------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de septiembre del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y asistencia de los Dres. Claudio Alejandro Petris y Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"M., X. c/ G. S.A. s/ Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley"*** (Expte. N° 117/14 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 205 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC–, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS - PETRIS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia registrada bajo el n° 43/2014, de fecha 31/07/2014 y que obra de fs. 170/175 ? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada por haber sido apelada a fs. 177 por la demandada y a fs. 179 por la actora –recursos concedidos a fs. 178 y 182 respectivamente– la sentencia definitiva que se agrega a fs. 170/175vta., la que en lo sustancial decidió hacer lugar parcialmente a la demanda laboral articulada por la Sra. X. M. contra G. S.A., y en su consecuencia condenó a esta última a abonar a aquélla la suma que indica, por los rubros que detalla, con los intereses que fija, en el plazo que determina y bajo el apercibimiento que estipuló.----------

------Los agravios deducidos por la demandada apelante lucen en el memorial que se agrega a fs. 180/181 y merecieron la réplica de la actora apelada (v. fs. 191/192vta.).----------

------Los deducidos por la actora apelante constan en el memorial de fs. 184/190, y también merecieron respuesta de la accionada, la que se agrega en la pieza procesal de fs. 195/197.----------

------Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 204, y practicado a fs. 205 el sorteo que dispone el art. 271, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274 ambos del rito provincial, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas a esta Alzada.----------

------2.1. Dispuesto ya a abordar las quejas de la accionada apelante, en primer lugar se agravia por cuanto el judicante ha determinado la fecha de ingreso teniendo por ciertos las fechas denunciadas por la actora, condenando así a su parte a abonar por períodos no trabajados. En apoyo de su postura, refiere las testimoniales rendidas en autos y la ponderación que de ellas hizo el Sr. juez apelado y cita precedentes jurisprudenciales de nuestra provincia.----------

------Adelanto que la queja impetrada no podrá tener acogida en esta Sede. En efecto, de las testimoniales de los Sres. R. D. R. (fs. 109) y R. R. F. (fs. 111) y de la Sra. M. S. L. de fs. 110 (todos testigos ofrecidos por la accionada) surgiría que la actora ingresó a trabajar en el mes de diciembre de 2011. Del testimonio del Sr. R. V.(fs. 125 y vta.); del Sr. V. A. V. (fs. 134) y de la Sra. K. A. F. (135), testigos de la actora, surgiría que el inicio de la relación laboral lo fue en noviembre o hacia fines del año 2011. Frente a tales discordancias en los testimonios rendidos, entiendo prolijo referir en primer lugar el informe pericial agregado a fs. 150 y vta. en tanto indica tal y como lo reconocieron las partes que la relación laboral no fue registrada y pese a la planilla acompañada por el perito a fs. 148/149, tratándose de una relación no registrada, corresponde hacer operativa la presunción contenida en el art. 55 de la Ley Nro. 20.744 de Contrato de Trabajo, ello en función del principio contenido en el art. 9 de la misma ley. En su consecuencia, la fecha de ingreso corresponde sea la indicada por el judicante apelado y el agravio debe desecharse. Así lo voto.----------

---

------2.2. Su segunda queja sobreviene por las diferencias salariales condenadas. Ponderada ya la fecha de ingreso determinada por el sentenciante, corresponde a mi juicio atender el agravio contenido a fs. 180vta., SEGUNDO AGRAVIO, pto. 2), y resultando correcto lo indicado por la quejosa, debe hacerse lugar a la reducción pretendida. Así lo voto.----------

------2.3. En tercer término se agravia por el monto condenado en concepto de SAC proporcional e indemnización por vacaciones no gozadas, refiriendo su primer agravio en orden a la fecha de ingreso. Siendo que el agravio fue articulado en virtud del principio de eventualidad procesal y que la fecha de ingreso es la determinada por el juez apelado, el agravio no puede prosperar y así lo voto.----------

------2.4. Por último se agravia en relación a la condena a abonar los honorarios de la perito calígrafa designada en autos, cuando a su juicio deben imponerse a la actora, quien primero negó la extensión de los recibos en cuestión y luego los reconoció. Si bien advierto que a fs. 51 la actora manifestó su desinterés en la pericial caligráfica ofrecida por la accionada y si bien la misma actora resulta vencedora en los presentes autos, y pese a lo normado en el art. 57 de la Ley XIV N° 1 DJP (antes ley 69), entiendo que tal regla no resulta absoluta y debe ponderarse en este caso la conducta procesal del litigante. En su función, estimo que los honorarios de la perito calígrafo designada en autos deben ser soportados por la actora en función de resultar un gasto generado por su actitud y (doctrina del art. 482 inc. 2do. in fine CPCC), y así lo voto.-

------En orden a la pretendida revocación de los honorarios de la Sra. Perito calígrafo, y atendiendo que la aceptación del cargo y presentación del escrito de fs. 67, implican actividad profesional previa a la específica, corresponde a mi juicio mantener la regulación dispuesta, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el párrafo 3ro. del art. 60 de la ley arancelaria.----------

------3.1. Corresponde a esta altura ponderar los agravios deducidos por la actora en su memorial de fs. 184/190. Así, su primera queja la alza

por no haberse condenado las indemnizaciones derivadas del despido indirecto y de sus respectivas multas. Para fundar su queja, invoca un error en la redacción de la misiva agregada a fs. 5 de estos autos; una errónea ponderación del juzgador acerca del texto de dicha comunicación; una nueva misiva cursada en fecha04.05.2012 y pide se condenen las indemnizaciones dispuestas en los arts. 232 y 245 LCT y demás rubros habilitados para el despido indirecto.----------

------Tengo para mí que el sistema de despido indirecto dispuesto en la LCT supone uno decidido por el trabajador ante un incumplimiento del empleador que asuma suficiente gravedad para constituir injuria laboral que impida la continuación del contrato laboral habido entre las partes. Para habilitarse esta forma de distracto, aparece necesario y esencial que sea notificado por escrito y previa intimación al empleador para que revea su actitud, y expresándose de manera suficientemente clara y amplia los motivos que justifican la decisión del trabajador, la que no podrá variarse en el futuro. En tal inteligencia, la diligencia y buena fe se convierten en protagonistas principalísimas de las consecuentes comunicaciones postales entre trabajador y empleador. Así se ha resuelto que: "*El deber de las partes del contrato de actuar de buena fe (art. 63, LCT) impone que en las intimaciones que dirige a su contraria se indique en forma concreta cual habrá de ser la actitud que adoptarán en el supuesto de que no se satisfagan sus reclamos.*" (CNAT; Sala II; en autos "*Meza, Ofelia c/ Sanatorio Güemes S.A.*"; sent. del 17.04.97). En idéntico sentido, también se ha resuelto que: "*Cuando se invoca como causal de despido una injuria que no está constituida por un acto único y determinado capaz de revestir per se entidad suficiente como para autorizar la máxima sanción en forma instantánea, es dable exigir una intimación previa que deje a salvo el principio de buena fe y, fundamentalmente, el de la subjetividad de la injuria.*" (CNAT; Sala X; in re "*Caro, Nélida H. c/ La Yanxa S.R.L.*" sent. del 30.06.2004).----------

------Así las cosas, la misiva que se agrega a fs. 5 no alcanza el status de intimación al empleador con la finalidad de que revea su actitud y que habilite al trabajador a colocarse en situación de despido indirecto, por lo que el agravio que trato no puede prosperar en esta sede. Así lo voto.----------

------Respecto de su queja en orden a la inaplicación de la multa dispuesta por el art. 2° de la Ley Nro. 25.323, entiendo oportuno recordar el texto de la norma invocada. Así, el artículo mencionado textualmente dispone, con meridiana claridad, que: "*Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6º y 7º de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.*", y no resultando exigibles las indemnizaciones que devienen del despido indirecto, la multa no puede prosperar. En orden a la aplicación de la multa dispuesta en el art. 1° de la misma ley, dicha norma dispone que: "*Las indemnizaciones previstas por las Leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, art. 7°, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente.*" Y no existiendo despido en el caso de autos, la indemnización pretendida tampoco puede prosperar. Así lo voto.-------

------3.2. Su segundo agravio se produce por el rechazo de las horas extras cuyo pago se pretendía.----------

------Tuve ocasión de sostener que: "*…a fin de emitir mi voto en la presente, estimo que en forma previa corresponde formular algunas*

consideraciones en orden a la función jurisdiccional y el onus probando que rige en materia de proceso laboral.----------

------"El instante culminante de la función jurisdiccional consiste en decidir lo justo en cada caso concreto; para ello es necesario que el juez verifique las circunstancias fácticas traídas a su conocimiento. En este esquema, la finalidad de la actividad probatoria consiste en crear en el juzgador la convicción acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en la estación procesal oportuna, los que son motivo del debate y la contradicción y que no están exentos de prueba. En el escenario descripto, puede acontecer que la ausencia o insuficiencia de los elementos probatorios incorporados al proceso no llegue a producir en el juez dicha certeza. Sin embargo, no debe dejar de emitir su pronunciamiento: nuestro orden jurídico le exige una resolución o sentencia.----------

------"En torno a la carga de la prueba, puede sostenerse que esta noción comprende dos variables que se interactúan recíprocamente: a) Constituye una regla para el juez porque le indica cómo debe fallar acerca del fondo de la controversia cuando exista ausencia de prueba sobre los hechos alegados por las partes sobre los cuales debe fundar su decisión; y b) Es una regla de conducta para las partes, pues les señala cuales son los hechos que a cada una le interese probar a fin de evitarse las consecuencias disvaliosas que provoca la incertidumbre sobre aquéllos. Así, la esencia operativa de esta afirmación radica en la indicación dada al juzgador acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en caso que no pueda comprobar la verdad de una afirmación de hecho. En este supuesto, debe dictar su fallo en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la alegación de hecho no acreditada (cfr. ***ROSEMBERG****, Leo; "La carga de la prueba"; EJEA; Bs. As.; 1956; pág. 2). Ello nos muestra que debe decidirse sobre el opus probandi al final del proceso (cfr.* ***EISNER****, Isidoro; "La prueba en el proceso civil"; Bs. As. 1964; pág. 54), sin perjuicio de la importancia que reviste para el juzgador*

*tenerlo presente al momento de recepcionar cada uno de los medios de prueba ofrecidos por las partes en función de la resolución definitiva del litigio (v. **ROSEMBERG**, Leo; o. cit. Pág. 65).----------*

*------"Así también, la noción de carga de la prueba indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, para no padecer sus efectos perjudiciales (cfr. **DEVIS ECHANDÍA**, Hernando; "Teoría General de la prueba judicial"; Bs. As.; 1970; tú I, pág. 424 y **PALACIO**, Lino Enrique; "Derecho Procesal Civil"; Bs. As.; 1972; Tº IV; pág. 363).----------*

*------"Resulta entonces que la carga no significa la obligación de probar ni tampoco necesidad que la prueba proceda de una determinada parte: implica estarse a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de la comunidad procesal el material probatorio incorporado al proceso surte todos sus efectos, cualquiera sea la parte que lo haya suministrado (cfr. **SENTÍS MELENDO**, Santiago; "Teoría y práctica del proceso", Ed. Jurídicas Europa-América; Bs. As.; 1959; t. III; pág. 200). De esta manera y para las partes, funciona como un principio de auto responsabilidad y probidad procesal, aunque meramente facultativo pues el litigante es libre de probar o no, sin otra consecuencia –en caso de no hacerlo– que la de perder la "ventaja" que le podría haber aparejado su eficaz y oportuno cumplimiento (cfr. **RAMACIOTTI**, Hugo; "Compendio de derecho procesal civil y comercial de Córdoba"; Despalma; Bs. As.; 1978; t. I, pág. 535).----------*

------"De lo hasta aquí expuesto con la cita de grandes maestros del derecho procesal, podemos colegir que la responsabilidad probatoria no supone, pues, ningún derecho del litigante adversario, sino antes bien, un imperativo del propio interés de cada parte y una derivación de la bilateralidad; constituye una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito. Puede, entonces, quitarse esa carga probando y esto no es más que una situación atinente a

cada parte. Por todo ello, los dos aspectos que integran la noción de opus probandi están íntimamente relacionados, pues una vez decidido qué debe constar para que venza el demandante o el demandado, se ha resuelto al mismo tiempo a quien perjudica la ausencia de prueba (cfr. ***ROSEMBERG****, Leo; o. cit. pág. 37).----------*

------"En el proceso laboral, la máxima inquisitiva contenida en el art. 44 de la Ley N° 69 (hoy art. 43 de Ley XIV N° 1 DJP) *de Competencia y Procedimiento en Conflictos del Trabajo no impide la existencia y la eficacia de la regla de juicio sobre carga de la prueba: para hacerse operativa la manda que dispone el precitado art. 44: el actor deberá probar la existencia de una relación de trabajo o bien la naturaleza de las tareas desarrolladas para con el demandado y bajo su dependencia. Ello así, pues en un procedimiento estructurado puede ocurrir que falte la prueba de un hecho controvertido. Por consiguiente, el juez necesita también aquí alguna indicación sobre la manera cómo debe decidir, pues nuestro sistema le exige a aquél una decisión jurisdiccional de mérito que debe siempre acoger o rechazar la demanda, y tratándose de la acreditación de los presupuestos de hecho que son sustento de las pretensiones jurídicas invocadas rige, también en el fuero laboral, el principio general del opus probando establecido en el art. 377 del ritual provincial, de aplicación supletoria por disposición del art. 45 de la propia Ley Nro. 69.----------*

------"Es así entonces que, del análisis de los elementos de juicio colectados en la presente causa, no existe a juicio del suscripto, suficiente acreditación, de manera asertiva, fehaciente, exhaustiva, concreta, categórica y rotunda acerca del modo y, principalmente, de la extensión de las horas extras que se invocan como presupuesto de hecho que darían sustento a las pretensiones jurídicas invocadas en la demanda, que permitan acoger de manera favorable el reclamo intentado. A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que la procedencia de las horas extras reclamadas debe evaluarse con criterio restrictivo.----------

------*En efecto, de las testimoniales de los clientes de la demandada, Sres. (…) y de los datos por éstos aportados, no puede determinarse con precisión la extensión de las tareas invocadas como fundamento de su pretensión y cumplidas en carácter de "guardias pasivas" que habilitarían un acogimiento positivo de esta Alzada. Así, se ha resuelto, que "La prueba del desempeño de horas extras, a cargo del trabajador, debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo, resultando insuficientes las presunciones." (In re "Iglesias, Jorge N. c/ Pantera S.R.L. y Tos."; CNAT Sala I, publicado en Tisis, 2000-737).*" (v. mi voto en autos *"CRETTON, Norma Beatriz c/ BONETTO, María Teresa s/ Laboral"*, Expte. Nº 96/06 CANO, SD Nro. 29/2006 de fecha Septiembre de 2006).----------

------En función del criterio expuesto y que continúo sosteniendo, y advirtiendo ausencia de actividad probatoria de la actora en orden a acreditar la efectiva realización de las horas extras que invoca y pretende percibir, es que el agravio no puede prosperar, y así lo voto.---

------3.3. En tercer lugar, se agravia la actora por cuanto el judicante no hizo lugar a la multa establecida por el 3er. párr. del art. 80 LCT. Los extremos que tornan aplicable la multa pretendida "*cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa*" (art. 80 LCT) surgen del art. 3ro. Del Dto. PEN Nro. 146/01 que establece que: "*El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744 (t.o. por Decreto Nº 390/76) y sus modificatorias, dentro de los TREINTA (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.*" y siendo que la relación laboral se extinguió el día 12.04.2012, la misiva del día 04.05.2012 fue cursada extemporáneamente y en su consecuencia y

aplicando un criterio restrictivo por hallarnos frente a una sanción, no corresponde aplicar la multa en cuestión. Así lo voto.----------

------3.4. Su cuarta queja se produce por no haberse computado –a los fines de la condena a abonar diferencias salariales– un adicional no remunerativo oportunamente acordado paritariamente y homologado por la autoridad de aplicación del trabajo. El adicional pretendido fue dispuesto en Resolución Nro. 133/2012 emanada de la Secretaría de Trabajo. Siendo que ha llegado firme a esta alzada que la relación laboral habida estuvo fundada al amparo del CCT Nro. 151/75, corresponde hacer lugar al adicional pretendido en demanda (v. fs. 22) y condenar su pago sólo en el 50% del monto indicado (esto es: por $1.000), atendiendo a la fecha de ingreso de la actora. Así lo voto.-------

------4. Resta ponderar las costas de esta Alzada. Es así que por imperio de la cláusula que se aloja en el art. 57 de la Ley de Procedimiento Laboral XIV N° 1 DJP y en función de las condenas habidas, entiendo que deben imponerse a la accionada y regularse los emolumentos de los letrados intervinientes en esta Instancia (art. 13 del Arancel). Así lo voto también.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------El Dr. Früchtenicht reseñó con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones esgrimidos en la causa y por ello corresponde analizar los agravios expresados.----------

------1) Agravio de la demandada. Fecha de ingreso del trabajador:----------

------Se discutió en la causa si la relación laboral comenzó el 1 de noviembre de 2011 o el 1 de diciembre del mismo año.----------

------El a quo tiene por cierta la hipótesis del actor, en atención a la presunción del art. 55 de la LCT, pues la relación laboral no estaba registrada y los testimonios con los que se pretende revertirla, resultan contradictorios.----------

------De todo ello se agravia la demandada.----------

------Sostiene, en primer lugar, que la presunción del art. 55 LCT es inoperable, pues nunca se la intimó a presentar los libros a que aluden los artículos 52 y 54 LCT y ello es, a su entender, requisito indispensable para que surja aquella. En segundo lugar intenta rebatir el carácter contradictorio de los testimonios, aduciendo que sólo son dos los testigos que se apartan de la hipótesis mayoritaria. En tercer lugar, sostiene que el perito contador informó como fecha de ingreso el 1º de diciembre de 2011 y no el 1º de noviembre como aduce la actora.-

------Entrando al análisis del agravio debo señalar que, para considerar contradictorios los testimonios, no hay necesidad de paridad numérica. El Sr. Juez de la anterior instancia tiene libertad para valorar la prueba siempre que no incurra en notoria arbitrariedad o ilegalidad. El argumento de la recurrente no logra demostrar que la sentencia hubiera incurrido en tales vicios y sólo aparece como un mero disenso insuficiente para revertir lo decidido en la instancia de grado. Repito, para considerar contradictorio los testimonios, no se requiere paridad numérica en las hipótesis divergentes, basta con que algunos testigos sostengan una cosa y los otros expongan lo contrario----------

------Considero que la presunción del art. 55 LCT opera plenamente en esta causa.----------

------El mencionado texto dice *"La falta de exhibición o requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los artículos 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causa-habientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos"*.----------

------Es cierto que el demandado no fue interpelado a presentar los libros, pero hacerlo hubiera resultado superfluo pues al contestar demanda reconoció la ausencia de registración. ¿Para qué probar lo que el demandado reconoce?----------

------El art. 55 LCT no contiene un rito sacramental destinado a calmar a los dioses, al estilo de las viejas fórmulas romanas. Su espíritu es claro

y concreto. Crea una presunción a favor del trabajador no registrado e impone al empleador la carga de demostrar lo contrario mediante la exhibición de los libros respectivos. Por ello es que el artículo 53 LCT manda que la valoración judicial sea según *"las particulares circunstancias de cada caso"*.----------

------Asiste razón al Sr. Juez de la anterior instancia cuando tiene por cierta la fecha de ingreso invocada en la demanda, atento a la presunción que se origina por la falta de registración.----------

------Por último, después de leer atentamente lo dictaminado por el experto a fs. 150/150 vta., no encuentro ninguna frase que pueda interpretarse en el sentido pretendido por la recurrente. La planilla, a la que el mismo experto califica de informal, no puede hacer suponer lo que el perito no dice, máxime teniendo en cuenta que a fs. 150 claramente manifiesta *"La actora no figura registrada en los libros laborales de la firma demandada"*.----------

------Al final del agravio bajo análisis, dice el recurrente que *"En cuanto al segundo punto (esto es, a la fecha de **ingreso**)" (el subrayado me pertenece)* el a quo no tomó en cuenta que, según el perito y un testigo, la actora laboró sólo hasta marzo de 2012 o hasta abril del mismo año. No logro discernir qué relación tiene la fecha de egreso a la hora de probar la fecha de "ingreso", en conclusión entiendo que el párrafo carece de entidad recursiva.----------

---

------Conforme a lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------Segundo agravio de la demandada. Diferencias salariales reclamadas:----------

------En su segundo agravio la demandada se queja respecto a las diferencias salariales condenadas.----------

------Sustenta su queja en dos argumentos.----------

------En el primero de ellos insiste en que la fecha de ingreso es el 1º de diciembre y no el 1º de noviembre. Queda claro que este argumento es subsidiario del primer agravio que ya fuera tratado y, rechazándose aquel corresponde rechazar igualmente este.----------

------El segundo argumento recursivo es que, en el cálculo final, la sentencia no tuvo en cuenta que el pago de enero de 2012 no fue de $3000 sino de $4670 conforme recibos expresamente reconocidos por la actora. Pide que se deduzca esta diferencia.----------

------Asiste razón al recurrente. A fs. 33 obran dos recibos originales, ambos de enero de 2012 por un total de $4670. La autenticidad de tales instrumentos fue reconocida por la actora en su absolución de posiciones (fs. 91 respuesta pregunta nº 16).----------

------Por lo expuesto coincido con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que la suma a indemnizar por el rubro, debe ser de $9.380,35. Así lo voto.----------

------Tercer agravio de la demandada. SAC proporcional e indemnización por vacaciones:----------

------Este agravio es planteado para el supuesto de que proceda el primer agravio. Conforme lo dicho al analizar este último corresponde igualmente rechazar el presente. Así lo voto.----------

------Cuarto agravio. Los honorarios de la perito calígrafo:---

------Se agravia la demandada de que se le hubieran impuesto el pago de los honorarios correspondientes a la perito calígrafo. Sostiene que es la actora quien debe cargar con ellos pues fue su maliciosa actitud de negar la firma en los recibos lo que generó el dispendio.----------

------Asiste razón a la recurrente. He dicho que: *"No obstante la letra del art. 57 Ley XIV nº 1 DJP, si el litigante desconoció la firma y después se comprobó que era de su puño y letra, debe correr con los gastos que tal prueba generó y sin que el triunfo definitivo de la acción altere dicha carga … Siendo la actitud de la demandada la que generó la necesidad de probar y erogar los gastos que dicha prueba implica, debe asumir las consecuencias patrimoniales de ello y arbitrario sería*

exonerarlo … Debe revocarse en este aspecto la sentencia de grado, imponiendo a la actora la obligación de pagar los honorarios de la perito calígrafo y la erogación de gastos efectuada pues, con su negativa, dio lugar a todo ello" (mi voto en SD CANO 99/2012).--------
---

------No encuentro razones para apartarme del criterio expuesto pues, en lo sustancial, las circunstancias de autos son similares a las de la causa citada.----------

------Por lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que este agravio debe recibirse favorablemente. Así lo voto.----------

------Primer agravio de la actora. La ilegitimidad del despido indirecto:----------

------Conforme telegrama de fs. 5, la actora interpela para que, en el plazo de 48 hs., la patronal aclare su relación laboral y registre adecuadamente. En ese mismo acto y sin esperar el trascurso del tiempo acordado se considera despedida.----------

------Sostiene el a quo que el mecanismo de despido indirecto operado por la actora fue extemporáneo pues debió haber esperado el vencimiento del plazo acordado de 48 y, recién allí, estaba en condiciones de tenerse por despedida.----------

------Se agravia de ello la actora. Señala que el despido intempestivo dispuesto en el telegrama de fs. 5 obedeció a un error gramatical sin importancia; que la demandada igualmente no cumplió con lo requerido; que la patronal injurió nuevamente a la trabajadora al impedirle el ingreso a su puesto de trabajo con posterioridad a la misiva e invoca, finalmente, el principio de interpretación a favor del trabajador.----------

------Debo decir que el principio de interpretación a favor del trabajador no lo exonera de cumplir con las cargas que la ley exige. Todo trabajador que se siente injuriado debe interpelar al empleador a que cese en su actitud, si ello fuera posible y oportuno. Recién después

de transcurrido el plazo por el cual interpeló, se encuentra en condiciones de activar el mecanismo de despido indirecto. Esto obedece a dos razones. Primero la injuria cometida por cualquiera de las partes debe ser de tal magnitud que desplace el principio de subsistencia del contrato. Segundo el principio de subsistencia ampara a ambas partes por igual, de allí que el distracto laboral se erige como una situación extrema a la que solo han de recurrir los contratantes cuando ya no sea posible cualquiera de las otras opciones tendientes a mantenerla.----------

------Sostiene la actora que la errónea redacción del telegrama laboral resultó imputable a la autoridad administrativa del trabajo y, por ello, ajena a la partes. Si así hubiera sido, la actora tenía dos oportunidades para enmendarse, la primera es mediante la remisión de otro telegrama salvando el error cometido; la segunda al momento de incoar demanda. Nada de eso hizo y pretende introducir la cuestión recién en la Alzada. Este tribunal ha dicho, reiteradamente, que la segunda instancia no es un nuevo juicio sino la revisión de la sentencia y no pueden introducirse en ella cuestiones no planteadas en la demanda.----------

------Lo cierto es que, tal como dijo el Sr. Juez de la anterior instancia, la actora interpeló para que se la registrara debidamente y sin esperar a que transcurriera el plazo adecuado, es decir, sin dar oportunidad a la contraria para que rectificara su conducta, procedió intempestivamente a tenerse por despedida.----------

------Si la voluntad de la actora, manifestada con el envío del telegrama bajo análisis, se hubiera encontrado viciada por error, tal como sostiene, dicha circunstancia debió ser invocada con la demanda y probada en la etapa oportuna. No lo hizo.----------

------He de advertir que si bien al momento de enviar el telegrama, la actora podía haber sido inducida a error por la autoridad administrativa, al momento de demandar se encontraba suficientemente asistida por un letrado de la matrícula y ningún justificativo hay para su omisión.----------

------La interpelación es un acto voluntario y recepticio semejante a un negocio jurídico. Una vez que sale del ámbito del remitente y entra en el ámbito del remitido, produce los efectos que le son propios, aun en contra de la voluntad del primero. Dice Wayar *"Como consecuencia de su naturaleza, la eficacia de la interpelación no depende de que se cumpla la voluntad del acreedor, pues los efectos que la ley le adscribe se producen aun en contra de la voluntad de este"*[1]. De lo dicho surge con claridad que si, como dice la demandada, el texto del telegrama no obedeció a su voluntad real o, dicho de otra forma, si su voluntad original se encontraba viciada de error, tal circunstancia debió ser invocada y probada oportunamente.----------

------No se me oculta que de hacer lugar a la pretensión actoral, se estaría lesionando seriamente el derecho de defensa de la contraria y si bien el derecho laboral adjetivo y sustantivo tiene la clara finalidad de tutelar al trabajador, esa tutela no debe entenderse como derogatoria de los inclaudicables derechos subjetivos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos, entre ellos, el derecho a la libre defensa en juicio.----------

------Subsidiariamente se agravia la actora respecto a la improcedencia de las multas previstas en los artículos 1 y 2 Ley 25323, aduce que ellas no reparan el despido sino que castigan el haber mantenido al empleado "en negro".----------

------Mas allá del carácter resarcitorio o punitivo que pueda tener el pago previsto en los arts. 1º y 2º Ley 25.323, lo cierto es que ambos requieren para su procedencia que, a la vez, sean procedentes las indemnizaciones derivadas del despido, pues, el castigo en cuestión, consiste en un incremento de estas, de modo tal que, si no hay indemnización por despido, tampoco puede haber multas.----------

------Habida cuenta de que, tal como lo dije al analizar el agravio anterior, no son procedentes las indemnizaciones por despido, en atención a que el mecanismo del despido indirecto fue

---

[1] Wayar, Ernesto C. "Derecho Civil. Obligaciones" T.II pag. 16

injustificadamente activado por la empleada, tampoco puede proceder ningún incremento sobre las tales indemnizaciones. Así lo voto.---------

------Por lo expuesto es que voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera y voy a votar por el rechazo del agravio bajo análisis.---------

------Segundo agravio de la actora. Horas extraordinarias.---

------Se queja de que no se hubiera hecho lugar al pago de horas extraordinarias. Sostiene que debió aplicarse la teoría de la carga dinámica de la prueba y que quien tiene el deber de probar es el empleador, pues está en mejores condiciones para ello. Aduce, además, que la demandada no llevaba la planilla de horas extras exigida por ley y que, por lo mismo, debe aplicarse la presunción derivada del art. 55 LCT.----------

------Adelanto que se equivoca el recurrente.----------

------La ausencia de planillas de horas extras bien puede obedecer al hecho de que los empleados no laboraban tales horas extraordinarias, en consecuencia la ausencia de esta documentación mal puede generar la presunción del art. 55 LCT, el cual remite, a su vez, al art. 52 LCT donde se detallan los libros que debe llevar el empleador y no se incluyen en este último las planillas de horas extraordinarias.----------

------Tampoco acierta el recurrente cuando sostiene que la carga de la prueba de las horas extras recae en el empleador. La teoría de las cargas dinámicas de la prueba imputa el deber de probar a quien está en mejores condiciones de hacerlo. En lo relativo a las horas extraordinarias, y siguiendo la particular interpretación del recurrente, le correspondería a la patronal acreditar su no prestación.----------

------Nunca puede considerarse en mejores condiciones a aquel que debe probar un hecho negativo. El argumento cae por su propio peso.--

------He dicho que *"El trabajo de horas extras o suplementarias, cualquiera sea el horario en que se cumpla, constituye un supuesto excepcional que no puede considerarse derivación directa de la relación de trabajo, ni presumirse su prestación"* (Mi voto en CANO S/D 59/2007, idem, mi voto en CANO SD 25/2010, idem CANO S/D

64/2013). También es este el criterio de nuestro más alto Tribunal Provincial, según el cual, controvertida –como en el supuesto de autos– la realización de las tareas en tiempo suplementario, recae en el actor (empleado público) la carga de la prueba y ésta debe ser fehaciente y asertiva (S.T.elDial - AS441). También ha dicho el STJCh que: *"la prueba de las mismas a cargo del trabajador debe ser terminante y asertiva en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales, ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo"* (S.T .elDial AS43E) agregando además que *"La prueba del trabajo extraordinario debe ser fehaciente, categórica y cabal, tanto en lo que se refiere al servicio cumplido como al tiempo en que se desarrollaron" (elDial-AS43E).*----------

------No encuentro motivos para cambiar esa jurisprudencia.----------

------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------Tercer agravio de la actora. Rechazo multa art. 80 LCT:----------

------Se queja la actora recurrente de que no se hubiera hecho lugar a la multa prevista en el art. 80 LCT.----------

------En primer lugar debo decir que lo dispuesto por el art. 80 LCT es un pago al trabajador cuya naturaleza no es resarcitoria sino punitiva, en consecuencia su procedencia debe ser analizada con criterio estricto.----------

------He dicho reiteradamente, en otras oportunidades que *"…según la norma, producido el distracto el trabajador debe esperar por 30 días el cumplimiento de la obligación patronal. Transcurrido dicho plazo debe interpelar en forma fehaciente a que se cumpla en dos días y si, transcurrido este último plazo, el empleador no cumple, recién se hace pasible de la multa prevista en el art. 80 LCT" (Mi voto en CANO SD 008/2014; idem CANO SD nº 55/2013).*----------

------El mecanismo de interpelaciones utilizado por la actora no es el previsto por la ley pues, si bien interpeló la entrega de los certificados

respectivos, no esperó los treinta días que manda la ley y no suple esta omisión la remisión contenida en la carta documento de fs. 6, tal como lo dispuso el Sr. Juez de la anterior instancia con cuyo criterio coincido. También podría el trabajador haber interpelado nuevamente al empleador después de haber transcurrido los treinta los días y de esta forma habría podido salvar su error inicial. No lo hizo y la interpretación estricta que debe imperar, tal como lo dije, hace que la pretensión recursiva deba rechazarse. Así lo voto.----------

------Cuarto agravio de la actora. Adicional no remunerativo:----------

------Se queja la recurrente de que el Sr. Juez de la anterior instancia no haya hecho lugar a la indemnización por adicional no remunerativo establecido en el CCT 151/75 manifestando que desconoce la normativa que ordenó dicho pago. Sostiene el recurrente que la misma debió declararse procedente por imperio del principio de que el Juez conoce el derecho (*iura novis curia*).----------

------Lo cierto es que el Sr. Juez de la anterior instancia rechazó el rubro en atención a su defectuosa proposición en la demanda. Dijo que el actor, en la demanda, omitió aclarar *"respecto a que adicional se trata"* ni *"precisa qué resolución o normativa ordenó su pago"* ni *"el tiempo en que debía abonarse"*. Concluye en que las falencias en la formulación del reclamo, impiden efectuar cualquier tipo de análisis sobe su procedencia.----------

------Queda claro que el rechazo no se motivó en que el Juez ignoraba el derecho de donde provenía la pretensión, sino en su errónea formulación dentro del escrito inicial.----------

------Efectivamente, la actora solo menciona el rubro *"Adicional no remunerativo (por única vez)"* sin ninguna referencia a su origen, causa o modo de calcularlo. Recién al apelar realiza las precisiones que debió manifestar en la demanda y hacerlo frente a esta Alzada es extemporáneo. Esta ligereza en el modo de proponer la demanda impide la procedencia del rubro pues, caso contrario, se vería afectado

el derecho de defensa de la demandada quien no tuvo oportunidad de saber a qué se refería concretamente la actora. ----------

------No se trata de si resulta procedente o no el principio según el cual el Juez conoce el derecho, sino de la obligación de hablar claro que tiene todo litigante como derivación indiscutible del principio de buena fe. Dicho de otra forma, el actor en cualquier proceso, incluso el laboral, tiene la carga de relatar en forma clara y precisa cual es su pretensión sin que la misma deba ser deducida por el Juez tras el velo de oscuras referencias.----------

------Voto por el rechazo del agravio bajo análisis.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia y dada la naturaleza laboral del proceso, las mismas deben ser impuestas a la patronal vencida conforme manda del art. 57 del rito laboral y según reiterada jurisprudencia de nuestro STJ hecha suya por esta Alzada en SD CANO nº 064/2013. Asimismo, corresponde fijar honorarios a los profesionales intervinientes en esta alzada Así lo voto.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------

------Llamado a dirimir la discordancia suscitada entre los colegas que me preceden, en atención al orden de votación establecido en el decreto judicial de fs. 205, de conformidad con las previsiones de los arts. 168 y 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut, procedo a emitir mi voto en este acto.----------

------Radica la queja de la accionante Montoya y sobre la cual no existe consenso, el rechazo del rubro Adicional No Remunerativo que da cuenta la sentencia objeto de apelación a fs. 174 vta. pto. F), que fuera solicitado por la actora en el libelo de demanda a fs. 22 por la suma global de $2.000 (por única vez).----------

------Ya he tenido oportunidad de sostener como Juez laboral y en esta Alzada como Juez de Cámara que en los reclamos por diferencias salariales se requieren como punto de partida y de modo indispensable pautas mínimas suficientes para que el sentenciante pueda pronunciarse sobre la validez de la petición. Debe indicarse el monto,

cómo se obtiene, desde cuándo y por qué, llevándose a cabo una verdadera liquidación u operación de cálculo. Esta es una exigencia insoslayable aún cuando el trabajador no esté inscripto en los libros y registraciones laborales del empleador o aquél carezca de los mismos, o no los exhiba, ya que la presunción *"iuris tantum"* a favor de sus afirmaciones como la inversión del *"onus probandi"* sobre el monto y cobro de las remuneraciones no operan cuando como en el particular dichos monto son objeto de reclamo global (conf.: SCBA, agosto 13-991, TySS, 1992-406).----------

------Conforme lo llevo dicho limitóse M. a reclamar una suma total de $2.000 por Adicional no remunerativo (por única vez), sin especificar a qué períodos corresponde, cómo lo liquidó, desde cuándo, –fs. 22–, cuando más arriba conformó el salario con ese adicional por $560, que de ninguna manera se compadece con las exigencias señaladas y que ni siquiera suple esas omisiones en la Alzada. El agravio debe rechazarse. ASÍ LO VOTO YO.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo:-

------Conforme a lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia registrada bajo el n° 43/2014, de fecha 31/07/2014 y que obra de fs. 170/175 apelada, **revocándola** en cuanto rechaza el rubro "adicional no remunerativo", haciendo lugar al mismo condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de $1.000 en dicho concepto dispuesto por Resolución Nro. 133/2012 de la Secretaría de Trabajo, ello con más los intereses, plazo y apercibimiento determinados en sentencia; **modificándola:** a) en cuanto a las diferencias salariales, fijando en definitiva el rubro en la suma de **$9.380,35** y b) respecto de las costas, disponiendo que los honorarios correspondientes a la perito calígrafo Sra. M. R. B. estarán a cargo de la actora; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a la demandada vencida (art. 57 Ley XIV N° 1 DJP); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. E. E. S. en el 6,30% y los del Dr. R. T. G. L. en el 5,10%, ambos porcentajes con

más el IVA pertinente de corresponder y a calcular sobre el monto del proceso (arts. 5, 8, 13, 18 y ccdts de la Ley del Arancel), por sus actuaciones en esta instancia, haciendo constar que en caso de no alcanzarse, al momento de su cuantificación, la suma de 8 Jus, los honorarios se elevarán automáticamente a dicha suma conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------

-----A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

----Conforme a lo expuesto al analizar la primer cuestión voto por: **1) CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia registrada bajo el n° 43/2014, de fecha 31/07/2014 y que obra de fs. 170/175 **MODIFICÁNDOLA** en cuanto a la indemnización por diferencias salariales que deberán ser de $9.380,35 y en cuanto a las costas, estableciendo que los honorarios de la perito calígrafo Sra. M. R. B., deben ser solventados por la actora. **2) IMPONER** las costas de Alzada a la demandada vencida en autos (art. 57 Ley XIV N° 1 DJP). **3) REGULAR** los honorarios profesionales en Dr. E. E. S. en el 6,30% y los del Dr. R. T. G. L. en el 5,10%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente de corresponder y a calcular sobre el monto del proceso (arts. 5, 13, 18 y 46 de la Ley del Arancel), por sus actuaciones en esta instancia, estableciendo que en caso de no alcanzarse, al momento de su cuantificación, la suma de 8 Jus, los honorarios se elevarán automáticamente a dicha suma conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------

------Atento lo expresado al votar a la cuestión anterior y con respecto a la disidencia planteada entre los colegas preopinantes, entiendo que, por las consideraciones expuestas, el agravio debe ser rechazado y confirmada la sentencia sobre el particular.----------

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

----------**S E N T E N C I A**----------

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***--

------**I.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia registrada bajo el n° 43/2014, de fecha 31/07/2014 y que obra de fs. 170/175 apelada, **modificándola:** a) en cuanto a las diferencias salariales, fijando en definitiva el rubro en la suma de **$9.380,35** y b) respecto de las costas, disponiendo que los honorarios correspondientes a la perito calígrafo Sra. M. R.B.estarán a cargo de la actora.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a la demandada vencida (art. 57 Ley XIV N° 1 DJP).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. E. E. S. en el 6,30% y los del Dr. R. T. G. L. en el 5,10%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente de corresponder y a calcular sobre el monto del proceso (arts. 5, 13, 18 y 46 de la Ley del Arancel), por sus actuaciones en esta instancia, haciendo constar que en caso de no alcanzarse, al momento de su cuantificación, la suma de 8 Jus, los honorarios se elevarán automáticamente a dicha suma conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------

------**IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

JORGE L. FRÜCHTENICHT
(en disidencia parcial)

CLAUDIO A. PETRIS **GÜNTHER E. FLASS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2014. CONSTE.