------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 13 días del mes de Octubre del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Vicepresidencia a cargo del Dr. José Luis Pasutti y la asistencia del Dr. Fernando S. L. Royer para dictar sentencia en los autos caratulados: "**R., M. J. c/ S.A. I. E. P. s/ Cob. de Hab. e Indem. de ley**" (Expte. Nº 21.911-R-2010), y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 293, de conformidad con las Acordadas N° 3.202 y 3.204, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Royer, Pasutti y Caneo.----------

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

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

------ **I) ANTECEDENTES**.----------

------ 1.- A fs. 2/11 vta. la Sra. M. J. R. promovió demanda laboral contra S.A. I. E. P. por la suma de $ 33.794,55 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a colectarse en autos, con más los intereses legales, la pertinente actualización por depreciación

monetaria si correspondiere y costas.----------

------ Relató que comenzó a laborar el 12/05/97 en el C. de D. de M. que la demandada posee en el P. I. P. de la ciudad de Trelew, encontrándose encuadrada en la agrupación Maestranza y Servicios, categoría "C" del C.C.T. Nº 130/75 para Empleados de Comercio. A partir de marzo del año 2000 se la designó Encargada del Sector No Comestibles del Depósito, siendo encuadrada en sus recibos de sueldo como "Jerárquicos" a partir de octubre del mismo año, momento desde el cual fue excluida de los beneficios del Convenio Colectivo de Trabajo y por ende no se le abonaron los adicionales por presentismo, zona ni horas extra. A partir de principios del año 2002 fue designada como Jefa de Ventas de la sucursal ubicada en la calle B. Nº ***, dos meses más tarde fue asignada a la sucursal de Av. H. I. Nº *** y posteriormente, en febrero del año 2003, pasó a cumplir funciones de Jefa de Ventas en la sucursal sita en calle P. Nº ****. En el mes de marzo de 2005 aceptó el ofrecimiento de su empleadora de renunciar a cambio de una gratificación.----------

------ Reseñó las responsabilidades que tenía como Jefa de Ventas -abrir y cerrar el local, controlar que el precio que figuraba en las góndolas coincidiera con el precio fijado por la empresa-. Puntualizó que carecía de facultades para la adopción de decisiones

importantes, estaba bajo las órdenes del gerente de la sucursal y fichaba su ingreso y egreso al local a través de una tarjeta magnética.----------

------ Afirmó que en la sucursal de calle P. cumplía una jornada laboral de lunes a domingos de 07:00 hs. a 14:30 hs. y de 17:00 hs. a 21:00 hs. con un franco semanal que era otorgado por el gerente conforme su criterio en cuanto a las necesidades del servicio.----------
---

------ Invocó que sea cual fuere el nombre que la demandada haya dado a la función que desempeñó, la índole de su trabajo habitual permite calificarla en la categoría Personal Administrativo "E" -Encargado de Segunda- del C.C.T. Nº 130/75. Practicó liquidación en la que incluyó: 1) horas extras, calculadas sobre la remuneración que percibió desde el 01/11/03 al 02/03/05; 2) adicional por zona, determinado en base al salario básico de convenio para la calificación profesional y antigüedad que le correspondía por el período 03/04 - 02/05; y, 3) adicional por presentismo, calculado sobre el sueldo devengado, percibido más zona, por el período 03/04 - 02/05. Fundó en derecho su reclamo, prestó declaración jurada de que los datos consignados en la demanda deben constar en los libros laborales del ex empleador y ofreció prueba. Requirió que de prosperar su demanda, se condene a la accionada a entregar el certificado de servicios y remuneraciones en formulario del

ANSES y el certificado de trabajo previsto por el art. 80, L.C.T., con los datos reales pertinentes.----------

------ 2.- Corrido traslado, a fs. 27/34 contestó la Sociedad Anónima I. E. P..----------

------ Negó genérica y puntualmente hechos argumentados en la demanda. Afirmó que por su encuadre no le correspondía a la actora percibir jornada extraordinaria y a la par negó que haya laborado las horas extras que denunciara en el escrito de demanda. Desconoció que no tuviera poder de decisión. Impugnó genéricamente la liquidación presentada por la actora, rechazó la cantidad de horas y de días, el cálculo del salario por hora suplementaria, e invocó que incluye períodos prescriptos a tenor de la fecha de extinción del contrato de trabajo, intimación e interposición de la demanda.----------

------ Efectuó un relato de su visión de los hechos, en el que señaló que la actora desempeñaba tareas de control y supervisión con personal a cargo: “supervisaba que el local estuviera en condiciones para la venta y la atención al público, supervisando, ordenando y coordinando la tarea de los repositores -externos e internos-, supervisaba al personal de los sectores de perecederos y de línea de cajas, con atribuciones de modificar horarios, otorgar permisos de salidas, aceptar cambios de turnos, informar sobre faltas laborales y

requerir sanciones; controlaba las mermas y/o faltantes de mercaderías del local; controlaba el correcto ingreso de mercadería de los proveedores y abría y cerraba el local cuando no lo hacía el gerente" (fs. 30 anteúltimo párrafo).----------

------ Invocó que la accionante consintió la modalidad contractual, en la que se le pagaba un salario muy superior al que correspondía a la categoría profesional máxima que abonaba a sus empleados, el que compensaba una actividad jerárquica de mayor responsabilidad y esporádicamente más horas, al que se le sumaban tickets canasta que alcanzaban un 10 % del salario. Encuadró a la actora dentro de la excepción prevista por el art. 3, inc. a) de la Ley Nº 11.544. Para el improbable supuesto de que se hiciera lugar a la acción, planteó que con los salarios pagados en los períodos reclamados abonó con creces las horas extras efectivamente laboradas por la accionante, encontrándose absorbida la diferencia. Fundó en derecho y ofreció prueba.----------

------ 3.- El Tribunal de Origen dictó sentencia a fs. 220/224, rechazando la demanda entablada por M. J. R. en contra de Sociedad Anónima I. E. P.. Impuso las costas a la demandante vencida y reguló honorarios.----------
----

------ Apeló la actora a fs. 224 vta., presentando a fs. 229/237 vta. el informe respectivo. Corrido traslado de la expresión de agravios a la demandada, ésta última no respondió el traslado conferido.----------

------ **II) LA SENTENCIA DE LA CÁMARA**.----------

------ Mediante la sentencia definitiva de fs. 243/247 vta., del 26/02/09, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew confirmó el fallo apelado. Impuso las costas de alzada a la parte apelante vencida y no reguló honorarios a los Dres. A. y R. atento al pacto de cuota litis homologado a fs. 178 y a que las costas se impusieron a su mandante.----------

------ El primero de los magistrados votantes, Dr. López Mesa, analizó si la actora encuadraba o no dentro del concepto de personal jerárquico (art. 3, inc. a, Ley Nº 11.544), a la luz de la interpretación ya efectuada por la Sala en la causa caratulada "M., O. A. c/ S. N. S.A. s/ Cobro de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. N° 22084/2006), transcribiendo textualmente el voto del Dr. Ferrari en aquel pronunciamiento (fs. 244, primer párrafo/fs. 244 vta. primer párrafo). Entendió que ese voto podía ser aplicado prácticamente sin adaptación alguna al *sub lite*, presidiendo su solución al presente pleito, por configurar un precedente que sienta un criterio pacífico en la materia (fs. 244 vta., 2do. párrafo). Citó otros fallos con análogo criterio. Consideró que las alegaciones de la

actora de que ella era una mera avisadora que carecía de poder real de dirección, no se vieron reflejadas en prueba concreta y convincente que demuestre que la categoría directiva que se le concediera era un mero ardid para lograr su desempeño en largas jornadas, sin la debida compensación por horas extras. Valoró negativamente la conducta de la actora al prestar declaración confesional. Concluyó que en el caso de autos, además de contrariar la doctrina legal de la Sala, la pretensión de la recurrente se encuentra contradicha por sus propios reconocimientos.----------

------ A continuación, el Dr. Ferrari, compartió la postura sostenida por el magistrado preopinante. Valoró que la propia actora relató que tenía la responsabilidad de abrir y cerrar el local y que debía controlar que el precio que figuraba en las góndolas coincidiera con el fijado por la empresa. Puntualizó detalles aportados por los testigos. Concluyó que con tales elementos basta y sobra para tener en claro las funciones jerárquicas que investía la actora y las importantes responsabilidades a su cargo, que enmarcan con toda claridad dentro de la previsión del art. 3 de la Ley Nº 11.544, en cuanto hace excepción al régimen previsto en dicha norma cuando se trate de empleos de dirección o de vigilancia. Siguiendo el criterio mantenido en casos análogos, citados por el colega pre-votante, opinó que, además de la falta de reclamo durante el curso de la relación laboral, así como en virtud de las tareas y el cargo de revista de la actora, ella estaba excluida de la aplicación de los arts.

20 y 40 del C.C.T. Nº 130/75 y del régimen de pago de horas suplementarias previsto en la Ley Nº 11.544. Compartió la resolución propuesta por el Dr. López Mesa.----------

------ **III) EL RECURSO**.----------

------ A fs. 250/268 la actora interpuso casación por arbitrariedad, declarada formalmente inadmisible por la Alzada (fs. 270/271 vta., SIL N° 22/09), la que luego esta Sala decidió mal denegada, según reza el testimonio de Secretaría glosado a fs. 282 y vta.. Puestos estos autos a disposición de las partes, conforme lo exige el art. 296 de la Ley XIII, N° 5, ninguna de ellas ejerció la facultad que les acuerda la norma citada.----------

------ Enunció el cumplimiento de requisitos formales y relató antecedentes de la causa. Detalló por separado los agravios que le provoca la sentencia impugnada, la que calificó de arbitraria y desajustada a derecho. Concretó cuatro críticas.----------

------ A) Errónea aplicación del art. 3, inc. a) de la Ley Nº 11.544. Resaltó que, por su contenido, la es reglamentaria del derecho consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Invocó que tratándose el supuesto contemplado en el inciso individualizado una excepción a un régimen general, máxime reglamentario de un derecho constitucional, es de interpretación

restrictiva y de aplicación estricta. Derivó de ello que si la excepción afecta a los "empleos de dirección o vigilancia", sólo puede entenderse que los mismos son aquellos en los que el trabajador desempeña exclusivamente esas labores. En ese orden de ideas, no corresponde confundir tareas de dirección con tareas de supervisión o de otras responsabilidades. Sostuvo que quien ostenta un cargo de dirección en una empresa, gobierna, manda con autoridad, crea e impone las reglas e, indudablemente, ostenta poder disciplinario y sancionatorio sobre sus subordinados. Distinguió dichas tareas de las de supervisión. Enmarcó estas últimas en lo previsto por el art. 12 del C.C.T. Nº 130/75 -encargado de segunda-. Cuestionó que el primero de los votos pronunciados no vincule sus conclusiones con la plataforma fáctica probada en autos. Analizó una a una las tareas que el magistrado que votara en segundo término consideró probadas y concluyó que ninguna de ellas es de dirección o vigilancia. Criticó y calificó de equivocados los datos que el Dr. Ferrari entendiera esclarecedores. Expuso otros testimonios vertidos. Se agravió de que fueran soslayadas las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, las que, afirmó, objetivamente analizadas arrojan un resultado diametralmente opuesto al asignado por los juzgadores. Calificó de arbitrario el decisorio impugnado por haber vulnerado el art. 385 del C.P.C.C.. Afirmó que no se trata de una mera discrepancia pues de la prueba producida se desprende unívocamente una conclusión distinta. Cuestionó que la Alzada

entendiera que el personal jerárquico carece de derecho al cobro de horas extraordinarias, por más que a la par realice también labores codo a codo con sus dependientes. Sostuvo que dicha concepción se aparta de la interpretación restrictiva y estricta que corresponde darle a la excepción prevista por el art. 3, inc. a) de la Ley Nº 11.544. Señaló que frente a dos o más interpretaciones posibles de una norma jurídica laboral, debe preferirse siempre la que favorezca al trabajador (art. 9, L.C.T.). Citó lo valorado por los legisladores al sancionar la Ley Nº 26.428. Concluyó que no sólo en la valoración de la prueba, sino también en la interpretación de la ley, los Sres. Jueces se han apartado de la manda legal, haciendo una aplicación extensiva de un instituto de excepción, en contraste con lo dispuesto en el art. 9 de la L.C.T.----------

------ B) Ilógica valoración de la prueba confesional y rebuscada aplicación de la doctrina de los actos propios. Se agravió de la interpretación que dio el primero de los magistrados votantes a la respuesta que brindara en la audiencia confesional. Recordó que al demandar expresó que cotidianamente, diariamente, habitualmente, permanentemente, trabajaba horas por encima de la jornada legal de trabajo. Señaló que en tal escenario la respuesta -no es cierto- a la afirmación formulada por la contraria -que eventualmente laboraba más de ocho horas diarias- luce absolutamente concordante con la postura sustentada en su escrito de inicio de la jurisdicción. Afirmó que si hubiera contestado de

manera diferente, ello hubiera configurado un reconocimiento de que la jornada laboral de más de ocho horas era esporádica u ocasional y no habitual. Calificó de ilógico y contrario a lo exigido por el art. 385 del C.P.C.C. al razonamiento seguido.----------

------ C) Omisión de expedirse sobre cuestiones planteadas. Invocó que nada justifica que la Cámara haya obviado pronunciarse sobre la procedencia o no de los rubros Zona y Adicional por Presentismo, que fueran desestimados por el Juez de grado con el argumento de que la actora se encontraba "fuera de convenio". Sostuvo que se expidió sobre las horas extras reclamadas pero nada dijo sobre los otros conceptos pretendidos y que la exclusión del régimen de la jornada legal de trabajo, no implica necesariamente que deba estar excluido del C.C.T. que rige la actividad. Afirmó que de este modo se conculcó lo dispuesto por el art. 163, inc. 6, del C.P.C.C..----------

------ D) Efecto asignado a la falta de reclamo durante la vigencia de la relación laboral. Se agravió de que el razonamiento introducido no rebate sus razones para no reclamar durante la vigencia de la relación laboral. Esgrimió que está plenamente acreditado que realizaba horas extras, lo que se discute es si tenía o no derecho a cobrarlas mas no su existencia. Argumentó que si está comprobado que trabajaba horas extras no corresponde aplicar presunción alguna en su contra con fundamento en que no reclamó su pago

anteriormente, siendo la definición de si correspondía o no percibirlas una cuestión de derecho, no de hecho, marco en el que no caben presunciones, por lo que resulta irrelevante la falta de reclamo durante la vigencia de la relación laboral. Puntualizó que en el memorial de agravios fundó su posición en doctrina y jurisprudencia que no fue tenida en cuenta. Señaló que la omisión de considerar argumentos conducentes tiñe de arbitraria la sentencia recurrida. Citó fallos de la C.S.J.N..----------

------ Solicitó se case la sentencia recurrida y se haga lugar en todas sus partes a la demanda impetrada, con expresa imposición de costas.----------

------ **IV) DICTAMEN DEL SR. PROCURADOR GENERAL**.-----

------ A fs. 287/288 emitió dictamen el Sr. Procurador General, el que opinó que la realidad de los hechos denotada por la prueba de autos habilitó la aplicación del régimen de liquidación de salarios tal como fue efectuada por la demandada, por lo que propició el rechazo del recurso de casación intentado.----------

------ **V) ANÁLISIS**.----------

------ 1.- El Dr. López Mesa, primer votante en el decisorio en crisis, sostuvo su decisión en un antecedente de la Sala A, “M., O. A. c/ S.

N. S.A. s/ Cobro de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. N° 22.084 – año: 2006), sentencia del 3 de Mayo de 2007, registrada bajo el N° 28 de 2007 – SDL. Gran parte de su voto importó la transcripción de lo dicho por la Sala en aquél pronunciamiento. Textualmente expresó "Creo que este voto puede ser aplicado prácticamente sin adaptación alguna al *sub lite*, de donde la solución que él marca es la que presidirá la de este pleito, al configurar un precedente de esta Sala que sienta un criterio pacífico en la materia" (ver fs. 244 vta., 2do. párrafo). A la luz de lo allí resuelto concluyó que lo reclamado en el caso contrariaba la "doctrina legal de la Sala" (ver fs. 245 vta., 3er. párrafo).----------

------ El Dr. Ferrari, segundo votante, si bien de manera más indirecta, también refirió a lo allí decidido (ver fs. 247, 3er. párrafo).----------

------ No puedo dejar de advertir que el antecedente citado en sustento de la decisión, el que se pretende sienta un criterio pacífico -"doctrina legal de la Sala"-, fue casado por este Superior Tribunal mediante S.D. registrada bajo el N° 12/S.R.E./08, de fecha 10/10/08, oportunidad en la que en mi voto expresamente puntualicé que dadas las distintas líneas de interpretación y aplicación que existían en la doctrina y la jurisprudencia, lo que incluía a la jurisprudencia provincial, la Sala podría "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".----------

------ En la S.D. Nº 15/S.R.E./07 tuve oportunidad de expedirme respecto de la naturaleza de la necesidad del seguimiento de la doctrina legal expuesta por el Tribunal. Señalé allí que "si bien no existe ninguna norma escrita que consagre la obligación formal de los tribunales anteriores de acatar la jurisprudencia de la Corte, no obstante ello, ésta ha reiterado que carecen de fundamentos las sentencias que se apartan de los "precedentes" de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el alto tribunal en su carácter de intérprete supremo de la constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia".----------

------ Dije que: "... la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Cerámica San Lorenzo, S.A. s/ Incidente de prescripción" (Conf.: C.S.J.N., 4/7/85, LL, 1986-A-178), descalificó el fallo apelado por arbitrario, porque sin fundamentación seria, se apartó de la interpretación que la Corte tiene sentada en precedentes análogos sobre la misma norma que aplicó el tribunal y los contradijo. Así sostuvo: "...no obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellos (Conf.: Doctr. de Fallos,

25:364). De esa doctrina, y de la de Fallos, 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Conf.: Causa: "B. , C. A., s/ extorsión" [ED, 97-732])...".----------

------ "Luego de "*Cerámica*", la Corte en "P.L.B." volvió a sostener que el deber de los tribunales inferiores de conformar sus decisiones con aquéllas, se funda en "la autoridad del tribunal", aunque es factible que se aparten de la doctrina de la Corte fundándose en razones no examinadas o no resueltas por la misma (C.S.J.N., 26/10/89, ED, 136-453; Fallos, 318:2103). Y en "*Encinas*" terminó por calificar como arbitraria una sentencia que desconoce la doctrina judicial de la Corte, aún en temas de derecho común, sin dar razones no examinadas o no resueltas por ella, para poder apartarse de su criterio (Conf. C.S.J.N., Fallos, 321:2294)" (Conf. S.T.J.CH., S.D. N° 15/S.R.E./07).----------

------ Carlos Nino señala que hay una racionalidad específica para la actuación en obras colectivas. A ello refiere con la analogía de la construcción de una catedral a lo largo de un período extenso de tiempo. En un modelo de racionalidad colectiva las decisiones son

parte de un proceso de interacción colectiva que se extiende en el tiempo (Conf. Carlos Santiago Nino, “Fundamentos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, 1ª reimpresión, pág. 63 y ssgts.).----------

------ Y quien contribuye en forma independiente a la obra colectiva, entiendo que tal es el caso del Juez al dictar una sentencia, no puede adoptar la estrategia simple de amoldar la realidad, aún con todas las limitaciones que da la escasez de recursos, a un modelo ideal -el suyo-, sino que debe tomar en cuenta no sólo las decisiones pasadas -suyas y de otros Jueces- sino también las posibles contribuciones futuras (Conf. Carlos Santiago Nino, Op. Cit., pág. 65).----------

------ Ya sostuve en otros pronunciamientos que este Tribunal no ha compartido irrestrictamente la doctrina del “stare décisis”, salvo en aquellos supuestos de ciertos valores jurídico-políticos de especial significación que requieren indefectiblemente de pronunciamientos uniformes que reafirmen la seguridad de las instituciones, ratifiquen la confianza del pueblo en la justicia y consoliden un sistema útil y efectivo (Conf. S.D. N° 30/93 “S....” y otras). No obstante, desde ese modelo de racionalidad colectiva, siempre he tenido en especial consideración la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que descalifica pronunciamientos por arbitrarios cuando -sin fundamentación seria- se apartan de la interpretación que tiene sentada en precedentes análogos sobre la

misma norma que aplicó el tribunal y los contradijo (LL, 1986-A-178) (Conf. S.T.J.CH., S.D. N° 13/S.R.E./07).----------

------ Similar razonamiento cabe aplicar respecto de los pronunciamientos dictados por éste Superior Tribunal, especialmente cuando los mismos tuvieron por fin sentar un criterio unívoco en la jurisprudencia local.----------

------ En tal sentido, en autos, partiendo de la doctrina de la arbitrariedad, expuesta por la Corte Nacional en los fallos: ED Rep. 19-1183, Fallos, 266:106; 267:443; 282:295; 312:195, S.T.J.CH., S.D. Nº 47/92, la misma aparece patente atento el apartamiento injustificado de precedentes del Tribunal en los que fijara doctrina legal sobre la cuestión en debate.----------

------ En el *sub lite*, fundaron los Camaristas su decisión en un antecedente que fuera casado por esta Sala mediante S.D. Nº 12/S.R.E./08, habiendo este Tribunal contemporáneamente dictado la S.D. registrada bajo el N° 11/S.R.E./08, en la que, referida al mismo tema, casara otra sentencia de igual Cámara de origen. En dichas ocasiones se explicitó el objetivo de fijar un criterio unívoco jurisprudencial a nivel provincial. Frente a ello, la Sala A se apartó de lo decidido sin individualizar elementos diferenciadores o novedosos de los seguidos por este Cuerpo, capaces de conmover la doctrina actualmente vigente sobre esta materia, a lo que cabe

agregar que bien pudieron los Camaristas dejar a salvo su opinión personal, si así lo hubieran entendido, en aras de evidentes razones de celeridad y economía procesal.----------

------ No olvido que en lo que respecta al ámbito vinculado a los procesos de naturaleza laboral, 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 (Conf. S.I. N° 53 y 58/90, 49/99; S.D. N° 20/97 y 10/99, 30/04, entre otras).----------

------ Sin embargo, en virtud de las razones ya apuntadas, considero que la sentencia en crisis es arbitraria por haberse apartado de precedentes de este Superior Tribunal, citando en apoyo de lo resuelto una sentencia de la Sala que fuera oportunamente casada, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada, ni diferenciar, con fundamento en la valoración de la prueba, las situaciones de hecho planteadas en uno y otro caso. ASI LO VOTO.----------

------ Ello así, conforme lo determina el art. 299 de la Ley XIII Nº 5 del Digesto Provincial (art. 296 del C.P.C.C.), corresponde a este

Superior Tribunal resolver el caso a la luz de la doctrina cuya aplicación se declara, análisis en el que he de ingresar a continuación.----------

------ 2.- En autos "T., M. S. y otros c/ S. N. S.A. s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley", (Expte. N° 21.173-T-2007), S.D. N° 11/S.R.E./08 y "M., O. A. c/ S. N. S.A. s/ Cobro de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. 21.174-M-2007), S.D. Nº 12/S.R.E./08, ambas sentencias de fecha 10/10/2.008, este Tribunal interpretó los alcances del inciso "a" del art. 3° de la Ley N° 11.544 -excepción al régimen de jornada laboral prevista por el art. 1° de la misma norma-.----------

------ El primer voto fue emitido por el Dr. Caneo quien puntualizó: 1) que a pesar que por recibo los actores revestían la categoría de "Jefe de ..." se acreditó que "igualmente seguían cumpliendo las tareas que desempeñaban con anterioridad a esa nueva condición y a la par de sus compañeros, amén de impartir ciertas directrices"; 2) ninguno de los actores realizaba o ejercía estrictamente funciones de dirección o gerencia, los actores a pesar de haber tenido personal dentro de su sección, nunca tomaban decisiones por sí mismos, sino que las instrucciones eran impartidas por otros; 3) ante el reconocimiento de diversas tareas incompatibles con la categoría denunciada, las que no sólo involucraban, exclusivamente, actos de dirección, corresponde el apartamiento del régimen excepcional en el que se pretendió encuadrar; 4) las tareas del personal de

dirección no demandan, en general, un esfuerzo físico importante, se tratan más bien de tareas eminentemente intelectuales, que requieren que no se ajusten a pautas y horarios concretos pues los aspectos decisorios no pueden esperar un horario determinado, el funcionario de alto nivel comparte una ubicación muy cercana de los titulares de las empresas y no puede pensarse que un empresario pueda tener un horario predeterminado y preestablecido; 5) 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 Nº 11.544, la que debe sujetarse a una interpretación restrictiva.----------

------ Me tocó a mi dirimir la cuestión como segundo votante. Compartí la solución que propiciara el Dr. Caneo por entender que: 1) se probó que los actores realizaban funciones que lógicamente excedían el marco legal de las tareas exclusivas de dirección que se contemplan como excepción; 2) el inc. "a" del art. 3° de la Ley Nº 11.544 impone una interpretación restrictiva; 3) en el caso se encuentran diluidas las funciones estrictamente de dirección o gerenciales, intervención directa en la toma de decisiones (poder de dirección, de organización, disciplinario); 4) 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, no todo personal jerárquico queda eximido automáticamente de la

jornada, sino que quien pretende hacer operar la excepción debe acreditar que aquél cumplía funciones de ese tipo; 5) debe entenderse por tareas de dirección o gerencia al personal que tiene poder de decisión dentro de la empresa; 6) la cuestión litigiosa debe resolverse en consonancia con el principio de la realidad; 7) en virtud del principio *pro homine*, el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana.----------

------ Ello así, al fijar doctrina de la excepción prevista por el art. 3°, inc. "a" de la Ley Nº 11.544, concretamos el siguiente estándar de análisis: 1) interpretación restrictiva de la excepción; 2) aplicación del principio de la "Primacía de la realidad"; 3) la tarea debe involucrar estrictamente funciones de dirección o gerencia, las que se definen como tareas intelectuales, con poder de decisión (poder de dirección, de organización, disciplinario).----------

------ 3.- Ello así, careciendo la sentencia recurrida de argumentos nuevos, distintos y superadores de los considerados por esta Sala al fijar la doctrina reseñada en los párrafos precedentes, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew debió analizar la prueba producida en el presente proceso a la luz del estándar previamente definido, tarea a la que he de avocarme a continuación.----------

------ En su escrito introductorio la actora afirmó que por el período reclamado sus tareas consistían en abrir y cerrar el local y controlar que el precio que figuraba en las góndolas coincidiera con el fijado por la empresa, invocó que carecía de facultades para la adopción de decisiones importantes -no podía aplicar ningún tipo de sanción, modificar turnos de labor, fijar precios de productos ni decidir qué mercaderías se pondrían de oferta-, puntualizó que estaba bajo las órdenes del gerente de la sucursal y fichaba ingreso y egreso al local a través de una tarjeta magnética (fs. 2/11 vta.). La demandada en su escrito de responde afirmó que eran ciertas las tareas específicas que calificaban al Jefe de ventas, negó que no tuviera poder de decisión, invocó que la accionante dependía en forma directa del gerente de sucursal en la categoría inmediata inferior, desarrollando entre otras tareas las siguientes: supervisaba que el local estuviera en condiciones para la venta y la atención al público -supervisando, ordenando y coordinando la tarea de los repositores-, supervisaba al personal de los sectores de perecederos y de línea de cajas, con atribuciones de modificar horarios, otorgar permisos de salidas, aceptar cambios de turnos, informar sobre faltas laborales y requerir sanciones; controlaba las mermas y/o faltantes de mercaderías del local, controlaba el correcto ingreso de mercaderías de los proveedores y abría y cerraba el local cuando no lo hacía el gerente. En la sucursal P. tuvo aproximadamente ocho personas a cargo (fs. 27/34).----------

------ Al absolver posiciones el representante legal de la demandada, Sr. J. G. W., a la posición quinta "PARA... que la actora carecía de facultades para aplicar medidas disciplinarias a otros empleados", respondió: "No es cierto. Podía solicitar las mismas por la función que ejercía" (ver fs. 98).----------

------ Preguntados los testigos propuestos por la parte actora sobre las tareas que desempeñaba la Sra. R. manifestaron: 1) "La veía con una carpetita, hablando con la gente, con los repositores, la veía salir de una oficina, pero no se que trabajo hacía" (Sra. M. A. L., conoció a la actora a raíz de su trabajo en L. A., fs. 102/vta., quinta pregunta); 2) "a veces la veía cobrando, otras veces como cambiando los ticket, una vez me la encontré en la carnicería atendiendo porque habían faltado empleados, la función específica no se cual era, yo la conocía de saludarla" (M. F. F., la conoció en L. A. cuando iba a comprar, fs. 105, cuarta pregunta); 3) "supervisar, hacer la apertura del local, controlar los empleados, a los repositores, a los sectores, ella tenía que tener la autorización del gerente para aplicar algún tipo de sanción y esta a su vez tiene que tener la autorización del gerente zonal. Ellos no pueden poner un precio, pueden hacer cambio de precios, si así se lo indican de Buenos Aires, pero ellos no tienen la libertad de fijar precios; en las góndolas cambian los precios si no lo hace un empleado. Generalmente hay una persona que se encarga de cambiar los precios por orden del jefe de ventas" (cuarta pregunta), relató que

si tenía que pedir algún cambio de turno o de horario “primero se lo preguntaba al jefe de venta y este lo consultaba con el gerente para ver si se podía realizar el cambio” (segunda pregunta formulada por el Dr. C.) (Sra. B. L. S., trabajó para L. A., la actora era su jefa, fs. 107/vta.); 4) “... R. era jefe de ventas, reponía cuando no venía el repositor, cambia precios de góndolas, atendía al público, se sentaba en la caja cuando no venían las cajeras, era jefe de ventas” (primera pregunta), respondió que la actora no podía aplicar sanciones “las aplicaba el gerente y sino arriba está el gerente zonal que manda a todos los gerentes” (primera pregunta formulada por el Dr. R.), señaló también que si tenía que solicitar cambio de horario se lo pedía al gerente (segunda pregunta formulada por el Dr. R.) (Sra. N. I. H., empleada de L. A. hasta noviembre de 2004, fs. 108).----------

------ La demandada ofreció como prueba el testimonio de la Jefa de personal, Sra. C. M. M., quien detalló que la tarea de los jefes de ventas en las distintas sucursales consiste en “control del salón de ventas, control de personal a cargo, supervisión de góndolas, recepción de mercadería, control de horario del personal” (quinta pregunta), señaló que la actora “tuvo personal a cargo ... en la sucursal de P. alrededor de 20 personas, dentro de la sucursal gerente es el cargo máximo y después sigue el de jefe de ventas” (sexta pregunta), que su función respecto de estos empleados era

"control del trabajo, supervisión del trabajo, control de horarios, cambios de horarios, autorización de cambios de horarios, solicitar sanciones primero al gerente y de ahí a la jefa de personal" (séptima pregunta) y respecto de los precios de los productos en venta "... control que estén colocados los precios que salen por sistema en las góndolas y el control de cuando hay mercadería a vencerse puede solicitarse al gerente una baja en el precio" (octava pregunta). Interrogada luego por el letrado de la parte actora señaló que la función del Jefe de ventas es "operativa de control" (segunda pregunta), y aclaró que los Jefes de ventas no tiene personal administrativo a su cargo (tercera pregunta), que las cajeras dependen jerárquicamente del gerente de sucursal (cuarta pregunta) y que quienes tienen la facultad de aplicar sanciones al personal son "por lo general el gerente, el gerente zonal, la jefa de personal, el jefe administrativo zonal, el jefe de ventas lo solicita, es quien lo transmite y solicita la sanción" (novena pregunta) (fs. 103/104).-----
---

------ Ofreció también la demandada el testimonio del Jefe de ventas de la sucursal C., Sr. C. F. S. P., quien preguntado sobre las funciones del cargo respondió: "venimos a ser como el segundo del gerente, abrimos y cerramos el local, tenemos a cargo al personal, controlamos todo lo que es mermas, ventas, horas extras, vacaciones.- Nosotros también manejamos llegadas tardes, ausencias, nosotros *en caso de una de estas faltas avisamos al gerente y él*

es quien toma la decisión, llamado de atención o suspensión depende lo que le corresponde.- Nosotros controlamos los precios, nos mandan un cambio de precio y eso lo hacemos nosotros, por ahí si hay productos descontinuados (fechas cortas de vencimiento) *se avisa al gerente para que baje el precio*.- Llegamos a la mañana, sacamos del sistema el listado de precio y se cambian de las góndolas, tenemos una chica a cargo de precios.- Yo tengo personal a cargo, los 110 empleados están bajo mi control, en Sucursal C.; cuando no está el gerente estamos a cargo de toda la sucursal, y si está el gerente las cajeras, tienen supervisores y después está el gerente" (tercera pregunta) (fs. 106/vta.).----------

------ Partiendo de la exigida interpretación restrictiva de la excepción prevista por el art. 3°, inc. "a" de la Ley Nº 11.544, de los testimonios vertidos no puedo más que concluir que las tareas que desarrollaba la actora excedían el marco de dirección y vigilancia. Atendía con regularidad al público, controlaba que los precios informados por el sistema coincidieran con los existentes en las góndolas y, centralmente, carecía de toda facultad autónoma de decisión. Toda resolución debía consultarla con el gerente, incluso decisiones menores, v. gr. un cambio de horario o de turno. Al gerente debía informarle hasta las llegadas tarde a fin de que él resuelva. Esta carencia absoluta de facultad de decisión se refleja también en su incapacidad para aplicar sanciones disciplinarias, no podía aplicar siquiera un llamado de atención. La propia Jefa de

personal define sus funciones como "operativas de control", funciones de supervisión que de conformidad con la prueba producida no le conferían a la actora poder alguno de dirección, organización -no podía siquiera coordinar cambios de turno- o disciplinario.----------

------ Ya en los anteriores precedentes dije que la carga de la prueba pesa sobre quien pretende hacer valer la excepción. Ello así, en el caso tampoco se probó que la actora encuadrara en el supuesto previsto por el art. 11, inc. "b", Dto. Nº 11.115/33. No invocó la demandada en su escrito de responde que la actora sustituyera al gerente, lo único que alegó y probó fue que abría el local de la sucursal P. cuando no lo hacía el gerente (ver fs. 30, 3er. párrafo y fs. 99 vta., absolución de posiciones de la actora, respuesta décimo octava pregunta). Más allá que, reitero, no fue invocado en el escrito de contestación de demanda, la única declaración testimonial que desliza tal posibilidad es la vertida por el Jefe de ventas de la sucursal C., empleado de la accionada en una sucursal distinta de la que se desempeñaba la actora, siendo que del resto de la prueba testimonial producida no surge que hubiera subrogado al gerente de sucursal. Ni siquiera se encuentra reflejada tal función en lo informado por la Jefa de personal de la empresa demandada. Ninguna prueba acompañó la demandada que acredite que la Sra. R., siquiera ocasionalmente, subrogara al gerente de sucursal y que

en ejercicio de tal función hubiera tomado alguna decisión.----------
---

------ No puedo más que concluir que la Sra. R. desempeñaba a las órdenes de la demandada tareas propias de la categoría “encargado de segunda”, contemplada por el art. 12 del C.C.T. Nº 130/75.------
---

------ En el contexto expuesto la actora no puede ser encuadrada en el inc. “a” del art. 3° de la Ley Nº 11.544. ASÍ LO VOTO.----------

------ 3.a.- Citando a Nino dije que en este proceso de interacción colectiva debe tenerse en cuenta no sólo las decisiones pasadas sino las posibles contribuciones futuras. Fue así que al interpretar en los anteriores pronunciamientos el alcance de la excepción prevista por el art. 3°, inc. a) de la Ley Nº 11.544 valoré no sólo la norma imperante y la interpretación dada a la misma por la jurisprudencia y la doctrina, sino que también, a título informativo e ilustrativo, puntualicé la existencia de un proyecto de ley para modificar la norma en análisis.----------

------ Sin perjuicio de que la modificación no rija la situación en análisis, no quiero cerrar este apartado sin previamente puntualizar que la Ley Nº 26.597 sustituyó finalmente la redacción del inc. a),

art. 3° de la Ley Nº 11.544, limitándose ahora la excepción a "Cuando se trate de directores y gerentes".----------

------ 4.- Debo ingresar ahora en el análisis concreto de la prueba de las horas extras que se dicen trabajadas.----------

------ "*L*a formación del material de conocimiento en el proceso, constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez: *secundum allegata et proba* - quien alega un hecho debe probarlo. La carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo, es decir, del perjuicio eventual que puede originarse en no probar lo que sea menester" (Conf. S.T.CH. S.D. N° 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/S.C.A./97, 6/S.C.A./98, con cita de Hugo ALSINA y jurisprudencia de la C.S.J.N.). Dicha carga asiste en principio a la actora, pues quien demanda, quien pretende, debe probar los hechos que sustentan su pretensión en juicio para convencer al juez de su verdad, sin perjuicio de la obligación de quien es traído al pleito de probar los hechos impeditivos o extintivos que oponga a aquélla pretensión ... salvo los supuestos en que la ley hace pesar la carga de probar, específicamente en la accionada (inversión de la carga de la prueba) (conf. S.T.J.CH., S.D. Nº 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 19/99).----------

------ "Las reglas de la carga de la prueba que se enderezan a determinar quien debió probar determinado hecho y sin embargo

no lo hizo, cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo" (Conf. S.T.J.CH., S.D. Nº 15/SRE/99 y 10/SCA/00, con cita de Peyrano, "Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo. 13, "La Prueba I", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1997, pág.98).----------

------ En el caso, la carga de la prueba de las horas suplementarias trabajadas incumbía, en principio, a la actora (art. 381, Ley XIII, N° 5). Así es aún en el Derecho Laboral, de naturaleza esencialmente protectiva (ver, S.D. N° 01/S.C.A./05, con cita de S.D. N° 07/S.C.A./04), salvo que opere algún supuesto de inversión de la carga probatoria.----------

------ En lo que respecta a la intensidad de la prueba a producir, ninguna carga adicional debe imponerse a la prueba de las horas extra. La misma es exactamente igual que a la de cualquier otro rubro. Ya adopté tal posición en S.D. Nº 11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08, oportunidad en la que señalé que exigir un rigorismo probatorio extremo no tiene asidero legal, porque no media en este caso, ninguna diferencia con otro rubro de naturaleza laboral, los actores están sometidos a las mismas cargas procesales que para otros rubros. Es más, no hay norma alguna que imponga procesalmente tal rigorismo y exigir prueba minuciosa, milimétrica

de horas y fechas precisas; la tornaría prácticamente de imposible realización.----------

------ El tema de las horas suplementarias u horas extras es absolutamente casuístico, su prueba y valoración de los hechos deben ser revisadas con detenimiento, haciendo un análisis de la realidad en el ámbito específico en que se desarrolló la actividad, observando cómo funciona la empresa y el sector para situarse en un tiempo-espacio, y la función específica del trabajador en particular dentro de ese contexto, a fin de no caer en desprotección del trabajador, quien muchas veces está imposibilitado de producir pruebas fehacientes, claras y contundentes, pero sin caer en abusos protectorios (Conf., Máximo M. Zavalía, "Horas extras. Análisis conceptual y vinculación con la jornada de trabajo. Alcances en la doctrina y jurisprudencia", Doctrina Laboral Errepar, t. XXII, p. 486, mayo 2008).----------

------ 4.a.- Incorporaron ambas partes al proceso prueba confesional, testimonial y pericial.----------

------ Al promover la demanda la Sra. R. invocó que en la sucursal de la calle P."cumplía una jornada laboral de Lunes a Domingos, de 7:00 hs. a 14:30 hs. y de 17:00 hs. a 21:00 hs., con un franco semanal que era otorgado por el Gerente conforme su criterio en cuanto a las necesidades de servicio" (ver fs. 3, 4to. párrafo).

Denunció entonces una jornada laboral de once horas y media diarias, sin embargo, liquidó luego los rubros reclamados sobre una jornada de once horas diarias (ver fs. 5 vta./9 vta.).---------

------ La demandada negó el horario invocado por la actora como laborado en la sucursal P. (fs. 27 vta., anteúltimo párrafo) y las horas extra denunciadas en el escrito de inicio (fs. 27 vta., último párrafo). Relató que si bien por la categoría profesional de la Sra. R. hubo algunas jornadas de labor que se extendieron más allá de las ocho horas diarias, nunca lo fueron de 12, 11 o 10 horas diarias, ni 24 horas extraordinarias por semana, ni tampoco trabajó todos los sábados y domingos (fs. 29, 4to. párrafo). Puntualizó que el control de ingreso y egreso del personal se realiza mediante un sistema magnético, calificó de desmedido al reclamo de "753 hs. al 50 % y de 1227 hs. al 100 % cuando en realidad el total de horas fuera de su horario habitual, en el período reclamado fue de 697" (fs. 31 vta., 2do. y 3er. párrafo).----------

------ Preguntado el representante legal de la demandada al absolver posiciones sobre si la actora laboraba habitualmente más de 8 horas por día, contestó "Si es cierto", respondió también que *no* era cierto que se desempeñara en el horario por ella individualizado al promover la demanda (fs. 98).----------

------ Preguntados los testigos sobre el horario y los días de trabajo en los que se desempeñaba la actora en el local de L. A. de la calle P. afirmaron haberla visto a las 10,30, 2, 2,15 hs. y de 5 a 9 hs. por la tarde todos los días e incluso los días feriado (fs. 102/vta., Sra. M. A. L.); que cumplía horario cortado, salvo alguna eventualidad que podía tener que quedarse una o dos horas más, de 9 a 13,30 y de 17 a 21 o 21,30, de lunes a sábado y el domingo hasta el mediodía (fs. 103 vta., Sra. C. M. M.); 9 de la mañana y 9 de la noche, cerraban a las 14,30 hs. y abrían a las 16,30 hs. y la veía casi todos los días (fs. 105, Sra. M. F. F.); trabajaba todos los días, calculo que tendría algún franco por semana, se que los fines de semana y los feriados trabajaba (fs. 107, Sra. B. L. S.); de 7 de la mañana a 14 o 14,30 de 16 a 21 o 21,30, todos los días, domingos y feriados también (fs. 108, Sra. N. I. H.).----------

------ Por su parte, el Sr. C. F. S. P. (fs. 106/vta.) no manifestó conocer el horario de trabajo concreto que desempeñaba la actora en la sucursal P., es Jefe de ventas de L. A., preguntado por el horario se limitó a señalar que hacían "más o menos horas que el resto del personal, depende", señaló también que los locales abren las puertas al público en horario normal los días feriados, a excepción del 1° de mayo.----------

------ A fs. 131/143 presentó su informe el perito designado en autos, Cdor. M. M.. Puntualizó que la demandada lleva en legal

forma el registro exigido por el art. 52 de la Ley Nº 20.744. En el Anexo V (fs. 139/142 vta.) detalló la jornada de trabajo de cada día de la actora según el reporte de ingreso y egresos que emite el sistema de control “C.”.----------

------ Al responder a fs. 159/161 las explicaciones requeridas a fs. 145/146 por la parte actora, el Cdor. M. aclaró que la demandada no lleva el legal registro de Horas Extraordinarias exigido por la Ley Nº 11.544, lo que dejó de hacer con el cambio de categoría de la actora, siendo que cuando revestía la categoría de “Maestranza y Serv. C” sí se registraban las horas extraordinarias realizadas. Explicó que C. es un sistema interno de control de asistencia del personal que utiliza para la identificación del personal tarjetas magnéticas, cuenta con una base de datos donde se encuentra cargado el horario de cada trabajador, diariamente cuando el trabajador ficha su entrada y salida, el sistema automáticamente determina la cantidad de horas trabajadas. Señaló que la carga de datos a dicho sistema fue realizada en forma manual por personal autorizado a ello, que a través del fichado con tarjeta magnética que posee cada trabajador se verifica el horario de servicios prestado, que el personal autorizado puede modificar los datos ingresados haciendo la carga manual, y que dicho sistema es el único con el que cuenta la demandada para el control de asistencia de su personal.----------

------ A fs. 211 el perito contestó la explicación requerida por la actora a fs. 163 vta.. En Anexo III (fs. 204/210) informó la jornada laboral completa cumplida por la Sra. R. durante el período indicado en el escrito de demanda que surge del control de ingreso y egreso del sistema C..----------

------ Ambas partes son contestes en que el control de asistencia y de horario se efectuaba a través del sistema C.. La existencia de dicho control magnético fue mencionada por la actora a fs. 3, 3er. párr., por la demandada a fs. 31 vta., 2do. párr., y por la Jefa de personal de la demandada quien afirmó que el ingreso y egreso del personal se controlaba por medio de un sistema con relojes en los que se fichaba, cada sucursal cuenta con un reloj y a través de una información por MODEM se absorbe todo en el sistema de computación y de ahí se controla mediante planillas de horario cargadas. Señaló que las planillas con el registro horario se guardan en el sistema y se pueden imprimir (fs. 103 vta./104).----------

------ Ello así, si bien la demandada no llevaba estrictamente el registro exigido por el art. 6, inc. c) de la Ley Nº 11.544, dicho incumplimiento en el presente caso puede entenderse suplido por el registro magnético de ingreso y egreso sobre el cual se produjera prueba pericial. Es que, conocedora la actora de la existencia del sistema, habiendo utilizado el mismo conforme surge de sus propios dichos, no invocó en su escrito de demanda ni ofreció

prueba que acreditara su posible adulteración. Convalidó la existencia del registro y se limitó a introducir sospechas sobre el mismo sin siquiera intentar acreditar que hubiera sido efectivamente adulterado, siendo que del propio sistema surge la concreta realización de horas extraordinarias, las que en varios días se extienden por un período considerablemente superior al de la jornada de trabajo denunciada por la Sra. R..----------

------ Por lo demás, para los días en los que el registro aporta datos que no resultan verosímiles –v.gr. una jornada de trabajo de 1 minuto-, estoy convencido de que la prueba testimonial producida en el curso del proceso logró acreditar una jornada de trabajo de once horas, acorde con lo que denunciara la actora en su escrito de inicio.----------

------ 4.b.- Sobre la base de dicha prueba –C., declaraciones testimoniales-, debo ahora ingresar en la trabajosa tarea de determinar la cantidad concreta de horas extra cuyo desempeño fue efectivamente probado. Ello exige previamente determinar conceptualmente qué entiendo, en el caso, como hora suplementaria, cómo he de computarlas, cuál es el porcentaje de recargo y su base de cálculo.----------

------ Diversos tratados internacionales proclaman el principio de la limitación de la jornada de trabajo (arts. XIV y XV de la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, arts. 23 y 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El art. 14 bis de la C.N. asegura al trabajador, entre otras cosas, una "jornada limitada".----------

------ En el orden interno, de conformidad con lo dispuesto por el art. 201, L.C.T., el empleador deberá abonar al trabajador que prestare servicios en horas suplementarias, un recargo del 50 % calculado sobre el salario habitual si se tratare de días comunes (es decir, hábiles, de lunes a sábado hasta las 13 hs.), y del 100 % en días sábados después de las 13 horas, domingos y feriados. La hora suplementaria es la que excede la jornada de ocho horas diarias o 48 horas semanales establecida por le Ley Nº 11544 en su art. 1°, así dispuesto por el art. 196 de la L.C.T. (Máximo M. Zavalía, "Horas extras. Análisis conceptual y vinculación con la jornada de trabajo. Alcances en la doctrina y jurisprudencia", Doctrina Laboral Errepar, t. XXII, p. 486, mayo 2008).----------

------ Como regla, se puede establecer que hay trabajo extraordinario cuando son excedidas las 48 horas semanales en total, o las 9 horas diarias; este criterio surge del Dto. Nº 16115/1933, reglamentario de la Ley Nº 11544 (art. 1°, inc. b), que fue recogido posteriormente por la Ley Nº 18204 y se relaciona con lo establecido en el art. 197, L.C.T.. La Ley Nº 11544 establece una

jornada de 8 horas diarias y 48 semanales, en tanto el Dto. Nº 16115/1933 autoriza la distribución desigual del tiempo semanal trabajado, siempre que no se trabajen más de 9 horas diarias: las que excedan el límite diario o semanal se consideran horas extraordinarias (art. 201, L.C.T.) (Julio Armando Grisolia, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, t. I, pág. 807 y ssgts.).----------

------ En tal sentido, considero preciso puntualizar que cuando la labor cumplida los días sábados y domingos no importa la configuración de trabajo extraordinario susceptible de ser encuadrado en el art. 201 de la L.C.T., sino que es el trabajo habitual con los correspondientes francos y no se ha excedido el máximo de duración del trabajo semanal, no corresponde el pago de horas extraordinarias. En ese marco, el recargo para el pago de las horas laboradas los días sábados después de las 13 horas y domingos es exigible únicamente si se trata de horas complementarias que el trabajador debe excepcionalmente cumplir, pero no si se trata del cumplimiento de la jornada normal en un día inhábil (Conf. Gustavo R. Segú, "Horas laboradas durante el descanso semanal. Tratamiento en caso de que supere el límite legal", "Aibar, Danta Gil c/ Empresa de Seguridad Falcon S.A. y otro s/ Diferencias de salarios", CNTrab., Sala VIII, 9/10/08, Práctica y Actualidad Laboral, Errepar, t. XII, febrero 2009).----------

------ Puesta en la tarea de fijar un criterio para determinar cuándo procede el recargo del 100 %, la Sala 3ª de la C.Nac. del Trab., in re "Cefaly, Fabián R. V. Cociar S.A. y otros", con criterio que comparto, valoró que si un trabajador prestase servicio sólo los sábados y domingos de 13 a 21, no tendría derecho a recargo alguno, porque su jornada no excedería el máximo semanal ni el máximo diario. Desde luego, quien trabajase doce horas un domingo tendría por lo menos tres horas extra por exceso del máximo diario; pero el juego del máximo semanal, en concurrencia con éste sin que pueda mediar acumulación de máximos (esto es, sin que una misma hora pueda ser doblemente extra), obliga ante todo a fijar el momento inicial de la semana. Supóngase, en efecto, que un trabajador presta servicios nueve horas todos los días, de lunes a domingo, siempre de 12 a 21. Cumple 63 hs, quince más que el máximo semanal. Pero ¿cuándo empieza a contarse ese exceso?. Si la cuenta comenzara el viernes, por ejemplo, las 48 horas semanales quedarían agotadas a partir del cumplimiento de la tercera hora del miércoles, lo que dejaría 6 horas extra del miércoles y las 9 del jueves como suplementarias con recargo del 50 %. Si, en cambio, la semana se computa a partir del lunes, las 48 hs. se agotan luego de cumplida la tercera hora del sábado (esto es a las 15.00) y quedan seis horas extra el sábado más nueve del domingo: quince horas a retribuir con recargo del 100 %. Este último criterio interpretativo es el más favorable al trabajador (art. 9, L.C.T.), satisface mejor su protección, y responde a la concepción habitual

de la semana (el sábado y el domingo suelen llamarse “fin de semana”) (Lexis N° 35002239).----------

------ Los criterios para la calificación de las horas como extras no se acumulan pero sí se superponen (en el sentido de que una hora puede ser extra en virtud del máximo diario, o del semanal, o de ambos). Partiendo de tales premisas (máximo de 9 hs. diarias y 48 hs. semanales y comienzo de su cómputo a partir del día lunes), del informe elaborado por el perito a fs. 204/210 surge que, por el período comprendido la actora laboró las siguientes horas extra: noviembre de 2003, 39 hs. 19 min. con un recargo al 50 % y 37 hs. 12 min. con un recargo al 100 %; diciembre de 2003, 10 hs. 41 min. al 50 % y 12 hs. 2 min. al 100 %; enero de 2004, 35 hs. 56 min. al 50 % y 28 hs. 22 min. al 100 %; febrero de 2004, 27 hs. 3 min. al 50 % y 47 hs. 45 min. al 100 %; marzo de 2004, 27 hs. 31 min. al 50 % y 14 hs. 16 min. al 100 %; abril de 2004, 8 hs. 27 min. al 50 % y 14 hs. 20 min. al 100 %; mayo de 2004, 2 hs. 57 min. al 50 % y 5 hs. 2 min. al 100 %; junio de 2004, 25 hs. 55 min. al 50 % y 27 hs. 8 min. al 100 %; julio de 2004, 23 hs. 42 min. al 50 % y 36 hs. 57 min. al 100 %; agosto de 2004, 32 hs. 9 min. al 50 % y 48 hs. 45 min. al 100 %; septiembre de 2004, 39 hs. 3 min. al 50 % y 38 hs. 11 min. al 100 %; octubre de 2004, 23 hs. 54 min. al 50 % y 23 hs. 50 min. al 100 %; noviembre de 2004, 29 hs. 4 min. al 50 % y 22 hs. 53 min. al 100 %; diciembre de 2004, 30 hs. 4 min. al 50 % y 23 hs. 21 min. al 100 %; enero de

2005, 15 hs. 5 min. al 50 % y 27 hs. 14 min. al 100 %; febrero de 2005, 21 hs. 52 min. al 50 % y 24 hs. 24 min. al 100 % y marzo de 2005 4 hs. con un recargo al 50 %.----------

------ Aclaro que para los días jueves 25/03/04 y viernes 26/03/04 tomé el horario de trabajo que surge de la prueba testimonial producida, el que informa una jornada de alrededor de 11 hs. de labor, por cuanto resulta inverosímil que por tales días la Sra. R. se hubiera desempeñado sólo por la extensión temporal de 1 minuto. Lo mismo para el día viernes 07/05/04, por el que se informa una jornada de trabajo de 13 minutos, los días sábado 04/12/04 y miércoles 22/12/04, por los que se informa una jornada de 2 y 17 minutos, respectivamente.----------

------ Aclaro también que por los días 25/02/05 al 02/03/05, los que no fueron informados por el perito, computé una jornada de trabajo de 11 hs. conforme fuera acreditado por la prueba testimonial.----------

------ 4.c.- Por lo demás, en lo que respecta a la forma de retribuirlas, habiendo corroborado que el valor establecido por la actora en su liquidación de fs. 5 vta./9 vta. se compadece con la base establecida por el art. 201 y concs., L.C.T., y siendo que el mismo no fue debidamente cuestionado por la demandada, he de estar, para cada período, al valor hora con recargo al 50 y al 100 %

allí establecido. Nótese que la accionada en su escrito de responde se limitó a impugnar genéricamente el cálculo del salario por hora (ver fs. 28, último párrafo), pero sin indicar cuáles eran sus errores ni atribuirle un valor diferente, cuando paralelamente en dicha presentación consiente la realización de horas por parte de la actora fuera de su horario habitual (ver fs. 31 vta., 3er. párrafo).----------

------ Ello así, corresponde reconocer a la actora en concepto de horas extras las siguientes sumas por los siguientes períodos: noviembre de 2003: $ 1.080,34; diciembre de 2003: $ 330,36; enero de 2004: $ 927,11; febrero de 2004: $ 1.159,36; marzo de 2004 $ 594,77; abril de 2004: $ 352,23; mayo de 2004: $ 123,47; junio de 2004: $ 793,57; julio de 2004: $ 878,51; agosto de 2004: $ 1.241,58; septiembre de 2004: $ 1.149,70; octubre de 2004: $ 711,56; noviembre de 2004: $ 761,40; diciembre de 2004: $782,14; enero de 2005: $ 656,82; febrero de 2005: $ 695,23 y marzo de 2005: $ 51,12, lo que arroja una suma total de PESOS DOCE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE CON VEINTISIETE CENTAVOS ($ 12.289,27).----------

------- A las sumas previamente individualizadas corresponderá adicionarle intereses a Tasa Activa para Préstamos Personales del Banco del Chubut SA calculados desde que cada suma es debida (arts. 127, 128 y concs. L.C.T.) y hasta su efectivo pago. Esto es, siendo que la demandada debía abonar las horas extras al mes

siguiente de su realización, vencido el plazo legal de cuatro días posteriores a dicho mes calendario incurrió en mora y desde allí han de computarse intereses. ASÍ LO VOTO.----------

------ 5.- Habiendo ya concluido que la tarea de la actora se encontraba comprendida en el C.C.T. Nº 130/75, lógica consecuencia de ello es la aplicación de su régimen remunerativo y el pago de los adicionales previstos por los arts. 20 y 40 del citado convenio.----------

------ El adicional contemplado por el art. 20 -por zona-, ninguna condición impone más que el desempeño del trabajo en la Provincia del Chubut, lo que en el *sub exámine* está fuera de toda discusión, por lo que resulta pertinente su liquidación por el período reclamado.----------

------ En lo que respecta al adicional establecido por el art. 40 -por asistencia y puntualidad-, lo que exige la norma para su pago es que el trabajador no haya incurrido en más de una ausencia en el mes, no computándose como tales las debidas a enfermedad, accidente, vacaciones o licencia legal o convencional.----------

------ La demandada, en su escrito de responde, se limitó a señalar que el pago de los adicionales no era debido por no encuadrar la actora, en virtud de su jerarquía, en el convenio individualizado. Ya

señalé que tal alegación es errónea y di las razones en las que basé tal conclusión. En tal sentido no se invocó, pero no sólo ello, tampoco surge de la prueba producida que, por los meses reclamados, la actora hubiera incurrido en ausencias por las que no correspondiera el pago del adicional pretendido, por lo que también corresponde acoger la pretensión de pago de este adicional reclamado.----------

------ Estos conceptos han de reconocerse por el monto pretendido en demanda de $ 1.664,94 por adicional por zona y de $ 1.842,75 por adicional por presentismo, suma que no fue siquiera genéricamente impugnada por la demandada en su escrito de responde (ver fs. 27/34).----------

------ A los fines de su liquidación deberán también computarse intereses correspondientes a la Tasa Activa para Préstamos Personales del Banco del Chubut S.A. calculados desde que cada suma es debida (arts. 127, 128 y concs. L.C.T.) y hasta su efectivo pago. ASÍ LO VOTO.----------

------ 6.- En orden, al silencio guardado por los actores durante la vigencia de la relación laboral, sin formular reclamo alguno, y el argumento de la teoría de los actos propios; he de reiterar lo que sostuve no sólo al pronunciarme en las S.D. registradas bajo el N°

11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08, sino, aún con anterioridad, al intervenir como primer votante en S.D. N° 35/S.R.E./04.----------

------ No es posible interpretar jurídicamente el silencio de los actores 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 aquéllos sobre los que no puede disponer.----------

------ 7.- Al contestar demanda, el Dr. C., en el ap. III, “Hechos”, invocó la prescripción de parte del período reclamado. Textualmente expresó “Impugna a todo evento mi poderdante la liquidación presentada por la actora ... también porque incluye períodos que se encuentran indudablemente prescriptos a tenor de las constancias de autos, fecha de extinción del contrato de trabajo, de intimación y de interposición de la demanda” (fs. 28, último párrafo).----------

------ Varios déficit encuentro en el planteo introducido y en su trámite. La defensa opuesta es imprecisa, nótese que no indica la demandada sobre qué períodos concretos reclama la prescripción. A ello se suma la ausencia de sustanciación con la parte actora (ver providencia de fs. 35), lo que no fue objetado por ninguna de las partes. Nótese que conforme surge de fs. 35 vta., el letrado apoderado de la actora retiró copia de la contestación de la demanda y no planteó nulidad procesal alguna por la omisión en corrérsele traslado de la defensa de prescripción.----------

------ Más allá de las deficiencias apuntadas, siendo que la prescripción puede ser introducida como defensa de fondo o como excepción previa, habiendo evidentemente la demandada optado por la primera de las alternativas, sin que la actora haya observado el trámite conferido y siendo que la defensa opuesta satisface, aunque más no sea mínimamente, los requisitos genéricamente exigibles para su deducción, obligado me encuentro a examinar su procedencia.----------

------ Principio por establecer la base de análisis. Hay coincidencia en el sentido de que la prescripción liberatoria, en tanto es una institución jurídica que conduce a la aniquilación de un derecho, debe ser interpretada restrictivamente. Esta regla lleva a admitir como contrapartida una comprensión amplia de los actos tendientes a preservar la subsistencia del derecho y aconseja, en situaciones de reflexiva duda, a volcar la solución en favor del damnificado (Conf., Alberto J. Bueres, Elena I. Highton, "Código Civil", Ed. Hammurabi, 3ª reimpresión, t. 6B, pág. 566 y ssgts.).----

------ La parte actora invocó expresamente como hechos en su escrito de inicio haber remitido, primero, la CD ******* AR, fechada el 31/03/05, en formulario de telegrama laboral Nº 63013****, reclamando el pago de diferencias por horas extra por el período marzo de 2003 a marzo de 2005, y, luego, el 09/03/06,

la CD ******, en la que intimara al pago de los adicionales previstos por los arts. 20 y 40 del C.C.T. Nº 130/75, por el período marzo de 2004 a febrero de 2005 (ver fs. 3 vta./4).----------

------ La demandada en su escrito de responde textualmente afirmó "Es cierto el distinto intercambio epistolar como también la documental que se adjunta a la demanda" (ver fs. 28, 4to. párrafo), a su vez, acompañó como prueba documental dos telegramas remitidos por la accionante y copia de 2 cartas documentos con su respectiva constancia de recepción enviadas por la demandada (ver fs. 32 vta., ap. a.2).----------

------ Corresponde al juez subsumir los hechos en la norma legal pertinente, por aplicación del principio "iura curia novit". En tal sentido, el segundo párrafo del art. 3986 del C.C. establece que la prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción. Y, se han considerado actos de interpelación el reclamo de créditos laborales ante la autoridad administrativa y la intimación telegráfica al pago de una indemnización reclamada posteriormente en juicio (Conf. Alberto J. Bueres, Elena I. Highton, Op. y t. cit., pág. 695).----------

------ Ello así, siendo que es un hecho invocado por la actora, reconocido por la demandada y que surge de la documentación acompañada por ambas partes, que la carta documento agregada a fs. 53 y 62 del cuaderno de pruebas, en la que se intimó al pago de diferencias salariales por horas extras por el período marzo del 2003 a marzo del 2005, suspendió por un año el curso de la prescripción (art. 3986 segundo párrafo del C.C., art. 257, L.C.T.), habiendo sido interpuesta la demanda el 05/12/06 y dado que el período más viejo que se reclama en la misma por este concepto corresponde al 01/11/03, de conformidad con lo dispuesto por el art. 256, L.C.T., no se encuentra prescripto ninguno de los períodos reclamados por este concepto.----------

------ Lo mismo ocurre respecto de los rubros reclamados por adicional por zona y por presentismo, cuyo cobro se persigue por los meses de marzo de 2004 a febrero de 2005. Es que, nuevamente, fue invocado por la actora, consentido por la demandada y ambas partes incorporaron al proceso la carta documento de fs. 55 y 61 mediante la cual la Sra. R., con fecha 09/03/06, intimó al pago de dichos rubros por el período que se individualizara, intimación a partir de la cual operó la suspensión de la prescripción por el término previsto por el art. 3986 del C.C..-
----

------ Insisto, la prescripción debe ser analizada en cada caso con

criterio restrictivo, pues se ha ponderado la necesidad de favorecer la conservación de los derechos, adquiriendo especial dimensión en el marco del Derecho del Trabajo, por sus principios rectores tuitivos (irrenunciabilidad, in dubio pro operario, etc.) (Conf. Claudia Álvarez, "Prescripción. Síntesis de dictámenes del Ministerio Público de Trabajo", en Revista de Derecho Laboral 2007-2, "Procedimiento laboral – II", Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 479, con cita de CSJN, 11/05/78, L.L., 1978-D-137).----------

------ Ello así, estoy convencido de que corresponde desestimar la defensa de prescripción opuesta por la parte demandada. ASÍ LO VOTO.----------

------ 8.- La accionada, en el ap. IV de su escrito de responde, titulado "Los hechos según la demandada", a todo evento, en forma subsidiaria y para el hipotético caso de que prospere la demanda, planteó que con los salarios pagados en los períodos reclamados su representada abonó con creces las horas extra efectivamente laboradas y que, en consecuencia, cualquier diferencia que surja se encuentra absorbida por la remuneración total abonada, la que supera el mínimo de convenio (ver fs. 31, 3er. y 4to. párrafo, fs. 31 vta., anteúltimo párrafo).----------

------ Tal pretensión, del modo en que fuera introducida resulta inaudible.----------

------ Es criterio ya sostenido por este Tribunal que el medio para hacer valer una compensación judicial, resulta ser la *acción* por vía de deducción de la deuda en la demanda que entable quien intenta oponerla en su calidad de acreedor o la *reconvención* ante la demanda de su acreedor (Conf. S.T.J.CH., S.I. N° 84/S.R.E./06).----------

------ Ello así, en razón de que la compensación judicial es la que decreta el juez al dictar sentencia en un litigio, declarando admisible la compensación opuesta por vía de acción o reconvención.----------

------ De lo contrario podría vulnerarse el principio de defensa en juicio que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, si no se otorga a la parte actora la posibilidad de contestar la compensación alegada y consecuentemente articular las defensas que se considere con derecho a oponer.----------

------ En autos, en modo alguno puede pretenderse que existió el planteo de una compensación reconvencional. No fue así expresamente planteado al contestar demanda, si esa hubiese sido su intención, debió la demandada exigir que se tenga por planteada la misma y se corra traslado a la contraria, lo que no había sido hecho a fs. 35.----------

------ Si la demandada no ejercitó la vía que se hallaba a su disposición, vedado está suplir su inactividad y declarar, sin contrademanda que lo permita, la compensación de las diferencias salariales establecidas con los pagos que se dice que se efectuaron en demasía. ASÍ LO VOTO.----------

------ 9.- Atento el contenido del presente pronunciamiento y conforme fuera requerido en la demanda ha de condenarse a la accionada a entregar el certificado de servicios y remuneraciones en formulario del ANSES y el certificado de trabajo previsto por el art. 80, L.C.T., con los datos que se ajusten al presente pronunciamiento.----------

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

------ Concuerdo con el detalle de los antecedentes de esta causa que efectuó el colega preopinante, por lo que entiendo apropiado remitirme a los mismos en honor a la brevedad.----------

------ I.- Si bien al votar en la S.D. N° 02/S.R.E./04 y S.D. N° 08/S.R.E./04, sostuve, que ni siquiera los precedentes de la Corte Suprema tienen fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales en materia no federal, constituyendo toda disidencia fundada de dichos precedentes, una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna y

específicamente en sus arts. 67 inc. 11, 100, 104 y 105 de la misma (Conf. C.S.J.N.., Fallos: To. 304, p. 1459), también dije: "La exégesis que hace la Corte Nacional en las cuestiones no federales, tiene efecto de vinculación moral para los demás *iudicantes*, sobre la base de principios de celeridad y economía procesal, sin perjuicio de que los inferiores pueden apartarse, si así lo consideran conveniente según las circunstancias particulares de la causa" (Conf., S.C.B.A. 15/6/99, BA- B84984, S.T.J.CH. S.D. N° 05/S.R.E./07).----------

------ Otra variante de esa postura la constituye, la doctrina del "sometimiento condicionado" a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por razones de deber institucional, que avanza un poco más que la teoría del deber moral. Admite, pese a ello, un "recto ejercicio de la libertad de juicio que es, en principio, propia de los jueces", en virtud de la cual los magistrados pueden no seguir la jurisprudencia de la Corte *siempre que tal discrepancia sea debidamente fundada y que no signifique desconocimiento deliberado de la autoridad y prestigio del Tribunal Supremo*. Toda sentencia de la Corte, en síntesis, obliga en principio; pero es "susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales" (Conf. C.S.J.N., Fallos, 212:59; S.T.J.CH. S.D. N° 05/S.R.E./07).----------

------ Conforme lo señalé en S.D. N° 05/S.R.E./07, ésta doctrina opera no sólo respecto de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (nacionales o provinciales), sino incluso sobre ella misma. En los autos "Provincia de San Luis c. Cía. de Electricidad de Los Andes", el tribunal puntualizó que "si bien es cierto que la autoridad de los precedentes judiciales no es siempre decisiva, también lo es que si las circunstancias del caso no revelan claramente el error o la inconveniencia de las decisiones anteriores, haciendo ineludible un cambio de criterio respecto de la cuestión jurídica decidida, corresponde aplicar la doctrina de los mencionados antecedentes" (Conf. C.S.J.N., Fallos, 212:327; 183;409; 192:414). En otros términos, y como se dijo en el caso "Sieburger c. INTA", si la sentencia impugnada se sustenta en los precedentes análogos decididos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene que confirmarse el fallo, salvo que se aporten nuevos fundamentos que desvirtúen los que se adujeron en aquellas causas (Conf. LL, 151-239; ED, 65-159 - caso "Isola Albar, Juan"; ED. 93-893/894).----------

------ Es en ese sentido que este Cuerpo al dictar las S.D. N° 30/93; 33/93 y 08/S.R.E./98, afirmó: en aquellos casos en que así lo ha comprendido, la Corte Suprema ha calificado como un "deber institucional" -y no sólo un deber moral- de los tribunales inferiores, acatar sus pronunciamientos, sin perjuicio de atender las particularidades del caso, ni enervar el recto ejercicio de la libertad

de juicio de los Magistrados. Y la organización judicial ha aceptado, que la lectura de los acontecimientos peculiares que en orden a aquellos valores efectúan las Cortes Superiores, merece continuidad cuando se reitera y constituye "jurisprudencia constante e inveterada" (doctrina legal).----------

------ De ahí que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deban ser acatadas por los Tribunales inferiores, siempre que no haya motivos valederos para apartarse de ellas. "No solamente por la vinculación moral o institucional que poseen, sino esencialmente por la credibilidad que debe mantener la Administración de Justicia, estando ajena a las contradicciones y anarquía jurisprudencial, que muchas veces reposa en la vanidad y no en el razonamiento jurídico" (Conf. Rev. JA 18-11-92, pág. 25).-

------ Lo expuesto resulta plenamente aplicable a los tribunales supremos de provincia.----------

------ Ello así, siendo que la Sala A de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew fundó la decisión apelada en un precedente que al tiempo de resolver ya hacía más de cuatro meses había sido casado por esta Sala (S.D. N° 12/S.R.E./08). Coincido con el vocal que me precediera en orden de votación en que en autos la arbitrariedad aparece evidente, por cuanto se han dejado de lado precedentes de este Cuerpo, donde se fija doctrina legal, sin

aportar motivos sustanciales y concretos para su apartamiento, ni fundarlo en la diferente valoración de las circunstancias de hecho a la luz de la prueba producida en el proceso. ASÍ LO VOTO.----------

------ Por las razones expuestas, comparto la opinión de que el sub-lite, constituye un caso que autoriza a este Cuerpo a apartarse del criterio que en forma reiterada y monocorde viene sosteniendo en el tiempo, según el cual; todas las cuestiones que se originen como consecuencia de las relaciones laborales entre patrones y obreros son ajenas al recurso de casación (Conf.: v.gr., Exptes. N° 13.467/91, 14.955/94, 15.647/96; S.D. N° 35/S.R.E./04, entre otras).----------

------ II.- Puntualicé *ut supra* que la doctrina de la autoridad del precedente opera no sólo respecto de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (nacionales o provinciales), sino incluso sobre ella misma.----------

------ Trasladado al *sub examine*, la doctrina sentada por este Superior Tribunal *in re* "T., M. S. y otros c/ S. N. S.A. s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley", (Expte. N° 21.173-T-2007), S.D. N° 11/S.R.E./08 y "M., O. A. c/ S. N. S.A. s/ Cobro de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. 21.174-M-2007), S.D. 12/S.R.E./08, causas ambas dirimidas con el voto de los Dres. Caneo y Royer, obligaba a su análisis no sólo por los Jueces de la Sala A de la ciudad de Trelew,

sino que también me obliga a mi a examinar la cuestión traída a debate a la luz de las consideraciones allí esgrimidas.----------

------ Es que, el recto ejercicio de la libertad de juicio, si bien no fuerza a seguir las conclusiones a las que allí arribaran mis colegas de Sala, sí exige, en virtud de un deber no sólo institucional sino también moral, que de discrepar con lo allí resuelto lo funde en nuevos argumentos o en circunstancias particulares de la causa. Lo que no puede admitirse es el desconocimiento deliberado de las consideraciones y conclusiones ya definidas. Una posición semejante atenta contra la credibilidad del sistema de justicia y socava la seguridad jurídica.----------

------ Ello así, adelanto que no encuentro motivos valederos para apartarme de lo ya resuelto por este Tribunal en las S.D. registradas bajo el N° 11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08 y comparto plenamente el estándar de análisis oportunamente definido.----------

------ Advierto que la situación que se plantea en el *sub examine* es análoga a la que resolviera la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, *in re* "Fittipaldo, Verónica A., c/ Disco S.A.", mediante sentencia del 19/07/2002.----------

------ En dicha oportunidad el argumento sobre el que se basara el Sr. Juez de grado para rechazar el rubro de horas extra fue el hecho

de encontrarse la actora exceptuada del límite de jornada máxima de labor en virtud de lo dispuesto en el art. 3° inc. a) de la Ley Nº 11.544, por cuanto ejercía funciones de supervisión y tenía personal a su cargo.----------

------ En sentido opuesto, la Cámara de Apelaciones entendió que la cuestión de la "jerarquización" de la actora revestía ciertas características de discordancia entre las tareas cumplidas y la denominación o categorización que a éstas se le daban. Señaló que la demandada en su escrito de responde manifestó que eran funciones de la actora la supervisión directa de las cajas, proveer de cambio a las cajeras, retirar los valores de las cajas, atender los reclamos de clientes, distribución de los envíos, supervisión de las tareas de los cadetes, entre otras, no desprendiéndose de allí, ni de ninguna de las declaraciones brindadas, que la actora tuviera facultades organizativas en un sentido amplio, o sea, que pudiera decidir alguna modificación o cambio de las tareas que realizaba el personal que se encontraba a su cargo, ni tampoco potestades disciplinarias y sancionatorias sobre éste, sino más bien que sólo podía efectuar tareas de control y operativas. Sumó a ello que la reclamante estaba subordinada al gerente y al subgerente de la sucursal donde se desempeñaba, quienes eran los responsables del lugar, con lo cual, tampoco se advertía que pudiera encuadrársela en el inc. b) del art. 11 del Dto. Nº 16.115/33, reglamentario de la Ley Nº 11.544 (LaLeyOnline).----------

------ Lo mismo ocurre en el *sub examine*. Los testigos propuestos por ambas partes dejaron en claro que la actora cumplía una variedad de funciones, carecía de toda facultad organizativa del personal a su cargo, no podía resolver por sí misma ninguna modificación de horarios ni de tareas y no contaba con la más mínima potestad disciplinaria o sancionatoria.----------

------ En lo que respecta a las tareas que desempeñaba, la Sra. M. F.F. manifestó no conocer la función específica y relató que la veía cobrando, cambiando los ticket e incluso se la encontró en la carnicería atendiendo porque habían faltado empleados (fs. 105, 4ta. pregunta); la Sra. Sra. N. I. H. afirmó "... reponía cuando no venía el repositor, cambia precios de góndolas, atendía al público, se sentaba en la caja cuando no venían las cajeras, era jefe de ventas" (fs. 108, 1ra. pregunta); la Sra. C. M. M., Jefa de personal de L. A., definió sus funciones como "operativas de control" e identificó tareas de control -del salón, góndolas, personal a cargo y precios- y de recepción de mercadería, aclaró que los Jefes de ventas no tienen personal administrativo a cargo (fs. 103/104); por su parte, el Sr. C. F. S. P., Jefe de ventas de L. A., si bien se definió como un "segundo del gerente", delimitó sus funciones en tareas operativas –abrir y cerrar el local, control y cambio de precios, aviso al gerente de productos discontinuados- y de control –de mermas, ventas, horas extras, vacaciones, precios-, sin ejemplificar potestad

alguna de decisión o de supervisión superior (fs. 106/vta.).----------
---

------ La multiplicidad de funciones enunciada por los testigos *ut supra* individualizados, las que claramente exceden el marco de tareas específicas de dirección y vigilancia, contraría la exigencia contenida por el último párrafo del art. 11 del Dto. Nº 16.115/1933, el que establece que las personas enumeradas en dicha norma se considerarán exceptuadas de la Ley Nº 11.544 "a condición de que ejerzan *exclusivamente* los trabajos inherentes a su denominación".----------

------ La S.C.B.A. en supuestos en donde las tareas desarrolladas por la parte actora excedían el marco de las de dirección y vigilancia -en el caso los testigos afirmaron que cambiaba tickets, cambiaba precios de góndola, atendía público y recibía mercadería-, se encuentra al margen de la excepción del art. 3, inc. a) de la Ley Nº 11.544, la que debe sujetarse a una interpretación restrictiva (S.C.B.A., causa L. 61.129, sent. del 14-X-96, "Gutiérrez, Juan Manuel c/ Vanguardia S.A. s/ Indemnización despido, con cita de causa L. 36.878, sent. del 18-XI-86, "Acuerdos y Sentencias": 1986, tomo IV, pág. 113, elDial.com).----------

------ A su vez, en lo que respecta a la capacidad de decisión de la actora, la Sra. B. L. S. puntualizó que tenía que tener la

autorización del gerente para aplicar algún tipo de sanción y no podía poner un precio (fs. 107, 4ta. pregunta), relató que si tenía que pedir algún cambio de turno o de horario "primero se lo preguntaba al jefe de venta y este lo consultaba con el gerente para ver si se podía realizar el cambio" (fs. 107 vta., 2da. pregunta formulada por el Dr. C.); la Sra. N. I. H. afirmó que la Sra. R. no podía aplicar sanciones "las aplicaba el gerente y sino arriba está el gerente zonal que manda a todos los gerentes" (fs. 108, 1ra. pregunta Dr. R.), señaló también que si tenía que solicitar cambio de horario se lo pedía al gerente (fs. 108, 2da. pregunta Dr. R.); la Sra. C. M. M., especificó que sólo tenía la facultad de solicitar sanciones o de requerir al gerente una baja en el precio respecto de determinados productos (fs. 103 / 104); finalmente, el Sr. C. F. S. P., quien se desempeñaba como Jefe de ventas al momento de prestar declaración, si bien afirmó que en su función manejaba llegadas tardes y ausencias, acotó luego tal actividad al hecho de, en esos casos, avisar al gerente para que tome la decisión disciplinaria que corresponda; igual margen estrecho le adjudicó a la función relativa al control de precios –"... nos manda un cambio de precio y eso lo hacemos nosotros, por ahí si hay productos descontinuados (fechas cortas de vencimiento) se avisa al gerente para que baje el precio..."- (fs. 106/vta.).----------

------ Tal limitación de facultades no puede más que llevar a concluir que la denominación de personal "Jerárquico" era sólo un

título, tratándose la Sra. R., en la hipótesis más favorable para la parte actora, de personal intermedio, algo más cercano al gerente en su labor diaria, pero con nulas facultades disciplinarias, de organización o de dirección, facultades éstas que son las que definen a las funciones de dirección.----------

------ Por su parte, la función de vigilancia atribuida se limitaba a una mera vigilancia subalterna, sin que siquiera fuera invocado por la parte demandada, mucho menos probado en el curso del proceso, que la actora, en alguna oportunidad, sustituyera a alguna categoría jerárquica, acreditando las funciones cumplidas en dichos casos y la efectiva toma de decisiones de algún tipo ante tal eventualidad (art. 11, inc. b., Dto. Nº 16.155/1933).----------

------ En tal sentido, constituye uno de los principios del derecho del trabajo el de la primacía de la realidad sobre el de la calificación que las partes formulen acerca de las notas típicas de la vinculación (Conf. SCBA, "Leiva, Enzo Ernesto c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A.I.C. s/ Despido", L 59292 S, 10/06/97).----------

------ Y, de la prueba precedentemente analizada, valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se desprende claramente que la Sra. R. no ejerció un cargo jerárquico de "dirección", sino que sólo fue responsable del trabajo que se realizaba "en un sector de una sección" (conf. art. 12 C.C.T. Nº 130/75). El art. 12 del

C.C.T. Nº 130/75 refiere al "empleado que es responsable del trabajo que se realiza en un sector de una sección" y, en el caso, la actora ejercía como "Jefa de ventas" la jefatura interna del personal que se desempeñaba en su sección. Ello encuadra en la descripción de tareas que el art. 12, del C.C. 130/75 atribuye a un "encargado de segunda", pues la circunstancia de que la demandante haya "controlado" algunos aspectos de la labor de otros dependientes, no implica que haya ejercido facultades jerárquicas de dirección o disciplinarias sobre ellos. Obsérvese -además- que un "Encargado de segunda" es responsable del trabajo que se realiza en una determinada sección y puede actuar como ejecutor, distribuidor y supervisor de las tareas; y que, a pesar de todo ello, su situación se encuentra expresamente comprendida en los términos del C.C. 130/75 (conf. art. 6 inc. e) y art. 12 del convenio citado), por lo que cabe descartar la posibilidad de que la denominación que la demandada dio a la función cumplida por la actora haya tenido aptitud para otorgarle un rango jerárquico de dirección o vigilancia superior ni, menos aún, para excluirla de la aplicabilidad del convenio colectivo.----------

------ En síntesis, si bien se categorizó a la accionante como empleada jerárquica, coincido con el colega preopinante que a la luz de las tareas efectivamente realizadas, no puede considerársela como tal, por lo que no puede ser encuadrada en la excepción prevista por el inc. "a" del art. 3° de la Ley Nº 11.544. ASI LO

VOTO.----------

------ III.- Sostuve en la S.D. registrada bajo el N° 01/S.C.A./05 que en punto al rubro horas extraordinarias “La prueba habrá de ser plena, precisa, asertiva, categórica, cabal, diáfana y convincente, examinada restrictivamente... criterio que se ajusta a lo normado por el art. 377 del C.P.C.C.. Si a más, el trabajo extraordinario no se presume y por lo tanto, nunca puede dar origen a la inversión de la carga de la prueba pues “... tratándose de una obligación que excede la jornada legal, es el propio actor quien debe acreditar todos y cada uno de los supuestos base de su acción” (Conf. STJ Córdoba, Sala Laboral, en “Franciosi...”, 26/12/90, Sumario R0003013, SAIJ).----------

------ Con posterioridad a dicha sentencia, la que fuera dictada el 16/02/05, tanto el magistrado preopinante como el Dr. Caneo se pronunciaron sobre el criterio de interpretación de la prueba de las horas suplementarias, estableciendo que la prueba producida debe ser valorada de conformidad con las reglas de la sana crítica, sin exigir ningún mayor rigor probatorio.----------

------ El Dr. Caneo expresó que no encontraba motivo alguno para imponer una regla de interpretación estricta o restrictiva “... 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 los actores hayan probado que las horas extra 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 señalar, 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" (Conf. S.T.J.CH., S.D. N° 11/S.R.E./08).----------

------ He de rever yo también la posición que otrora sostuviera. Exigirle al trabajador la acreditación precisa y puntual de cada hora suplementaria trabajada importa agravar la carga que ya pesa sobre él y que por sí sola resulta difícil de satisfacer. Esto no importa abrir la puerta a abusos en los reclamos, v.gr. acogiendo demandas globales o indeterminadas. Sigo sosteniendo que corresponde al actor efectuar un detalle concreto y discriminado de las horas extra que reclama y aportar prueba respecto de su desempeño, debe el actor probar el extremo que invoca, más ello con la misma exigencia que cualquier otro hecho controvertido. Si bien debe quien lo alega probar el desempeño de las horas suplementarias, para ello no debe

exigírsele un mayor esfuerzo probatorio, por lo que acuerdo con el colega preopinante en que la valoración de la prueba en relación al trabajo en tiempo suplementario no requiere de mayor estrictez o grado de contundencia que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso.----------

------ En síntesis, merece entonces en el caso aplicarse la regla de la carga de la prueba prevista por el art. 381 de la Ley XIII, N° 5, lo que implica que pesaba sobre la actora acreditar el desempeño de las horas extras invocadas, pero en la valoración de la prueba no ha de exigirse plus alguno.----------

------ IV.- La jornada de trabajo debe ser limitada y tiene sus antecedentes en distintos convenios internacionales, entre ellos, las conferencias internacionales de Berlín de 1890, las de Verna de 1905/1906 y 1913, y esencialmente, en el art. 427 del Tratado de Versalles que crea la O.I.T.. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 dispone que toda persona tiene derecho no solamente al descanso, a la limitación razonable de la duración del trabajo sino también al disfrute del tiempo libre. Asimismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha incluido el derecho de todo trabajador al descanso, al tiempo libre y a la limitación razonable de las horas de trabajo (arts. 7, inc. d), y dichos instrumentos internacionales se encuentran consagrados en nuestra Constitución Nacional en su

art. 75, inc. 22), además del art. 14 bis que consagra los derechos del trabajador (Máximo M. Zavalía, "Horas extras. Análisis conceptual y vinculación con la jornada de trabajo. Alcances en la doctrina y jurisprudencia", Doctrina Laboral Errepar, t. XXII, p. 486, mayo 2008).----------

------ Como es sabido, la jornada normal diurna es de 8 horas (art. 1, Ley Nº 11544). Sin embargo, el decreto 16115/1933 que reglamenta la Ley Nº 11544, en su art. 1, inciso b), establece que la jornada podrá extenderse en una hora más (9 horas) en caso de que el empleador distribuya en forma desigual la jornada de trabajo. Corresponde computar como horas suplementarias los servicios prestados por encima de las 9 horas diarias, aunque no se superen las 48 semanales, y los prestados por encima de las 48 horas semanales. Sólo se computan como horas extraordinarias aquellas prestadas por encima de los límites legales (Pablo A. Figueredo, "Horas suplementarias. Concepción legal y jurisprudencial. Aplicación práctica", Doctrina Laboral Errepar, Mayo 2007).---------

------ Al trabajo realizado durante el descanso semanal (durante el día sábado después de las 13 horas o durante el día domingo), mientras no superen los máximos legales, no corresponderá el recargo del 100 %, correspondiendo únicamente el otorgamiento del descanso compensatorio proporcional al tiempo trabajado (Conf. Pablo A. Figueredo, "Horas suplementarias. Concepción

legal y jurisprudencial. Aplicación práctica", Doctrina Laboral Errepar, Mayo 2007, con cita de "Jañez, Silvina Liliana c/ Tiempo Real Consultores S.A. y otro s/ despido", CNTrab., Sala IV, 12/9/06; "Maciel, Claudio c/ Wal Mart Argentina S.A.", CNTrab., Sala X, 11/10/02; "Valdez, Ernesto c/ Wal Mar Argentina S.A. s/ despido", Sala X, 12/04/04).----------

------ En síntesis, las horas que excedan la jornada legal de 9 horas entre Lunes y Viernes y los Sábados hasta las 13 horas se calcularán con un recargo del 50 %. Las horas que excedan la jornada legal de 9 horas los Sábados después de las 13 horas, los Domingos y los Feriados se calcularán con un recargo del 100 %. Las horas trabajadas en exceso que superen las 48 horas semanales se calcularán con un recargo del 50 % si son trabajadas entre Lunes y Viernes hasta los Sábados a las 13 horas y con un recargo del 100 % si son trabajadas los Sábados después de las 13 horas, los Domingos y los Feriados (Conf. Alvaro Iriarte, "ABC de Sueldos y Jornales", 4ª Edición actualizada y ampliada, La Ley, pág. 47).-------

------ Por lo demás, la interpretación de la ley laboral debe enarbolar el principio protectorio, ser la más favorable al trabajador (art. 9, L.C.T.), lo que incluye en la ponderación la valoración de acceso a las actividades de recreación, su calidad, no sólo en la posibilidad de compartir esos momentos con familiares y amigos sino también en cuanto a la calidad de su oferta. Es por eso que coincido con el

Dr. Royer en que el cómputo de las horas extras debe efectuarse teniendo en cuenta el período de lunes a domingo.----------

------ Acuerdo también con el colega preopinante en que en el *sub examine* la determinación de las horas extra efectivamente trabajadas, debe realizarse sobre la base de lo informado por el perito con fuente en el sistema CONAC (ver fs. 131/143 y 204/210). Es que, tanto la actora como la demandada convinieron en que tal era el control de asistencia del personal, lo que fuera corroborado también por la declaración testimonial de la Jefa de Personal de la accionado, y en el curso del proceso no se acreditó, ni siquiera se intentó probar, que dicho sistema hubiera sido adulterado.----------

------ También convengo en que, para los días en que el sistema no vierte una información que resulte verosímil (25/03/04, 26/03/04, 07/05/04, 04/12/04 y 22/12/04), o incluso para los que se carece de la información correspondiente (25/02/05 al 02/03/05), debe estarse a los datos que aportaron los testigos (ver fs. 102/vta., 103/vta., 105, 106/vta., 107 y 108), testimonios que resultaron convincentes al afirmar una jornada de trabajo de 11 horas diarias tal como fuera invocado en la demanda.----------

------ Sobre esa base arribo a las mismas conclusiones que a las que arribara el Dr. Royer en cuanto a cantidad de horas extra que

corresponde reconocer por los períodos reclamados y, por resultar innecesario reiterarlo, remito al detalle que efectuara el colega pre-votante.----------

------ Nada puedo agregar en lo que respecta a la base de retribución. El cálculo realizado por la actora a fs. 5 vta./9 vta. se ajusta a lo previsto por el art. 201, L.C.T. Además, el mismo no fue suficientemente impugnado por la demandada quien, a pesar de aseverar en su responde que la actora había desarrollado horas fuera de su horario habitual, debiendo prever como hipótesis que los Jueces llamados a decidir la cuestión no coincidieran con el encuadramiento por tal parte sostenido, no señaló qué errores habría cometido la actora en el valor hora atribuido, ni qué valor era el que, eventualmente, correspondía computar.----------

------ Ello así, coincido también con los valores atribuidos por el Dr. Royer a las horas extra efectivamente probadas, a cuyo detalle remito.----------

------ A las sumas reconocidas deberá adicionársele un interés a Tasa Activa para Préstamos Personales del Banco del Chubut S.A., calculados desde que cada suma es debida (arts. 127, 128 y concs., L.C.T.) y hasta su efectivo pago. ASÍ LO VOTO.----------

------ V.- Reclama también la actora el pago de los adicionales por zona y presentismo previstos por los arts. 20 y 40 del C.C.T. Nº 130/75, por el período 03/04 a 02/05.----------

------ De conformidad con lo dispuesto por el art. 20 de la citada Convención Colectiva, el trabajador que se encuentre comprendido en la misma, que se desempeñe en la provincia del Chubut -entre otras-, recibirá un aumento del 20 % sobre las remuneraciones establecidas en el convenio.----------

------ Ya me pronuncié sobre la pertinencia del encuadramiento de la Sra. R. en el C.C.T. Nº 130/75. Directa consecuencia de tal conclusión es la procedencia del rubro reclamado por el concepto individualizado en el párrafo precedente.----------

------ En lo que respecta al monto por el que ha de prosperar dicho rubro, coincido con el colega preopinante en que, ante la falta total de cuestionamiento por parte de la demandada, el mismo debe reconocerse por la suma de $ 1.664,94.----------

------ Análogo es el razonamiento que corresponde efectuar respecto del adicional por presentismo también reclamado. Encontrándose encuadrada la actora en el convenio de mentas correspondía su pago de darse las condiciones previstas por el art. 40, C.C.T. Nº 130/75. Y, más allá de que la demandada no invocó que la actora

no hubiera satisfecho las exigencias previstas por ésta última norma, no surge de la prueba recabada que la actora haya incurrido, por los meses que reclama, en ausencias que obstaran a su pago, por lo que, por similares razones a las ya vertidas respecto del monto por el que se reconoce el adicional por zona, considero que en concepto de adicional por presentismo corresponde reconocer a la actora la suma total de $ 1.842,75.----------

------ Nuevamente, a los fines de la liquidación deberá adicionarse sobre ambos rubros intereses correspondientes a la Tasa Activa para Préstamos Personales del Banco del Chubut S.A., calculados desde que cada suma es debida (arts. 127 y 128, L.C.T.) y hasta su efectivo pago. ASÍ LO VOTO.----------

----- VI.- Respecto al planteo de la demandada en cuanto invoca que la actora consintió durante años la modalidad contractual, lo que importó su aceptación, alegación receptada por el segundo de los magistrados votantes, Dr. Ferrari, quien expresamente valorara "la falta de reclamo durante el curso de la relación laboral" al resolver sobre el rechazo de las diferencias salariales reclamadas, soy de la opinión de que corresponde rechazar dicha posición, pues no puede deducirse que la Sra. R. renunció a sus derechos.--

------ Ya dije al votar en la S.D. registrada bajo el N° 35/S.R.E./04 que el principio de irrenunciabilidad sentado en el art. 12 de la

L.C.T. debe entenderse como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio (Conf. PLA RODRIGUEZ, en "Los Principios del Derecho del Trabajo" 2da. Edición Actualizada, 1978, Ed. Depalma). Con igual criterio se ha resuelto que "No puede considerarse que hubo consentimiento del trabajador por el solo hecho de no haber cuestionado las remuneraciones pues, el paso del tiempo y el silencio, no inciden en el encuadre jurídico establecido por el art. 12, L.C.T., el cual priva de efectos a toda convención que importe una disponibilidad en perjuicio del dependiente" (Conf. C. Nac. Trab., Sala 3ª, 30/4/1998 - Herrera, Eduardo E. V. Bergomi y Maccarinelli SA, publicado en "Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", 2004, Lexis Nexis, pág. 208).----------

------ De algún modo emparentado con lo que vengo diciendo, no puedo dejar de señalar que me llama profundamente la atención la aplicación de la doctrina de los actos propios que hiciera el primero de los magistrados votantes. El Dr. López Mesa hizo girar su aplicación en la respuesta dada por la actora a la segunda posición que respondiera al absolver posiciones. Más allá de que considero equivocadas las conclusiones que deriva de la respuesta proporcionada, advierto que no analizó con la misma vara actos mucho más inequívocos emanados de la empleadora demandada, v. gr. la respuesta dada a la pregunta octava por el representante legal

de la demandada al absolver posiciones –"... PARA... que la actora laboraba habitualmente más de 8 horas por día. CONTESTO. Si es cierto"-, o el descuento que figura en los recibos de sueldo en concepto de "Art. 100 C.C.T. Nº 130/75", aún con posterioridad a que se individualice como categoría profesional la de "Jerárquicos" (ver recibos de fs. 8/52 y 57/60), descuento al que la demandada pretende atribuirle el carácter de mero error, lo que de ser así resulta cuando menos llamativo que se hubiera extendido en el tiempo durante 4 años y 4 meses (entre diciembre/2000 y marzo/2005).----------

------- VII.- Aún cuando genérica e imprecisa lo cierto es que la demandada, en su escrito de responde, introdujo como defensa de fondo la prescripción de parte del período reclamado. Ningún cuestionamiento formuló la actora respecto del trámite dado a esta defensa consintiendo el procedimiento seguido. Ello así, es necesario analizar si asiste razón o no a la accionada respecto a que la demanda incluye período que se encuentran prescriptos.----------

------ Es jurisprudencia pacífica que la suspensión de la prescripción establecida en el art. 3986 2° párr. del Cód. Civil, es aplicable en materia laboral a través del art. 257 de la ley de contrato de trabajo (Conf. SCBA, 29/09/1987, "Flores, Juan O. c. Subpga, S. A.", L. 38.009, L.L., 1987-E- 383). En tal sentido se ha dicho que la intimación al pago de las indemnizaciones derivadas del despido

efectuada por el trabajador en el mismo telegrama en el que comunicó a su empleador que se consideraba despedido, constituye causal de suspensión de la prescripción en los términos del art. 3986 del Código Civil (Conf. SCBA, 13/08/2008, "Illia, Vanina Ivonne c. El Martillo S.A.", LLBA 2008 (octubre), 973) o que corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda laboral y rechazó la excepción de prescripción, pues, al admitir el efecto interruptivo del telegrama del trabajador, se encuentra configurado el supuesto contemplado en el art. 3986 del Cód. Civil, que otorga efecto suspensivo a la constitución en mora del deudor de modo fehaciente por una sola vez, y teniendo en cuenta que las disposiciones de dicho Código en materia de interrupción y suspensión de la prescripción son de aplicación en materia laboral (Conf. TSJ de La Rioja, sala A en lo penal y laboral, 23/03/2007, "Reyna, Jorge Aníbal s/casación" La Ley Online).----------

------ Olvida la demandada en su genérico planteo la remisión y recepción de las cartas documentos que ambas partes glosaran a fs. 53, 55, 61 y 62 del cuaderno de pruebas, las que, además de no estar controvertidas, forman parte de los hechos alegados por la actora en su escrito postulatorio.----------

------ Ello así, teniendo en consideración los distintos rubros reclamados y los períodos por los que se reclaman los mismos, las cartas documentos individualizadas en el párrafo precedente, las

que suspendieran el curso de la prescripción por un año de conformidad con lo prescripto por el art. 3986, 2do. párrafo, C.C., la fecha de interposición de la demanda y lo dispuesto por el art. 256, L.C.T., concluyo que no se encuentran prescriptos ninguno de los rubros reclamados por la actora en su escrito de inicio. ASÍ LO VOTO.----------

------ VIII.- Al pronunciarme en S.I. N° 84/S.R.E./06 ya dije que este Cuerpo adhiere a la correcta postura doctrinaria mayoritaria que entiende que "para producirse la compensación judicial, es imprescindible articular formalmente una reconvención, que implica una pretensión, un reclamo" (Conf., "Código Civil Comentado, anotado y concordado" de Belluscio y Zannoni, t. 3, p. 686 y CNCom., Sala B, de octubre 3-1951, ED,63-448). La que es seguida incluso en el campo laboral para el específico caso de los créditos salariales (conf.: Justo López, en "Tratado de derecho del trabajo", dirigido por M. L. Deveali, Ed. La Ley 1.964, II-492/493; J. López-N. O. Centeno-J. C. Fernández Madrid, "Ley de contrato de trabajo comentada", Ed. Contabilidad Moderna 1.978, II-549, "b"), criterio este al que se suma la jurisprudencia de nuestros tribunales exigiendo la articulación de una reconvención como requisito imprescindible para que se produzca la compensación judicial (conf.: C.N.Tr., Sala II, T. y S.S. 1.987-236; Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala "A", S.D. N° 052/01 y

050/02; idem de Trelew, Sala "A", S.D.L. N° 26/95, c. 124/96, 3/97, 84/98, 27/99; y 43/04).----------

------ Sostuve que si en su ocasión la parte demandada no utilizó esa vía que se hallaba a su disposición, imposible resulta suplir su inactividad y declarar, sin contrademanda que lo permita, la compensación de las diferencias salariales establecidas con los pagos que se dice que se efectuaron en demasía.----------

------ En tal sentido, el planteo de compensación introducido por la demandada al contestar demanda no sólo no se articuló en el marco de una reconvención, formó en cambio parte de la genérica explicación de cómo había ocurrido los hechos desde la visión de la demandada (ver fs. 27/34), sino que jamás fue sustanciado con la parte actora, habiendo consentido la demandada la providencia de fs. 35 en los términos en que fuera planteada, todo lo cual veda su consideración *so* riesgo de conculcarse severamente la garantía del debido proceso consagrada por el art. 18 de la C.N., entre otras normas de igual rango. ASÍ LO VOTO.----------

------ IX.- Consecuencia directa del contenido del presente pronunciamiento y por haber sido requerido por la actora al interponer la demanda en análisis, ha de condenarse a la accionada a entregar el certificado de servicios y remuneraciones en formulario del ANSES y el certificado de trabajo previsto por el art.

80, L.C.T., con los datos que se ajusten al presente pronunciamiento.----------

------ A la segunda cuestión el Dr. Royer dijo:----------

------ Tal como he votado la primera cuestión propongo al acuerdo: 1°) Declarar la procedencia del recurso de Casación interpuesto por la parte actora. 2°) Casar la sentencia definitiva N° 11/09 de la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew. 3°) Hacer lugar a la demanda entablada por M. J. R., contra S.A. I. E. P., condenando a ésta última a que en el término de diez (10) días de quedar firme el presente pronunciamiento, abone a la actora la suma total de PESOS QUINCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 15.796,96), con más intereses calculados a la Tasa Activa para Préstamos Personales del Banco del Chubut S.A. desde que cada suma parcial es debida (arts. 127, 128 y concs. L.C.T.) y hasta su efectivo pago. 4°) Desestimar la defensa de prescripción y la solicitud de compensación. 5°) Condenar a la accionada a la entrega, en el término de diez (10) días de quedar firme el presente pronunciamiento, del certificado de servicios y remuneraciones en formulario del ANSES y del certificado de trabajo previsto por el art. 80, L.C.T., con los datos que se ajusten a la presente sentencia. 6°) Adecuar la condenación en costas, conforme el resultado al que se ha arribado, imponiéndolas, por la primera y segunda instancia,

a la parte demandada vencida, de conformidad con lo normado por el art. 69 de la Ley XIII Nº 5 del Digesto Provincial (art. 68 del C.P.C.C.). 7°) Adecuar los honorarios regulados por la intervención en primera instancia, fijando los correspondientes a los Dres. C. H. A. y E. O. R., letrados apoderados de la parte actora, en conjunto, en mérito a la extensión, calidad, eficacia de la labor profesional cumplida y al resultado obtenido, en un 21,6 % del monto del presente pronunciamiento, y los correspondientes al Dr. R. O. C., por idénticos parámetros y concepto, en un 16,2 % de igual monto (arts. 5, 6, 8, 9, 12, 18, 46 y concs., Ley XIII, N° 4). 8°) Adecuar los honorarios regulados por la intervención en segunda instancia, regulando los correspondientes a los Dres. A. y R., por la tarea allí desarrollada, en conjunto, en un 30 % de los estipendios establecidos por su intervención en primera instancia, sin regular honorarios a favor del Dr. C. por cuanto no le cupo intervención profesional en la Alzada (art. 13, Ley XIII, N° 4). 9°) Adecuar los honorarios correspondientes al perito Contador M. M., estableciendo los mismos en un 2 % del monto de la presente sentencia (art. 60, Ley XIII, N° 4). 10°) Imponer las costas de lo actuado ante este Superior Tribunal a la parte demandada vencida, regulando los honorarios correspondientes a los Dres. A. y R. en un 30 % de los que a su favor fueran fijados por su actuación en primera instancia (art. 13, Ley XIII, N° 4), todos los honorarios con más el I.V.A. si correspondiera (Conf.: art. 14 del Dto. Ley N° 2200, T.O. Dto. N° 138/99), sin regular honorarios a favor del Dr.

C., por cuanto su tarea ante esta instancia se limitó a la constitución de domicilio (art. 3, Ley XIII, N° 4)..----------

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

------ Tal como voté a la primera cuestión, concuerdo con la que propiciara el Dr. Royer.----------

------ Con lo que se dio por finalizado el acto, dejándose constancia que la presente se dicta con dos miembros de la Sala Civil, por haberse obtenido la mayoría y por encontrarse el Sr. Presidente Dr. Daniel Luis Caneo, ausente, en uso de licencia, quedando acordado dictar la siguiente:----------

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

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

------ **2°) CASAR** la sentencia definitiva N° 11/09 de la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew.----------

------ **3°) HACER LUGAR** a la demanda entablada por M. J. R., contra S.A. I. E. P., condenando a ésta última a que en el término de diez (10) días de quedar firme el presente pronunciamiento,

abone a la actora la suma total de PESOS QUINCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 15.796,96), con más intereses calculados a la Tasa Activa para Préstamos Personales del Banco del Chubut S.A. desde que cada suma parcial es debida (arts. 127, 128 y concs. L.C.T.) y hasta su efectivo pago.----------

------ **4°) CONDENAR** a la accionada a la entrega, en el término de diez (10) días de quedar firme el presente pronunciamiento, del certificado de servicios y remuneraciones en formulario del ANSES y del certificado de trabajo previsto por el art. 80, L.C.T., con los datos que se ajusten a la presente sentencia.----------

------ **5°) ADECUAR** la condenación en costas, conforme el resultado al que se ha arribado, imponiéndolas, por la primera y segunda instancia, a la parte demandada vencida, de conformidad con lo normado por el art. 69 de la Ley XIII Nº 5 del Digesto Provincial (art. 68 del C.P.C.C.).----------

------ **6°) ADECUAR** los honorarios regulados por la intervención en primera instancia, fijando los correspondientes a los Dres. C. H. A. y E. O. R., letrados apoderados de la parte actora, en conjunto, en mérito a la extensión, calidad, eficacia de la labor profesional cumplida y al resultado obtenido, en un 21,6 % del monto del presente pronunciamiento, y los correspondientes al Dr. R. O. C.,

por idénticos parámetros y concepto, en un 16,2 % de igual monto (arts. 5, 6, 8, 9, 12, 18, 46 y concs., Ley XIII, N° 4).----------

------ **7°) ADECUAR** los honorarios regulados por la intervención en segunda instancia, regulando los correspondientes a los Dres. A. y R., por la tarea allí desarrollada, en conjunto, en un 30 % de los estipendios establecidos por su intervención en primera instancia, sin regular honorarios a favor del Dr. C. (arts. 3 y 13, Ley XIII, N° 4).----------

------ **8°) ADECUAR** los honorarios correspondientes al perito Contador M. M., estableciendo los mismos en un 2 % del monto de la presente sentencia (art. 60, Ley XIII, N° 4).----------

------ **9°) IMPONER** las costas de lo actuado ante este Superior Tribunal a la parte demandada vencida, regulando los honorarios correspondientes a los Dres. A. y R. en un 30 % de los que a su favor fueran fijados por su actuación en primera instancia (art. 13, Ley XIII, N° 4), todos los honorarios con más el I.V.A. si correspondiera (Conf.: art. 14 del Dto. Ley N° 2200, T.O. Dto. N° 138/99), sin regular honorarios a favor del Dr. C. (art. 3, Ley XIII, N° 4).----------

------ **10º) REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo. Dr. Fernando S. L. ROYER – Dr. José Luis PASUTTI.-

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos: "R., M. J. c/ S.A. I. y E. P. s/ Cob. de Hab. e Indem. de ley" (Expte. N° 21.911-R-2010).-
---

Recibida en Secretaria el 15/10/10.-

Registrada bajo el N° 04/S.R.E./10 Conste.-

Fdo. Dra. Carmen Velez - Secretaria