En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil doce, 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 Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"U., R. J. c/ T. A. SA s/ DEMANDA LABORAL (Dif. Hab. e Idem.)", expte. nro. 206/12,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4169/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 497), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 445/458 y su aclaratoria de fs. 466/468? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la T. A. S.A. a abonar las diferencias indemnizatorias y salariales. Las primeras, originadas en el cómputo de una base salarial y de una antigüedad errónea; las segundas, en la falta de pago de las horas extras laboradas, conforme lo reclamado al promover la demanda.

También condenó a la entrega del certificado de trabajo (art. 80 LCT), impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales.

La parte actora interpuso recurso de apelación a fs. 463 y la demandada a fs. 465; ambos fueron concedidos a fs. 472 y fundados a fs. 474 y 475/478 respectivamente. Los agravios de la actora fueron contestados a fs. 486 y los de la demandada 480/485.

El primero tiene como objeto impugnar la determinación de la mejor remuneración normal y habitual porque el salario del mes de abril, si bien es numéricamente mayor, contiene rubros no salariales que corresponden al pago de las indemnizaciones de despido.

Con base en lo expuesto, señala que la mejor remuneración normal y habitual es la correspondiente al mes de agosto de 2005 y asciende a $7.175,87; en un todo de acuerdo con lo dictaminado por el perito contador en su informe obrante a fs. 373.

Los fundamentos de la impugnación de la actora son tres. El primero se vincula con la antigüedad reconocida a los fines del cálculo de las indemnizaciones; la recurrente señala que la jueza ordena computar a los fines de la antigüedad, el tiempo trabajado por esta en C. A., omite considerar que existió un acuerdo de desvinculación homologado y agregado en autos y corroborado por prueba testimonial. Agrega que la descalificación del acuerdo por parte de la jueza se sostiene en un razonamiento erróneo que prescinde de prueba debidamente incorporada a los presentes.

En segundo lugar cuestiona el reconocimiento de las horas extras porque la actora detentaba un cargo de dirección y consecuentemente, afirma que conforme lo reglado por ley de jornada de trabajo vigente, como empleadora no se encontraba obligada a abonarlas.

Por último cuestiona la condena por la procedencia

del agravamiento indemnizatorio previsto por la Ley 25323, con base en una pretendida naturaleza punitiva impondría una interpretación restrictiva en orden a su aplicación.

2. Tratamiento de los agravios.

2.a Los agravios de la parte demandada.

Por razones de estricto orden metodológico, el examen de las cuestiones apeladas debe comenzar por las cuestiones introducidas por la empleadora.

Mediante el primer agravio se señala con precisión la falta de valoración de prueba que a su entender posee aptitud suficiente para fundar un pronunciamiento distinto. La afirmación es correcta, en efecto las copias certificadas por la autoridad administrativas que obran a fs. 379/382 son de baja calidad y consecuentemente exigen un esfuerzo de lectura, pero es imposible soslayar que demuestran la existencia de un acuerdo homologado por la extinción del vínculo contractual entre la anterior empleadora –C. A. S.A.- y la actora. Este acuerdo homologado por la autoridad administrativa, con concretas implicancias en el actual debate no fue denunciado al promover la demanda y si bien la prueba instrumental solo acredita su existencia es imposible soslayar que su ejecución también fue probada conforme resulta de las constancias de fs. 294/295.

Ahora bien, la valoración de esta prueba no obsta al cómputo de la antigüedad conforme lo peticionado y lo ordenado por la jueza de grado. Ello así, ya que las previsiones legales (arts. 18 y 225 de la LCT) son claras respecto al cómputo de la misma en las sucesivas vinculaciones entre las mismas partes, aun cuando la trabajadora o el trabajador hubiere cesado por

cualquier causa.

En el caso de autos, se ha acreditado la calidad de la demandada como empresa continuadora de la anterior empleadora, conforme resulta de los testimonios coincidentes de todos los testigos que han declarado en autos, quienes no solo refieren a los mismos dueños sino que ilustran sobre el lugar de trabajo. Así, al concepto de empresario corresponde adunar el de "establecimiento" en los términos del artículos 6 de la LCT, y se justifica el precepto relativo al reconocimiento de la antigüedad de las personas trabajadoras que continúen prestando servicios en la sociedad que cambió de nombre y/o en la unidad operativa empresaria, aunque cambie de titular.

La jueza ha referido a estas circunstancias y ha fundado su fallo en la inoponibilidad de la constitución de sucesivas sociedades y si bien nada ha dicho respecto a las indemnizaciones percibidas por la extinción del vínculo con la anterior empresa, señalo que tampoco ese extremo alcanza para fundar una solución distinta.

Y ello es así porque tampoco es aplicable al caso la previsión del artículo 255 de la LCT que prevé que ante el reingreso del trabajador corresponde deducir las indemnizaciones de los artículos 245, 246, 247, 250, 251, 253 y 254 de lo percibido por igual concepto en un despido anterior.

En el caso no ha existido despido, sino un mutuo acuerdo oneroso, ya que se enmarcó el caso en las previsiones del artículo 241 LCT, que claramente no es un despido, lo que excluye la posibilidad de descontar lo percibido.

Es que un mutuo acuerdo, en principio, es

gratuito; en el caso, el mentado acuerdo fue oneroso, incluso se incluyó parte de las sumas se imputaron a "indemnización por antigüedad" que es la prevista por el artículo 245 LCT. Ergo, es de toda evidencia que existió un despido encubierto bajo las formas de acuerdo extintivo, pero la declaración de nulidad por simulación del muto disenso solo puede ser peticionada por la trabajadora, de modo que la empleadora deberá soportar las consecuencias del acto simulado (cf. Ojeda, Raúl Horacio, "Comentario art. 255 LCT", Rubinzal Culzoni Editores, p. 575, Santa Fe, 2011).

El segundo agravio versa sobre las horas extras; al efectuar la reseña he precisado que el único fundamento que se esgrime es el relativo a las funciones de dirección desempeñadas por la actora.

Dicho argumento ha sido cuestionado por la parte apelada por extemporáneo y, consecuentemente, inadmisible; esta objeción formal es procedente.

El límite del poder de actuación de la alzada lo constituyen los temas propuestos por las partes en los escritos de constitución del proceso, tal como lo prevé el artículo 280 del ritual. En el caso, al cotejar los alcances de la contestación de la demanda y el contenido del agravio, tal límite aparece transgredido con la incorporación de nuevos planteos que importan la alteración de la relación procesal. La objeción a la procedencia de las horas extras estuvo vinculada exclusivamente a la falsedad de la extensión de la jornada denunciada por la actora –fs. 171-; así, la actual invocación de improcedencia por las funciones de dirección desempeñadas comporta un nuevo planteo violatorio –como vengo sosteniendo- del encuadre funcional de la apelación.

Por lo expuesto, ha de ser rechazado el agravio, ya que su tratamiento comportaría violación al principio de congruencia por exceder los poderes atribuidos al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico.

El tercer agravio, relativo a la improcedencia del agravamiento indemnizatorio, tampoco puede prosperar, ya que los presupuestos que dan andamiaje a dicha indemnización han quedado configurados conforme se desprende claramente del razonamiento de la jueza de grado que ha quedado sin refutación clara y concreta. El incremento encuentra su razón jurídica en los perjuicios que la mora en el pago de las indemnizaciones produce al trabajador, su naturaleza es laboral y participa de todas las características de este tipo de crédito, basta la verificación de los presupuestos legales para admitir su procedencia, y la concurrencia de estos no ha sido puesta en tela de juicios. Por estas razones no prospera el agravio.

Así, corresponde el rechazo del recurso de la parte demandada.

2.b. El recurso de la parte actora.

La parte actora impugna el salario fijado por la jueza de grado como mejor remuneración normal y habitual. El argumento que le da sustento es la existencia de una salario superior que es el correspondiente al mes de agosto 2005 por el número de horas extras laboradas y que conforme lo dictaminado por el perito contador el mismo ascendió a $7.157,87.

La parte demandada contesta los agravios sosteniendo que la cantidad de horas extras es absurda, por supuesto señalo que la objeción, amén de carecer de contenido jurídico, es extemporánea. En efecto, es

imposible soslayar todas las cuestiones que han quedado firmes por falta de impugnación: estas son la cantidad de horas extras laboradas, ya que la jueza ha determinado por las razones expresadas en el fallo que ha de estarse a las consignadas en la demanda. Luego, ha dicho que la mejor remuneración normal y habitual se integra con las horas extras, sin perjuicio de precisar que es la del mes de abril que no es la que se corresponde al concepto.

Estas premisas que fundan la decisión no han sido objetadas, y la impugnación de la actora busca tan solo precisar lo que la jueza debió haber precisado porque de las pruebas colectadas en autos era posible sin mayor esfuerzo dar contenido numérico a todos los conceptos.

Consecuentemente, procede el agravio y se determina la mejor remuneración normal y habitual en la suma de $7.175,87 porque así resulta de la pericia contable realizada. Repárese que si el fallo decide hacer lugar a la cantidad de horas extras reclamadas en la demanda y a su vez la pericia contable cuantificó las horas extras de conformidad con lo peticionado en el escrito inicial, no hay motivo alguno para que la liquidación sea efectuada por un perito contador, tampoco para no determinar concretamente la remuneración normal y habitual.

En función de lo expuesto, se hace lugar al agravio, se precisa el monto de la mejor remuneración normal y habitual en la suma indicada y conforme lo expresado precedentemente se modifica parcialmente el punto 1) del fallo tan solo en cuanto ordena que la liquidación sea practicada por un perito contador, dado que la ausencia de complejidad del caso hace

aconsejable que la misma sea practicada por la actuaria en la instancia de grado.

3. Costas y honorarios.

Se confirman, tanto las costas de la instancia de grado, como la regulación de honorarios, al no resultar una variación sustancial del fallo y estar regulados en porcentuales estos últimos.

Las costas se imponen al demandado vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota. Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas arancelarias establecidas en el artículo 5 y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 de la ley arancelaria vigente. Los mismos se cuantifican a favor del Dr. M. D. V. en el 30% de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. C. N. G. en el 25% de los que resulten en la instancia de grado.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 464.

2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 463 y, en consecuencia, determinar el monto de la mejor remuneración normal y habitual en la suma de $7.175,87.

3) Modificar el punto 1° de la parte resolutiva estableciendo que la liquidación del monto de condena deberá ser efectuado por la actuaria en la instancia de grado.

4) Costas de ambas instancias a la demandada vencida.

5) Confirmar la regulación de honorarios en porcentuales de primera instancia y fijar los honorarios profesionales en favor del Dr. M. D. V. en

el treinta por ciento (30%) de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. C. N. G. en el veinticinco por ciento (25%) de los que resulten en la instancia de grado.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 445/458. Hace lugar a la demanda y condena a la parte demandada T. A. SA, a pagar a la parte actora R. J. U., la suma que resulte de la liquidación que ordena. Declara la inconstitucionalidad del art. 245 L.C.T. y condena a entregar el certificado de trabajo. Las costas se imponen a la parte demandada y regula honorarios.

Por la parte actora se interpone aclaratoria a fs. 462/462vta. y se apela la sentencia a fs. 463. La parte demandada apela a fs. 464. Se rechaza la aclaratoria a fs. 466/468, que resulta apelada a fs. 471 por la actora y el recurso se concede a fs. 472 libremente y en ambos efectos. A fs. 479 se concede el recurso a la parte demandada.

Los agravios de la parte demandada, ya referidos en el presente acuerdo, impugnan la fecha de ingreso y antigüedad que se reconoce a la parte actora, sosteniendo la ausencia de continuidad de la relación laboral entre las empresas C. A. y la demandada T. A. S.A. Impugna en el punto 2 de fs. 476vta., la condena a pagar horas extras, sosteniendo que a los empleados de dirección no les corresponde dicho rubro, nivel que ocupó cuando fue a cubrir el puesto de gerente de sucursal en la localidad de Caleta Olivia. Punto 3. Referido a la multa de la Ley 25323, sostiene la inaplicabilidad, porque en el caso no existe ni dolo ni culpa ni se ha invocado causa inverosímil. Cita jurisprudencia que la excluye.

A fs. 480/485 la actora contesta los agravios.

A fs. 486/486vta., la parte demandada contesta los agravios de la contraparte.

Tratamiento de los agravios.

Por las modificaciones pretendidas corresponden en primer término las expuestas por la demandada. Esta parte se agravió por la concepción del fallo determinando que no hubo dos relaciones laborales, sino continuidad de las empresas, conclusiones que establece el fallo a fs. 449/449vta. La demandada recurrente manifiesta que la sentencia resta relevancia y descalifica el acuerdo que obra agregado a los autos.

La invocación de un acuerdo rescisorio de la actora con la inicial empleadora y desobligación de la sucesora, no puede ser sostenido por la recurrente con las escasas alusiones que la sentencia descalifica dicho acuerdo, si no sigue la amplia fundamentación de la sentencia a fs. 448vta./449, dedicado específicamente a analizar el alegado acuerdo celebrado y homologado en sede administrativa, pero que la Juzgadora, advirtiendo la irrenunciabilidad de los derechos del trabajo por una parte, que la documentación remitida no resulta la original, no puede tenerse por acreditada la existencia del acuerdo (fs. 448vta.).

Si no se puede hallar el original del acuerdo del distracto y se adjunta una copia poco legible, es mera opinión contraria de la recurrente que no puede desconocerse dicho acuerdo, cuando la interpretación de la Sra. Juez se ajusta a derecho en los cauces del art. 9 –ref. Ley 26428 de la L.C.T.-, respecto a la valoración de la prueba.

Que con todo dice luego la sentencia a fs. 449,

dada la postura asumida con respecto al acuerdo y que emerge del informe municipal que ambas firmas, C. A. SA y T. A. S.A., funcionaban en el mismo local, que una cede a la otra el mismo en locación y representadas por la misma persona R. E. F., concluye en que las empresas y las tareas seguían siendo las mismas.

El agravio resulta en consecuencia de suma insuficiencia. Pero, como se señala, además en el presente acuerdo y en ello coincido, la imponencia de las normas laborales pasan por las previsiones de los arts. 18 y 225 LCT, que exige el reconocimiento de la antigüedad por suma de las relaciones laborales –al margen del acuerdo– determinante de la conservación de la antigüedad adquirida con los sucesivos contratos.

Con la interpretación referente al art. 9 LCT cit., resulta inoponible la pericia rendida en ajena jurisdicción con otros objetivos, como prueba del ingreso de la trabajadora. La intimación de exhibir los libros laborales se debían en esta jurisdicción local, fue ordenada en su oportunidad a fs. 184/184vta. y notificada por cédula de fs. 198/198vta., con lo que su incumplimiento autoriza la conclusión jurisdiccional respecto a la prueba del ingreso.

2. Horas extras. La trama litigiosa sobre la reclamación de las horas extras tiene su correlato en la afirmación inicial de la actora que pese a su desempeño en funciones de mayor rango, existió falta de reconocimiento de la tarea desempeñada (punto 2 de fs. 148). Así, en el desempeño de la actora en la Receptoría de Caleta Olivia, como máxima autoridad, siendo responsable de la apertura y cierre del local, lo que generó horas extras “jamás retribuidas”, como funciones tampoco reconocidas en lo salarial.

La demandada controvirtió el reclamo a fs. 771, contestando que resultaba falsa la jornada laboral invocada por la actora, en tanto la sentencia en el Considerando I reconoce la jornada de laboral invocada y el cumplimiento de horas extras durante el año 2005, por lo que ante la inexistencia de prueba del pago, declara el rublo procedente.

A tales presupuestos de la primera instancia, la parte recurrente opone en esta Alzada que en razón del cargo de jerarquía desempeñado por la actora se encontraba exenta de pagar horas extras, sin controvertir el contexto de la sentencia por el que resuelve la correspondencia de las horas extraordinarias. La oposición de un nuevo argumento, no interpuesto oportunamente en la primera instancia para el debido debate, ello es, ajeno a la trama litigiosa, resulta improponible por disposición del art. 280 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico. Se rechaza el agravio.

3. Multa. Ley 25323. La impugnación a la multa impuesta en razón del art. 2 de la presente ley, tiene como primera alusión destacar el carácter punitivo, pero el punto no se encuentra en discusión ni demuestra por tal naturaleza un error de la sentencia. Por otra parte sostiene la improcedencia por ausencia de dolo o culpa de la empleadora, ni tampoco se ha invocado causa inverosímil.

A lo expuesto corresponde observar que la norma admite la reducción de la multa y hasta su extinción si existieran causas justificadas, pero en tanto el distracto se produjo sin justa causa (fs. 42) no existe presupuesto para el ejercicio de la facultad jurisdiccional de investigación o del dolo o de la culpa, su existencia o inexistencia, como que la causa

fuera verosímil o su contraria.

Desde las otras perspectivas interpuestas por la agraviada, los fallos de jurisprudencia que cita, resultan inaplicables por la misma razón. Los presupuestos de tales fallos citados exigen la evaluación de la causal invocada, para considerar si pudo considerarse a la empleadora con derecho a despedir.

Propugno en definitiva el rechazo de los agravios, con lo que, asimismo, deviene la imposición de costas a la recurrente, conforme con el art. 57 Ley XIV N° l.

Agravios de la parte actora.

Advertido que esta parte considera errónea la determinación de la mejor remuneración normal y habitual que aviene la sentencia en la del mes de abril de 2006, porque aunque inicialmente contiene montos que la elevan, muchos deben ser detraídos al momento de la liquidación que no reúnan los caracteres señalados. En su lugar entiende que corresponde como la mejor remuneración, la del mes de agosto de 2005, conforme con la pericia contable de fs. 373, que devenga la suma de $7.175,87, ello así –dice– en tanto realizó en dicho mes 154 horas extras, al trasladarse diariamente a la localidad de Caleta Olivia.

La demandada, al contestar, la descalifica y rechaza por absurda, pero deja sin análisis el derrotero del fallo por el que llega a su procedencia, la ya señalada ausencia de exhibición de las notas del desempeño de tareas que debían surgir de los libros laborales, por lo que la mera descalificación carece de virtualidad y resulta extemporánea.

Advirtiéndose, por otra parte, que el agravio consulta la propia lógica de la sentencia, desde que

admitida las horas extras, remite su viabilización para la integración salarial al ap. a), donde precisamente determina el exceso de la jornada solo correspondiente al año 2005, se ajusta a derecho el agravio por la correspondencia establecida, el mes de agosto de 2005. Procede, por lo expuesto, el recurso de la parte actora.

Dado el resultado de los recursos, los principios de imposición de las costas en la materia ya señalados y naturaleza alimentaria, corresponde su imposición en ambas instancias.

Sin perjuicio en lo que se revoca el fallo apelado, no siendo de naturaleza sustancial y regularse los honorarios en porcentuales, se ajustan a derecho los índices seleccionados por lo que deben confirmarse.

En esta Alzada, de conformidad con los arts. 5, 6, 8, 9, 13 y concords. Ley XIII N° 4, el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, se ajustan a derecho los propuestos por mi colega de primer voto.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Por todo lo expuesto, coincidiendo el sentido de los votos, corresponde el pronunciamiento decisorio propuesto por la Dra. Alonso.

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 demandada a fs. 464.

2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 463 y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 445/458 y su aclaratoria de fs. 466/468, determinando el monto de la mejor remuneración normal y habitual en la suma de siete mil

ciento setenta y cinco con ochenta y siete centavos ($7.175,87).

3) Modificar el punto 1° de la parte resolutiva estableciendo que la liquidación del monto de condena deberá ser efectuado por la actuaria en la instancia de grado.

4) Costas de ambas instancias a la demandada vencida.

5) Confirmar la regulación de honorarios en porcentuales de primera instancia y fijar los honorarios profesionales en favor del Dr. M. D. V. en el treinta por ciento (30%) de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. C. N. G. en el veinticinco por ciento (25%) de los que resulten en la instancia de grado.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse excusado de actuar el Sr. Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre 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 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"