En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"F., R. O. c/L., H. M. s/DEMANDA LABORAL (Indemnización)", expte. nro. 583 año 2013**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4414/2007), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 254), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 224/231? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1. El fallo apelado.

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda, y en consecuencia, condenó al Sr. H. M. L. a abonar al Sr. R. O. F., en el plazo de diez días, la suma de pesos seis mil ochocientos cuarenta y ocho con ochenta y nueve centavos ($6.848,89), con más los intereses legales. Asimismo, impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales.

2. El recurso su fundamentos y la contestación.

La parte actora, a fs. 233, apeló el fallo; el recurso fue concedido a fs. 235, fundado a fs. 236/238 y

contestados los agravios a fs. 243/244.

La recurrente señala como generadora de gravamen la decisión adoptada respecto de las horas extras. Concretamente, señala que la jueza ha dado por cierta la extensión de la jornada denunciada por la empleadora en su responde, a pesar de no haber aportado prueba en tal sentido.

Además, sostiene que la prueba testimonial ha sido valorada en forma arbitraria y que no se ha tenido en cuenta que quien se encontraba en mejores condiciones de probar el honorario era la empleadora y nada ha aportado en tal sentido. Cita extractos de fallos que avalan su postura.

Pide la revocación de lo resuelto.

El demandado contesta el traslado conferido, insistiendo en la línea argumental de la sentencia de primera instancia con cita de jurisprudencia, en tal sentido.

3. Tratamiento de los agravios.

El análisis del tema sometido a debate debe ser realizado teniendo presente que el principio protectorio que nutre al derecho laboral se proyecta, también, en la materia procesal.

En tal orden de ideas, calificada doctrina ha enseñado que la función del mentado principio también denominado de desigualdad compensatoria debe corregir, en el proceso, tres formas de desequilibrio: económico (el conflicto compromete valores de jerarquía patrimonial diferente entre ambos litigantes), probatorio (el empleador tiene ventaja para producir su propia prueba) y subjetivo (la distinta "potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto"). Agrega que el carácter tutelar, se expresa en dos

aspectos: la prueba y la "suplencia" del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda (Plá Rodríguez, Américo; Visión crítica del derecho procesal del trabajo; en Proceso do trabalho na América Latina; LTR, San Pablo, Brasil, 1991, p. 244; citado por Mansueti, Hugo Roberto en Trabajo decente versus proceso laboral; L.L. 2010-B-1081).

A partir de estas premisas, se advierte con meridiana claridad que el argumento nuclear del fallo para sustentar el rechazo del reclamo de horas extras, más allá de la dificultad que el caso presenta, es contrario a tales mandatos legales que tienen raíz en normas preeminentes de nuestro ordenamiento (art. 14 CN, entre otras).

Ergo, el principio general de que la prueba del hecho controvertido corre a cargo de quien lo afirma, único fundamento del fallo respecto a las horas extras, no es aplicable al caso. Ello por cuanto, en materia laboral, sufre el impacto de la inversión de la carga de la prueba en cuanto el empleador ha de probar, en este caso, el horario del establecimiento.

Repárese que la inversión de la carga de la prueba recae sobre el empleador con la finalidad de reestablecer la igualdad de las partes en el proceso. La figura procesal no hace más que reconocer el hecho de que normalmente es el empleador quien posee la documentación acreditativa de las circunstancias que rodearon la relación laboral

Así es imposible soslayar que si bien el actor casi nada ha probado, no puede recaer sobre exclusivamente sobre su pretensión tal deficiencia cuando el empleador tampoco produjo prueba alguna y además incumplió con la obligación de exhibir los

libros de sueldos y jornales o planillas móviles rubricadas por la autoridad administrativa laboral, los recibos de haberes del trabajador por el período laborado y las planillas horarias de octubre de 2004 hasta julio de 2005.

Es que, conforme resulta de las constancias de autos, el actor solicitó a fs. 19 vta. la exhibición de esa documental, la jueza proveyó la prueba a fs. 106 ordenando la intimación "bajo apercibimiento de ley", el actor presentó la cédula de notificación –fs. 106- que fue diligenciada el día 22 de diciembre de 2010, conforme consta a fs. 107 y agregada el 4 de febrero de 2011, sin que se haya cumplido con la manda judicial en momento alguno.

La falta de observación por parte de la empleadora a esta intimación demuestra la extemporaneidad de las actuales alegaciones relativa a la inexistencia de obligación legal de asentar las horas extras en planillas o registros horarios y adquiere particular relevancia ante el expreso reconocimiento de la empleadora –fs.87- que las laboradas fueron abonadas.

Es claro que el empleador decidió no utilizar la facilidad que tienen a su alcance, indicando cuáles eran los horarios del establecimiento, del actor, si era la única persona empleada, los turnos que cumplía y/ o cumplían las otras personas que formaban parte del plantel en su caso. En fin, la defensa y su prueba no puede estar basada exclusivamente en la conducta procesal de la otra parte sino que es determinante que la demostración se apoye en planillas y libros que la ley pone a su disposición.

Esta conducta de la empleadora debe ser valorada como bien remarca el recurrente. Es que una vez

aceptada o probada la relación laboral la carga de la prueba se invierte, debiendo el empleador demostrar lo contrario de lo afirmado por el trabajador (cfr. CNTrab, sala VI, 10/08/05, "Corleto, Carla c/ Perez, Graciela A."; 10/04/02, "Velásquez, Arnaldo R. c/ Tecno Wash SRL"; 07/02/06, "Padovani, Maria C. c/ Migal Publicidad SA).

Pero además y fundamentalmente en el caso también deben ponderarse las declaraciones del único testigo, este ha dado cuenta, aunque sin precisiones, de una jornada de trabajo con una extensión mayor a ocho horas como incluso se señala en el fallo –fs. 226 vta.-.

Huelga recordar que la rigurosidad que propone el demandado en la apreciación de la prueba de horas extras carece de andamiaje legal. Repárese que el criterio de interpretación prueba en esta materia que sustenta nuestro Superior Tribunal de Justicia no se compadece con tal postura. En efecto, ha sostenido que: "no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso" (v.gr., Sala 10ª en autos "Liewiski, Laura s. C/ Juncadella S.A. s/ Despido", del 17 de julio de 2001; y CNTrab., Sala X en autos " Barrios, Carlos Manuel c. Fortuna Seguridad S.R.L. s/ despido", 29/03/2005- E.D., 213-84). Concretamente, en igual línea de pensamiento, Perugin, Eduardo R., en un trabajo doctrinario que tituló "Algo sobre las horas extras", sostuvo luego de afirmar que no existe ninguna norma ni principio jurídico que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto -salvo prueba en

contrario-, señala que los jueces deben valorar tales pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, y que la posición restrictiva es incompatible con la realidad y la lógica, ya que exige un mayor rigor probatorio a un hecho que, cuando es real, es de difícil probanza por parte del trabajador afectado" (cfr. S.D. N° 11 y 12/S.R.E./08, ambas del 10/10/2.008 y 4/S.R.E/10 del 14/10/2010).

Con base en lo expuesto, corresponde la revocación de la decisión en cuanto ha sido materia de recurso. Es que, el empleador no ha demostrado en modo alguno, un horario de trabajo distinto al denunciado por el trabajador. Por lo tanto se deberá tener por cierto el que refiere este último, ya que la duda lo favorece (cfr. art 9 LCT).

A los fines de la cuantificación del rubro, corresponde tener presente que se han reclamado 48 horas mensuales sin precisar cuales corresponden a horas extras al 50% y cuales al 100%. Tal cuestión debe ser resuelta, con base las declaraciones del único testigo de autos, quien como he sostenido ha dicho que el actor tenía franco los días domingo y ha dado cuenta de una jornada laboral de diez horas; consecuentemente y en marco del límite cuantitativo que el propio actor se liquidarán cuarenta horas mensuales al 50% y ocho horas mensuales al 100%, por el período de trabajo reconocido en el fallo (5 de octubre de 2004 al 5 de julio de 2005).

El cálculo deberá ser efectuado, por la Actuaria, en la instancia de origen una vez firme la presente.

3. Costas y honorarios.

La modificación propuesta, carece de entidad para adecuar tanto las costas de primera instancia porque

estas fueron impuestas íntegramente al demandado como los honorarios ya que fueron regulados en porcentuales.

Las costas de esta instancia de imponen al demandado vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se regularán de conformidad con las pautas generales del artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento.

En función de lo expuesto, propongo se regulen a favor del Dr. F. S. en el 30% de los fijados en la anterior instancia y para el Dr. G. F. K. en el 25% de los determinados a la representación letrada del demandado en su conjunto. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

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

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Modificar e punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 224/231, adicionando al monto de condena el correspondiente a las horas extras.

3) Ordenar que por Secretaria, en la instancia de origen se liquiden las horas extras, conforme las pautas señaladas en el considerando pertinente.

4) Costas a la demandada.

5) Regular los honorarios del modo propuesto.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 224/231 es apelada por la actora a fs. 233 y a tenor del informe de fs. 236/238vta. que le es contestado por su oponente a fs. 243/244vta.

Tal como bien señala mi colega preopinante, habiendo afrontado la admisibilidad formal del recurso y en consecuencia tratando la cuestión que mantiene abierto el debate, lo que comparto, la queja gira en torno a la prueba de la presunta jornada suplementaria desestimada en la instancia anterior.

Tema de permanente debate que tras el espíritu de las reformas actuales y en especial del art. 9 LCT se ha ido flexibilizando el rigor clásico en cuanto a la prueba. De allí que nuestro Máximo Tribunal local haya establecido algunas pautas que se nos imponen con la jerarquía de doctrina legal y no son mas que el reflejo de estas nuevas corrientes de opinión en la materia. En tal sentido ha señalado nuestro Excmo. STJCh., 13/10/2010, en autos: "R.,M.J. c. S.A.I.E.P." – publicado en LL Patagonia 2011(febrero) 2011-49, cita online: AR/JUR/73170/2010, que: "La formación del material de conocimiento en el proceso, constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez: secundum allegata et proba - quien alega un hecho debe probarlo. La carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo, es decir, del perjuicio eventual que puede originarse en no probar lo que sea menester" (Conf. S.T.CH. S.D. N° 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/S.C.A./97, 6/S.C.A./98, con cita de Hugo Alsina y jurisprudencia de la C.S.J.N.).

Dicha carga asiste en principio a la actora, pues quien demanda, quien pretende, debe probar los hechos que sustentan su pretensión en juicio para convencer al juez de su verdad, sin perjuicio de la obligación de quien es traído al pleito de probar los hechos impeditivos o extintivos que oponga a aquélla

pretensión ... salvo los supuestos en que la ley hace pesar la carga de probar, específicamente en la accionada (inversión de la carga de la prueba) (conf. S.T.J.CH., S.D. N° 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 19/99)". Y a continuación agregan que:"Las reglas de la carga de la prueba que se enderezan a determinar quien debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo, cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo" (Conf. S.T.J.CH., S.D. N° 15/SRE/99 y 10/SCA/00, con cita de Peyrano, "Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo. 13, "La Prueba I", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1997, pág. 98)" y que, de utilidad por su analogía con el presente caso, en el precedente señalado se dijo que: "En el caso, la carga de la prueba de las horas suplementarias trabajadas incumbía, en principio, a la actora (art. 381, Ley XIII, N° 5). Así es aún en el Derecho Laboral, de naturaleza esencialmente protectiva (ver, S.D. N° 01/S.C.A./05, con cita de S.D. N° 07/S.C.A./04), salvo que opere algún supuesto de inversión de la carga probatoria" agregando que: "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. N° 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".

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

Se le imponía al actor la prueba de su reiterado reclamo y tal actividad se la consideró insuficiente. Pero veamos. El testimonio de F. A. C., lejos está de otorgar por si certeza, no por su singularidad pero si por su falta de precisión, no obstante es indicativo de una jornada laboral que podría resultar excesiva y de allí la necesidad del aporte probatorio de la demandada para despejar toda duda teniendo a su alcance todo medio probatorio común a tal fin y aún el especial mediante la exhibición de la documentación impuesta legalmente y que permite establecer la correctas

presunciones en cuanto al modo en que se desarrollaban las actividades en relación a circunstancias de personas, tiempo y lugar y en especial las obligaciones contraídas por el demandante. Pero no fue así y su renuencia indudablemente lo perjudica de allí que se repitan en casos análogos fallos que señalan v. gr.: "Ninguna prueba aportó la demandada para acreditar que efectivamente a la trabajadora no le correspondía el pago del adicional" por lo que "el mismo debe abonarse" (ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX • 22/12/2011 • Lescano, Sandra Gisela c. F.S.T. S.A. s/despido • • LA LEY 16/04/2012 , 8 • LA LEY 2012-B,579 • DJ 11/07/2012 , 61 • AR/JUR/88369/2011).

Así, el comportamiento omisivo de la demandada fortalece la debilidad de la prueba testimonial y ésta última auxilia con los datos mínimos indispensables para determinar la cantidad y calificación de las horas extras debidas, tal como se han estimado en el voto de mi colega preopinante sin necesidad de repetir la operación. Debiendo posponerse su cuantificación al momento procesal oportuno en la instancia de grado, firme la presente.

Si bien tal propuesta incide en el monto del fallo a los fines de los honorarios (art. 282 CPr./DJ) no requieren adecuación en costas ya que en ambas instancias pesan sobre la demandada. Difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la ley XIII Nos. 4 0.

y 15.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Alonso, reitero su formula decisoria.

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

SENTENCIA

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2) Modificar el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 224/231, adicionando al monto de condena el correspondiente a las horas extras.

3) Ordenar que por Secretaria, en la instancia de origen se liquiden las horas extras, conforme las pautas señaladas en el considerando pertinente.

4) Costas a la demandada.

5) Regular los honorarios favor del Dr. F. S. en el treinta por ciento (30%) de los fijados en la anterior instancia y para el Dr. G. F. K. en el veinticinco por ciento (25%) de los determinados a la representación letrada del demandado en su conjunto. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

6) Regístrese, notifíquese y

devuélvase.

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

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"