En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"Á., P. G. c/ P., A. C. S/ COBRO DE PESOS" (Expte. Nº 239 Año 2013)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. Nº 122/10), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia dictada a fs. 335/345 vta.? ; **SEGUNDA CUESTION**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 369.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

Se han recibido en esta Alzada los presentes actuados en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 349) y por la parte demandada (fs. 350) contra la sentencia dictada en la inferior instancia, el cual les ha sido concedido a ambas, conforme providencia dictada a fs. 351.
Expresó agravios la actora a fs. 353/357 vta., haciéndolo la demandada a fs. 358/363 vta., sin que hayan sido contestado los traslados conferidos de cada una de esas presentaciones.

2 – La Sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a A. C. P. a abonar a P. G. A. la suma que determine el Perito Contador por los rubros detallados en los Considerandos 3 y 4, dentro de los cinco días de su determinación mediante depósito judicial, con más los intereses a la tasa

activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos desde que cada suma fue debida y hasta su cancelación. Las costas las impuso en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la actora, regulando los honorarios de los profesionales actuantes.

Comenzó señalando la Magistrada a quo que no hay controversia con respecto a la fecha de ingreso ni a la categoría del actor, pero sí con respecto a su horario de trabajo. Es por ello que la sentencia trató en primer lugar la determinación de la real jornada laboral que cumpliera el reclamante.

Destacó que afirmando el actor un horario de trabajo mayor al que le fuera liquidado, recayó sobre él la carga de la prueba de tal extremo fáctico, pudiéndolo concretar por cualquier medio de prueba.

Evaluó primeramente la a quo la prueba "documental" consistente en las Planillas Horarias de los meses de Octubre de 2009 a Enero de 2010, suscriptas por el actor y reconocidas sus firmas al absolver posiciones. Consideró relevantes a estos instrumentos ya que ninguna prueba se produjo tendiente a desvirtuarlos.

Destacó luego que la demandada invocó dos circunstancias omitidas por el actor a los efectos de hacer caer las horas extras por éste reclamadas. Una de ellas es que el dependiente tomó vacaciones del día 2 al 15 de Diciembre de 2008. Esto fue omitido por el actor al demandar pero lo reconoció en la prueba confesional.

La otra omisión del actor está referida al accidente de trabajo que tuvo el actor el día 10 de Enero de 2009, siendo dado de alta el día 30 de Enero del mismo año, lo que también fue reconocido por él al absolver posiciones, a lo que se agrega la prueba informativa producida con respecto a la ART interviniente en el caso.

Se refirió luego a la prueba "testimonial", analizando las declaraciones de todos los testigos del proceso y concluyó considerando probado que el actor trabajaba "horas extras" todos los días de la semana, sábado por la

tarde y domingo por la mañana, las que admitió de la siguiente forma: 15 horas semanales al 50% de lunes a viernes, de 7 a 9 y de 21 a 22 hs.; 5 horas semanales al 100% los sábados de 17 a 22 hs. y 4 horas semanales al 100% los domingos de 9 a 13 hs.

Dispuso que un Perito Contador realice en la etapa de ejecución de sentencia los cálculos correspondientes que deben abonarse al actor, excluyendo los períodos en los que el trabajador gozó de vacaciones y el que estuvo ausente por el accidente.

Con respecto a las "diferencias salariales" generadas por el reconocimiento de las horas extras, dispuso que un Perito Contador determinará la incidencia de estas horas en la liquidación final abonada al actor, realizando los cálculos pertinentes.

En el 5to. Considerando hizo referencia la sentencia en crisis a que la actora omitió mencionar dos períodos en los cuales no prestó servicios (vacaciones y accidente) y en contradicción con la "buena fe" liquidó los mismos como efectivamente trabajados con horas extras. Destacó que las reglas de la buena fe procesal importan sostener que el actor debió explicarse sobre estas circunstancias en su escrito inicial para evitar un agravamiento infundado en la suma total pretendida.

Con respecto a la "finalización del vínculo", entendió la a quo que si bien el reclamo de A. era legítimo, no contó con motivos suficientes como para hacer uso del derecho de retener tareas. Consecuentemente, el despido en el que se ubicó posteriormente -ha dicho la sentenciante- resultó injustificado.

Tuvo en cuenta que los incumplimientos patronales imputados fueron: falta de pago de horas extras y falta de francos compensatorios, no considerando ello como causa grave que torne imposible la prosecución del vínculo y que pudieron articularse reclamos previos, administrativos o judiciales, sin llegar a la ruptura del vínculo, en función de los principios de buena fe y de conservación del contrato que incumbe a las partes respetar (arts. 63 y 10

LCT). Es por ello que desestimó el reclamo de la indemnización por despido indirecto.

Por último, la sentencia no hizo lugar a los agravamientos indemnizatorios previstos en los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323. En el primer caso, porque la situación de autos no está encuadrada dentro de la deficiente registración contemplada por los arts. 8, 9 y 10 de la L.E. y en el segundo, porque se desestimó la indemnización por despido indirecto.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

3.1) Se agravia el actor porque la sentencia no hace lugar a las horas extras durante los días de enfermedad. Cita jurisprudencia que avala su postura en contrario de la decisión de la a quo y pide se revoque en este punto la sentencia de primera instancia por ser contrario al art. 208 LCT.

3.2) La segunda queja se centra al otorgamiento parcial de las horas extras entre los meses de Enero de 2008 y Septiembre de 2009, lo que debe prosperar en su totalidad. Argumenta que la a quo valoró de manera equivocada las planillas horarias obrantes en autos que comprenden de Octubre de 2009 y Enero de 2010, por lo que no corresponde que la a Jueza a quo las valore retroactivamente en un período en el cual las mismas no existieron. Sostiene que si no se presentaron planillas horarias por el período Enero 2008 a Septiembre 2009, debió aplicar la a quo la presunción contenida en el art. 55 LCT.

3.3) El tercer agravio está planteado con relación al rechazo de la indemnización por despido indirecto. Se queja de que para la a quo resultó grave un reclamo impreciso de dos períodos por el trabajador y no dos años continuados de omisión en el pago de horas extraordinarias. Argumenta que al analizar la situación de despido indirecto se ignora que las horas

extras cumplidas por A. fueron trabajo efectivo que debió ser abonado al final de cada período mensual y que se ignora que por años se venía violentando el derecho del actor con el no pago. Sostiene que no pagar las horas extras es lo mismo que no pagar la remuneración y que el importe de las mismas era muy cercano al del sueldo.

En cuanto al derecho de retener tareas sostiene que es innegable por parte del empleado, constituyendo un mecanismo de defensa ante el incumplimiento.

Agrega que el hecho de que el actor haya soportado el no pago no puede traer aparejado como surge de autos una renuncia a sus derechos y que era imposible continuar trabajando en esas condiciones por ser imposible convivir con el empleador ante la situación planteada dado que se tienen que ver todos los días en el lugar de trabajo, cosa que no ocurre en una gran empresa.

Según la queja, tampoco existió apresuramiento porque el empleado reiteró su intimación recibiendo la misma respuesta y tampoco fue extemporáneo su reclamo dado que trabajó horas extras hasta momentos antes del intercambio postal.

3.4) Se agravia el reclamante porque la a quo rechazó la indemnización que contempla el Art. 1 de la Ley 25.323. Según su postura, cualquier deficiencia de registración -en el caso, las horas extras cumplidas- torna procedente la misma.

Con respecto al Art. 2 de la misma ley mencionada, esgrime que deberá calcularse al modificarse lo resuelto con relación al despido indirecto, declarándolo procedente.

4 – <u>Los agravios de la demandada</u>

4.1) Agravia a la demandada la admisión de las "horas extras" que resolviera la sentencia en crisis.

Sostiene que la a quo dijo que apreciaría la documental y la testimonial y concluyó aceptado que el trabajador trabajó en exceso de la jornada legal, lo que torna arbitrario el decisorio. Dice que toda la construcción que realiza la sentenciante en cuanto a la importancia de la prueba documental aportada por la demandada y reconocida por la contraria, así como el análisis de la conducta del actor contraria a la buena fe al ocultar períodos en los cuales no trabajó (vacaciones y accidente), se desvirtúa cuando analiza la prueba testimonial.

Indica que las horas extraordinarias deben ser juzgadas con estrictez, exigiéndose la efectiva prueba de su realización y que la a quo ha descartado el valor probatorio de las planillas horarias. Afirma que el instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, tiene entre las partes el mismo valor que el instrumento público y que la a quo debió explicar porqué otorgó mayor credibilidad a los testimonios que a un documento emanada del actor donde reconoció una jornada laboral semanal de 44 horas.

En este mismo punto, formula su postura en el sentido de que hay trabajo extraordinario cuando son excedidas las 48 horas semanales en total o las nueve horas diarias y que la distribución de las horas de labor es una facultad del empleador que debe ser ejercida razonablemente. Es por ello que hay un yerro de la sentenciante al efectuar el cálculo de las horas extraordinarias sin tener en cuenta lo que establece la Ley 11.544. Afirma que el pago de horas extraordinarias debe calcularse cuando se exceden las 48 hs. semanales, por lo que jamás podrían calcularse un total de 24 hs. semanales extraordinarias como hace la a quo sino que tomando las 48 hs. que fija la ley y la jornada fijada por la sentenciante (68 hs.), la diferencia es de 20 horas extraordinarias por semana.

Remarca que la selección por parte de la sentenciante de los testimonios así como la preeminencia de este medio de prueba por sobre la documental ha sido caprichosa, antojadiza e indefendible, incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad y que nada ha expresado respecto de porqué un testimonio es más fundado que otros.

Agrega que ha existido omisión de valoración de prueba que, de haber sido tenida en cuenta, podría llegar a conducir a una solución diferente a la que se arribara.

Critica los testimonio y afirma que nada obra en loa causa que abone las declaraciones de los testigos de la actora.

4.2) Se agravia en segundo término la demandada porque la sentencia hizo lugar a las "diferencias salariales" en la liquidación final, generadas por el reconocimiento de las horas extras. Admite que el resultado de este agravio queda sujeto a lo que se resuelva con respecto al anterior, pero que lo destaca para recordar su improcedencia.

4.3) Por último, plantea su agravio por la distribución en la imposición de las costas del proceso. Dice que en caso de prosperar su recurso, las costas deben ser impuestas en su totalidad al actor.

Sin perjuicio de lo dicho, sostiene que la distribución efectuada por la Inferior no respeta los vencimientos parciales y recíprocos determinados en la sentencia. Argumenta que el actor ha sido derrotado en la mayor parte de sus reclamos por lo que la condena en costas debe ser adecuada a los vencimientos acordados.

5 – Tratamiento de los agravios de la parte demandada

5.1 – La valoración de las pruebas por la a quo

Si bien dentro del primer agravio toca la recurrente varios puntos, inicia con una crítica sobre la valoración de las pruebas que ha realizado la Sra. Magistrada sentenciante, la preferencia que ha hecho de una sobre otra y también la valoración que realizara de los testimonios brindados en autos, prefiriendo unos sobre otros.

He dicho ya, ante planteos similares, que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (doct. art. 390 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330 del 13/10/76; Ac. 33589 del 02/11/84; Ac. 33693 del 25/09/84; Ac. 41085 del 07/07/89; Ac. 82248 S 23/04/03, entre otros).

Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas -como ya lo referí- la de preferir unas sobre otras sin siquiera hacer mención de estas últimas, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa (conf. CALZamora, Sala I, C. N° 58.267, reg. sent. def. 545/03).

Respecto a la crítica que esgrime la apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración

de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a dudas una declinación del principio del art. 390 y concs. del CPCC.

Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 390 del ritual.

De la valoración que ha hecho la Magistrada del inferior sobre las pruebas producidas en autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la recurrente en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme sus pretensiones.

Es evidente que los argumentos vertidos por la recurrente sobre lo que constituye su postura sobre la problemática que aquí se debate, no alcanzan para derrumbar la valoración de los elementos probatorios del proceso realizados por la a quo. O sea, la quejosa no demuestra en forma clara, terminante y precisa de qué forma debió valorarse esta prueba producida en el proceso y cómo ello hubiese influido directamente en el dictado de una decisión distinta a la que se ha dictado.

Lo hasta aquí dicho da respuesta también al planteo de la agraviada cuando afirma que la selección por parte de la sentenciante de los testimonios así como la preeminencia de este medio de prueba por sobre la documental ha sido caprichosa, antojadiza e indefendible, incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad, y a sus dichos con respecto a que ha existido omisión de valoración de prueba que, de haber sido tenido en cuenta, podría llegar a conducir a una solución diferente a la que se arribara.

Sin perjuicio de la respuesta dada, corresponde agregar que en modo alguno la quejosa ha explicado en qué ha consistido la omisión en la

valoración de prueba, qué prueba o pruebas se omitió, porqué la solución hubiese sido diferente y cuál hubiese sido la solución.

Por lo hasta aquí dicho, el agravio carece de solidez.

5.2 – <u>Valoración de la prueba testimonial</u>

Critica la apelante la valoración de la prueba testimonial realizada en la sentencia por la a quo, que nada ha expresado respecto de porqué un testimonio es más fundado que otros y que nada obra en la causa que abone las declaraciones de los testigos de la actora.

Debemos tener presente que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388).

Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción

de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Por otra parte, advierto que la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración que se realiza en la sentencia sobre la declaración testimonial de los testigos propuestos por la parte actora, la cual ha sido fundamentada y referida a hechos de los que tuvieron conocimiento directo. Y tengo en cuenta, reitero, que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de estos testigos por la vía pertinente.

Es necesario destacar que no se advierte que con relación a la producción de la prueba testimonial se haya desplegado de parte de la apelante alguna actividad encaminada a disminuir los efectos del valor probatorio de la misma sobre los hechos que declararon en el proceso. En efecto, el art. 34 de la ley del fuero admite la "tacha" de los testigos por motivos fundados en inhabilidad y/o en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, inclusive la norma del art. 460 del ritual también permite que las partes aleguen y prueben acerca de la idoneidad de los testigos. Es que los testigos pueden ser impugnados -"tachados"- alegando su idoneidad por cualquier causa referida a sus condiciones personales, morales o intelectuales que pueda tener influencia para minorar, desmejorar o hasta excluir la atendibilidad de sus dichos.

A través de la norma procesal en análisis las partes se hallan autorizadas para "alegar y probar" dentro del plazo de prueba, acerca de la idoneidad de los testigos, esto es, a impugnar en forma directa o inmediata el

testimonio, a atacar al testigo como tal, desarrollando en torno a su declaración una verdadera prueba secundaria o de segundo grado, mediante la cual se trata de rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria que constituye en realidad una censura y tiene el significado de no referirse a los requisitos, sino a los efectos del testimonio. Debe acudirse a tal procedimiento para destruir la presunción de verdad que por vía de principio goza el testimonio (conf. Cám. 2ª, Sala II, La Plata, C. A-38.283, reg. sent. 223/84).

Deviene así en el interés del propio justiciable, a la par que satisface la observancia de colaboración con el órgano jurisdiccional, utilizar el instrumental técnico que brinda el artículo 460 del ordenamiento procesal y el art. 34 de la ley del fuero. Surge de autos que el hoy impugnante no ha ejercido los derechos que la ley le acuerda. Lo hasta aquí dicho constituye fundamento suficiente para proponer al Acuerdo el rechazo del agravio en tratamiento.

5.3 – <u>Las planillas de horarios</u>

Agravia a la demandada que la sentencia de la Inferior no le haya otorgado validez a las "planillas de horarios" obrantes a fs. 55/56/57/58 de autos, las cuales están firmadas por el actor, habiendo éste reconocido sus firmas al absolver posiciones (14ª posición, fs. 168).

En estos documentos obran los horarios de labor cumplidos por el actor durante los meses de Octubre, Noviembre y Diciembre de 2009 y Enero de 2010, siendo ellos de lunes a viernes: de 9,00 a 13,00 hs. y de 17,00 a 21,00 hs y los sábados: de 9,00 a 13,00 hs.

Ante todo, tengo en cuenta que la documentación en cuestión, sin perjuicio de que sus firmas hayan sido reconocidas por el actor, se trata de planillas de horarios que cubren solamente cuatro meses de la relación laboral y tampoco resulta ser una documental que haya sido llevada de modo

orgánico, controlado y uniforme, de lo que pueda deducirse que muestran o exhiben los horarios que verdaderamente eran diariamente cumplidos por el dependiente. Realmente, si el vínculo laboral comenzó en el año 2007 y culminó en el año 2010, no aparecen como algo realmente relevante estos instrumentos, que -por otra parte- abarcan solamente cuatro meses de labor y no fueron llevadas durante todo el término de la relación de trabajo. Es decir, da toda la idea de ser una documentación de excepción, sin explicación alguna sobre las razones de su confección y no que se tratara de un procedimiento normal y habitual llevado en el comercio para el control de los horarios del personal.

A lo dicho, se le agrega otra circunstancia relevante: la sentenciante ha dicho que apreciadas las declaraciones en sana crítica racional, entiende que los testigos dan cuenta del cumplimiento del trabajo de A. en horas suplementarias y ello lo remarcó cuando dijo: *"…A los fines de la acreditación del horario extraordinario reclamado corresponde concluir que ha logrado acreditar el actor el desarrollo de tareas en horas que superan el límite de la jornada legal. Desde tal perspectiva, considero probado que el actor trabajaba horas extras todos los días de la semana, sábado por la tarde y domingo por la mañana, las que serán admitidas según lo prescripto por el art. 201 de la Ley de Contrato de Trabajo…"* (fs. 342 vta.).

La clara y terminante conclusión de la sentencia en crisis nos muestra dos figuras: a) por un lado, las "planillas" que indican un horario de labor con jornadas normales durante cuatro meses; y b) por el otro, la acreditación fehaciente de la realización de "horas extras" por parte del actor durante todos los días de la semana, sábado por la tarde y domingo por la mañana durante toda la vinculación laboral. Es obvio que las dos figuras no pueden ser aplicadas o consideradas válidas simultáneamente porque se contradicen. Por lo tanto, la decisión pasa por aceptar la que nos exhibe la *realidad* de lo ocurrido en la relación de trabajo y ella no es sino la que nos

muestra la realización efectiva de "horas extras" por parte del dependiente actor en estos autos. Es esto último lo que corresponde priorizar.

El principio de la *primacía de la realidad* tiene numerosas manifestaciones y aplicaciones. Por su aplicación es que el juez debe desentrañar las características de la relación que unió a las partes, por sobre sus aspectos formales. Y ello así porque en materia laboral rige el principio de *primacía de la realidad*, por lo cual la naturaleza de las relaciones debe determinarse por el examen de las características que las conforman y las definan en la realidad de los hechos y no por documentaciones cuya suscripción o emisión bien pudo constituir una imposición más del dador de trabajo (conf. CNTrab., Sala VII, 18/11/02, DT, 2003-B-1018).

En virtud de lo expuesto, no corresponde admitir el agravio en tratamiento.

5.4 – <u>El cálculo de las "horas extras" realizado por la sentencia</u>

Sostiene la queja que hay un yerro de la sentenciante al efectuar el cálculo de las horas extraordinarias, las cuales deben calcularse cuando se exceden las 48 hs. semanales. Argumenta que según la sentencia el trabajador laboraba un total de 68 horas semanales (lunes viernes de 7,00 a 13,00 y de 17,00 a 22,00 hs, los sábados de 9,00 a 13,00 hs y de 17,00 a 22,00 hs. y los domingos de 9,00 a 13,00 hs. Por lo tanto -razona la quejosa- si el actor trabajaba 68 hs. semanales y la jornada máxima son 48 hs. semanales, las "horas extras" eran 20 por semana y no 24 como dice la sentencia de la Inferior.

Es evidente que estamos ante una afirmación de la parte demandada que no se sustenta en conclusiones de la sentencia recurrida. Lo que la Magistrada a quo determinó con claridad es que el actor trabajaba "horas extras" todos los días de la semana, sábado por la tarde y domingo por la mañana, las que serán admitidas conforme el art. 201 LCT y de la siguiente forma: *"…a razón de 15 horas semanales al 50% de Lunes a Viernes de 7 a 9 y de*

21 a 22 horas; 5 horas semanales al 100% por los días Sábado de 17 a 22 horas; y 4 horas semanales al 100% por los días domingo de 9 a 13 horas…" (fs. 342 vta./343). O sea, están especificadas cuáles son las "horas extras" que se admiten, las que serán calculadas y liquidadas por el experto contable en la etapa de ejecución de sentencia, conforme surge de la misma sentencia en crisis. Por otra parte, cabe recordar que es trabajo extraordinario y debe ser pagado con los recargos legales el que se ejecuta en exceso de la jornada máxima legal determinada por la Ley 11.544 o por el convenio colectivo de trabajo aplicable, pero no aquel que excede la jornada contractual que no supera esos límites.

En virtud de lo expuesto, el agravio no debe ser oído en esta Alzada.

5.5 – <u>Las diferencias salariales</u>

Agravia a la demandada que la sentencia admitiera el reclamo por "diferencias salariales" en la liquidación final, generadas por el reconocimiento de las horas extras.

En razón de que la misma recurrente admite que el planteo de este agravio quedó sujeto a lo que se resuelva en esta instancia con respecto al anterior y frente al rechazo del mismo, el tratamiento del presente ha devenido abstracto.

5.6 – <u>La distribución de las costas</u>

Causa agravio a la parte demandada la forma en que han sido impuestas las costas en la sentencia dictada en primera instancia.

Ha peticionado que en caso de prosperar su recurso, las mismas deben ser impuestas en su totalidad al actor. Ello no ha sido así y de allí que no prospere su petición en tal sentido.

De todos modos, ha planteado su queja argumentando que la forma de la imposición por la a quo (60% a la demandada y 40% a la actora) no respeta

que el actor ha sido derrotado en la mayor parte de sus reclamos y de allí que la condena debe ser adecuada a los vencimientos dispuestos.

Este punto será objeto de oportuno tratamiento al analizar los agravios de la parte actora dada la vinculación existente.

6 – Conclusión

Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (arts. 268, 269 y 274 CPCC), los expuestos no logran hacer mella en el decisorio apelado, propongo la confirmación de la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia del recurso concedido a la demandada.

7 – Tratamiento de los agravios de la parte actora

7.1 – El pago de "horas extras" durante los días de enfermedad

Agravia al actor que la sentencia recurrida haya resuelto que no deben abonarse las "horas extras" durante los días de enfermedad (accidente laboral), esto es, desde el día 10 al 30 de Enero de 2009, por violentar ello la norma del art. 208 LCT.

Ante el tenor del agravio, hay que analizar qué sucede con las "horas extras" que habitual y normalmente trabajaba el actor, cuando éste estuvo ausente algunos días por razones de un accidente de trabajo.

En el caso, la sentencia ha determinado las "horas extras" que en forma normal y habitual trabajaba el dependiente para la demandada. Ahora bien, en lo que hace al cálculo para liquidar al actor lo que debe percibir en tal concepto, la misma dispuso que deberá excluirse el período en que el trabajador estuvo ausente por "enfermedad" (del 10 al 30 de Enero de 2009) y ello agravia al reclamante.

Lo que define la cuestión planteada es la circunstancia de que el art. 208 LCT no se refiere a los accidentes ocurridos en o por el trabajo ni a las enfermedades profesionales, sino a los accidentes y enfermedades

comunes, desvinculados de la actividad laboral (conf. KROTOSCHIN, "Tratado Práctico", T. I, pág. 401; ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", pág. 554, ed. Astrea). La cobertura legal de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales está regida por la Ley 24.557 (LRT) y en este caso se trató de un accidente de trabajo.

Ahora bien, viene al caso recordar que el Decreto N° 1694/09 dispuso que las prestaciones dinerarias por Incapacidad Laboral Temporaria o permanente provisoria mencionadas en el art. 11, inc. 2°, se calcularán, liquidarán y ajustarán de conformidad con lo establecido por el art. 208 de la L.C.T. Pero esta normativa se publicó el día 6 de Noviembre de 2009 y de allí que no resulte de aplicación al caso en tratamiento por tratarse de los días comprendidos entre el 10 y el 30 de Enero de 2009.

Por lo tanto, no siendo aplicable al actor la normativa del art. 208 LCT, no es posible admitir que la misma haya sido violentada por la demandada.

Los fundamentos expuestos, me conducen al rechazo del agravio en análisis.

7.2 – <u>Exclusión del período Enero 2008 a Septiembre 2009</u>

Se agravia la parte actora de que la sentencia haya excluido en la condena las "horas extras" trabajadas desde Enero de 2008 a Septiembre de 2009.

De la lectura de las conclusiones de la Magistrada a quo no surge que haya dispuesto tal exclusión. Surge de su texto (fs. 343), que la decisión de la inferior instancia dispuso: *"…Será un Perito Contador a designar en la etapa de ejecución de sentencia quien haciendo los cálculos pertinentes determinará los importes que en concepto de horas extraordinarias deberán abonarse al trabajador reclamante, el quantum a determinar según los lineamientos expresados precedentemente, **<u>por el período reclamado en demanda</u>**…"* (el destacado me pertenece).

En virtud de lo expuesto, el agravio planteado debe declararse desierto (arts. 268, 269 CPCC).

7.3 – <u>Rechazo de la indemnización por "despido indirecto"</u>

La sentencia en crisis consideró que el despido dispuesto por el actor no se ajustó a derecho, pues no hubo *causa grave* que torne imposible la prosecución del vínculo. Ello agravia al reclamante, según he desarrollado supra.

En su comunicación rupturista (fs. 40) el actor notificó a la demandada: *"Ante su carta documento del día 28 de Enero de 2010, y negativa de pago de horas extras, negativa de verdadero horario cumplido, todo lo cual causa graves injurias que no consienten la prosecución de relación laboral, considero despedido su exclusiva culpa…"*.

En la C.D. del 28/01/2010 (fs. 37) la demandada expresó: *"En respuesta a su carta documento, reitero los mismos términos de la misiva que Ud. recibiera de mi parte, negando nuevamente que se le adeuden horas extras, así como el otorgamiento de francos compensatorios. Niego, asimismo, que le asista derecho a considerarse despedido por la causa que Ud. invoca y tampoco le corresponde derecho a retener sus tareas por los días transcurridos hasta la fecha. Intimándole a presentarse a laborar en días y horarios habituales…"*.

Previo a estos envíos postales, el actor intimó a su empleadora (fs. 38 bis) a que le abone las "horas extras" trabajadas desde su ingreso y otorgue los francos compensatorios, bajo apercibimiento de considerarse despedido.

La empleadora respondió (fs. 36) rechazando por improcedente y malicioso el reclamo, negando que el dependiente haya trabajado "horas extras" y que le correspondan francos compensatorios.

Ante la situación planteada, el actor reiteró su intimación anterior (fs. 39), bajo el mismo apercibimiento, respondiendo la empleadora mediante la

C.D. del 28/01/2010 (fs. 37) que he transcripto supra. Luego de este último envío, el dependiente se dio por despedido (conf. fs. 40).

El llamado "despido indirecto" es el derecho que tiene el trabajador de considerarse injuriado y despedido, previa intimación, y por ende, con derecho al cobro de las indemnizaciones por preaviso y antigüedad, por causa de un incumplimiento grave de las obligaciones legales, convencionales o contractuales del empleador (art. 246 LCT). Es un desprendimiento lógico de lo dispuesto en el art. 242 LCT, que establece que cualquiera de las partes puede extinguir el vínculo por falta o incumplimientos graves que configuren una injuria, la que debe tener una magnitud tal que impida la continuidad del vínculo.

El trabajador agraviado por un incumplimiento del empleador debe intimar al mismo a que rectifique la conducta bajo apercibimiento de considerarse injuriado -agravio proveniente del incumplimiento legal o contractual- y finalmente despedido en forma indirecta.

Incumbe al trabajador demostrar los agravios infringidos por el empleador y, en su caso, el haber constituido en mora al mismo a los fines de procurar la rectificación de su conducta, y frente a su intransigencia, la determinación final del despido indirecto (conf. DE DIEGO, J.A., "Tratado del despido y otras formas de extinción", T. II, pág. 454, ed. La Ley).

El trabajador debe hacer su propia evaluación de los hechos a fin de determinar si la falta o incumplimiento del empleador tiene entidad suficiente, y la medida de esa entidad es que lo ocurrido e imputado al causante, impide la continuidad del vínculo. La magnitud del acto ilícito es la que impide la prosecución del contrato de trabajo. Es una suerte que la conducta que se imputa al injuriante es irreparable, y a la vez, no la hace redimible ni soportable, como hecho aislado, y seguramente, como un evento propio de lo que se espera del empleador en una organización que suele ser testigo privilegiado de los acontecimientos.

Cabe preguntarse si la ley apunta a una injuria objetiva; y la respuesta es negativa, ya que la misma debe ser específica y aplicable a cada caso particular. En ellos habrá que tener en cuenta las circunstancias de tiempo, especio o lugar, y el contexto donde se desarrollaron los acontecimientos.

Es por ello que la justicia ha querido que la causal que motiva el despido no sea considerada un hecho aislado, sino en el marco de la conducta del empleador y sobre si la misma fue adecuada o reprochable e irresoluta (conf. SCBA, 29/06/93, TySS, 1993-705; DE DIEGO. J.A., ob. cit., T. II, pág. 467).

De las constancias documentales obrantes en autos surgen cumplidos por parte del actor los recaudos previos y necesarios que se exigen en el caso. En efecto, el agravio que motiva la reacción del trabajador debe estar precedido de una intimación en la cual denuncie las faltas o incumplimientos que motivan su reclamo y donde se conceda el plazo para rectificarlos, si ello fuera posible, o con el apercibimiento respectivo, para luego considerarse injuriado y despedido. Todo ello se ha cumplimentado conforme la referencia que he realizado supra de los envíos postales habidos entre las partes. Inclusive, surge de dichos instrumentos que el actor intimó una primera vez a su empleadora el cumplimiento de las obligaciones incumplidas (fs. 38 bis), reiterando su intimación conforme surge del telegrama obrante a fs. 39 y ante la reiterada negativa a cumplir por parte de la demandada, hizo efectivo el apercibimiento y se dio por despedido (fs. 40).

En contraposición a lo que se resolviera en primera instancia, soy de la opinión que corresponde considerar que la falta de pago de prestaciones devengadas como son las “horas extras”, es suficiente para configurar la injuria en los términos y condiciones del art. 242 LCT y de allí que haya resultado ajustada a derecho la conducta expuesta por el actor al considerarse despedido frente al incumplimiento de su empleadora.

Aunque no existe una enumeración taxativa de lo que debe considerarse "injuria" en los términos del art. 242 LCT, a tal fin debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los arts. 62, 63, 84 y concs. de dicho cuerpo normativo que, aun cuando aludan a conceptos de excesiva laxitud -como buena fe, colaboración y diligencia- aportan pautas o criterios para la interpretación de conductas que cobran particular relevancia porque imponen al intérprete la necesidad de valorar el incumplimiento contractual o conducta del imputado en el contexto fáctico y jurídico en el que acontece. En el caso, estamos ante un pequeño comercio y no en una gran empresa y es así que el empleador y el empleado se ven a diario durante varias horas. Ante la situación planteada no advierto -como señala la Sra. Magistrada a quo en su sentencia- que hubiese sido una buena solución que el dependiente continuara trabajando y reclamara simultáneamente -por vía administrativa o judicial- el cumplimiento de las obligaciones incumplidas por parte de su empleadora. La situación no hubiese resistido y se habría tornado imposible de tolerar por ambas partes.

Es por ello que cada caso debe ser encuadrado dentro del contexto en el que se desarrolla y adaptarlo a las especiales circunstancias que presente. Y en el presente resulta indudable que la situación creada a raíz del incumplimiento de la empleadora hizo imposible que el vínculo pudiese proseguir normalmente.

Es evidente que la negativa manifestada por la empleadora respecto del pago de las "horas extras" trabajadas por el actor, como así también del reconocimiento de los francos compensatorios también reclamados, ha configurado una injuria laboral en los términos del art. 242 LCT, que justificó el despido indirecto resuelto por aquél.

"Es ajustada derecho la situación de despido indirecto en la que se colocó un trabajador, si el empleador rechazó su pretensión de que se le reconociera y abonara el trabajo prestado en exceso de la jornada legal aplicable, siendo que dicha conducta

configuró una injuria grave que torna imposible la continuidad de la relación laboral, en los términos del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo" (CNTrab., Sala VI, 29/10/2010, LL Online, AR/JUR/71947/2010; ver también: CNTrab., Sala IV, 27/11/09, LL Online, AR/JUR/48992/2009; CNTrab., Sala VII, 09/12/08, LL Online, AR/JUR/20590/2008; CNTrab., Sala IX, 28/04/09, LL Online, AR/JUR/21103/2009).

Los fundamentos expuestos me conducen a proponer al Acuerdo admitir el agravio en tratamiento y revocar la sentencia recurrida en cuanto desestimó la pretensión indemnizatoria del actor por "despido indirecto".

La LCT dispone que el trabajador que hiciere denuncia del contrato de trabajo por la inobservancia del empleador de las obligaciones del contrato, que configuren una injuria laboral y que impida la continuidad del vínculo (art. 242, LCT), tendrá derecho a: a) la integración del mes de despido (art. 233 LCT); b) la indemnización sustitutiva del preaviso (art. 232 LCT) y c) la indemnización por antigüedad del art. 245 LCT; lo que así corresponde declarar en este caso con relación al reclamante de autos.

En consecuencia, el Perito Contador que se designe en la etapa de ejecución de sentencia, además de la labor que se le ha encomendado en la sentencia del Inferior, deberá practicar la liquidación que le corresponde percibir al actor por "despido indirecto", debiendo incluir las "horas extras" en el cálculo para determinar la mejor remuneración, normal, mensual y habitual devengada por el reclamante que se tomará como base indemnizatoria. El importe que resulte deberá ser abonado dentro de los cinco (5) días de su determinación mediante depósito judicial en autos, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a calcularse desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago (art. 622 C.Civ.).

Es mi voto.

7.4 – <u>El rechazo de la aplicación del art. 1 Ley 25.323</u>

Agravia al actor que la sentencia de la Inferior no admitiera el incremento que establece el art. 1 de la Ley 25.323, dado que el mismo corresponde ante cualquier deficiencia de registro.

La norma en cuestión dispone la duplicación de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), cuando una relación laboral al momento del despido no estuviese registrada o lo esté de modo deficiente. Para el incremento de la indemnización, la ley no se limita a contemplar el supuesto de ausencia de registración sino que incluye los casos de *registración defectuosa*, las que parecen referirse a los casos de los artículos 9 y 10 de la Ley 24.013 (que se haya asentado una fecha de ingreso posterior o una remuneración menor a la real), si entendemos al art. 1 de la Ley 25.323 como complementario de los arts. 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013.

En este caso, la quejosa considera aplicable la norma en tratamiento porque el actor ha trabajado "horas extras" que no se le reconocieron. Adelanto que no admitiré el agravio.

Y no lo admitiré porque, conforme dijera *in re "H., E.M. c/ D. T. SRL s/ Cobro de Pesos"* (Sent. 18/08/11, Reg. 24/11), en mi opinión, los presupuestos fácticos del art. 1 de la Ley 25.323 son los mismos que los de los arts. 8 a 10 de la Ley Nacional de Empleo, ya que la mencionada Ley 25.323 dispuso la duplicación de la indemnización del art. 245 de la L.C.T. para el supuesto de relaciones que aunque defectuosamente registradas no hayan motivado (por otras razones) la procedencia de las indemnizaciones de la Ley Nacional de Empleo, con la expresa aclaración que el incremento del art. 1 no es acumulable con las indemnizaciones de la Ley 24.013.

Es por ello que es improcedente el reclamo por la indemnización prevista en el art. 1 de la Ley 25.323, pues, si bien el empleador no abonó al actor (registrado) las "horas extras" efectivamente trabajadas, no resulta ajustado a derecho asimilar esa situación con la de aquellos empleadores que

derechamente mantienen a uno o más dependientes totalmente "en negro" y los privan del goce de la obra social y de los aportes al sistema jubilatorio o bien la de aquellos que mantienen la marginalidad en parte, al figurar en las registraciones con un salario irreal.

Al respecto dice Carlos A. Etala: "Está claro entonces, que el trabajador recurrirá al régimen de la ley 25.323 cuando, habiendo estado en una situación laboral total o parcialmente clandestina, la relación se extinguiera sin que hubiera remitido a su empleador el requerimiento previsto en el art. 11 de la L.E." (ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", 5ª edic. actualizada y ampliada, pág. 688).

La jurisprudencia mayoritaria comparte esta postura al decidir que en lo concerniente al incremento del artículo 1 en tratamiento y a los efectos de calificar la deficiencia registral, *"debe contemplarse lo establecido por los arts. 9 y 10 de la L.N.E. si se repara en que esta regulación es complementaria del plexo normativo conformado por los arts. 7, 8, 9, 10, 11 y 15 de la ley 24.013, por lo cual si no hay incorrecta registración de la fecha de ingreso o el registro de una remuneración inferior, no procede la misma*" (conf. CNTrab., Sala I, 17/11/04, "Frontini c/ Coca Cola FEMSA de Bs.As. S.A.", D.T. 2005-A, pág. 648; íd., Sala V, 13/05/09, "Celan c/ Coto C.I.C.S.A.", LL Online: AR/JUR/15313/2009).

Es que la deficiencia registral a la que remite la norma en tratamiento debe ser interpretada a la luz de lo establecido en los arts. 8, 9 y 10 de la Ley 24.013, en tanto de las mismas se derivan perjuicios concretos al sistema de seguridad social al no efectuarse los aportes y las contribuciones sobre la totalidad de los montos abonados, o por todo el período efectivamente trabajado.

A mayor abundamiento, he de destacar que esta posición ha sido ya expuesta y es compartida por esta Excma. Cámara (ver *"H. E.M. c/ B. T.E. s/ Cobro de Pesos"* – Expte. N° 155/2010, sentencia del 30/11/2010), siendo plenamente aplicable a este caso lo plasmado en esa oportunidad al decir:

"En el presente caso no media esa situación de clandestinidad, analizando el tema tanto desde la perspectiva de la ley 24.013, como de la ley 25.323, artículo 1°, puesto que el trabajador sí se encontraba registrado, por lo que gozaba de los beneficios antedichos. Aun en la hipótesis de considerar que el actor debiera percibir un salario superior al que se le abonaba, ello no implica la procedencia de la sanción prevista en el art. 1° de la ley 25.323, por cuanto la ley 24.013 (cuya finalidad, reitero, es la misma) solo tipificó como conductas sancionables por los arts. 9 y 10 (fuera de la falta total de registración) las irregularidades registrales en orden a la fecha de ingreso y al salario y en tanto se trata de materia sancionatoria, ámbito en el que deben regir las pautas interpretativas más restrictivas, considero que no cabe aplicar la analogía en perjuicio del sancionado".

De conformidad con lo expuesto y compartiendo el criterio de la Jueza a quo, propondré al Acuerdo la confirmación de este punto de la sentencia rechazándose el agravio tratado.

7.5 – <u>Aplicación del art. 2 de la Ley 25.323</u>

Solicita el reclamante se declare procedente la aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 25.323 al declararse procedente la indemnización por "despido indirecto".

La intención del legislador al sancionar el art. 2 de la Ley 25.323 fue multar a aquellos empleadores que sin motivo o causa válida omitieran dar cumplimiento con la obligación de pago de las indemnizaciones debidas al trabajador, induciendo a éste a recurrir a la justicia a fin de percibir aquel pago.

Las condiciones para que se condene al pago de la indemnización en tratamiento son dos: a) que el actor hubiera intimado a su empleadora para que le abonaran las indemnizaciones propias del distracto; y b) que ante la conducta reticente de ésta, el trabajador deba iniciar las actuaciones

judiciales tendientes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente.

En este caso, tengo a la vista los despachos postales remitidos por el actor a la demandada y que obran a fs. 40/41 de autos. En el telegrama de fs. 40 el actor intimó a la demandada -entre otros rubros- que le abone *"…indemnizaciones de ley por despido…"* y en el de fs. 41, la intimó a que le abone *"…indemnizaciones de ley correspondientes por el despido indirecto…"*.

El art. 2 de la Ley 25.323, contempla expresamente: *"Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 345 de la Ley 20.744 y los arts. 6° y 7° de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen…"*. O sea, el trabajador debe intimar de modo fehaciente el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 345 de la L.C.T. bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 2 de la Ley 25.323, sin perjuicio de los demás apercibimientos que considere procedente incluir en el despacho. En este caso, no solo no se intimó el pago de las mencionadas indemnizaciones individualizándolas, sino que tampoco se hizo mención de la norma bajo análisis.

Es por ello que se ha resuelto que corresponde desestimar la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 cuando la actora se limitó a "responsabilizar" a la demandada en los términos de dicha norma, pero no controvirtió eficazmente que no reclamó fehacientemente las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT., como expresamente lo exige la norma citada (conf. CNTrab., Sala IV, Sent. 89.795, 25/06/04; FERNANDEZ MADRID, J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", pág. 665, ed. La Ley). Lo expuesto es, además, el criterio de nuestro STJ (conf. SD N° 08/05 S.R.E.).

De conformidad con lo expuesto, el agravamiento indemnizatorio peticionado no resulta procedente. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

8 – Conclusión

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado me conduce a admitir uno de los agravios de la parte actora: su derecho a percibir la indemnización por "despido indirecto" en los términos y conforme lo expuesto en el punto **"7.3"** precedente.

9 – Adecuacion de las costas y honorarios

Atento haber propuesto la revocación parcial de la sentencia recurrida, corresponde dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 282 del CPCC.

Teniendo en cuenta la conclusión a la que he arribado luego de analizados los agravios vertidos por las partes, resulta con claridad manifiesta que la parte demandada es quien resulta ser la vencida en este proceso y de allí que corresponda imponerle la totalidad de las costas de la primera instancia (art. 69 CPCC), quedando sin efecto la imposición de las mismas que se resolviera en la anterior instancia.

En materia laboral el principio objetivo de la derrota debe ser interpretado de acuerdo con el sentido protectorio que tiene el derecho del trabajo. Con este enclave se afirma que por el solo hecho de no cumplir el empleador con las obligaciones a su cargo y obligar al trabajador a presentar su demanda ante la justicia, le corresponde el cargo de las costas aunque la acción no prospere en todo lo reclamado (conf. Cám. 1ª. Trab. Paraná, 30/05/80, SP La Ley, 981-231).

Con respecto a los honorarios de los profesionales actuantes en primera instancia, corresponde regular los de los Dres. P. A S. y L. C. B., apoderados del actor, en conjunto, en el 18% del monto del proceso y los del Dr. P. C. M., apoderado de la demandada, en el 15% del monto del proceso, quedando sin efecto las regulaciones que se practicaran en la primera instancia. Con respecto a los honorarios del Sr. Perito Calígrafo C. O. A., no encuentro mérito para apartarme de la regulación efectuada en la anterior

instancia, por lo que corresponde que se confirme su monto en la suma de $ 150.- (Ciento cincuenta pesos). En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 6, 9, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

10 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada y teniendo en cuenta que uno de los agravios de la parte demandada ha sido admitido resultando vencida en los demás y que se admitieron agravios relevantes esgrimidos por la parte actora, corresponde que sean impuestas en un 80% a la parte demandada y en un 20% a las parte actora (arg. art. 72 CPCC), regulándose, por su labor en la Alzada, los honorarios del apoderado de la parte actora, Dr. L. C. B., en el 32% de los que les correspondan por la labor en primera instancia y los del Dr. P. C. M., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondieren por su labor en la anterior instancia; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u> 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 los apelantes, 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 N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que se exponen.

2.

Tratamiento de los agravios de la parte demandada.

a) Inicio el tratamiento de sus agravios recordando que como ya he señalado en anteriores pronunciamientos el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan por lo que para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad. (CAPM SDL 01/10, 28/10; 32/10).

Adelanto que las manifestaciones que ensaya el recurrente no logran conmover el decisorio de grado en cuanto concluyó que resultó acreditado en autos que el actor cumplía una jornada de trabajo más allá o en exceso del máximo previsto en la jornada legal o convencional, esto es al máximo de ocho horas por día o cuarenta y ocho horas semanales.

En el caso, la carga de la prueba de las horas suplementarias trabajadas incumbía, en principio, a la actora (art. 381, Ley XIII, N° 5). Ha señalado el STJCh *"En lo que respecta a la intensidad de la prueba a producir, ninguna carga adicional debe imponerse a la prueba de las horas extra. La misma es exactamente igual que a la de cualquier otro rubro. Ya adopté tal posición en S.D. Nº 11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08, oportunidad en la que señalé que exigir un rigorismo probatorio extremo no tiene asidero legal, porque no media en este caso, ninguna diferencia con otro rubro de naturaleza laboral, los actores están sometidos a las mismas cargas procesales que para otros rubros. Es más, no hay norma alguna que*

imponga procesalmente tal rigorismo y exigir prueba minuciosa, milimétrica de horas y fechas precisas; la tornaría prácticamente de imposible realización. El tema de las horas suplementarias u horas extras es absolutamente casuístico, su prueba y valoración de los hechos deben ser revisadas con detenimiento, haciendo un análisis de la realidad en el ámbito específico en que se desarrolló la actividad, observando cómo funciona la empresa y el sector para situarse en un tiempo-espacio, y la función específica del trabajador en particular dentro de ese contexto, a fin de no caer en desprotección del trabajador, quien muchas veces está imposibilitado de producir pruebas fehacientes, claras y contundentes, pero sin caer en abusos protectorios (Conf., Máximo Martínez Zavalía, "Horas extras. Análisis conceptual y vinculación con la jornada de trabajo. Alcances en la doctrina y jurisprudencia", Doctrina Laboral Errepar, t. XXII, p. 486, mayo 2008). (STJCh Sent. N° 04/S.R.E./10).

b) En cuanto a la valoración de la prueba testimonial dirá el recurrente que frente a declaraciones contradictorias, corresponde la neutralización de los testimonios.

La neutralización de los testimonios antagónicos configura dispensa que solo juega como una variante excepcional del deber jurisdiccional de valorar la totalidad del material de convicción obtenido. Es que la dispensa valorativa para los jueces es de aplicación excepcional, siendo "solución extrema" excluir de la valoración judicial las declaraciones de testimonios encontrados. Frente a contradicciones de los testigos, no resulta contrario a las leyes de la lógica prescindir sin más de ellos, cuando el juez se convence de la posibilidad de acordar eficacia a la declaración del sector que, en atención a otros elementos de juicio, resulte más objetiva.

Ello es lo que se advierte de la valoración de la prueba rendida.

Respecto del horario de ingreso, el Sr. V. (fs. 187) trabajó junto al actor hasta el año 2008 y dio cuenta del ingreso a las 7 de la mañana. Declaración no impugnada oportunamente. También ha dado cuenta del horario de

trabajo, previo a la apertura del local comercial, el testigo R. (fs. 173) vecino del depósito donde se descargaba la mercadería. P. refiere que lo veía al actor cuando ella llegaba a su trabajo a las 8,30 hs.

En cuanto a los testigos O. (fs. 230) y S. (fs.260) dan cuenta que concurrían en horario temprano ya como proveedor ya para proveerse de mercadería porque los camiones llegaban al depósito de la esquina de D. y P. (aun cuando S. lo ubica en el lugar a las 8, 15 hs). C. (fs. 229) es clienta de la verdulería por lo que sólo puede aportar los datos referidos al horario de atención al público y en el mismo caso F. (fs.189) sólo puede aportar datos respecto del horario de ingreso y egreso en tanto señala que "sabían llegar juntos".

En cuanto al horario de salida, tanto P. (fs. 171), R. (fs. 173), V. (fs. 187) refieren que trabajaba pasadas las 21 hs, como que la verdulería estaba abierta los sábados por la tarde y domingos al mediodía con presencia del actor.

Desde la perspectiva expuesta tengo para mi que la declaración positiva de un compañero de tareas o del vecino que vio al actor cumplir las tareas en el horario alegado en la demanda, prima por sobre las de aquellos que si bien concurrían frecuentemente, han declarado que lo hacían al depósito de D. y P. (distinto al local de la verdulería) o bien sin mayor claridad en el caso de O. en uno u otro local, o de los que solo refieren al horario de atención al público. Esto es, las declaraciones positivas de V., R. y P., quitan toda relevancia a las otras prestadas, ya que sabido es que frente a los dichos de quienes aseveran haber presenciado o percibido hechos positivos concretos, resta valor a los de quienes deponen en forma negativa, puesto que la circunstancia que ellos no hayan visto o sentido, no significa que no hayan ocurrido. Y es mayor la fuerza de convicción resultante de afirmar un hecho que se dice caído bajo la impresión de los sentidos. Se trata en definitiva de la clásica diferencia entre la prueba de los hechos positivos y

de los hechos negativos. *"Las declaraciones positivas de testigos que afirman conocer un hecho dado no pueden ser enervadas por los testimonios de quienes sostienen que ese hecho nunca ha ocurrido, pues la circunstancia de que estos últimos lo ignoren no significa que el hecho no se haya producido"* (CNCiv., sala F, setiembre 29-966, L.L. t. 125, 118).

De todo lo expuesto no advierte arbitrariedad en la valoración de la prueba testimonial efectuada por la magistrada de grado.

c) Cuestiona la parte que no se le haya otorgado validez a las planillas horarias presentadas por la demandada, pese a que Á. reconoció la firma estampada en las mismas.

Procura otorgarle la parte pleno valor probatorio, pero el reconocimiento por parte del empleado de sus firmas consignadas no es óbice para restarle valor convictivo.

Los registros no eximen de toda prueba, ni conllevan una convicción absoluta de veracidad de los dichos del empleador, ya que al ser instrumentos privados que no se encuentran sujetos a contralor de ningún tipo y que se encuentran en su poder, a la luz del principio de primacía de la realidad pierden relevancia desde que se demostró de modo asertivo y convincente que el actor cumplió una jornada laboral mayor a la consignada en las referidas planillas. *"Corresponde admitir el reclamo fundado en horas extras impagas, toda vez que a través de los elementos de juicio obrantes en la causa resulta fehacientemente acreditada la realización del trabajo extraordinario denunciado al demandar; máxime siendo que de acuerdo con el principio de supremacía de la realidad, cabe dar primacía al cuadro fáctico delineado por los testigos presenciales, por sobre los datos en contrario que surgen de las planillas de horario que habrían sido suscriptos por el actor."* (CNAT Sala IX "Coullery Matías Sebastián c/ Hair System S.A. y otros s/ despido "Fecha: 28-ago-2013 Base MJ-JU-M-81742-AR)

En el Derecho del Trabajo prima la realidad, en virtud de la cual, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros. *"Por lo demás, cualquiera sean las condiciones laborales y denominación del contrato, sabido es que el principio de la primacía de la realidad permite poner de relieve el escaso valor de la prueba documental. La primacía de la realidad es una regla de interpretación para el juez según la cual por sobre la ficción que puedan haber montado las partes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación."* (CAPM SDL 02/10).

Las planillas horarias presentadas se corresponden con el período octubre/2009 a enero/2010. No existe en la prueba testimonial rendida argumento alguno que me permita inferir que la jornada de trabajo en exceso cumplida por Á., durante el vínculo laboral reconocido, tenga períodos diferenciados ni se dan mayores precisiones de la implementación de las mismas, se limitó a negar el trabajo en tiempo extraordinario y como se ha visto, el mismo fue cumplido conforme las asertivas declaraciones de los testigos individualizados, por lo que en el punto debe desestimarse el agravio.

d) Se queja el recurrente respecto del cálculo de las horas extras realizado en la sentencia.

En la sentencia de grado se han reconocido las horas extraordinarias para todos los días de la semana. Se determinó que el actor trabajaba "*horas extras" todos los días de la semana, sábado por la tarde y domingo por la mañana, las que serán admitidas conforme el art. 201 LCT y de la siguiente forma: "…a razón de 15 horas semanales al 50% de Lunes a Viernes de 7 a 9 y de 21 a 22 horas; 5 horas semanales al 100% por los días Sábado de 17 a 22 horas; y 4 horas semanales al 100% por los días domingo de 9 a 13 horas…" (fs. 342 vta./ 343)*, difiriendo el cálculo de la remuneración que les corresponde a la etapa de ejecución de sentencia.

La Sra. Magistrada ha expuesto cuáles son las horas extraordinarias que deben ser remuneradas en exceso de la jornada legal, detalló las horas trabajadas en exceso y que superan las cuarenta y ocho horas semanales, diferenció las horas trabajadas entre lunes y viernes, las cumplidas luego de las 13 horas de los sábados y las laboradas por la mañana del día domingo. Todo ello en un todo de acuerdo con las pautas que rige a la jornada laboral por ley 11.544, su decreto reglamentario y art. 201 de la LCT, obviando en la queja que no existe en autos supuesto alguno que permita exceptuarle del régimen allí establecido. A más de ello, vale recordar que *"En el contexto de lo normado por la ley 11.544 y el decreto 16.115, las horas que exceden el máximo legal de jornada se consideran suplementarias o como suele llamárselas "extras". Extras no solo son las que van más allá del máximo semanal (48 horas) sino también-salvo que alguna norma prevea excepción-las que exceden el máximo de flexibilidad diarias (9 horas). En otros términos, cabría computar como horas extras las horas trabajadas por el dependiente en exceso de la jornada de nueve horas, aun cuando el total de horas trabajadas en la semana no superase el límite de 48 horas*" (CNAT Sala III, 16/07/2004" C., A. D. c/ D. C.J. s/ Diferencia de salarios).

De modo tal que será en la etapa de ejecución de sentencia en las que, conforme el detalle de las horas trabajadas que llegan firmes para la actora, se liquiden las mismas conforme el valor horario que se determine.

e) En cuanto a las diferencias salariales admitidas en la sentencia, el agravio deviene en abstracto en tanto confirmo en mi voto, lo resuelto en la sentencia de grado.

f) El punto referido a las costas será tratado luego de analizar los agravios de la parte actora, por la conexidad que existe entre ambos.

Conforme lo expuesto, he de acompañar el sentido del voto que me antecede, desestimando los agravios de la parte demandada.

3.

Los agravios del actor

Se agravia el actor en cuanto se rechazó la pretensión indemnizatoria del actor por el despido indirecto que se colocó y a las indemnizaciones previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323. Por su lado cuestiona que no se reconozcan las horas extras en los días de enfermedad y de accidente del mes de enero de 2009 como el alcance dado a las planillas horarias.

a) No ingresaré a los aspectos subjetivos de los agravios dirigidos a cuestionar las apreciaciones de la magistrada respecto a la conducta de la parte al omitir explicitar en su demanda el período de inasistencias con motivo del accidente laboral, luego reconocido por la actora al absolver posiciones y por la Aseguradora a fs. 286/289, pues en definitiva se trata de una cuestión objetiva debidamente acreditada, esto es definir si integran la remuneración durante ese período, las horas extras que se acreditaron en autos.

Al tiempo del accidente de trabajo acreditado, no regía el dec. 1694/2009 por ello no puede asimilarse al cálculo de las sumas correspondientes a la incapacidad laboral temporaria, el previsto para las enfermedades y accidentes inculpables regulados en el art. 208 de la LCT, como procura la parte. El cálculo para el salario por incapacidad laboral temporaria era el previsto por el art. 12 de la LRT.

Conforme el modo de cálculo previsto por la norma vigente al tiempo del infortunio (art. 12 de la ley 24557), y considerando que el ingreso base solo puede contener horas extras siempre y cuando el empleador las haya registrado e informado como remuneración habitual (el ingreso base es la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino al sistema integrado de jubilaciones y pensiones devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante por el número de días corridos comprendidos en

el período y que ese número que dé multiplicado por 30,4), la suma resultante es inferior a lo que, efectivamente, percibió el trabajador.

En definitiva el empleador pagó los días accidente con indiferencia al cálculo del ingreso base que correspondía, por lo que -con el alcance expuesto y en el límite del agravio-, la apelación en el punto debe desestimarse.

b) En cuanto a la exclusión del período enero 2008 a Septiembre 2009 que indica en el punto b) de su agravio : *"porque el reclamo entre los meses de enero de 2008 y septiembre de 2009 debió prosperar en su totalidad"*, debo señalar que más allá del planteo confuso de la cuestión, lo cierto es que en los términos de la sentencia los únicos períodos excluidos para la liquidación de las horas extras son los comprendidos entre el 1 al 15 de diciembre de 2008 (vacaciones) y del 10 al 30 de enero de 2009 (accidente).

La sentencia difiere para la etapa de ejecución de sentencia la cuantificación económica de las horas extras por el período reclamado en la demanda, con exclusión de los períodos señalados, por lo que el agravio no tiene base fáctica para sustentarse, correspondiendo declarar la deserción del recurso en el punto.(art 269 del CPCC).

c) Ingreso al agravio con sustento en el rechazo de la indemnización por el despido indirecto en el que se colocó la actora.

Señala la sentencia que no existió causa grave que tornara imposible la prosecución del vínculo.

Para que sea procedente el despido directo dispuesto por el empleador o el despido indirecto fundado en justa causa que hiciere el trabajador, deben existir: un elemento objetivo, que es el incumplimiento contractual del empleador; un elemento subjetivo, que es la decisión de producir la extinción de la relación laboral (quiebre del principio de continuidad consagrado en el art. 10 del RCT); y, un nexo entre ambos referido a que, como consecuencia de ese incumplimiento se haya generado una injuria

grave que por su gravedad impida la continuidad del vínculo. A su vez, la comunicación de la decisión debe ser hecha por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato.

Por su lado, para que resulte legítimo el despido indirecto decidido y comunicado por el trabajador, deberá probar de manera fehaciente la "causa" que le provocó la injuria: la norma del art. 242 LCT le impone al trabajador acreditar los extremos con prueba suficiente y precisa, a fin de que el juzgador pueda evaluar con la prudencia y equidad necesaria si aquéllos fueron o tuvieron la entidad suficiente para provocar el quiebre del principio de continuidad consagrado en el art. 10 de la L.C.T.

En los términos en que ha quedado planteada la litis, se ha admitido el reclamo de las horas extraordinarias laboradas por el Sr. Á. (elemento objetivo).

Ha quedado reconocido también, el intercambio epistolar entre las partes de donde surge por un lado el reclamo de aquéllas y la consecuente negativa de la empleadora a su reconocimiento. En la comunicación de fs. 39 y reiterando los términos de la agregada a fs. 38 bis, el trabajador intimó al pago bajo apercibimiento de darse por despido, lo que frente a la conducta asumida por la contraria, comunicó conforme fs. 40 su decisión de producir la extinción de la relación laboral (elemento subjetivo).

Se trata entonces de valorar si la inobservancia al pago de las horas extras configura, efectivamente, una injuria de tal gravedad que no consienta la prosecución de la relación.

La justa causa alegada por el trabajador debe ser valorada por los jueces con la prudencia y equidad necesaria, con sujeción a las cargas impuestas por el art. 243 LCT y en orden a establecer si los incumplimientos fueron o tuvieron la entidad suficiente para provocar el quiebre del principio de continuidad consagrado en el art. 10 de la L.C.T.

Debió entonces evaluarse la importancia del incumplimiento y precisar cómo se ha configurado, de qué salarios se trata, cuál es su monto, analizando globalmente la situación y determinar si el contrato pudo o no continuar pues -como se dijo-, debe tenerse en mira el principio de conservación del contrato de modo tal que la deuda por su importancia y carácter debe tornar insostenible el vínculo y de acuerdo al principio de buena fe a que las partes deben ajustar su conducta. *"Es decir, el juzgador tiene, como en toda la materia de injuria un amplio campo de apreciación y valoración de las distintas circunstancias de cada caso para determinar si el atraso o falta de pago de las remuneraciones constituye injuria en sentido legal"* (CNAT Sala IV "Zeolla Jorge Miguel c/ UOM").

Es claro que el reconocimiento de la procedencia de un crédito no determina necesariamente la del despido indirecto fundado en la omisión de pagarlo, ya que no todo incumplimiento justifica la denuncia de la relación de trabajo, sino aquéllos cuya gravedad obsta a la continuación del contrato, calificada, en cada caso y conforme a sus propias circunstancias, por el juez (art. 242 LCT).

En el caso concreto y en contraposición a lo dispuesto en la sentencia, el incumplimiento de la demandada a abonar sumas por horas extras trabajadas denotó una conducta de magnitud suficiente como para desplazar el principio de conservación del contrato (art. 10 LCT), pues más allá de contar con vías para el reclamo, sin colocarse en situación de despido, lo cierto es que el actor no tuvo en las respuestas de su empleador ningún atisbo del que se pudiera inferir, al menos, una actitud conciliadora. Se sostuvo en una negativa franca a todo reconocimiento del trabajo extraordinario cumplido y es más, sostenido en el principio de buena fe aun cuando desconoce el de irrenunciabilidad previsto en el art. 12 LCT (v. fs.36).

Si como se ha probado en autos, el local comercial donde laboraba Á. era un comercio de barrio, donde la atención la cumplía un grupo familiar, quebrado el vínculo entre patrón y empleado por requerimientos estériles a juzgar por las comunicaciones cursadas, no advierto como se podría sostener la calidad de la relación laboral mediando un conflicto instalado en sede administrativa y/ o judicial.

Es por ello y aun cuando asumo que no es pacífica la jurisprudencia respecto a que la falta de pago de horas extras configura o no una conducta injuriosa, en el caso concreto soy del criterio que se da el supuesto de gravedad que no consiente la prosecución del vínculo laboral. *"Cuando el trabajador ha intimado por el pago de horas extras y el monto no retribuido es importante, existe un incumplimiento por parte del empleador que no permite la continuidad del contrato de trabajo, por cuanto se ha configurado una injuria grave que habilita la denuncia del mismo fundada en justa causa* (art. 242 y 246 L.C.T.) (CNAT Sala I "Pereira Luciano c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ despido 30/11/2012).

De esta manera, la falta de pago de las horas extra trabajadas, y la negativa de la empleadora a reconocer la existencia del trabajo suplementario prestado por el actor, justificaron a mi criterio, la decisión de éste de denunciar el contrato de trabajo (art. 242 LCT).

Por ello, es justo reconocerle derecho al trabajador a percibir las indemnizaciones por despido incausado que reclama en la demanda, conforme los artículos 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Será el perito contador que se designe en la etapa de ejecución de sentencia quien además de liquidar las horas extraordinarias cumplidas durante el vínculo laboral, determinará el monto de las indemnizaciones que prosperan con más los intereses que correspondan desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, conforme la tasa estipulada en el voto que antecede.

d) En cuanto al rechazo del art. 1 de la ley 25.323, es criterio de esta Cámara que no cualquier omisión en la registración habilita la aplicación del agravamiento indemnizatorio.

El artículo 1ero de la Ley 25.323, dispone un incremento indemnizatorio para el caso que, al momento del despido, una relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Es claro que el fundamento de la sanción ha sido la eliminación del trabajo total o parcialmente clandestino, en razón de que la falta de adecuada registración priva al trabajador del goce de los beneficios sociales respectivos y provoca perjuicios a todos los sujetos involucrados en la relación laboral.

No controvertido que el Sr. Á. era un trabajador registrado, deberá avanzarse en que debe entenderse como registración deficiente.

La mayoría de la doctrina sostiene que no toda irregularidad o deficiencia en la registración habilita la sanción sino aquellas a las que refieren los arts. 7mo, 9no. y 10mo. de la ley 24.013. Las diferencias salariales que genera el reconocimiento en la sentencia de las horas extras laboradas, no encuadra en mi criterio en los supuestos que habilita la norma. "*En el presente caso no media esa situación de clandestinidad, analizando el tema tanto desde la perspectiva de la ley 24.013, como de la ley 25.323, artículo 1º, puesto que el trabajador sí se encontraba registrado, por lo que gozaba de los beneficios antedichos. Aún en la hipótesis de considerar que el actor debiera percibir un salario superior al que se le abonaba, ello no implica la procedencia de la sanción prevista en el art. 1º de la ley 25.323 por cuanto la ley 24.013 (cuya finalidad, reitero, es la misma) sólo tipificó como conductas sancionables por los arts. 9 y 10 (fuera de la falta total de registración) las irregularidades registrales en orden a la fecha de ingreso y al salario y en tanto se trata de materia sancionatoria, ámbito en el que deben regir las pautas interpretativas más restrictivas, considero que no cabe aplicar la analogía en perjuicio del sancionado". ("Moreira Ramón Ernesto Martín*

c/ Nextel Comunications Argentina S.A. s/ despido" CNAT. Sala II.5-8-2010. MJ-JU-M-59105-AR).

Por lo brevemente expuesto, el recurso en el punto, debe desestimarse.

e) En cuanto a la multa del art. 2do de la ley 25.323 dice en su agravio, que de modificarse lo resuelto en relación al despido, debe admitirse la misma.

No será así.

La intención del legislador al sancionar el art. 2 de la ley 25.323 fue multar a aquellos empleadores que sin motivo o causa válida, omitieran dar cumplimiento con la obligación de pago de las indemnizaciones debidas al trabajador, induciendo a éste a recurrir a la justicia a fin de percibir aquel pago. *"Las condiciones para que se condene al pago de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25323 son dos: a) que la actora hubiera intimado a su empleadora para que le abonaran las indemnizaciones propias del distracto, y 2) que ante la conducta reticente de ésta, la trabajadora deba iniciar las actuaciones judiciales tendentes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente."*(CNAT Sala VII Expte nº 25449/01 sent. 37540 19/5/04 "Medina, Edith c/ Promotion & Fun SA s/ despido").

La actora no cumplió con la carga prevista por el art. 2do de la ley 25.323 de intimar de modo fehaciente a su empleador ya que debió exigir, no sólo el pago de las diferencias salariales e indemnizaciones derivadas del despido, sino que debió emplazarlo en los términos de la norma citada. Así se expidió el STJCH "*Como lo expresara, es requisito esencial de operatividad de la multa que el trabajador intime en forma previa y fehaciente que abone las indemnizaciones a la que refiere el citado art. 2 en su primer párrafo. El emplazamiento o constitución en mora del empleador, no opera automáticamente como sucede en el campo de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, razón por la que aparece en la norma como una carga impuesta al trabajador, que debe formalizar en los términos de la Ley 25.323. La fehaciencia requerida no es otra que la común a todo instituto jurídico, por lo que será*

necesaria la forma escrita por un medio que brinde alguna posibilidad de acreditar la recepción del destinatario de la comunicación receptiva (v.gr. telegrama, carta documento, acta notarial, entre otras) (Ruiz, Álvaro Daniel "Los alcances de la ley 25.323 algunas definiciones necesarias", Rev. D.T. 2000-B, págs. 2271/2277; Pose, Carlos "Primera reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por Ley 25.323"; y Alejandro, Sergio Joaquín "Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimientos del empleador", ambos trabajos publicados en Rev. D.T. 2000-B, págs. 2303/2314 y 2308/2314, respectiva-mente).De este modo, visto los despachos telegráficos que remitieron los actores y que obran a fs. 35 de la carpeta anexa 1-3; y a fs.45/47 del cuaderno de prueba actora agregado por cuerda a estos autos, no se hizo referencia alguna al agravamiento indemnizatorio analizado, sino que sólo emplazaron de un modo expreso por las indemnizaciones por despido sin justa causa con más la duplicación indemnizatoria que prevé la Ley 25.561" (STJCH SD Nº 08 /05 S.R.E).

No surgiendo de las comunicaciones cursadas por Á., intimación fehaciente en los términos expuestos, el agravamiento indemnizatorio con sustento en el art. 2do de la ley 25.323 debe desestimarse.

f) Concluyo el tratamiento de los agravios de la actora admitiendo sólo los que refieren al despido indirecto y consecuentemente con ello a las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT que deberán liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia. La base de cálculo para determinar el monto de la indemnización por despido lo constituye la mayor remuneración percibida por el trabajador (mejor y habitual, art. 245 LCT) en la que deben incluirse las horas extras reconocidas. Todo ello con más los intereses que correspondan desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, conforme la tasa estipulada en el voto que antecede.

4.

Conforme mi voto, la sentencia de grado debe revocarse parcialmente ampliándose la condena impuesta a la Sra. A. P. en tanto deberá abonar al actor, en la forma y plazos allí previstos, las indemnizaciones derivadas del despido indirecto (arts. 246, 232, 233 y 245 LCT) que se determinaran en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses que determina el Banco del Chubut S.A. para su tasa activa, desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago.

5.

Las costas.

a) Las costas de la primera instancia: Conforme lo dispuesto en el art. 282 las costas y honorarios se reajustan en caso de modificación de la sentencia de grado.

En los términos en que se propone la modificación, soy del criterio que la parte demandada resulta vencida cuali y cuantitativamente en los términos del art. 57 de la ley XIV N°1 y art.69 del CPCC. Se admitió en lo esencial las horas extraordinarias cumplidas, las diferencias salariales y su incidencia en la liquidación final, las indemnizaciones derivadas del despido indirecto en el que se colocó el actor. Por su lado se desestimó los agravamientos indemnizatorio del art. 1 y 2 de la Ley 25.323 y no hay pronunciamiento ni en la instancia de grado ni en esta sede, respecto del certificado del art.80.

En cuanto a los honorarios, la readecuación propuesta por el Dr. Fiordelisi se ajusta al resultado de la causa, al mérito y extensión de la tarea profesional cumplida por lo que acordaré con su determinación.

b) Las costas en la Alzada:

Conforme he votado existe mérito para imponer las costas conforme el resultado de los recursos incoados. (art. 72 del CPCC) En tal sentido se desestimaron los agravios de la parte demandada y se admitió en lo sustancial el de la parte actora por lo que resulta ajustado a las constancias

de autos imponer a la demandada el 80 % y a la actora el 20 % de las costas generadas en esta sede. En cuanto a los honorarios propicio que se determinen en el modo que lo hace el Dr. Fiordelisi, pues son reflejo de la actividad cumplida en orden al mérito y eficacia de los recursos impetrados. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria)

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mis colegas de Cámara los fundamentos expuestos precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 335/345, declarando ajustada a derecho la situación de "despido indirecto" en la que se colocó el actor P. G. A. y condenando a A. C. P. a abonar al reclamante las indemnizaciones de ley por despido incausado (arts. 232, 233, 245, 246 LCT), lo que será liquidado en la etapa de ejecución de sentencia por el Perito Contador que se designe. El importe que resulte deberá ser abonado dentro de los cinco (5) días de su determinación mediante depósito judicial en autos, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a calcularse desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago.

2) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 335/345 vta. en los restantes puntos que fuera materia de agravios.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA imponiendo la totalidad de las mismas a la parte demandada (art. 69 CPCC); regulando los honorarios de los Dres. P. A. S. y L. C. B., apoderados del actor, en conjunto, en el 18% del monto del proceso; los del

Dr. P. C. M., apoderado de la demandada, en el 15% del monto del proceso, quedando sin efecto las regulaciones que se practicaran en la primera instancia y confirmando la regulación de honorarios del Sr. Perito Calígrafo C. O. A. practicada en primera instancia. En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 6, 9, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC), regulándose, por su labor en la Alzada, los honorarios del apoderado de la parte actora, Dr. L. C. B., en el 32% de los que les correspondan por la labor en primera instancia y los del Dr. P. C. M., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondieren por su labor en la anterior instancia; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **ARCHIVESE**.

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. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis VIVAS 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 octubre 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) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 335/345, declarando ajustada a derecho la situación de "despido indirecto" en la que se colocó el actor P. G. A. y condenando a A. C. P. a abonar al reclamante las indemnizaciones de ley por despido incausado (arts. 232, 233, 245, 246 LCT), lo que será liquidado en la etapa de ejecución de sentencia por el Perito Contador que se designe. El importe que resulte deberá ser abonado dentro de los cinco (5) días de su determinación mediante depósito judicial en autos, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a calcularse desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago.

2) CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 335/345 vta. en los restantes puntos que fuera materia de agravios.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA imponiendo la totalidad de las mismas a la parte demandada (art. 69 CPCC); regulando los honorarios de los Dres. P. A. S. y L. C. B., apoderados del actor, en conjunto, en el 18% del monto del proceso; los del Dr. P. C. M., apoderado de la demandada, en el 15% del monto del proceso, quedando sin efecto las regulaciones que se practicaran en la primera instancia y confirmando la regulación de honorarios del Sr. Perito Calígrafo C. O. A. practicada en primera instancia. En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (conf. arts. 5, 6, 9, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora (art. 72 CPCC), regulándose, por su labor en la Alzada, los honorarios del apoderado de la parte actora, Dr. L. C. B., en el 32% de los que les correspondan por la labor en primera

instancia y los del Dr. P. C. M., apoderado de la demandada, en el 27% de los que les correspondieren por su labor en la anterior instancia; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **ARCHIVESE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL. CONSTE.