En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de marzo del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R., L. A. c/ R. A., A. s/ Cobro de pesos - LABORAL" (Expte. Nº 315 Año 2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 173/10), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.193.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

La Sra. Jueza de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 165/171 de los presentes actuados, admitiendo la demanda promovida por L. A. R. en contra de A. R. A., condenando a este último a abonar al primero la suma de $ 21.272,44, con más intereses.

En lo pertinente, y para arribar a dicha conclusión, consideró el intercambio epistolar que luce en autos.

A tales efectos ponderó el telegrama de fs. 9 del 17.03.2010 remitido por el demandado comunicando el despido, dejando constancia de la postura del accionado en el sentido que al momento de la recepción del despacho del actor, con fecha 13.03.2010, la camioneta con la cual R. prestaba servicios se encontraba sin funcionar, por culpa del actor, al mismo tiempo que la empresa contratista del demandado ya no requería de sus servicios.

Estimó que era menester analizar las causales del despido por falta de trabajo, teniendo en cuenta que esta figura es una excepción al deber de dar ocupación, y en tal caso, establecer la indemnización por despido incausado, o la reducida que responde a dicha causal.

Adelantó su opinión en cuanto a que los recaudos legitimantes del despido por tal causal no se encontraban reunidos.

Entendió que el art. 247, LCT es de excepción y de aplicación restringida y que pesaba sobre el empleador la carga de probar la causal de falta de trabajo.

En orden a las pruebas rendidas, consideró que la testimonial de fs. 126, 127y 128 no aportó datos relevantes, salvo que la camioneta se encontraba sin funcionar, sin especificar de qué marca se trataba y si era utilizada por el actor para realizar sus tareas habituales.

Con respecto a la confesión ficta del actor, estimó que ella no reviste carácter absoluto, por lo que debe ser apreciada en función de todos los elementos de juicio obrantes en la causa.

En síntesis, consideró que no se encontraban acreditados los extremos invocados para tener por configurado el despido en los términos del art. 247, LCT, razón por la cual declaró procedente la indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido (marzo de 2010), indemnización por antigüedad, SAC proporcional y vacaciones proporcionales.

En relación a las horas extras reclamadas, tuvo en cuenta que el demandado no exhibió documentación alguna relacionada con la jornada de trabajo del actor. Valoró la prueba instrumental de fs. 12 (que dio cuenta del horario de trabajo del actor), reconocida en su autenticidad por la de fs. 137, concluyendo que la jornada de trabajo de R. era de lunes a viernes de 06,00 hs. a 20,00 hs. y los sábados, de 06,00 hs. a 15,00 hs.

Dejó constancia de la absolución de posiciones del demandado, el que admitió como fecha de ingreso del actor el 01.09.2009 y que, pese a la negativa formulada en el responde, reconoció que el actor laboraba los sábados de 06.00 hs. a 15,00 hs.

En lo pertinente, concluyó en relación con las horas extras que correspondía admitirlas en base a los cálculos del actor, por resultar justos.

Impuso costas y reguló los honorarios profesionales de los letrados intervinientes.

2.

A fs. 173 apeló la sentencia la parte demandada, expresando agravios a fs. 175/179. De los mismos se corrió traslado a fs. 186, el que no fue contestado por la actora.

3.

3.1.

Se agravia el demandado, considerando que la sentencia de autos incurrió en a) exceso en la aplicación de las reglas de la sana crítica; b) errónea consideración de la confesión ficta del actor; c) errónea valoración de los hechos y la prueba producida en la causa.

Señala en primer lugar que, conforme había quedado trabada la litis, debía su parte probar que el despido del actor fue por falta de trabajo, que la misma no le era imputable y que tales extremos quedaron acreditados con la confesión ficta del actor (decretada a fs. 123 vta) y el resto de las pruebas producidas, pese a que el pronunciamiento decidiera en contrario.

Concluye que, en virtud de la confesión ficta declarada en autos, incumbía al actor acreditar los extremos en que fundaba su demanda, lo que no logró.

Sostiene además el apelante que el despido se produjo debido a la falta y disminución del trabajo y la imposibilidad cierta de su parte de proceder a la dación de tareas del actor por encontrarse “fundido” el rodado que utilizaba, por su exclusiva responsabilidad. A tales efectos se remite a las declaraciones testimoniales de G. (fs. 127) y M. (fs. 126) quienes señalaron que el motivo del

cese de la actividad del accionante fue por tener su Traffic rota; en tanto Z. (fs. 128) manifestó haber visto la camioneta sin funcionamiento por encontrarse “fundida” o rota. Ello, sumado a las presunciones de la confesión ficta, (afirmaciones de las posiciones cuarta, quinta y sexta del pliego respectivo), y a la imposibilidad fáctica de reparar el rodado averiado, dan debida cuenta que al momento de producirse el distracto existía una manifiesta falta de trabajo, no imputable al empleador, tal causa tenía durabilidad y fue contemporánea con el hecho que la justificaba.

Debo comenzar señalando que, a tenor de lo expuesto precedentemente, se desconoce si el pretendido despido del actor, se encontraba motivado en la falta o disminución de trabajo, pues son términos bien distintos que el apelante no logra aclarar.

Tampoco se sabe si la cesación de las tareas del actor fue decidida pues la camioneta se encontraba “fundida”, o si la “exclusiva responsabilidad” que le endilga al actor en esa avería fue en definitiva el hecho determinante de la ruptura del vínculo laboral. Así se infiere de las expresiones del apelante.

De los términos del conteste de demanda, y en lo relativo al despido, el accionado da cuenta que al momento de la recepción del despacho telegráfico cursado por el actor (13.03.2010), la camioneta en cuestión se encontraba fuera de servicio, ya que por su exclusiva culpa había fundido el motor; su costo de reparación era elevado y su reparación requería más de dos meses. Señala también que la empresa “K. y C. SA había dejado de solicitar el servicio” y además el contrato que unía a esta empresa con el demandado se encontraba vencido. Todo ello, afirma el accionado, derivó en la decisión rupturista que le notificó al trabajador, decidiendo el despido en los términos del art. 247, LCT.

Para poner en orden las cosas: resulta del relato efectuado que el demandado decidió el despido (fs. 9) tras la intimación del actor (fs. 10). En dicha misiva, el demandado expuso como motivos del distracto: a) ser el único chofer del único móvil averiado, cuyo tiempo de reparación demandaría dos meses; b) la disminución de trabajo en la contratación con K. y C. SA.

Dispone el art. 243, LCT que “ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas”, motivo por el cual no habrán de atenderse las demás razones introducidas por el apelante relativas a la “falta” de trabajo que aduce (pues claramente se refiere a su “disminución”, en su despacho epistolar), la imposibilidad fáctica de reparar el rodado averiado, su elevado costo de reparación,

la responsabilidad del actor en la avería y que el contrato con K. y C. SA se encontraba vencido.

En orden a la confesión ficta que invoca, habré de hacer estricta aplicación de lo preceptuado por el art. 24 de la ley de rito laboral, pero dejando establecido que lo será en los términos que más abajo expongo en cuanto a sus efectos, y con prescindencia del pliego de posiciones reservado en autos, en todas aquéllas que no tengan directa vinculación con el *thema decidendum*, pues sabido es que este Tribunal se encuentra vedado de juzgar todas aquellas cuestiones que no hubieran sido sometidas al Juez de la Instancia anterior (art. 280, del CPCC).

La norma del referido art. 24, ley XIV Nº 1, señala que "...será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario." En el procedimiento del fuero laboral, pues, no es necesario ni mucho menos exigible valerse de un pliego de posiciones a este efecto, pues la confesión ficta opera sobre la base de "los hechos expuestos en la demanda o contestación", conforme al art. 24 ya citado que, consecuentemente, desplaza la aplicación supletoria del art. 421 del CPCC (cfr. CAPM “G., E. J. E. C/M., D. S/ Cobro de pesos” SDL Nº 50/2011).

Cierto es, como lo refiere el apelante, que esta Cámara, en supuestos como el de autos, ha señalado que dicha ficción abarca los hechos expuestos en la demanda o su contestación, sin dejar lugar a dudas respecto de su aplicación, atento su carácter imperativo (CAPM 067/2012 SDL).

También se ha dicho en ese decisorio que tal confesión ficta en que queda incursa la actora por imperio de lo previsto en el art. 24 (ley XIV, Nº 1), hace presumir como ciertos los hechos expuestos en la contestación de la demanda "salvo prueba en contrario" (CAPM, 067/12 SDL, citado).

De resultas de lo expuesto, el actor, a través de la referida ficción, quedó confeso, en lo que respecta a la imposibilidad de dar uso a la camioneta, que se encontraba “fundida” y su reparación demandaría dos meses y a la disminución de trabajo en la contratación con K. y C. S.A. Como se expresara, ninguna otra causal sobreviniente podría haberse invocado a la luz del art. 243, LCT.

En tal sentido, señala Sardegna (Conf. Sardegna, Miguel A., "Ley de contrato de trabajo comentada y anotada", p. 602.), sobre el particular, que

la exigencia impuesta se funda en la preservación de la buena fe que debe regir la relación de trabajo hasta el momento de su extinción, ya que quien alega una causa como justa debe ser explícito al respecto para permitir la mejor defensa de la contraparte que no debe hallarse en situación desventajosa.

No obstante, cuadra advertir que las causas invocadas por la demandada sujetas a corroboración judicial, son previas al impetre de la demanda y su contestación, y consecuentemente, a mi entender deben ser analizadas en un momento previo a esa Instancia, a fin de dilucidar si corresponde tener por configurados los requisitos que justifican la indemnización atenuada del art. 247, LCT.

El art. 247 de la LCT establece que los despidos por causas de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo que justifican una disminución -del 50%- de la indemnización del art. 245 LCT, no deben ser imputables al empleador y deben fundarse en justa causa.

Desde este punto de vista, la norma plantea tres situaciones que justifican despidos con el pago de una indemnización reducida a los trabajadores: la fuerza mayor, la falta de trabajo y la disminución de trabajo.

La fuerza mayor refiere al mayor grado de imposibilidad de continuar la relación, es imposible para el empleador seguir dando ocupación efectiva al trabajador, y por ende, abonando su salario, y puede configurarse por acontecimientos naturales o sociales. Es precisamente lo que invoca el demandado al mencionar la imposibilidad de dar uso a la camioneta.

La falta o ausencia de trabajo es la situación que se da en el tiempo con una permanencia que impide considerarla como circunstancial, en la cual la posibilidad del empleador de dar ocupación efectiva a sus trabajadores se enfrenta a un contexto que introduce incertidumbre en la marcha empresaria, sin que el empresario tenga conocimiento cabal de cuándo se remontará el curso negativo de

ciertos acontecimientos económicos que causan la falta de demanda del mercado, y que en caso de mantener a todos los trabajadores en el plantel de la empresa llevará a su ruina. La disminución o carencia de trabajo es aquélla que, también durable, hace que sea necesaria menor fuerza de trabajo para satisfacer la demanda del mercado, y por ende acarrea consecuencias serias a la economía o a las finanzas de la empresa, que necesita liberarse temporariamente de costos laborales para remontar el momento y subsistir (cfr. Serrano Alou, Sebastián, "El despido con base en el artículo 247 de la LCT", Laley online). Es lo que precisamente invoca la demandada como causal, al señalar la disminución en su contratación con K. y C. S.A.

Tanto para el supuesto de fuerza mayor, como para el de disminución del trabajo, es el Derecho Civil el que provee las bases desde donde se pueden extraer los requisitos generales para evaluar la inimputabilidad de los casos de fuerza mayor, y en el mismo camino, de la situación de falta o disminución de trabajo. Los requisitos del Derecho Civil pueden sintetizarse en: a) Imprevisibilidad, b) Ajenidad, c) Inevitabilidad, d) Actualidad, e) Imposibilidad, f) Perdurabilidad (Cfr. FERREIROS, Estela Milagros, "De la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo", Editorial Rubinzal Culzoni, Revista de derecho laboral, 2000-2, pág. 99; "El despido por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo", Editorial La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial, 01/01/2003, 229).

Pero estas bases deben completarse con los requisitos que el mismo art. 247 de la LCT y otras normas establecen, entre los que destacan: g) el procedimiento preventivo de crisis, h) el orden de los despidos, i) la buena fe laboral (art. 63 de la LCT, que siempre debe estar presente en la relación de trabajo: en el momento de su constitución, en su desarrollo y al momento de su extinción); y además requieren de una interpretación desde los principios del Derecho del Trabajo, los cuales giran en torno a: j) La protección del trabajo (art. 14 bis CN) (cfr. Serrano Alou, op. cit).

Establecidos los requisitos, habré de analizarlos a la luz de las dos causales introducidas por el demandado, esto es, la fuerza mayor derivada de la imposibilidad del uso de la camioneta y la disminución de trabajo en la contratación con K. y C. S.A., en ese orden.

En la fuerza mayor (haciendo del término una aplicación sinónima de la del caso fortuito, aunque en verdad la doctrina se ha encargado de darles un significado diverso a cada uno de ellos), en resumidas cuentas, el hecho debe comprender los siguientes requisitos: a) debe ser imprevisible; b) debe ser inevitable o irresistible; c) debe ser ajeno al deudor; d) debe ser extraordinario; e) el hecho debe ser actual; e) el obstáculo debe ser absoluto o insuperable (cfr. Trigo Represas, Félix A – López Mesa, Marcelo J, "Tratado de la responsabilidad civil", T° II, La ley, p. 829/833).

El primero de ellos -la imprevisibilidad del hecho- , ha sido señalado por nuestra jurisprudencia como aquél que supera la aptitud normal de previsión que puede exigirse al deudor, en función de sus condiciones personales y la naturaleza de la obligación (cfr. Cámara Nac. en lo Civil, Sala A, 20.02.80, LL 1981-B-286). Desde este ángulo no tengo razones para pensar que al empleador no se le representó jamás la idea que la única camioneta que poseía, herramienta indispensable para su empresa, algún día no pudiera tener un desperfecto que lo obligara a sustituirla, cuanto menos transitoriamente, para impedir la parálisis de su actividad. De allí que su avería no constituye a mi juicio hecho imprevisible alguno.

Por su parte, se señala que el hecho debe ser inevitable, lo que ocurre cuando el deudor, sin culpa de su parte y enmarcado en circunstancias personales, sea impotente para impedir el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación (cfr. Compagnucci de Caso, Rubén, "Manual de Obligaciones", p. 194). Desde esta arista, tampoco advierto que la ruptura de la camioneta hubiese sido inevitable para el empleador, a la luz de las

manifestaciones expresadas en su misiva de fs. 9, en la que ninguna culpa endilga al actor. Siendo así, quien se servía de ella para la explotación de la empresa, debió adoptar las diligencias necesarias para su buen funcionamiento, circunstancia que ni siquiera expresó en el mencionado despacho epistolar. De allí que tampoco advierto, pues nada dice al respecto en dicha comunicación, que se encuentre configurada la causal inevitabilidad, necesaria para cumplir con el recaudo previsto en la norma laboral.

Relacionado con lo expresado antes, se encuentra la "ajenidad", es decir que el hecho se haya producido en el exterior de la esfera de acción por el cual el deudor debe responder (cfr. Alterini-Ameal-López Cabana, "Derecho de obligaciones", p. 358). Desde esta perspectiva, nada indicó al respecto en su misiva de fs. 9, ni podría hacerlo después, por imperio de lo dispuesto en el art. 243, LCT, por lo que deduzco que tampoco se encuentra configurada esta causal.

El hecho de fuerza mayor también debe ser extraordinario, es decir, debe exceder el orden natural de las cosas (cfr. Compagnucci de Caso, Rubén, op. cit, p. 195), lo que tampoco parece darse en el caso de autos, desde que la avería de una camioneta que va y viene llevando empleados a un obrador es una contingencia propia de su uso. Tampoco, a mi juicio, se encuentra configurado este requisito.

El hecho que se invoca debe ser "actual". Es decir, ha de ocurrir al tiempo en que correspondía cumplirse la obligación, no bastando la sola amenaza (cfr. Boffi Boggero, "Tratado", T° II, p. 227). Desde este ángulo, y vinculado con la buena fe, considero que en todo caso, la invocación de la avería y consecuente imposibilidad de dar trabajo al actor, debió ser antes de la intimación del trabajador (fs. 10) y no después, por lo que tampoco encuentro configurado este requisito.

Por su parte, el obstáculo debe ser absoluto; o sea, debe sobrevenir una imposibilidad absoluta de cumplir la prestación, de modo que si el cumplimiento fuere posible sólo en parte, ésta deberá cumplirse inexorablemente. La mera dificultad para el cumplimiento no exime de responsabilidad al deudor; es menester que se configure una verdadera imposibilidad (cfr. Boffi Boggero, "Tratado", op. cit, p. 227).

Tampoco advierto en este caso que tal imposibilidad reuniera los requisitos mencionados. Si tan sólo eran dos meses los que requerían la reparación, bien pudo acudir a un vehículo alquilado o prestado, pues en definitiva la empresa se servía de ellos para su existencia misma.

Resta la buena fe laboral; y debo confesar que no la ha habido de parte del empleador, a estar a los términos de la comunicación del despido de fs. 9.

Debe señalarse en tal sentido que es el principio de buena fe el que preside la ejecución del contrato (arts. 1198 C.C. y 63 LCT) y vinculado con él, la doctrina de los actos propios veda la contradicción con los propios actos anteriores, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

Esa buena fe es una regla de conducta "que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto*; es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales" (Ivon Loussouarn, M., La buena fe, en "Tratado de la buena fe en el derecho", Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 9; cfr. CAPM, V., A. E. c/ P. A. SA. s/ Cobro de Pesos – LABORAL" SDL Nº 36/2012).

El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad

jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Cfr. voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; CNCom., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri, H. J. c. Sánchez, Carlos y otros", LL 1999D, 193 y DJ 19992127; CAPM, 36/2012, fallo citado).

Y en el caso de autos, además dicha manda se encuentra reforzada por una norma específica; la LCT en su art. 63 establece que "Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación de trabajo" (Cám. Apel. Trelew, Sala A, SDL 44/2008; CAPM, SDL Nº 36/2012, fallo citado).

Digo ello así, pues las causales del distracto (fuerza mayor y disminución del trabajo) no las hizo conocer el demandado sino cuando el actor lo intimó a la regularización de su situación y a la dación de trabajo. No antes.

Esa conducta, a mi juicio es determinante de la injuria laboral, pues a la luz de las constancias documentales de fs. 9 y 10 surge palmariamente que, tras veinte días de inactividad, el trabajador se vio obligado a solicitar a su empleador la dación de tareas. Éste, por su parte, debió haber puesto en conocimiento del empleado de la imposibilidad de uso de la camioneta con antelación, sin esperar interpelación alguna; y en todo caso, de no haber sido por dicha interpelación, es posible que el empleador no hubiese resuelto su situación laboral.

De allí que, a mi criterio, la causal invocada por el demandado fue tardía e injustificada como dejo ver en los párrafos anteriores.

Por tal razón, retomando la línea de ideas del comienzo del análisis, considero que el actor ha quedado confeso de la imposibilidad de dar uso a

la camioneta, pero existían razones previas (tal como lo expresé) a la demanda, que habían sellado la suerte adversa del despido justificado. Al momento de la promoción de la acción, no se encontraban configurados los requisitos del art. 247, LCT.

En orden a la causal de disminución de trabajo invocada, la misma carece de andamiaje alguno.

Digo ello así, pues, para casos como el que invocó el demandado en su despacho epistolar la normativa vigente exige, más allá del número de trabajadores involucrados, el tránsito por una vía procedimental previa, sea la prevista en los arts. 98 a 105, ley 24.013, o en su defecto, por el Decreto 328/88 (cfr. Confalonieri, Juan A, en "Ley de Contrato de Trabajo" (Rodríguez Mancini, Jorge -Director-) T° IV, ed. La Ley, p. 520). Esta circunstancia no ha sido ni siquiera mencionada por el demandado en el intercambio epistolar; menos en su conteste de demanda, razón por la cual, siendo obligatorio para el empleador el uso de algunas de las vías descriptas antes de comunicar la medida (cfr. Confalonieri, Juan A, op. cit, p. 520), la invocación de dicha causal resulta a todas luces improcedente.

Por las razones expuestas, no habiéndose cumplimentado con los requisitos del art. 247, LCT, ni con los procedimientos de la ley 24.013, o en su defecto del Decreto 328/88, y siendo éstos previos a la contienda judicial promovida, los efectos de la confesión ficta decretada a fs. 123 vta, no alcanzan a aquéllos y considero que el despido de autos ha sido injustificado. Debe, en consecuencia, confirmarse el fallo apelado en este aspecto (arg. arts. 232, 233 y 245, LCT)

3.2.

Se agravia el demandado pues el decisorio anterior ha reconocido horas extras al actor, sobre la base de no haber el demandado exhibido documentación alguna sobre la jornada del actor y haber valorado la documental de fs. 12, entendiendo por reconocida su autenticidad a fs. 137.

Señala además que la confesión ficta del actor incide negativamente en la procedencia del rubro, destacando que su parte negó el horario de tareas invocado en la demanda por el actor.

Adelanto que haré lugar a este aspecto de la queja.

Cierto es que la documental de fs. 12 da cuenta que el actor "prestó servicio para T. R. dentro de nuestro predio", y que los horarios de trabajo eran de lunes a viernes de 6,00 hs. a 20 hs. y los sábados de 6,00 hs. a 15,00 hs.

La pieza de fs. 137 da cuenta que la nota precedente fue suscripta por el Ing. R. D., Jefe de Obra de la firma K. y C. S.A., y fue labrada en un formulario de la empresa, refiriendo que el actor realizó tareas de chofer dentro del predio como dependiente de la Empresa T. R. La firma estampada al pie del texto de fs. 12 suscripta por el Jefe de Obra de K. y C. S.A. y en un documento perteneciente a la empresa me persuaden que resultan suficientes elementos para considerar que la nota es auténtica, dejando aclarado que no hay razón para entender lo contrario, máxime si se tiene en cuenta que no se alegó haberse firmado en blanco o que su texto hubiera sido alterado.

La cuestión a dilucidar es si efectivamente el actor es acreedor de horas extras, atento a que en los recibos de haberes acompañados por él mismo (ver fs. 3 a 8) surge el pago de horas extras al 50% y al 100% en todos los casos.

La parte actora, en su impetre de demanda, al solicitar el pago de este concepto, señaló que el actor trabajaba 79 horas semanales, de las cuales, 31

horas eran extraordinarias. En tal sentido, aclaró que la demandada abonaba “algunas horas extraordinarias al 50% y otras al 100%”, sin indicar ni especificar, cuáles eran las horas impagas, limitándose al simple cálculo de descontar a la cantidad de horas trabajadas y pagas, las adeudadas, sobre la base del informe de la jornada laboral que da cuenta el documento de fs. 12.

En primer lugar diré que, el hecho de la autenticidad de la nota de fs. 12 no me exime analizar la veracidad de su contenido.

Se trata de una solitaria manifestación escrita de quien era ajeno a la relación laboral entre el actor y el demandado, y que, al no haber sido traído como testigo a estos autos, nada se sabe sobre la razón de sus dichos, ni siquiera qué relación lo vinculaba al actor y al demandado en los términos del art. 445, del CPCC.

Esa parca afirmación respecto a la jornada laboral, sumado ello a la ausencia de los antecedentes antes descriptos, debilita su fuerza probatoria, resultando insuficiente para acreditar el horario de trabajo denunciado por el actor en el inicio, y negado expresamente por la demandada, no sin dejar de señalar que los recibos de fs. 57, 60, 62, 64, 66 y 67 dan cuenta que el actor percibió importes por horas extras al 100%.

La tibia manifestación de ese informe, que ni siquiera fuera evacuado en carácter de único testigo, impide tener por acreditada la jornada laboral de lunes a viernes de 06,00 hs. a 20,00 hs. horaria denunciada por el accionante en su libelo inicial. Sólo queda reconocido en autos, la jornada efectuada en días sábados de 6,00 hs. a 15,00 hs, por imperio del reconocimiento formulado por el demandado en la contestación a la octava posición de fs. 123.

Adviértase al respecto que el informe de fs. 137 (labrado por otra persona distinta del de fs. 12), si bien señala que el actor era chofer dentro del predio

de K. y C. S.A., como dependiente de T. R., no supo especificar el horario de tareas del actor.

Por otra parte, es menester señalar que quien reclama el pago de horas suplementarias tiene la carga de probar su realización y esta prueba debe ser exhaustiva y fehaciente, sobre todo si el reclamo se formula, tal como sucede en autos, una vez operada la finalización del contrato de trabajo (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, Sala II "Quesada, Jose Maria c. O.P.S. S.A.C.I. s/cobro de haberes", 10/05/2012, publicado en: DT 2012 (junio) , 1559 con nota de Juan José Etala (h.), AR/JUR/16301/2012; Sala II, "Burgos c/ Caristo Hnos.", expte. 598-CA-99, "Catriñir c/ Benito Roggio", P.S. 1996-II, f° 249/253; "Vergara Mora c/ Digicon Geophysical", P.S. 2000-I, f° 52/54; "Muñoz Gabriel c/ COTECSUD", P.S. 2011-V, n° 178; SALA I, "Medina c/ Crucero del Norte", P.S. 2011-VI, n° 229).

Así lo ha señalado esta Cámara, al afirmar que es sabido que la realización de las horas extras no puede basarse en meras presunciones sino que su prueba debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento del contrato individual de trabajo (CAPM, "G.", 85/2012 SDL).

Finalmente, he de tener presente que el actor se encuentra confeso en los términos del art. 24 de la ley de rito laboral y del art.421, del CPCC y que la demandada ha negado en su conteste la jornada de trabajo invocada en la demanda.

Por lo expuesto, considero que este aspecto de la queja debe ser admitida y que corresponde, en consecuencia, revocar el decisorio en esta parcela, desestimando el reclamo incoado por horas extraordinarias.

3.3.

Causa agravio a la demandada que el pronunciamiento haya tenido por mejor remuneración normal y habitual la suma de $ 3.868, sin fundamento que lo sustente.

Sostiene al respecto que el actor se encuentra confeso, que su parte desconoció la documental traída por la actora y que no ha habido pericia contable que dé cuenta de esa mejor remuneración normal y habitual. Señala que el decisorio fijó esa base de cálculo en virtud de lo percibido en el mes de diciembre de 2009, que contenía conceptos no habituales. Señala luego que una atenta lectura de los recibos de septiembre de 2009 dan cuenta de rubros habituales y por otra parte, extraordinarios, por horas suplementarias, debiendo excluirse este último.

Debo señalar en primer lugar, que de los propios términos del agravio se desprende que el actor percibió rubros habituales y extraordinarios en concepto de horas suplementarias.

Ese aserto me exime de analizar cada uno de ellos, sobre la base del expreso reconocimiento formulado por el apelante en el sentido que considera habituales a todos aquellos rubros que no correspondan a horas extraordinarias ni SAC, pues se deduce claramente de su queja.

La jurisprudencia mayoritaria de la CNAT a la que adhiero en este aspecto, se ha inclinado por el rechazo de la "mensualización" de conceptos como premios, gratificaciones, bonus, y SAC a los fines del art. 245 LCT.

Se ha decidido que "Cuando el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) dispone tomar como módulo "la mejor remuneración mensual, normal y habitual" se refiere a los rubros que componen el salario, para excluir gratificaciones extraordinarias, sueldo anual complementario u otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser ganadas todos los meses, en tanto el adjetivo "mejor" se refiere al monto." (CNAT Sala III, 18/9/07, "Silva, Ernesto Guillermo c/

Museo Social Argentino Instituto de Información, Estudio y Acción Sociales").

También se ha señalado que para liquidar la indemnización por despido no debe considerarse el sueldo anual complementario en la base de cálculo, ya que este rubro no fue abonado mensualmente, pues la norma exige tomar en cuenta la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador; por tal motivo, no cabe más que la exclusión del SAC (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, "Maidana Juan Marcelo c. Disco S.A.", 30/11/2009, Exclusivo Derecho del Trabajo Online, AR/JUR/48328/2009), puesto que aunque se trata de un salario normal y habitual, no es de pago mensual sino semestral (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, "Caruso, Eduardo J. c. Metrogas S.A., 30/10/2006, DT 2007 (marzo) , 316, AR/JUR/8643/2006).

Con respecto a las horas extraordinarias, otro es el modo en que decidiré.

De la compulsa de la documentación aportada por la demandada a fs. 57/68, surge que desde el mes de septiembre de 2009 y hasta la conclusión de la relación laboral, el actor percibió horas extras al 50% y 100%. Así consta en los recibos de fs. 57, 60, 62, 64, 66 y 67.

La "habitualidad" implica la reiteración de pagos por determinados conceptos. En la acepción de la Real Academia española, lo "habitual" es aquello que "se hace, padece o posee con continuación". En tanto, lo "normal" hace referencia a aquéllo que ordinariamente ocurre, y en la segunda acepción de la mencionada Academia es aquéllo "que sirve de norma o regla".

En nuestro caso particular, era habitual y normal que el actor percibiera horas extras, pues lo hizo durante el transcurso de toda la relación laboral, de modo tal que, poniéndonos en la situación en que la relación hubiese continuado vigente, el curso natural y ordinario de las cosas indica que el

actor hubiera seguido percibiendo horas extras al 50% y al 100%. Adviértase al respecto que durante los períodos septiembre/2009 (fs. 67), octubre/2009 (fs. 66), noviembre/2009 (fs. 64) y diciembre/2009 (fs. 62), el actor cobró el mismo importe por tales conceptos: $ 291,90 al 100% y $ 916,96 al 100%, variando en los meses subsiguientes (fs. 60 y 57).

Por tal razón, es dable señalar que, a los fines de establecer la base de cálculo de la mejor remuneración es procedente integrarla con el monto correspondiente a las horas extras llevadas a cabo por el trabajador, en tanto se acreditó que eran realizadas en forma normal y habitual.

En tal sentido se ha señalado que si el trabajador prestó servicios en horas suplementarias en forma normal y habitual, percibiendo las remuneraciones correspondientes, tiene derecho a que las mismas sean computadas para fijar la base de la indemnización por despido (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, "Rohr, Jorge S. y otros c. Fe. Me. S. A" 30/11/1998, DT 1999-B, 2546, AR/JUR/187/1998; Tribunal del Trabajo de Trenque Lauquen, "Rossino, José L. c. Distribuidora Oro S.R.L.", 07/10/1996, LLBA 1997, 770, DT 1997-B, 1808, AR/JUR/3137/1996; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, "García, Armando c. La Prensa, S.C.A.", 23/03/1979, DT 1979, 484, AR/JUR/3593/1979; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, "Gambarte, José A. c. Fundación Club Hindú Asoc. Civil ", 29/09/2003, DT 2004 (mayo), 659, AR/JUR/5504/2003).

Por las razones expuestas, atento a no guardar fundamento alguno el pronunciamiento de autos en la determinación de la mejor remuneración normal y habitual, y en orden a lo expresado precedentemente, ese aspecto del decisorio debe ser revocado.

Consecuentemente, en etapa de ejecución de sentencia, un experto contable a designarse en autos deberá fijar la base de cálculo para la indemnización correspondiente (arts. 232, 233 y 245, LCT), SAC proporcional y vacaciones proporcionales, debiendo establecer la mejor remuneración mensual y habitual percibida por el actor conforme con la documentación aportada a

fs. 57/68, excluyendo estrictamente de esa base los importes percibidos por sueldo anual complementario (SAC).

3.4.

Se queja finalmente el demandado, pues entiende que por efecto de la presunción emanada de la confesión ficta, y conforme la posición séptima, esa parte nada adeuda al actor.

He hecho referencia a los alcances del art. 24 de la ley de rito laboral expresados precedentemente, a los que me remito *brevitatis causae*.

Debe señalarse al respecto que a fs. 55/56 lucen aportados por la propia parte demandada recibos en original y duplicado en los que constan los depósitos efectuados en concepto de "liquidación final", en el que se consignan los rubros correspondiente a sueldo básico, zona 20%, presentismo, SAC (proporcional) y demás adicionales correspondientes al mes de marzo de 2010. Asimismo, constan los importes por conceptos de indemnización, art. 247 y vacaciones no gozadas.

Ello, expresa un reconocimiento del derecho del actor en cuanto a sumas que se le adeudaban a la conclusión del vínculo laboral, más allá de su errónea aplicación (que ha sido materia de litis en algunos de sus aspectos, tal como se desarrolla más arriba).

Negar adeudar suma alguna frente a tal documental es tanto como volver sobre los propios actos, cuya doctrina veda la contradicción con los propios actos anteriores, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

Ya De la Vega Benayas señalaba que "el Código civil es claro al decir que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Formula aquí, en forma de mandato, un postulado de ética social, un deber de comportamiento conforme a la moral social imperante, vigente. Un postulado de moral general que, al interferir en las relaciones jurídicas, adopta la formulación de un principio general de Derecho, el de la buena fe, aplicado según las reglas de la tópica, es decir, conforme a las exigencias del caso o problema y a la concurrencia en él de circunstancias morales o de

la ética imperante: honradez, rectitud, diligencia, ausencia de dolo o mala fe, cooperación, consideración del prójimo, como «topoi» reguladores o informadores" (De la Vega Benayas Carlos, "Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil", Edit. Cívitas, Madrid, 1976, p. 249; CAPM, SDL N°36/12).

Por aplicación de la mencionada doctrina, la queja del apelante deviene improcedente y cabe, en consecuencia, desestimarla.

4.

Por lo precedentemente expuesto, propondré al Acuerdo se confirme el decisorio en cuanto condenó al pago de la indemnización del art. 245, LCT, se lo revoque en cuanto al reconocimiento que efectúa en orden a horas extraordinarias y en cuanto a la base de cálculo de la mejor remuneración, mensual y habitual.

5.

En cuanto a las costas de la otra Instancia y no obstante lo preceptuado por el art. 282, del CPCC, considerando que el reclamo del actor tuvo éxito en lo principal y que se vio compelido a acudir a la vía judicial para el reconocimiento de su derecho, las mismas no han de ser readecuadas, como así los honorarios regulados a los profesionales intervinientes.

6.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, deben ser impuestas por su orden, atento el modo en que se resuelve (art. 72, del CPCC).

7.

En consecuencia, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, al Dr. G. A. C. en el 27% de lo que le correspondiere en la

Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).
Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen en el mismo orden propuesto por el Dr. Vivas.

2.

Los agravios reseñados por el Magistrado que me antecede en el voto, dan cuenta de la disconformidad del apelante con la valoración de los hechos y la prueba producida en la causa y que determinaron que, en la sentencia de grado, se admitiera la indemnización plena derivada del despido como por otro lado, la base remuneratoria que para su cálculo fijó la Señora Jueza y el reconocimiento de horas extras laboradas.

a) El despido

El Art. 243 de la LCT contiene dos circunstancias en el tema de la extinción del contrato de trabajo. El primero de ellos es el referido a la comunicación,

acerca de la cual el texto no deja lugar a dudas que debe ser realizada por escrito. Luego, el segundo, que es el aquí importa, es el referido a la invariabilidad de la causa o causales alegadas para disponer la extinción, por lo que no mencionada una posible causa del distracto en la comunicación, no puede luego pretender incluírsela en el tratamiento del tema.

La comunicación por escrito del distracto con precisa indicación de la o las causas que lo provoca, resulta una disposición meridianamente clara y asertiva de la ley laboral que no puede dejar de cumplimentarse.

En la CD 084858935 obrante a fs. 71 (cuya copia obra a fs.9) se especificó *"…Debido a que me encuentro imposibilitado de asignarle tareas, ello como consecuencia de la falta de trabajo, me veo obligado a prescindir de sus servicios a partir del día de la fecha. Ello por ser usted el único chofer del único vehículo de mi empresa, que se encuentra fundido, con un plazo de reparación de dos meses. A ello se suma la disminución en la contratación de la empresa K. y C., para la cual usted prestaba servicios"*, tal era la imputación formulada y respecto de la cual giró la defensa del empleado.

En definitiva la norma del art. 243 LCT, no es más que la aplicación del principio de la buena fe con que ambas partes del contrato laboral han de desarrollar el mismo, sea a su inicio, durante su vigencia o al tiempo de la extinción (Art. 63 LCT.).

De modo tal que no se puede pretender integrar la causal de un despido con elementos no contenidos en la comunicación, ya que no cabe admitir que una vez realizada la misma, se pretenda mutar o modificar la causa, vista la valla insalvable que al respecto contiene el artículo citado.

Tal pareciera ser la intención de la parte, cuando achaca a la sentencia la *"errónea consideración de la confesión ficta del actor esencial para el proceso"*.

El ordenamiento procesal laboral provincial contiene una norma expresa, el art. 24 de la ley XIV Nº 1, que es más clara y rígida con el absolvente incompareciente que la prevista por el art. 421 del CPCC y que no limita las consecuencias de la confesión ficta ni a los hechos personales del absolvente ni al pliego de posiciones temporáneamente presentado, sino que obliga al juez a tenerlo "*por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o contestación, salvo prueba en contrario*". No hay en esa norma ni limitación a ciertos hechos ni concesión de facultades al juez, sino un mandato legal de que se tenga al absolvente por confeso, lisa y llanamente.

La confesión ficta produce los mismos e idénticos efectos que la expresa en cuanto al reconocimiento de la verdad de los hechos que han sido objeto de ella, estribando la única diferencia entre ambas especies en que mientras la segunda constituye “plena prueba” según el art. 427 C.P.C.C., la primera crea una presunción “iuris tantum”, desvirtuable por ende mediante pruebas en contrario (“salvo prueba en contrario”, dice el art. 24 de la ley XIV Nº 1).

No comparto entonces, lo manifestado en la sentencia en el sentido que la confesión ficta no reviste carácter absoluto o lo que equivaldría afirmar la tesis de que "la virtualidad probatoria de la confesión ficta es totalmente relativa -puesto que depende de la existencia de otros elementos de convicción que la corroboren". Esto no se ajusta a la letra de la ley de procedimiento laboral que nos rige, que impone al juzgador tener por ciertos los hechos expuestos en el escrito de inicio -o de la contestación en su caso- ante la incomparecencia de la parte a la audiencia fijada a tal efecto. Si de algún modo puede considerarse relativa la eficacia de la presunción, es precisamente en base al argumento contrario. Su relatividad no está dada por el hecho de que necesite otras pruebas para ser corroborada sino que, por tratarse de una presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario.

Dicho ello y ya en el ámbito de aplicación del art. 243 LCT, debo señalar que la confesión ficta del actor no puede neutralizar al contenido de la comunicación del despido directo, documento fehaciente de fecha anterior emanado del empleador. Esto es, la invariabilidad de la causa del despido no puede ser enervada por los efectos de la confesión ficta.

Aplicando el art. 24 de la LCT y armonizado con el art. 243 de la LCT, el actor ha quedado confeso en la imposibilidad de uso del vehículo que se encontraba fundido y con un tiempo de reparación de dos meses con más la disminución en la contratación de la empresa K. y C.

Toda otra circunstancia expuesta en el responde queda fuera de los efectos de la *ficta confessio*, a menos que, de otros elementos de prueba aportados a la causa, se acredite acabadamente lo contrario a lo que surgiría de la confesión ficta operada en estos autos y con los límites fácticos expuestos.

Deberá entonces determinarse si el demandado ha justificado los recaudos que viabilizan la reducción de la indemnización del art. 245 LCT y que establece el art. 247 de la LCT para el supuesto de despido dispuesto por causa de falta o disminución del trabajo no imputable al empleador fehacientemente justificada.

Resulta pertinente desde el inicio, restar fuerza argumentativa a las consideraciones que efectúa el apelante respecto de las posiciones del pliego presentado temporáneamente. (v. por ej. fs. 77 vta)

Ya se ha ocupado tanto la magistrada de grado como el señor juez que me precede en el voto, por cuáles son los requisitos que configuran las causales referidas como los recaudos que deben agotarse, para habilitar el pago de la indemnización reducida.

La fuerza mayor derivada de la imposibilidad de uso de la camioneta invocada por el empleador es idéntica a la prevista por el art. 513 del CC, en

consecuencia aquél debe probar la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la irresistibilidad del hecho.

Si el trabajador fue contratado para trasladar empleados al obrador de la empresa K. y C. en el vehículo de propiedad del demandado, claro resulta a mi juicio, que de haber observado una conducta diligente, acorde con las responsabilidades contractuales asumidas, debió haber previsto el reemplazo del móvil frente a cualquier contingencia que se le presentara.

Tampoco justificó el demandado que le hubiese sido inevitable el desperfecto del vehículo. No imputada conducta negligente al actor en la comunicación del distracto (y limitado por ello a incorporarla en el responde), no ha procurado acreditar en autos, la adopción de medidas tendientes al adecuado mantenimiento del único vehículo destinado al transporte.

Con ello quiero significar que el empresario es responsable de toda aquella situación que razonablemente pueda ser prevista o contrarrestada por un buen hombre de negocios, pues vedado está invocar la hipótesis del art. 247 LCT cuando los supuestos de falta de trabajo o disminución de su actividad son debidos a la propia conducta del empleador en el manejo de su empresa.

En definitiva no ha logrado la demandada probar la causa de falta o disminución de trabajo argüida para despedir; que la falta de trabajo le fue no imputable (con la adopción de medidas tendientes a paliar las contingencias que generaría la avería del vehículo); que la falta de trabajo, por su entidad y perdurabilidad justificaran la rescisión del vínculo y tampoco demostró que el hecho que desencadena la decisión rupturista, no hubiese obedecido al riesgo propio de la empresa. *“ En consecuencia para justificar los despidos por falta o disminución de trabajo, el empleador debe probar: a) la existencia de falta o disminución de trabajo que por su gravedad no consiente*

la prosecución del vínculo; b) que la situación no le es imputable, es decir se debe a circunstancias objetivas y que no hay ni culpa ni negligencia empresaria; que se respetó el orden de antigüedad; y d) su perdurabilidad, ello, desde que una crisis temporarias un riesgo común en la explotación comercial o industrial, que no autoriza sin más la invocación de la "falta o disminución de trabajo" .(CNAT Sala IX 28/02/02 " H. M. c/ L. C. s/ Despido" .

A lo expuesto debe agregarse que el art. 247 L.C.T es una excepción y su aplicación debe ser restrictiva, ya que el principio que rige es el de conservación del contrato, para lo cual el empleador tiene a su alcance la adopción de otra medidas tendientes a paliar la situación. Y en ese sentido el demandado no alegó ni en la comunicación del distracto, ni al contestar la demanda haber cumplido con el procedimiento de crisis que se debe llevar a cabo antes de comunicarle al trabajador la decisión rupturista, previstas en la normativa vigente. (arts. 98 a 105 L.E.)

Más aún, las invocadas causales le fueron comunicadas al trabajador, al tiempo de contestar el requerimiento del trabajador para que se aclarara su situación laboral (fs. 10), luego de veinte días de no darle ocupación efectiva, en falta con el principio de buena fe ya enunciado (art. 63 LCT).

Concluyo el tratamiento del agravio, reiterando que los efectos de la confesión ficta en la que quedó incurso el actor, no conmueven la ausencia de prueba de la causal de despido invocada en la comunicación cursada oportunamente, por lo que no puede ampararse el Sr. R. A. en la disposición legal del art. 247 LCT para disminuir su obligación de indemnizar el despido dispuesto.

b) <u>Horas extras</u>.

El agravio del demandado se sustenta en el reconocimiento de las horas extraordinarias por no haber exhibido el empleador documentación alguna sobre la jornada de trabajo del actor y la errónea valoración de la

documentación de fs. 12 reconocida a criterio de la magistrada, con el informe de fs. 137.

La prueba de las horas extra se rigen por las normas generales en materia probatoria, esto es las horas extraordinarias son hechos cuya prueba puede efectuarse por cualquiera de los medios expresa o implícitamente admitidos por la ley procesal (STJCh en SD 04/10 SER); el trabajador que las reclama deberá, respecto al número como al lapso y frecuencia, probarlo y ello en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba a quien lo invoca y no a quien lo niega. (art. 381 C.P.C.C.; arts. 44 y 73, Ley XVI Nº 1).

La parte al demandarlas, explicitó que tenía una jornada laboral de 79 horas semanales por lo que 31 horas debían computarse como extraordinarias, reclamando la diferencia entre las que se le reconocieron y las efectivamente cumplidas.

Analizadas las probanzas agregadas al expediente, diré que la nota de fs.12 debe valorarse a partir que la empresa K. y C. a fs. 137 ha reconocido por su apoderado, que fue firmada por quien era el Jefe de Obra Ing. D. en papel con membrete de la empresa, por la que infieren su autenticidad.

Ello no obsta a señalar que hubiera sido menester contar con otros elementos que corroboren lo allí aseverado por quien no ha sido traído al proceso en calidad de testigo y respecto del cuál se desconoce dato alguno del que se pueda inferir su idoneidad. Adviértase, por otro lado, que el apoderado de empresa expresa puntualmente, que al no resultar el actor su dependiente, no pueden especificar cual era la jornada laboral cumplida por el Sr. R.

Sobre la jornada de trabajo cumplida y considerando que el demandado ha desconocido la alegada en su demanda (lunes a viernes de 06 hs a 20 hs y sábados de 06 a 15 hs), los efectos de la confesión ficta del actor permiten sostener que de ella sólo ha quedado reconocida por prueba en contrario, la

del día sábado cumplida entre las seis y las quince horas (v. absolución de posiciones del demandado en la 8va. Posición).

Tampoco obsta señalar, que maguer la negativa del demandado, agregó en su responde los recibos de sueldo en los que se liquidaron horas extras al 50% y al 100% (v. fs. 57, 60, 62, 64, 66 y 67).

En esta dirección, las probanzas aportadas al proceso resultan insuficientes para adquirir suficiente grado de certeza acerca de la realización efectiva de las horas suplementarias por sobre las reconocidas en la liquidación de haberes y que la actora reclama como impagas.

Por estos argumentos participo que el recurso, en el punto, debe ser admitido y consecuentemente debe revocarse la sentencia en cuanto ha reconocido la procedencia de 157 horas extraordinarias al 50%.

c) <u>La remuneración base del cálculo indemnizatorio</u>

Se queja la demandada que la mejor remuneración normal y habitual que adopta la magistrada como base de cálculo de las indemnizaciones por el despido haya sido la del mes de diciembre de 2009 de $ 3.868 (luego refiere al de septiembre), pues la misma contiene remuneraciones de carácter extraordinario, dándole tal carácter y en los límites de expresos de su agravio, al sueldo anual complementario y a las horas extraordinarias.

Cierto es que no puede inferirse de los recibos anexados por las partes, a cuál mes corresponde el sueldo de $ 3.868 reconocido en la sentencia como mejor remuneración normal y habitual; el único dato al respecto es la liquidación formulada por la actora al demandar pero como se dice, sin respaldo documental alguno.

Más allá de esa circunstancia, el agravio referente a la integración de la base de cálculo de la indemnización por antigüedad es atendible, pues el art. 245 de la LCT, al establecer que la base de la indemnización será la mejor

remuneración mensual, normal y habitual, excluye toda prestación que no se perciba mensualmente, como resulta el sueldo anual complementario. *"No corresponde proyectar la incidencia del SAC sobre la indemnización por antigüedad (art. 245 L.C.T.), habida cuenta de que la norma citada se refiere a la "mejor remuneración mensual, normal y habitual" y, si bien el sueldo anual complementario es "normal" y "habitual" no es "mensual" ya que no se paga todos los meses aunque se gana a cada momento, por lo que tal circunstancia incide para que la indemnización por antigüedad se calcule, únicamente, sobre el salario que mensualmente se le abona al trabajador con exclusión de conceptos no mensuales."*(CNAT Sala II, S. D. 27/11/2007 "O. A. M. c/A. M.E.B.P.B.A. s/despido".).-

En cuanto a la queja por incluir en el cálculo las horas extraordinarias, debo señalar -en consonancia con el magistrado que me antecede en el voto-, que a los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, la mejor remuneración está integrada por aquellos ítems salariales normales y habituales de monto variable (en el caso, las horas extra) ya que cuando aquella normativa legal se refiere a la "mejor remuneración" contempla precisamente esa variabilidad.

En el caso, surge que el actor se desempeñó -durante todos los meses que se mantuvo la vinculación laboral-, en tiempo extraordinario percibiendo retribución por tal concepto (horas al 50% y horas al 100 %). De esto último se desprende el carácter habitual de la remuneración por las tareas cumplidas en horas extras y consecuentemente, dicha remuneración resulta aprehendida por la fórmula legal del artículo 245 LCT, debiendo incluirse a los efectos del cálculo de la mejor remuneración mensual percibida y a los fines de la determinación de la indemnización por despido. "*Si de la sola observancia de los recibos de pago surge acabadamente que de los últimos doce meses de la relación laboral el accionante percibió el rubro horas extras, se debe concluir que su percepción fue normal y habitual y, al momento de computarse la*

mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida o devengada durante el último año, deben computarse. (B. R. C/ B. S. T. S.A. S/ COBRO DE PESOS Y OTROS RUBROS. 17-05-1999 Sala Laboral de la Cámara de Concordia). *"Los haberes por horas extras deben adicionarse a la mejor remuneración que contempla el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, siempre que sean trabajadas con habitualidad."* ("C., C. A. c/ E.D.E.A. S.A. s/ Diferencias de indemnización por despido" - SCBA - L 85322 S - 29-8-2007).

La sentencia en este punto deberá revocarse, compartiendo el criterio del señor Juez que me antecede en el voto, que será en la etapa de ejecución de sentencia donde el perito a designar, deberá determinar cuál resulta la mejor remuneración mensual y habitual percibida por el actor conforme los recibos anexados a la causa, excluyendo lo percibido por SAC y así determinar la base de cálculo para los rubros que integran la liquidación final.

d) Señala finalmente el apelante, que nada debe al actor a mérito de la presunción emanada de la confesión ficta, conforme la posición 7ma. La queja debe desestimarse.

Ya he señalado que no corresponde meritar la confesión ficta en base al pliego de posiciones y ello en virtud de la expresa manda del art. 24 de la Ley XIV Nº 1.

En la contestación de demanda, la parte no refiere haber abonado los ítems que integran la liquidación final, solo surge de su escrito que impugna la liquidación por no corresponder y ser desajustada a derecho.

Y ello, es de toda evidencia, corrobora la conducta que adopta la demandada aportando al proceso los recibos en original y duplicado de los conceptos que integran la liquidación final (fs 55/ 56).

Insistir en esta instancia en que las sumas han sido abonadas sobre la base de una ficción (desechada por desajustada a la ley procesal) es ponerse en contradicción con los comportamientos anteriores jurídicamente relevantes y plenamente eficaces deviniendo, en consecuencia, inadmisible la postura de la parte que no se compadece con la actitud asumida anteriormente en el pleito.

e) Concluyo el tratamiento de los agravios señalando que deberá confirmarse la sentencia en lo sustancial que resuelve, esto que corresponde la indemnización plena del art. 245 LCT y revocándola en cuanto a las horas extraordinarias y la base de cálculo de la indemnización derivada del despido y los rubros que integran la liquidación final.

3. <u>Las costas</u>:

a) <u>Las costas de la primera instancia:</u> La manda del art. 282 autoriza a modificar las costas y honorarios cuando se revoca total o parcialmente la sentencia de grado. En el caso, el actor se ha visto compelido a promover esta demanda resultando reconocido su derecho a una indemnización plena y sólo se ha desestimado la diferencia en las horas extras reclamadas por lo que soy del criterio, que el resultado no enerva el carácter de vencido que autoriza a imponerle las costas en su totalidad al demandado (art. 57 Ley XIV Nº 1 y 69 del CPCC), sin que advierta motivos para modificar los honorarios pues se adecuaran automáticamente al monto de condena que resulte.

<u>b) Las costas en la Alzada</u> y atento el modo en que prospera la apelación, deben imponerse en el orden causado (art. 72 CPCC). Estimo ajustados los honorarios que propone el Dr. Vivas para el letrado de la parte demandada, conforme el mérito y resultado obtenido por su actuación profesional (art. 5 y 13 de la ley arancelaria)

Voto a la primera cuestión, **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 165/171, **MODIFICÁNDOLO** en cuanto a que reconoció horas extras al actor, las que se desestiman y en cuanto al modo en que fijó la base de cálculo de la mejor remuneración normal y habitual. Consecuentemente, en etapa de ejecución de sentencia, un experto contable a designarse en autos deberá fijar la base de cálculo para la indemnización correspondiente (arts. 232, 233 y 245, LCT), SAC proporcional y vacaciones proporcionales, debiendo establecer la mejor remuneración mensual y habitual percibida por el actor conforme con la documentación aportada a fs. 57/68, excluyendo estrictamente de esa base los importes percibidos por sueldo anual complementario (SAC); sin readecuación de costas ni honorarios.

2. IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 72, CPCC).

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia al al Dr. G. A. C. en el 27% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara maría Inés de Villafañe dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Mario L. Vivas.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de marzo de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 165/171, **MODIFICÁNDOLO** en cuanto a que reconoció horas extras al actor, las que se desestiman y en cuanto al modo en que fijó la base de cálculo de la mejor remuneración normal y habitual. Consecuentemente, en etapa de ejecución de sentencia, un experto contable a designarse en autos deberá fijar la base de cálculo para la indemnización correspondiente (arts. 232, 233 y 245, LCT), SAC proporcional y vacaciones proporcionales, debiendo establecer la mejor remuneración mensual y habitual percibida por el actor conforme con la documentación aportada a fs. 57/68, excluyendo estrictamente de esa base los importes percibidos por sueldo anual complementario (SAC); sin readecuación de costas ni honorarios.

2. IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 72, CPCC).

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia al al Dr. G. A. C. en el 27% de lo que le correspondiere en la

Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL.