrato de trabajo”, Astrea, 1998, par. 4, págs. 39/40; Fernández Madrid, Juan C., “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 3ra. ed. act., 2007, T. I, par. 2.7.18., pág. 323; Martínez Vivot, Juan C., “Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social”, Astrea, 1999, pág. 82).

--- Tampoco es correcta la interpretación que hace el apelante sobre el alcance de aquel adicional, al decir que corresponde solo a quienes están designados como cajeros o la limitación que hace entre gestionar pagos en efectivo o tarjetas. Por el contrario, coincido que ese adicional previsto para "los cajeros/as", "repartidores efectivos" y "*toda otra persona, que específicamente tenga obligación de cobrar dinero a la clientela*”, tiene como finalidad la "compensación de su riesgo de reposición de faltante de dinero cobrado" (art. 30 del CCT 130/75). Esto es, resulta claro de la normativa que ese adicional alude a aquellas personas cuya función sea la de "cobrar" dinero. En síntesis, ese adicional cubre lo que se conoce como "fallas de caja", y si la actora prueba que durante la vigencia del vínculo laboral formaba parte de sus tareas ser cajero o recibir dinero de parte de los clientes, como surge de la prueba testimonial referida por la Magistrada de grado, consecuentemente con ello deberá liquidarse el rubro (conf. CAPM, SDL N° 54/2016).

--- (iii) La causal del despido directo.

--- El cuestionamiento que realiza aquí el apelante se centra, principalmente, en que la Jueza de grado, a pesar de haber señalado que la prueba pericial informática era innecesaria en virtud que no se negaron las capturas de pantalla agregadas como prueba documental en la contestación de demanda, luego achacó a la demandada la falta de prueba del envío y recepción de los mensajes enviados por el actor a la cliente del comercio, ni la titularidad de la línea telefónica.

--- En principio, le asiste razón al impugnante en este aspecto. Es contradictoria la resolución al imputar a dicha parte la orfandad probatoria si fue el mismo Tribunal el que le impidió al litigante producir esa misma prueba. Eso, ciertamente, afecta el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por eso, si bien el Tribunal debe dirigir el proceso y cuenta con facultades para eliminar aquella prueba que es innecesaria o inconducente, debe guardar cuidado de no afectar estas garantías y derechos constitucionales y convencionales. El debido proceso significa, entre otras cosas, que ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla con el procedimiento regulado por la ley, llevado debidamente, dándole oportunidad de participar útilmente en él, ofreciendo y produciendo prueba (conf. CAT, Sala B, SDCA N° 01/2014).

--- Por ello, si el actor incumplió su carga de negar la documentación aportada por la parte demandada al contestar demanda, conforme se lo exigen los arts. 360, inc. 1° y 362 del CPCC, la consecuencia correspondiente es la que manda el mismo rito al tenerlos por

reconocidos o recibidos, según el caso. Este es un imperativo del propio interés por lo que si la parte no desconoce la documentación expresa y concretamente, implica su reconocimiento (conf. STJCh, SI N° 42/SCA/2013, con cita a Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, "Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado y Anotado", Ed. La Ley, año 2002, pág. 296).

--- Ahora bien, en el supuesto que se tenga por reconocido el contenido y envío de ciertos mensajes por parte del trabajador a una clienta, a través al sistema de comunicación conocido como "whatsapp", corresponde determinar si la empresa cumplió con los presupuestos formales necesarios para comunicar el despido y, eventualmente, si la causa invocada justifica el distracto.

--- En concreto, el hecho que el empleador imputó al trabajador como justificativo de su despido, según la carta documento de fecha 30/12/2020, fue el siguiente: "*Habiéndose acreditado una grave inconducta el 19/12/2020 observado con una clienta mediante mensajes de Whatsapp inadecuado e irrespetuoso…".* No hay ninguna otra referencia más en relación al hecho cuestionado en dicha carta documento. Por el contrario, la empresa, al contestar demanda, amplió esas referencias e identificó cuáles fueron esos mensajes, a quién se los había enviado, la respuesta de la clienta, las averiguaciones que había hecho al efecto la empresa, etc.

--- Al respecto, cabe tener presente que el Tribunal, cuando evalúa la causal de despido a los efectos de determinar si es suficiente para motivar el distracto, circunscribe la causa al marco descripto por el empleador al producir el despido motivado y a la base fáctica que surge del intercambio epistolar, todo lo cual se inscribe en el principio de congruencia y de buena fe (conf. CAPM, SDL N° 18/2016, con cita a CNTrab., Sala II, 08/04/09, LLOnline: AR/JUR/5181/2009).

--- Así las cosas, a la hora de juzgar la terminación de un contrato de trabajo en los términos del art. 242 de la LCT, se debe estar al texto de la comunicación rupturista, ya que la comunicación del despido tiene carácter vinculante en virtud de su artículo siguiente. Una vez invocada la causa de la rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior. Las causales deben ser expuestas en forma clara y precisa en el instrumento que notifica al dependiente su despido (conf. CAT, Sala B, SDL N° 78/199; CAPM, SDL N° 60/2014; CAE, SDL N° 15/2018; CAT, Sala A, SDL N° 18/2009; CAPM, SDL N° 11/2018; CAT, Sala B, SDL N° 26/2001; CApel. Reconquista, Sta. Fe, en Pleno, 23/10/86, TySS, 1987-367).

--- Tales hechos y su consecuencia son los cimientos del alegado cese de la fe en el empleado, que había de demostrarlos en autos el dador de trabajo que los invocara por constituir ellos el presupuesto fáctico de aplicación de las normas fundamento de su defensa (art. 381 CPCC) y las probanzas debían recaer sobre esos precisos

acontecimientos, que no sobre otros distintos, en razón de la invariabilidad de la causa del despido (art. 243 LCT) (conf. CAT, SDL N° 32/2017).

--- Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la obligación de notificar las causas del despido y la imposibilidad de modificarlas en juicio, responde a *la finalidad de dar al dependiente la posibilidad de estructurar en forma adecuada su defensa*. Se trata del basamento mismo para que los preceptos contenidos en art. 18 de la Constitución Nacional puedan hallar plena vigencia en la solución del conflicto a desarrollarse. Empero el Alto Tribunal, en una posición equilibrada, sostuvo que el detalle de esa información sobre las causas no puede importar un formulismo taxativo, que cercene el debate judicial, ni un fórmula ambigua o equívoca que admita vaguedad, oscuridad o equivocidad de la causa, y que en el transcurso del juicio se "acomoden" los hechos y pruebas con posterioridad a la expresión de los motivos invocados, atentando así contra la prohibición de invariabilidad consagrada en el art. 243 de la LCT (conf. CSJN, 16.02.93, "Riobo", DT, 1993-A-435; CACR, Sala A, SDL N° 19/2015; CApel. Lab. Rosario, Sala II, 23/05/2011 – “M. M. c/ Clínica Odontológica s/ demanda laboral - cobro de pesos"- Cita: MJ-JU-M-69352-AR - MJJ69352 - MJJ69352).

--- En este caso, tan marcada es la falta de precisiones sobre las circunstancias en que se pretendió justificar el despido que el trabajador no tuvo la posibilidad —al deducir su demanda— de defenderse de ningún hecho concreto: no sabía que mensajes de *whatsapp* debía contradecir concretamente, cuál era el contenido de estos supuestos mensajes, a quien se habían enviado, quien era la supuesta clienta ofendida, etc. Como se ve, no se trata de formas solemnes más si se requiere una mínima precisión de personas, lugar y tiempo que permitan el conocimiento de los motivos que determinaron la grave decisión de la empresa y la posibilidad de defensa para el trabajador (conf. CAPM, SDL N° 22/2016).

--- Vale reiterar que esto es fundamental al pretender despedir a un trabajador con causa ya que, en este caso, por ejemplo, éste bien pudo tener el interés de ofrecer como testigo a la Sra. O., a los fines de preguntarle sobre el supuesto incidente. Solo pudo ofrecerla como testigo la parte demandada al contestar demanda y develar su nombre, lo que ni siquiera pudo concretarse ya que el Tribunal la declaró negligente en su producción a fs. 136.

--- Siendo así, entiendo que el agravio debe rechazarse y confirmarse la resolución en cuanto al despido sin causa y las indemnizaciones correspondientes.

--- (iv) <u>La base indemnizatoria</u>.

--- La sentencia definitiva, tras señalar que el despido fue incausado, hizo lugar *“... a las indemnizaciones y sumas correspondientes a la liquidación final reclamadas en demanda, las que habrán de prosperar por las sumas reclamadas en el punto 4.1, a las cuales descuento los $ 294.970,78 correspondientes a diferencias salariales que he reconocido en los considerandos anteriores, prosperando en consecuencia por $ 1.317.182,53*”.

--- El punto 4.1 del escrito inicial, en relación a la base que se toma para el cálculo del art. 245 de la LCT, se sostiene que corresponde la suma de $ 73.929,54, por el período 12/2020. El apelante dice que en su contestación de demanda sostuvo que se debió tomar como base la remuneración a diciembre de 2020, pero en cuanto al neto de *$ 56.222,62* y total sin descuentos de *$ 61.422,62*. Agrega también que el actor no reúne las condiciones para percibir el presentismo, ya que fue suspendido sin goce de haberes.

--- Sin embargo, en la contestación de demanda —sin mediar explicación— el demandado se limitó a señalar en el acápite correspondiente: "*Mejor remuneración mensual, normal y habitual: no es cierto que sean $ 73.929,54 sino que son $ 56.340,33*".

--- No hay mucho para decir al respecto, entonces, si la conclusión a la que arriba la Jueza de grado responde a las sumas que corresponden al art. 245 de la LCT y la declaración de inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos pactados en los acuerdos salariales del CCT 130/75, y el recurrente no ha ocupado un esfuerzo discursivo mayor al señalado para conmover aquel criterio, el cual —en cualquier caso— no pasa de ser un mero inconformismo con lo resuelto.

--- Tantas veces se ha dicho que el agravio es la "llave" que abre al Tribunal de segunda instancia el conocimiento del proceso en cuanto a los puntos motivos de la apelación, por lo que solo puede tener en cuenta para resolver aquellos descriptos por el impugnante en el escrito donde se articula el recurso. Así, siendo el agravio la medida de la apelación, delimita el ámbito de actuación jurisdiccional. Es decir, define el estrecho marco de personalidad de la apelación, que determinan el ámbito de la competencia revisora y de la actuación jurisdiccional ("tantum devolutum quantum apellatum"; conf. CAT, Sala A, SICA N° 03/2018, con cita a SIP N° 23/1993; SDL N° 042/2016, SICA N° 05/2019, entre otras; CSJN 03/06/08, Fallos 331:1369, del dictamen de la Procuración General. Hitters, Juan C., "Técnica de los recursos ordinarios", 2da. edición, Editorial Librería Editora Platense, 2004, p. 151, 152, 153, 155, 411, 412).

--- De ello se deriva, entonces, que formular el agravio de manera técnica es una carga del apelante, como imperativo del propio interés que tiene en impugnar y modificar el fallo del grado anterior. Es decir, en esta carga impugnatoria debe —a través del agravio— derribar el razonamiento de la Jueza de grado y no meramente exponer su opinión o su disentimiento. Tiene que demostrar el error en la valoración de los hechos probados, del material probatorio o del derecho aplicado (conf. STJCh, SD N° 08/SRO/2017; CACR, Sala B, SDF N° 04/2014, con cita a Fassi Yáñe, "Código Procesal Civil y Comercial", t. 2, p. 483; Cámara Apel. Civ. Com. Fed., Sala II, causa 7628/99 del 26-4-00; Colombo– Kiper, "Código procesal civil y comercial de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, T. III, p. 171 y sig.).

--- En suma, propongo se declare la deserción del presente agravio.

--- (v) Indemnizaciones de la Ley 25.323.

--- El apelante cuestiona que la sentencia hizo lugar a las indemnizaciones que establecen los arts. 1 y 2 de esta Ley 25.323.

--- El primero de ellos expresamente dispone la "*duplicación de la indemnización por antigüedad –artículo 245, LCT (o las que en el futuro las reemplacen)-, cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviese registrada o lo esté de modo deficiente*". En este caso quedó demostrado que el trabajador fue registrado parcialmente en su jornada y consecuentemente en su remuneración, por lo que corresponde el incremento indemnizatorio.

--- En cuanto hace a la multa del art. 2 de la Ley 25.323, la procedencia del incremento indemnizatorio allí previsto requiere: 1) despido sin justa causa, directo o indirecto; 2) que el empleador se encuentre fehacientemente intimado a pagar las indemnizaciones derivadas del mismo; 3) renuencia en el pago e inexistencia de causas que justifiquen la conducta del empleador; 4) interposición por el trabajador de acción judicial u otra instancia previa de carácter obligatorio para percibir las indemnizaciones (conf. CAT, Sala A, SDL N° 13/2020, con cita a C. Nac. Com., sala C, 5/5/2006, "Marcos Guinsburg SA").

--- De modo que la débil posición asumida por la demandada sobre ese punto, desbaratada por el fallo de primera instancia, me lleva a concluir que en este caso fue necesario que el actor inicie la acción judicial en procura de las sumas correspondientes, ante la posición remisa de su empleador.

--- Tampoco existen aquí circunstancias que permitan eximir a la empleadora de tal imposición, en tanto no existen causas que justifiquen su conducta de no pagar en tiempo y forma las indemnizaciones (conf. CAT, Sala B, SDL N° 84/2018, con cita a Salpeter, Pablo y Pepe, C.: "Indemnizaciones tarifadas y agravadas", en Ackerman-Sudera: "Extinción de la relación laboral", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 637/639).

--- Tocante a ello, el arbitrio judicial que la norma dispone para evaluar las causas que pueden justificar una reducción o eliminación de aquella multa, se debe sostener en las circunstancias de hecho, objetivas, que deben surgir de la prueba recolectada en el proceso, analizada razonablemente pero con criterio restrictivo y dentro de las reglas de la sana crítica (conf. SDL N° 84/2018, con cita a Toselli, C. Alberto y Solá Torino, Victorio, "Régimen de la ley 24.013 y normas agravantes del distracto", Alveroni Ediciones, 2009, págs. 623/624).

--- En síntesis, considero que no se debe hacer lugar al presente agravio.

--- III.- SÍNTESIS DE LA SOLUCIÓN A PROPONER.

--- En consecuencia, por los fundamentos dados, propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada en todo aquello que fue motivo de agravios.

--- En cuanto a las costas de Alzada, propongo que las mismas sean impuestas al apelante vencido (art. 69 del CPCC).

--- En atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, la complejidad de la cuestión, y el éxito obtenido, propongo que los honorarios del Dr. C. R., letrado apoderado de la demandada, en el 3.85% del monto que resulte del proceso, incluido el plus procuratorio (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y 46 y conc. de la ley XIII Nro. 4).

---Por los fundamentos expuestos anteriormente, a la primera cuestión voto por la AFIRMATIVA.

--- **A LA PRIMERA CUESTION, el Dr. Sergio R. Lucero dijo:**

--- Vienen a conocimiento de este tribunal de alzada estas actuaciones con motivo de que la parte demandada interpuso a fs. 148 (ID 1006247) recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada en autos, obrante a fs. 142/147 vta.

--- La sentencia apelada declaró la inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos pactados en los acuerdos salariales del CCT 130/75 y declaró remunerativo el adicional por faltante de caja del art. 30 del citado convenio; asimismo, hizo lugar a la demanda entablada por el Sr. G. H. R. N. en contra del Sr. O. L. A., condenando a éste a que en el término que fija, abone al actor la suma de $ 1.612.153,31 con más los intereses fijados en el considerando respectivo, capitalizados a la fecha de notificación de la demanda. Todo ello con costas a la parte demandada.

--- El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 158/165 (ID 1018122).

--- Ordenado su traslado a la parte contraria por providencia de fs. 166, éste fue evacuado mediante presentación obrante a fs. 167/169 (ID 1025637).

--- I.- La reseña de los agravios formulados por la demandada y de la contestación realizada a los mismos por la parte actora ha sido realizada con suficiencia y claridad por el magistrado de esta sala que me precede en la votación, Dr. Guillermo Walter, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias.

--- Resulta útil, en cambio, individualizar cuáles son los motivos de cuestionamiento que se han deducido a los efectos de que sirva de guía al análisis por emprender. Estos son los siguiente, a saber: 1) reconocimiento de que se cumplió jornada completa durante toda la relación laboral en la categoría “B” del CCT de empleados de comercio con manejo de caja; 2) admisión de los agravamientos indemnizatorios contemplados por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323; 3) inexistencia de prueba con relación a las comunicaciones electrónicas invocadas como causal del despido con justa causa; y, 4) monto de la liquidación, base considerada.

--- II.- En los límites provistos por el contenido de los agravios identificados precedentemente ingresaré a su tratamiento siguiendo el orden que, estimo, es el impuesto

por el contenido y la trascendencia de los tópicos involucrados en cada uno de ellos. De allí es que ingresaré primero al tratamiento del agravio relativo al despido con causa, y luego, se examinará el vinculado a la extensión de la jornada, la categoría de revista y si correspondía al actor el pago del adicional por faltante de caja contemplado en el CCT de empleados de comercio. Y por último, y si correspondiera, se analizará si proceden los agravantes indemnizatorios contemplados en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, puestos bajo cuestión.

--- 3) Inexistencia de prueba con relación a las comunicaciones electrónicas invocadas como causal del despido con justa causa: Bajo este titulado se postula que la juzgadora de grado habría incurrido en incongruencia al establecer que la inconducta atribuida al trabajador despedido, basada en enviar comunicaciones agraviantes a una clienta, debía ser probada por la empleadora demandada y que ésta no lo hizo.

--- Sostiene tal postulada incongruencia advirtiendo que fue el mismo tribunal quien rechazó el expreso pedido de su parte de que se provea la producción de la pericial informática que ofreciera en subsidio al responder a la demanda, con fundamento en que dicha documental (copias de dichas comunicaciones electrónicas individualizadas como documental adjunta en los puntos 2.8 y 2.9 del capítulo IX, apartado 2 –fs36 y vta.) no había sido desconocida por el actor (Ver: proveído de fecha 02/03/2022).

--- Efectivamente se corrobora que la juzgadora del anterior grado expresó en la porción pertinente de sus consideraciones, textualmente lo siguiente, a saber: *"...No voy a ingresar al tratamiento de si la "conversación" que señalara y que limitara a lo anteriormente apuntado, configura suficiente causal de despido, puesto que* ***la parte demandada no ha acreditado*** *que N. haya remitido siquiera esos mensajes. La prueba ofrecida por la demandada no consiguió demostrar la autoría de N. de los mensajes que se le achacan. No se acreditó siquiera cuál era el celular de N. y cuál el de O., ni que O. haya enviado los correos electrónicos que se señalan en el responde, ni que se hayan remitido los citados mensajes de whatsApp (ver respuesta de Facebook y Google Argentina de hojas 85/90 y declaración de negligencia de la prueba informativa ofrecida a whatsApp en la hoja 136)…(...) No soslayo que el actor no desconoció la autenticidad de las impresiones certificadas de los intercambios de whatsApp acompañados como documental, pero* ***lo dirimente es que no se ha arrimado prueba alguna a través de la cual se acredite, siquiera, a quién pertenece el número de celular desde el que se enviaron los mensajes ni a qué número se remitieron****. Destaco que si bien las impresiones se encuentran certificadas por escribano público, se desconoce qué certificó el escribano, puesto que no se acompaña acta notarial alguna que esclarezca lo mencionado. (...) En consecuencia, y no habiendo acreditado la demandada la injuria invocada en la misiva rupturista,*

corresponde considerar el despido de N. como incausado, y en consecuencia hacer lugar a las indemnizaciones…" (Sic)(Ver: considerando de fs. 146 "in fine" y vta.).-

--- Las porciones de las consideraciones que se han transcripto, con párrafos puestos de resalto, en donde se alude específicamente a la omisión de aportar la prueba en la que supuestamente habría incurrido la parte patronal demandada -ahora recurrente-, colocan en el tapete del presente análisis que efectivamente, equívocamente, se le enrostra a la patronal recurrente la falta de satisfacción de la carga de probar las circunstancias que se apuntan en las consideraciones reproducidas cuando, al contestar la demanda ésta había ofrecido la prueba pericial informática en subsidio correspondiente. Esto es, para la eventual circunstancia de que se desconocieran las copias impresas acompañadas con su escrito de responde (consistentes en los invocados mensajes electrónicos intercambiados vía whatsApp) (Ver: escrito contestatario, capítulo IX, apartados 8; 8.1; 8.2; 8.2.1; 8.2.2 y 8.2.3 –fs. 37 vta./39), circunstancia que paradójicamente la misma juzgadora expresamente advierte que no ocurrió en la especie.

--- Es más, se constata que en la resolución por la que se ordenara la producción de la prueba ofrecida, de fecha 16/11/2021 (fs. 44), se proveyó con relación a la pericia informática ofrecida en subsidio por la parte demandada, lo siguiente: *"…INFORMATIVA SUBSIDIARIA*: *Atento que la actora no ha desconocido documental, deviene innecesaria su producción…"* (Sic)(Ver: fs. 44 vta.).

--- Es más, por escrito ID 582327, presentado el 22/02/2022, la parte demandada solicitó nuevamente que se provea la producción de la prueba informática ofrecida lo que nuevamente fue denegado por el tribunal expresándose textualmente lo siguiente: *"…la pericia informática fue ofrecida en forma subsidiaria, y no habiendo la contraria desconocido la autenticidad al solicitar la apertura a prueba mediante escrito ID 455639, a la misma, no ha lugar por resultar innecesaria…"* (Sic)(Ver: proveído de fecha 02/03/2022, obrante a fs. 98).

--- No sobreabunda señalar que los puntos ofrecidos para que se expida el experto en la pericia informática oportunamente ofrecida en subsidio al responder la demanda hubiera podido develar todos y cada uno de los aspectos indicados por la juzgadora del anterior grado como no acreditados, como por ejemplo, la pertenencia de las líneas telefónicas involucradas en el intercambio, la vinculación de las cuentas de whatsApp con los dispositivos telefónicos utilizados con las líneas cuya numeración se indica, la existencia, autenticidad e integridad de los mensajes intercambiados entre el Sr. N. y la Sra. O. –clienta de la demandada- por medio de dicha vía comunicacional del día 19/12/2020, entre dichas líneas telefónicas.

--- Con lo dicho y constatado hasta aquí, pues, cabe otorgar total razón a la parte recurrente en su planteo impugnativo. Sin embargo, ello no implica necesariamente que conlleve la revocación que se pretende de esta porción del fallo.

--- Y digo de tal manera por cuanto tal apuntada defección del argumento decisorio, no resulta lo dirimente para elucidar si el despido decidido por la patronal ha sido debidamente fundado en justa causa. Es que, tengo para mí, que lo determinante para discernirlo apropiadamente es aquello que inicialmente fuera correctamente observado por la juzgadora de la anterior instancia –aunque no profundizado-, en cuanto expresó que la invocación de la causa fue defectuosamente realizada.

--- En tal sentido la Sra. Jueza a quo expresó literalmente lo siguiente, a saber: *"…Observo de la misiva rupturista que, efectivamente, se consigna como causal de despido haber llevado adelante una grave inconducta el día 19/12/2020, observada con una clienta, -a quien no identifica-, mediante un mensaje de whatsApp inadecuado e irrespetuoso, -que tampoco transcribe en la carta documento. En la contestación de la demanda completa la acusación, sosteniendo que la persona a quien N. habría mandado el mensaje que se le imputa era la Sra. D. O., y que la conversación de whatsApp en cuestión habría sido la siguiente: "Emoji de cara sonriendo con aureola (actor): Quien sos? (O.); Emoji de dos caras pensativas (actor) Estás en pareja? (actor)."*(Sic)(Ver: anteúltimo párrafo del considerando de fs. 146).

--- Pues bien, alcanzaba con los apuntados déficit en la manera en que se invocó la causal en la que se sustentara el despido así comunicado, y que reitero, fue apropiadamente observado por la juzgadora a quo, para derechamente concluir como lo hiciera, sin necesidad de ingresar a ninguna otra evaluación o argumentación como la que expusiera con relación a la supuesta omisión de satisfacer la carga de probar que equívocamente le arrostrara a la patronal demandada, cuando fue el mismo tribunal quien rechazó la producción de la prueba que -oportunamente ofrecida- era –quizás- la adecuada o pertinente para acreditar o develar aquellas circunstancias que individualizara como no acreditadas. Es que precisamente todas ellas se relacionan con datos no precisados al tiempo de invocar la causa del distracto, merced a lo cual, aún cuando se hubieran acreditado con la producción de la prueba que ofreciera en subsidio la demandada, ninguna posible incidencia habrían contado para alterar el sentido de lo decidido con relación a la falta de adecuada invocación de la causal del despido decidido por la empleadora.

--- Es que la imposición legal consistente en que la justa causa del despido deba ser comunicada de manera "suficientemente clara" responde a la exigencia de conducirse con buena fe y lealtad, la que debe presidir las relaciones entre empleador y dependiente en el contrato de trabajo y que no sólo debe existir en su constitución y ejecución, sino también en su extinción. Y, en tal dirección tal exigencia responde consustancialmente al objetivo

que las partes conozcan el contenido cierto e invariable de la causa del despido, para viabilizar que se pueda salvaguardar el efectivo y pleno ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio de quien se vea afectado con tal decisión rupturista que se comunica con fundamento en "justa causa" del despido.

--- Se ha dicho que la comunicación debe bastarse a sí misma, evitando con ello que queden dudas sobre el motivo invocado y toda discusión ulterior sobre los hechos motivantes del despido, apuntándose que la claridad suficiente tiene dos destinatarios: uno inmediato que, según el caso, será el trabajador o el empleador, y uno posterior, que será el juez a cuyo cargo quedará la valoración judicial tanto de la injuria laboral invocada como del cumplimiento de los requisitos de la reacción. La expresión suficientemente clara de la causa implica, de este modo, una descripción de la injuria laboral invocada que no deje dudas en el destinatario de la comunicación, a fin de que éste pueda, en primer lugar, conocer e impugnar la imputación así como objetar el cumplimiento de los requisitos de la reacción producida por la otra parte –esto es, causalidad, oportunidad, proporcionalidad y "non bis in idem"- para luego estructurar su estrategia de defensa (Conf.: Ramírez Bosco, en Rodríguez Mancini y Barilaro –coordinadores-, en "Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada", Ed. La Ley, año 2007, T. IV, pág. 376 y s.s.)

--- No satisfecha tal imposición, lo cual constituye una verdadera carga a cumplir por quien adopte y comunique tal decisión rupturista, no quita validez a la decisión rescisoria por cuanto el contrato se ha extinguido al ser recibida la comunicación por el destinatario pero, no expresada clara y suficientemente la causa en la que se funda le hace perder licitud, transformándolo en un despido sin causa justificada. Añado que, en el caso bajo examen, los déficit en los que incurriera la patronal en la invocación de la causa por la cual adoptara la decisión rescisoria y que correctamente fueron apuntados por la juzgadora, lejos se encuentra de traducirse en un formulismo excesivo.

--- Es que, tal como ocurre en la especie, la mera invocación o atribución de haber incurrido en una "inconducta", la que se califica como "grave" pero que no se la precisa ni explica en qué consiste, refiriendo a un mensaje que se indica como "inadecuado e irrespetuoso" pero que tampoco se lo precisa en su contenido, y que se aduce que fue enviado por el dependiente a "una cliente" –quien tampoco se identifica-, lisa y llanamente torna en artificiosa o engañosa a la causa de tal manera manifestada, por encontrarse abierta a la imaginación e hipótesis posibles infinitas, dada la vaguedad y/o generalidad de tal modo de invocarla (Conf.: ver doctrina del art. 243 de la LCT, Ackerman, Mario director-, y Sforsini, María Isabel –coordinadora, en "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2018, T. III, pág. 179 y s.s.; id., Ojeda, Horacio Raúl –coordinador-, en "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada", Ed. Rubinzal Culzoni, 2ª ed.,

actualizada, año 2011, T. III, pág. 385 y s.s.). --- En síntesis, por lo expuesto propiciaré al acuerdo la desestimación del agravia aquí examinado. Así lo voto.

--- 1) Reconocimiento de que se cumplió jornada completa durante toda la relación laboral en la categoría "B" del CCT de empleados de comercio con manejo de caja: En el agravio del epígrafe la recurrente cuestiona que se reconociera que el actor cumplió la jornada completa durante toda la vigencia del vínculo laboral encuadrado en dicha categoría, incluido el manejo habitual de la caja del comercio.

--- Así pues, con relación a la extensión de la jornada cumplida por el actor, la Sra. Jueza a quo estableció que quien debía cargar con la prueba de la excepcionalidad de la jornada laboral a tiempo parcial cumplida en el período 06/2017 a 01/2020 se encontraba en cabeza de quien la alegara, esto es, la patronal (Ver: último párrafo del considerando de s. 143 vta.).

--- En referencia a tal *"onus probandi"*, tengo dicho en supuestos análogos al presente, en cuanto se indica una omisión o falta de ponderación "con ecuanimidad" de toda la prueba colectada, lo cual se predica con relación a la extensión de la jornada, que la carga de probar recae exclusivamente sobre la patronal. Y, desde ya que descarto que pudiera considerarse satisfecha tal carga probatoria con la sola referencia y aportación de la prueba documental acompañada y que se individualiza en los apartados 2.10 a 2.18 del Capítulo IX del escrito de contestación de la demanda consistente en la Constancia de baja ante la AFIP, la nota "consigna documentación laboral-extinción laboral", certificado de servicios y remuneraciones PS 6.2 (3 fojas), certificado de trabajo art. 80 LCT (4 fojas), comprobante de empadronamiento ANSES (2 fojas), declaración jurada empadronamiento O., recibos de haberes del año 2017/2018/2019 y 20220 (41 recibos en total) (Ver: escrito de contestación de demanda, fs. 36 vta.).

--- Ello, toda vez que la limitación de la jornada es excepcional a la jornada normal encontrándose a cargo de quien la sostiene su prueba, la cual no alcanza a satisfacerse mediante prueba documental pre-constituida unilateralmente por la parte empleadora, puesto que ello se contrapone con el principio de primacía de la realidad el que opera decidida y prevalentemente en la consideración de los elementos probatorios que se aporten a tal efecto. Sabido es que el significado que se atribuye a este principio es el de primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias. Esto significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan –inclusive- pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control, etc. (Conf.: Plá Rodríguez, Américo, en "Los principio del Derecho del Trabajo", Ed. Depalma, 3ª ed., año 1998, pág. 299, n° 158) (Conf.: Doctrina del art. 92 ter. de la L.C.T., en concordancia con el art. 381, 2do. párrafo del C.P.C.C. y 44 de la Ley XIV N° 1)(Conf.: S.D.L., sala B, N° 10/08; N° 12/08; N°

14/08; N° 21/08; y, N° 24/08, N° 04/09; 51/09; 91/09; 21/10; 34/13, 70/17 entre otros CAT).

--- En esta dirección corresponde volver a poner de resalto que la jornada de trabajo a tiempo parcial constituye un régimen excepcional al contrato de trabajo. Así pues, ello surge del texto normativo contenido por el art. 198 LCT el que dispone: "*La reducción de la jornada máxima legal solamente procederá cuando lo establezcan las disposiciones nacionales o reglamentarias de la materia, estipulación particular de los contratos o Convenios Colectivos de Trabajo."* (Sic)(Es subrayado me pertenece). Esta norma es clara y obliga a interpretar que la jornada laboral se presume a tiempo completo, siendo su reducción un régimen excepcional que, como tal, debe ser probado por quien lo invoca.

--- Asimismo, el art. 92 ter., de la LCT dispone que el contrato de trabajo a tiempo parcial implica que el trabajador se obliga a prestar servicios laborales que no alcancen a cubrir las 2/3 partes de la jornada laboral legal y habitual. La doctrina tiene entendido que lo corriente es que la jornada legal y la habitual de la actividad coincidan, ello por cuanto puede suceder que por disposición colectiva o por los usos y costumbres del ramo o por acuerdo individual se fije una menor. Es de allí que, salvo tales particulares disposiciones, es factible inferir que es una jornada parcial aquella que dura 5 horas y 20 minutos (es decir, un tercio menos que la máxima legal de ocho horas). En tal sentido se expone que: "…*De cualquier manera, como lo corriente es que ambos parámetros (Jornada legal y jornada habitual) coincidan, es importante reflejar que en tal caso las proporciones y límites son las calculadas por S. A. K., a saber: 5 horas con 20 minutos por día y 32 horas por semana."*(Sic)*(*Ojeda, Raúl Horacio, en "Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada", Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011, pág.70; Keselman, Sofía Andrea, "Algunas consideraciones acerca del nuevo artículo 92 ter de la LCT", en Rev. de Der. Laboral, Actualidad, Año 2009-2, pág. 353 y s.s.).

--- Por otro lado, se sobreentiende que la reducción debe resultar una modalidad regular del contrato, excluyéndose los supuestos en los que la jornada se comprime por circunstancias meramente circunstanciales o transitorias, como podría haber acontecido por las restricciones sanitarias habidas con motivo de la pandemia del COVID 19, u otras emparentadas.

--- En tal inteligencia, entonces, no es que el actor debía probar que cumplió tareas por jornada completa sino que quien debía probar es el que afirme lo contrario que, en el caso, resulta ser la empleadora demandada. Y claramente, lo manifestado por la impugnante con relación a los testimonios aportados al proceso lejos se encuentra de poder satisfacer su carga probatoria. Y, apunto, además, que no se entiende cuál es el punto de vista que se quiere exponer con tales apreciaciones relativas a los testimonios prestados y a la idoneidad de los testigos deponentes, puesto que sobre el específico tópico de la extensión de la

jornada ningún mérito de tales testimoniales realizó la juzgadora de la anterior instancia, lo cual es lógico si se observa que ponderó que quien debía probar la extensión de la jornada a tiempo parcial era la patronal y estimó que no lo hizo (Ver: último párrafo de fs. 143 vta., y los primeros dos de fs. 144, de los considerando).

--- Con respecto a la procedencia del reclamo por el adicional por faltante de caja previsto en el art. 30 del CCT 130/75, como bien lo indica la propia recurrente, la juzgadora expresó *"...que el mismo está previsto en principio para el personal que tenga entre sus funciones específicas la de cobrar dinero a la clientela, no así para quienes de manera ocasional o transitoria, realicen alguna cobranza."* (Sic)(Ver: párrafo 3º del considerando de fs. 143 vta.).

--- Ahora bien, con tal plafón, seguidamente la Sra. Jueza a quo, apreciando los dichos de los testigos S. M. E. (fs. 121/122 vta.), B. B. S. (fs. 123/124), E. E. R. (fs. 125/126) y Y. D. C. (fs. 127/128), tuvo por acreditada la "habitualidad" de dicha tarea de cobranza concluyendo, por ende, que correspondía percibir el mencionado adicional.

--- En contra de esta evaluación probatoria la impugnante opone, en pretendido sustento de esta porción del agravio bajo examen, solo un punto de vista discrepante, afirmando lo contrario a lo ponderado por la juzgadora pero sin aportar una verdadera crítica que se pudiera atender por esta alzada. Es que, sostener que *"...En modo alguno los testimonios mencionados permiten tener por acreditada o "comprobada" la función de cajero, o un manejo habitual de la caja y una función específica y exclusiva de cobranza..."* (Sic)(Ver: expresión de agravios, fs. 159 vta. "in fine"), señalando a continuación que no especificaron si se abonaba en efectivo o débito para de allí inducir que por ello no se encontraría acreditada la cobranza por caja, no es más que la exposición de una mera posición valorativa discordante, disidente o contraria a la expuesta por la judicante del anterior grado pero sin concretar razonadamente en qué ésta habría incurrido en un error en su apreciación de los testimonios de los que hiciera mérito.

--- Es más, solo a mayor abundamiento, en un esfuerzo de encontrar algún atisbo de contenido crítico al planteo impugnativo formulado en tales términos, si lo que se quiso exponer por la recurrente, a partir de la cita del memo interno al que hace referencia –individualizado en el punto 2.6 de la documental acompañada con la demanda-, es que la tarea de cobranza no fue asignada específicamente al actor, tal circunstancia fáctica, aún cuando se considere comprobada con dicha documental, se desbarata con solo revisar los testimonios citados por la juzgadora de la anterior instancia. Ello así, puesto que todos ellos refirieron que, además del actor, otros empleados también realizaban cobranzas, lo que da pié a inteligir que tal tareas no fue asignada ni era cumplida, al menos específica y exclusivamente, por algún empleado en particular. Esta circunstancia, nuevamente, se impone por su propia realidad por sobre aquello que fuera formalizado mediante el referido

memo interno de fecha 6/7/2020, por imperio del ya aludido antes principio de primacía de la realidad.

--- En resumen, pues, propondré al acuerdo que este agravio examinado sea desestimado. Así lo voto.

--- 2) Ausencia de tratamiento del planteo respecto de la improcedencia del agravante de la ley 25.323 por extemporaneidad: Con relación al agravio así nominado por la parte demandada impugnante, los primero que cabe advertir es que, de un modo impropio o ineficiente para poder satisfacer acabadamente la verdadera carga técnica que significa formular un agravio, insistentemente alude o remite –incluso con transcripciones parciales-, a lo que ya expusiera al responder a la demanda, para de allí postular que fue omitido su abordaje en la sentencia.

--- Tal déficit provoca, solo a título de ejemplo, que no se repare ni se haga cargo la recurrente de que la judicante estimó que no fue acreditada la jornada parcial que la empleadora invocara y que, por lo tanto, existían diferencias salariales a abonar. Esto trae ineludiblemente aparejado, como consecuencia, que se tenga por acreditado también que el trabajador fue irregularmente registrado en el período comprendido entre junio/2019 a enero del 2020, dando lugar a la procedencia de la duplicación indemnizatorio contemplada por el art. 1º de la ley 25.323 (Conf.: Ackerman, Mario, en “El despido”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2019, pág. 484).

--- Y, con respecto al agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la misma ley 25.323, se ha dicho que cuatro son los presupuestos que deben concurrir para que resulte procedente, los que en su secuencia temporal son: un despido indemnizable, la mora del empleador en el pago de las indemnizaciones, la intimación del trabajador y la promoción de una acción judicial o de una instancia administrativa obligatoria para el cobre de aquélla. Es más, cabe añadir, que aunque la norma no hace referencia expresa a la necesidad de que se haya producido el despido sin justa causa del trabajador, esto está implícito en la obligación del empleador de abonar las indemnizaciones prevista en los arts.232, 233 y 245 de la LCT, hipótesis ésta que se producirá, sea que no se hubiera invocado una causa, sea que no se la hubiera probado o, aún, si el tribunal considerara que la injuria no era suficiente para justificar el despido.

--- Y, puntualmente, atendiendo al argumento planteado al contestar a la demanda y al que refiere la impugnante en pretendido sustento de que dicente agravia, relativo a la supuesta extemporaneidad de la intimación previa que realizara el actor a que se le abonen las indemnizaciones, es de señalar que tampoco exige el art. 2º de la ley 25.323 que el empleador se encuentre en mora en el cumplimiento de su obligación de pago de las indemnizaciones. La intimación a la cual refiere el citado artículo opera como una carga de actividad. Bien entendido, la exigencia de intimación que condiciona el derecho al

recargo indemnizatorio configurando una exigencia constitutiva de la tipicidad de la infracción persigue la finalidad de otorgar la posibilidad al empleador para que el trabajador no se vea obligado a llegar al extremo de tener que iniciar un proceso judicial a efecto de obtener el reconocimiento y cobro de sus acreencias laborales.

--- En consecuencia de lo expuesto, entonces, encuentro compartible la propuesta de desestimación del agravio aquí examinado que fuera planteada por el magistrado del primer voto.

--- 4) Monto de la liquidación, base económica considerada: Nuevamente se reitera el déficit técnico en el modo de sustentar el pretendido agravio, mediante la remisión a lo que ya se expusiera en presentaciones anteriores (en particular, en el escrito de contestación de demanda).

--- Es que el escrito mediante el cual se exponen los agravios debe autoabastecerse. Es que, partiendo de tal directriz, el recurrente al concurrir a la alzada no accede a una vía que proporciones un nuevo examen integral de la cuestión conflictual puesta a consideración de la jurisdicción, sino que persigue el control de justicia del pronunciamiento apelado en cuanto a los hechos y al aspecto jurídico de los asuntos en él decididos. Es por ello que la remisión a escritos anteriores de la causa, como ya se ha dicho antes, no constituye la forma adecuada de realizar la impugnación de la sentencia, de manera que no satisface las exigencias del art. 268 del Código del rito.

--- Lo observado alcanza por sí solo para desestimar este planteo por carecer de suficiencia técnica en los términos normados por los arts. 268 y 269 del C.P.C.C, de aplicación en la especie por vía de la subsidiaridad prevista por el art. 73 de la Ley XIV N° 1.

--- Sin embargo, al solo título "obiter dicta", cabe señalar que efectivamente en oportunidad de contestar la demanda, respecto a la base económica del cálculo de las indemnizaciones, la accionada al cumplir con la carga procesal de negar los dichos afirmados en la demanda se limitó a exponer *"...NO ES CIERTO Y DESCONOZCO como mejor remuneración mensual, normal y habitual en los términos del art. 245 de la LCT la correspondiente al período 12/2020, de $ 73.929,54..."* (Sic)(Ver: punto III del escrito contestatario, fs. 28 vta.); y, luego, en particular al impugnar puntualmente la indemnización por antigüedad expresó: *"...No corresponde porque el despido es con causa...y no es cierta la base remunerativa tomada..."* (Ver: punto VII, de la contestación de demanda, fs. 35 vta.). Como puede ser advertido rápidamente y sin dificultad, ninguna precisión y/o aclaración se realizó para postular tal defensa. Atento a lo cual, no responde a las constancias obrantes en estos actuados en cuanto la recurrente asevera que *"...había impugnado la base del haber bruto tomado para la liquidación total de $ 73.929,54 cuando en realidad a diciembre 2020 es neto $ 56.222,62 y total sin descuentos $ 61.422,62."* (Sic), y agrega de

continuo que el actor no reúne las condiciones para percibir el presentismo por las suspensiones sin goce de haberes (Ver: escrito de expresión de agravios, fs. 164 vta.).

--- Esta precisiones resultan ser novedosas y extemporáneas, desde que no fueron capítulos propuestos a la consideración de la juzgadora de la primera instancia, no conformando por ende la materia litigiosa sobre la jueza de la anterior instancia debiera expedirse, siendo improcedente que este tribunal revisor ingrese siquiera a su consideración so riesgo de incurrir en el vicio de incongruencia (Conf.: arts. 34 inc. 4º, 165, inc. 6º, 274 y 280 del C.P.C.C.).

--- De la conjunción de todo lo dicho hasta aquí, se perfila la deserción técnica del agravio aquí examinado por lo que así propongo que lo considere al acuerdo.

--- III.- Conclusión:

--- Por lo expuesto y razonado, propicio que se confirme el fallo apelado 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 N° 1; y, art. 282 del C.P.C.C.).--------

--- La regulación de los honorarios profesionales correspondiente al Dr. C. R., letrado apoderado de la parte demandada recurrente, por sus tareas desempeñadas en esta segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo apropiado fijarlos en la suma equivalente al 3,85% del monto que de capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 8, 13, 18, 46 y conc. de la Ley XIII N° 4; y, leyes 23.349 y 23.879).

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

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Guillermo N. Walter expresó:

---Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:

--- 1) CONFIRMAR la Sentencia Definitiva N° 49/2023 (fs. 142/147 y vta.)en todo aquello que fuera materia de agravios.

--- 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante vencida.

--- 3) REGULAR los honorarios de Dr. C. R. en el 3.85% del monto del proceso.

---Tal mi voto.

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

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el magistrado del primer voto, Dr. Guillermo Walter, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes alcanzado.

--- ASI 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. 274 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:

ASTIÁN ETCHART
REFUEZO DE CAMARA

---------- **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 Definitiva N° 49/2023 (fs. 142/147 y vta.)en todo aquello que fuera materia de agravios.

--- IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante vencida.

--- REGULAR los honorarios de Dr. C. R. en el 3.85% del monto del proceso.

--- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

SERGIO RUBÉN LUCERO **GUILLERMO NICOLÁS WALTER** **JUEZ DE CÁMARA**
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N°____058_____DEL AÑO 2023 – SDL – CONSTE.

PABLO SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIO DE REFUEZO DE CAMARA

PABLO SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIO DE REFUEZO DE CAMARA