En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., S. B. c/ A. SRL s/ DEMANDA LABORAL (indemnización por despido)", expte. nro. 516/09**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral (expte. nro. 2671/04), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 399), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 355/374? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 355/374, por la que se hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la parte demandada A. SRL, a pagar a la actora S B. P., en plazo de 10 días, la suma que resulte de la liquidación en ejecución de sentencia. En el punto siguiente condena a la entrega del certificado de trabajo previsto en el art. 80 LCT. No hace lugar a la pluspetitio de conformidad con el considerando IV. Impone las costas a la parte demandada y regula los

honorarios de los profesionales intervinientes en porcentuales.

Apela la parte demandada a fs. 376 y la actora a fs. 377. Los recursos se conceden a fs. 386. La parte actora expone los agravios a fs. 388/392vta., de los que se corre traslado a la parte demandada a fs. 393. La parte demandada no expresa agravios, por lo que se declara desierto el recurso concedido.

A fs. 397 se llama autos para sentencia.

Los agravios de la actora S. B. P. (388/392), afirman que existe una errónea valoración de los hechos y la prueba rendida y expone los fundamentos del fallo en cuanto a que su parte no denuncia cuál sería el horario cumplido, que la prueba se constituye en los dichos de los testigos. Que en la absolución de posiciones su parte ratifica la jornada laboral descripta en la comunicación cursada, a lo que debe sumarse que el Tribunal ha debido aplicar el art. 57 LCT, que otorga a su parte la presunción del la procedencia del rubro. Sostiene que debió invertirse la carga de la prueba, que no fue contestada por la demandada las 936 horas invocadas y omite responder sobre cuál era la jornada laboral de la actora. Cita jurisprudencia sobre las exigencias de la negativa. Cita como de su derecho los arts. 9 y 115 LCT y sostiene que la no aplicación por la sentencia importa una licencia a las empleadoras para enriquecerse ilícitamente y sin causa; observa el testimonio de M. B., que era uno de los choferes y refiere horarios que excedían la jornada legal, con lo que falta a la verdad si previamente contesta que el horario de los choferes era de 8 horas. Alude, asimismo, a los testimonios de J. D., N. I. A., A. M. G. y L. E. P., de éste que

refiere viajes a Puerto Madryn, o del testigo C. que veía a la actora tanto a las 7 de la mañana como a las 24 horas; que es erróneo cuando los testigos dicen que se distribuían los turnos, porque en realidad lo que se distribuía eran las zonas. Destaca el incumplimiento de la empleadora de llevar el control de las horas laboradas en los libros respectivos. Peticiona en definitiva la revocatoria de la sentencia en cuanto se apela y costas.

Examinados los términos de los agravios, advierto que cuando la sentencia al tratar la reclamación horas extras en el punto b) de fs. 370, cierra la cuestión que no corresponde su viabilización por lo tratado en el considerando I.

En búsqueda de la temática decisoria, se advierte, en principio, luego del cúmulo de citas de las constancias del juicio a partir de fs. 359vta., por las que tiene por cierta la existencia de la relación laboral –desempeño de la parte actora como chofer con fecha de ingreso a partir del 9/2/2002 por el resultado pericial (desestima la constancia de los recibos salariales con fecha de ingreso el 14/5/2002 y la menos beneficiosa fecha 4/3/2002 denunciada por la dependiente, e inicia el tratamiento de la jornada laboral de la parte actora a partir de fs. 361, segundo párrafo.

Expone los términos sostenidos por la dependiente al accionar, que correspondía cumplir una jornada de 8 horas diarias de lunes a viernes, pero que en la práctica era ampliamente superada, tanto en los días normales, como francos y con horas nocturnas, que concreta –sigue diciendo el fallo- a fs. 35vta.

Frente a la negativa de la demandada,

expresa el fallo que la prueba se constituye por los dichos de los testigos (fs. 361). Surge del examen que realiza en los puntos salientes del testigo M. Á. B. responde que había 3 choferes que se repartían en turnos de 8 horas cada uno, que los hacían de lunes a viernes en horario de 8 horas y no cree que la actora cumpliera funciones para otra persona. Del testigo J. D. C. (fs. 361vta.): que el trabajo del actor era de lunes a sábado para lo que da sus razones y que ha visto a la actora trasportando entre las 8 de la mañana, al mediodía y entre las 20 y 21 horas. De la testigo N. I. A. (fs. 362): que la testigo cruzaba a la actora constantemente desde las 07 de la mañana y como hay amistad con ella se saludaban, que en cuanto al horario refiere que desde las 7 de la mañana hasta las 19:00 h, y que ello le consta porque hay compañeros de ruta que siempre la cruzan en un mismo lugar y la actora levantaba en horas de la mañana 07:20 una persona en los edificios de Divina Providencia. De la testigo A. M. G. V., que como la testigo no trabajaba la veía salir temprano y a veces a la noche no llegaba y le avisaba a la declarante para que cocinara a sus hijas, que la actora no tenía área de trabajo porque salía muy temprano y a veces volvía y otras no porque viajaba de noche y se iba, viajando fuera de la ciudad de Comodoro –a Rawson– en cuanto a los días de la semana que trabajaba la actora como chofer para la demandada expone que de lunes a lunes. Del testigo L. E. F. (fs. 362vta.): que en cuanto al área de trabajo era el Hospital Alvear, el Instituto de Km 8 y a veces viajes a Madryn, en cuanto a los horarios expone que los específicos no los conoce, pudiendo asegurar que la veía a las 07 de la mañana como a las 24 horas, si se

la llamaba, estando la Sra. con una dedicación full-time, constándole ello a la declarante por su puesto de enfermería por los movimientos de pacientes, puede afirmar que en un mismo día la veía a la mañana y después a las 22 horas y esto era habitual; en cuanto a los días de la semana, no sabe los horarios específicos, la veía trabajar, la podía ver tanto un lunes como un domingo, viéndola trabajar cualquier día de semana.

A continuación de tal examen de los agravios la sentencia evalúa que los testigos no son contestes ni precisos, varían en cuanto a los días de trabajo y horarios, áreas de trabajo, que si bien cumplía tareas para S. y A. hacia otras localidades, también lo haría para otras desde Comodoro a Puerto Madryn. En definitiva concluye que no siendo certeros los testimonios, no queda verificado en el caso la extensión horaria y con lo que agrega la jurisprudencia restrictiva de la Cámara en materia de la prueba de las horas extraordinarias.

Dado el soporte decisorio sobre el rubro fundamentalmente en la prueba testimonial, surge el agravio de la parte recurrente a mi juicio con justeza, porque pese a las indefiniciones, lo menos que resulta de los dichos testimoniales es que la actora cumpliera su tarea diaria con la regularidad de lunes a viernes y 8 horas de labor y todo ello, bonificando la mera negativa de la demandada sin una mínima prueba de registración de horarios por la parte empleadora (art. 52, inc. g., LCT). Además, asimismo relevado en los agravios, sin examen de los efectos del art. 57 LCT en torno a la documental incontestada y contrariando en la interpretación el art. 9 LCT.

Es que esta última norma –derecho vigente- introdujo el cambio y el principio que en caso de duda sobre la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador (art. 9, 2da. parte LCT – ref. Ley 26. 428. Con ello, el vuelco interpretativo con las testimoniales rendidas, no pudo sino pronunciarse en este último sentido, porque además la demandada, que había sido intimada por la CD ******* AR (considerada por la sentencia a fs. 366, 2do. párr. /366vta. y por recibida, pero sin evaluar sus efectos), que intimaba el pago –entre otros conceptos– de 776 horas extras laboradas e impagas durante 7 meses, con horario de 07 a 21 horas de lunes a viernes y los dos últimos meses de 07 a 17 horas.

La actora ingresa a juicio con dicha CD a fs. 12, negada por la parte demandada y dudando de su veracidad, todo desvirtuado como resulta de la conclusión de la autenticidad y recepción de la misma informada por el Correo Argentino a fs. 100 y 108.

Por lo expuesto, el silencio de la empleadora a la intimación de fs. 12 que documenta la sentencia a fs. 366, 2do. párr./366vta., la prueba testimonial demostrativa que la jornada de trabajo de la actora excedía reiteradamente el horario normal de ocho horas y aplicación de los principios previstos en el art. 9, 2da. parte de la LCT, de tenerse por reconocidas por la empleadora el impago de 776 horas extras laboradas durante siete meses entre los días lunes a viernes (art. 57 LCT y concords. arts. 919 y 1146 CC).

Estimo que con el análisis y

conclusiones que admite la reforma del art. 9 –versión Ley 26428– y la conducta laboral de la empleadora en el curso de la relación de trabajo y en el juicio, deben las sentencias de primera instancia excluir la mecánica aplicación de la jurisprudencia y profundizar la revisión del caso particular, en reenfoque de las evaluaciones con la valiosa plataforma de la realidad del proceso, ya que el principio protectorio del derecho del trabajo establece que la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera encontrarse el trabajador (Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice T. III, pág. 234).

Por lo demás y con los alcances del punto 1 de la parte resolutiva del fallo que condena bajo plazo y liquidación el pago de los adeudos laborales y complementos del considerando III, se declara la obligación de pago de horas extras comprendida en dicho pronunciamiento.

Corresponde el mantenimiento de los costas de primera instancia (art. 69 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico – art. 68 CPCCCh).

La regulación de honorarios en porcentuales de la instancia apelada sin impugnaciones, conllevan al reconocimiento del monto que resulte con el pronunciamiento del presente voto y por lo tanto carente de virtualidad otra adecuación (art. 282 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico – art. 279 CPCCCh).

Las costas de la Alzada corresponden por todo lo tratado a la parte demandada (art. 59 Ley XIV N° 1 – art. 59 Ley 69).

Para regular honorarios, rige la Ley XIII N° 4, arts. 5, 6, 8 13 y concords. –arts. 6, 7, 9,

14 Ley 2200/4335-, el mérito del trabajo profesional y su resultado. Propongo los honorarios conjuntos del Dr. D. A. T. y C. I. M., en el 35% de los honorarios que les resulten en primera instancia.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora S. B. P., fundado a fs. 388/392vta., contra la sentencia de fs. 355/374, la que se revoca en lo que resulta apelado y conforme se expone en el punto siguiente.

2) Condenar a la demandada A. SRL, a pagar a la parte actora la suma que resulte de la liquidación de 776 horas extras de lunes a viernes, declarándola parte integrante del punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 355/374, con todos sus alcances.

3) Costas de la Alzada a la parte demandada, a cuyo fin propongo las regulación de honorarios de los profesionales apelantes de conformidad con el considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como reseña en ajustada síntesis el colega que preside el sorteo de la presente causa, la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 355/374vta. es apelada por las partes, pero tan sólo la actora mantiene abierta la instancia y a tenor del informe de fs. 388/392vta. sin merecer contestación de su contraria, todo conforme luce en la planilla de elevación de fs. 396.

Pese a que reiteradamente se le ha

indicado a la directora del proceso en cuanto a que instruya respecto a la formación de cuerpos de escritura no mayores a doscientas fojas, se insiste en desconocerla y tal como se advierte en la presente resulta sumamente dificultosa la lectura incluso de la demanda sin perjuicio del daño que sufren los escritos y al posible daño involuntario pero previsible que pueden sufrir, de allí que se advierte al respecto.

La queja es parcial y focalizada a la valoración de la prueba respecto de las horas extras reclamadas al inicio y fundadas en el breve párrafo de fs. 33vta. p. III, 4° párr. y que justifica la intimación cursada el 23/01/2003 mediante CD N° *********AR de fs. 12, autenticada a fs. 108 en el que consta, asimismo, su día y hora de recepción (28/10/03 a las 10:45 h), circunstancia demostrativa del quebrantamiento del principio de buena fe requerida en forma especial por la naturaleza del vínculo, adoptada por la demandada al intimar por CD ********AR del 31/01/03 (fs. 69) y que reitera al momento de contestar la demanda a fs. 72 p.1 y 73vta. 1er. párr., en donde no sólo le niega autenticidad, sino que pone injustificadamente en duda su existencia.

Y justamente tal insólita conducta es la que tornó operativa la inversión de la carga de la prueba, al quedar, en principio, admitida por el silencio, la legitimidad del reclamo (arts. 9 y 57 LCT), a lo que sumamos otro dato cierto, el que surge de la valoración de toda la prueba testimonial, permitiendo afirmar sin duda alguna la extensión de la jornada horaria, ya que la duda generada en la disimilitud de los dichos, obra, como consecuencia de la cuestionada extensión protectoria del art. 9 LCT

(modif. de ley 26428) a favor del trabajador (ver, v.gr., “Recientes modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo (Leyes 26428 y 26474)” por Mariela S. Barcia y Sergio J. Alejandro en elDial - DC105D; “La regla in dubio pro operario en materia de apreciación de la prueba” por Miguel Ángel Maza, publicado en redsocialfuva.org.ar; “Reforma laboral de la 'in dubio pro operario' a la ley de contrato de trabajo aumenta riesgo empresario”, Julián A. de Diego, publicado en www.legales.com/tratados/t/Indubio.doc y “Alcances de la regla in dubio pro operario en materia de apreciación judicial de la prueba” por Litterio, Liliana H. publicado en: DT 2009 (mayo), 489), y es que en ninguno de tales testimonios se dice que trabajaba menos de lo que la jornada legal impone sino que las disidencias van desde ésta a más. A la pregunta de cuánto más, vale contestarla con la prueba obtenida por el injustificado silencio, conforme el requerimiento preciso y concreto de fs. 12.

De no haber sido así, considero que las pautas que se señalan en el fallo mantienen vigencia en la medida que se logre una valoración razonable y equitativa de los hechos y a la luz de la normativa vigente.

Y es que en los reclamos basados en supuestos de excepción -como lo es la extensión de la jornada normal de trabajo-, cabe exigir prueba fehaciente de que tal prestación ha existido (crit. CS, sent. del 22/10/91, "B. c. B. M. y C. S. R. L." -DT, 1991-B, 2288 - Fallos: 314:1322; CNTrab., sala I, 6/10/94, "P. c. E. S. S. A.", DT, 1995-A, 1016; sala I, 27/11/98, "Q. c. A. S. R. L.", DT, 1999-B, 2092; “Sobre el reclamo salarial derivado de prestaciones

extraordinarias” por Pose, Carlos, publicado en: DT 2000-A, 865) y muy prudente aplicación del in dubio pro operario en caso de duda razonable, tal como se señala por todos los autores antes señalados.

Insisto, si bien concuerdo con las consideraciones del fallo en cuanto a que los reclamos por horas extras solo pueden prosperar cuando hay una explicitación fáctica que los legitime –con las previsiones apuntadas precedentemente-, no es el caso de autos conforme sus particularidades y la reprochable conducta asumida por la demandada.

Por todo lo expuesto, además de concordar con la opinión del colega preopinante, también lo hago en cuanto a la condena en costas y en el porcentual fijado como honorarios de conformidad con las pautas que gobiernan la materia.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria y advierto respecto a la conformación de cuerpos que no superen las doscientas fojas reiteradamente aconsejadas.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Alonso de Ariet no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora S. B. P., fundado a fs. 388/392vta., contra la sentencia de fs. 355/374, la que

se revoca en lo que resulta apelada y conforme se expone en el punto siguiente.

2) Condenar a la demandada A. SRL, a pagar a la parte actora la suma que resulte de la liquidación de 776 horas extras de lunes a viernes, declarándola parte integrante del punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 355/374, con todos sus alcances.

3) Costas de la Alzada a la parte demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios conjuntos del Dr. D. A. T. y C. I. M., en el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de los honorarios que les resulten en primera instancia.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"