----En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala ‘‘A’’ de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. C. A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo L. De Cunto y R. A. Vergara, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados:

“M., P. R. c/ T. P. S.A. y OTRO s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley” (Expte. 582 - Año 2016 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.

201.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Velázquez expresó: ----------

---I.- La sentencia de primera instancia actuó las pretensiones de salarios adeudados por horas suplementarias laboradas e indemnizaciones por despido directo injustificado y, aplicando la norma del art. 275 L.C.T., sancionó a la empleadora demandada duplicando la tasa seleccionada para el cómputo de los intereses moratorios por entender que su conducta fue temeraria y maliciosa al persistir en la errónea liquidación de los salarios de sus trabajadores, no obstante las diversas condenas pronunciadas en su contra por tal motivo. ----------

----La codemandada Transportes D. O. S.A. apeló esa decisión, exponiendo en su contra los agravios que a continuación trataré.----------II.- Las horas extraordinarias y la categoría laboral del actor. ----------Tras repasar la prueba producida en autos -esencialmente la testimonial- y la valoración de ella realizada por el “a quo”, la recurrente, en apretada síntesis, sostuvo que lo acreditado en la causa ha sido que la jornada normal del ex trabajador era de 8 a 12 y de 14 a 18 hs., mas no el cumplimiento de labores en tiempo suplementario, toda vez que los testimonios aportados carecieron de precisión en cuanto a horarios, fechas y tareas desarrolladas, cuando esa probanzas debieron ser cabales y asertivas. ----------

Preliminarmente, cabe señalar que abordaré únicamente aquellos agravios que sean conducentes a la decisión del recurso. Ello en tanto no es deber de los jueces seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos; bastando con que se hagan cargo de aquellos que sean conducentes a la decisión del litigio (C.S.N., Fallos 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202, entre otros, citados por Carrió, “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Ed. Abeledo-Perrot 1983, I- 66). Es decir que los magistrados pueden prescindir de aquellos que estimen inconducentes para la solución de la causa (C.S.N., Fallos 302:539), estando obligados a tratar únicamente los argumentos expuestos por las partes que estimen pertinentes para la resolución del caso (ídem, Fallos 310:1835; 322:270; 329:1951.----------

Frente a la índole de los hechos a justificar -prestación de servicios en horas suplementarias-, el medio de prueba más idóneo es sin duda el testimonial, siempre peligroso pero, de común, muy necesario, porque en múltiples ocasiones “la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al juez para la averiguación de la verdad” (Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., EDIAR,

Bs. As. 1958, III-530/531, nros. 1 “a” y 2 “b”).----------

--En esta especie, allende la demostración del horario ordinario cumplido por el actor, considero que fue arrimado un cúmulo de pruebas testificales que llevan a la convicción de que aquél efectivamente desarrollaba labores en horas extraordinarias. Así, el testigo G. J. I., informó los horarios del demandante, pero añadiendo que él no estaba limitado a desempeñarse sólo hasta las 18 hs., en función del trabajo que él tenía, agregando a la par que M. iba también a prestar auxilio a los vehículos averiados en la ruta, relatando en particular uno de esos servicios prestado en enero de 2015 (fs. 71/72, resps. a las pregs. 2da., 3era. y 7ma.). ----------De manera coincidente, el declarante H. E. G. U. manifestó que el actor era el encargado del taller mecánico, así como de los auxilios en la ruta, narrando numerosos de estos últimos servicios prestados a altas horas de la noche en puntos muy lejanos del lugar de trabajo habitual, mucho más allá del horario normal de la labor (fs. 73, resps. a las pregs. 1era., 2da. y 4ta.).----------Corroboraron esa versión los deponentes C. E. P. (fs. 98/vta., reps. a las pregs. 2da., 4ata., 6ta. y 13era.) y P. G. S., quien añadió que veía al actor en su puesto de labor tanto al partir a las 8,30 hs., cuanto a su vuelta a las 21 hs., a la vez que contó un auxilio recibido por él en la ruta ya próximo a Comodoro Rivadavia, servicio que desde Trelew condujo el demandante para terminar prestándolo a las 3 hs., sucesos que se repetían dos o tres veces por mes (fs. 99/vta., resps. a las pregs. 4ta.,
5ta. y6 14ta.). ----------
-

----A mi entender, esos testigos merecen fe, pues no mostraron animosidad a favor ni en contra ninguna de las partes y suministraron muy adecuada razón de sus dichos. Así, la coincidencia de la prueba testifical es notoria acerca del desarrollo de labores en horarios suplementarios. Es verdad que los declarantes no brindaron precisiones exactísimas sobre los horarios de ingreso y egreso del trabajador a las labores, mas hemos de recodar que si bien la prueba del cumplimiento de horas suplementarias de labor debe aparecer convincente -en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales, ajenas al desenvolvimiento común del contrato individual de trabajo (esta alzada, c. 19.346 S.D.L. 19/04, c. 19.686 S.D.L. 44/04)-, tal criterio no puede ser extremado al punto de transformarlo en el requerimiento de una auténtica prueba “diabólica”, cual sería exigir la acreditación de detalles minuciosos sobre horarios y fechas exactas de realización de todas y cada una de las horas de trabajo extra, limitación esta que el cuerpo ha señalado también en varias oportunidades (c. 17.324 S.D.L. 33/01, c. 20.388 S.D.L. 19/05, c. 21.191 S.D.L. 56/07).----------Cierta parquedad y alguna imprecisión en las declaraciones puede explicarse en razón de la capacidad memorativa de los deponentes, que varía de una persona a otra, y se conecta asimismo con la naturaleza del suceso a recordar, pues la descripción de detalles como fechas y horas, implica un mayor esfuerzo de la memoria (confr.: Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed, Zavalía Editor 1981, II-257, n° 4). Altavilla enseñaba que la fidelidad del testimonio, diferente a la sinceridad del testigo, resulta muy difícil de apreciar, entre otras razones porque la percepción presenta siempre lagunas y, ya en

concreta relación con horarios y tiempo de duración de acontecimientos, porque tal recuerdo requiere la utilización de asociación de ideas y puntos de referencia (“Psychologie judiciaire”, Ed. Cujas, París 1959, pág. 172 y sgts.).----Cabe igualmente tener presente que para ser testigo presencial no es indispensable que el declarante haya percibido íntegramente los hechos -en el subexamen, los exactos momentos de ingreso y egreso del dependiente a la labor-, pues basta que ello haya ocurrido con alguna porción o fase de los acontecimientos, de manera tal que pueda reconstruirse con seguridad el desarrollo de los sucesos mediante una apreciación en conjunto de toda la prueba producida (esta sala, c. 19.628 S.D.L. 39/04, c. 20.842 S.D.L. 60/05, c. 21.071 S.D.L. 10/06, c. 21.647 S.D.L. 11/07, c. 93/10 S.D.L.
13/10 y sus citas). ----------
---En síntesis, aunque lo siempre deseado por los jueces es contar con testificales muy claras y precisas, en ocasiones, aceptando por fuerza las limitaciones humanas, hemos de conformarnos con algo menos. Después de todo, el testimonio se funda en la doble presunción de la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y de que no trata de engañar al juez (confr.: Alsina, opus cit., III-530/531, nros. 1 “a” y 2 “b”; Framarino dei Malatesta, “Lógica de las pruebas...”, Ed. Temis, Bogotá 1964, II-53/63). ----------
---He de puntualizar a esta altura que acerca de la prueba de las horas suplementarias de trabajo existe en la Provincia específica doctrina legal sentada en materia laboral por nuestro Superior Tribunal de Justicia, el que, variando su anterior postura sobre el tema, en la sentencia pronunciada en autos “Tornini, Mónica Silvia y otros c/ Supermercados Norte S.A. s/dif. de hab. e indem. de ley” (S. D N° 11/SRE/08), declaró con voz firme 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*”, añadiendo de inmediato el Alto Cuerpo que “*los jueces deben valorar la prueba 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 para el trabajador afectado*” (voto del Dr. Caneo); así como 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 los demás rubros...Prácticamente, exigir -incluso- prueba minuciosa, milimétrica de horas y fechas precisas, se tornaría de imposible realización*”(voto del Dr. Royer).----------Por lo demás, si pese a las anteriores consideraciones la apreciación de la prueba dejara subsistente alguna duda en este concreto caso, ésta debe ser despejada a favor del trabajador, de acuerdo al nuevo texto que la Ley 26.428 diera al art. 9, párr. 2°
L.C.T. Es exacto que esa posible duda ha de presentarse tras la apreciación de un plexo acreditante formado por pruebas válidas, mas ese calificativo de “válidas” está referido a la *validez jurídica procesal*, opuesta al concepto de nulidad, y no a su eficacia probatoria, a su fuerza de convicción (confr.: Devis Echandía, ob. ind., II-97, n° 215 y

II113, n° 216). En este caso surge diáfano que los testimonios mencionados cumplen con todos los recaudos de validez, porque: a) la ordenación de ellos tuvo lugar en legal forma (fs. 44/vta.); b) fueron recibidos por magistrado legitimado para ello (fs.71, 73, 98, 99); c) los declarantes poseían capacidad jurídica para testimoniar; d) ningún dato de autos sugiere que los deponentes padecieran alguna inhabilidad física, moral o intelectual para testimoniar; e) tampoco hay rastros de que ellos prestaran declaración en momentos de inconsciencia o bajo coacción; f) prestaron juramento de decir la verdad en legal forma (fs. citadas); y g) las declaraciones han cumplido con las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar establecidas para los actos de procedimiento en general y los actos de prueba en particular. Satisfechos quedaron pues todos los requisitos cuya ausencia podía viciarlos de nulidad (Devis Echandía, opus cit., II-97/113, n° 215); son entonces pruebas “válidas” y, por ende, aun si su apreciación de conjunto generara hesitación, ésta debe ser superado mediante la aplicación de la norma del art. 9, párr. 2° L.C.T. (texto agregado por la Ley 26.428).---------Tocante al número de horas extraordinarias cumplidas por el actor, contamos en autos con la eficacia del juramento estimatorio previsto en el art. 41 de la Ley XIV n° 1. En efecto, en la demanda consignó el actor, clara y concretamente, los datos controvertidos y conducentes de la cantidad de horas suplementarias laboradas (fs. 9) y prestó el demandante “expresa declaración jurada sobre los hechos afirmados en la presente demanda que debieran ser objeto de registros en los libros laborales y contables de la demandada y de horas extraordinarias de labor”(fs. 12 “in fine”), ofreciendo esas constancias, entre ellas “el Registro de Horas Extraordinarias exigido por el art. 6 inc. C de la ley 11.544 y art. 21 del decreto 16115/33” como prueba documental en poder de la empleadora a quien peticionó se intimara a presentarlas (fs. 12, pto. 6). El Juzgado ordenó practicar la intimación a exhibir tal documento bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 41 de la Ley XIV n° 1 y 392 C.P.C.C. (fs.15), que notificada a la demandada destinataria (fs. 16/19), no fue sin embargo acatada por la empleadora (v. fs.32 vta. pto. V).----------
----------En esas circunstancias procesales, me parece indisputable la aplicabilidad al caso no sólo del mentado art. 41 de la Ley XIV n° 1, sino también de la coincidente norma del art. 55 L.C.T., que eleva dicha falta de exhibición a la categoría de presunción favorable a “las afirmaciones del trabajador...sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos”, y del art. 392 C.P.C.C. en cuanto erige la negativa de una parte a presentar documentos en poder suyo en presunción contraria a ella (confr.: C.N. Trab., Sala I, 30/11/12, elDial com. -AA7C56). ----------
----------Es que la empleadora tenía la carga de presentar el registro de marras, toda vez que, cual prevé el mentado art. 41 de la Ley XIV n° 1, existía la obligación de llevarlo. Por cierto que el deber de llevar ese registro lo impone el art. 6 inc. “c” de la Ley 11.544 únicamente cuando las horas extraordinarias son cumplidas por los trabajadores de la empresa con habitualidad (esta sala, c. 20.371 S.D.L. 30/05, c. 22.472 S.D.L. 83/07, c. 208/10 S.D.L. 32/10), pero hete aquí que las probanzas testimoniales antes indicadas demostraron que el actor desarrollaba habitualmente, sin regularidad mas con frecuencia, tareas en tiempo suplementario a la jornada legal. A la

empleadora de autos le venía impuesto entonces por los arts. 6 inc. “c” de la Ley 11.544 y 21 del Dec. 16.115/33 el deber de llevar dicho registro y su falta de exhibición asume relevancia

probatoria. ----------

-----Tal es la eficacia del juramento aquí prestado por el actor y la intimación desoída por su adversaria. Efectivamente, he tenido ya ocasión de declarar en algunos precedentes que el juramento estimatorio previsto en el art. 41 de la Ley XIV n° 1 es especie del género de las declaraciones de parte como medios de prueba, resultándole, por ende, aplicables criterios análogos a la confesión para que adquiera eficacia probatoria (confr.: Devis Echandía, ob. ind., II-13 n° 181, pág. 14 n° 183 y pág. 17, nº 186; esta Alzada, c. 11.599 S.D.L. 52/95, c. 12.262 S.D.L. 34/97, c. 6/13 S.D.L. 2/13). De allí que si el juramento fue prestado con claridad y concreción y versó sobre un hecho controvertido en el proceso (art. 415 C.P.C.C., su doct.), él adquiera una relevancia similar a la confesión, al menos a la prestada en forma ficta, esto es aquélla que crea contra el absolvente una presunción “iuris tantum”**,** desvirtuable sólo por pruebas en contrario (art. 24 ley cit.); así lo dispone el recordado art. 41 del ordenamiento procesal en lo laboral al establecer, invirtiendo el “onus probandi”**,** que pesa sobre el empleador la prueba contraria al juramento. ----------

----En la especie no se trata entonces de que las probanzas sobre las horas extraordinarias de trabajo hayan de ser más o menos asertivas, sino de que acreditadas esas prestaciones mediante el argumento de prueba en que la antes aludida presunción “iuris tantum” consiste -nacida por disposición legal de un elemento probatorio análogo a la “ficta confessio”-, la demandada, pese a haberse revertido en su contra el “onus probandi”, no aportó elemento de juicio alguno que la echara por tierra.----------

----En relación a este agravio sobre las horas extras resta tratar el argumento de la demandada relativo a que el actor carecía del derecho a percibirlas por su categoría de jefe de taller y, por tanto, personal extra convenio. Al así invocarlo ha pasado por alto la impugnante que la Ley 11.544 fue modificada por la Ley 26.597 y actualmente el art. 3 inc. “a” de aquélla ya no indica como excepción a la jornada establecida en el art. 1 “los empleos de dirección o de vigilancia”, sino que ahora dispone “cuando se trata de directores o gerentes”. Queda en claro con el nuevo texto que la voluntad de la norma legal es la de excluir sólo a quienes verdaderamente conducen los destinos de la empresa, es decir, los directores y gerentes, empleados verdaderamente jerarquizados (confr.: C.N. Trab., Sala VI, 31/3/2011, “Ramos Ruiz c/ Envases del Plata S.A. s/

despido”, RC J 7667/11). ----------

----Por otro lado, a cuento viene recordar que ya antes de la reforma introducida por la Ley 26.597 se interpretaba que el art. 3 inc. “a” de la Ley 11.544, relativo por entonces a “empleos de dirección o de vigilancia”, resultaba de aplicación a quienes realizaban exclusivamente esas labores y tal excepción al pago de horas extras no regía cuando el empleado efectuaba, además, otro tipo de tareas ajenas a las específicas de dirección (confr.: S.C.B.A., 10/6/2009, “Piñeyro c/ Valot S.A.”, n° 70055260 y 13/5/09, Cárdenas c/

Cargill", n° 70058394, ambos citados por Pírolo, "Derecho laboral", Ed. La Ley, Bs. As. 2015, II-577), como efectivamente las cumplía el actor, quien a más de jefe de taller se desempeñaba como mecánico, cual declarara el encargado de administración de la empresa G. J. I. (fs. 72 vta., resp. a la preg. 9na.).----------III.- El despido. ----------

----El Señor Juez "a quo" declaró injustificado el despido directo por abandono de trabajo en razón de no haber sido demostrado "el elemento subjetivo que indique que era intención de M. abandonar el trabajo, dejar de concurrir para siempre a cumplir a cumplir con sus tareas en la empresa" (fs. 152, párr. 2°).----------Para atacar tal conclusión expuso la recurrente que, mediante la declaración testimonial de G. J. I., fue acreditado en el proceso la falsedad de la excusa esgrimida por el actor para ausentarse, que lo fue el contar para ello con un permiso personal del deponente citado. ----------Confrontados el argumento conclusivo expuesto por el magistrado del anterior grado con aquel otro que la recurrente incluyera en su pieza de agravios, se advierte que este último no satisfacen los requisitos impuestos por el art. 60 de la Ley XIV n° 1 como una carga que el apelante habrá de cumplir para la suficiencia técnica del escrito de impugnación. En efecto, la quejosa no ha intentando rebatir concreta y razonadamente el fundamento dado, relativo a la no demostración del elemento subjetivo del abandono, la intención del dependiente de dejar para siempre sus tareas.----------Por imperio del recordado art. 60 de la Ley XIV n° 1, la expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada, precisa y fundada, de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas y para que esa carga quede adecuadamente satisfecha es menester que las motivaciones del sentenciante sean objeto de efectivo ataque en su integridad, pues de lo contrario, aquellas de los cuales no se haya hecho cargo el recurrente con argumentos eficaces y que por sí solos sirven para sustentar en derecho la decisión, provocan la firmeza de ésta. En suma, de no expresarse agravios del indicado modo acerca de cada uno de los puntos que integraron el tema de debate y fueron considerados separadamente por el "a quo", quedan consentidos aquellos sobre los que no medió precisa y fundada impugnación y el recurso queda desierto (art. 60 de la Ley XIV n° 1 "in fine"; confr.: C.S.N., L.L. 137-538; esta alzada, c. 16.616 S.D.L. 71/00, c. 19.003 S.D.C. 47/03, c. 19.697 S.D.L. 42/04, c. 104/08 S.D.C. 18/09, c. 243/09
S.D.L. 35/09, entre muchos; C.N. Civ., sala "D", E.D. 11-633).----------
----Por lo demás, es correcto el argumento expuesto por el sentenciante de origen, pues resulta injustificado el despido directo por abandono de trabajo si el dependiente no guardó silencio ante la intimación previa, sino que evidenció en su respuesta voluntad de no dejar el empleo -al punto que reclamó una recategorización-, faltando pues la nota característica de la causal invocada, que lo es la existencia del "animus" abdicativo (confr.: S.C.B.A., AR/JUR/72795/2009; C.N. Trab, Sala I, AR/JUR/33054/2015; ídem,
Sala V, AR/JUR/79277/2010).----------
----IV.- La temeridad y malicia.----------
---Ante la sanción fundada en el art.275 L.C.T., la demandada sostuvo, en resumen, que

no existió de su parte la temeridad y malicia imputada, toda vez que se ciñó a defender su derecho. Apunto que la conducta maliciosa o temeraria, para ser reprensible, debe configurarse en un proceso determinado y no por la observada en otros o en las relaciones sustanciales.----------

----Lleva razón aquí la recurrente, pues estamos en presencia de una equivocada aplicación del precepto legal invocado.----------

---El art. 275 L.C.T., al prever la temeridad y la malicia, brinda una catálogo de posibles conductas de ese carácter, mas todas referidas a las asumidas en una relación jurídica procesal o sustancial determinada y no por las registradas en anteriores conflictos, en una suerte de carácter transitivo de las inconductas previas (este tribunal, c. 432/16 S.D.L. 12/17).----------

---El fin de la norma moralizadora no es castigar las faltas en que pudieran incurrir las partes al defender sus derechos o las interpretaciones equivocadas de los asuntos, sino reprimir las defensas temerarias, introducidas con perfecta conciencia de su falta de razón, o los abusos maliciosos de los procesos con la finalidad de demorarlos en sus desarrollos (confr.: Cám. Nac. Esp. Civ. y Com., Sala II, L.L. 1975-A-435; Cám- Apel. 2da. La Plata, Sala I, D.J.B.A. 89-161). Recuérdese que se trata de una normativa de excepción, a ser analizada y aplicada con prudencia suma, pues en muchas ocasiones no es sencillo deslindar entre el amplio ejercicio del derecho de defensa en juicio de rango constitucional y lo que cabe considerar una conducta maliciosa (confr.: Pírolo, opus cit., I-608; C.N. Trab., Sala IX, AR/JUR/5179/2014; íd., Sala IV, AR/JUR/24374/2010). ----------

----Ante la ausencia en el caso de los presupuestos impuestos por la ley, no procede entonces la sanción prevista en el art. 275 L.C.T.. Recuérdese que los magistrados aplicamos la norma cuando coincide su supuesto de hecho -la *fattiespecie*- con el hecho concreto habido en la realidad mundana -el *factum*- (confr.: Messineo, “Manual de derecho civil y comercial”, trad. de Sentís Melendo, EJEA, Bs. As. 1971, II-321/322). Así hemos de actuar los jueces porque únicamente cuando media esa coincidencia entre el acontecimiento natural o humano y el supuesto jurídico abstracto del precepto en determinar si promedia esa concomitancia consiste la tarea de subsunción propiamente dicha- debe producirse faltamente el efecto de derecho (confr.: Brebbia, “Hechos y actos jurídicos”, Astrea, Bs. As. 1979, págs. 12/13, n° 3; Bueres, “El acto ilícito”, Hammurabi, Bs. As. 1986, págs. 26/28).----------Por loable que fuere la intención del magistrado de lograr el respecto al orden jurídico y, por consiguiente, impulsar a la empleadora a que liquide correctamente los haberes de todos sus trabajadores, no le era dado extralimitar su competencia material con quebranto de la separación de funciones entre los distintos Poderes del Estado. A él toca en los procesos ocurrentes resolver pretensiones de partes, actuándolas o denegando sus actuaciones; en cambio, vigilar el cumplimiento de la normativa laboral en el conjunto de la actividad total de la empresa es cometido de la autoridad administrativa del trabajo. ----------

---V.- <u>La conclusión</u>. ----------

----Tales las razones por las que considero que la sentencia apelada debe ser parcialmente revocada, a fin de que los intereses moratorios sean liquidados conforme la tasa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento generales vencidas, confirmando el pronunciamiento en lo demás que fuera materia de agravio.----------

----Desestimados los dos agravios centrales de la apelante y prosperando únicamente el tercero -de menor cuantía-, queda delineado en esta segunda instancia un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir las costas de ella imponiéndolas a la recurrente en un 80% y al actor en un 20% (art. 72 C.P.C.C.). ----------Vista la extensión, calidad y resultado de las tareas profesionales de alzada, corresponderá regular los honorarios de los Dres. C. D. E., D. A. E. P. y M. F. R. en las sumas respectivas equivalentes al 3,40%, al 3,40% y al 4,30% del monto total del proceso a ser liquidado en la etapa de ejecución (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4). ----------Me expido aquí pues PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto manifestó: ---------- La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 147/154 vta., así como de la expresión de agravios que vertiera la codemandada Transportes D. O. S.A. a fs. 167/179 vta., me eximen de reiterar el relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------I.- Habré de seguir el criterio utilizado por el Dr. Velázquez en cuanto al orden de tratamiento de los agravios, que sigue aquél en el que fueron expuestas las quejas por la apelante.---------- 1) La recurrente, en primer lugar, cuestiona que se hiciera lugar al reclamo de horas extraordinarias, considerando que se efectuó una valoración incorrecta de la prueba testimonial e informativa, y que sólo se acreditó que el actor cumplía con una jornada laboral de 8 a 12 horas y de 14 a 18 horas (ver fs. 169/173 vta., pto. III, d).---------- En cuanto a la cuestión de las horas suplementarias cabe señalar que el trabajo genera la necesidad de una reparación física y psíquica del ser humano que lo realiza, y así, como dos caras de una misma moneda aparece el concepto de descanso, lo que implica limitación, restricción a la duración diaria del trabajo a través del régimen jurídico de la jornada propiamente dicha. El régimen que regula la extensión de la jornada laboral se complementa no sólo imponiendo un descanso o pausa mínima diaria, sino también otra periódica o semanal -“descanso semanal”- y finalmente, una interrupción más prolongada que es el receso anual o “vacaciones”, que parte de una necesidad higiénica del trabajador pero que obedece también a otras razones. El cúmulo de motivos que obligan al Estado a restringir el tiempo de trabajo atañe al “orden público laboral” por sobre la voluntad de las partes, y entonces, disposiciones sobre jornada, descanso semanal, licencias anuales y especiales, deben ser respetadas y su violación no sólo implica severas penas administrativas para el empleador, sino que habilita al dependiente a ejercer acciones en protección del derecho en cuestión, que pueden llegar hasta el despido indirecto

(conf. Zuretti (h), Mario E., en Rodríguez ManciniBarilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, ed. La Ley, 2007, Tº III.,
págs.714/716).----------

----En dicha inteligencia el art. 199 de la LCT admite excepciones al límite máximo de la jornada laboral vinculadas al carácter del empleo del trabajador y por circunstancias permanentes y transitorias. En el caso de las relativas al carácter del empleo del trabajador y por circunstancias permanentes dicho límite puede ser sobrepasado sin consecuencias. En cambio, en el supuesto de excepciones temporarias, si bien el legislador las contempla y permite, impone recargos en la retribución de esas tareas, que suelen denominar indistintamente “suplementarias”, “extraordinarias” o “extras”. De tal manera busca disuadir al empleador de requerir dichos servicios extraordinarios -que atentan especialmente contra la integridad psico-física del trabajador- agravando su costo. En ese orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 201 de la LCT, se considera suplementario o extraordinario el trabajo que se realiza por encima del tope legal, pero asimismo, mayoritariamente la jurisprudencia también entiende como tal el que se ejecuta por encima del límite impuesto por convenio colectivo aunque no supere el máximo legal, con fundamento principal en que el convenio colectivo de trabajo tiene el efecto propio de una ley en un ámbito específico de actividad (conf. Zuretti (h), op. cit., idem, págs. 794/796). ----------Es cierto que alguna opinión doctrinaria ha considerado que con relación a la prueba de dichas horas suplementarias la misma ha de ser fehaciente (conf. Altamira Gigena (coordinador): “Ley de contrato de trabajo”, Ed. Astrea, 1981, Tº 2, pág. 245; Sardegna: “Ley de Contrato de Trabajo”, Ed. Universidad, 1999, pág. 586). En forma concordante se expidió la jurisprudencia al manifestar que *“Las horas extraordinarias deben probarse de modo asertivo, efectivo, categórico y convincente, tanto en lo que respecta a los servicios prestados como al tiempo en que se cumplieron...El trabajo extraordinario debe ser probado por quien lo alega, dado que lo que se presume es que la jornada no excede el máximo legal”* (conf. CNAT., Sala I, 17/9/93, DT, 1994-B-1977); así como que *“no es suficiente la prueba de presunciones a los efectos de acreditar el cumplimiento de servicios en horas suplementarias”* (conf. CNAT, Sala IV, 18/3/68, JA, 1968-III-377). Sin perjuicio de ello, se ha aceptado en varios casos, aplicar las presunciones procesales previstas en los arts. 71 y 86 de la ley nacional de procedimiento laboral, argumentándose -entre otras razones- que no es dable exigir a su respecto 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 (conf. CNAT., Sala I, 20/03/03, DT, 2003, B-1395; Sala V, 23/03/79, DT, 1979, p. 484). En concordancia con esta última línea jurisprudencial se ha expedido la Sala “B” de este Cuerpo (conf. CANE, Sala “B” , SDL Nº 35/08 del 22/05/08). Es que atinadamente se ha dicho 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. Al no existir ninguna norma ni principio jurídico

que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto -salvo prueba en contrario-, se 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. Es así que los jueces deben resolver, 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 (conf. Cantard, Albor Ángel: “Horas extraordinarias”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, págs. 147/148). Ello sin perjuicio de lo que argüiré más abajo respecto de la presunción del art. 55 de la LCT. ----------

----------Con relación a la crítica a la valoración de la prueba testimonial, debe recordarse que se ha sostenido que debe tenerse en cuenta que 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 CPCC -actual art. 390 de la ley XIII Nº 5 Anexo A-, 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 (conf. C. 2da. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 12/2/80, DJBA, 118-367; CN. Com., Sala B, 4/9/79, LL, 1980-A-94). 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 (conf. CN. Civ., Sala E, 31/12/76, LL, 1977-C-182), ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (conf. SCBA, 9/11/79, DJBA, 109-329), es decir que debe evitarse la “atomización del material probatorio” (conf. CN. Com., Sala B, 22/4/91, LL, 1991-C-339). En apoyo de la doctrina expuesta, la Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valuar en conjunto las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlos ni armonizarlos en su totalidad, al expresar que “la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso” (conf. CSJN, 2/10/90, LL, 1991-B-280).----

---

----En el contexto antedicho debe repararse que, tomando las declaraciones testimoniales en su conjunto, las horas reclamadas resultan suficientemente acreditadas. Así, el testigo I. (ver fs. 71/72 vta.,) encargado de administración de la codemandada (ver respuesta primera); amén de señalar el horario del personal de taller, destaca que M. a veces ha ido a realizar asistencias mecánica en la ruta (ver respuesta segunda); agrega que el horario del actor era de 8 a 18, mas no estaba constreñido hasta las 18 en función del trabajo que tenía (ver respuesta tercera), da cuenta de un concreto caso de auxilio que efectuara M. (ver respuesta séptima), así como que estuvo destinado temporalmente a los talleres de Comodoro Rivadavia

(ver respuesta undécima).----------

---Por su parte el testigo G. U. (ver fs. 73/vta.) indica que el actor era el encargado del taller mecánico y de los auxilios en la ruta, recordando algunos de estos auxilios en la ruta a Esquel (ver respuesta primera), los que fueron por la noche (ver respuesta

segunda), que lo ha llevado unas diez o quince veces desde y hacia Comodoro Rivadavia, saliendo a las 18.30 y volviendo a la 1.15 hora (ver respuesta tercera), y añade que las fallas mecánicas en las rutas son frecuentes (ver respuesta cuarta). Coincide en cuanto a que M. realizaba auxilios en ruta y que de lunes a viernes estaba en Comodoro Rivadavia, el testigo M. (ver fs. 74).----------Por su parte, también son coincidentes los testigos P. y S.. P. (ver fs. 98/vta.) es conteste en que el actor lo auxilió varias veces en la ruta (ver respuesta cuarta), habiéndolo transportado a ese fin en la ruta entre Trelew y Comodoro Rivadavia (ver respuesta sexta), añadiendo que entre los años 2011 a 2015, cada vez que se rompía el colectivo M. los iba a buscar (ver respuesta décimo tercera). A su vez, S. (ver fs. 99/vta.), expresa que hacían horarios de 8.30 a las 21 horas y siempre lo veían, así como haciendo auxilios en la ruta (ver respuesta cuarta), dando cuenta circunstanciada de un auxilio por el cual volvieron con el actor a las 3 de la mañana (ver respuesta quinta), y si bien no puede decir con exactitud la frecuencia con la que recibió el auxilio de M., las estima en dos o tres veces por mes (ver respuesta décimo
cuarta). ----------

---Coincidiré con el Dr. Velázquez en que los testigos coinciden básicamente en que el actor trabajaba en horas extraordinarias, con la carga de realizar frecuentemente auxilios mecánicos en la ruta, con lo cual resultaba habitual que su labor excediera la jornada laboral ordinaria. En cuanto a la falta de exactitud y precisión, dados los hechos sobre los que declararon los testigos, resulta prácticamente imposible exigirlas con rigor. Es que debe recordarse que las reglas sobre la prueba testimonial para su convicción son presencia del testigo en el hecho investigado, coincidencia o razonable correspondencia en los distintos testimonios (conf. CN. Civ., Sala J, 11/9/95, JA, 1997II-175); y si bien se agregó que las declaraciones deben ser precisas, objetivas, concordantes, sinceras, específicas, imparciales y concluyentes (conf. CN.Trab., Sala I, 27/11/98, DT, 1999-B-2092), también se consideró que no disminuye el valor del testigo la circunstancia de que no pudo precisar algunos detalles (conf. C. 2da. Civ. Com.Minas. Trab. Catamarca, 6/2/98, LLNOA, 1999-580) (conf. Falcón, Enrique M.: “Tratado de la prueba”, Ed. Astrea, 2003, T° 2, pág. 380). En la especie, los testimonios reseñados resultan razonablemente coincidentes, sinceros, objetivos e imparciales, por lo que la falta de exactitud en algunas circunstancias relatadas no desmerece su valor
probatorio. ----------

----Frente a los testimonios antedichos, la apelante sólo enarbola la declaración del testigo B. (ver fs. 75/76), mas la misma no contradice abiertamente a los testimonios antedichos. Es que si bien indica como horario de trabajo del actor el de 8 a 12 y de 14 a 18 (ver respuesta décima), por otro lado relata que le ha entregado a M. repuestos en horarios nocturnos, domingos y feriados, además de señalar que el accionante muchas veces se acercaba al taller a coordinar el auxilio y cuando terminaba de entregar los repuestos salía (ver respuesta undécima). ----------Amén de lo expuesto, y como bien lo explicita el colega preopinante, en la duda corresponde aplicar la norma del art. 9, 2do. párrafo de la LCT. Al respecto se ha sostenido que con el actual texto del

art. 9, fruto de la reforma de la ley 26428, la obligación del juez -no parece que sea otro el sujeto que pueda apreciar las pruebas producidas- debería ser la de inclinarse por una valoración favorable a la pretensión del trabajador cuando recayese una duda en la apreciación de la prueba en los casos concretos (conf. Ackerman, Mario E., en Ackerman-Sforsini: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T° I, pág. 181). Es así que, amén de que entiendo que la actora no incurrió en insuficiencia probatoria, a todo evento correspondería aplicar la norma precitada. ----------En cuanto al número de las horas extraordinarias, concordaré con el Dr. Velázquez en la aplicación del art. 41 de la ley XIV N° 1. De tal forma cabe considerar que el actor precisó la cantidad y el monto correspondientes a tales horas suplementarias a fs. 09, y en cumplimiento de la norma antedicha, y de los arts. 43 de la ley XIV N° 1, 392 del CPCC y 55 de la LCT, prestó expresa declaración jurada sobre los hechos afirmados en la demanda que debieran ser objeto de registros en los libros laborales y contables de la demandada y de horas extraordinarias de labor (ver fs. 12 “in fine”). El juez intimó exhibir la documentación pertinente a las codemandadas bajo el apercibimiento de lo dispuesto en los art. 41 de la ley XIV N° 1 y 392 del CPCC (ver fs. 15), lo que no fue cumplido (ver fs. 32 vta., pto. V). ----------En cuanto a la obligación de llevar el libro de registro de horas suplementarias del art. 6, inc. c) de la ley 11544, resulta razonable exigirla cuando las mismas se cumplen habitualmente, tal como ha quedado demostrado con la prueba testimonial. El art. 55 de la LCT establece: *“La falta de exhibición a 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 causahabientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos”.* Al respecto es de destacar que en los reclamos por horas extras, y de conformidad con lo normado en el artículo 6, inc. c, de la ley 11544 y su decreto reglamentario 16115/33 (“Las Empresas llevarán Registros Permanentes de todas las prolongaciones de la jornada de trabajo, que sean excepcionales, la indicación de su función en horas y días, causas que obedezcan y personal comprendido en las excepciones”), la presunción del art. 55 de la LCT resulta operativa, aun cuando lo cierto es que la mayoría de la salas de la CNAT evalúan el tema con particular estrictez, y parte de la jurisprudencia estima que por no ser uno de los requerimientos del artículo 52 de la LCT la inscripción del horario de tareas, las horas laboradas en exceso deben ser acreditadas de manera fehaciente sin que en su beneficio opere la presunción (conf. Sforsini, María Isabel, en Ackerman-Sforsini, op. cit., ídem, págs. 485/496). Reitero que más allá de la jurisprudencia contradictoria al respecto, en la especie se acreditó la extensión de la jornada de manera extraordinaria, y dada la frecuencia y habitualidad de dicha extensión, deviene razonable la aplicación de la presunción referida. ----------En subsidio de lo anterior, la recurrente sostiene que debe rechazarse el reclamo de horas suplementarias a partir de julio de 2016, pues en esa fecha el actor fue promovido de empleado dependiente del CCT 460/73 a personal jerarquizado fuera de convenio, por lo que en virtud de lo dispuesto por el art. 3, inc. a) de la ley 11544, queda

exceptuado de la jornada laboral legal. Señala que el propio actor reconoció que estaba categorizado como jefe de taller y que realizaba tareas propias de dicha función, agregando que debe aplicársele la doctrina de los actos propios. Añade que esta promoción se vio reflejada en el incremento de remuneración correspondiente y en que M. ejerció la función de directivo dado que coordinaba la tarea de 30 personas aproximadamente (ver fs. 173 vta./175). ----------

----En principio habré de decir que, a la luz de la prueba testimonial arriba analizada, lejos estaba el actor de ejercer una función directiva, ya que más allá de ser jefe de taller y tener personas a su cargo, en la práctica se comportaba como un trabajador más en cuanto concurría personalmente a los auxilios mecánicos. Pero más allá de ello no puedo dejar de compartir el argumento de derecho que postula el colega prevotante y es que el art. 3, inc. a) de la ley 11544 fue modificado por la ley 26597, y que de acuerdo a dicha modificación las excepciones se limitan a *directores y gerentes.* Al respecto ha de recordarse que con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26597, la excepción comprendía a quienes cumplían tareas de *dirección o vigilancia,* fórmula cuya amplitud había originado un extenso debate doctrinario y jurisprudencial a fin de determinar su alcance, pues si bien existía generalizado consenso en torno a que los puestos de dirección se encontraban exceptuados, únicamente cuando los trabajadores que los ocupaban (gerentes, capataces, directores, etc.) cumplían funciones propias de su cargo, ello no sucedía en el caso de los cargos de vigilancia, en tanto mientras un sector sostenía que la ley se refería únicamente a la vigilancia superior (relacionada con el ejercicio del poder de dirección y con el control de la tarea de otras personas, por ejemplo, en el caso de los supervisores), otro consideraba asimismo exceptuados a aquellos trabajadores que cumpliesen tareas de vigilancia subalterna, esto es, la desarrollada por quienes no ostentan ningún tipo de jerarquía (los vigiladores, personal de control de entrada y salida, etc.) (conf. Blanchard, Giselle, en Ackerman-Sforsini, op. cit., T° II, págs. 541/542).----------En la actualidad dicha controversia se ha tornado abstracta, en tanto la nueva redacción de la norma establece que la excepción debe entenderse limitada a las funciones desempeñadas *sólo por quienes ocupen el cargo de gerente o director.* Como explican Pirolo y Moreno Calabrese, la reforma tiene una significativa incidencia sobre el ámbito subjetivo respecto del cual operó esta excepción durante décadas, puesto que una gran cantidad de situaciones anteriormente alcanzadas han quedado al margen de ese ámbito, por cuanto a partir de su entrada en vigencia ningún tipo de “vigilancia” puede considerarse exceptuado legalmente del régimen general previsto en la ley 11544, mientras que en lo atinente al personal de dirección, la excepción legal ha quedado restringida, como se ha visto, a los cargos de director y gerente, por lo que la pérdida de vigencia de lo dispuesto por el artículo 11 el decreto reglamentario 16115/33, en cuanto a la inclusión de otros puestos de dirección -pese a no haber sido expresamente derogado-, resulta evidente. Desde la óptica de D., ello implica la incorporación al universo de trabajadores que deben observar las reglas del subsistema de jornada laboral -incluyendo el derecho a cobrar las horas suplementarias- a todos los trabajadores que revistan en el marco de la

jefatura, la supervisión y mandos medios, que tienen personal a cargo, funciones jerárquicas operativas o funcionales, así como atribuciones en materia de dirección y poder disciplinario (las jefaturas, los subjefes, capataces, supervisores, capataces generales, encargados de establecimiento, sección, sector o área de la empresa, y todos los casos de cargos atípicos como jefe de producto, jefe de turno, etc.) (conf. Sforsini, op. cit., ídem, págs. 542/543). ----------A la luz de lo expuesto, queda claro que de acuerdo al actual texto del art. 3, inc. a) de la ley 11544, el cargo de jefe de taller que ejercía el actor, queda fuera de las excepciones contempladas en la norma.----------

----------En consecuencia de todo lo expuesto es que concuerdo en el rechazo de este

primer agravio.----------

---2) Como segunda queja, la apelante arguye que el juez tiene por cierta la versión de la actora en cuanto al finalizar el viaje a Río Gallegos, el Sr. G. I. lo autorizó a tomarse francos adeudados y por ello no se configura la causal de abandono de trabajo, sin prueba alguna más que los dichos de la actora en el telegrama y en la demanda. En cambio, advierte que su parte probó, mediante los dichos de I., que éste nunca lo autorizó a tomarse francos adeudados. Amén de ello agrega que la invocación de la autorización referida es vaga e imprecisa, y que en consecuencia, resulta probada la justa causa de despido, atento a que se le cursaron dos misivas al actor, contestando sólo la segunda (ver fs. 176/vta., pto. IV, c). ----------Ha de recordarse que el juzgador de origen argumentó, para rechazar la justa causal de despido de abandono de trabajo, que faltó el elemento subjetivo consistente en la intención de abandonar el trabajo por parte de M., de dejar de concurrir para siempre a cumplir con sus tareas en la empresa (ver sentencia a fs. 152, 2do. párrafo). Dicho argumento no fue rebatido por la apelante, por lo que en este agravio se incurrió en deserción parcial por insuficiencia técnica (conf. art. 60 de la ley XIV N° 1, y arts. 268 y 2169 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1). Al respecto es sabido que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, se debe trasuntar un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442). La crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que debe implicar el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 941). En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf.

CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). Este es el criterio sostenido por el suscripto en numerosos antecedentes, entre ellos, CANE, Sala “B”, SDL Nº 20/2010 del 10/05/10. ----------Por lo demás, como bien lo destaca el Dr. Velázquez, el argumento del sentenciante es correcto, por cuanto con la respuesta del actor expuesta en el telegrama del 11/02/15 (ver fs. 115 de la documental reservada), resulta claro que el trabajador explicó el motivo de sus ausencias, por lo que no se presenta en la especie el elemento subjetivo referido en el decisorio de abandonar la relación laboral. Es que si en cualquier caso que el trabajador explique -aunque no justifique- su ausencia, deja claro que no tiene ninguna intención de poner fin al contrato, ya que esa motivación abdicativa es un elemento necesario del abandono como tal, sin perjuicio, de que la inobservancia del artículo 84 por alguna razón impropia *pueda constituir la base de un incumplimiento relevante* para sancionar o despedir, pero sin invocación de esta específica causa de extinción. Si el trabajador explica su conducta con un argumento baladí, el empleador, eventualmente, podrá despedirlo si del conjunto del comportamiento resulta la gravedad injuriosa, pero no con invocación del abandono de trabajo, sino con el de una infracción al deber de asistencia y puntualidad regular (conf. Machado, José D., en Ackerman-Sforsini, op. cit., T° III, págs. 193/194). ----------3) Por último, la apelante se agravia de la imposición de la multa con fundamento en el art. 275 de la LCT por no configurarse los presupuestos de procedencia de la misma. Con cita de jurisprudencia destaca que la sanción en cuestión es esencialmente de naturaleza procesal que debe surgir de la propia causa judicial. Remarca que su parte no incurrió en ninguna inconducta de índole procesal, mas el juez de grado funda la multa en la existencia de condenas sentenciadas en procesos anteriores que no se individualizan ni describen (ver fs. 177/179 vta., pto. V).----------El sentenciante, efectivamente, fundó la sanción cuestionada en la circunstancia de que se reiteran las causas en las que la demandada es condenada por similares reclamos, citando un antecedente, señalando que la condenada no podía ignorar los precedentes mentados, por lo que deduce que la temeridad se configura cuando existe

conciencia de la propia sinrazón (ver sentencia a fs. 153, último párrafo/154, 1er. párrafo). ----------

----La norma del art. 175 de la LCT sanciona con una multa relacionada con la tasa de interés, la conducta procesal temeraria o maliciosa del empleador que es derrotado, total o parcialmente, en una controversia con su trabajador. El hecho reprobado por el artículo es la inconducta procesal, entendida como todo ardid tendiente, no a ejercer el lícito de derecho de defensa en juicio, sino la realización, en el marco de una controversia judicial, de aquellos actos procesales que constituyen un ejercicio abusivo del mismo, con la finalidad de utilizar al proceso como una argucia y no como una oportunidad de defensa. Los tribunales, en general, han hecho una aplicación prudente y restrictiva del dispositivo, que roza el derecho de defensa en juicio amparado por la Constitución Nacional (conf. Foglia, Ricardo A., en Rodríguez Mancini-Barilaro, op. cit., Tº IV, págs. 900/901). La norma no define qué es una conducta procesal temeraria o maliciosa, cuya conceptualización, de esta forma, ha quedado librada a la doctrina y jurisprudencia (conf. Foglia, op. cit., ídem, pág. 905); con todo el artículo comentado efectúa una enumeración ejemplificativa y no limitativa de algunas conductas que considera especialmente reprobables. Así se refieren los casos en que la víctima de un accidente de trabajo y como resultado del mismo tuviere necesidades más o menos perentorias provenientes de su estado, y el empleador asumiere durante el proceso una actitud obstruccionista o dilatoria; en igual situación se coloca al empleador que utilizare el proceso en forma obstruccionista o dilatoria con la finalidad de omitir los auxilios indispensables en tales casos; cuando sin fundamento y teniendo conciencia de la propia sinrazón, se cuestionare la existencia de la relación laboral; cuando se hiciesen valer actos cometidos en fraude del trabajador; o se hiciesen valer actos obtenidos, abusando de la necesidad o inexperiencia del trabajador; o cuando se opusieren defensas manifiestamente incompatibles o contradictorias de hecho o derecho (conf. Foglia, op. cit., ídem, págs. 909/910). Asimismo para su aplicación son necesarios como requisitos conjuntos: 1) que el empleador haya perdido total o parcialmente el juicio, sea que haya asumido la posición de demandado, que es lo más frecuente, o de actor; 2) que durante el decurso del proceso haya procedido en forma temeraria o maliciosa, a cuyo fin se debe evaluar el complejo de circunstancias que hacen al comportamiento procesal del empleador vencido en la contienda, 3) que no se trate de un error de derecho, 4) que el juez declare temeraria y/o maliciosa la conducta procesal del empleador perdidoso, y 5) deben ser impuestas en la sentencia que resuelve el fondo de la cuestión (conf. Foglia, Ricardo A., op. cit., ídem, págs. 911/912).----------Como se puede apreciar el fundamento de la sanción radica en la inconducta procesal manifestada en la causa judicial fallada, por lo que no se trata de sancionar conductas manifestadas en procesos anteriores, como ha ocurrido en la especie, en donde el juez sostiene la sanción ante la reiteración de antecedentes similares. No se me escapa que cierta jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, inspirada en la constatación acerca de la existencia de tantos casos de incumplimientos de deberes por el empleador, o de

maniobras destinadas a frustrar los derechos de sus dependientes, insinúa la posibilidad de que el art. 275 de la LCT puede utilizarse como una herramienta ejemplificadora para sancionar conductas recurrentes, al estilo de los llamados *daños punitivos,* o como una *sanción pecuniaria disuasiva* (conf. Elías, Jorge, en Ackerman-Sforsini, op. cit., T° III, págs. 487/488).----------No obstante lo anterior, la postura referida no se condice con el fundamento de la norma. A ello debe añadirse que se sostuvo que la sanción prevista en el art. 275 de la LCT sólo resulta aplicable en casos extremos y cuando de las actuaciones surge un proceder malicioso o temerario o que las defensas opuestas resulten manifiestamente obstruccionistas o dilatorias (conf. CNAT., Sala II, 22/02/01, in re: Rodríguez, C. c/ Viajes ATI S.A. y otro, Lexis Nexis); así como que las sanciones previstas en el art. 275 de la LCT, sólo proceden en casos extremos y cuando de la actuación resulta un proceder malicioso y temerario, que debe quedar perfectamente configurado, nacer de las propias actuaciones y dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo (conf. CNAT., Sala X, 04/07,03, in re: Rey, Patricia C. c/ Helvens S.A., Lexis Nexis) (ambos antecedentes citados en Foglia, op. cit., pág. 916). Tal postura es la que sostuve en el precedente de la Sala “B”, SDL N° 09/10, del 07/04/2010. Como corolario de lo razonado concordaré con el vocal prevotante en acoger el agravio y dejar sin efecto la
sanción aplicada. ----------
---II.- Por los motivos expuestos, corresponde revocar parcialmente el fallo apelado a efectos de que los intereses moratorios sean liquidados conforme la tasa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento generales vencidas, confirmándolo en todo lo demás que ha sido materia de agravios. ----------
---Dado que se desestiman dos de los tres agravios deducidos, las costas de esta instancia se distribuyen en un 80% a la recurrente y en un 20% a la actora (conf. art. 72 del CPCC). En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas cumplidas en esta sede, atento el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de las tareas realizadas, corresponde regular a los letrados de la actora, Dres. C. D. E. y D. A. E. P. en un 3,4% a cada uno de ellos; y al letrado de la demandada, Dr. M. F. R., en un 4,30%; en todos los casos sobre el monto total del proceso a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 233349 y 23871).----------A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA
AFIRMATIVA.----------
----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Velázquez respondió:----------
---Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde:----------
--A) Revocar parcialmente la sentencia apelada, a fin de disponer que los intereses moratorios sean liquidados conforme la tasa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento generales vencidas, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------
---B) Imponer las costas de segunda instancia a la demandada en un 80% y al actor en

un 20%.----------

----C) Regular los honorarios de los Dres. C. D. E., D. A. E. P. y M. F. R., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 3,40%, al 3,40% y al 4,30% del monto total del proceso a ser liquidado en la etapa de ejecución. ----------

----------ASÍ LO VOTO. ----------

----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Velázquez, fiel expresión del mismo. ----------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). ----------

----Trelew, de mayo de 2017. ----------

---En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

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

----REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, a fin de disponer que los intereses moratorios sean liquidados conforme la tasa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento generales vencidas, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

IMPONER las costas de segunda instancia a la demandada en un 80% y al actor en un 20%.----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. C. D. E., D. A. E. P. y M. F. R., por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 3,40%, al 3,40% y al 4,30% del monto total del proceso a ser liquidado en la etapa de ejecución. ----------

----------Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO L. DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

C. A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2017 - SDL. - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE REFUERZO
CÁMARA DE APELACIONES