En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil catorce, 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 y del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., M. P. c/C. R. Ltda. S/DEMANDA LABORAL (Indemnizaciones de ley)", expte. nro. 433 año 2014**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 5041/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 350), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 326/332? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Se alza la recurrente a fs. 334 en contra de la sentencia de fs. 326/332vta., a tenor del informe de fs. 337/342vta., intentando enervar total o parcialmente el fallo adverso a sus reclamos indemnizatorios.

Tras profuso prologo en el p. VII de su memorial considera que las motivaciones del rechazo del reclamo por horas extras impagas es contradictorio y violatorio a la regla contenida en el art. 9 LCT.

Ya he tenido oportunidad de señalar en casos análogos que no niego que tradicionalmente ha existido estrictez en cuanto a la demostración cabal del trabajo en tiempo suplementario (ver v. gr. Meilij en “Contrato de Trabajo”, Ed. Depalma 1981, t. II, pág. 301, parágs. 1507 y 1508).Pero que tal rigidez ha ido cediendo conforme nuevos criterios impuestos por doctrina y jurisprudencia y nuestros tribunales locales no han quedado al margen del cambio de actitud tal como se lee en los fundamentos que el Exmo. STJCh. en la causa “R., M. J. c. S.A. I. E. P.”, de fecha 13/10/2010, publicado en LL Patagonia 2011 (febrero), 49, Cita online AR/JUR/73170/2010.

No obstante, la carga de la prueba de las horas suplementarias trabajadas incumbe, en principio, a la actora (art. 381, Ley XIII, N° 5) y 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.

En donde se disiente con la recurrente es 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. (STJCh en S.D. Nº 11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08), ya 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 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).

Lo dicho, tampoco importa adherir a la novísima postura impulsada por la Corte bonaerense (ver en tal sentido: “Nueva doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires: prueba de las horas extras” por Gross, Reinaldo E., 11/06/2012, cita MJ-DOC-5827-AR | MJD5827).

En el caso, consultando el fundamento del reclamo en las intimaciones extrajudiciales y en el escrito de inicio, se lo cuantifica en la liquidación de fs. 36vta., sin dar cuenta de las pautas de tal estimación, lo que su mera alegación sin relación precisa a la jornada de trabajo denunciada (quedo demostrada y consentida que lo fue de 8 hs. con turnos rotativos,

fs. 329), tal como bien se indica a fs. 329vta., no tiene entidad suficiente para generar la duda razonable que torne operativa la presunción legal ahora invocada.

Vale, para el caso recordar que la reforma de la ley 26.248 al art. 9, 2ª. parte LCT. se refiere a supuestos en que la prueba rendida en un caso concreto conduzca a situaciones que generen una duda razonable en el juzgador, pero no debe entenderse aplicable a casos en que la prueba rendida resulta insuficiente para acreditar las aseveraciones del trabajador o que directamente no ha aportado prueba idónea para demostrar sus asertos(ver CNTrab., sala II, 2011/07/15 –"Monzón, Ramón Alejandro c. Nestle Waters Argentina SA."- en DJ 2011/10/19, p. 89), además se ha dicho que por ende, según el principio aludido, cuando la realidad admite varias lecturas, su interpretación si el trabajador logra con sus pruebas generar una duda firme acerca de la veracidad de los hechos y esta duda no es contrarrestada por la prueba del empleador, el juez debe tener por ciertos los hechos afirmados por el trabajador en cuanto no sean ilógicos o incoherentes. Empero, como se sabe, duda no es ignorancia o ausencia de prueba y no puede aspirarse en sede judicial la aplicación del principio cuando la norma no es favorable o la realidad no ha sido demostrada. No se trata necesariamente de que el Tribunal supla deficiencias probatorias, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación en favor del trabajador."(ver STJ de Santiago del Estero, 23/03/2010 - "Farías Oscar Marcelo c/ Buticci Jorge

Vicente y Otros s/ Indemnización por Antiguiedad, etc. - Casación Laboral" Citar: elDial - AA5DC2).

Por todo lo expuesto considero que se debe rechazar el agravio y así lo propongo al acuerdo.

Los informes de AFIP ponen fin a toda la confusa discusión que se propone en el inicio en cuanto a la fecha de inicio de la relación, registro y aportes por lo que la mera discusión en cuanto a conjeturas que pudiera dar lugar al injustificado reclamo de la sanción prevista en el art. 132 bis. LCT.

Y como bien se señala en el fallo no habiéndose configurado ninguna de las situaciones previstas por la norma corresponde su desestimación (ver v. gr. CNTrab., sala V, 17/04/2007, Tosi Loza, Mariana X. c. Fundación Octubre Trabajadores de Edificios y otros, La Ley Online).

De conformidad a lo constatado en el punto anterior y del cotejo de datos que emergen de la causa la reiteración del reclamo fundado en las previsiones del los arts. 8 y 15 de la ley 24013, tal como bien se señala a fs. 330vta/331, fue debidamente intimada la patronal pero contrariamente a lo que decide el fallo ésta no cumplió con el plazo previsto en el art 15 de aquel texto legal ni alegó causa alguna de justificación o excepcionalidad, de allí que corresponde revocar parcialmente el fallo y acceder al reclamo que será determinado por Secretaría en la instancia anterior. Todo con más sus intereses de conformidad a la modalidad impuesta por este Tribunal.

La frustración generada por falsas expectativas aún causantes de quebranto espiritual que de común

ordinario se puede padecer de ningún modo se las puede atribuir y responsabilizar en otro ajeno, por insuficiencia de prueba de tal presunta lesión extrapatrimonial.

No ignoro que se impone el criterio en cuanto a que "la lesión de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, en cualquiera de sus manifestaciones, emergentes del contenido ético social del contrato de trabajo -como consecuencia, en el caso, del ejercicio abusivo de las expresiones de la facultad de dirección empresaria-, autorizaba al juzgador la aplicación subsidiaria del derecho común, en procura de la reparación de eventuales daños extrapatrimoniales -independientemente de las consecuencias jurídicas del acto de extinción contractual-, ocasionados por ilícitos adicionales cometidos por el empleador con anterioridad, contemporaneidad o posterioridad al acto rescisorio" (ver v. gr. alguno de los que inauguran esta línea como Fanjul, Aurelio J., El daño moral en el contrato de trabajo, DT, 1981-A, 214 y mas tarde Mario Ackerman, comentando el Plenario Nº 168 de la CNTrab., DT, 1978-850). De lo que se trata, en aquellos y en este supuesto es de demostrar ese ilícito adicional que tan solo fue cuantificado en la liquidación del inicio pero no mereció en consideración del actor el mínimo párrafo justificatorio que permitiera a la contraparte formular su defensa y lo mas grave no se molesto en producir prueba alguna de un rubro de tan especiales características en materia tarifada.

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo desestimar las impugnaciones formuladas por la

recurrente salvo en cuanto al agravamiento salarial que emerge por incumplimiento del art. 15 de la ley 24.013. Costas a la vencida difiriéndose la adecuación para regulación la regulación de honorarios de ambas instancias (art. 282 CPr./DJ) al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la ley XIII, Nos. 4 y 15, también se tiene en cuenta la reserva formulada del llamado “caso federal” (fs. 342vta. p. X).

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

Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación articulado por la accionante todo de conformidad con los considerandos pertinentes. Imponiendo las costas de ambas instancias a la vencida, difiriendo la regulación de honorarios al momento del acuerdo y tener presente la reserva del llamado “caso federal” todo de conformidad a los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios

La jueza de grado desestimó la demanda interpuesta por la Sra. M. P. G. contra la C. R. L. mediante la cual se reclamaba el pago de diferencias salariales por horas extras nocturnas con la consecuente proyección en las indemnización por antigüedad; indemnización del artículo 80 LCT, sanción del art. 132 bis LCT, indemnizaciones de los arts. 8 y 15 de la Ley 24013 y daño moral.

La parte actora impugnó esta resolución; los datos del recurso y el contenido de los agravios han sido

reseñados por el primer votante; a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

El recurrente pretende la revisión de la procedencia de casi la totalidad de los rubros que integraron el reclamo judicial (no impugna el rechazo de la indemnización del art. 80 LCT) mediante argumentos que no alcanzan a conmover la decisión adoptada por la jueza de grado, tal como se verá y lo ha señalado el colega preopinante.

- *Las horas extras.*

La mera invocación del principio protectorio es insuficiente para fundar un pronunciamiento distinto. Ello por cuanto el argumento nuclear que sustenta el rechazo -la falta de acreditación de la prestación de tareas en horario suplementario-, lejos de ser fruto del mero arbitrio de la juzgadora o de un razonamiento contrario a la lógica, encuentra expreso sustento en las constancias obrantes en el expediente debidamente individualizadas en el fallo que permiten sostener la prestación de tareas en los límites de la jornada legal.

Las deficiencias del reclamo por horas extras se proyectaron en la etapa probatoria. Es que como señala quien me precede en la votación, la comprobación de la prestación de servicios en horas suplementarias se halla sujeta a las mismas reglas aplicables a cualquier otro hecho controvertido en el litigio laboral y tal necesaria actividad procesal no está dispensada por la calidad de trabajador/a que reviste quien reclama su procedencia.

Por las razones expuestas que aduno a las dadas

por el primer votante es que adhiero al rechazo del agravio.

- *La multa del art. 132 bis.*

La recurrente insiste en la procedencia de la multa esgrimiendo un único fundamento que la interpretación es arbitraria porque el ingreso de los aportes es obligatorio. La insuficiencia del argumento es palmaria porque se desentiende de la lógica del pronunciamiento que tiene en cuenta la registración tardía de la relación laboral a partir de la intimación cursada, en orden al ingreso de los aportes a la obra social que son los únicos pendientes conforme informe del organismo fiscal referido.

La clandestinidad de un tramo sustancial de la relación laboral impide la aplicación de la multa como pretende el recurrente. Es que como sostiene la jurisprudencia en forma unánime la procedencia de la indemnización prevista en el art. 132 bis de la LCT, la ley 25345 exige que el empleador haya efectuado la retención de aportes al trabajador, con destino a los organismos de la seguridad social. La imposición de la sanción establecida en la norma citada no puede ser receptada en caso de clandestinidad registral total, pues no se materializa la retención de suma dineraria alguna, por parte de la empleadora. Tal es el criterio de la jurisprudencia nacional (confr. CNAT Sala III, Sent. Def. Nº 84.690 del 3/4/2003 en autos “R., K. J. c/ Lácteos Pozo del Molle SA s/ despido"; ídem CNAT Sala X, Sent. Nº 11429 del 13/2/2003, en autos "S., E. c/ Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina s/ despido; ídem CNAT Sala VII, Sent. Nº 37310

del 27/2/2004 "Ch., Luis c/ Chemi, Leonardo y otro s/ despido"; ídem Sala VII,Sent. Def. Nº 44.655 del 18/9/2012, autos "Aron, María Alejandra c/Telcel SA y otros s/ indemnización art. 132bis LCT" publicadas en Boletín temático de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; Art. 132 bis LCT, Actualización Marzo 2013).

Por lo demás por los períodos siguientes a la registración efectivamente se verifica el ingreso de los aportes a la obra social.

Las razones dadas que se suman a las expuestas por el colega preopinante sustentan mi adhesión al rechazo del agravio.

- La indemnización de los arts. 8 y 15 de la ley 24013.

El recurrente no ha logrado, respecto de la decisión de declarar improcedente la multa del artículo 8 de la ley 24013, efectuar una crítica concreta y razonada. En efecto, los argumentos no refutan la línea argumental del fallo y solo demuestran una mera disconformidad con lo resuelto.

Ahora bien, respecto a la multa del artículo 15 ha demostrado que la decisión viola abiertamente la ley por cuanto la trabajadora intimó justificadamente a la registración de la relación laboral el 10 de marzo de 2008 y fue despedida sin invocación de causa el 4 de junio de 2008 (notificación recibida el 9 de ese mes y año).

El carácter del despido y la secuencia cronológica descripta demuestra sin hesitaciones que en el caso concurren los presupuestos que dan andamiaje a la

duplicación de la indemnización prevista por la norma citada.

La ley de Empleo con la finalidad de otorgar una protección reforzada del trabajador que ha cursado de modo justificado la intimación del art. 11, dispone que el trabajador que ha sido despedido sin causa justificada dentro de los dos años desde que hubiera recibido la mentada intimación tendrá derecho a percibir la duplicación pedida.

Ergo, la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que el despido en este caso se produjo como represalia del empleador a la intimación del trabajador; por lo tanto la regularización de la situación de clandestinidad que si tiene efectos concretos para el caso de las otras indemnizaciones (art. y 9) reclamadas, en este caso es irrita.

Por las razones expuestas prospera parcialmente el agravio y se declara procedente el reclamo de la indemnización agravada del art. 15 de la ley 24013, cuya cuantificación deberá ser efectuada por Secretaria en la instancia de origen. La suma que resulte de la liquidación a practicar devengará intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días desde que el crédito resultó exigible y hasta su efectivo pago.

- *El daño moral.*

Sabido es que la ruptura unilateral sin causa del contrato de trabajo origina la obligación de pagar las indemnizaciones previstas en la ley que comprenden – en principio- los perjuicios ocasionados al trabajador a

causa del despido. En este supuesto, la ley presume la existencia de los daños material y moral sufridos por el dependiente con motivo de la extinción de su contrato de trabajo y establece "tarifadamente" la reparación correspondiente.

Este principio general admite excepciones pero para ello requiere la concurrencia de circunstancias concretas y especiales las que no han sido acreditado en autos. En efecto, la empleadora puede incurrir en responsabilidad extra contractual si con motivo o en ocasión de la cesantía comete un acto ilícito no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral y conforme lo ha demostrado la jueza de grado tal no es el supuesto de autos.

Los motivos reseñados que se adunan a los expresados por el colega preopinante determinan mi adhesión al rechazo del agravio.

3. Costas y honorarios.

Las costas de ambas instancia se imponen a la demanda vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de ambas instancias se fijan en porcentuales (art. 46 de la ley arancelaria); en un todo de acuerdo con las pautas generales previstas por el artículo 5 y por aplicación de las escalas previstas para cada instancia (artículos 6, 7 13 del mismo ordenamiento).

En función de lo expuesto propongo se fijen los correspondientes a la instancia de grado para los Dres. M. A. T. M. y J. L. D., conjuntamente, en un 11%; los Dr. G. Fe. K. en un 2%; los de los Dres. A. M. d. l. C.

y C. R., en forma conjunta, en un 14% y los del Dr. G. C. en un 7%. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si fuere procedente.

Los honorarios de esta instancia se determinan a favor del Dr. G. A. C. en el 30% calculado sobre los regulados en la anterior instancia para la representación letrada de la parte actora en su conjunto, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

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

Adhiero a la decisión propuesta por el primer votante.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca, no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1°) Hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2°) Revocar la sentencia de primera instancia.

3°) Hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, condenar a la C. R. L. a abonar a la Sra. M. P. G. el monto correspondiente a la indemnización agravada del art. 15 de la ley 24013 que deberá ser liquidada por Secretaría, en la instancia de origen con más los intereses legales desde que la

acreencia resulto exigible hasta su efectivo pago, conforme lo señalado en el considerando respectivo.

4°) Costas de ambas instancias a la demandada.

5°) Regular los honorarios de primera instancia de los Dres. M. A. T. M. y J. L. D., conjuntamente, en un ONCE POR CIENTO (11%); los Dr. G. F. K. en un DOS POR CIENTO (2%); los de los Dres. A. M. d. l. C. y C. R., en forma conjunta, en un CATORCE POR CIENTO (14%) y los del Dr. G. C. en un SIETE POR CIENTO (7%). En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si fuere procedente.

6°) Los honorarios de esta instancia del Dr. G. A. C. se fijan en el TREINTA POR CIENTO (30%) calculado sobre los regulados en la anterior instancia para la representación letrada de la parte actora en su conjunto, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

7°) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 342 vta./343.

8°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “L”