----En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., N. S. c/ C. S. P. S.R.L. s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley” (Expte. 653 – Año 2015 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.
93. ----------
---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo: ----------
--Vienen estos autos al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación planteado por la parte demandada (fs. 82) en contra del pronunciamiento definitivo (fs. 76/79 vta.), por el cual se admite la demanda entablada por la Sra. N. S. G., condenando a la “C. S. P. S.R.L.” a que abone a la mencionada actora la suma de $ 167.606,48 con más los intereses indicados en el considerando respectivo, más las costas. ----------El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 84/86.----------Ordenado su traslado a fs. 87 a la parte contraria, éste fue evacuado mediante
escrito obrante a fs. 87 y vta.. ----------
---I.- La parte demandada indica que se agravia en forma concreta, directa y frontal del acogimiento de las horas extras que fueran reclamadas por la actora por no encontrarse probadas, para lo cual aprecia que los tres testimonios no son lo suficientemente categóricos y precisos como para poder conformar la convicción suficiente. Es por ello que considera que el juzgador a quo ha sido arbitrario al admitir tal reclamo. Apunta que las horas extras fueron negadas por su parte (negativa de fs. 20 vta.), por lo que era carga de probarlas de la actora. En tal sentido señala que se equivoca el Sr. Juez a quo al aplicar la carga probatoria dinámica. Observa que una cosa es la prueba de la jornada laboral que sí podría discutirse sobre quién se encuentra en mejores condiciones de probar su forma de realización (trabajo rotativo, por ejemplo), pero no en relación a la realización de horas extras. Cita jurisprudencia en apoyo de su posición a la que remito. Agrega que este yerro conceptual arrastra a una apreciación de la prueba testimonial que califica de liviana y laxa. Refiere a la declaración de P. (fs. 67), señalando que surge de su declaración que éste se retiraba de su trabajo a las 15 horas pero afirma que la actora continuaba trabajando. Advierte que es imposible que pueda haber tenido conocimiento de ello dado que no puede constarle nunca hasta qué horario trabajaba la actora. Tampoco refiere que sea lo normal y habitual. Respecto del testimonio de P. (fs. 66) dice que refiere a que la jornada se extendía “hasta que terminaba el trabajo”, aunque luego añade que ello podía suceder a las 4, 7 u 8. Hace notar que tal testimonio no es

preciso, toda vez que tal expresión denota que no siempre se efectuaba trabajo suplementario sino que dependía de la existencia de cirugías. Finalmente, de la testigo S. (fs. 65) expresa que se trata de una enfermera circulante según la razón de sus dichos por lo que la inhabilita para declarar en forma verídica y aseverativa sobre la jornada laboral de la actora. Explica que al tener horarios rotativos es imposible que dicha testigo pudiera conocer per se el horario de ingreso y egreso de la actora, sino que únicamente se pueden tomar tales manifestaciones como suposiciones de ella. Las imprecisiones que apunta y que fueron inadvertidas por el juzgador de grado, continúa diciendo, llevan a descalificar los testimonios para acreditar la realización de las horas extras. Afirma que no alcanza con que los testigos refieran haber visto trabajar sino que deben explayarse y darle al Juez la certeza de la realización de trabajos extraordinarios y la interrogación que se les hizo a las testigos no logró demostrar –aprecia- la realización normal y habitual de esas horas extras. Se agravia también de que el Sr. Juez a quo no haya tomado nota de la falta de logicidad del argumento vertido por la actora en cuanto que trabajaba de lunes a sábados catorce (14) horas por día. Asegura que ello no es posible pues se trata de una persona que prestaba servicios dentro de un quirófano, sometida a una presión y stress muy superior al de otros trabajos lo que hace imposible realizar tareas en la forma que lo manifestó la actora y que el Sr. Juez a quo otorgó. Expresa que los médicos a los que la actora secunda en ningún caso pueden realizar tantas horas de cirugía pues el natural agotamiento expondría a los pacientes a riesgos antijurídicos. Alude al principio de normalidad que, dice, ha utilizado esta Cámara, que hace que caigan por inverosímiles los hechos alegados por la actora dado que nadie puede trabajar en un quirófano y con la precisión que ello implica catorce horas por día durante seis (6) días a la semana. Destaca que la actora jamás efectuó reclamo alguno sino hasta el mes de junio de 2014, lo que demuestra que durante todo el período anterior no existieron controversias. Cita porciones de dos votos emitidos en un precedente de la Sala A de la Cámara de Apelaciones, a cuya lectura remito, y termina solicitando se haga lugar al recurso y se proceda a revocar la sentencia rechazando las horas extras, con adecuación de costas de primera instancia e imposición de éstas en la alzada. ---------Al responder a los agravios vertidos la parte actora expresó que en razón de lo normado por el art. 24 de la Ley XIV Nº 1 y lo planteado por su parte en escrito de fecha 22/06/2015, la negativa genérica o específica formulada por la demandada en su contestación de la demanda, no la exime de concurrir a prestar su declaración confesional. Alude a tres corrientes jurisprudenciales, una que considera que la confesión ficta constituye plena prueba, la que considera que esta plena prueba se desvanece frente a otros elementos de convicción que la corroboren; y, la tercera que considera que la confesión ficta debe ser apreciada junto a todos los elementos de prueba del proceso. Señala también que las citas jurisprudenciales que efectúa la parte demandada refieren a cuestiones fácticas ajenas al caso de autos. Terminó solicitando que se confirme el fallo apelado con costas

a la apelante. ----------II.- En los límites determinados por el contenido de los agravios formulados por la parte demandada recurrente, ingresaré a su tratamiento señalando desde el comienzo del análisis, que para la consideración de procedencia del reclamo por horas suplementarias hay que partir del disfavor con el que la legislación de fondo contempla el cumplimiento de horas en exceso a la jornada máxima legal.----------Al respecto es clarificador poner en la palestra de tal primaria consideración -para una más completa y correcta visualización del tópico- que las horas suplementarias comportan propiamente una excepción al principio general de limitación de la jornada laboral. Esto es, la jornada limitada de labor fue establecida con un sentido tuitivo de los trabajadores al punto que la Ley de fondo establece los límites máximos permitidos a fin de poner un coto a la “tentación” que pudiera tener cualquier trabajador que, por una situación de necesidad o por cualquier otro motivo, pudiera aceptar trabajarlas ante el “atractivo” que resulta de contar con un empleador que cumpla con el correlativo pago de las horas suplementarias que se cumpliesen. ----------En esa dirección la jornada de trabajo fue, desde siempre, un tema relacionado con la protección de la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores. Las razones que han justificado tal perspectiva tuitiva se han subdividido como aquellas vinculadas a causas biológicas (acción de la fatiga), y las de índole organizacional y productiva (posibilidad de atención y el consecuente nivel de rendimiento). Es por ello que la jornada de trabajo, junto a su contrapartida –los descansos-, a no dudarlo, constituye uno de los institutos que conforma los pilares fundamentales del derecho del trabajo y que dan el marco esencial para la protección de quienes trabajan en relación de dependencia (Conf. Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Ley 11.544/29 y su reglamentario N° 16.115/33; y, Arts. 196/206 de la L.C.T., y Dcto. 2882/79). ----------Ahora bien, a la par, tengo dicho antes de ahora, que si el trabajador reclama el pago de horas suplementarias que denuncia haber trabajado y lo prueba, como debe hacerlo respecto de cualquier otro hecho que formare parte del presupuesto de la norma que invoca en sustento de su pretensión o reclamo, no veo por qué habría de exigírsele una prueba categórica, terminante o exhaustiva, o como quiera calificárselas; o bien, de otro lado, tampoco se puede postular válidamente que deban valorarse los elementos de prueba que se hubieren aportado bajo algún susodicho criterio “estricto” o “restrictivo”. Insisto, bastará con que pruebe haberlas trabajado por cuanto éste es el hecho sobre el cual se sustenta su pretensión y sobre el que carga con el peso de su acreditación (Conf. Art. 381 del C.P.C.C., de aplic., art. 44 de la Ley XIV N° 1). ----------Y, en el particular supuesto de autos, estimo, coincidiendo absolutamente sobre este particular punto de cuestionamiento formulado por la parte demandada recurrente, que no corresponde que se exima parcialmente de tal carga de probar a la actora mediante la genérica aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en relación al cumplimiento de horas suplementarias a la jornada normal de

labor. Es que, el presupuesto de hecho que es el fundamento de la pretensión actoral de que se le reconozca a su favor el crédito derivado del cumplimiento de horas suplementarias es precisamente haberse desempeñado en exceso de la jornada máxima legal (8 hs. por día o 48 hs. semanales) (Conf.: Ley 11.544 y sus modificatorios; y, Decreto Nº 484/00) (Conf.: art. 381, 2º párrafo del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía de los arts. 44 y 73 de la Ley XIV Nº 1).----------

----Sin embargo, adviértase que si bien resulta cierto que el Sr. Juez de grado, consideró que tal carga probatoria dinámica era de aplicación en la especie, lo hizo en relación a una pretensión diversa al reclamo del reconocimiento del crédito por horas extras expresando como razón para ello, lo siguiente: *"…pese a que la accionante no procediera a identificar en forma detallada las cirugías efectuadas en forma mensual, de modo que se permitiera estimar en forma lo más precisa posible, el monto del adicional devengado. No obstante, atendiendo al principio de las cargas probatorias dinámicas, cuya aplicación al caso considero que se encuentra fuera de discusión hará que me incline por reconocer el monto demandado según liquidación de fs. 03.* ***Ello así, en el entendimiento que era la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar el número de las intervenciones efectuadas y el monto de la "caja común" a distribuir entre el personal en forma mensual****, y sin embargo nada hizo al respecto…"* (Sic) (Ver: considerando de fs. 78, tercer apartado) (Lo destacado en negritas me pertenece). Es decir, de la lectura de la porción del considerando transcripto, queda absolutamente en claro que la invocación de la teoría de la carga dinámica de la prueba lo hizo en relación al reclamo actoral relacionado al adicional por título previsto en el art. 9º del Convenio Colectivo de Trabajo Nº 122/75, en cuanto atribuyó a la empleadora las posibilidades de contar con la información relativa a las intervenciones efectuadas, tal como surge –repito- de la porción del considerando que se viene de transcribir.----------En cambio, en lo que refiere a las horas suplementarias reclamadas por la actora, expresó textualmente lo siguiente: *"…Respecto a la jornada cumplida, también caben los mismos reparos. Vale decir que la demandada se limita a rechazar el cumplimiento de horas extraordinarias pero no efectúa manifestación alguna sobre cuál era la supuesta "jornada real" que cumplía la misma y luego argumenta respecto a lo establecido por el art. 17 del CCT 122/75 donde se establece una obligación de facilitar el cambio de turno con compañeros de trabajo sin precisar modalidad alguna impuesta por su representada. Es que, es la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar la jornada laboral y sin embargo, nada hizo al respecto." (…)* ***Ante una contestación ambigua, la falta de comparecencia a la audiencia de absolución de posiciones, la omisión de acompañar el libro del art. 52 bis LCT y demás orfandad probatoria, conforme a la prueba testimonial rendida y reglas de la sana crítica (art. 386 y 456 del C.P.C.C.),***

encuentro acreditada la realización de horas suplementarias por la actora durante la relación laboral, las que procederán según lo reclamado en el acápite "liquidación"." (Sic) (Ver: considerando de fs. 77 vta. "in fine" y fs. 78) (El énfasis en negritas me pertenece).----------Como se puede verificar de la porción del considerando transcripto, la alusión a las mejores posibilidades de probar la extensión de la jornada se encuentra ceñidamente ligada al argumento defensivo que fuera empleado por la demandada al responder a la pretensión bajo análisis, en relación al trabajo rotativo que aseveró que se realizaba en su establecimiento, aunque sin precisar su modalidad. Empero vuelvo a destacarlo, lo determinante para admitir el reclamo sobre el rubro "horas extras" fue la apreciación que merecieran los elementos de prueba con los que se contaba, esto es, estuvo basada en la valoración del plexo probatorio aportado, el que no se restringió -como lo pretende hacer ver la impugnante- en la apreciación de los testimonios prestados sino que se ponderó, además, las presunciones derivadas de la confesional ficta en la que incurriera la demandada al no concurrir a prestar su prueba confesional y de la omisión de acompañar el libro del art. 52 de la L.C.T., aspectos ineludiblemente sujetos a la valoración probatoria. Así pues, estos elementos de prueba resultaron concluyentes para que se termine decidiendo la admisión del reclamo de pago de horas suplementarias que se denunciaran cumplidas y sobre lo cual soslayó absolutamente hacer referencia alguna la demandada ahora recurrente. ----------En relación a la presunción emanada de la falta de cumplimiento de la obligación de llevar y/o acompañar el libro especial contemplado en el art. 52 de la L.C.T., cabe precisar que ella resulta operativa en la especie a partir de entender que entre aquellos datos a consignar y que interesan a este proceso, debían encontrarse los relativos a los horarios cumplidos por la actora en autos. Ello merced a las específicas y particulares tareas cumplidas –instrumentadora quirúrgica-, las cuales se encontraban ligadas a la realización de cirugías programadas en horarios que –quizás- no corresponden a una jornada laboral con horario corrido fijo. De allí que cabe entender que en el marco de la previsión contenida en el inciso "g" de la norma citada, sea en el libro especial obligatorio o en el registro que lo pudiera sustituir -como podría ser el registro único de personal si fuera que la empleadora se encontrara comprendida en el Estatuto para la pequeña y mediana empresa (Arts. 84, 87 y 88 de la Ley 24.467)-, la patronal demandada debía haber consignado en el libro y/o registro especial todos los datos que obligatoriamente debían ser consignados en relación a sus dependientes y los *"Demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo"* (Sic). Entre tales "demás datos", insisto, corresponde interpretar que, en el caso de la aquí actora, se encontraban las horas suplementarias que –eventualmente- debiera cumplir -como imposición de las características propias de su actividad de instrumentadora quirúrgica-; o, en su defecto, el mecanismo por el cual se distribuía el cumplimiento del horario de su jornada laboral para hacerlo coincidir con las

cirugías que se programaren.----------En fin, en tal sentido, estimo pues, que la presunción que emana de la falta de presentación de tales registros no puede ser más que desfavorable a la patronal en tanto era carga de ella llevarlos. Aduno en este mismo sentido que acreditado que fue con las testimoniales que la actora se quedaba después de la finalización del horario corrido de su jornada y, de allí entonces, que cumplía de corriente un horario extendido –horas suplementarias a la jornada normal- es indudable que pesaba sobre la empleadora la obligación genérica de llevar un correcto y preciso registro de las mismas, tal cual lo impone el art. 6º, inc. "c" de la Ley 11.544 y el art. 21 de su reglamentación por Dcto. 16.115/33 (Conf.: arts. 52 y 55 de la L.C.T., en concordancia con el art. 381 del C.P.C.C. y arts. 44 y 73 de la Ley XIV Nº 1). ----------Asimismo, en relación a la confesión ficta en la cual incurriera la empleadora demandada, debe precisarse que la misma conlleva la presunción de certidumbre de los hechos expuestos en el escrito de demanda, salvo prueba en contrario. Y, en esta inteligencia, la que se encuentra sustentada en la significación literal del texto de la norma contenida en el art. 24 de la Ley XIV Nº 1, en cuanto dispone: *"…si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda…, salvo prueba en contrario."* (Sic). Pues bien, uno de los hechos afirmados en la demanda fue precisamente el cumplimiento de trabajos en horarios suplementarios a la jornada máxima legal. Y, tal afirmación actoral mereció expresa y puntual negativa por lo que tal específica controversia sobre el tópico conformó la materia de la litis-contestatio y, por ende, el marco fáctico de controversia y objeto de la prueba. Así concretado tal concreto hecho controvertido constituyó carga de ambas partes acreditar, uno el hecho positivo alegado –lo cual logró satisfacer la actora mediante la prueba testimonial, más las presunciones aludidas precedentemente-, y la otra, el hecho contrario, puesto que de tal manera se encontraba en cabeza de cada una de las partes acreditar el presupuesto de la norma o normas que son el fundamento de su pretensión o defensa (Conf.: art. 381 del C.P.C.C.). ----------
Y, en tal composición del conflicto tramitado en este proceso del cual resulta la corespectiva atribución de las respectivas cargas de probar, deviene como evidente que se no aplica la denominada teoría dinámica de la carga de la prueba.----------Y, se echa de ver que, tal como lo expresara el Sr. Juez a quo al aludir a la orfandad probatoria, la parte demandada ahora impugnante lejos de aportar prueba que sustente la posición defensiva que esgrimiera solo se ciñó en su contestación de la demanda a posicionarse en una especie de "suma cero" respecto de los reclamos de la actora, mediante negativas puntuales y generales y solicitando el rechazo de la demanda en todas sus partes, aunque sin ofrecer probanza alguna que pudieran ratificar o comprobar –en los supuestos fácticos que le correspondía afrontar la carga de hacerlo-, la veracidad de sus dichos. ----------En tal contexto, la presunción derivada de la confesión ficta de la demandada con los efectos

previstos por el art. 24 del rito, implica que sean tenidos por ciertos los hechos expuestos en la demanda, salvo prueba en contrario, lo que no aconteció en el caso por falta de aportación de quien debió traerla al proceso. Es decir, la valoración que efectuara el sentenciante de la prueba testimonial vino solo a reforzar, en sentido corroborativo, la presunción de verdad de los hechos alegados por la actora.----------Por otra parte, no encuentro que la apreciación distinta y personal que efectúa la patronal recurrente la que es, por otra parte, subjetiva y atenida a su exclusivo interés, alcance a constituirse propiamente en un concreto y razonado ataque a la valoración
probatoria realizada por el juzgador. ----------
---Es que, afirmar como lo hace por ejemplo con el testimonio prestado por la Sra. P. (fs. 67), que ésta no pudo conocer que la actora continuara trabajando después de las 15 horas porque la testigo se retiraba en dicho horario (Ver: respuesta a la 3ª pregunta), no alcanza a ser más que un punto de vista distinto al asumido por el juzgador en su valoración que, como tal, se encuentra desprovista de contenido crítico que se pudiera atender en esta instancia revisora.----------Lo mismo acontece con el pretendido cuestionamiento dirigido a la valoración que mereciera el testimonio de la Sra. P. (fs. 66), quien manifestó que la actora se quedaba *"…hasta que terminaba el trabajo, que dependía de las cirugías, había veces que terminábamos a las cuatro, otras a las siete, a las ocho…"* (Sic) (Ver: respuesta a la 4ª pregunta), sobre cuya respuesta la impugnante postula que tal respuesta no sería precisa *"…toda vez que la expresión …denota que no siempre se efectuaba trabajo suplementario, sino que dependía de la existencia de cirugías."* (Sic) (Ver: escrito de expresión de agravios, fs. 85, 3er. párr.). ----------Pues, francamente no encuentro donde se encontraría la dicente imprecisión en el marco de la valoración de dicho testimonio en tren de ponderar si corrobora o no los hechos controvertidos en autos. Recuérdese que las horas suplementarias son todas aquellas que se trabajan por sobre el máximo legal previsto en materia de jornada de trabajo, esto es, en exceso de la jornada diaria (8 horas) o del máximo semanal (48 horas), o, en el caso de distribución desigual de la semana laboral, las que excedan la jornada diaria de nueve (9) horas. Ello, máxime en el marco de presunciones operativo en la especie y al que ya me refiriera "supra" (Conf.: arts. 390 y 460 "in fine" del C.P.C.C.; arts. 44 y 73 de la Ley XIV Nº 1). ----------En tal sentido se ha dicho, con criterio que comparto, que una mera discrepancia con el criterio sustentado por el Sr. Juez a quo en la valoración de las probanzas arrimadas a la causa no basta para fundar la apelación, máxime cuando es sabido que la apreciación de dichos elementos está gobernado por el principio de la sana crítica del juzgador (Conf.: C.N.Fed. Civ. y Com., Sala III, 13-10-93, J.A., 1996-I, síntesis, nº 1/24693; id., C.N.Paz, Sala I, 30-6-98, L.L., 134-1021).----------Y tampoco encuentro óbice a la valoración que efectuara el juzgador de grado de lo testimoniado por la Sra. S. (fs. 65), por la circunstancia de que

ésta se desempeñara como enfermera circulante, desde que tengo para mí, en contrario de lo sostenido por la recurrente, que ello no impide conocer sobre el horario de ingreso y

egreso de la actora.----------

--Es decir, la valoración de los testimonios prestados en autos efectuada por el Sr. Juez a quo, no merece a mi ver, objeción alguna.----------

Corresponde traer a colación, desde esta óptica expuesta, lo que acertadamente explicaba Devis Echandía al indicar que resulta más lógico suponer la sinceridad del testigo deponente dadas determinadas condiciones. Así señalaba: *"No creemos que exista en realidad una propensión natural a decir la verdad, como algunos autores opinan, ni que deba presumirse de manera general y abstracta, sino una mayor probabilidad de que haya buena fe cuando se declara judicialmente, si el testigo es capaz y no tiene antecedentes de perversión, deshonestidad o falso testimonio, en razón de la solemnidad del acto, la responsabilidad que implica, el sentido del honor y honradez que frecuentemente existe, el temor a la sanción del perjurio y la ausencia de circunstancias que hagan sospechosa la declaración (como parentesco, amistad íntima o enemistad con una de las partes e interés económico en la suerte del proceso)."*. Y, añade: *"En esas condiciones es lógico presumir la sinceridad del testigo, si las condiciones del testimonio lo permiten, sin que esto signifique que corresponda por ese motivo necesariamente a la realidad, ni que deba otorgársele siempre pleno valor probatorio."* (Conf: autor citado, en "Teoría general de la prueba judicial", Ed. Zavalía, año 1970, pág. 85, nº 211; 113; 216; 242 y 247).----------

--En suma, no encuentro objeción válida alguna a la valoración probatoria que efectuara el juzgador de primera instancia debiéndose, por ello, rechazar el agravio esbozado pero no concretado por la demandada apelante.----------Ya para concluir, breve referencia haré en relación a la alusión de que la actora *"…jamás efectuó reclamo alguno sino hasta el mes de Junio de 2014, lo cual demuestra que durante todo el período anterior no existieron controversias."* (Ver: escrito de expresión de agravios, párrafo cuarto de fs. 85 vta.).----------En Derecho no reclamar el cumplimiento de una obligación no significa solamente no hablar, estar callado, sino también no adoptar ningún comportamiento que implique una exteriorización de la voluntad. Es la ausencia de toda manifestación externa, comprendiendo por ende, también la omisión (Conf.: Spota, "Tratado de derecho civil – parte general-", T. I, vol. 3 (8), pág. 229, n° 1898; id. Brebbia, Roberto, "Hechos y actos jurídicos", T. I, pág. 252, & 2).----------

--Es obvio pues, que dentro de tal significación jurídica del silencio, lejos se encuentra el supuesto planteado de haber acontecido. Ello es dicho sobre la base fáctica de que el reclamo actoral ha sido realizado en sede judicial, y añado, aún cuando se lo hiciera con posterioridad a la disolución contractual, lo cual parece indiferente a los fines de la

existencia del derecho al cobro de las horas suplementarias cumplidas y cuyo pago se reclama en estos actuados.----------

--Y menos aún comparto la idea de que pueda pregonarse que hubiera algún atisbo de voluntad tácita del trabajador a partir de su supuesta inactividad por el lapso de vigencia del vínculo laboral. Y asevero que no puede compartirse la consecuencia atribuida al silencio que se sugiere al expresar agravios al aludir textualmente la empleadora impugnante que *"también vale tener presente que la parte actora jamás efectuó reclamo alguno sino hasta el mes de Junio de 2014, lo que demuestra que durante todo el período anterior no existieron controversias."* (Sic) (Ver: escrito de expresión de agravios, 4º párrafo de fs. 85 vta.), habida cuenta que no se dan en la especie ninguno de los presupuestos en virtud de los cuales se exceptúa del principio general contenido en el artículo 919 del Código Civil, el que se replica en términos – diría- casi idénticos en el actual art. 263 del Código Civil y Comercial, hoy vigente, que es enunciado en los siguiente términos: *"El silencio opuesto a actos, o a una interrogación**, no es considerado como una manifestación de la voluntad**, conforme al acto o a la interrogación, excepto que haya una obligación de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes."* (Sic). Y es que, en el caso, no concurría obligación legal a pronunciarse, de modo tal que el principio general enunciado es plenamente operativo (Conf.: CNCiv., Sala F, 15/12/88, LL, 1989-C-248).-

---Es ineluctable que no se encuentra comprendido el supuesto bajo examen entre aquellos casos en que existe obligación legal ni convencional (antes refería la norma al deber de explicarse por las "relaciones de familia") de explicarse; ni tampoco concurre en la especie el tercer supuesto de excepción provisto por la norma en comentario, cual es, que exista una relación entre el mentado silencio y alguna declaración o conducta anterior del dependiente. ----------

---Insisto, tales hipótesis contenidas en el texto legal no se configuran de manera alguna en el caso, por lo que mal puede afirmarse que el silencio que se postula tenga la consecuencia que se le pretende atribuir con apoyo en la autoridad de las citas jurisprudenciales, en tesitura que, como vengo de exponer, no comparto. ----------

---Y ello lo digo, desde sus dos vertientes posibles, dado que no se explicita cuál es el efecto que se induce del mentado silencio de la trabajadora actora con la claridad debida, esto es si lo es: a título de "consentimiento" o a título de "renuncia de derechos". ----------

---Ya se ha establecido que el silencio por sí solo, salvo los supuestos indicados por la ley en los cuales existe obligación legal de pronunciarse, no tiene efecto jurídico como consentimiento. Y, desde otra posible óptica, si se lo considerare a título de renuncia tácita (Arts. 873 y 874 del Código Civil; hoy, los arts. 944/952 del C.C. y C. de la Nación) tampoco puede interpretarse que se haya configurado ésta en el supuesto de marras

atento a la referida conducta seguida por el actor, que se expresa por vía del ejercicio de la acción tendente a obtener el reconocimiento jurisdiccional del derecho a la percepción de las diferencias salariales devengadas con motivo del cumplimiento de trabajo en horario suplementario por el período comprendido en el reclamo.----------
---Es que para que concurra una renuncia tácita debe haber un comportamiento revelador del abandono que se hace de alguna facultad, el que se trasluce a partir de la incompatibilidad de esa conducta con la pretensión de ejercer el derecho. Y esa conducta puede configurarse en un hacer o un no hacer. Cuando la conducta se enmarca en un no hacer, solo es posible que tenga injerencia el tiempo de prescripción liberatoria por el lapso legalmente previsto a tal efecto y cuando tal modo de extinción de las obligaciones fuere invocado por el deudor. ----------Y, por último, se suma a todo lo dicho la noción de irrenunciabilidad que es propia y connatural al sentido tuitivo del ordenamiento laboral el que se expresa y entiende de la siguiente forma según el catedrático uruguayo Américo Plá Rodríguez: “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (Conf.: autor cit., “Los principios del derecho de trabajo”, 3ra. ed. Act., año 1998, págs. 117). ----------Y tal noción de irrenunciabilidad es puntualmente y expresamente establecida por el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo en los Art. 7, 12 y concordantes (máxime con el texto agregado por Ley 26.574), en cuanto se veda la posibilidad de convenir o interpretar (ya sea con el consentimiento tácito o expreso del trabajador), condiciones *“in peius”* de los derechos del trabajador. ----------Para concluir, entonces, tal alusión a la omisión de reclamo por la trabajadora durante la vigencia del vínculo laboral, traducido en que no exteriorizó una protesta o disconformidad respecto a las horas suplementarias que ahora reclama, no puede operar como una suerte de disvalor probatorio “per se” desde que no existía un deber legal de pronunciarse en un sentido u otro; máxime cuando, es norma genérica e imperativa el carácter irrenunciable de los derechos en los que se encuentren involucrados intereses generales (Conf. Arts. 872, 873, 919 del Cód. Civil; el actualmente vigente art. 944 del Código Civil y Comercial de la Nación; en concordancia con los Arts. 12 y 58 de la L.C.T.)(Conf. Carcavallo, Hugo “El consentimiento tácito y los alcances de la irrenunciabilidad”, en T.S.S. 1999-385). ----------En síntesis, entonces, propondré al acuerdo la desestimación de los agravios vertidos por la parte demandada recurrente. Así lo voto. ----------III.- Conclusión: ----------Por todo lo expuesto, soy de la opinión de que corresponde confirmar el fallo venido en apelación en todo aquello que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada recurrente vencida en ella (Conf.: Arts. 57 de la Ley XIV N° 1 y art. 282 del C.P.C.C.). ----------Los honorarios de los letrados intervinientes, por

sus tareas de segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo que deben ser fijados de la siguiente forma, a saber: al Dr. J. E. P., letrado apoderado de la parte demandada recurrente, en la suma equivalente al 3% (25% de los que le fueran regulados por su actuación en la anterior instancia); y, al Dr. Ignacio O. Brito, letrado apoderado de la actora, en la suma equivalente al 5,7% (30% de los emolumentos que se le fijaran en la anterior instancia). En ambos casos, tales alícuotas a calcular sobre el monto del capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. Arts. 5, 6, 13 y conc. de la ley XIV N° 4 –antes ley 2.200-; y, leyes 23.349 y 23.871). ----------

----Culmino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la AFIRMATIVA.----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. Vergara dijo:----------

--1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 82, que fuera concedido a fs. 83, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 76/79 que hizo lugar a la demanda laboral promovida por N. S. G. y condenó a la C. S. P. S.A. para que dentro del plazo de diez días abone a la accionante la suma de $167.606,48, con más sus intereses y con imposición de costas a cargo de la sociedad vencida. ----------

---Los agravios de la demandada lucen a fs. 84/86, el traslado conferido a fs. 87 fue evacuado por su contraria a fs. 88/vta., y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. Lucero, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

---2. Se agravia la apelante del acogimiento de las horas extras reclamadas en autos no sólo por no encontrarse probadas sino también ya que los tres testigos que depusieron en autos no son lo suficientemente categóricos y precisos para poder conformar la convicción suficiente en el juzgador.----------

----En este último aspecto, no omito considerar que la postura doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria sostiene que la carga de la prueba de la realización de horas extraordinarias corresponde al trabajador y debe ser categórica (Altamira Gigena, Raúl E., Director, “Ley de contrato de trabajo: comentada y concordada”, Errepar, 2010, T. II, pág. 1086). Que su prueba está a cargo del trabajador, el que a ese efecto deberá producir prueba fehaciente (Sardegna, Miguel Ángel, “Ley de Contrato de Trabajo”, Editorial Universidad, 1989, pág. 586). Su apreciación debe ser realizada con carácter restrictivo (Meilij, Gustavo Raúl, “Contrato de Trabajo”, Depalma, 1981, T. II, pág. 301). Pese a ello debe aclararse que al mismo tiempo se considera que la acreditación de las horas suplementarias puede efectuarse a través de cualquier medio probatorio

autorizado por la legislación procesal (conf. Altamira Gigena, Raúl E., Director, obra, tomo y página citada).----------

----En ese marco, descarto que la prueba de las horas suplementarias debe probarse de modo eficaz y contundente por aplicación de un criterio más estricto o restrictivo. En efecto, frente a la postura restrictiva se estima que en materia de horas extras no es dable exigir un rigorismo probatorio distinto del requerido para la acreditación de otros hechos, máxime si se tiene en cuenta que por encontrarse los registros en manos del empleador, al trabajador suele resultarle difícil la acreditación de tal extremo (CNTrab., sala I, 20/03/2003, “Ikei, Sebastián J. c. Galdar S.A. y otro”, DT, 2003-B, 1395).----------

---Y siguiendo esta corriente jurisprudencial esta sala “B” ya se pronunció en ese sentido en c. 22.654, S.D.L. 35/08, c. 285/09, S.D.L. 79/09, c. 212/11, S.D.L. 23/11, y c. 477/12, S.D.L. 20/2013, pues no cabe aplicar un criterio restrictivo o estricto pues se trata de la prueba de un hecho, como cualquier otro, por lo que no hay norma o principio alguno que imponga un mayor rigor probatorio.----------Por eso, en contra de la posición restrictiva comparto la idea de aquéllos que sostienen 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”, así lo ha dicho la sala 10ª en autos “Liewiski, Laura S. c/ Juncadella S A s/Despido”, del 17 de julio de 2001. Claudio E. Andino, contrariando a la posición restrictiva, por no tener justificación teórica ni práctica, concluye -luego de citar jurisprudencia que avala su posición, y teniendo en cuenta la normatividad vigente en materia de carga de la prueba- en que: 1) controvertida la misma, la carga de la prueba está en cabeza del principal, y 2) en defecto de registros válidos, por aplicación del artículo 55 de la LCT, corresponde tener por cierta la jornada denunciada por los actores en la demanda. En la misma línea de pensamiento, Perugini, luego de afirmar que no existe 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. Y concluye en que los jueces deben resolver de este modo, valorando los elementos de juicio obrantes en la causa a fin de determinar cuál es la verdad procesal sobre el tema, sin apelar a argumentos dogmáticos (Cantard, Albor Ángel, “Horas extraordinarias”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni

Editores, 2006-1, págs. 147/148).----------

---Y esa postura contraria a la posición restrictiva es doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia al sostener que: “No hay motivo alguno para imponer tal regla de interpretación, por cuanto, se trata de un reclamo laboral -horas suplementarias- como

puede serlo de cualquier otro tipo de pretensión de la misma naturaleza. Es suficiente, que el actor haya probado que las horas extras fueron laboradas y el tipo de tareas cumplidas; para la viabilidad judicial de su reclamo; porque ésta fue la base y límite de su pretensión, y respecto de la cual recae la carga de su acreditación (art. 377, segundo párrafo del C.P.C.C. por remisión expresa del art. 45 de la Ley Nº 69 vigente). Con esto quiero decir, que contra la posición restrictiva en la que se enroló la Alzada, -hoy- comparto la idea de aquellos que sostienen que "no existe norma legal alguna que establezca 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" (del voto del Dr. Caneo, en autos caratulados "Miño, Oscar Alberto c/ Supermercados Norte S.A. s/cobro de hab. e indem. de ley" (Expte. Nº 21.174-M-2007), del 10/10/2008, S.T.J., S.R.E. Nº 12/2008).----------

---Tocante a la carga de la prueba de las horas extras es evidente que se encuentra a cargo del trabajador ya que cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el art. 377 del C.P.C.C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1983, T. 2, págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo, respectivamente). Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como presupuesto, es decir, determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *iura novit curia* (Devis Echandía, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Víctor P. de Zavalía Editor, 1970, T. I, pág. 487). ----------

---Así, es carga del accionante probar el presupuesto de hecho (cumplimiento de horas suplementarias) de la norma que sirve de fundamento a su pretensión, conforme lo establece el art. 381, segundo párrafo, del C.P.C.C.----------

----Ahora bien. El recurrente afirma que el Juez a quo se equivoca en la aplicación de la carga probatoria dinámica (ver fs. 84 vta., primer párrafo) pero esa manifestación fragmenta y descontextualiza los considerandos del fallo. ----------

---Para ello señalo en primer lugar que concretamente el juzgador aludió a ese principio con referencia al adicional previsto por el art. 9, inciso 1, del C.C.T. 122/75 al precisar que: ***No es cuestión controvertida en autos que <u>la actora resultara</u> <u>instrumentadora</u>***

quirúrgica, en virtud del reconocimiento efectuado a fojas 19 vta. (punto IV) y ello pese a que la empresa, al momento de contestar demanda, rechazara la autenticidad de la documental acompañada por la parte actora en forma genérica (en copia simple se agrega el título pertinente, fs. 10 y vta.). Al respecto, adelanto que habré de reconocer el adicional del art. 9º del Convenio, pese a que la accionante no procediera a identificar en forma detallada las cirugías efectuadas en forma mensual, de modo que se permitiera estimar en forma lo más precisa posible, el monto del adicional devengado. No obstante, atendiendo al principio de las cargas probatorias dinámicas, cuya aplicación en el caso, considero que se encuentra fuera de discusión, hará que me incline por reconocer el monto demandado según liquidación de fojas 03. Ello así, en el entendimiento que era la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar el número de las intervenciones efectuadas y el monto de la "caja común" a distribuir entre el personal en forma mensual, y sin embargo nada hizo al respecto (art. 9 in fine LCT). Es que, al respecto, establece el propio CCT en el inc. 1º del art. 9º, en su parte final, que: "...los fondos para la constitución de estas cajas compensadoras se podrán cargar en las facturaciones, en forma expresa y especificando su destino, actuando el empleador como agente de retención" (el subrayado me pertenece).

Paso entonces a precisar los fundamentos del Sr. Juez de la anterior instancia para otorgar las horas extraordinarias reclamadas por la dependiente y que lucen a fs. 77 vta./78, dos últimos y primer párrafo, respectivamente, al señalar que: ***Respecto de la jornada cumplida, también caben los mismos reparos. Vale decir que la demandada se limita a rechazar el cumplimiento de horas extraordinarias pero no efectúa manifestación alguna sobre cuál era la supuesta "real jornada" que cumplía la misma y luego argumenta respecto de lo establecido por el art. 17 del CCT 122/75 donde se establece una obligación de facilitar el cambio de turno con compañeros de trabajo sin precisar modalidad alguna impuesta por su representada. Es que, es la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar la jornada laboral y sin embargo, nada hizo al respecto. Ante una contestación ambigua, la falta de comparencia a la audiencia de absolución de posiciones, la omisión de acompañar el libro del art. 52 bis LCT y demás orfandad probatoria, conforme a la prueba testimonial rendida y reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C.), encuentro acreditada la realización de horas suplementarias por la actora durante la relación laboral, las que procederán según lo reclamado en el acápite "liquidación"*** (el subrayado me pertenece).

Nótese que el razonamiento desplegado por el sentenciante para hacer lugar al reclamo no se limitó a la valoración de la prueba testimonial, sino que apreció en conjunto

el material probatorio teniendo en cuenta asimismo la presunción emanada de la confesión ficta de la demandada y su omisión de presentar el Libro del art. 52 de la L.C.T. ----------

---Y resulta dirimente la confesión ficta en que incurriera la patronal, fundamento que no mereció consideración alguna por la quejosa. En ese aspecto, la falta de comparecencia sin justa causa de la demandada determina que sea tenida por confesa sobre los hechos expuestos en el escrito de demanda, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 24 de la Ley XIV Nº 1 ("El que deba absolver posiciones será citado por lo menos con dos (2) días de anticipación, bajo apercibimiento de que, si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda, salvo prueba en contrario. …"). En ese contexto, la actora alegó en demanda que "… se desempeñó de lunes a viernes entre las 07:00 hs y las 17:00 hs o 20:00 horas, ello variaba según el curso de cirugías programadas …" (p. III, fs. 2, penúltimo párrafo), por lo que producida esa circunstancia procesal (confesión ficta de la empleadora) deviene inexorable la inversión de la carga probatoria, debiendo en este caso la accionada producir prueba en contrario que permita desvirtuar los efectos de la presunción generada (criterio invariablemente seguido por este Tribunal, Sala "B", c. 12.643, S.D.L. 25/98, Sala "A", c. 12.802, S.D.L. 8/98, entre otros pronunciamientos). En ese contexto, la invocada deficiencia probatoria recayó sobre la empleadora que no ofreció prueba alguna (ver p. VI, fs. 20/vta./21) tendiente a demostrar la jornada laboral cumplida por la trabajadora.--

---

----A su vez, tampoco la recurrente formuló objeción alguna en lo que hace a la presunción que resulta de la omisión de acompañar el Libro del art. 52 de la L.C.T. Y en ese aspecto, la providencia de fs. 10 intimó a la accionada para que dentro del plazo fijado para la contestación de la demanda acompañe el libro especial previsto por el art. 52 de la L.C.T. (además de los recibos de sueldo y el certificado de trabajo), bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 41 de la Ley XIV N° 1. Sin embargo, a pesar de encontrarse debidamente notificada (ver cédula de fs. 11/12) la empleadora no acompañó dicho Libro Especial (ver escrito de contestación de fs. 19/21). Agrego que esa parte solicitó se deje sin efecto la intimación hasta la celebración de la audiencia de conciliación y en su defecto un plazo de diez días (ver p. V, fs. 20 vta.), pese a lo cual no se presentó a la audiencia fijada originariamente según constancia de fs. 24 y tampoco acompañó ese registro a la nueva audiencia dispuesta a fs. 29 y celebrada conforme al acta que luce a fs. 31. En tales condiciones, ante la declaración jurada prestada por la trabajadora acerca de los datos consignados en demanda que deben constar en los registros laborales (ver escrito de inicio, p. VIII, fs. 4 vta.) resulta aplicable el art. 41 de la Ley XIV N° 1, por lo que también deviene inexorable la inversión de la carga de la prueba toda vez que la falta de exhibición del Libro Especial determina que incumbirá al empleador la prueba contraria ("Artículo 41.- Cuando en virtud de una disposición legal

o reglamentaria de trabajo exista la obligación de llevar libros, registros o planillas especiales, y a requerimiento judicial no se los exhiba o resulte que no reúne las exigencias legales o reglamentarias, incumbirá al empleador la prueba contraria si el trabajador o sus derechos habientes prestan declaración jurada sobre los hechos que debieren consignarse en los mismos").----------

---En esa dirección se precisa que judicialmente, se le ha dado gran importancia a la exhibición de la documentación que debe llevar todo empleador. En caso de omitir su presentación o hacerlo incorrectamente, se aplican los apercibimientos legales (Altamira Gigena, Raúl E, Director, ob. cit., T. I, pág. 292). ----------

---A todo evento agrego que debe tenerse en cuenta la particularidad de la tarea cumplida por la accionante (instrumentadora quirúrgica) ya que la misma no se ajusta precisamente a una jornada con horario cortado o corrido sino que se trata de una actividad que depende de una programación de cirugías cuya duración, si bien se pauta en función al tipo de operación, su cálculo está evidentemente condicionado a los imprevistos que pueden acontecer en cualquier intervención quirúrgica, por lo que debió presentarse el Libro Especial para verificar el cumplimiento del recaudo contemplado por el art. 52, inciso g, referido a los demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a cargo del empleador o, como bien señala el Dr. Lucero, el registro que lo sustituya en caso de que la demandada se encuentre comprendida en el marco de la pequeña o mediana empresa (arts. 84, 87 y 88 de la ley 24.467).----------Por otra parte, se encuentra acreditado con las declaraciones de las testigos S., P. y P. que la actora cumplía un extenso horario de trabajo que excedía la jornada máxima (ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales, art. 1 de la ley 11.544, remisión del art. 196 de la L.C.T.) (ver respuesta a la 4ª pregunta, fs. 65 y 66, y a la 3ª pregunta, fs. 67, respectivamente). En ese aspecto, bien precisó el sentenciante a fs. 77 vta., segundo párrafo que: ***Asimismo, respecto de la jornada, manifestó S. que la actora cumplía servicios de lunes a viernes y a veces sábados, desde las 07.00 hs., pero sin horario de salida, que inclusive "a veces eran las 09.00 de la noche y estábamos ahí". También la testigo P. dijo que "N. estaba, ya sea de lunes a viernes, de lunes a domingo" y en cuanto al horario "desde las 7, 7.30 de mañana, hasta que se terminaba el trabajo, que dependía de las cirugías, había veces que terminábamos a las cuatro, otras a las siete, a las ocho". Por último, la testigo P. manifestó que "estábamos prácticamente el mismo día, entraba a las 07 conmigo, yo me iba a las 15 y ella seguía en cirugía, esto de lunes a viernes, los sábados dependía de si había alguna cirugía"***.

Por otro lado, cabe observar que la quejosa al esbozar su crítica a la declaración de P. admitió que con ese testimonio se acredita que la actora efectuaba trabajo suplementario aún cuando no siempre (ver fs. 85, tercer párrafo, dos últimos renglones).

Y si se acreditó que la dependiente cumplía un horario que excedía la jornada habitual de trabajo -lo mismo acontece en caso de admisión-, la empleadora era la principal interesada en acreditar el cumplimiento de la obligación genérica de llevar el registro de las horas laboradas, pues esa obligación le es impuesta por el art. 6, inciso c, de la ley 11.544, y el art. 21 del decreto 16.115/33, por lo que resulta de aplicación al caso las presunciones establecidas por el art. 55 de la L.C.T. y el art. 41 de la Ley XIV N° 1. Dicho de otro modo. Tanto en el caso en que no se discuta la existencia de trabajo realizado en exceso, como si se acredita la realización de tareas que exceden los límites máximos impuestos por la ley 11.544, en definitiva la controversia se circunscribe a la extensión de ese exceso, y en tal caso no pueden soslayarse las normas laborales que imponen el deber de registración de las horas suplementarias, conforme lo establece el art. 6, inciso c, de la ley 11.544 (“6°.- Para facilitar la aplicación de esta ley, cada patrón deberá: … c) Inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo hechas efectivas a mérito de lo dispuesto por los arts. 3°, 4° y 5° de esta ley”) y el art. 21 del decreto reglamentario 16.115/1933 (“21.- Las empresas llevarán registros permanentes de todas las prolongaciones de la jornada de trabajo, que sean excepcionales, con indicación de su duración en horas y días, causas a que obedezcan y personal comprendido en las excepciones y, en su caso, en la recuperación”). Es criterio sentado por esta sala “B” en c. 22.654, S. D. L. 35/08 y c.
406/09, S.D.L. 77/09. ----------
----Asimismo, cabe considerar que en el presente caso también resulta aplicable el Convenio 30 del año 1930 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la ley 13.560, que en su art. 11.2. c) dispone: “Artículo 11. … 2. Cada empleador deberá: … c) inscribir en un registro, en la forma aprobada por la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas en virtud del párrafo 2 del artículo 7, y el importe de su remuneración. …” (En: http://www.ilo.org). En esa dirección se expresa que: “Debe tenerse presente, asimismo, el Convenio 30 de la Organización Internacional de
Trabajo sobre las horas de trabajo en el comercio y las oficinas, ratificado por ley 13.560, por el cual los empleadores deberán inscribir en un registro, en la forma aprobada por la autoridad competente, todas las horas extraordinarias, efectuadas en virtud de las excepciones temporales que el mismo convenio fija y el importe de su remuneración (arts. 7.2. a, b, c y d y 11.2. c). iii. Definido entonces que, en el caso de autos, el actor prestó servicios en exceso de la jornada y que, como se acaba de exponer, existen normas que imponen al empleador la obligación de llevar registro de esa prolongación … no hay obstáculo para aplicar las normas de los arts. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo y 39 de la ley 11.653, en cuanto disponen una presunción relativa de veracidad de las afirmaciones del trabajador -en este caso, referidas a su tiempo de labor- cuando el empleador no cumple con su carga de registración (conf. causa L. 84.981, cit.)” (del voto del Dr. Negri, al que adhirieron los Dres. Lázzari, Pettigiani e Hitters, S.C.B.A., causa

L. 99.688, “López, Juan Ismael Osvaldo López c/ ARDAPEZ S.A. Despido”, del 22/02/2012 (EN: http://juba.scba.gov.ar). ----------Añado que también el juzgador ponderó la actitud de la empleadora al sostener que era la parte que estaba en mejores condiciones de acreditar la jornada laboral ya que ninguna manifestación efectuó en su escrito de contestación acerca de cuál era la jornada laboral que cumplía la dependiente. En tal sentido, cabe señalar que la postura defensiva de la accionada se circunscribió a negar que la actora hubiera cumplido hora extra alguna (ver p. III, fs. 19 vta., octava negativa) sin siquiera indicar cuál era la jornada laboral de la trabajadora ya que se limitó a expresar que: “Cumplía una jornada de Trabajo normal …” (sic) (ver p. IV, fs. 19 vta., último párrafo). Y en este direccionamiento, no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la “regla” conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquéllos. Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la *conducta* obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar en contra del infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. Expresándolo con las palabras del artículo 163 (actual art. 165 del C.P.C.C.), inciso 5°, apartado 2° del Código Procesal, esa *falta de cooperación activa*, entre otras matizaciones, traduce “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del juicio y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones” (Morello, Augusto, “La Prueba. Tendencias modernas”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1991, págs. 60/61).----------

----------De tal modo, la confesión ficta en la que incurriera la demandada, su omisión de acompañar el Libro Especial del art. 52 de la L.C.T. y el registro de horas suplementarias (art. 6, inc. c, de la ley 11.544, art. 21 del decreto 16.115/33 y arts. 7.2. y 11.2.c. del Convenio 30 de la O.I.T.), y quiebre del deber de colaboración (art. 165, inciso 5°, apartado segundo, del C.P.C.C.), resultan elementos por demás suficientes para el rechazo de los agravios vertidos.----------

---Sin perjuicio de ello, no dejo de advertir que las manifestaciones efectuadas por la apelante al considerar que la prueba testimonial no es categórica, es un mero disenso, en todo caso una apreciación subjetiva de la prueba arrimada a la causa que no ataca concreta y frontalmente los fundamentos vertidos por el juzgador. ----------

---En este último aspecto, no constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso. El mismo déficit se ofrece si sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas sobre la prueba, sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuales son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por el juzgador (Morello,

Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 354 y 355, y cita de fallos).----------Tocante a la cita de jurisprudencia para entonces concluir que “Aquí el primer yerro del juez”, tal manifestación incumple de modo manifiesto la manda impuesta por el art. 60 de la Ley XIV N° 1. En efecto, la mera transcripción, por profusa que sea, de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquéllas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 359/360 y cita de pronunciamientos).----------

----------En lo que hace a las manifestaciones vertidas a fs. 85 respecto de las declaraciones testimoniales, también se advierte que las mismas sólo denotan el particular punto de vista de la apelante al desarrollar en forma paralela un análisis propio sin hacerse cargo del razonamiento expuesto por el juzgador que resultó dirimente para dilucidar la cuestión, por lo que no hay agravio que atender. Por eso se expresa que si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto (Morello, Sosa, y Berizonce, obra y tomo citado, pág. 371, y cita de fallos).----------Para ello pongo de relieve que la fragmentación que la recurrente realiza de los testimonios habidos en estas actuaciones resulta inadmisible ya que la prueba debe analizarse en su conjunto. En efecto, no corresponde fragmentar los elementos probatorios y por eso se señala que la unidad y comunidad de la prueba, también denominada “apreciación global” o “prueba compuesta”, es indispensable, en principio, en todo proceso, pues conduce a formar parte de un método crítico de conjunto, a la vez, general y propio de cada medio de prueba. Lo contrario, y censurable, es la descomposición por el juzgador de los elementos, disgregándolos para considerarlos aislada y separadamente. En suma, como se tiene decidido, la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica, ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (Fenochietto-Arazi, obra y tomo citado, pág. 357 y cita de doctrina y jurisprudencia). La quinta regla de la sana crítica dice: 5) *Examina los medios en su conjunto y coordínalos para obtener una solución única* (Falcón, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, T. III, par.

386.9.22, pág.193). Y concretamente con referencia a la prueba testimonial cabe expresar que la misma no debe fragmentarse como intenta la recurrente pues debe valorarse en su conjunto y no atomizando las declaraciones, conforme lo previsto por el actual art. 390 del C.P.C.C. (esta Cámara, en su composición de sala única, c. 11.251, S.D.C. 10/95; c. 11.863, S.D.L. 61/96; c. 11.978, S.D.L. 75/96; sala “A”, c. 15.546, S.D.L. 89/99; c. 15.768, S.D.L. 11/2000; sala “B”, c. 21.409, S.D.L. 32/06, c. 21.842, S.D.L. 51/2006, y más recientemente c. 278/10, S.D.C. 23/10, y c. 183/11, S.D.L. 32/11, entre otros

pronunciamientos).----------

---En ese contexto, la apreciación vertida en el sentido que P. por retirarse a las 15 horas no puede afirmar que la actora continuaba trabajando es un mero disenso pues esa testigo lo que expresó fue que al retirarse “ella (por la actora) seguía en cirugía” (respuesta a la 3ª pregunta, fs. 67). Y es evidente que toda persona que se va de su trabajo puede percibir si otra permanece cumpliendo tareas, por lo que no se observa entonces cuál es la crítica que se pretende esbozar. ----------

----Respecto de P. la apelante afirma que su declaración no es precisa. En tal sentido, estimo que esa afirmación no se ajusta a las constancias de autos pues los dichos de esa testigo fueron concordantes y precisos, lo que así valoro conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 360 y 460 del C.P.C.C., remisión del art. 44 de la Ley XIV N° 1), pues con toda claridad manifestó que “desde las 7, 7:30 de la mañana, hasta que se terminaba el trabajo, que dependía de las cirugías, había veces que terminábamos a las cuatro, otras a las siete, a las ocho” (respuesta a la 4ª pregunta, fs. 66). O sea, P. en su calidad de médica anestesista, lo que expresó es que ella y G., instrumentadora quirúrgica, se retiraban cuando el trabajo terminaba y eso dependía de las intervenciones quirúrgicas, y por eso brindó diversos horarios. No hay en consecuencia crítica alguna y por lo demás la recurrente con tal expresión admitió que con ese testimonio se acreditó que la actora cumplía trabajo suplementario, aún cuando

no siempre.----------

---En cuanto a la declaración de S. la quejosa entiende que su declaración no es verídica por cuanto se trata de una enfermera circulante y al tener horarios rotativos no puede conocer personalmente el horario de ingreso y egreso de la actora. Señalo en primer lugar que no es dato alegado y menos acreditado que esa testigo se desempeñara como enfermera y menos aún que tuviera horarios rotativos, a lo que agrego que al ofrecer prueba la accionante indicó que B. M. S. era empleada (ver fs. 4), y que en ese sentido se manifestó la testigo al ser interrogada por sus datos personales (“empleada”, ver acta de fs. 65). Ello deja sin sustento la impugnación que pretendiera esbozar la recurrente. Por lo demás, aún cuando se desempeñara en horarios rotativos ello no es óbice para que esa testigo conozca sobre la jornada que cumplía la actora. Es más, precisamente por la circunstancia de realizar tareas en distintos turnos bien pudo declarar acerca de

la extensa jornada cumplida por la accionante. Así expresó que la actora y ella estaban “desde las 07, pero no teníamos horario de salida, a veces eran las 09 de la noche y estábamos ahí” (respuesta a la 4ª pregunta, fs. 65).----------

---Finalmente, en lo que hace a que la actora jamás efectuó reclamo alguno sino hasta el mes de Junio de 2014, cabe expresar que art. 919 del Código Civil, y con similar alcance el art. 263 del C.C. y C., establece que el silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad, salvo, entre otros supuestos, que exista una obligación de expedirse que pueda resultar de la ley. Y precisamente en materia laboral no hay tal obligación legal a pronunciarse pues en sentido contrario el art. 58 de la L.C.T. resulta categórico al no admitir presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho derivado de su silencio. Así se expresa que para el empleador, el silencio a una intimación es presunción en su contra, en cambio, para el trabajador están proscriptas las presunciones, siempre que derive en perjuicio a sus intereses (Altamira Gigena, Raúl E., Director, ob. cit., T. I, pág. 316). Por lo demás, la falta de reclamo previo a la extinción del vínculo no crea presunción alguna en contra del trabajador pues la voluntad de renunciar no se presume (art. 874 del Código Civil y art. 948 del Código Civil y Comercial), y en materia laboral el silencio y falta de reclamo durante la vigencia de la relación no cabe ser interpretado como admisión toda vez que no se admiten presunciones en contra del trabajador como ya se señalara. Así, la clara directriz fijada por el art. 58 de la ley de contrato de trabajo, impide que se valore como presunción en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo (CNTrab., sala II, abril 29-994, DT. 1994-B, 2128).----------

Conclusión a la que se arriba como consecuencia del principio protectorio que en diversas normas suple la insuficiencia del dependiente para autoprotegerse ante la situación de desigualdad en que se encuentra el trabajador, toda vez que es el empleador el que fija las pautas del contrato y de la relación de trabajo. Destaco que el silencio sólo juega en caso de prescripción. En ese aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el argumento de que medió en el caso una novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo; no obsta que el empleado haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo de diferencias salariales, puesto que atento a los arts. 256, 259 y 260 no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en esa normativa (Fallos: 310: 559).----------

----Por tales fundamentos, se rechazan los agravios vertidos por la demandada apelante. ----------

----3. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a cargo de la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.).--------

---Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. Lucero a favor de los letrados apoderados de las partes actora y demandada en las sumas porcentuales equivalentes al 5,7% y 3% del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 7, 8, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente. ----------

Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Lucero dijo:----------

El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios de los Dres. J. E. P. e I. O. B., por sus tareas de alzada, en las sumas porcentuales equivalentes que resulten de aplicar el 3% y el 5,7%, respectivamente, del monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente. ----------ASÍ LO VOTO.- ----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------ASÍ LO VOTO. ----------

----------Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

--Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

---CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios.----------

--IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. -----

-REGULAR los honorarios de los Dres. J. E. P. e I. O. B., por sus tareas de alzada, en las sumas porcentuales equivalentes que resulten de aplicar el 3% y el 5,7%, respectivamente, del monto de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.----------Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 - SDL - CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA