------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los ...10.... días del mes de octubre del año dos mil ocho, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia de su titular Dr. José Luis Pasutti y asistencia de los Sres. Ministros, Dres. Daniel Luis Caneo y Fernando Salvador Luis Royer para dictar sentencia en los autos caratulados: "**M. , O. A. c/ S. N. S.A. s/ COBRO DE HAB. E INDEM. DE LEY**" (Expte. Nº 21.174-M-2007), y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 164, y de conformidad con las Acordadas N° 3202, 3204 y el Acuerdo Nº 076/08 Sala Civil, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Caneo, Royer y Pasutti.----------

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto? **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?----------

------ A la primera cuestión el Dr. Caneo dijo:----------

------ I.- ANTECEDENTES.-

------ 1.- A fs. 3/7 vta. se presentó el Sr. O. A. M. promoviendo demanda laboral contra "S. N. S.A.", por el cobro de la suma de

PESOS VEINTISEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 26.846,45), con más sus intereses y costas.----------

------ Manifestó haberse desempeñado para la demandada desde el día 27/10/1990, cumpliendo desde su ingreso tareas en prácticamente todas las calificaciones profesionales del C.C.T. Nº 130/75 y en los distintos supermercados y depósitos de la cadena que funciona en Trelew, haciéndolo hasta que fue despedido en forma directa y sin causa en fecha 30 de diciembre de 2003.----------

------ Agregó que en los últimos años del contrato y pese a que le correspondía una categoría dentro del C.C.T. vigente y aplicable a la actividad y al oficio, la empresa comenzó a consignar en sus recibos de haberes la calificación de "Analista Stock LC" abonándole como remuneración un importe fijo de $ 800 más el 20% por zona desfavorable hasta enero de 2002 y luego de $ 980 más el 20%, todo por iniciativa unilateral de la empleadora, y durante ese período las tareas del actor se desarrollaron en los depósitos del supermercado. Luego, describió detalladamente las tareas que realizaba, que no eran más que las propias del depósito; y además controlaba el resto que se hacía en el lugar, para un correcto funcionamiento del sector, siendo las jornadas de lunes a lunes con escasas pausas y en horarios extenuantes. Sostuvo, que

las horas extras que cumplió no le fueron liquidadas ni abonadas, ni los beneficios no remunerativos otorgados por el Gobierno Nacional, diferencia por el error de cálculo y pago de la indemnización por despido. Practicó liquidación, fundó en derecho su reclamo, enunció la documental acompañada, ofreció pruebas y formuló petitorio de rigor.----------

------ A fs. 11/13 vta., amplió la demanda y planteó la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio previsto por el art. 245 de la L.C.T..----------

------ 2.- Corrido el traslado pertinente, a fs. 24/35 vta. se presentó la accionada "S. N. S.A.", contestando demanda.----------
---

------ Luego de una negativa genérica y puntual de los hechos expuestos en el escrito de inicio que corresponde por imperativo procesal, reconoció que el actor laboró para su mandante desempeñándose en la categoría por él indicada, haciéndolo hasta su desvinculación. Sostuvo que a su egreso le abonó las sumas que por derecho les correspondían, percibiéndolas el actor de conformidad, suscribiendo los respectivos recibos que reflejaban el pago de las indemnizaciones de ley. Respecto al rubro "horas extras" reclamadas -manifestó- que no era cierto que el actor haya cumplimentado las jornadas de trabajos descriptas e incluso que

durante el tiempo de la vinculación laboral percibió sus remuneraciones con total conformidad sin efectuar reclamo alguno, y recién luego de su desvinculación efectuó el presente reclamo. Por último, contestó y rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 245 de la L.C.T., ofreció pruebas, hizo reserva del caso federal, y finalizó con petitorio de estilo.----------

------ 3.- El Tribunal de Origen dictó sentencia según constancia de fs. 109/112, haciendo lugar en todos sus términos a la demanda entablada por el actor, Sr. O. A. M. condenando a la accionada a abonarle la suma de $ 26.846,45, con más intereses y costas.--------
---

------ Apeló la parte demandada a fs. 115 y presentó el memorial de agravios a fs. 117/121 vta..----------

------ II.- SENTENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIONES.-

------ Mediante sentencia definitiva, registrada bajo el N° 28 SDL de fecha 3 de mayo de 2007, (fs. 127/133 vta.), la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Trelew, revocó parcialmente el fallo apelado, rechazando, en lo principal, las pretensiones del actor; y en consecuencia, modificó el monto de condena que lo fijó en la suma de $ 2.123,33 con más intereses.-----

------ A continuación se enunciarán los aspectos salientes del fallo recurrido en orden a la materia objeto del recurso de análisis.--------

------ La Alzada se refirió a la jerarquía del actor y al controvertido derecho a cobrar horas extras. Expresó que el art. 3 inc. "a" de la Ley N° 11.544 y el art. 11 de su Decreto reglamentario N° 16.115/33 establecen las situaciones de excepción al régimen de cobro de horas extraordinarias de labor, al sentar que, en principio, quedan excluidos de su aplicación quienes desempeñen tareas de "dirección y vigilancia".----------

------ Expresó no compartir el criterio del Sentenciante de Origen. En efecto, se arguyó que del mismo relato actoral, (datos fácticos aportados) surge la realización de servicios propios de personal jerárquico; por más que a la par efectuara, cuando era necesario, tareas manuales propias del personal auxiliar (carga y descarga de mercaderías, etc.). De este modo, a juicio de los sentenciantes, esas responsabilidades jerárquicas admitidas por el postulante lo excluyen, de toda limitación en materia de jornada por aplicación de las normas ya citadas (art. 3, Ley N° 11.544 y su reglamentación; en el mismo sentido, CNTrab., Sala V, 22/06/2001 - Barboza, Raúl O. c/E.F.A. - D.T. 2001-B-2298).----------

------ Sostuvo que en circunstancias análogas se ha dicho que las tareas del personal de dirección o vigilancia, como las aquí

descriptas no demandan, en general, un esfuerzo físico importante, ciñéndose en la mayoría de los casos a labores de confianza o inspección, las cuales por su naturaleza no se ajustan a pautas y horarios concretos (Conf. C.Apel.Trab. y Minas de 1era. Nominac. de Sant. del Estero - Sequeiro, J.F. c. Hipermercado Libertad S.A. - 21/12/2004 - La Ley OnLine). Es que, en rigor, -se agregó- la realización simultánea de algunas labores similares a las de los auxiliares por parte de un jefe, supervisor o analista no priva la existencia de un rango y capacidad de dirección propio de su mayor responsabilidad jerárquica. Y en este aspecto, siguiendo doctrina y jurisprudencia, que se cita -sostuvo- que es irrelevante que tenga pocas personas a su cargo y esté a su vez subordinado a jefes superiores, ya que la norma sólo alude a "actividades de dirección o vigilancia" sin supeditarlas a condición alguna.----------

------ Una segunda cuestión que señaló para reforzar su posición, radicó en sobresaltar que era sumamente significativo que durante un prolongado período de tiempo el actor nunca hubiera formulado reclamo alguno acerca de las horas extraordinarias supuestamente adeudadas, efectuando su planteo luego de la extinción del contrato de trabajo. En este mismo orden de ideas, sostuvo -ratificando su voto en Expte. 11.844 -CANE-, que se ha sostenido en jurisprudencia que trae al caso, en forma reiterada, que resulta improcedente el reclamo de horas extras toda vez que el trabajador efectuó el reclamo al momento de la ruptura contractual y no

durante la vigencia de la relación, lo cual constituye una presunción en su contra.----------

------ A modo de conclusión, -argumentó- que aún cuando se tenga certeza acerca de que el demandante cumplía tareas en horarios que superaban la jornada legal máxima, ello no lo habilita a reclamar el pago de esas tareas suplementarias, por cuanto le comprende la excepción prevista en el art. 3, inc. "a" de la Ley N° 11.544 en razón de las características de su actividad y las responsabilidades inherentes a su cargo, y esa recarga funcional y horaria es la que justifica, en definitiva, la fijación de salarios diferenciales correspondientes a dicha categoría de revista. Agregó que, el propio actor admite que por iniciativa unilateral de la demandada fue ascendido a analista, lo que representó en ese entonces "un bienvenido incremento de sueldo".----------

------ IV.- RECURSO DE CASACIÓN.-

------ Interpone la parte actora, a fs. 136/145, formal recurso de casación fundado en la causal de arbitrariedad (art. 288, inciso "e" del C.P.C.C.). Fue declarado formalmente inadmisible por la Alzada (cfr. fs. 147/148, S.I.L. Nº 19/2007); pero mal denegado por esta Sala; según reza testimonio de Secretaría glosado a fs. 157 y vta.. De este modo, puestos los autos a disposición de las partes,

conforme lo dispone el art. 293 del C.P.C.C., la accionante se presentó a fs. 159 ratificando su libelo casacional.----------

------ Luego de efectuar un relato suficiente de los antecedentes de la causa, comienza su argumentación defensiva, aludiendo en primer lugar a la claridad de las normas involucradas en esta cuestión litigiosa, cuando expresa que el art. 11 del Decreto N° 16.115/33, reglamentario de la Ley N° 11.544 dispone que se encuentran encuadrados aquellos empleados de "dirección, que no sean meramente subalternos"; y que el último párrafo, establece que "Las personas enumeradas en este artículo se considerarán exceptuadas a condición de que ejerzan exclusivamente los trabajos inherentes a su denominación".----------

------ A continuación, la quejosa acude a la técnica de refutar los votos en forma individual para demostrar la arbitrariedad alegada. En tal sentido, y refiriéndose al voto del Dr. Ferrari, sostiene que la circunstancia de figurar el actor en sus recibos de haberes con la categoría de "Analista Stock LC", ninguna incidencia puede tener en el contrato laboral, por ser de orden público, en donde prima la realidad y por proclamar el ordenamiento legal por el cual se rige, la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador; lo que permite declarar nulas y sustituibles de pleno derecho toda simulación o fraude a la ley laboral. Expone como ejemplo, que tilda de burdo pero real; para seguir el razonamiento del juzgador, que cualquier

empleador que consigne en los recibos de sueldo de una cajera la categoría de Maestranza y abone los salarios por esta categoría, impediría que la trabajadora cajera pudiera reclamar las diferencias salariales que devenguen en su favor mensualmente. Cita jurisprudencia que avala su postura.----------

------ Agrega el recurrente, que la circunstancia de haber ascendido merced a su desempeño, experiencia y capacitación de ninguna manera podría interpretarse que pasaría directamente a desempeñar categorías "jerárquicas" o de "dirección". En la práctica, y así lo expresa el sentenciante, cumplía también tareas menores propias de los sectores en los que se desempeñaba, por lo que en virtud del principio de la realidad, afirma categóricamente que no puede estar amparado en la ley N° 11.544, porque en el orden fáctico no cumplía exclusivamente los trabajos inherentes a su función. El modo en el que se ha conducido la accionada se traduce en la comisión de un fraude laboral, en tanto, se aprovecha de la necesidad de los trabajadores, y tal como dicen haberlo acreditado, lo que se hace es, abusarse de la famosa polivalencia funcional o multiplicidad de funciones, para intentar ocultar con ello la explotación de los trabajadores. A modo de reflexión, subraya que a partir del fallo en crisis, en las ciudades de Trelew, Puerto Madryn y Rawson, seguramente, estas multinacionales procederán a jerarquizar a todos sus franqueros, que es el personal que diariamente cubre francos en distintas secciones. La respuesta es

clara, si estos trabajadores hacen todo, siguiendo el criterio de la Sala, tienen que ser categorizados en su situación de revista como personal jerárquico o de dirección.----------

------ Alega que han quedado totalmente probadas las tareas que realizaba, y que las mismas en nada se condicen con las que realiza un jefe, un jerárquico o un directivo (reponer mercadería, levantar cajas, descargar camiones) tareas que hacía cualquier empleado de la empresa, el trabajo siempre era a la par del resto de los empleados.----------

------ También, destaca como errada y arbitraria la afirmación de la Alzada, al referirse a la irrelevancia de tener pocas personas a su cargo y que estén subordinados a jefes superiores, porque para dirigir o vigilar debe tenerse personal a cargo, de lo contrario, dichas tareas son de imposible cumplimiento. Se ataca, -además- de subjetiva, la afirmación del Camarista, cuando sostiene que lo que caracteriza la dirección es que se trata de un puesto de “confianza”, pues no hay normativa legal alguna que exija “confianza” para ser jerárquico o directivo.----------

------ Otra arbitrariedad, se la centraliza, en el argumento de haberse aplicado a este caso, el criterio, según el cual, es improcedente todo reclamo de horas extras al finalizar la relación laboral. Directamente, la Alzada no tuvo en cuenta lo dispuesto en el art.

58 de la L.C.T., ni mucho menos, que se trató de una relación laboral, en donde el empleador revestía el carácter de empresa multinacional.----------

------ En orden al ataque del voto del Dr. Manino, el accionante asevera que hizo un análisis alejado de la realidad y desajustado a derecho; al pretender encuadrar y calificar, las actividades que alegó y probó, como actividades accesorios o complementarias de la tarea directiva genérica. Insiste en que las tareas realizadas no se relacionan a las de un directivo de S. N. S.A.; y que más allá de la posición del sentenciante de la polivalencia de funciones o multiplicidad de funciones, en el sub-lite, no ha advertido que tal multiplicidad ha llevado como "jerárquico" a bajar mercadería de los camiones, controlar stock, reponer mercadería, etc. Es decir, que para no pagar horas extras se lo categorizó como jefe de una determinada sección, a pesar de que desarrollaba tareas no compatibles con este cargo.----------

------ Destaca, que en realidad, los verdaderos directivos de la accionada miran los supermercados desde sus oficinas, a través, de las numerosas cámaras que poseen en los locales desde las cuales incluso organizan y controlan las góndolas, en el caso puntual de estudio, desde Francia o los directivos que viven en el país y que son de segunda línea desde Buenos Aires; existiendo además, un

gerente regional, un gerente zonal, y un gerente y sub-gerente en cada supermercado.----------

------ Finalmente, ataca bajo los mismos argumentos defensivos que expresó al criticar el voto del primer votante, la posición del Sr. Camarista, en orden a la interpretación restrictiva al reclamo de horas extras al finalizar el contrato laboral.----------

------ A modo de síntesis, concluye arguyendo que la arbitrariedad del fallo emerge de la ausencia de sustento legal, errónea interpretación de la L.C.T., y de la ley especialmente aplicada al caso, y en la errónea interpretación de las pruebas producidas. Explicita, así, que las normas específicamente aplicables al caso, fueron desconocidas en el fallo, generando un claro y directo ataque a la garantía de los arts. 17 de la Const. Nac.; 24 y 25 de la Const. Prov., y a los derechos de resarcimiento y defensa en juicio, consagrados en los arts. 14 bis y 55; y 18 y 32, respectivamente de las constituciones citadas; sobre todo al pretenderse, la inversión de la carga de la prueba.----------

------ Hace reserva del caso federal.----------

------ IV.- ANALISIS.-

------ 1.-.En mérito a los antecedentes expuestos, la materia propia que el recurrente ha traído a la Sala, como de índole excepcional, ya ha quedado delimitada por los agravios invocados; por lo que corresponde determinar si la arbitrariedad alegada contra el fallo de la Alzada se ha configurado en la especie.----------

------ Tal como ha sido expuesta la crítica al fallo en crisis, debo adelantar, sin mayores reparos, que el sub-lite, constituye un caso, que autoriza a este Cuerpo a apartarse del criterio que en forma reiterada y monocorde, este Superior Tribunal de Justicia viene sosteniendo en el tiempo, según el cuál; todas las cuestiones que se originen como consecuencia de las relaciones laborales entre patrones y obreros son ajenas al recurso de casación (Cfr. v.gr. Exptes. N° 13.467/91, 14.955/94, 15.647/96; S.D. N° 35/S.R.E./04, entre otras).----------

------ Luego de efectuar una lectura minuciosa y detenida de los considerandos del fallo en crisis; y de cotejarlos y vincularlos con los argumentos que sustentan el agravio que el recurrente expone; y corroborarlo con las constancias obrantes en autos; observo sin esfuerzo alguno, que se ha prescindido abiertamente de datos de la realidad; que paradójicamente son utilizados por los mismos Sentenciantes al estructurar y construir su fallo, pero con un sentido totalmente distinto. Digo esto, porque a pesar de la contundencia de las declaraciones testimoniales; ha mediado, a mi

entender, una aplicación indebida o inadecuada de la norma. Ha mediado en este caso, un error de exégesis que debe subsanarse por esta vía.----------

------ No escapa, a mi conocimiento, que la cuestión litigiosa resuelta por la Alzada, está vinculada a una temática que encuadra entre lo que se conoce en el campo del derecho, como de "asuntos oponibles o discutibles", y por ende, la existencia de distintas posiciones jurisprudenciales; que autorizaría en principio, ha excluirlo del ámbito casacional. Pero, avanzando en el tema, me alinearé en la diferencia que actualmente la Corte Suprema ha comenzado a sentar, cuando dentro de los asuntos opinables o discutibles, destaca las *opiniones judiciales aceptables* y *las no aceptables*, tachando a las últimas de arbitrarias (Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "Recurso Extraordinario", Tº 2, Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada; Año 2002; pág. 125). El sub-lite, a mi entender, y considerando la naturaleza jurídica de la relación contractual que unió a las partes, ingresaría en el último supuesto indicado. Por lo tanto, la sentencia en crisis, es arbitraria por haber mediado una subsunción legal equivocada; y por ende, he de seguir en este caso el mismo criterio que expusiera en la causa caratulada "Tornini, Mónica Silvia y otros c/ S. N. S.A. s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. N° 21.173-T-2007).----------

------ 1.1.- El actor, si bien a la fecha de la extinción del contrato de trabajo por recibos de haberes, revestía la categoría de "Analista Stock LC", según sus propios dichos y los de la accionada (cfr. fs. 3 y fs. 26 vta. párrafos séptimo, octavo) se ha acreditado que, cumplía tareas, que excedían las propias de dirección; laborando incluso a la par de sus compañeros; recibía órdenes a los fines operativos, y su labor era fiscalizada por el Jefe de Salón en forma constante y por el Gerente a cargo.----------

------ 1.1.1.- En este sentido, las declaraciones testimoniales son contestes en relación a las jornadas trabajadas, extensión horaria y naturaleza de las tareas desarrolladas. No me cabe la menor duda, que el actor ha cumplido con su carga de demostrar que laboró *horas suplementarias* y las tareas que efectivamente realizaba.----------

------ En orden al primer presupuesto enunciado, se puede inferir que los testimonios son contestes en afirmar que la jornada laboral superaba ampliamente las ocho horas que corresponden a una jornada laboral (Testimonio de D. R. C. P. , respuesta segunda, a fs. 73: "...se entraba a las 6 menos diez de la mañana y empezaban a caer los proveedores que venían, y ahí se empezaba a hacer controles contables internos, en cuanto a la recepción de mercadería que duraba todo el día, a veces hasta las 6 o 7 de la tarde...; pregunta tercera: ¿...en qué días de la semana se trabajaba en el depósito? Rta. "de lunes a lunes" respuesta quinta: "... el horario era bastante

arbitral, empezábamos a la 6 de la mañana y eran las 6 o 7 de la tarde y se seguía controlando mercadería. No había un día definido, de lunes a lunes, un sábado, un domingo, inclusivo por la noche, en muchas oportunidades, se ha ido y ha tenido que volver, por cuestiones de operatividad, y como no dejaban entrar al centro los camiones, después de las 23 y hasta las 3 o 4 de la mañana era la recepción de frutas y verduras; respuesta sexta: "... más o menos el mismo horario que yo, éramos pareja de la apertura y cierre del local, estábamos más o menos 12 horas, no menos de 12 horas. Dos días de inventario que era el último día hábil de cada mes, que podíamos estar mucho más horas...". Testimonio de M. A. S. , fs. 75, pregunta tercera ¿...en qué días de la semana se trabajaba en el depósito? Rta. Todos los días, a excepción del domingo por la mañana, siempre y cuando no hubiese algún inventario atrasado, que había que hacerlos durante el domingo, por una cuestión de recuento porque llegaba tarde la información, se hacia el domingo; respuesta quinta: ...específicamente entraba a las 5 de la mañana hasta las 13,30 más o menos, cuando llegaba la información del inventario y ingresaba a las 16,30 para hacer los análisis correspondientes a los inventarios, y de ahí podía llevarle hasta las 22, 23 horas, depende del resultado del inventario de ese día, si había algún recuerdo especial tenia que quedarse más tiempo; respuesta sexta: ...era un promedio entre 10 y 12 horas mínimo. Testimonio de H. R. R. M. , fs. 76 pregunta quinta: ¿...recordar Ud. que horarios que le vio cumplir al Sr. M. en el depósito donde se desempeñó?, Rta.: "normalmente lo he visto

entrar a las 5 o 6 de la mañana y verlo no menos de 10 horas dentro del supermercado pregunta novena: ¿...haber visto en algún momento al Sr. M. trabajando durante los fines de semana? Rta: "si". Testimonio de H. del C. R. ; fs. 96, pregunta cuarta: ¿... conocer Ud. en el periodo de los años 2002 y 2003, que días de la semana trabajaba M. para el supermercado? Rta.: "Los días eran de Lunes a Sábados pero eso también a veces variaba porque había domingos que también trabajaba de acuerdo a las necesidades o a las fechas que le tocaba los inventarios; quinta pregunta: ¿...recordar en que horarios se desempeñaba el actor para el supermercado? Rta: "Los horarios también diferían entraban por ejemplo de 6 a 11 de la mañana y después ingresaban a las 20 horas hasta las 6 de la mañana del día siguiente o horarios corridos desde las 6 de la mañana a las 18 horas.

------ En lo que se refiere a la *naturaleza o tipo de tareas realizadas* por el actor, las declaraciones, también, son claras, precisas y concordantes. El Sr. M. trabajaba igual que el resto de los empleados del Sector al que pertenecía, a pesar de figurar como encargado y dar algunas órdenes; y además puedo deducir, que las mentadas tareas se realizaban en forma habitual.----------

------ He aquí los testimonios que acreditan lo expuesto. Testimonio de D. R. C. P. , fs. 73/74, respuestas primera, cuarta y décima: "....paso a gestión de stock, estaba en la parte de stock y esas cosas...

la recepción de mercadería, el control que llegara en buen estado, las cantidades y hacer un control que coincidieran la cantidad de mercadería solicitada con lo que realmente había llegado. Se controlaba en una forma muy exhaustiva, por ejemplo los yogures vaso por vaso, la fecha de vencimiento y el estado del envase... sí habían esfuerzos físicos, a veces, para acelerar la recepción de mercadería se ayudaba a bajar mercadería de camiones, frutas y verduras y después lo que era mercadería propia de la empresa unos carros que se llaman cádiz, que eran muy pesados con ruedas y por lo general había que hacer fuerza, yo personalmente estuve una semana con parte de enfermo por un tirón en la cervical y si mal no recuerdo O. también...". Testimonio de M. A. S. , fs. 75 y vta., respuestas primera, cuarta y décima tercera: "*... se desempeñaba como analista de stock y stokista, persona que se dedica al conteo de mercadería... encargaba el control de stock, estibaje de mercadería, orden del depósito en general, y conteo también dentro del salón, ...el acomodo del depósito".* Testimonio de H. R. R. M. , fs. 76 y vta., respuestas primera, cuarta y décima primera: *"....en los últimos tiempos como stokista... el control de la mercadería y pequeños inventarios que tienen en el sector, pero también lo hacen en el salón de ventas, en todos los sectores del supermercado, rotisería, carnicería... ¿sí dentro de las tareas que cumplía M. existían alguna o algunas que le insumieran esfuerzos físicos? si. Traslado de mercadería para controlarla, el hecho de tener que sacarla de los rachi- es donde se estiba la mercadería normalmente...* Testimonio de H. del C. R. , fs. 96 y vta., respuestas tercera; y preguntas octava, novena, décima quinta y décima sexta:

"…. como analista de stock se encarga de los conteos o inventarios de mercaderías desde clasificar la mercadería y llevar a cabo el control de la misma... ¿...si alguna vez vio al Sr. M. por ejemplo colaborando en la descarga de productos? Respondió: "si"; ¿... si puede explicar por qué hacia ese trabajo?: Contestó: "porque a falta de personal se cubría los puestos con la gente que estaba. ¿...si el Sr. M. podía contratar nuevo personal para la empresa? . Contesto: "No". ¿...si el Sr. M. podía decidir la suspensión de un empleado? Contestó: "No".----------

------ Estas declaraciones, que me he ocupado de transcribir literalmente, por su elocuencia, revisten -en este caso- una prueba esencial de la que no puede prescindirse o interpretarse erróneamente por cuanto todos los testigos fueron empleados de la patronal accionada; e incluso uno de ellos revistió el carácter de Gerente de Sucursal (fs. 96, rta. primera), y otro Jefe de Salón, Sector almacén (fs. 75 y vta.). Se trata, en definitiva, de compañeros de trabajo del hoy accionante, que pudieron relatar las condiciones laborales e incluso de funcionamiento de la empresa, vigentes al momento de la extinción del vínculo. En materia laboral, estas declaraciones son esenciales en cuanto son testigos presenciales de los hechos, máxime, que habiendo sido ofrecidos por el actor, no fueron ni siquiera cuestionados por la demandada, que incluso presenció alguna de las audiencias e interrogó a los testigos (fs. 75 y vta. y 76 y vta.).----------

------ 1.2.- En concordancia con tales declaraciones; no puedo prescindir de evaluar otra cuestión que no es menor, y está vinculada a la *posición procesal de la accionada frente al reclamo*, en tanto, me conduce a sustentar con mayor firmeza, la verdad jurídica objetiva de esta litis. Difiriendo, del antecedente "Tornini ...", la accionada ha demostrado una mayor participación procesal.----------

------ 1.2.1.- Como primer punto a considerar, debo mencionar que la demandada, en su responde reconoce expresamente que "el actor efectuó, en verdad en sede de la empleadora labores de importancia, y que dentro de las cuales existieron *algunas* de dirección, distintas de las que realizaba el resto del personal afectado al lugar"; y agregó "...Reconozco que el actor laboraba en su sector con mayor responsabilidad que otros dependientes" (fs. 24 vta. , párrafo catorce y fs. 25, párrafo ocho); pero nada dice ni prueba acerca de las funciones exclusivas de dirección o gerencia. Ello es así, porque -en realidad- el actor no realizaba o ejercía estrictamente estas funciones, sino que éstas, en cierta medida, eran cumplidas por otros empleados. Precisamente, por la envergadura del ente social demandado y su modo de operar, desde el punto de vista organizacional y de funcionamiento empresarial, el actor a pesar de haber tenido personal dentro de su sección y lo mantuvo organizado -como se dice en el responde-; nunca tomó decisiones por sí mismo, ni con respecto a la operatividad de tareas ni al personal, sino que las instrucciones eran impartidas por el Jefe de Salón y la gerencia de la

Sucursal en las que les tocaba laborar; y conforme éstos últimos las recibieran desde Buenos Aires (ver fs. 4). Aquí, también cobran relevancia los testimonios de los Sres. D. R. C. P. y M. A. S. , que laboraron para la accionada cuando era dependiente el actor. Ello así, por cuanto el Sr. P. , habiendo sido Gerente de Ventas adscripto a Gerencia, informó con claridad, que las órdenes las recibía el Sr. M. directamente de gerencia, y en su defecto, podía ser cualquiera de los gerentes de venta; mientras que el Sr. S. -Jefe de Salón- dijo que el actor recibía órdenes de trabajo de la Central para el inventario y de la gerencia local; y que el Jefe de Ventas estaba a cargo de personal y exhibición en góndola, resultado del local (cfr. actas de fs. 73 y vta. y 75 y vta.). Este reconocimiento de diversas tareas no compatibles a su categoría, evaluado en conjunto con las declaraciones testimoniales, desarticula rápidamente el encuadramiento que pretendió darle la Alzada, incurriendo por una interpretación errónea de la norma, en la arbitrariedad que señala el casacionista. Concretamente, la exclusión que el art. 3° inciso "a)" de la Ley N° 11.544 contempla para ciertos trabajadores no resulta de aplicación a este caso.----------

------ 1.2.2.- Un segundo aspecto que voy a vincular, está dado por interpretar la negativa categórica de la patronal en relación al horario extendido de trabajo con su obligación de llevar libros de ley y su conservación. Quiero recordar aquí, que se afirmó, la falta de conservación de planillas de registro de horarios de entrada y salida;

por no mediar obligación legal, y mucho menos presunción legal en su contra (conf. fs. 34 vta. párrafo séptimo); y el incumplimiento de la manda judicial de la presentación del Libro Especial; a pesar de las reiteradas intimaciones del Juzgado de Origen (conf. fs. 8, 29/07/2005; fs. 36, 02/05/2006; fs. 39, 19/05/2006; fs. 42, 15/06/2006).----------

------ Frente a la negativa categórica expuesta, contradictoriamente y de modo sorprendente, la accionada empleadora, en el marco de su responde sostuvo que de haberse cumplido la carga horaria señalada, las horas extras habrían sido abonadas conforme a la Ley. Esta postura, por regla procesal, conducía a la demandada, frente a la probabilidad cierta, de que la parte actora probara los argumentos que sustentaron su pretensión, a repelerla y sustentar su defensa. Este objetivo procesal no se logró, a pesar, de haber tenido en esta litis un rol más activo, por haber participado en algunos actos de producción de pruebas (fs. 72, 75 y vta., 76 y vta.). Incluso el Juez de Origen declaró la negligencia de las pruebas pericial contable y testimonial que oportunamente ofreció (fs. 101, providencia del 18/10/2006). Es decir, que la alegación de que se trata de un hecho negativo no releva de la prueba a quien lo aduce, si aquélla es presupuesto de aplicación de la norma jurídica que esa parte invoca a su favor (cfr. S.C.B.A., L.L., t. 103, p. 489 citado por De Santo “La Prueba Judicial”, Ed. Universidad, Año 1992, pág. 95). Esta actitud, unida al incumplimiento de la presentación del Libro Especial; y a la

certeza de que no obraban en su poder planillas de horario por falta de conservación; cuando por ley estaba obligada a llevarlas conforme lo impone el art. 6°, inciso "c" de la ley N° 11.544, y el art. 21 de su decreto reglamentario N° 16.115/33; en coincidencia, incluso con el art. 8, inc. 1.c del convenio de la O.I.T., cobra virtualidad jurídica la presunción del art. 55 de la L.C.T., correspondiendo tener por cierto el horario indicado en la demanda, tal como lo consideró el Sentenciante de Origen; y por ende, se transforman en material jurídico convincente, -reitero- a más de la contundencia de las declaraciones testimoniales, para confirmar la viabilidad del reclamo laboral. Las horas suplementarias fueron efectivamente laboradas y no reconocidas, lo que unido a la naturaleza de las tareas, que no involucraban, exclusivamente, actos de dirección, corresponde su exclusión del régimen excepcional en el que se lo pretendió encuadrar, a través, de sus recibos de haberes, correspondiendo la aplicación de la Ley N° 11.544 y el C.C.T. 130/75. Sensatamente, la Sala II de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza en fallo del 28/11/2001; in re "Rinaldi, V. c. A.D.E.M.A." sostuvo que: "…La exclusión del personal de dirección se explica por sí misma. En primer lugar son tareas que no demandan, en general un esfuerzo físico importante ni se trata de un trabajo o un esfuerzo en sentido material, sino más bien se trata de tareas eminentemente intelectuales. Como tales, no se puede deslindar con toda precisión los momentos de trabajo y de descanso. En general, las tareas de dirección requieren que no se ajusten a pautas y horarios concretos y

los aspectos decisorios no pueden esperar un horario determinado. El funcionario de alto nivel, comparte en este aspecto la ubicación muy cercana de los titulares de las empresas y no puede pensarse que un empresario pueda tener un horario predeterminado y preestablecido. Por ello, la razón de ser de la exclusión se explica por sí misma…". En igual línea hermenéutica, por ejemplo, la S.C.B.A., en fallo del 2/06/1998, causa "Gutierrez, Juan Manuel c/ Vanguardia S.A. s/ Indemnización despido, etc.", dijo que: "…Si las tareas desarrolladas por el actor como supervisor excedieron el marco de las de dirección y vigilancia, el mismo se encuentra al margen de la excepción del art. 3 inc. a) de la ley 11.544, la que debe sujetarse a una interpretación restrictiva...".----------

------ En fin, de las circunstancias comprobadas de la causa que he descripto y evaluado, tengo la certeza, que el actor ha cumplido, si se quiere -aún- con el criterio restrictivo o estricto, al que alude y aplica la Alzada, en materia de interpretación de pruebas de las horas suplementarias. Amén de ello, quiero dejar explicitado, que no encuentro motivo alguno para imponer tal regla de interpretación, por cuanto, se trata de un reclamo laboral -horas suplementarias- como puede serlo de cualquier otro tipo de pretensión de la misma naturaleza. Es suficiente, que el actor haya probado que las horas extras fueron laboradas y el tipo de tareas cumplidas; para la viabilidad judicial de su reclamo; porque ésta fue la base y límite de su pretensión, y respecto de la cual recae la carga de su acreditación

(art. 377, segundo párrafo del C.P.C.C. por remisión expresa del art. 45 de la Ley N° 69 vigente). Con esto quiero decir, que contra la posición restrictiva en la que se enroló la Alzada, -hoy- comparto la idea de aquellos que sostienen que "no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso" (v.gr., Sala 10ª en autos "Liewiski, Laura s. c/ Juncadella S.A. s/ Despido", del 17 de julio de 2001; y CNTrab., Sala X en autos " Barrios, Carlos Manuel c. Fortuna Seguridad S.R.L. s/ despido", 29/03/2005- E.D., 213-84). Concretamente, en igual línea de pensamiento, Perugin Eduardo R. en un trabajo doctrinario que tituló "Algo sobre las horas extras", sostuvo luego de afirmar que no existe ninguna norma ni principio jurídico que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto -salvo prueba en contrario-, señala que los jueces deben valorar tales pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, y que la posición restrictiva es incompatible con la realidad y la lógica, ya que exige un mayor rigor probatorio a un hecho que , cuando es real, es de difícil probanza por parte del trabajador afectado. Y destaca que los jueces deben resolver de este modo valorando los elementos de juicio obrantes en la causa a fin de determinar cuál es la verdad procesal sobre el tema, sin apelar a argumentos dogmáticos" (Conf. Revista Derecho del Trabajo, 1994-B, págs. 1370/1373).----------

------ 1.3.- Finalmente, otro tópico que considero de análisis para complementar lo que hasta aquí he expuesto, está referido al silencio del trabajador durante la relación laboral para reclamar lo que hoy conforma la pretensión de esta litis. El tema fue incorporado al proceso por la demandada y se constituyó en uno de los pilares en los que se estructuró la sentencia en crisis; y objeto de ataque y agravio por esta vía. La consideración de la Alzada, ha sido tal, que se erigió a interpretar, el silencio del Sr. M. durante la vigencia de la relación laboral, como una presunción en su contra, ante el reclamo por vía judicial, de las horas extras al tiempo de la extinción del vínculo contractual.---------

------ En este aspecto, no comparto la significación jurídica que pretendió asignársele al silencio del trabajador en el resolutorio atacado; y menos aún, que haya mediado una voluntad tácita o renuncia del trabajador, al no haber existido reclamo alguno durante la vigencia del contrato laboral. Una vez más, le asiste la razón al casacionista. En efecto, si la cuestión se interpreta, desde el punto de vista de los efectos jurídicos que la Sala atribuyó al silencio, para desestimar esta interpretación, vasta con recordar, que como principio, el silencio en Derecho, concebido como, la ausencia de todo comportamiento (abstenerse de pronunciar o de escribir palabras, realizar actos, signos o conductas) no implica manifestación de voluntad, conforme a lo normado por el art. 919 del Código Civil; sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley

o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. Demás, está decir, entonces que la situación de autos, no puede encasillarse en ninguna de las hipótesis previstas, por lo que mal, pudieron los sentenciantes deducir la trascendencia jurídica que le pretendieron darle al silencio. Tampoco, cabe subsumirlo dentro del ámbito de la renuncia tácita de derechos (art. 873 del C.C.), máxime que la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 874 del C.C.). Esta hipótesis, se la debe descartar de plano, habida cuentas, que el actor con posterioridad a la extinción del vínculo, manifestó su voluntad contraria, al formular el reclamo, a través, del ejercicio de la acción judicial de marras. En este sentido, autorizada doctrina sostiene que: "... La manifestación tácita de la voluntad de renunciar debe surgir del contexto de la totalidad de los hechos que rodean al acto de renuncia, tomándose en cuenta las circunstancias del caso, y las conductas corrientes que emanan del supuesto renunciante; y ello en la especie, no se ha dado (conf. Bueres, Alberto- Highton, Elena "Código Civil Comentado", Ed. Hammurabi, Año 1998, Tomo 2-B, pág. 315). Ahora bien, como puede observarse, esta cuestión que es de neto corte civilista, perfectamente aplicable en el ámbito del Derecho Laboral, debe conjugarse con los principios que le son propios. Así, la norma consagra de modo expreso la prohibición de convenir o interpretar, por vía del consentimiento tácito o expreso de los trabajadores, condiciones desfavorables de sus derechos

(reduciéndolos o suprimiéndolos). Definitivamente, el principio de irrenunciabilidad de los derechos del obrero, consagrado en el art. 12 de L.C.T. constituye la manifestación más clara del orden público laboral y, por consiguiente, del principio protectorio, el más importante de los principios generales del trabajo. La irrenunciabilidad de los derechos, no es más, que una de las manifestaciones de este último y más amplio principio (conf. Etala, Carlos Alberto, "Contrato de trabajo", Ed. Astrea, 5ª edición actualizada y ampliada, Año 2005, págs. 55/60). Incluso, esta cuestión, fue objeto de análisis por éste Superior Tribunal en S.D. Nº 35/S.R.E./04. Por lo tanto, para cerrar, quiero agregar, que la renuncia a la que alude el art. 58 del mismo cuerpo legal, mediante un comportamiento inequívoco, para que sea válido, se está refiriendo a la renuncia, por ejemplo del empleo (art. 241, L.C.T.), es decir, a derechos que pueden renunciarse, pero no a derechos irrenunciables, con la significación y criterio sentado desde hace tiempo por el Cuerpo que integro (v.gr., "León, Eduardo Juan c/ Austral Automotores S.A. s/ Demanda Laboral (Indemnizaciones)" (Expte. N° 14.995-L-1994), S.D. N° 44/95; S.D. N° 11/S.R.E./05, S.D. N° 12/S.R.E./05, S.D. N° 14/S.R.E./05).----------

------ Para culminar, quiero reiterar, que la verdad que surge de los hechos invocados y probados, es la que ha puesto de manifiesto con total nitidez, una situación jurídica, diametralmente, diferente que no se condice con la invocada por la accionada, ni la que surge de

los recibos de sueldo. En definitiva, es esta realidad, la que a mi criterio y así lo propongo al Acuerdo, la que resuelve el conflicto en examen; en cuanto es superadora del plano formal, instrumental o documental; y de cualquier divergencia proveniente de las partes, haya o no mediado intencionalidad. Es más, -diría- es en estos casos, como acertadamente lo ha considerado el Sr. Juez de Primera Instancia, donde el principio de la "Primacía de la realidad", cobra mayor operatividad, en tanto, viene a servir como cauce, como límite, como freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse a la arbitrariedad; y al final, conduce a una hermenéutica restrictiva del art. 3º inciso "a" de la ley 11.544 (Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge "Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social", págs. 56/57, Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, año 2000). Esta, y no otra, es a mi criterio, la línea de pensamiento que se compadece con los principios rectores del Derecho Laboral Argentino, y que, en última instancia, redunda en un reconocimiento expreso de los derechos de los trabajadores -sujeto de preferente atención constitucional-, al decir de la Corte Suprema en sus recientes fallos, en cuanto su reclamo forma parte del amplio espectro de derechos que subsume el art. 14 bis de Constitución Nacional. Y que intensifica sus fuerzas a través de los tratados incorporados por el art. 75 inciso 22 de la Const. Nacional. Por todo ello, propongo, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, y en consecuencia, revocar el fallo en crisis en lo que

fuera materia de agravias y confirmar en todos sus términos la sentencia de origen. ASÍ LO VOTO.----------

------ A igual cuestión el Dr. Royer dijo:----------

------ I.- Los antecedentes de la cuestión litigiosa han sido detallados y tratados adecuadamente por el colega que me precediera en el voto, por lo que entiendo apropiado remitirme a los mismos, en honor a la brevedad.----------

------ En lo que respecta al ámbito vinculado a los procesos de naturaleza laboral, -como es el caso de autos-, son harto frecuentes en los repertorios jurisprudenciales de este Superior Tribunal de Justicia, los pronunciamientos que señalan que son inaudibles y ajenos al ámbito del Recurso Extraordinario de Casación toda pretensión de revisión de las cuestiones entre empleados y patrones atinentes a derechos que emanan de la relación laboral y que responden a materia de hecho, prueba y derecho común (S.I. N° 53 y 58/90, 49/99; S.D. N° 20/97 y 10/99, 30/04, entre otras).----------

------ Sin embargo, del análisis de la sentencia en crisis y de los argumentos con los cuales el actor-recurrente pretende demostrar la arbitrariedad que invocan en su libelo recursivo, no puedo dejar de compartir y concordar con la solución que propicia el Dr. Caneo.----

------ De allí, que el fallo traído en casación, a mi juicio, se presenta, como una excepción a aquél principio que rige en la materia (S.D. N° 9/91, 44/95, 10/S.R.E./99, entre otras).----------

------ El *thema decidendum* consiste en interpretar los alcances del inciso "a)" del art. 3 de la Ley N° 11.544, por cuanto establece una excepción al régimen de jornada laboral prevista en el art. 1° de la misma norma, a los empleos de dirección o de vigilancia. En este caso, el actor, que ostentaba formalmente- según recibos de sueldo-, el cargo de Analista Stock LC (fs. 1/2), reclamó horas suplementarias, y la patronal accionada rechazó la pretensión, por encuadrarlo en aquella categoría, que no hace más que colocarlo al margen de la jornada máxima legal diurna de 8 horas diarias o 48 horas semanales. En este contexto, debo determinar, en primer lugar, si las horas extras fueron efectivamente laboradas y la naturaleza de las funciones o tareas que desarrollaba, para luego evaluar en su caso, la operatividad del citado artículo 3°, inciso a).--

------ Estrictamente, tal como ha sido expuesta la cuestión, y considerando la vigencia plena de la ley N° 11.544, en la actualidad, la doctrina y jurisprudencia presentan distintas líneas de interpretación y aplicación; circunstancia de la que no son ajenos los fallos de nuestros tribunales provinciales en estos últimos años. Es por ello, que la Sala, en este caso particular, podrá no sólo resolver la cuestión litigiosa en base a la verdad objetiva que

emerja de la misma, sino que, le permitirá cumplir satisfactoriamente, con las funciones dikelógica y uniformadora, que le son propias, para brindar seguridad jurídica, certeza y protección. De manera tal que para la resolución del conflicto, al formular mi postura al Acuerdo, tomaré entre sus fuentes, -además de las orden interno-, los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción (C.N., art. 75, inc. 24) e incluso la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, por ser una norma que obliga a todos los Estados Miembros de la O.I.T.. En este caso, al menos a nivel provincial, es conveniente sentar un criterio unívoco jurisprudencial. Igual criterio, he sostenido y compartido, como segundo votante en el antecedente "Tornini…" (Expte. Nº 21.173-T-2007).----------

------ 1.- En efecto, la prueba rendida en autos y la actitud procesal de la accionada a lo largo de la litis, no hacen más que corroborar, que le asiste la razón al actor en su pretensión. Los testigos debidamente interrogados, brindaron elementos, datos precisos, concretos, elocuentes de la realidad laboral. Con ellos, se acreditó el tipo de tareas realizadas, y el tiempo en que las mismas se desempeñaban, que excedían holgadamente la jornada legal de ocho horas diarias (testimoniales de fs. 73/74; 75 y vta. y 96 y vta.). Puedo apreciar, en orden a las tareas realizadas, que se

dedicaba al conteo de mercaderías, estibaje de la misma, control de stock en depósito y en Salón, traslado de mercaderías e incluso descarga de mercaderías de camiones, realización de inventarios, etc., funciones que lógicamente, excedían el marco de las tareas propias de dirección o vigilancia; y ello resulta ratificado por la accionada, que al contestar demanda reconoció que "el actor efectuó en verdad en sede de la empleadora labores de importancia, y que dentro de las cuales existieron algunas de dirección, distintas de las que realizaba el resto del personal afectado al lugar" (fs. 24 vta., párrafo 14 y fs. 25, párrafo 8). No es posible, en base al material fáctico que emerge de autos, sostener, para dilucidar la litis, que la prueba no ha sido exhaustiva, ni mucho menos, que la conducta asumida por el actor de reclamar el rubro de análisis al tiempo de la extinción del contrato laboral, pueda evaluarse como una presunción en su contra. En los tiempos jurídicos que corren, en las nuevas modalidades de las relaciones de trabajo, ello no es más, que avalar una nueva vulneración a los derechos de los trabajadores. De allí, que en base a este panorama que hoy presentan las relaciones jurídicas laborales, me inclino por una interpretación amplia en materia probatoria de horas suplementarias, como lo plasmara en el antecedente "Tornini…" (Expte. Nº 21.173-T-2007), porque en realidad, el trabajo suplementario no tiene nada de extraordinario a los fines de su reconocimiento. En efecto, exigir un rigorismo probatorio extremo, no tiene asidero legal, porque tal como lo expresa mi colega

prevotante, no media en este caso, ninguna diferencia con otro rubro de naturaleza laboral, el actor está sometido a las mismas cargas procesales, que para otros rubros. Es más, no hay norma alguna que imponga procesalmente tal rigorismo. Prácticamente, exigir -incluso- pruebas minuciosa, milimétrica de horas y fechas precisas; se tornaría en una prueba de realización imposible. En el sub-lite, el actor, en la demanda, precisó de algún modo, el esquema horario por el que se solicita las horas extras (fs. 5 y vta. y 6 Pto. IV); y resulta corroborado por las deposiciones testimoniales; mientras que a ello, la entidad social empleadora, se limitó en su responde a negar el horario extra invocado; y contradictoriamente, que a todo evento, de haberse laborado horas extras, negó que las mismas no hayan sido abonadas (fs. 24 vta. párrafo noveno). Ni uno ni otro extremo, fueron probados. No desplegó actividad probatoria que tiende a desbaratar la pretensión; y por otra parte, ninguno de los recibos de sueldo acompañados dan cuenta de haberse abonado horas extras (cfr. fs. 1/2). Es de destacar, además, que la empleadora, pese a las reiteradas y fundadas intimaciones del Tribunal de Origen, no acompañó el Libro Especial (art. 52 L.C.T.) (fs. 8, 36 y 42 primera parte), ni tampoco medió presentación de registro horario, por falta de conservación, por expresa manifestación (fs. 34 vta., pto. VI.3), lo que debe conjugarse con la planilla horaria que obra a fs. 3/4 que dan cuenta clara de los días y horarios laborados por el actor, por ejemplo, entre el período que va del 7/11/2002 al 12/11/2002 y entre el

15/11/2002 y el 30/12/2002. En este aspecto, la ley es muy clara, no habla de facultad sino de deber, de imposición de llevar tal control, según rezan los arts. 6 inc. c de la Ley 11.544 y 21 del decreto 16115 / 33; y en este direccionamiento, cobran a mi entender, efectividad, los continuos apercibimientos del A-quo, y por lo tanto, la inversión de la carga de la prueba en los términos del art. 55 de la L.C.T. y art. 42 de la ley 69 vigente, máxime que el actor prestó declaración jurada sobre los hechos que alegó (fs. 6, punto V), y autoriza a tener por ciertos los hechos alegados en la demanda y la viabilidad de su reclamo judicial; máxime que las planillas adjuntadas, integran el material probatorio de autos, en tanto no fueron desconocidas en su autenticidad por la accionada. A mayor abundamiento, esta última circunstancia, me está dando la pauta, que el actor nunca pudo revistar la categoría jerárquica que le pretende imponer la demandada. En un interesante trabajo doctrinario, Claudio Andino E., contrariando a la posición restrictiva, por no tener ella justificación teórica ni práctica, concluye- luego de citar jurisprudencia que avala su posición, y teniendo en cuenta la normatividad vigente en materia de carga de la prueba- en que: 1) controvertida la misma, la carga de la prueba está en cabeza del principal, y 2) en defecto de registros válidos, por aplicación del art. 55 de la L.C.T., corresponde tener por cierta la jornada denunciada por los actores en la demanda (Lexis Nº 0003/400555. Doctrina RDLSS 2004-22-1654; en igual sentido trabajo doctrinario de Ángel Cantard, titulado "Horas

Extraordinarias", publicado en Revista de Derecho Laboral, 2006-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 146/148, punto 3).----------

------ En orden, al silencio guardado por el actor durante la vigencia de la relación laboral, sin formular reclamo alguno, y el argumento defensivo de la empleadora de la teoría de los actos propios; también he de coincidir, con la fundamentación y conclusión al que arribó mi colega que me precede en la palabra. Es más, respecto a ello, tuve la oportunidad de expedirme, como primer votante en S.D. N° 35/S.R.E./04, y participé del mismo criterio, citando doctrina y jurisprudencia que avaló mi posición; y a la que adhirió el Dr. Pasutti. De este modo, vengo una vez más, a ratificar tal posición, como igualmente, lo expuse en el antecedente "Tornini…" que citara. No es posible, interpretar jurídicamente, el silencio del actor, como una abdicación voluntaria a beneficios no disponibles que la misma normativa laboral le concede, en un todo de conformidad con el principio de irrenunciabilidad de los derechos contemplado en el art. 12 de la L.C.T. y la abundante doctrina que lo sustenta. Es este, otro aspecto donde observo que la sentencia en crisis se encuentra teñida de arbitrariedad. En el precedente que cito sostuve literalmente lo siguiente: "*...No resulta atendible el argumento de la demandada en tanto refiere que la Sra. A. con su silencio habría consentido el cambio de funciones y de categoría percibiendo el mismo sueldo. Es que como bien lo señala RODRIGUEZ MANCINI refiriéndose al principio de irrenunciabilidad en materia laboral en su obra "Curso de*

derecho del trabajo y la seguridad social" (Ed. Astrea, 4ª edición actualizada y ampliada, pág. 53 y sigs.) "...en tanto la renuncia es un acto voluntario por el cual una persona se desprende y hace abandono de un derecho reconocido a su favor, este principio consiste en la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio... Doctrinalmente halla su fundamentación en la idea de indisponibilidad de los derechos del trabajador, ya que éstos están limitados en ese sentido por la tutela del ordenamiento jurídico -parte más débil del contrato laboral-; por la imperatividad de sus normas laborales -ius cogens-, normas que se deben cumplir cualquiera que sea la voluntad de las partes...", por lo que el silencio del trabajador no puede ser utilizado en su perjuicio deduciendo de ello una renuncia a sus derechos, máxime tratándose de derechos sobre los que no puede disponer.----------

------ En este sentido la jurisprudencia tiene dicho que "en el supuesto que el empleado bancario (que cumple tareas de superior jerarquía de aquellas para las que fue contratado) no reclamara que se lo categorizara según su función, durante el tiempo en que se desarrolló la relación laboral, no puede tenerse por decaído su derecho por haber omitido emplazar a la empleadora, por aplicación del art. 12 LCT que establece la irrenunciabilidad de los derechos máxime si se tiene en cuenta que no existe normativa alguna que por excepción extraiga el supuesto fuera del principio enunciado" (Conf. Primera Cámara Civil de Mendoza en "CENTENARO, Humberto c/

CORP BANCA S.A. s/ Diferencia de Salario" Fallo Nº 190496 del 20/11/2000), y participo de este criterio".----------

------ En el contexto expuesto, sin duda, el actor no puede ser encuadrado en el inciso a) del art. 3° de la Ley N° 11.544; que impone -a mi criterio- una interpretación restrictiva. Se ha probado en autos, que el actor estaba al frente de su sector (depósito) al tiempo del distracto, en cuanto tenía algunas personas a su cargo (personal de maestranza), pero a su vez, estaba subordinado a sus Gerentes y Subgerentes de Sucursal, de quienes recibía las directivas a seguir; y paralelamente, realizaba tareas que le exigían actividad intelectual y física; no teniendo exclusividad de funciones en el orden operativo de actividades, y mucho menos, respecto al personal. Media disociación entre las tareas efectivamente realizadas y la categoría asignada en el plano formal. A mi entender, en este caso, las funciones estrictamente de dirección o gerenciales, intervención directa en la toma de decisiones (poder de dirección, de organización, disciplinario), se encuentra diluido en su totalidad. Es demostración clara de ello, por ejemplo, la declaración testimonial de la Sra. R. , que al ser preguntada acerca de la facultad del actor de contratar personal para la empresa y decidir la suspensión de un empleado, respondió por la negativa (fs. 96 vta. Preguntas y respuestas décima quinta y décima sexta). He aquí, como acertadamente lo sostiene la Sala VI de la C.N.Trab. en Sent. 56.799 del 10/02/2.004, con votos de los Dres. Rodolfo

Capón Filas y Juan Carlos Fernández Madrid, una situación típica de la famosa polivalencia funcional, eufemismo para ocultar la explotación de los trabajadores; por lo que la exclusión de los actores del marco de la Ley N° 11.544, a la luz del art. 1 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, debe ser considerada superada, por inconstitucional. Es más, esta misma postura jurisprudencial, ya había sido aplicada en el año 2.000 por la Cámara Civil de Mendoza, Circunscripción 1, en "Falciani, Jorge c/ Banco SUDECRO Litoral S.A. s/ Ordinario", Fallo: 190495, publicado en elDial-MC30EB; y en el mes de julio del año 2.002 por la Sala X de la C.N.Trab. en "Fittipaldo, Verónica A. c. Disco S.A", fallo publicado en DJ 27/11/2.002,906- DJ2002-3, 906 "...la "jerarquización" ...de la actora reviste ciertas características que me llevan a concluir en una discordancia entre las tareas cumplidas y la denominación o categorización que a éstas se le daban..." (del voto del Dr. Corach); y luego reiterada por la misma Sala VI-C.N.Trab. en el año 2.004 en v.gr. "López, Daniel c. Duque Seguridad S.A.". Finalmente, me interesa citar otro fallo de la Sala X de la C.N.Trab. dictado el 5 de octubre de 2.006, que tiene la particularidad, de haber sido demandado el mismo ente social de autos, y tratarse de idéntica situación fáctica a la de análisis, "Mercado, Luis A. y otros c. S. N. S.A.", en este caso, siendo primer votante el Dr. Corach, sostuvo que "... más allá del nombre de la categoría con la que demandada registra a sus dependientes, lo trascendente a efectos de encuadrar al dependiente en la excepción

al régimen de jornada es no sólo que ostente un cargo de personal jerárquico, sino que además debe cumplir funciones gerenciales o directivas. Es decir que no todo personal jerárquico queda eximido automáticamente de la ley de jornada, sino que quien pretende hacer operar la excepción -en el caso la accionada- debe acreditar que aquél cumplía funciones de ese tipo... ninguno de los actores cumplía tareas de dirección o gerencia, entendiendo por tales al personal que tiene poder de decisión dentro de la empresa. Como bien señalara el Magistrado de grado los actores eran personal intermedio, que si bien tenían personal dentro de su sección en modo alguno intervenían en la toma de decisiones de la accionada...".----------

------ En el ámbito jurisprudencial provincial, nuestras Cámaras de Apelaciones, se han mostrado oscilantes, no sólo en orden al criterio de interpretación en materia probatoria del rubro "horas extras", sino también, al evaluar estrictamente la situación de exclusión de los trabajadores categorizados como empleados de dirección o vigilancia del régimen de jornada laboral de ocho horas. Así, en el caso de las Cámara de Apelaciones de Trelew, se observa que la Sala "A" se ha mantenido en una línea de interpretación restrictiva en el primer supuesto (v.gr. S.D. N° 75/1997, S.D.L. N° 9/1999, S.D.L. N° 7/2008) y en una amplia, en el segundo supuesto, como a sucedido, por ejemplo, con el caso en análisis (S.D.L. N° 27/2007). A su turno, la Sala "B", por el contrario, ha

mostrado en este último tiempo, un criterio de flexibilidad, de apertura en relación al primero; y restrictivo en la segunda situación (v.gr., S.D.L. N° 59/2007, S.D.L. N° 35/2008). La Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sobre todo la Sala "B", viene pregonando el criterio amplio en materia de horas extras y el restrictivo en materia de causal de exclusión del régimen de la jornada laboral legal; pudiendo citar a modo ejemplificativo, en este caso la S.D. N° 62/2006.----------

------ Por último, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, también tuvo ocasión de tratar esta temática, enrolándose ya en el año 1.984 en la postura restrictiva en orden a la interpretación del inciso a) del art. 3 de la Ley N° 11.544; en base a precedentes de anteriores composiciones de los años 1.976 y 1.978, sosteniendo que: "...Efectivamente, esta Corte ha declarado en su anterior integración que el art. 3°, inc. "a" de la ley 11.544 se aplica a quienes realizan exclusivamente tareas directivas o de vigilancia y ha señalado, a su vez, que tal excepción al pago de horas extras no rige cuando el empleado efectúa trabajos que exigen esfuerzo físico ("Acuerdos y Sentencias", 1967-II-278).... Por lo tanto, de acuerdo a las múltiples funciones realizadas por F. en su lugar de trabajo y que fueron puntualizadas, mi decisión se inclina a favor de sus pretensiones, toda vez que resulta evidente que sus tareas -acreditadas en el veredicto- excedían el marco legal de las tareas exclusivas de dirección que se contemplan como excepción en el

art. 3° inc. “a” de la ley 11.544...” (v.gr. S.C.B.A. L. 34.019, “Ferraro, Alfredo Antonio c/ A.C.A.. Cobro de horas extras, etc.”, Fallo del 13/11/1984; causas Ac. 21.481, sent. del 6-X-76; Ac. 24.687, sent. del 27-VI-78; L.44.391, sent. 25-IX-90; causas L. 36.878, sent. 18-XI-86; L. 44.391, sent. 25-IX-90). Durante los años 90, integrada la Suprema Corte, por los Dres. Pisano, Salas, Negri, Hitters, San Martín, también se enrolaron en línea restrictiva que propongo en relación al tema, por ejemplo en la causa L. 58.613, “Van Peteghem, Mariano G. contra Supermar S.A. (Supermercado Elefante). Horas extras, etc.”; 17/09/1996; y continuó siendo ratificado, verbigracia en causa L. 84.554, “Andreoni, Ricardo Tomás contra Carrefour Argentina S.A.. Diferencias salariales, etc.”, 27/06/2007, con voto fundado del Dr. Hitters.----------

------ Hay que recordar que la Ley Nº 11.544 data del año 1.929 y su decreto reglamentario Nº 16.115 del año 1933; y aquélla fue sancionada por nuestro País en acatamiento a la Convención Nº 1 sobre jornada de trabajo que surgió de la primera Conferencia Internacional de la O.I.T., celebrada en Washington en 1919. Por lo tanto, desde entonces; es innegable y lógico que así sea, ha corrido abundante agua bajo el puente, y resultado de ello, son las distintas tendencias o corrientes que hoy existen; cuando de excepciones derivadas de empleos de dirección o vigilancia, se trata (art. 3º,inc. a, ley 11.544); y que en algunos casos, se compadecen

con el cabal sentido que tuvo la regulación y en otros, se muestran alejada de ella, al punto de su desnaturalización; ocurriendo lo propio en materia probatoria de horas suplementarias; donde el criterio de interpretación restrictivo, conduce a dar vuelta la cara a una realidad social que exige mayor seguridad jurídica.----------

------ No obstante ello, y tal como lo sostuvo, el Sentenciante de Origen, las constancias objetivas que emergen de la litis, conducían, a resolver la cuestión litigiosa en consonancia con el principio de la realidad, y en consecuencia, a formular una interpretación estricta del art. 3 inciso "a" de la ley 11.544. Digo esto, -siguiendo la línea de pensamiento al Dr. Ackerman-, porque este dogma del Derecho material tiene una profunda imbricación con las ideas de orden público e irrenunciabilidad, que extienden sus contornos hasta el ámbito probatorio procesal; con los mandatos que surgen de un procedimiento laboral que ha crecido casi a la par que el Derecho protectorio, y asimismo, con los particulares reflejos que se exige de la magistratura especializada, que debe poseer una particular sensibilidad social para no detenerse en la superficie aparente de las situaciones jurídicas y buscar, en capas más profundas, lo real (Ackerman, Mario E., "Tratado de Derecho del Trabajo", Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo I, pág. 423, Año 2005). Nuestra Corte Federal, en forma clara, elocuente, ha establecido que, más allá del *nomen iuris* empleado, es necesario que los jueces indaguen la real intención de los sujetos participantes en una determinada relación;

esto es, más allá de la voluntad de los intervinientes en sus expresiones (Cfr. Fallos 307:2249; 308:2621; 314:405; 321:2751; 322:2370; 325:3029).----------

------ A la postre, no se puede prescindir de la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen todos los textos internacionales, que sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales.." (cfr. C.S.J.N. M. 1488 XXXVI "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", 03/05/2007).----------

------ Finalmente, y para terminar a título ilustrativo e informativo, no puedo dejar de mencionar que, estos vaivenes jurisprudenciales y doctrinarios que he podido mencionar; han tenido eco a nivel legislativo a principios del año pasado, en cuanto se propugnó y presento un proyecto de ley, y ha tenido tratamiento parlamentario, y que tiende específicamente a modificar el tan maleable art. 3° , inciso "a" de la ley 11.544, con el criterio de interpretación restrictiva que propongo al Acuerdo en esta litis. El número del expediente por el que ingresó este proyecto, se

identifica como 0770-D2007, trámite parlamentario N° 012 (16/03/2007) con giro a Comisiones - Legislación del Trabajo. Entre sus fundamentos más salientes se dijo: *"... La expresión "...empleos de dirección o de vigilancia..." ha dado lugar a discrepancias doctrinarias y a diferentes criterios jurisprudenciales que, no obstante el tiempo transcurrido desde el inicio de vigencia de la norma en cuestión, no han sido zanjados en una interpretación unívoca. Los extremos de las posiciones históricamente asumidas al respecto van desde considerar que la excepción se refiere a quienes en determinadas circunstancias pueden ser equiparados a los dueños del establecimiento en razón de la intensidad jerárquica de su rol, hasta considerar que se encuentran incluidos en la excepción aquellos trabajadores que ejerzan cualquier función de dirección o vigilancia de tareas, personas o cosas. Cabe destacar que la limitación de la jornada de trabajo tiene en miras la preservación de la salud psicofísica de la persona del trabajador, así como la de posibilitar al hombre de trabajo el desarrollo de una vida de relación, tanto familiar como social, en tanto constituye el eje y centro de todo el sistema jurídico con respecto al cual los restantes valores tienen carácter instrumental. Desde tal perspectiva no existen razones que avalen sostener que un trabajador dependiente que dirija tareas que presten efectivamente otros trabajadores o que vigile a éstos o a las tareas que prestan o a las cosas del establecimiento estén exceptuados de los límites a la jornada máxima de trabajo, en tanto no ejerzan un rol cuya jerarquía permita equipararlos al dueño del establecimiento o titular de la empresa..."* . De este modo, el proyecto propone reemplazar la expresión *"...Cuando se trate de empleos de dirección o de vigilancia"* por

la expresión *"... Cuando se trate de directores o gerentes."*. Este proyecto tuvo despacho favorable con una modificación que introdujo el Dictamen de comisión, aconsejando la sanción de la manera siguiente: "...Cuando se trate de directores"; (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2007 -Orden del Día N° 2248- Comisión de Legislación del Trabajo - Impreso el 1 de junio de 2007; y luego ratificado, en la Sesión Ordinaria, Orden del Día N° 168 -Comisión de Legislación del Trabajo- impreso el 7 de mayo del corriente año).----------

------ En suma, considero que la conclusión establecida en el fallo en crisis es contrario a las constancias objetivas de la causa, afectando derechos del trabajador que son de raigambre constitucional; con manifiesta vulneración de los arts. 1° y 3° inciso "a" de la Ley N° 11.544, por lo que propongo su revocación; en cuanto denegó el reclamo relativo a haberes por horas suplementarias, y en consecuencia, la confirmación del fallo de Primera Instancia en este sentido. ASÍ VOTO.----------

------ A igual cuestión, el Dr. Pasutti dijo:----------

------ De acuerdo a los votos emitidos por los Dres. Caneo y Royer, los que conforman la voluntad de la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia, no emitiré pronunciamiento según lo dispuesto en el art. 1º del Acuerdo Extraordinario Nº 3.555, en

concordancia con los arts. 2º y 3º de la Ley Provincial Nº 5.475 y el Acuerdo Nº 3.202.----------

------ A la segunda cuestión, el Dr. Caneo dijo:----------

------ Conforme he votado a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: 1º) Declarar la procedencia del recurso de Casación de la parte actora; 2º) Casar la sentencia definitiva Nº 28 SDL 2007 recurrida en lo que fuera materia de agravios; y en consecuencia, confirmar en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia registrada bajo el Nº 07/2007; 3º) Adecuar la condenación en costas; conforme al resultado al que se ha arribado, imponiéndolas a la parte demandada vencida de conformidad a lo normado por el art. 68 del C.P.C.C; 4º) Adecuar los honorarios del Dr. G. B. , letrado apoderado de la accionada, por las tareas efectuadas ante la Cámara en mérito a lo dispuesto por el art. 279 del C.P.C.C.; regulándolos en un 25% de los que le correspondieren por su actuación en la primera instancia (art. 14 de la L.H. vigente); 5º) Imponer las costas por las actuaciones efectuadas ante este Superior Tribunal de Justicia, a la parte demandada vencida conforme a lo dispuesto en el art. 59 de Ley N° 69 en concordancia con la primera parte del artículo 68 y sgtes. del C.P.C.C.; 6º) Regular los honorarios profesionales del Dr. P. S. , letrado apoderado de la parte actora, en mérito a la calidad, extensión y resultado del recurso de casación; en un 35% de los que a su favor

le fueran regulados en la instancia de origen; con más el I.V.A. si correspondiere (art. 14 de la Ley arancelaria vigente); 7º) Teniendo en cuenta el resultado favorable de la casación planteada, y el criterio que esta Sala ha sentado a partir de la S.D. N° 15/S.R.E./05, las costas del recurso de queja se imponen a la parte demandada vencida.----------

------ A igual cuestión el Dr. Royer dijo:----------

------ De acuerdo a como me he pronunciado al votar a la primera cuestión, concuerdo con la solución propuesta por el Dr. Caneo en la segunda cuestión.----------

------ A la misma cuestión el Dr. Pasutti dijo:----------

------ Reitero la reserva formulada en el tratamiento de la primera cuestión.----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:----------

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

------ 1º) **DECLARAR** la procedencia del recurso de Casación interpuesto la parte actora.----------

----- 2º) **CASAR** la sentencia definitiva Nº 28 SDL 2007 recurrida en lo que fuera materia de agravios; y en consecuencia, confirmar en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia registrada bajo el Nº 07/2007.----------

------ 3º) **ADECUAR** la condenación en costas de la Segunda Instancia; conforme al resultado al que se ha arribado, imponiéndolas a la parte demandada vencida de conformidad a lo normado por el art. 68 del C.P.C.C.----------

------ 4º) **ADECUAR** los honorarios del Dr. G. B. , letrado apoderado de la accionada, por las tareas efectuadas ante la Cámara; regulándolos en un 25% de los que le correspondieren por su actuación en la primera instancia (art. 279 del C.P.C.C. y art. 14 de la L.H. vigente).----------

------ 5º) **IMPONER** las costas generadas ante esta sede a la parte demandada vencida (art. 59 de la ley 69 y 68 primer párrafo y 69 del C.P.C.C.).----------

------ 6º) **REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. P. S. , letrado apoderado de la parte actora, en mérito a la calidad, extensión y resultado del recurso de casación; en un 35% ; y por la queja en un 0,99 % de los que a su favor le fueran regulados en la instancia de origen; con más el I.V.A. si correspondiere (arts. 76,

Ley 69; y 6, 7, 9, 14 y 33 último párrafo del Dto. Ley Nº 2200 modif. por ley 4335).----------

------ 7º) **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------
Fdo. Dr. José Luis Pasutti – Fernando S.L. Royer – Daniel Luis Caneo.-
Recibida en Secretaria el 14 de Octubre del año 2008.-
Registrada Bajo el N° 12/S.R.E. Conste.-
Fdo. Dra. Carmen Velez - Secretaria