Expte. N° 7189

TOMO: XC- **SENTENCIAS**

REGISTRO: 2767

FOLIO: 048/055 . Prot. Elect. A201 002 S.191

En la ciudad de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz a los once días del mes de febrero de dos mil diecinueve, se reúnen los señores miembros de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para dictar sentencia en los autos: "**SERRANO, Carolina Elizabet c/ BRAUN, Silvana Alicia y otro s/ laboral- cobro de pesos**", Expte. N° S-16.131 del año 2013 que tramitan en el Juzgado de Primera Instancia N° 2 en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, secretaria n° 2 de esta ciudad, que tuviera su primer ingreso en esta instancia bajo el N° 7189. A estos fines se estableció el siguiente orden de estudio: Dr. Humberto Eduardo Monelos, Dra. Griselda I. Bard Dra. Connie R. Naves para responder a las siguientes cuestiones: **PRIMERA:**¿Es justa la sentencia recurrida? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

I.- Que la actora por medio de su apoderado el Dr. Ismael Ramón Machuca promueve demanda laboral con el escrito de fs. 48/56 contra Silvana Alicia Braun y/o contra quien resultare titular del fondo de comercio que funciona en plaza bajo la denominación de TIENDA AQUILES de la Avda. San Martín 2170 persiguiendo el pago de diferencias salariales, pago por indebida registración, de la liquidación final, de entrega de los certificados de trabajo y constancia documentada del ingreso de aportes y contribuciones especialmente de los destinados al seguro de retiro complementario y declaraciones juradas de altas y bajas al Seguro de Retiro complementario bajo apercibi-

CAROLINA M. LIMA
SECRETARIA DE CÁMARA

miento de astreintes por cada día de mora, el pago de la indemnización por despido sin causa, preaviso, pago de vacaciones omitidas, SAC proporcional 2° cuota y SAC s/ vacaciones. También persigue la indemnización por vacaciones no gozadas y SAC, la indemnización del art. 2 de la ley 25.232 y del art. 80 de la LCT. En defecto de las constancias de aportes al fondo de retiro complementario reclama el importe del 3,5% del total de las remuneraciones que se debió abonar para que le sea abonada en forma directa y en subsidio, para el supuesto que se entienda que no proceda pide una indemnización por los daños y perjuicios causados por el no ingreso de los fondos que le hubieran otorgado una renta vitalicia. Reclama actualización a la tasa activa y las costas.

Afirma que la relación se inició el 10 de diciembre de 2009 y que se desempeño, alternativamente como encargada, vendedora o a veces como cajera conforme las necesidades del negocio y como encargada durante los tres últimos meses de la relación encuadrada en la CCT 130/75 en la categoría Ventas B. Indica la jornada de trabajo. Sostiene que no se le pagaron en debida forma las horas extras al 50% y 100% trabajadas en exceso de las 48 hs. semanales y denuncia insuficiente registración del empleo. Se refiere al distracto y critica la figura del abandono de trabajo que pretendió emplearse por ser contraria a la buena fe y requerir constitución en mora. Sostiene que las dos inasistencias están justificadas por profesional de la salud. Por ello sostiene que estamos frente a un despido sin causa al que se pretende transformarlo en un despido justificado y promete demostrar que la actora estaba bajo control médico y psicológico sin haber incurrido en abandono de trabajo y sin haber tenido sanciones anteriores. Relata que concurre a control médico el 30/10/2012 con el Dr. Adrián Amadeo

López quien indicó reposo hasta el 2/11/12 y control psicológico y que presentó el certificado ante la demandada quien expresó que no lo tendría en cuenta y profirió verbalmente su decisión de terminar el vínculo. Dice que posteriormente no recibió el certificado del licenciado Bartolomé Ramírez y disuelve el vínculo en función de las ausencias. Destaca por último que no existe proporcionalidad entre la supuesta falta endilgada y la sanción y la falta de sanciones a lo largo de la relación. Indica los rubros reclamados y como se procedió a su cálculo llegando a un total adeudado de $ 129.662,39 con más lo que determine el perito respecto de los rubros b) k) y l) o lo que más o en menos se determine. Funda en derecho y ofrece la prueba de la que intentará valerse. Para el supuesto de que la demandada no lleve libros o nos exhibiere declara bajo juramento ser ciertos los datos denunciados y reserva el caso federal.

II.- Que en la audiencia del art. 47 de la ley 1444 de la que ilustra el acta de fs. 87 no se llega a una conciliación. La demandada por medio de su representante Dr. Gabriel Damián Ariel Ruiz contesta la demanda con la pieza de fs. 79/86. Formula negativas detalladas y numeradas (1 a 32) y da su versión de los hechos, denuncia como fecha de ingreso el 7/1/2010 que la actora revistaba, a la fecha del distracto, en la categoría ventas B de la CCT 135/75 como vendedora de ropa en salón (niega desempeño como encargada), indica jornada con un total de 45 horas semanales y afirma la no asistencia sin aviso al trabajo los días 30 y 31 de octubre de 2012, y sin presentar certificado por lo que toma la decisión de despedir. Transcribe el intercambio epistolar y se refiere a la invariabilidad de la causal de despido. Analiza la causal que fue la falta sin aviso de dos días consecutivos sin que se planteara el

CAROLINA M. LIMA
SECRETARIA DE CÁMARA

abandono de trabajo. Pide se sitúe en el comercio de la demandada, un pequeño emprendimiento de venta de ropa donde repercute una inasistencia sin aviso. Alega haber puesto a disposición de la accionante la liquidación final en el estudio del letrado y que nunca se presentó a retirarlos. Analiza las CD de la actora dándole una interpretación a favor de su parte y sosteniendo que nunca se materializó un despido indirecto y cita jurisprudencia. Analiza la injuria invocada de falta injustificada de dos días y reitera que el despido indirecto por parte de la actora nunca se materializó. Impugna la liquidación, ofrece prueba.

III.- Que por providencia de fs. 89/90 se abre la causa a prueba y se provee la ofrecida por las partes. Producida la obrante en autos a fs. 569 se fija la audiencia del art. 70 de la ley 1444 y, cumplido, el pase a despacho para dictar sentencia. Se agregan los alegatos de la demandada a fs. 570/572 y de la actora de fs. 573/576. La sentencia obra de fs. 577 a fs. 583 y admite parcialmente la demanda articulada por Carolina Elizabet SERRANO contra Silvana Alicia BRAUN haciendo lugar a las diferencias salariales por mal encuadramiento dentro de la CCT 130/75, indemnización por despido incausado (art. 245 LCT), preaviso, integración mes de despido y SAC sobre dichos rubros, liquidación final, diferencias SAC proporcional 2012, diferencia vacaciones proporcionales 2012, e indemnización art. 2 ley 25.323, en términos tratados en los considerandos respectivos, condenando a la demandada a pagar a la actora, en el término de diez días de notificada y firme la presente, la suma que en definitiva resulte con motivo de la intervención del Sr. Perito Contador Oficial conforme las pautas dadas en el considerando respectivo durante la etapa previa de ejecución, con costas a cargo de la demandada. Rechaza par-

cialmente la demanda en lo relativo a los rubros indemnización art. 80 de la LCT, multa art 132 LCT, indemnización por falta de registración (ley 24.013) y las obligaciones de dar o hacer con respecto al seguro de retiro. Intima a la accionada a hacer entrega a la actora en el término de diez días de la notificación de la sentencia del certificado de remuneraciones y servicios y certificado de trabajo conforme lo estatuido por el art. 80 de la LCT con arreglo al progreso del presente fallo, bajo apercibimiento de fijar astreintes oportuna y eventualmente. Difiere la regulación de honorarios y la determinación de la tasa de justicia hasta que obren en autos base suficiente. Difiere la percepción de honorarios y deja constancia que las regulaciones a practicar no incluirán el IVA.

IV.- Que disconforme con lo decidido el apoderado de la demandada interpone y funda recurso de apelación con la pieza de fs. 287/289 que se le concede por providencia simple de fs. 590 libremente y con efecto suspensivo que corre traslado de los agravios. El apoderado de la parte actora contesta extemporáneamente los agravios con el escrito de fs. 591, motivo por el cual se tiene por no presentada y se ordena la devolución. Los autos se elevan con la certificación de estilo de fs. 600, y recibidos se dispone a fs. 601 el llamado de autos a sentencia. Consentido el llamado, a fs. 602 se dispone el pase a estudio fijando el orden para ello.

El apoderado de la demandada aclara que la apelación alcanza a todos los rubros admitidos y califica de dogmático al fallo por no realizar un análisis adecuado y llega a un resultado que tilda de injusto.

Invoca que la actora trabajaba en un pequeño comercio de venta de ropa y que axiológicamente se debe "merituar" sí, en un pequeño comercio, su dueño cada vez que falta sin aviso un

CAROLINA M. LIMA
SECRETARIA DE CÁMARA

empleado debe intimarlo con los costos que irroga. Sostiene que "Los jueces están para efectuar una ponderación prudencial de los hecho en mérito del derecho, particularmente en el derecho individual del trabajo los valores axiológicos que sustentan las decisiones son dinámicos, es decir que están siempre anclados con la realidad." (sic) Se refiere a problemas que causan los trabajadores "ausentistas" y sostiene que en este caso la actora no demostró haber notificado la licencia médica a su mandante y que ello no surge de autos. Afirma que faltar dos dejas (días querrá decir) seguidos sin aviso es una falta grave en sí misma cuando se materializa en un pequeño comercio y que "los derechos del trabajador no pueden estar por encima de la continuidad del propio empleo cuando el trabajador se vaya." Insiste en que la causal de despido que se encuentra en la CD del 31/10/12 y transcribe lo pertinente para sostener que la causal de despido es "la ausencia sin justificar ni avisar, de dos a tomar labores". Sostiene que la causal no es el abandono de trabajo como confunde la actora sino el faltar dos días que en un pequeño comercio afecta el giro habitual, e insiste en los términos de la CD y que los pequeños comercios no son empresas oligarcas.

Entiende acreditada la materialidad de la falta de despido invocada pues la actora al contestar el CD rupturista no niega que faltó sin aviso y por ello que el hecho material -faltar sin aviso dos días- ocurrió y no fue controvertido independientemente de las justificaciones posteriores por no formar parte de la "cristalización de la litis instrumentada en las intimaciones" y sostiene que opera el principio de fijeza con cita de jurisprudencia.

Se refiere a la falta de impugnación de la causa del despido es decir no negó haber faltado sin aviso, ni impugno ni

controvirtió el despido y, por ello, entiende que el conflicto nunca se terminó de materializar para luego en la demanda aparecer con justificaciones improcedentes. Pide que sujetemos nuestro análisis a las intimaciones que fijaron los hechos pues de lo contrario se juzgaría a su mandante por hechos que no pudo contestar en el momento de las intimaciones.

Centra sus agravios en un análisis de las declaraciones testimoniales. A los testigos no se los interrogó por su pliego por lo que fueron llamados dos veces. De Mónica E. Guenul sostiene que se trata de una testigo hostil que no da precisiones, que habla por ella y que nunca vio el recibo de la actora y se pregunta si no le comprenden las generales de la ley al haber sido despedida sin causa. Respecto del testimonio de Paola Andrea Rementería hace notar que a fs. 517/517 la actora desiste de su testimonio por no poder obtener el domicilio.

Critica el testimonio Vanesa Soledad Chamorro por surgir que todo lo sabe por dichos de la actora destaca la falta de recuerdo respecto de las ausencias los días 30 y 31 de octubre de 2012 y la califica de amiga y confidente mas que una conocida que pasa habitualmente a comprar algo.

Critica el testimonio de José Lisandro Gómez y sostiene que de sus dichos se desprende amistad con la actora y que interrogado por su pliego no corrobora que la actora haya ido a trabajar esos días (30 y 31 de octubre de 2012).

Critica que la Sra. Juez a quo no trate el tema técnico de las intimaciones y los derechos que ellas emergen y califica el tratamiento de separado e inconexo por que no consta en al primera intimación de la actora que no niega la falta. Afirma que los certificados de fs. 44, 45, 46 y 47 jamás llegaron a su conocimiento y que no fueron denunciados en la

CAROLINA M. LIMA
SECRETARIA DE CÁMARA

oportunidad legal de hacerlo y por ello que no pueden ser tenidos en cuenta al sentenciar.

Concluye que se debe valorar si la causa del despido es suficiente y se refiere del abuso de los empleados que deciden faltar sin aviso en pequeños comercios.

Como he referido la parte actora contestó en forma extemporánea los agravios, motivo por el cual se dispuso su desglose que aún cuando no se concretó se tuvo por no presentado (fs. 592) y no lo consideré.

V.- Que el art. 90 de la ley 1444 impone, al apelante, el requisito de formular una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que el apelante considere equivocadas, para lo cual no bastará remitirse a presentaciones anteriores y si no se cumple el destino del recuso es declararlo desierto.

Comprendo que la tiranía de los plazos pueda no permitir a los profesionales el pulir sus escritos. En el caso se hace difícil seguir el razonamiento para entender donde está la crítica concreta, pero por respeto al cliente el profesional deben usar esa herramienta que es el discurso jurídico.

Y, ello es así, por cuanto, el ámbito de conocimiento de este tribunal tiene una doble limitación: La primera, se encuentra en las pretensiones de las partes en los escritos de demanda y responde. La segunda, está dada por la medida de los agravios y a ella alude el principio tantum devolutum quantum apellatum. Estas limitaciones, derivan de los principios dispositivos y de congruencia.

La expresión de agravios constituye una carga procesal, que debe consistir en una exposición científica y jurídica en que, por medio de un discurso intelectual, que mediante la selección de las partes del juicio sentencial, que constituyan

las bases lógicas del razonamiento del magistrado, demuestren el error, o la injusticia de la sentencia, mediante esa exposición jurídica que contenga la critica concreta y razonada, precisando los errores, omisiones o deficiencias de la sentencia. La simple disconformidad no es crítica; se debe demostrar donde se encuentra el error. Si no se hace así, el recurso se debe declarar desierto como marca la ley. En el caso de autos, los presuntos agravios se han desarrollado en forma por demás paupérrima, lo que por si solo no sería obstáculo, sin que además, no se ha atacado el principal aspecto que hace a todo el razonamiento del magistrado y, el punto a partir del cual arranca todo su razonamiento, demostrando el error del magistrado. En nuestro ordenamiento procesal no puede pretender el recurrente que, este tribunal, realice lo que, en el primitivo derecho alemán era una completa revisión de la instancia anterior, a la que se denominaba **"zweite erstinstanz"** que traducido significa una "segunda primera instancia" (ver Eduardo J. Couture - "Fundamentos del Derecho Procesal" tercera edición, página 356).

Está fuera de discusión que la demandada comunica la ruptura de la relación de trabajo por la inasistencia durante los días 30 y 31 de octubre sin aviso. Nadie discutió esa inasistencia. Tampoco está en discusión que la demandada comunica el distracto invocando como justa causa la falta sin aviso los días 30 y 31 de octubre de 2012 agregando que "como se le informó en numerosas oportunidades éste es un comercio pequeño y sus inasistencias afectan el giro habitual de la actividad" y por ello que la conducta imputada ha configurado una injuria tal que no consiente la prosecución del vínculo, por lo que despide a la actora con causa en su exclusiva culpa. La actora confunde en su responde la causal y sostiene que no se confi-

CAROLINA M. LIMA
SECRETARIA DE CÁMARA

guró el abandono de trabajo. El despido es uno y es el comunicado por telegrama de fs.42. Y la causal el haber faltado sin aviso al trabajo los días 30 y 31 de octubre de 2012. Hecha la comunicación por escrito como determina el art. 243 de la LCT con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura, el contrato queda resuelto, salvo que en ocasiones puede quedar sin efecto posterior por acuerdo de ambas partes o se disponga la reinstalación del trabajador.

Comunicada la voluntad de resolución por una de las partes en uso del derecho que acuerda el art. 242 de la LCT y discutida la justicia de la causa invocada corresponde que de conformidad con lo dispuesto por la segunda parte de ese artículo los jueces realicen prudencialmente la valoración de la injuria, es decir si ésta por su gravedad no consiente la prosecución de la relación, para lo cual se deberá tener en consideración el carácter de las relaciones que resulta del contrato de trabajo, según lo dispuesto en la ley y las modalidades y circunstancias personales, en cada caso.

No surge de autos que se hubiera informado que, al ser un comercio pequeño, las inasistencias afecten el giro habitual de la actividad. Y valorando la gravedad de la inasistencia, aún en la hipótesis de no haber avisado, ante la falta de antecedentes de faltas, no puede, a mi criterio, constituir una injuria de tal gravedad que no permita la prosecución de la relación, y por ello sólo ameritaba sanciones de menor gravedad que la extrema del despido. Considero, como el magistrado, que el despido fue incausado. La calificación de injuria grave que pueden hacer las partes es siempre relativa, toda vez que en última instancia son los magistrados quienes en cada caso califican la gravedad de la injuria invocada como causal del despido en los supuestos que se discuta la gravedad. La inju-

ria laboral requiere elementos objetivos y subjetivos, y la injuria requiere causalidad y proporcionalidad. La doctrina está conteste en que las ausencias sin aviso suelen ser consideradas faltas menores y así se ha sostenido por Raúl Horacio Ojeda en la obra "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y concordada" por él coordinada cuando enseña:

> "Las ausencias sin aviso suelen ser consideradas faltas menores que, consideradas aisladamente, no justifican el despido por justa causa. Es por ello que se requiere que ante estos incumplimientos el empleador primero de derecho al trabajador a justificar su ausencia y luego si las explicaciones no fueran satisfactorias y tenga una actitud constante y perseverante, tendientes a corregir previamente al dependiente, de modo tal de posibilitar la prosecución del contrato conforme a lo que es debido. En tal sentido, se consideró insuficiente que sólo se hayan producido advertencias sin suspensiones, requiriéndose que haya una cierta progresión en las sanciones disciplinarias, de tal manera que actúen como prevención para el empleado haciéndole saber que la situación no ha sido consentida por el empleador. Finalmente, si no se logró corregir la actitud del trabajador se justifica cuantitativamente su despido por justa causa." (obra citada, segunda edición, tomo 3 página 365/366).

Y no surge de autos, a mi criterio, que se de un supuesto de excepción que autorice a apartarse de estas reglas

La ley no distingue entre un pequeño comercio de una empresa oligarca como se pretende en agravios. Quien, como empleador, decide tomar un dependiente tiene que cumplir con la ley, que no distingue en categorías de empleadores, sin perjuicio de la categoría fiscal en que está encuadrada.

Sus agravios con relación a la invariabilidad de la causal no conmueve la sentencia.

Tampoco conmueve la sentencia en crisis sus criticas a la valoración de los testimonios rendidos en autos, toda vez que la actora nunca negó haber faltado los días 30 y 31 de octubre

CAROLINA M. LIMA
SECRETARIA DE CÁMARA

de 2012. Cabe señalar respecto de otra impugnación, que la justa causa del despido ha sido impugnada en la contestación de la comunicación del despido por telegrama que la propia demandada acompaña a fs. 76 y por esta demanda. Las costas de la instancia estarán a cargo de la demandada en su calidad de vencida por el principio objetivo de la derrota del art. 68 del CPCC. Se aclara que, atento lo resuelto a fs. 592, no hay trabajos a regular en la instancia al Dr. Ismael Machuca.

VI.- Que por estas razones propongo al Acuerdo rechazar los agravios y considerar justa la sentencia y, en consecuencia, responder en forma afirmativa a la primera cuestión. Así lo propongo al Acuerdo.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

VII.- Que comparto el análisis realizado por el primer votante y considero en base a él justa la sentencia. Adhiero pues a su voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

VIII.- Que en función de las razones expuestas al responder la primera cuestión propongo al Acuerdo dictar el siguiente pronunciamiento: 1) Rechazar los agravios vertidos por el recurrente contra la sentencia. 2°) Confirmar la sentencia en crisis en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas a la demandada en su condición de vencida conforme lo dispuesto por el art. 68 del CPCC y diferir la regulación de honorarios del apoderado de la demandada hasta tanto obre regulación de la instancia anterior. 3) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

IX.- Que adhiero a la propuesta que antecede por ser justa y equitativa.

Por ello se dicta la siguiente sentencia:

Caleta Olivia, 11 de febrero de dos mil diecinueve.

Y CONSIDERANDO:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, resultado de la votación, citas legales, doctrinarias y lo establecido en el art. 44 de la ley 1 Orgánica del Poder Judicial, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial

F A L L A:

1) Rechazar los agravios vertidos por el recurrente contra la sentencia.

2°) Confirmar la sentencia en crisis en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas a la demandada en su condición de vencida conforme lo dispuesto por el art. 68 del CPCC y diferir la regulación de honorarios del apoderado de la demandada hasta tanto obre regulación de la instancia anterior.

3) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen. La Dra. Naves firma sin emitir opinión por no existir disidencias.

CONNIE R. NAVES
JUEZA DE CÁMARA- PRESIDENTA

GRISELDA I. BARO
JUEZA DE CÁMARA

HUMBERTO EDUARDO MONELOS
JUEZ DE CÁMARA

ANTE MI:

CAROLINA M. LIMA
SECRETARIA DE CÁMARA