En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"F., L. E. c/ A. SRL s/ DEMANDA LABORAL (Indem. por despido y hab. adeudados)", expte. nro. 463/10,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2351/03), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 384), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 351/360? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

La accionante impugna la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 351/360, por haberse desestimado el rubro horas extras a tenor del informe de fs. 371/377vta., quedando incontestado el traslado ordenado a fs. 378, todo conforme planilla de elevación de fs. 381.

Pese a que la argumentación impugnativa del memorial no es más que una reiteración ampliada de afirmaciones vertidas en la demanda (fs. 16/18vta. p. II); declaración jurada de fs. 84/84vta y alegato 341/345vta., al cuestionarse la valoración de la prueba testimonial, autoriza –consecuencia de la postura más flexible en la materia– a considerar la existencia de un mínimo de suficiencia en cuanto a las exigencia de los arts. 60 (L. XIV-N° 1 ex 69) y 268 CPr. (DJ) a efectos de mantener abierta la instancia.

Ante un detenido estudio de todas las constancias adquiridas en la causa, a la luz de las afirmaciones iniciales de las partes

y que han conformado el capítulo de hechos controvertidos y consentidos, se puede advertir que la recurrente invita al tribunal a consagrar una clara incongruencia. Y es que al no poder probar uno de los hechos contundentemente afirmado en su demanda (fs. 16vta., 2° párr.) implícitamente ratificada en su manifestación de fs. 84/84vta. y confesional de fs. 137, 4ª. pos. cf. pliego de fs. 136), ahora intenta adecuar tal aseveración -consecuencia de la prueba testimonial rendida-, modificándola sustancialmente de acuerdo a su conveniencia tal como se lee a fs. 375vta. 3er. párr., y es que la primacía de la realidad, en este caso, en nada lo favorece ya que de mantener la palabra inicial se vería seriamente perjudicado, principalmente con una de las testimoniales que mejor apadrina su pretensión.

Ahora bien, sabido es que no cualquiera o todos los hechos involucrados en la relación o situación jurídica debatida en la litis podrán constituirse en thema de la prueba y, por añadidura, en thema decidendum en el proceso, sino, y por lo general, sólo aquellos que hubiesen sido alegados o articulados por las partes, y conducentes a la solución del conflicto que en el caso nos preocupa. tal como lo dispone el art. 368, párr. 1°, del CPr. (DJ).

Vale recordar a Alvarado Velloso cuando advierte que no sólo le está absolutamente vedado al Juez alterar, sustituir o introducir hechos, sino que –con relación a la imputación jurídica- de ningún modo podrá variar la misma si con ello, aunque mínimamente, se “tocan” los hechos o cuando la modificación de la imputación jurídica implica excederse o apartarse de lo debatido en el proceso, es decir del objeto litigioso. Si ello ocurriera, bajo la excusa del cumplimiento del deber de aplicar el derecho, el Juez lisa y llanamente estaría disponiendo de la pretensión en clara violación con la regla de la congruencia (ver aut. cit. en “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, segunda parte, Rubinzal Culzoni editores, página 56).

Y es que no debe permitirse que bajo el pretexto de dictar un fallo con eficacia práctica se desnaturalice el alcance del

brocárdico: "iura novit curia", en el caso de que se lo faculte al juez para que pueda modificar de oficio en la sentencia, los hechos jurídicamente relevantes invocados por las partes como fundamento de sus escritos introductorios del proceso (pretensión y excepción). (ver “Reglas de congruencia (límites y flexibilización)” por Perrachione, Mario C., publicado en: LL Sup. Act. 25/09/2007, 1).

Así, de conformidad a los elementos obrantes y conductas que emergen de la causa a modo liminar adelanto que los argumentos que esgrime la recurrente en torno de la valoración de la prueba testimonial resultan carentes de virtualidad para conmover las sólidas conclusiones a las que llegara el judicante de grado, luego de una apreciación general de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 390 del CPr.[DJ] conforme lo autorizan los arts. 44 y 43 de la L. XIV-N° 1 [DJ]), pues soslaya la quejosa que los testigos ofrecidos por su parte, no son idóneos para acreditar

A no olvidar que la interpretación parcializada de la prueba producida, implica lisa y llanamente la constatación de un grave desvío de las reglas de la sana crítica y una conculcación a los principios generales de lógica jurídica (ver, v. gr., CSJ de Tucumán, sala laboral y contencioso administrativa, 26/11/1998 –“ M., V. M. c. Provincia de Tucumán”- Publicado en: LL NOA 2000, 786, Cita Online: AR/JUR/3028/1998).

En consecuencia, tal como bien ha señalado la sentenciante en su exhaustiva valoración probatoria en cuanto al tema a fs. 355vta./357 p. b), el hecho afirmado y no controvertido es que la accionante convino una jornada laboral de 8 h diarias a cumplir de 12:00 h a 20:00 h de lunes a sábados (ver fs. 16vta., 2° párr., y fs. 47vta. de la contestación de demanda).

Ahora bien, tratándose de un contrato realidad, el hecho no controvertido fue claramente conmovido por quienes declararon en calidad de testigos obligando a la accionante a acomodarse extemporáneamente a tales dichos, ya que de otra manera no podía

justificar con justeza las horas extras denunciadas y quedaba teñida con la duda aquel supuesto excedente horario en la jornada y no retribuido.

Situaciones análogas han permitido establecer una serie de pautas y en lo que nos interesa se ha dicho que: “Correspondía a la trabajadora acreditar que laboró en exceso de los límites fijados a la jornada de trabajo, conforme los parámetros invocados en su escrito de inicio; y valorada la prueba testimonial producida en autos, surge que no lo ha logrado. La prueba sólo puede producirse sobre aquellos presupuestos fácticos invocados por los litigantes (cf. art. 364 1er. párrafo CPCCN), mas no sobre aquellos que no lo fueron. En consecuencia, los testigos sólo pueden declarar válidamente sobre los hechos oportunamente invocados por las partes (art. 364, 1er. párrafo del CPCCN [art. 368 CPr. Ch. DJ]); y lo cierto es que la testigo describe un horario de trabajo que no concuerda con el denunciado en el inicio por la trabajadora, y hace referencia a ciertas prolongaciones de jornadas que la actora tampoco invocó en la demanda, por lo que carece de eficacia probatoria a los fines pretendidos” (ver CNTrab., sala II, 25/11/2009 –“N. A. P. c/ R. and S. A. S. A. s/ despido”- Cita: MJ-JU-M-52972-AR - MJJ52972), en el caso no es tan sólo un testigo, sino varios, pero ya volveré sobre el tema.

Y se agrega que al tratarse de una condición extraordinaria de labor -la que supone la prestación en tiempo suplementario-, no basta con saber a qué hora ingresaba la trabajadora y a qué hora se iba, sino que es menester que ésta demuestre acabadamente el tiempo en el que realmente estuvo a disposición del empleador. Aún la postura más flexible no varía tal carga probatoria, salvo circunstancias especiales y para el caso se pretendió hacer valer la presunción que emerge del art. 55 LCT, en relación con lo ordenado en el art. 52 por interpretación amplia de la ley 11544.

En cuanto a esta última, entiendo que el art. 6, inc. c) de la ley 11544 sólo exige el registro de las horas extras que efectivamente se hubieran realizado, por lo que su ausencia no prueba en modo alguno que tales horas extras se hayan trabajado en forma efectiva

-ya que la falta del registro también puede obedecer a la inexistencia de trabajo en tiempo suplementario-.

Y es que la prueba del trabajo extraordinario está sujeta a las reglas comunes y corresponde al trabajador que reclama el pago de las horas extras acreditar los hechos que lo justifican,.

Insisto, según mi criterio, avalado por abundante doctrina y jurisprudencia el art. 6 inc. c) de la ley 11544 impone inscribir en un registro "todas las horas suplementarias hechas efectivas"; es decir que dicho registro debe ser llevado en caso de realizarse horas extras. De allí que se relativiza la presunción del art. 55 LCT (ver, v.gr., CNTrabajo, sala III, 18/12/2008, -“N., C. c. C. C.I.C S.A.; La Ley on line).

También se afirmó que a efectos de determinar la procedencia del reclamo por horas extras, no configura una presunción en contra del empleador el hecho de que no haya exhibido las planillas horarias, ya que el horario de trabajo no conforma uno de los requisitos que deba hacerse constar en los libros laborales del art. 52 de la LCT (CNTrab., sala V, 27/02/2009 –“S., D. A. c. U. S.A.”- Publicado en: IMP 2009-11 (Junio), 851 - DJ 24/06/2009, 1750, Cita Online AR/JUR/600/2009; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, "F., A. c. S. S.A. y otros", 30/06/2008, La Ley Online ; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, "G., S. L. c. C. S.A.", 29/02/2008, Exclusivo Doctrina Judicial Online).

Y es que en el mejor de los casos, la inversión de la carga probatoria por aplicación del art. 55 de la LCT alcanza a la jornada legal de trabajo, pero no constituye respaldo suficiente de la efectiva realización de horas extraordinarias. El accionante debe acreditar todos y cada uno de los supuestos condicionantes de esa reclamación. Lo dispuesto, pues, no resulta derivado porque el a quo no aludió a la existencia de otro elemento que las ratifique. Luego, las pruebas presuncionales son ineficaces para aseverar que el actor efectivamente superara la jornada legal como dijo en su demanda (Tribunal Superior de

Justicia de la Provincia de Córdoba, sala laboral, 02/07/2009, “K., J. I. c. C. J. A. A. y/u otros”, DJ, 06/01/2010, 18.).

Colocándonos en ésta última postura, la suerte del reclamo sólo podría depender de la certeza que otorgue la valoración conjunta de la prueba adquirida, en especial la testimonial e informativa.

Veamos, ha quedado fuera de toda controversia el hecho de que la accionante cumpliera su prestación laboral no en forma exclusiva para con la demandada, sino que lo hacía también en el Hospital Regional y en la Asociación de Bomberos Voluntarios de esta ciudad.

Estos datos, pese a los alcances de la buena fe procesal deseada, no fueron brindados por la accionante sino que son denunciados en la contestación de demanda (fs. 48 vta. 6° párr.) y luego plenamente acreditados a través de los informe correspondientes (fs. 78 y 178) e individualizados en los considerandos del fallo además de consentidos por las partes.

Ahora bien, existe una grosera contradicción entre lo afirmado por la accionante en su demanda, en cuanto al horario de prestación normal de tareas y lo que emerge de la valoración de la testimonial aún interpretada de la manera que más convenga ahora a la recurrente, circunstancia que descalifica la pretensión original en cuanto a la cuestión aún sometida a debate, tal como se ha adelantado al hablar del principio o postulado de congruencia.

En este caso volveré sobre lo dicho por la a quo en su prolija, prudente y ajustada valoración de la prueba testimonial, sin apartarse un ápice de las reglas que gobiernan la materia, compartiendo plenamente sus conclusiones.

Q., F. P., de conformidad con el pliego glosado a fs. 99/99vta., afirma, sin impugnación alguna, que durante el tiempo en que laboraron juntos (entre una semana y diez días [7ª. pregt.]) el actor se desempeñó en su tarea de enfermero cumpliendo una jornada diaria de 8 h en turnos rotativos de 14:00 h a 22:00 h; de 22:00 h a 06:00 h y de 06:00

h a 14:00 h. Nada informó en cuanto al cumplimento de horas extras ni fue requerido al respecto.

Fuentes M., G. J., conforme el pliego de fs. 101/101v., aporta a fs. 102/102vta., en declaración no impugnada, pero con las reservas que impone la calidad de compañero de trabajo y amigo (1ª. pregt.), concordando con el testigo anterior en cuanto a que no cumplía un horario fijo sino en forma rotativa (7ª. pregt.). Y de modo atemporal, sin mayor precisión nos dice que eventualmente si se lo llamaba extendía el horario (6ª. y 8ª. pregts.). Por último, en lo que nos importa a los efectos de esta cuestión contesta afirmativamente en cuanto al cumplimiento de tareas simultaneas en el Hospital Regional y para la Asociación de Bomberos Voluntarios.

V., M. H. testifica a fs. 103, que compartió el trabajo con el actor durante cinco meses (1ª. pregt.), también concuerda con los anteriores compañeros en cuanto a la rotación horaria (3ª. pregt.) y tratando de acomodar su turno con el horario de prestación en el Hospital Regional y a la 5a. pregt. responde que no había necesidad de cumplir horas extras porque había pocos pacientes, que acomodaban los turnos suplantándose a efectos de poder prestar tareas en el Hospital y en Bomberos y que además la accionante estudiaba.

Debe quedar absolutamente en claro que estas testimoniales no han sido impugnadas por la actora, en consecuencia, la actora ha faltado a la verdad en referencia con el modo horario de la prestación. Incidiendo en cuanto al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el debido proceso.

El aporte de O., F. D., que declara en el modo que se lee a fs. 104, es pobre, pues la ha visto pocas veces en el mismo lugar de trabajo (1ª. pregt.) y cree que hacía un horario de 8 h como todos (2ª. pregt.) ignorando el modo de cumplimento. Nada informa respecto de las jornadas extendidas.

A continuación comparece a declarar O., A. A., distinguiéndolo de los anteriores, ya que en primer lugar no tan solo fue

compañero jerarquizado de tareas del actor, sino que además actuaba en el sindicato de la Sanidad y de allí también conocía al acciontante y además vale profundizar el contenido de sus dichos, ya que abunda en datos que no encuentran sustento en otro aval probatorio, sino que en ciertos casos resultan contradictorios o al menos dificultosos para otorgar la certeza o convencimiento anhelado en cada tema.

Así, superando las expectativas de la accionante, O. le adosa a las tareas que según sus convicciones cumplía, la de administrativo (7ª. pregt.), que tales prestaciones las cumplía en el horario de 14:00 h a 22:00 h (8ª. pregt. 1ª. parte).

Tal aseveraciones me obligan a advertir que la reclamante nunca aportó al debate la prestación múltiple, pero además –pese ser el testigo más apreciado en el memorial de agravios- solo existe coincidencia en cuanto a la prestación sin rotación horaria, pero sin coincidir con la entrada y salida, pese al cúmulo de datos complementarios y personales de la requirente que a continuación detalla.

A lo dicho, que ya de por sí pone en grave riesgo su credibilidad, con igual elocuencia y prodigalidad de conocimientos, pretende hacernos creer, ofendiendo a nuestro humilde inteligencia, que el accionante prestaba servicios en el Hospital Regional de lunes a viernes de 07:00 u 08:00 a 13:30 h (13ª. y 14ª. pregts.), olvidando lo afirmado instantes antes en abierta contradicción salvo “clonación” mediante. Lo dicho carece de seriedad y es dato cierto de parcialidad manifiesta, lo que le resta credibilidad y eficacia probatoria.

No por repetida pierde vigencia aquel principio acuñado en la materia que señala que para que las declaraciones testimoniales tengan fuerza legal y convictiva conforme a las reglas de la sana crítica, deben ser veraces, sinceras, específicas, objetivas, imparciales, concluyentes, concordantes y no deben dejar dudas” (ver, v. gr., DT, 1997-B-2269; CNCiv., sala K, 2001/10/31, M., R. E. c T. A. V. S.A., Rev. La ley de 2001/11/16, pág.6, fallo 102.911).

Lo cierto es que olvidando las pautas que emergen del art. 63 LCT, el demandante ajustó el hecho horario a la medida de su pretensión pero la prueba adquirida y debidamente valorada en torno a tal circunstancia le “jugó en contra”. Y tal vez intentó prevalerse de la doctrina más amplia en cuanto a la interpretación de la ley arts. 6° inc. c) ley 11544 o evitar configurar aquella doctrina y jurisprudencia que señala que: “El trabajo por equipo en turnos rotativos está comprendido en la excepción del art. 3° inc. b) de la ley 11544 y por consiguiente no corresponden los recargos remunerativos previstos en el art. 5° de la ley citada, por tareas realizadas en las tardes de los días sábados después de las 13 horas y domingo, ni por la octava hora nocturna, en tanto no excedan los límites horarios señalados en el mencionado régimen legal (ver, v. gr., Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contencioso administrativa, 03/03/2008, “L., V. L. y otros c. P., A. y Cía. S.A.”, LLNOA2008 (junio), 478 – DJ 10/09/2008, 1361). Pero tal estrategia ofensiva se frustró de conformidad a los considerandos pertinentes.

Tampoco resulta ajustado a derecho modificar la pretensión inicial en clara violación al principio de defensa y en definitiva al respeto irrestricto por el debido proceso más allá de todo principio protectorio, de allí que la insuficiencia recursiva del segundo agravio en cuanto al cálculo de las indemnizaciones resulta inaudible.

Tales son las razones por las que propongo al acuerdo el rechazo de la apelación articulada por la accionante, con costas en la alzada y difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán presentes las pautas ordenadas por la ley de aranceles profesionales (L. XIII- N° 4).

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación intentado por la demandante 351/360 y, en consecuencia, mantener firme la misma en cuanto fue objeto de agravios, imponiendo las costas de la alzada a la

vencida y difiriendo la regulación de honorarios de conformidad a los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance de la sentencia, los datos de interposición y concesión del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el colega preopinante. En función de lo expuesto, a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

La actora se agravia por el rechazo del reclamo de pago de horas extras que obviamente incide, también, en el cálculo de las indemnizaciones por la extinción sin causa justificada del vínculo. Ello por cuanto el mentado cálculo debe ser efectuado computando la mejor remuneración, normal y habitual.

Ninguna de los argumentos dados por el recurrente tiene entidad suficiente para fundar una solución diferente a la brindada por la jueza de grado.

La valoración de la prueba que el recurrente pretende poner en crisis, se ha enmarcado dentro de las pautas legales. En efecto, el carácter laboral de la relación sustancial que se debate no excluye la aplicación de las reglas de la sana crítica.

Una pauta esencial que emana de estas reglas, es la apreciación conjunta de las probanzas de autos con el fin de obtener una convicción acorde con la cuestión controvertida; la jueza se ha atenido a esta pauta como bien lo ha remarcado quien me precede en la votación. Esta apreciación conjunta de las pruebas es la que ha permitido a la jueza sostener que si el actor prestaba servicios para la actora y para el Hospital Regional –40 horas semanales de 8 a 16 horas de lunes a viernes- como así también para los bomberos voluntarios y además estudiaba, su versión de la prestación de horas extras queda desvirtuada absolutamente por la apreciación conjunta de la prueba rendida en autos.

Justamente estas reglas, aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales, son lógica basada en el derecho y auxiliada por la experiencia y la observación, que conduce al juez a discernir lo verdadero de lo falso. En definitiva, tienden a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Destaco, además, que la presunción del artículo 55 de la LCT puede ser desvirtuada por prueba en contrario y tal es lo que ha acontecido en autos conforme el minucioso examen efectuado por la jueza de grado y reeditado en esta instancia por el primer votante.

Por todo lo expuesto adhiero al rechazo del agravio

2. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la recurrente vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas establecidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se fijan los honorarios correspondientes a los Dres. D. T. y C. I. M., en forma conjunta, en el 25% de los que le correspondan en la primera instancia.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Adhiero a la decisión propuesta por quien me ha precedido en la votación.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 362.

2) Confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 351/360, en lo que fue materia de agravio.

3) Costas de esta instancia a la parte actora.

4) Regular los honorarios correspondientes a los Dres. D. T. y C. I. M., en forma conjunta, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los que le correspondan en la primera instancia.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

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