--- En la ciudad de Trelew, a los 22 días de mayo del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, bajo la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“F. M. N. c/ N. T. S.R.L. s/ cob. de hab. e indem. de ley” (**Expte. N° 22.654 - año 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 234.----------

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

--- Vienen estos actuados a conocimiento de la alzada con motivo del recurso de apelación planteado por la parte actora (fs. 221), en contra de la sentencia definitiva dictada en autos (fs. 214/218 vta.), por la cual se hace lugar parcialmente a la demanda entablada condenando a la sociedad que gira en el comercio bajo la denominación de “N. T. S.R.L.” a que, en el plazo que fija, abone a la actora la suma de $ 15.510,38 con más los intereses fijados en el considerando respectivo imponiendo las costas a la demandada por la porción que prospera y a la actora en la porción que se desestima.---------- A fs. 225, se presenta por su propio derecho el Dr. E. R. M., e interpone recurso de apelación en contra de la regulación de honorarios que se le fijaran por su actuación en el anterior grado por considerar que deben ser fijados en un porcentual y no en una suma fija como se lo hiciera a su respecto en relación a la porción de la demanda desestimada y a cargo de la parte actora.---------- A fs. 227/228 y vta., luce agregado el informe previsto por el art. 62 de la ley 69.---------- Ordenado su traslado a la contraria (fs. 229) el mismo fue evacuado por escrito obrante a fs. 270/271.----------I.- Previa reseña de lo pedido y de lo resuelto la actora recurrente formula agravios sobre los siguientes puntos del fallo, a saber: 1) Horas suplementarias: Previa trascripción de la porción

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

pertinente de los considerando vinculados al tópico expresa que con los dichos de los testigos C. C. R. L. y R. M. B. ha quedado demostrado que su parte laboraba horas extras los días sábados y domingos en los horarios que indicara en la demanda. Agrega que se refuerza lo afirmado por los testigos con la circunstancia de que la demandada adjuntara a estos autos 12 recibos (en negro) acreditando parcialmente el pago de horas extras trabajadas más no la totalidad de los mismos. De allí, asevera, el reclamo por horas extras no abonadas debió haber prosperado parcialmente deduciendo las horas que la demandada demostró haber abonado aunque sea en forma irregular. Asegura que no cabe dudas que su parte trabajaba horas extras como lo reclama en su escrito de demanda y luego fue sustentado por las declaraciones testimoniales mencionadas. Existe, sostiene, una presunción con alto grado de certeza de que esto fue así. Indica que la empleadora no demostró que las horas trabajadas en forma suplementaria fueran menos que las reclamadas ni ofreció prueba al respecto. Se agravia también, dice, que el Sr. Juez a quo expresara que atenta contra la pretensión deducida por su parte la circunstancia que el reclamo haya sido formulado con posterioridad a la disolución contractual. Postula en relación a tal ponderación que la apreciación de la conducta del trabajador por falta de reclamo temporáneo de las diferencias salariales debe ser efectuada con suma prudencia y estrictez ya que si en principio la intención de renunciar a los derechos no se presume, se acentúa aún más en materia laboral. Efectúa cita legal y jurisprudencial vinculada a la irrenunciabilidad de los derechos otorgados a los trabajadores, indicando que se tratan de normas de orden público y sostener que no cabe inferir de la mera conducta pasiva la abdicación de los créditos salariales que en su momento no fueron percibidos por la actora. 2) Pagos en “negro”: Cuestiona que el sentenciante haya desestimado que la empleadora efectuara el pago de parte del salario acordado fuera de los recibos o “en negro” no valorando, dice, el testimonio del Sr. C. C. R. L. Pondera que dicho testimonio goza de una idoneidad particular pues se trata de un empleado de la demandada y cobraba igual que su parte, esto es, una porción de su salario en negro. 3) Rechazo del rubro vacaciones: Se agravia de que se hubiera desestimado el reclamo de pago de las vacaciones no gozadas. Admite que si bien como principio se prohíbe la compensación en dinero de las vacaciones no

gozadas, en caso de extinción del contrato de trabajo como en el caso de autos, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización equivalente al salario correspondiente por el período vacacional proporcional a la fracción del año trabajado. Agrega que también debe indemnizarse la incidencia del aguinaldo sobre las vacaciones no gozadas. 4) Indemnizaciones agravadas de la Ley de empleo: Se queja que se hubiera desestimado las que denomina “multas” que regulan los arts. 9 y 10 de la ley de empleo, en virtud de que tuvo por cierto que renunció a partir del mes de octubre de 1999. Asevera que no cabe dudas que de los dichos del testigo C. C. R. L., queda reflejada con claridad la conducta de la empleadora, quien –asevera- pagaba en negro. Indica que así lo hacía con las horas suplementarias aludiendo a los 12 recibos que acompañara a la causa, razón por la cual –entiende- debió el juzgador a quo aplicar la norma más favorable al trabajador si alguna duda tenía debiendo prosperar la aplicación del art. 10 de la ley 24.013 y sostener, en consecuencia la remunera-ción en la suma de $ 1.007,27, tal cual se tomó como la mejor remuneración al practicar la liquidación. 5) Integración del mes de despido: Cuestiona que se hubiera desestimado tal rubro basándose en la aplicación a la causa de la ley 25.013. Expresa que yerra el juez a quo por cuanto el reclamo traído a juicio no es por contrato de trabajo de aprendizaje, ni se ha celebrado contrato escrito entre empleadora y una joven con edad entre 15 y 28 años, ni es aplicable el art. 6° inc. b), párrafo 2do., de la ley 25.013; y se incumple con lo previsto en el art. 19° de la citada normativa, razón por la cual, sostiene, debió el a quo hacer lugar al pago de la integración del mes de marzo del año 2003 como se reclamara. 6) Daño moral: Señala que si bien fue admitido su pedido por daño moral encuentra insuficiente la suma fijada por tal concepto. Rememora que al tiempo del despido se encontraba embarazada siendo madre soltera y a partir de allí comenzaron cuatro años de calvario y tormentos sin poder conseguir trabajo y con un juicio penal en su contra por estafa, tres hechos en concurso real y la posibilidad cierta de ir a prisión. Termina diciendo que estima razonable que se admita el monto del rubro 17 de su liquidación practicada en el libelo inicial. 7) Multa del art. 275 de la L.C.T.: Sostiene que por la conducta desplegada por la demandada se debió sentenciar “extra petita” citando para ello el art. 71 de la ley 69, declarando –dice- la conducta temeraria y maliciosa de la demandada.

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

8) Imposición de costas y honorarios del letrado patrocinante de la parte demandada: Expone previa trascripción del punto III del fallo que el a quo no ha considerado ni declarado lo resuelto limitándose a fijar los honorarios de los letrados de la parte demandada por lo que, expresa, que no ha sido conforme a derecho apelando por altos los mismos.---------- II.- En el marco provisto por los agravios reseñados ingresaré a su tratamiento siguiendo para ello la misma manera en que se los individualizara precedentemente. Asimismo, su examen se realizará en conjunto cuando ello fuera posible.---------- 1).-; 2).- **Horas suplementarias-pagos "en negro":** El Sr. Juez a quo expuso como fundamento del rechazo de la pretensión de pago de horas extras incoado por la actora, lo siguiente: *"...entiendo no ha sido debidamente acreditado, pues más allá de las declaraciones testimoniales de C. C. R. L. y R. M. B. –fs. 98 y 99 respectivamente- atenta contra la pretensión el hecho de que el reclamo haya sido formulado con posterioridad a la disolución contractual; que no se haya indicado con la precisión que este rubro amerita que días y cuantas horas trabajó en extensión de la jornada normal de labores; que afirma haber trabajado todos los sábados por la tarde y los domingos en una jornada que se extendía –según sus dichos- entre las 7;30 y las 20:00; que el testigo L. afirmó que sólo se trabajaba sábados por la tarde y domingos en temporada de turismo...En fin, la falta de precisión de este rubro por no decir la desmedida ambición en la petición se presenta en contra de la demandante, siendo por esta razones que será desestimado el punto 15 de la liquidación de fs. 5vta."*(sic) (vide: considerando de fs. 216 vta.).---------- He trascripto totalmente el considerando relativo a la pretensión de cobro por horas suplementarias incoada en la demanda y que fuera finalmente desestimada por el sentenciante del anterior grado, puesto que con los argumentos que le permiten arribar a tal conclusión claramente se observa que se ha obviado palmariamente un dato de la realidad que, inclusive, es traído a colación en la propia argumentación en la que se apoya tal veredicto, aunque en sentido diverso al que se impone, a mi entender; cual es, que efectivamente se acreditó con el testimonio que se cita, la circunstancia fáctica que funge como

el presupuesto dirimente para el progreso de tal pretensión de cobro de horas suplementarias. El mismo consiste en que la actora prestó tareas los días sábados y domingos en temporada de turismo.---------- Es de tener presente, en la ponderación de la fuerza de convicción que corresponde atribuirle a los dichos de los testigos R. L. y B., que ambos manifestaron conocer lo declarado por haber trabajado para la empresa demandada, el primero; y, por trabajar en la empresa de seguros que se ubica en un local cercano al que ocupa la demandada, el segundo (Conf. arts. 386 y 456 del C.P.C.C.; de aplicación por vía del art. 45 de la ley 69).---------- Aún más, encuentro que tales dichos se ven corroborados con los que en sentido concordante expusiera el testigo E. (fs. 99 vta./100), quien también aseveró haber visto trabajando a la actora los sábados y los domingos, añadiendo inclusive al respecto, que ello lo vio durante todo el año (ver: resp. a la 3ra. pregta. y 2da. de las repreguntas)(Arts. 386 y 456 del C.P.C.C., de aplic. por vía del art. 45 de la ley 69).---------- Tampoco puede soslayarse que la propia parte demandada admitió en su contestación que los sábados y domingos había que atender a los contingentes turísticos, aún cuando afirmó que se realizaban turnos de atención entre todos los empleados, señalando que *"...la actora eventualmente y en temporada podía tocarle trabajar en sábados o en domingo, 2 o 3 veces al mes, tareas que le eran remuneradas debidamente por separado como extra."*(sic) (ver: escrito de responde -fs. 19 vta.-).---------- Abro un paréntesis para decir que es clarificador en el análisis del tema poner a la palestra que las horas suplementarias comportan una excepción al principio general de limitación de la jornada laboral. Esto es la jornada limitada de labor fue establecida con un sentido tuitivo de los trabajadores a punto que la Ley establece los límites máximos a fin de poner coto a la "tentación" que pudiera tener cualquier trabajador que, por una situación de necesidad o por cualquier otro motivo, pudiera aceptar trabajarlas ante el "atractivo" que pudiera resulta contar con un empleador que cumpla con el correlativo pago de las horas suplementarias que cumpliere.----------

-- En esa dirección la jornada de trabajo fue desde siempre un tema relacionado

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

con la protección de la vida, integridad física y la salud de los trabajadores. Las razones que han justificado tal perspectiva tutelar se han subdividido como vinculadas a causas biológicas (acción de la fatiga) y de índole organizacional y productiva (posibilidad de atención y el consecuente nivel de rendimiento). Es por ello que la jornada de trabajo, junto a su contrapartida –los descansos-, a no dudarlo, constituye uno de los institutos que conforma los pilares fundamentales del derecho del trabajo y que dan el marco esencial de la protección de quienes trabajan en relación de dependencia (Conf. Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Ley 11.544/29 y su regl. por Dcto. 16.115/33; y Arts. 196/206 de la L.C.T., y Dcto. 2882/79).---------- Ahora bien, a la par, tengo dicho antes de ahora que si el trabajador reclama el pago de horas suplementarias que denuncia haber trabajado y lo prueba, como debe hacerlo respecto de cualquier otro hecho que forme parte del presupuesto de hecho de la norma invocada en sustento de su pretensión o reclamo, no veo porqué habría de exigírsele prueba categórica, terminante o exhaustiva o como quiera calificárselas; o bien postular que deban valorarse los elementos de prueba que hubiere aportado bajo algún criterio “estricto” o “restrictivo”. Basta con que pruebe haberlas trabajado por cuanto, insisto, éste es el hecho sobre el cual se sustenta su petición y sobre el cual carga con el peso de su acreditación. Y, en el particular supuesto de autos estimo que la satisfizo con las testimoniales aludidas, viéndose tal elemento de prueba de tal manera ponderado, indefectiblemente englobado en su valoración en el ámbito de los hechos admitidos por la propia patronal, y en consonancia con los recibos que aportara ésta como constancia de pagos de horas extras que reconoce fueron cumplidas por la actora (ver fs. 86/97 de la documental reservada) (Art. 377, 2do. párrafo del C.P.C.C., de aplic. por vía del Art. 45 de la Ley 69) (Conf. Perugini, Eduardo, “Algo sobre las horas extras”, en D.T., 1994-B-1370) (Conf. S.D.L., sala B, Nro. 44/02, CANE).---------- Otra de las cuestiones dirimentes para resolver el presente conflicto es determinar si la patronal demandada en estos actuados se hallaba obligada a contar con registro de horas suplementarias, de modo tal que pudiere operar sin más la presunción prevista en el Art. 55 de la L.C.T., y/o la contenida en el Art. 388 del C.P.C.C.. Ello lo digo por cuanto en el escrito de

demanda se indicó en el punto 7° del apartado VI titulado “Pruebas” como instrumental en poder de la demandada las planillas de entradas y salidas correspondientes a la realización de horas extras (vide: escrito de demanda –fs. 7-). Y, tal dato no es baladí desde que el tribunal de primera instancia intimó a la patronal en el modo en que fuera pedido (ver proveído de fs. 8).---------- Ahora bien, principio por decir que se descarta de plano la posible operatividad del citado art. 388 del C.P.C.C., en tanto ni siquiera se indicó como mecanismo formal de la empresa demandada la existencia de tales registros de ingresos y egresos, ni por ende, no puede endilgarse, válidamente al menos, que éstos obren en poder de la contraria y, ante su falta de presentación las consecuencias presuncionales que se postulan.---------- De allí que restaría solo verificar si existe obligación legal de llevar tal registro y bajo qué circunstancias. Es indudable que si se realizan horas suplementarias pesa sobre la patronal la obligación genérica de llevar un registro de las mismas, tal cual lo impone el Art. 6, inc. “c” de la Ley 11.544 y el art. 21 de su reglamentación por Dcto. 16.115/33. Sin embargo tal obligación genéricamente impuesta solo es exigible bajo la condición de que tales horas suplementarias se trabajen o, dicho en palabras de la Ley, que se acrediten *“...horas suplementarias de trabajo hechas efectivas...”* (sic).---------- No huelga señalar que para algunas actividades específicas, por las particularidades que presentan, se les impone normativamente y de modo específico llevar tales registros. Tal como ocurre, por ejemplo, con la actividad bancaria (Conf. Arts. 7 y 15 del Dcto. 1088/45). Ahora, al no existir tal imposición legal, en el “sub judice” se deriva nuevamente la cuestión al contexto de la imposición genérica antes aludida y que se encuentra únicamente supeditada al hecho de que tales horas suplementarias se trabajen. Resulta indudable en esta línea hermenéutica que era de principal interés de la empleadora merced, insisto, a lo reconocido por ella, llevar un adecuado registro de horas suplementarias que le permitiera demostrar las efectivamente laboradas por sus dependientes.---------- Y como ya lo he señalado, admitido que fue por la demandada que habitualmente se trabajaba los días sábados y domingos en la recepción o expedición de contingentes turísticos pero solo en temporada turística, el análisis se traduce en

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

verificar si se ha satisfecho la carga de probar tal aserción vinculada a una limitante, cual es la temporada, la que pesa de tal modo, sobre la patronal.------- Es que, por vía de dicha interpretación que emana de la presunción que se torna operativa siempre solo a partir de tal reconocimiento fáctico, por aplicación de los arts. 42 de la ley 69 y 52, inc “g” y 55 de la L.C.T., indudablemente se encuentra a cargo de quien niega la prestación de tareas extraordinarias impagas acreditar que no se cumplieron o que se cumplieron solamente en el período de temporada alta de turismo, y, que las que se cumplieron fueron abonadas, tal como se asevera en la especie al tiempo de responder a la acción.---------- Insisto, a partir del reconocimiento de la empleadora consistente en que el personal cumplía con habitualidad horas extraordinarias “en temporada” y que la actora en particular las laboraba, se invierte la carga de probar la porción a la cual restringiera tal admisión y, ante la falta de cumplimiento del *“onus probandi”* sobre tal puntual aspecto de su defensa torna con plena operatividad la verdad presumida por la ley de los hechos que se alegaran en demanda (Art. 377, 2do. párrafo del C.P.C.C., de aplic. por vía del art. 45 de la Ley 69).---------- Con lo expuesto hasta aquí bastaría para concluir positivamente sobre la procedencia del agravio bajo análisis. No obstante ello, a mayor abundamiento compartiré también que el silencio del trabajador no puede tener la significación jurídica que se le atribuye en el fallo en crisis.---------- Se ha dicho que el silencio en Derecho no significa solamente no hablar, estar callado, sino también no adoptar ningún comportamiento que implique una exteriorización de la voluntad. Es la ausencia de toda manifestación externa, comprendiendo por ende, también la omisión (Conf.: Spota, “Tratado de derecho civil –parte general-“, T. I, vol. 3 (8), pág. 229, n° 1898; id. Brebbia, Roberto, “Hechos y actos jurídicos”, T. I, pág. 252, & 2).---------- Es obvio pues, que dentro de tal significación jurídica del silencio, lejos se encuentra el supuesto planteado de haber acontecido, ello es dicho sobre la base fáctica considerada por acreditada por el sentenciante de Primera Instancia, cual es, que el reclamo haya sido efectuado con posterioridad a la disolución contractual, lo cual parece indiferente a los fines de la existencia del derecho al cobro de las horas suplementarias cumplidas que

se esgrime en estos actuados.-------- Y menos aún comparto la idea de que pueda pregonarse que hubiera algún atisbo de voluntad tácita del trabajador a partir de su supuesta inactividad por el lapso de vigencia del vínculo laboral. Y asevero que no puede compartirse la consecuencia atribuida al silencio que se le imputara a la actora, habida cuenta que no se dan en la especie ninguno de los presupuestos en virtud de los cuales se exceptúa el principio general contenido en el ya citado artículo 919 del Código Civil enunciado en los siguiente términos: *"El silencio opuesto a actos, o a una interrogación**, no es considerado como una manifestación de la voluntad**, conforme al acto o a la interrogación..."*. Y es que en el caso no concurría obligación legal a pronunciarse, de modo tal que el principio general enunciado es plenamente operativo (Conf. CNCiv., Sala F, 15/12/88, LL, 1989-C-248).---------- Es ineluctable que no se encuentra comprendido el supuesto bajo tratamiento dentro de aquellos casos en que existe obligación legal de explicarse por una relación de familia; ni tampoco concurre en la especie el tercer supuesto de excepción provisto por la norma en comentario, cual es que exista una relación entre el mentado silencio y alguna declaración o conducta anterior del dependiente. Insisto tales hipótesis contenidas en el texto legal no se configuran de manera alguna en el caso, por lo que mal puede afirmarse que el silencio que se postula en el fallo tenga la consecuencia atribuida por el juzgador. Y ello, sea en sus dos vertientes posibles, dado que no se lo explicita con la claridad debida, a saber: a título de "consentimiento" o a título de "renuncia de derechos".---------- Establecido que el silencio por sí solo, salvo los supuestos indicados por la ley en los que existe obligación legal de pronunciarse, no tiene efecto jurídico alguno. Y a título de renuncia tácita (Art. 873 del Código Civil), tampoco puede interpretarse que se haya configurado ésta en el supuesto de marras atento a la referida conducta seguida por la actora y que se expresa por vía del ejercicio de la acción. Es que para que concurra una renuncia tácita debe haber un comportamiento revelador del abandono que se hace de alguna facultad, el que se trasluce a partir de la incompatibilidad de esa conducta con la pretensión de ejercer el derecho. Y esa conducta puede configurarse en un hacer o un no hacer. Cuando la conducta se enmarca en un no hacer, tendrá ingerencia el tiempo de prescripción al que alude la parte

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

actora apelante por el lapso legalmente previsto a tal efecto.------ Y, por último, se suma a todo lo dicho la noción de irrenunciabilidad que es propia y connatural al sentido tutelar del ordenamiento laboral y que se expresa y entiende en la siguiente forma según Américo Plá Rodríguez: “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (aut. cit., “Los principios del derecho de trabajo”, 3ra. ed. Act., año 1998, págs. 117). Y tal noción es puntualmente normada por la Ley de Contrato de Trabajo en los Art. 7, 12 y concordantes, en cuanto vedan la posibilidad de convenir o interpretar (ya sea con el consentimiento tácito o expreso del trabajador), condiciones “*in peius*” de los derechos del trabajador. Para concluir, entonces, tal omisión de reclamo, tendiente a exteriorizar una protesta o disconformidad, no puede operar como una suerte de disvalor probatorio “per se” desde que no existe un deber legal de pronunciarse en un sentido u otro; máxime cuando, es norma genérica e imperativa la irrenunciabilidad de los derechos en los que se encuentren involucrados intereses generales (Conf. Arts. 872, 873, 919 del Cód. Civil y su conc. con los Arts. 12 y 58 de la L.C.T.) (Conf. Carcavallo, Hugo “El consentimiento tácito y los alcances de la irrenunciabilidad”, en T.S.S. 1999-385)---------- Dicho todo ello y retomando lo anterior, rememoro que la parte actora en su demanda denunció una jornada laboral de 9 horas en los días hábiles –lunes a viernes-, extensión que, allende de los distintos horarios postulados en el responde, fue admitida por la patronal. Y los sábados de 8:30 hs. a 13:00 hs., esto es, 4 horas y ½ más. La sumatoria de tales horas da un resultado semanal de 49 y ½ horas. Tal número de horas de efectiva prestación de tareas da como resultado 1 ½ hora suplementaria semanal; 6 horas mensuales y 72 horas anuales. Advierto que solo se considera trabajo extraordinario, devengándose el respectivo recargo salarial establecido por el art. 201 de la L.C.T., aquellas tareas realizadas en exceso de la jornada máxima legal. Y para ello debe tenerse en consideración que solo son tales las que superen la extensión de 9 horas diarias o 48 semanales. Añado, para tenerlo presente que, por imperio de lo dispuesto por el Dcto. 484/00, el límite máximo admitido como horas suplementarias es de 30 horas mensuales y 200 anuales (Conf. Miguel A. Pirolo-Cecilio M. Murray, en “Tratado de Derecho del

Trabajo", Ed. Rubinzal Culzoni, año 2005, Director Mario Ackerman, coordinador Diego M. Tosca, T. III "La relación individual de trabajo – II", págs. 655/665; id. Fernández Madrid, Juan Carlos, en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 3ra. ed. actualizada, año 2007, T. II, págs. 1595 y sgtes., punto 12.14).-------- Así entonces, dado que se reclama en demanda el reconocimiento y pago de las horas suplementarias denunciadas por cumplidas en el período trabajado en el lapso no prescripto de 24 meses y tomando una remuneración mensual, que se integra con los pagos en negro que la trabajadora denunciara en su libelo, en la suma de $ 1007,27 (punto III.- Liquidación –fs. 5 vta.-), se impone atender, antes de practicar cualquier tipo de cálculo de las horas extraordinarias que se vienen propiciando admitir en mi voto y que, por ende, se deberán liquidar, el agravio relativo a los denunciados pagos en "negro" que fueran desestimados en el fallo apelado.----------
---------- El Sr. Juez a quo, desestimó que con lo testimoniado por el Sr. R. L. pudiera tenerse por acreditado los pagos en negro denunciados por la actora como percibidos. Y aún cuando no explicita porqué le resulta insuficiente esta prueba, tengo para mi que no se equivocó en tal ponderación. En relación al pago en negro que la actora afirma haber cobrado, es criterio compartido mayoritariamente en la jurisprudencia que para su acreditación, dada su naturaleza, debe reunirse prueba asertiva y terminante de la cual emane con visos de certeza tal noción de credibilidad (Conf. CNAT, Sala VIII, 31-10-89, "Monsón, Pablo c/ Piso Uno S.A.", T. y S.S., 1990-243; id., CNAT, Sala IV, 30-6-86, T. y S.S. 1986-1108; id. CNAT, Sala VI, 20-9-94, "Rodean, Nelson c/ Los Soles S.R.L.", J.A. 1995-IV-515).----------
---------- Y, el testimonio que se trae en sustento del agravio referido a este tópico, el que fue prestado por el mismo testigo R. L., el que es de notar fue el que citara el juzgador como insuficiente para convencerlo de la verdad de los pagos en negro invocados en demanda, refirió primero que sabía que la actora recibía su salario una parte en blanco y una parte en negro *"...Porque yo también recibía así..."* (sic) (ver resp. a la 4ta. pregunta –fs. 98-). No obstante, al ser preguntado si en alguna oportunidad estuvo presente cuando percibía su sueldo M. F., respondió que no. Es decir, resulta evidente que sus respuestas

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

sobre este aspecto no fueron emitidas por datos obtenidos por sus sentidos sino más bien que se trataría de una afirmación que se sustenta en versiones u oídas, lo cual se corrobora con la respuesta que diera al responder sobre la razón de sus dichos puesto que aludió conocer lo manifestado en su declaración *"Parte por conocimiento personal y otras cosas porque se las han contado..."*(sic) (vide: resp. 10ma. –fs. 98 vta.-) (Conf. Arts. 386 y 456 del C.P.C.C., art. 45 de la ley 69).---------- En resumen, pues, no teniendo andamiento el ataque relativo a la desestimación de la pretensión de que se compute como salario los denunciados pagos recibidos en negro, pasaré ahora a determinar si en los términos pedidos al agraviarse sobre el punto, resta algún crédito por horas suplementarias cumplidas y no abonadas. Digo así, por cuanto la petición fue realizada textualmente del siguiente modo: *"Por ello es que el reclamo de horas extras no abonadas debió haber prosperado parcialmente,* ***deduciendo las horas que la demandada demostró haber abonado aunque sea en forma irregular****..."* (sic) (fs. 227 vta.) (el énfasis me corresponde), de modo tal que no existe posibilidad de no computar los pagos que se denunciaran realizados por la patronal en tal concepto y que se instrumentaran con los recibos de fs. 86/97, so riesgo de incurrir en incongruencia por fallar *"extra petita"* –fuera de lo pedido- (Conf. arts. 34, inc. 4to. y 163, inc. 6to. del C.P.C.C.). Advierto en tal sentido que el supuesto no es de los contemplados como factibles de ser resueltos *"supra petita"* –en más de lo pedido- en los términos normados por el art. 71 de la Ley 69.---------- Establecido todo ello, entonces, en el extremo más favorable a lo pretendido por la parte actora, considerando como ciertos los horarios de prestación de tareas indicados en su demanda, esto es, en una jornada habitual de lunes a viernes de nueve (9) horas y que los sábados lo hacía por cuatro horas y media (4 ½), se arriba a un total de 198 horas mensuales. Desde tal óptica se tiene como resultado a computar como horas suplementarias a calcular con recargo del 50%, de 6 horas mensuales.---------- Y, tomando un promedio, resultante de compatibilizar lo afirmado en demanda y lo admitido en su contestación, recuerdo que se adujo en demanda prestar tareas los sábados de 18:30 hs. a 20:30 hs (2 hs.), y domingos de 07:30 hs. hasta las 20:00 hs. (12 hs.

y ½). Destaco que no encuentro razón alguna, al menos no se ha ensayado ninguna explicación que pudiera dar lugar a inducirla, en virtud de la cual los domingos se pudiera haber prestado por la actora dependiente una jornada más extendida aún que la cumplida en días hábiles de 9 hs., por lo que siempre en la posición más favorable a la trabajadora se tomará esta última extensión habitual de la jornada también para los domingos. De tal forma se obtiene como horas suplementarias a calcular con el recargo del 100%, por fin de semana la de 11 hs.. Empero, como solo fue admitido que tal prestación de tareas suplementarias en días inhábiles solo ocurría dos o tres veces al mes, se establecerá el promedio anunciado “supra”, computando para cada mes la mitad, esto es, las correspondiente a dos fines de semana por mes. De ello resultan, entonces, computables con recargo al 100% 22 horas.---------- En resumen, habida cuenta de lo expuesto, atendiendo a los topes legales reglamentados por el Dcto. 484/2000, en tanto debe limitarse el reconocimiento a efectuar por la presente resolución al tope mensual de 30 horas, corresponderá computar 6 horas con un recargo del 50% y 22 horas con un recargo del 100%. Asimismo, se utilizará el divisor para la determinación del valor hora de 198, el que surge del promedio horario cumplido por mes a tenor de tales datos antes ponderados. De tal modo, el valor hora que se extrae de computar dicho divisor sobre el haber mensual de $ 477,27 es de $ 2,41.---------- De tal manera se obtienen los siguientes resultados, a saber: 1) con recargo al 50% , 6 hs. x $ 3,615 = $ 21,69 por cada mes; 2) y, con recargo al 100%, 22 hs. x $ 4,82= $ 106,04 por mes. Esto es, el monto devengado por horas suplementarias a reconocer a favor de la Sra. F., será por un total de $ 127,73 mensuales. Dicho monto multiplicado por el total del período sujeto a reclamo (24 meses), arroja un importe global de Pesos Tres Mil Sesenta y Cinco con Cincuenta y Dos Centavos ($ 3.065,52).---------- Empero, tal como se adelantara, corresponderá deducir los montos que por tal concepto fueran abonados por la patronal tal como fuera peticionado al impugnar el fallo por la misma parte actora recurrente. Esto es, corresponderá restar a dicho monto calculado en concepto de horas suplementarias la suma de Pesos Mil Seiscientos Treinta y Siete ($ 1.637).----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

------- De ello, resulta que la parte demandada adeuda por el concepto bajo análisis la suma de **Pesos Mil Cuatrocientos Veintiocho con Cincuenta y Dos Centavos ($ 1.428,52)**.---------- Dicha suma deberá ser reconocida en concepto de horas suplementarias impagas a valores del presente pronunciamiento debido al modo en que es obtenida y merced a que no se cuenta con datos precisos sobre las cantidades de horas suplementarias efectivamente cumplidas en cada mes, ni las fechas precisas de su devengamiento, de manera tal que permitiera aseverar la existencia del *"dies a quo"* a partir del cual su pago fuera exigible a efectos de computar mora en su pago.---------- En consecuencia de lo expuesto, concluiré en que corresponde admitir parcialmente los agravios bajo tratamiento en los términos antes enunciados, dejándolo de tal manera propuesto al acuerdo. Así lo voto.---------- 3) **Rechazo del rubro vacaciones:** Encuentro que la pretendida crítica dirigida respecto a esta porción del fallo en puridad no lo es. En realidad referencia el malgrado que la solución legal que se cita puede ocasionarle a la recurrente explicitando un parecer que no se compadece con la normativa de aplicación al supuesto. Es que resulta indisputable que como corolario lógico de la finalidad que persigue el beneficio vacacional, que no es otro que el trabajador reponga sus energías y atienda sus necesidades de esparcimiento, el legislador prohíbe que las vacaciones sean compensadas en dinero (Conf. art. 162 de la L.C.T. , pues, como es obvio, su compensación económica sin el consiguiente período de descanso las dejaría vacía de contenido (Conf. CNAT, sala I, 18-10-94, D.T. 1995-A-1019; id. Sala VII, 7-10-96, D.T. 1997-A-960, id. S.C.J.B.A., 26-10-99, T. y S.S., 2000-119 y D.T. 2000-A.619).---------- Asimismo, otro principio sobre el cual se estructura el instituto del descanso anual es el de la no acumulación. De acuerdo al mismo no se puede acumular un período de vacaciones a otro futuro pues ello atentaría igualmente contra el fin que aquellas persiguen y que he reseñado más arriba. Es en tal marco que se inscribe la obligación del empleador de avisar con anticipación la decisión de otorgar las vacaciones y, si no cumple con dicha obligación, el trabajador puede disponer por sí el uso de

ese derecho para lo cual, ha de tener presente, que cuenta con un plazo máximo para gozar de ese beneficio so riesgo de pérdida del mismo (Conf. arts. 154, 157 y 162 de la L.C.T.).---------- Es por ello que la desestimación de la pretensión de pago de las vacaciones correspondientes al año 2001 que fueran liquidadas como rubro 6to. en el escrito de demanda se encuentra plenamente justificada en la disposición que citara el Sr. juez a quo, no encontrando mella alguna la alusión que efectúa la recurrente al art. 156 de la L.C.T., toda vez que dicha norma es la que posibilitó que si tuviera andamiento la pretensión de cobro de las vacaciones correspondientes al año 2002 y las proporcionales del 2003 en el fallo apelado (vide: fs. 217 vta.).---------- Por ello, propiciaré la desestimación del presente agravio. Así lo voto.---------- 4) **Indemnizaciones agravadas de la Ley de empleo:** Principio por establecer que ninguna crítica se ha vertido en relación a la situación contemplada por el art. 9 de la ley 24.013 como uno de los presupuestos de hecho para su aplicación, cual es, que se consigne una fecha de ingreso posterior a la real (registro "*in fraudem legis*"), el juzgador del anterior grado indicó *"...tengo por cierto que Marcia Noemí Fredes renunció a sus tareas a partir del mes de octubre de 1999..."*(sic)(fs. 217), apoyándose para realizar tal aserto en que así fue acreditado por la demandada con el telegrama acompañado y por el cual se formalizó tal renuncia sin que, ante su traslado, hubiera sido desconocido por la actora. Insisto, no se ensayó siquiera algún argumento que pudiera ser entendido como dirigido a impugnar de modo puntual, concreto y menos aún, razonado dicha afirmación sentencial.---------- ---------- En cuanto, a la situación contemplada por el art. 10 de la Ley de empleo, consistente en registrar una remuneración menor a la percibida por el trabajador, en tanto que se encuentra estrechamente vinculada a la suerte que tuviera el agravio planteado respecto a los denunciados pagos en negro indefectiblemente seguirá su misma suerte. Es que bastará con advertir que el cuestionamiento se apoya exclusivamente en los dichos del testigo R. L., el cual fue examinado en el tratamiento que mereciera dicho agravio "supra" con resultado negativo para la posición que esgrimiera y que reitera en el presente la parte actora recurrente.---------- ---------- En

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

consecuencia, propondré al acuerdo la desestimación del presente agravio. ----- Así lo voto.---------- 5) **Integración del mes de despido:** Desde que ninguna mención hizo el sentenciante para desestimar dicho rubro de la cuenta liquidatoria a un contrato de aprendizaje; ni tampoco cuenta con incidencia alguna la previsión del art. 6to. inc. b de la ley 25.013, en cuanto refiere a los distintos plazos del preaviso según sea la antigüedad con la que cuente el trabajador; y, por ultimo, merced a que no se incumplió de modo alguno lo impuesto por el art. 19 de dicha norma legal, en concordancia con la ley 24.013 tal como fuera decidido en el anterior grado y que se propicia confirmar por el presente; huérfano de todo posible contenido crítico que atender ha quedado el pretendido cuestionamiento formulado.---------- Es que es evidente que la motivación central que expusiera el Sr. Juez a quo estuvo centrada en la vigencia de la ley 25.013, la que introdujo entre otros importantes cambios, una modificación del art. 233 de la L.C.T. que implicó lisa y llanamente la supresión de la indemnización denominada “integración del mes de despido”, puesto que a partir de la vigencia de dicha ley todos los contratos concertados con posterioridad (después del 03/10/98) –y en la especie es posterior puesto que data del año 1999-, no cuentan con derecho a percibir los salarios de integración aún cuando la extinción se produjera antes del último día del mes de despido (Conf. art. 6° de la ley 25.013 (Conf. Rubio, Valentín, en “La reforma laboral –Ley 25.013-“, Ed. Rubinzal Culzoni, ed. año 1998, pág. 97, n° 16; id. Aquino, Marcelo, en “La reforma laboral –ley 25.013-“, Ed. Abeledo Perrot, ed. año 1998, autores varios, Cap. IV, págs. 97 y sgtes.).---------- En suma, pues, propondré al acuerdo se tenga por desierto el presente agravio (Conf. arts. 265 y 266 del C.P.C.C.) . Así lo voto.---------- 6) **Daño moral:** El presente agravio se dirige a cuestionar la cuantía por la que se admitiera ($ 5.000), en tanto se estima exigua, pidiendo se sustituya por la reclamada en demanda ($ 30.710,93 –equivalente al 50% del total liquidado por los demás rubros liquidados-; vide: punto III.- Liquidación, del escrito de demanda obrante a fs. 5 vta.).----------En tales términos, adelantaré opinión en cuanto, no encuentro que pudiera tener andamiento tal pretensión impugnaticia en esta instancia

revisora, en tanto se persigue alterar en más la cuantía indemnizatoria fijada en el anterior grado por daño moral derivado como consecuencia de la denuncia penal de la que fuera pasible la Sra. F. y de la cual resultara finalmente absuelta.---------- Primero y principal, habida cuenta que en su fijación el juzgador evaluó las circunstancias que son ahora traídas a colación por la recurrente, allende de los detalles que se incorporan recién al agraviarse dado que no fueron puntualmente invocado al demandar (confrontar punto IV del líbelo de inicio –fs. 6-; con el agravio sexto de fs. 228 y vta).---------- Y, en segundo lugar, aún cuando lo indico a título "obiter dicta", por cuanto pondero que la suma de $ 5.000, ha sido prudentemente estimada a tenor de las características de los sucesos que produjeran el daño moral admitido (Conf. art. 165 del C.P.C.C.).---------- En resumen, atendiendo al primer argumento que dirime el presente agravio, propondré al acuerdo se tenga por desierto el mismo por carecer de suficiencia técnica, en cuanto contiene alegaciones que no conformaron la materia que conformó la traba de la litis y por lo cual no estuvieron en la consideración del juzgador del anterior grado (Conf. arts. 265, 266 y 271 del C.P.C.C.).---------- 7) **Multa del art. 275 de la L.C.T.:** Bastará con señalar que el art. 71 de la ley 69 de ninguna manera prevé la posibilidad de que el juzgador pueda pronunciarse *"extra petita"* como lo predica la ahora impugnante. Es que, mal podría hacerlo puesto que de tal manera se conculcaría lisa y llanamente un principio elemental del debido proceso legal, cual es, el de congruencia.---------- No huelga destacar que no responde a la realidad la afirmación consistente en que *"...el Señor Juez de anterior instancia, no tuvo en consideración ni valoró* ***lo solicitado*** *por esta pare en la aplicación del Art. 275 de la L.C.T...."* (sic) (fs. 228 vta.)(lo destacado me pertenece). Es que bastará con remitir a la lectura del escrito de demanda para advertir que ni siquiera fue citada dicha norma y menos aún se argumentó sobre una actitud de la empleadora calificable de maliciosa o temeraria que viabilice su posible eventual aplicación al supuesto bajo estudio.---------- En consonancia con ello, en el marco de lo dispuesto por los arts. 271 y 277 del C.P.C.C., resulta ineficaz e inatendible la pretensión de que la alzada se pronuncia sobre capítulos no propuestos al

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

juzgador a quo, por lo que propondré al acuerdo la deserción del presente agravio por carecer de fundamento técnico evidente (Conf. arts. 265 y 266 del C.P.C.C.).----------8)

Imposición de costas y honorarios del letrado patrocinante de la parte demandada: Básicamente se indicaría, y utilizo el término en potencial puesto que no se lo expone clara y puntualmente, que no se declaró el modo de imposición de costas, para de inmediato cuestionar la cuantía de los honorarios de los letrados patrocinantes de la parte demandada, Dres. E. M. y L. B., por estimarlos elevados.----------

Resulta evidente que de los mismos términos trascriptos del punto III de la parte resolutiva del fallo emerge sin lugar a dudas que *"Por la porción del reclamo que ha sido desestimada y que estarán a cargo de la actora..."*(sic)(fs. 228 vta.), se fija la imposición de costas, como así también, la porción sobre la cual tal atribución de costos del proceso se efectúa. No existe fórmula sacramental alguna que se deba utilizar para imponer las costas tal como aparentemente la parte apelante sugiere. Bastará con que sea identificable claramente y sin lugar a ningún mal entendido a quien se atribuye cargar con las costas del proceso y ello aconteció en la especie.----------

---

--- Por lo demás ninguna otra referencia corresponde efectuar en relación al agravio, en cuanto introduce un cuestionamiento a la cuantía de los emolumentos que se fijaran a los letrados intervinientes por la parte demandada, más que aquella que en reiteradas oportunidades ha tenido oportunidad ésta Cámara de Apelaciones, en sus dos salas, de señalar en supuestos análogos. Cual es que, la apelación sobre honorarios es una vía recursiva autónoma, regulada por el Art. 49 de la Ley arancelaria en concordancia con el art. 244, 2do. párrafo del C.P.C.C., debiendo ser interpuesta y concebida en forma específica. No hecho de tal manera, no cabe concebir habilitada la presente instancia revisora a su respecto.----------

--- En consonancia con lo dicho, concluyo proponiendo al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto.----------

------- III.- <u>Apelación de honorarios del Dr. E. M.:</u> Cuestiona la regulación que mereciera por su actuación en primera instancia por la porción de la demanda

que se desestima y a cargo de la actora, por cuanto sostiene que deben ser fijados en porcentual y no en una suma fija como se hiciera. Se explica arguyendo que del total demandado se desestimó la suma de $ 71.000 y sin embargo no se siguió el mismo criterio que se utilizara para regular los honorarios en la porción en la cual su representada resultara vencida. Esto es, se le reguló en una suma fija ($ 13.000) y a valores del pronunciamiento, pretendiendo se le fijen sus emolumentos en porcentuales sobre el monto desestimado comprendiendo capital e intereses de demanda.---------- En primer lugar, advertiré que el Dr. Martín, impugna por su derecho y que, dado que la regulación que cuestiona fue realizada en una suma única, en tanto se fijó “en conjunto” a favor del ahora letrado impugnante y el Dr. L. B., olo procederá contemplar el ataque desde la perspectiva personal del apelante.-------- Igualmente, no debe soslayarse, aún cuando solo para tenerlo presente, que la actuación del Dr. B., se restringió únicamente a su presentación y actuación como gestor en la audiencia fijada para la testimonial los Sres. P., M. y P. (Vide: fs. 114/116 vta.), siendo ratificada su actuación por el representante de la demandada, Sr. M. a fs. 127.---------- Pues bien, bajo tales parámetros corresponde precisar que se reclamó en demanda una condena por la suma de $ 92.132,79; y, prosperó finalmente en la sentencia del anterior grado por la suma de $ 15.510,38. Esto es, el monto pretendido y que fue desestimado alcanza, a tenor de lo decidido en el anterior grado, a la suma de $ 76.622,41. Si se adopta como base de la regulación puesta bajo cuestión dicha cuantía del monto rechazado, tomando como parámetro de cálculo de los honorarios los porcentuales que de común esta Cámara de apelaciones fija para el letrado patrocinante de la parte vencedora (14%) se arriba a un monto de $ 10.727,13 (Conf. arts. 6 y 7 de la ley 2.200).---------- Esto es, la regulación criticada es más elevada que aquella que le hubiera correspondido según lo pretendido por el letrado patrocinante impugnante, no alcanzando el cómputo de los intereses la entidad suficiente como para alterar tal situación referenciada.---------- Y, en tanto, que admitir en tal contexto el recurso implicaría una “*reformatio in peius*” propondré al acuerdo la desestimación del recurso de apelación

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

planteado, sin costas atento que la materia de honorarios no las genera. Así lo voto.----------

--- IV.- Conclusión: ----------

--- Por las razones expuestas propondré la modificación del fallo en crisis, para elevar el monto del capital de condena a la suma de **Pesos Dieciséis Mil Novecientos Treinta y Ocho con Noventa Centavos ($ 16.938,90)**, en tanto se admite –por una cuantía menor a la reclamada- el agravio relativo a las horas suplementarias denunciadas como impagas; confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios.---------- Desde que el incremento del monto condenatorio no altera las calidades de vencedora y vencida que la actora y demandada presentante en la anterior instancia; mientras que los honorarios fijados a los letrados intervinientes por los litigantes fueron regulados en alícuotas porcentuales que se ajustarán automáticamente al nuevo importe de condena, no será menester practicar las adecuaciones previstas en el art. 279 del C.P.C.C..---------- Desestimados siete de los ocho agravios formulados, prosperando únicamente y de modo parcial, el relativo al reclamo por pago de horas suplementarias, se delinea en segunda instancia un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir en ella prudencialmente las costas. De tal manera, encuentro ajustado a los vencimientos mutuos habidos atribuirlas en un 10% a la parte demandada y en el 90% restante a la parte actora, por responder, a mi juicio, tales guarismos a los éxitos obtenidos por ellas en esta segunda instancia (Conf. arts. 71 y 279 del C.P.C.C.).---------- Los honorarios de los Dres. D. F. y R. D. F., letrados patrocinantes de la parte actora apelante, por sus tareas de segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos en conjunto, en las suma equivalente al 2,8% del monto final del pleito que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6 y 14 de la Ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).---------- Finalizo el tratamiento de esta cuestión pronunciándome en ella PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De

Cunto manifestó: ---------- La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 214/218 vta., así como de la expresión de agravios que vertiera la actora recurrente a fs. 227/228 vta. y de la contestación de la demandada a fs. 230/231, me eximen de realizar nuevamente dicho relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.---------- I.- Comparto el criterio utilizado por el Dr. Lucero en cuanto al orden de tratamiento de los agravios, por lo que seguiré el propuesto por el colega preopinante.---------- ---------- 1) Así el primer agravio a examinar será el referido a las horas suplementarias y pagos “en negro”, aduciendo el apelante que con las declaraciones testimoniales de R. L. y B. ha quedado acreditado el cumplimiento de las horas extras, lo que es reforzado con los 12 recibos “en negro” acompañados por la empleadora, criticando el argumento del juzgador en cuanto a que atenta contra la pretensión que el reclamo haya sido formulado con posterioridad al distracto (ver fs. 227/vta., PRIMERA). Respecto a los pagos en negro, se queja de la desestimación que se hiciera de dicho reclamo, por entender que no se ha valorado el testimonio de R. L. (ver fs. 227 vta., SEGUNDA).---------- Con relación a las horas suplementarias, el “a quo” basó su desestimación en que, más allá de las declaraciones testimoniales, el reclamo se efectuara con posterioridad a la disolución contractual, y en la falta de precisión al indicar el rubro, (ver fs. 216 vta., 3er. y 4to. párrafos). Es de destacar, como lo apunta el Dr. Lucero, que el testigo R. L. (ver fs. 98/vta.), trabajó para la demandada junto a la actora (ver respuestas a generales de la ley y primera a tercera), y expresa que F. laboraba sábados y domingos (respuesta quinta), agregando que se trabajaba esos días en temporada de turismo (respuesta a séptima repregunta). B. (ver fs. 99), expresa que la actora trabajaba los sábados todo el año y que los domingos la vio atendiendo contingentes de turistas aunque no sabe si lo hacía en horario completo (ver respuestas tercera y cuarta), explicando que en su oficina que es vecina a la de la empleadora, él trabaja los fines de semana por ser el gerente (ver respuestas a primera y segunda repreguntas). Por su parte el testigo E. (ver fs. 99 vta./100) coincide en que la actora trabajaba sábados y domingos, lo que sabe porque él también trabaja tales días y deja su auto frente al negocio (ver

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

respuesta tercera), trabajo que dice que se realizaba todo el año (ver respuesta a segunda repregunta).---------- Como se aprecia los testigos son contestes en indicar que la actora cumplía horas extras, pero amén de ello se trata de una circunstancia admitida por la demandada, si bien con un alcance más reducido, ya que al contestar demanda admitió que cuando había contingentes turísticos, los sábados y domingos se realizaban turnos entre todos los empleados y en época de temporada podía tocarle trabajar tales días 2 o 3 veces al mes, lo que era remunerado en forma extra (ver fs. 19 vta., 3er. párrafo).---------- Es cierto que se ha sostenido que la prueba de la realización de las tareas en jornada suplementaria ha de ser fehaciente (conf. Altamira Gigena (coordinador): “Ley de contrato de trabajo”, Ed. Astrea, 1981, Tº 2, pág. 245; Sardegna: “Ley de Contrato de Trabajo”, Ed. Universidad, 1999, pág. 586). En forma concordante se expidió la jurisprudencia al manifestar que *“Las horas extraordinarias deben probarse de modo asertivo, efectivo, categórico y convincente, tanto en lo que respecta a los servicios prestados como al tiempo en que se cumplieron...El trabajo extraordinario debe ser probado por quien lo alega, dado que lo que se presume es que la jornada no excede el máximo legal”* (conf. CNAT., Sala I, 17/9/93, DT, 1994-B-1977); así como que *“no es suficiente la prueba de presunciones a los efectos de acreditar el cumplimiento de servicios en horas suplementarias”* (conf. CNAT, Sala IV, 18/3/68, JA, 1968-III-377).---------- No obstante lo expuesto, está claro que en la especie, la actora acreditó haber laborado en horario extraordinario, ya que no existen meras presunciones, sino que se han producido tres testimonios contestes de quienes han visto a la actora laborar los fines de semana, a lo que hay que añadir el propio reconocimiento -parcial- pero reconocimiento al fin de la demandada. Y al reconocer que la accionante laborara horas suplementarias, coincido con el vocal prevotante, en que la demandada era la principal interesada en demostrar el cumplimiento de la obligación genérica de llevar el registro de las horas laboradas que imponen el art. 6, inc. c de la ley 11544 y el art. 21 de su decreto reglamentario 16115/33. En consecuencia, y dado que la actora requirió la exhibición de libros bajo el apercibimiento del art. 55 de la LCT (ver fs. 07, pto. 6), lo que fuera proveído favorablemente a fs. 08 y

efectivizado con la notificación de fs. 10, encuentro que resultan de aplicación las normas del referido artículo 55 y del art. 42 de la ley 69, recayendo así sobre la demandada la prueba en contrario del trabajo en las horas suplementarias.----------

------- Con referencia al argumento expuesto por el juzgador de la anterior instancia, en cuanto atenta contra la pretensión el hecho de que el reclamo se formulara luego del distracto contractual, es sabido que la regla general de interpretación del art. 919 del C. Civil explica que el silencio no puede ser considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, a excepción de los supuestos que la misma ley establece (conf. CN. Civ., Sala G, 16/5/84, ED, 110-431), pudiendo configurar admisión cuando el deber de contestar tenga evidencia directa y distinta, pero el silencio por sí solo no implica que existiera ese deber de responder (conf. CN. Com., Sala D, 18/2/85, LL, 1985-C-608). Sin embargo en la especie no existió un silencio ante una pregunta o acto de la demandada, sino que existió el transcurso del tiempo sin que la actora haya reclamado, por lo tanto la sanción que prevé el ordenamiento jurídico a dicha inactividad es la de la prescripción liberatoria (conf. art. 3947 y concs. del C. Civil y 256 de la LCT). Si a ello se añade el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador contenido en el art. 12 de la LCT, tampoco corresponde inferir la existencia de una renuncia tácita en los términos del art 873 del C. Civil En consecuencia la inactividad de la actora no puede servir de fundamento válido para el rechazo de su reclamo por las horas extraordinarias laboradas.---------- Corresponde ahora analizar a cuánto ascienden las referidas horas suplementarias trabajadas en base a lo acreditado en autos. En su demanda (ver fs. 04, último párrafo) la actora adujo laborar 9 horas los días hábiles (de 8.30 a 12.30 y de 15.30 a 20.30), lo que no fuera controvertido; en cuanto a los sábados invoca haber trabajado de 8.30 a 13, lo que hace un total de 49 y ½ horas semanales, dando así un resultado de 1 ½ hora suplementaria semanal y 6 horas mensuales (conf. art. 201 de la LCT, ley 11544 y Decreto 484/00). Atento a que se reclama este rubro de horas extras por 24 meses (ver fs. 05 vta., pto. III), y que se denuncia una remuneración mensual de $ 1.007,27 (ver fs. 05 vta, pto. III), debe considerarse el agravio respecto de los pagos “en negro”.---------- El

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

sentenciante de la anterior instancia rechazó este reclamo por cuanto consideró que la declaración de R. L. resulta insuficiente a fin de acreditar el rubro en cuestión (ver fs. 216 vta., último párrafo). Justamente el agravio de la recurrente tiene como fundamento que dicho testimonio goza de una idoneidad particular porque el testigo era empleado de la demandada y cobraba su sueldo de la misma manera que ella. Si bien este testigo (ver fs. 98/vta.) afirma que la actora percibía su sueldo “parte en blanco y parte en negro” (ver respuesta cuarta), fundamenta su respuesta en que él lo percibía de esa manera (ver respuesta a tercera repregunta), mas luego contesta que nunca estuvo presente cuando la actora recibía su salario (ver respuesta a cuarta repregunta), por lo que cabe presumir que su respuesta fue consecuencia de haber recibido comentarios sobre el hecho que atestigua. Es así que analizado dicho testimonio a la luz del principio de la sana crítica (conf. art. 456 del CPCC y remisión del art. 45 de la ley 69), el mismo no resulta idóneo para tener por acreditado el hecho que sirve de fundamento a este reclamo, debiéndose desestimar el mentado agravio (ver fs. 227 vta., SEGUNDA).---------- Sentado lo anterior habrá de calcularse el crédito por las horas suplementarias cumplidas y no abonadas, debiéndose considerar lo abonado por la demandada a fin de deducirlo del resultado final, atento los términos de la expresión de agravios, en cuanto la apelante manifestó que debían deducirse las horas que la demandada demostró haber abonado aunque sea en forma irregular (ver fs. 227 vta., 4to. párrafo). Es así que habiéndose considerado “ut supra” la prestación de tareas por parte de la actora de lunes a viernes por 9 horas y los sábados a la mañana por 4 horas ½, se totalizan unas 198 horas mensuales, por lo que deben calcularse como horas suplementarias con el recargo del 50% unas 6 horas mensuales. En cuanto al resto del fin de semana se invocó que los sábados laboraba de 18.30 a 20.30 horas (2 horas) y los domingos de 7.30 a 20.00 horas (12hs.1/2) (ver fs. 04 “in fine”), mas como bien dice el Dr. Lucero no se han esgrimido ni acreditado motivos suficientes como para considerar que los domingos se debiera cumplir una jornada más extensa que en los días hábiles, por lo que comparto su propuesta de tomar la referida jornada de 9 horas. Por lo tanto se totaliza un resultado de 11 horas semanales con el recargo del 100%, mas al

haberse admitido por la demandada que esto se cumplía sólo 2 o 3 veces al mes (ver fs. 19 vta., 3er. párrafo), encuentro razonable reducir este cómputo a la mitad, esto es, 22 horas mensuales con el recargo del 100%.---------- Es así que atento el tope de 30 horas mensuales (art. 1 del Decreto 484/00), y que se computan 6 horas con el 50% y 22 horas con el 100%, corresponde calcular el valor de cada hora. Dado que se tuvo por laboradas un total de 198 mensuales, tomando el haber mensual de $ 477,27, el valor por hora es de $ 2,41. Consecuentemente, tenemos 6 hs. x $ 3,615 = $ 21,69 por mes, y 22 hs. x $ 4,82 = $ 106,04 por mes, lo que hace un total mensual a reconocer de $ 127,73, el que multiplicado por 24 meses (período reclamado), arroja el valor final de $ 3.065,52. Dado que a esa suma debe deducírsele el monto abonado de $ 1.637 (ver fs. 86/97 de la documental reservada), se acogerá este agravio por el monto de pesos mil cuatrocientos veintiocho con cincuenta y dos centavos ($ 1.428,52), en el que se cuantifica el crédito de la actora por horas suplementarias adeudadas.---------- 2) El tercer agravio se refiere a la desestimación parcial del rubro vacaciones, alegando la quejosa que, si bien, en principio, se prohíbe la compensación en dinero de las vacaciones no gozadas, en caso de extinción del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización equivalente al salario correspondiente por el período vacacional proporcional a la fracción del año trabajado, debiendo incluirse la incidencia del aguinaldo sobre las vacaciones no gozadas (ver fs. 227 vta., “último párrafo”/228, 1er. párrafo). Basó su rechazo el Sr. Juez “a quo” en que las vacaciones no resultan compensables de acuerdo a lo dispuesto por el art. 154 de la LCT, no pudiendo prosperar las identificadas con el período trabajado en el año 2001 (ver fs. 217, 2do. párrafo).----------Es así que la crítica vertida en el agravio no se hace cargo del fundamento citado por el juzgador, ya que se limita a efectuar una interpretación peculiar del art. 156 de la LCT, más allá de que no cita norma alguna, a lo que cabe añadir lo dispuesto por el art. 162 de la LCT. Es que el principio de no compensabilidad en dinero pretende obtener la finalidad de que los trabajadores gocen efectivamente de sus vacaciones, evitando que el descanso se transforme en objeto de transacción lucrativa entre empleador y trabajador, siendo una disposición de orden público y por ende

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

irrenunciable para el trabajador (conf. Etala, Carlos Alberto: “Contrato de Trabajo”, Ed. Astrea, 2000, pág.363). En ese mismo orden de ideas se ha entendido que por imperio del art. 162 de la LCT, las vacaciones no gozadas no son compensables en dinero y el derecho a gozar de las mismas caduca en la oportunidad que establece el art. 157 de la LCT, en su correlación con la última parte del art. 150 de dicho régimen (CNAT, Sala I, 18/10/94, DT, 1995-A-1019). En base a todo lo dicho corresponde desestimar el agravio analizado.----------3) En cuanto a las multas de los art. 9 y 10 de la ley de empleo, el sentenciante de grado tuvo por cierto que la actora renunció a sus tareas a partir de octubre de 1999, de acuerdo al telegrama adjuntado por la demandada no desconocido por la actora. A ello agrega que no se acreditó el pago de haberes “en negro”, por lo que concluyó que no se dan en la especie los presupuestos de los arts. 9 y 10 de la ley 24013 (ver fs. 217, 4to a 6to. párrafos).----------El agravio se endereza solamente a criticar la no aplicación del art. 10 de la ley 24013, y encuentra fundamento en la declaración de R. L. a fin de tener por acreditado el pago parcial de los haberes “en negro” (ver fs.228, CUARTA). Al haberse desestimado este argumento al tratarse el segundo agravio, la misma solución se impone para la presente queja.----------4) Respecto a la integración del mes de despido, la quejosa aduce que el juez de la instancia anterior yerra por cuanto no se trata de un contrato de aprendizaje por lo que no es aplicable el art. 6, inc. b), 2do. párr. de la ley 25013 y se incumple con la normativa del art. 19 de dicha ley (ver fs. 228, QUINTA).----------El juzgador basó su desestimación de este rubro en las disposiciones de la ley 25013, pero sin referencia alguna a un contrato de aprendizaje (ver fs. 217 “in fine”/vta.). Es que al caer la relación en cuestión bajo las previsiones de la ley 25013, por cuanto estaba vigente al tiempo del comienzo de la relación (conf. art. 5) y al del distracto -dado que la ley 25877 fue promulgada el 18/03/04-, era de aplicación el art. 6 de aquélla, que en su inc. b), 2do. párrafo, establece que los plazos de preaviso comienzan a partir del día siguiente de la notificación del mismo. En consecuencia, más allá de la corrección de lo decidido en primera instancia, comparto el criterio del Dr. Lucero en que se declare desierto este agravio por cuanto se atacó la decisión por motivos no esgrimidos por el sentenciante.----------

----------5) En lo que se refiere a la indemnización por daño moral, que fuera concedida por el juzgador en la suma de $ 5.000, la recurrente entiende que se trata de un monto insuficiente, dado que al tiempo del despido se hallaba embarazada como madre soltera y que a partir allí comenzó un calvario de cuatro años, sin poder conseguir trabajo y con un juicio penal en su contra por estafa, exigiendo la suma de $ 30.710,93 (ver fs. 05 vta., pto. III, 17).----------Más allá de lo razonable o no de la suma concedida, coincido con el vocal preopinante en que al expresar agravios, la actora introduce hechos a valorar para la concesión de la indemnización, que no fueron propuestos en la demanda (ver fs. 06, pto. IV). Y es sabido que en virtud de lo dispuesto por el art. 277 del CPCC, está vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación o reconvención en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41; CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178, entre otros). Por lo que habré de declarar desierto este agravio por haberse introducido en esta instancia circunstancias de hecho no puestas a consideración del juzgador de grado.----------6) El siguiente agravio critica que el sentenciante de grado no tuvo en consideración y no valoró la aplicación del art. 275 de la LCT, dado que la conducta de la demandada, al litigar sin ninguna razón, sólo persiguió obstaculizar el esclarecimiento de los hechos y del derecho (ver fs. 228 vta., SÉPTIMA).----------A pesar de lo expresado en el agravio, no se requirió en la demanda la aplicación del art. 275 de la LCT, por lo que no estamos frente al caso de “supra petita” expresamente previsto en el art. 71 de la ley 69, sino de “extra petita”. En consecuencia, dado que no se trata de un capítulo propuesto al “a quo”, a la luz de lo dispuesto por los arts. 271 y 277 del CPCC, coincidiré con el Dr. Lucero en la deserción de este agravio.----------7) Por último, la apelante considera que yerra el juzgador de la instancia anterior por cuanto en el pto. III de la parte resolutiva se ha limitado a fijar los honorarios de los letrados de la demandada, lo que aprecia que no ha sido conforme a derecho, por lo que los considera altos, solicitando que deben readecuarse los mismos.----------Parecería, y comparto el uso del modo potencial que utiliza el Dr. Lucero, que se cuestiona que en el

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

pto. III del decisorio no se fijara la imposición de costas, mas de la lectura de la sentencia surge claro que se cargaron a la actora por la parte de la demanda rechazada. Y en cuanto al cuestionamiento de los honorarios por considerarlos elevados, debió la recurrente haberse dirigido por la vía recursiva autónoma del art. 49 de la ley arancelaria, por lo que al no haberse recurrido en tales términos, no procede la apertura de la instancia revisora.----------

-II.- Corresponde ahora analizar la apelación del Dr. M. respecto de sus honorarios por la parte de la demanda que se rechaza, por habérselos regulado en una suma fija y sobre el monto histórico, solicitando que deben calcularse sobre capital e intereses (ver fs. 225).----------

----------El sentenciante de grado reguló en conjunto al apelante y al Dr. B. la suma de $ 13.000 por la porción del reclamo desestimada (ver fs. 218 vta., pto. III), no habiendo recurrido este último letrado, quien actuó como gestor de la demandada en las audiencias de fs. 114/116 vta., actuación posteriormente ratificada a fs. 127.-

Es así que, habiéndose reclamado el monto de $ 92.132,79 y que la suma por la que prosperó la demanda en la instancia anterior es de $ 15.510,38, el monto desestimado fue de $ 76.622,41. De considerarse sobre esa base el porcentaje usual del 14% que se fija para el letrado patrocinante de la parte gananciosa, se arriba al monto de $ 10.727,13. Como se aprecia la regulación apelada resulta más favorable al recurrente, resultado que no se modifica con el cómputo de los intereses sobre el monto histórico que se desestima. En consecuencia se rechaza el recurso planteado a través de la vía del art. 49 de la ley arancelaria.----------

----------III.- Por los motivos expuestos y en base a todo lo razonado, corresponde revocar parcialmente el fallo apelado al sólo efecto de elevar el monto de condena a $ 16.938,90, con más los intereses establecidos en la primera instancia..----------Dado que la elevación del monto de condena no altera el carácter de vencedor y perdedor de las partes en la instancia anterior, en tanto las costas fueron distribuidas de acuerdo a la parte de la demanda que prospera y que se rechaza, y que por la parte que se acoge los honorarios fueron fijados en porcentajes, no corresponde efectuar adecuación alguna en los términos del art. 279 del CPCC.-

En cuanto a las costas de esta sede, dado que prospera exclusivamente un

agravio de los ocho planteados por la actora y por un monto ampliamente inferior al reclamado en la demanda (ver núm. 15 de la liquidación de fs. 05 vta.), encuentro equitativo imponerlas en un 90% a la actora y en un 10% a la demandada (conf. art. 71 del CPCC). A tal efecto, teniendo en cuenta las tareas realizadas por ante la Alzada, su extensión y mérito, así como el resultado del pleito, estimo ajustado a derecho regular a los letrados de la accionante, Dres. D. F. y R. D. F., un 2,8% del monto de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia (conf. arts. 6 y 14 de la ley 2200), con más el IVA (leyes 23349 y 23871).----------

----------A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo venido en apelación, para elevar el monto del capital de condena a la suma de **Pesos Dieciseis Mil Novecientos Treinta y Ocho con Noventa Centavos ($ 16.938,90)**; confirmándolo en todo demás que fuera motivo de agravios**.** 2) IMPONER las costas de segunda instancia en un 90% a la parte actora recurrente y el 10% restante a la parte demandada. 3) REGULAR los honorarios de los Dres. D. F. y R. D. F., por sus tareas de alzada, a la suma equivalente al 2,8% del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución, con más el I.V.A. pertinente.--------ASI LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------

------- En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del mismo.----------

---------- Así lo voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, textos de la ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---

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

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

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

---

--- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo venido en apelación, para elevar el monto del capital de condena a la suma de **Pesos Dieciseis Mil Novecientos Treinta y Ocho con Noventa Centavos ($ 16.938,90)**; confirmándolo en todo demás que fuera motivo de agravios**.**----------

-------- IMPONER las costas de segunda instancia en un 90% a la parte actora recurrente y el 10% restante a la parte demandada. ----------

------- REGULAR los honorarios de los Dres. D. F. y R. D. F., por sus tareas de alzada, a la suma equivalente al 2,8% del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución, con más el I.V.A. pertinente.-

---

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

Fdo: ALDO LUIS DE CUNTO – SERGIO RUBEN LUCERO

REGISTRADA BAJO EL N° 35 DE 2008 – SDL.- Conste.-