NEUQUEN, 27 de abril de 2017.-
Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"QUIROGA ELSA VICTORIA C/ DA 5 S.R.L. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"**, (**Expte. Nº 465.150/2012),** venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO **LABORAL NRO. 4** a esta **Sala III** integrada por el Dr. Fernando Marcelo **GHISINI** y el Dr. Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- A fs. 150/155 luce la sentencia definitiva de primera instancia que hace lugar parcialmente a la demanda contra DA 5 S.R.L., y condena a ésta última al pago de la suma de $23.960,19 ($21.574,94 por diferencias salariales y $2.385,25 en concepto de haberes de enero de 2012), con más sus intereses y costas.

Contra dicho fallo la parte accionada interpone recurso de apelación a fs. 158/164, cuyo traslado es respondido por la contraria a fs. 167/168 vta., solicitando su rechazo con costas.

II.- Se agravia en primer lugar, por considerar improcedente la condena por diferencias salariales, ya que, conforme sostuviera al contestar la demanda, la actora cumplía una jornada reducida, trabajando de lunes a sábados en días y horarios alternados y rotativos.

Afirma, que durante la relación laboral se liquidó media jornada, estampando la accionante su firma en los recibos, sin realizar reclamos sobre las sumas o conceptos liquidados.

Critica, que en la sentencia se haya hecho lugar a las diferencias salariales al interpretar que la demandada reconoció expresamente que la actora trabajaba de lunes a sábados, pues su parte no afirmó tal circunstancia, sino que

dijo que lo hacía en días alternados y rotativos, situación muy distinta a la señalada por el a quo.

Cuestiona, la valoración de la prueba testimonial que realiza el juez de grado, para tener por acreditado que la trabajadora cumplía una jornada laboral de lunes a sábados de 09:00 a 21:00 hs.

Así, con relación a la testigo Gallardo Soto, dice que se trata de una amiga de la accionante, que declara con el interés de beneficiarla, pero que no tomó conocimiento de dicha situación.

Por lo que entiende que dicha declaración carece de todo valor.

A idéntica conclusión arriba con relación al testimonio brindado por la Sra. Santibáñez.

En cuanto a la prueba documental adjuntada, sostiene que caben varias PRESUNCIONES HOMINIS que no se han considerado en la sentencia, como la falta de reclamo durante un extenso lapso temporal; la ausencia de un pedido por diferencias en ocasión de efectuarse los respectivos pagos, entre otras.

Concluye, que la prueba testimonial producida en la causa no permite ni por asomo desvirtuar lo que surge de la documentación acompañada por las partes, por lo que corresponde dejar sin efecto la condena por diferencias salariales.

En segundo lugar, se agravia por la condena al pago de la remuneración correspondiente a los 16 días del mes de enero de 2012, toda vez que la actora acusó una negativa de tareas que nunca existió.

Por otra parte, refiere que si la colocación en situación de despido fue injusta, la misma debe resolverse como una renuncia de la actora. De ese modo, al no haber preavisado la ruptura, cualquier eventual crédito se

compensaría ipso iure con la indemnización sustitutiva (15 días).

En tercer lugar, se agravia por la imposición de costas a su parte, ya que la demanda se interpuso por la suma de $149.248,49 y prosperó por $23.960,19, lo cual representa un porcentaje del 16,05% del monto reclamado, por lo que corresponde imponer la totalidad de las costas a la actora o en su caso, distribuirlas en el porcentaje de éxito obtenido.

En cuarto lugar, aduce que no se ha respetado el prorrateo dispuesto por la ley 24.432, lo establecido en la ley 2933 y en el art. 730 del Código Civil, que establecen que las costas no superaran el tope del 25% del monto de sentencia. Cita jurisprudencia.

Finalmente, apela los honorarios del letrado y patrocinante de la actora por considerarlos altos.

A su turno, los letrados de la demandada, apelan sus honorarios por bajos, y piden que en función de lo dispuesto por la modificación realizada por la ley 2933 a la Ley Arancelaria 1594), se tome como base regulatoria el capital reclamado con más los intereses que hubieran correspondido.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, advierto que llega firme a esta Alzada el rechazo del despido por considerar que la causal invocada por la actora era falsa, y como consecuencia de ello no se hace lugar a las indemnizaciones correspondientes. Sin embargo, sí se admitieron las diferencias salariales en función de una jornada laboral cuya extensión era de lunes a sábados de 09:00 a 21:00 horas y el proporcional de haberes correspondientes al mes de enero de 2012.

Ahora bien, la parte demandada cuestiona que se haya hecho lugar a las diferencias salariales en función de la jornada de trabajo distinta a la calificada por su parte, como improbada.

En relación a la valoración de la prueba testimonial, debo decir que su eficacia probatoria debe ser valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones; influyen así las disposiciones afectivas, la razón de ser de su conocimiento, el interés en el asunto, la coherencia, etc.

Desde esta perspectiva, al tratarse de testigos que tienen algún vínculo con la parte, sus dichos deben estudiarse con estrictez para desechar posibles intenciones en favorecerla, lo cual no significa que deban desecharse, máxime cuando en autos no existen otros testimonios que controviertan los dichos de éstos.

Dentro de este marco, advierto que la relación existente entre la Sra. Marta Claudia Celeste Santibáñez –testigo- y la actora, no resulta suficiente para invalidar sus dichos. Y, la circunstancia que la testigo conozca a la accionante por ser clienta del local y que ella misma haya manifestado abiertamente que mantiene una relación por mensajes de textos y que ha concurrido al cumpleaños de su hija, no alcanza para descartar dicho testimonio como prueba de las afirmaciones expuestas al brindar su declaración.

Máxime, que su testimonio no presenta fisuras para ser desacreditado, y ha dado razón de sus dichos, siendo su declaración coherente con las circunstancias mencionadas en ella, lo que torna creíble su relato.

A idéntica consideración, arribo en relación a la declaración de Carolina Solange Gallardo Soto (fs. 128 y vta.); y, el hecho que ella haya manifestado que conoce a la actora por haber estudiado juntas, no invalida su testimonio como tal, pues además de conocer a la actora, manifestó haber ido al local, describiendo las características del mismo (venta de bijouterie, maquillaje, etc.), e indicó el lugar de

su ubicación. Circunstancias todas que deben ser ponderadas a fin de valorar la declaración.

Por otra parte, ninguno de los testigos ofrecidos por la demandada han declarado a los fines de constatar la veracidad de las afirmaciones expuestas en la contestación de demanda, para acreditar que la trabajadora laboraba en jornada laboral reducida, de lunes a sábados, en días y horarios alternativos y rotativos.

Así, observo que mediante providencia de fs. 105, se tuvo a la demandada por desistida del testimonio de la Sra. Buscaglia por no haber activado su citación; y lo mismo ocurrió a fs. 132, cuando se tuvo por desistida a las partes de la prueba testimonial de los señores Mardones, Peñalba y Tejada.

De manera que, luego de analizar la prueba aportada en autos, encuentro que los únicos dos testimonios rendidos -Marta Claudia Celeste Santibáñez (fs. 92 y vta.) y Carolina Solange Gallardo Soto (fs. 128 y vta.)- dan cuenta que efectivamente la jornada laboral que cumplía la actora era de 09:00 a 21:00 horas. Si bien, ninguna de ellas indicó los días que laboraba la actora, tal vacío quedó zanjado con la propia indicación brindada por la demandada, que en su contestación de fs. 54 vta., reconoció -más allá de sostener que la actora cumplía una jornada reducida, con turnos y horarios rotativos (no probados)- que la señora Elsa Quiroga **“realizaba sus labores de lunes a sábados”.**

Advierto, que la demandada en su contestación se limitó a afirmar que la actora cumplía sus tareas con jornada reducida, de lunes a sábados, en horarios y turnos rotativos, sin dar mayores precisiones, resultando ello insuficiente para desvirtuar la jornada denunciada en la demanda.

En cuanto a la valoración que pretende efectuar el apelante sobre la prueba documental aportada, debo afirmar que por aplicación del principio de supremacía de la

realidad, es el Juez quien debe desentrañar las verdaderas características de la relación laboral que unió a las partes, por sobre los aspectos formales de la misma.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: “Debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del A-quo que reconoce la relación laboral ya que, la primacía de la realidad, como regla de interpretación para el jugador impone a éste considerar la realidad de la relación sobre la forma, o bien si se prefiere sobre la ficción montada por las partes; es decir la apariencia legal no prevalece sobre la realidad. **Tal principio se traduce en el proceso laboral en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial.** A la prueba documental se le oponen las declaraciones de los testigos, que dan cuenta de la prestación de servicios del actor en el establecimiento de la demandada, cumpliendo tareas propias de la actividad comercial de ésta última, lo que torna descalificable el contradocumento, en función de los hechos comprobados de la causa y de las previsiones del art. 14 de la Ley 20744. Lo que importa considerar es la real situación creada y la posición ocupada por el trabajador en la empresa de otro, con prescindencia de la apariencia construida por más que se presente consentida, ya que no se admite renuncia expresa al carácter de trabajador subordinado”. (L.D.T. LEYC 20744 20-09-74 Art. 14-CATSL2 RS, l000 83 RSD-22-95 S 20-4-95, Juez VERON OSVALDO A. (SD) Gauna Héctor Javier c/ Alberto Haldsmann y otro s/ Laboral-MAG. VOTANTES: Rodríguez de Dib, Martha C. - Verón, Osvaldo A).

También que: “Dentro de los principios que rigen en el fuero laboral se encuentra el de primacía de la realidad, conforme art. 11 de la LCT, según el cual cuando no existe correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó e incluso, se documentó, prevalecen aquellos sobre estos. Vale decir que priva la verdad de los hechos, sobre la

apariencia formal que las partes hubieran podido utilizar para encubrir aquellos. Toda estipulación contractual por escrito no tiene en principio, mas valor que el de una presunción, que puede caer ante la prueba en contrario de los hechos; pues la forma cede ante la primacía que tiene la realidad que escriben los hechos.(L.D.T. LEYC 20744 Art. 11-CATSL2 RS, L000 76 S 6-11-2, Juez VERON OSVALDO (SD)Ibarra Jacinto Rosendo c/ Jorge Omar María Liotta y/o quien resulte responsable s/ sueldos adeudados, etc.- MAG. VOTANTES: Verón Martha C.-Rodríguez de Dib Martha C).

Por otra parte, el silencio del trabajador, relativo a la falta de reclamo de las diferencias salariales no puede ser concebido como una renuncia a sus derechos, pues el art. 58 de la LCT, claramente dispone que: “No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas del trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquel sentido”.

En función de todo lo expuesto, propondré al Acuerdo el rechazo del agravio por el acogimiento de las **diferencias salariales,** propiciando en tal sentido que se confirme la sentencia de grado.

En relación al pago de los **haberes correspondientes al mes de enero de 2016,** diré que habiendo quedado firme y consentido que la relación laboral se extinguió el 16 de enero de 2012, y al no haber abonado la demandada la suma correspondiente a esos 16 días, se deberá confirmar la procedencia de dicho rubro.

Por otra parte, si bien subsidiariamente, la demandada plantea la compensación de este rubro con la falta de preaviso, tal circunstancia es recién introducida en esta instancia, cuando, conforme a los rubros reclamados en la

demanda (ver fs. 50 vta.) fue solicitado expresamente por el actor.

Por lo que, dicho agravio será rechazado.

En cuanto a la apelación de honorarios, examinada la causa, a la luz de lo prescripto por los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 20 y 39 y concordantes de la Ley nº 1594, realizados los cálculos pertinentes observo que los emolumentos son ajustados a derecho, por lo que se impone su confirmación.

Con respecto al límite sobre la imposición de costas que consagran las leyes 24.432 y 2933, y el art. 730 del Código Civil, debo decir que si bien esta Cámara en la causa: **"LLANOS CARLOS ALBERTO C/ LIBERTY S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (Expte. Nº 459664/2011),** se ha pronunciado, diciendo: "Respecto de la incidencia de la condena en costas sobre el capital de condena, en los términos del art. 505 del Código Civil (reiterado en el actual art. 730 del Código Civil y Comercial), la norma no resulta de aplicación en el ámbito provincial por cuanto el Tribunal Superior de Justicia ha determinado la inconstitucionalidad del precepto en cuestión conforme los precedentes "Yerio" (del 18 de diciembre de 1.996) y "Lowental" (del 15 de febrero del 2.000), doctrina que ha seguido esta Cámara en forma invariable. Si bien los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia se refieren a la norma del Código Civil, siendo el actual art. 730 del Código Civil y Comercial de idéntico tenor que el anterior, los fundamentos dados por el tribunal en su oportunidad (facultades reservadas de las provincias para dictar sus códigos procesales) resultan válidos para la nueva legislación", con posterioridad el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, en autos: **"CARDELLINO, JAVIER CONTRA S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA SOBRE EJECUCIÓN DE HONORARIOS" (Inc. Nro. 1582 - año 2014),** en relación al tema que nos ocupa expreso:

"…Resumiendo, este Tribunal Superior mantiene su postura en punto a considerar que la limitación dispuesta en la norma nacional avanza sobre materia privativa de las provincias vulnerando con ello los Arts. 5, 75, inc. 12° y 121 de la Carta Magna Argentina. No se desconoce las controversias generadas en torno al tópico que nos convoca como tampoco que el Congreso ha insistido con la mentada limitación en la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Art. 730). Ello no obstante, los fundamentos constitucionales que cimientan el pronunciamiento que, por lo demás, tampoco han sido contradichos por el Máximo Tribunal de la Nación, con más la reciente modificación de la Ley Arancelaria Local y el uso que de sus atribuciones hizo el Legislador neuquino, impiden la adopción, sin más, del criterio plasmado en la ley nacional. A esta altura, cabe precisar que los honorarios regulados lo serán en un todo conforme con la Ley arancelaria neuquina, aunque a la postre, el condenado en costas solo responda hasta el 25% de la sentencia, pues sólo se determinaron los alcances de la responsabilidad por el pago de las costas pero nada se dispuso en relación a la cuantía de los honorarios. Entonces allí se aplicará el Art. 4° de la Ley Nro. 1.594….".

El art. 277 de la LCT, en su parte pertinente establece: "La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios

profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas. (Párrafo incorporado por art. 8 de la Ley N° 24.432 B.O. 10/1/1995).

Teniendo en cuenta el antecedente mencionado párrafo más arriba y lo dispuesto por el art. 277 de la LCT, resultando procedente el planteo el apelante deberá hacer valer la limitación dispuesta precedentemente en la etapa de ejecución respectiva.

Finalmente, en relación a las costas correspondientes a la primera instancia, esta Cámara de Apelaciones viene sosteniendo que: **“Si la demanda fundada en peticiones independientes ha sido acogida parcialmente procede la aplicación de la regla del art. 71 del Código Procesal, Civil y Comercial, en correlación con la atribución que a la judicatura otorga el art. 19º del Dec. Ley 7718/71**.” (art. 17 de la ley 921) (PS-1.999-III-fº 486/487; PS-1.998-III-422/423; PS-1.998-IV-757/758; PI-1.999-IV-691/692, todos de la Sala II).

En tal sentido hemos dicho que: **"Las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo (D.T. 1993-B.1626) y ello torna conveniente morigerar en algunos casos, lo dispuesto por el artículo 71 del C.P.C.C. Ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas."** (PI TI F°60/61 2006 SALA III).

Conforme lo dicho, las costas de primera instancia serán distribuidas de la siguiente manera: 50% a cargo de la demandada y en un 50% a cargo de la actora. Y se aplicará el mismo criterio a las costas de segunda instancia, debiéndose proceder a regular los honorarios de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 LA.

IV.- Por lo expuesto, propondré al Acuerdo se haga lugar parcialmente al recurso interpuesto, y en consecuencia se distribuyan las costas en la forma dispuesta en los considerandos respectivos, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia de conformidad con lo dispuestos por el art. 15 LA.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 150/155, modificándola en cuanto a las costas, las que se imponen en un 50% a la actora y en u 50% a la demandada, de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en un 50% a la actora y en u 50% a la demandada (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA