---- En la ciudad de Trelew, a los días del mes de junio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo Fernando Peral y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., C. F. H. c/G. S.A.I.C.I. s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley” (Expte. N° 325 – Año 2018 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 119. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?; SEGUNDA: ¿Es procedente la apelación de honorarios de fs. 106 y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? ----------
---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó: ----------
---- I.- Vienen a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 105 por G. S.A.I.C.I. -por intermedio de su letrado apoderado, Dr. D. G. L.- contra la sentencia de grado que luce a fs. 94/103 por la cual se hizo lugar a la demanda por diferencias salariales e indemnizatorias entablada por el señor C. F. H. G. contra G. S.A.I.C.I., condenando a esta última a que le pague al actor, en el plazo de diez (10) días, la suma que surja de la liquidación conforme lo dispuesto en los considerandos respectivos y con más los intereses que se fijan a la tasa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, desde la mora hasta su pago, con capitalización a la fecha de la notificación de la demanda. Impuso las costas a cargo de la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. ---
---- A fs. 109/112 luce la expresión de agravios de la demandada, los que merecieron su réplica a fs. 115/116. ----------
---- Asimismo, a fs. 106 la parte demandada apeló, por altos, los honorarios fijados en la instancia de grado a favor del Dr. R. M. L. ----------
---- II. La recurrente enumera los siguientes agravios: 1) Horas extras. 2) Pago de días domingos. 3) Intereses y capitalización a la fecha de interposición de la demanda. 4) Distribución de costas. ----------
---- III.- La sentencia de primera instancia. El magistrado de grado fijó como tema central a dirimir si existieron las diferencias salariales denunciadas por el actor –horas extras; horas de trabajo nocturno; adicional por tareas de caja y días domingos-, y, en su caso, cuáles serían las mismas y teniendo en cuenta la base de cálculo de las indemnizaciones por despido, las diferencias entre lo pagado y lo que corresponde abonar. ----------
---- En lo referente a las horas extras reclamadas (período abril de 2014 a marzo 2016), descartó primeramente el argumento de la demandada relativo a la aplicación de la excepción prevista en el art. 11 inc. b) del decreto 16.115/33 que reglamenta la ley 11.544 de Jornada de Trabajo. ----------
---- Expresó seguidamente que la demandada no denunció el horario que cumplía el accionante, pese a que se trata de un juicio en el que precisamente se discute ello como cuestión central, limitándose a señalar que la jornada de trabajo era distribuida por la gerencia de la sucursal, a pesar que tenía la carga procesal de hacerlo, conforme art. 165 inc. 5 CPCC, lo que entendió constituye una presunción en su contra, citando

jurisprudencia en su apoyo. ----------

---- Razonó que, de las declaraciones de los testigos y la presunción mencionada, surge que el actor trabajó durante años haciendo el horario que denunció de 12 horas diarias de trabajo, de lunes a lunes, hasta un determinado momento, que fija en el último año de trabajo, en el que entiende que las condiciones variaron y se comenzó a respetar la jornada legal. Para establecer dicho momento consideró que la intervención del sindicato que se denuncia desde el mes marzo de 2014 debe haber modificado la forma de trabajo, aunque infiriendo que ello no se produjo en forma inmediata, sino en el último año de trabajo del actor. ----------

---- Hizo lugar también a las diferencias salariales por falta de pago de “horas extras” por días domingos por los períodos reclamados. Para así decidir señaló primeramente que por aplicación del art. 43 de la procesal laboral la prueba contraria a la reclamación le correspondía a la patronal, y que, en este juicio, la empleadora no efectuó ni produjo la prueba correspondiente. Agregó lo declarado por el gerente de recursos humanos de la demandada a nivel nacional, quien reconoció que no se pagaban los días domingos por ser absorbidos por las comisiones y lo que surge del denominado “Anexo de Comisiones” que obra en el reverso de cada recibo de sueldo, del cual se desprende que la suma de las comisiones restada al monto de las comisiones consignadas en el recibo de sueldo, da una cifra igual a lo pagado por día domingo. ----------

---- Por el contrario, rechazó el adicional por caja, en razón de que la actividad desplegada por el actor no encuadra en la descripción de la actividad para percibir el mismo. ----------

---- En definitiva, en la sentencia se reconoció las diferencias salariales por horas extras y nocturnas desde abril de 2014 a marzo de 2015 y horas del día domingo reclamadas y el reajuste de los rubros salariales consecuentes. ----------

---- Seguidamente hizo lugar también al reajuste de las indemnizaciones por despido abonadas, ordenando que se considere el salario de los días domingos en la base de cálculo de las mismas, con las limitaciones que establece el art. 245 LCT, siempre que la base no sea inferior a los dos tercios de lo calculado según el salario devengado. Precisó que la base a considerar es la mejor remuneración del último año, excluyendo el sueldo anual complementario. ----------

---- Para el preaviso estableció que será equivalente al salario de dos meses dada la antigüedad del trabajador, tomando para este caso el promedio de remuneraciones de los últimos seis meses. ----------

---- Finalmente, reconoció la indemnización establecida en el art. 2 de la ley 25.523 y la prevista en el art. 80 LCT. ----------

---- IV.- Tratamiento de los agravios. ----------

---- 1) Horas extras. La demandada sostiene que el *a quo* aplicó equivocadamente el derecho y omitió realizar una interpretación acabada de los elementos de prueba reunidos. ----------

---- Aduce que la prueba de las horas extraordinarias se rige por las normas generales

en materia probatoria, esto es, que el trabajador es quien debe probar el número como el lapso y frecuencia. Dice que, al actor, alejado de toda pretensión de verdad, manifestó trabajar de lunes a lunes “sin francos ni feriados” 12 horas diarias y a veces 14, durante un poco más de seis años. Esgrime que de la prueba colectada surge que el horario del local de G., sito en el shopping de Trelew, era de 10:00 a 22:00 hs. (12 horas), pero la jornada de los vendedores era rotativa y fracturada en turnos que iban de: a) 10.00 a 14.00, b) 10.00 a 18.00 hs. y c) 14:00 a 22.00 hs., siendo consensuada con la gerencia de manera tal que los vendedores pudieran trabajar en forma equitativa en los horarios de mayores ventas. ----------

---- Refiere que los testimonios de M., P. y U. son contestes en afirmar que la jornada laboral era de 8 horas. Afirma que la sentencia impugnada no tuvo en cuenta dicho horario, ni que la distribución de la jornada era realizada por la gerencia y sub gerencia.

---- Señala que, si bien existen testimonios que dicen que el actor trabajó en algún momento 12 horas corridas, no hay elementos que permitan acreditar fechas, frecuencia y/o cualquier otro elemento que permita inferir seriamente la diferencia salarial que corresponde al caso. ----------

---- Por otra parte, afirma que surge con claridad una fecha tope en agosto de 2014, a partir de la cual el actor no realizó más horas extras, coincidente con el despido del gerente O. S., la sustitución por R. U. y el protagonismo del delegado gremial E. C. -----

---- Finaliza sintetizando que: 1) a partir del mes de agosto de 2014 está probado que el actor no realizó horas extras por prohibición del nuevo gerente (U.) y participación del delegado gremial en el control y 2) no habiendo probado el actor la realización concreta de horas extras desde la fecha de su reclamo (abril de 2014) hasta el mes de agosto de 2014 –que llevara adelante en prohibición de la empresa y en connivencia con el gerente del momento- que permita inferir períodos, horarios y/o cualquier otro elemento que permita establecer la cuantía, la pretensión debe ser rechazada. ----------

---- Pasando a resolver, cabe destacar que en la demanda el actor sostuvo cumplir siempre con una jornada laboral de 12 horas diarias (de 10 a 22 hs), de lunes a lunes, sin francos ni feriados y que recién los últimos seis meses que duró la relación laboral entre las partes se le comenzó a dar el franco y medio semanal, pero nunca como debería haber sido, esto es 36 horas corridas. La demandada, por su lado, negó dicha circunstancia y sostuvo que el accionante cumplió un horario de trabajo habitual de 8 horas diarias o 48 hs. semanales, gozando además de los francos que dispone la normativa en forma rotativa, no superando jamás la jornada de trabajo el límite máximo que establece la ley 11.544. Agregó que la jornada de trabajo era distribuida por el gerente del sector en función de las necesidades de la empresa y dentro del horario de apertura y cierre. ----------

---- La sentencia admitió el reclamo por el trabajo suplementario por el período abril 2014 a marzo 2015, llegando firme a esta alzada el rechazo de la pretensión por el período posterior (abril 2015 a marzo 2016). ----------

---- Corresponde entonces pasar a efectuar el análisis concreto de la prueba de las

horas extras que fueron reconocidas en la sentencia, destacando que la apelante ya no insiste en esta instancia con el argumento defensivo referido a la excepción prevista en el art. 11 inc. b) del decreto 16.115/33. ----------

---- En cuanto a la carga de la prueba de las horas suplementarias, debo precisar, que es doctrina de nuestro Superior Tribunal de Justicia que la misma incumbe, en principio, a la actora (conf. art. 381 del ritual). Así es aun en el Derecho Laboral, de naturaleza esencialmente protectiva, salvo que opere algún supuesto de inversión de la carga probatoria. Ninguna carga adicional debe imponerse a la prueba de las horas extras. La misma es exactamente igual a la de cualquier otro rubro, ya que no hay norma alguna que imponga tal rigorismo y exigir prueba minuciosa, milimétrica de horas y fechas precisas, la tornaría prácticamente de imposible realización (ver, S.D Nro. 01/S.C.A./05; S.D. Nro. 7/S.C.A./04; 11/S.R.E./08 y 12/ S.R.E/08 y 4/S.R.E./10). ----------

---- Dicho razonamiento es el que aplicó en la práctica el juez de grado, teniendo por acreditado el trabajo suplementario alegado por el actor en base a la prueba testimonial y de presunciones, por lo que no se aprecia una errónea aplicación de la carga de la prueba o del derecho como se alega en la expresión de agravios. ----------

---- Que ello sentado, yendo al análisis concreto de la prueba de tareas en horario suplementario, consistente únicamente en testimonial, se aprecian las siguientes declaraciones relevantes: ----------

---- El testigo del actor O. S. (fs. 64) manifestó que “conozco a F. H. G. por haber sido compañero de trabajo desde el 4 de enero de 2010 porque entramos a trabajar los dos juntos”. Asimismo, refirió que “no trabajo en G. desde agosto de 2014 si mal no recuerdo. Cuando me fui G. seguía trabajando. Renuncié porque me cansé”. Respecto al horario de trabajo del actor, refirió qué “ingresábamos 10 menos cuarto de la mañana hasta las 10 de la noche. No teníamos ningún descanso. Es más, hubo días de 14 horas de trabajo sobre todo los fines de semana. Trabajábamos de lunes a lunes. Después de agosto de 2014 también lo vi trabajando en distintos horarios, mañana, tarde, noche”. -

---- El testigo de la demandada, R. A. U. (fs. 65), declaró que: “conozco a F. H. G. por haber sido compañero de trabajo desde el 4 de enero de 2010 porque entramos a trabajar en G. los dos juntos”. Respecto a los horarios de trabajo de G. dijo que: “eran horarios rotativos. Se hace una planificación semanal de horarios entre las 10 de la mañana y el cierre del local. Tuvo veces que trabajó 12 horas, y veces que trabajó 8 horas. Eso se acordaba con el gerente de sucursal…durante el último año se lo obligaba a cumplir las 8 horas y tomarse su franco semanal... Lo que digo lo sé porque tuvimos conflictos con el Sindicato de Empleados de Comercio por el cual nos fijaron una jornada laboral de 8 horas durante 5 días y un día a la semana de 4 horas y un día de descanso semanal” (respuesta a la segunda pregunta del interrogatorio del Juez). ----------

---- Asimismo, la testigo de la demandada, K. S. P. (fs. 66), declaró que “conozco a C. F. G. por haber sido compañeros de trabajo en G.”, aclarando que “fuimos compañeros desde que abrió acá G. en marzo de 2010 y sigo trabajando allí”. En lo que respecta a la jornada de trabajo del actor refirió que “G. no tenía un horario fijo, era en base a los

horarios según se organizaban los vendedores. Ellos en ventas tienen como nosotros de 14 a 22, algunos hacían horario cortado. Los horarios los organizaba o el gerente o el subgerente. Siempre se organizaron así. Después el que quería hacer más horas era voluntario, lo coordinaba con su gerente. G. a veces trabajaba 12 horas. No recuerdo el lapso en el que trabajó 12 horas, pero trabajó 12 horas". Asimismo, afirmó que "G. trabajaba todos los días. A veces se tomaba un descanso". Respecto a la jornada de los vendedores refirió que "lo coordinaba con el jefe. Las 12 horas de trabajo también las hacia S.". Preguntada luego respecto a si con posterioridad a la renuncia de S. también realizaba dicha jornada contestó: "a posteriori no, porque intervino el sindicato y tuvimos un delegado en la sucursal y no se permitía que cualquiera de los empleados haga más de 8 horas". ----------

---- El testigo de la actora G. M. (fs. 70) declaró que conoció a G. por haber sido compañero de trabajo en G., refiriendo que trabajó hasta agosto de 2014 cuando lo desvincularon a él y al gerente S. En torno a la jornada laboral del actor declaró que ingresaba: "10 de la mañana a 10 de la noche. Teníamos 15 minutos de refrigerio. Había gente que trabajaba en doble turno. Se trabajaba de 10 a 14 en un turno, otro de 10 a 18 y otro de 14 a 22. G. trabajaba de lunes a lunes". Refirió también que en el 2013 o 2014 (sin recordarlo bien) se designó un delegado gremial, al ser electo E. C. ----------

---- Por su parte, el testigo de la demandada P. J. (fs. 68) declaró que conoce a C. F. G. por ser Gerente de Recursos Humanos de G. a nivel nacional. Dijo viajar periódicamente a las distintas sucursales una vez cada 6 meses. En cuanto al horario de trabajo de la sucursal de Trelew expresó: "los gerentes de sucursales en Shopping tienen la directiva de organizar dos turnos semanales rotativos de 10 a 19; de 13 a 22 con hora de almuerzo y los correspondientes refrigerios entre media jornada. Se establecen horarios rotativos para que sea ecuánime la posibilidad de venta entre todos los vendedores ya que el salario de los mismos se conforma íntegramente por comisión". Respecto al caso particular de G. expresó que: "cabe aclarar que los últimos dos años hasta su desvinculación, la sucursal contó con delegado gremial del Sindicato de Comercio en el 2014 fue electo E. C., que es un veedor más en el cumplimiento de la normativa laboral. Por otro lado, no se habilita a realizar horas extras porque al haber dos horarios para el plantel de venta, una mayor sobreposición (sic) de horario, derivaría en perjudicar la posibilidad de venta en el grupo que realmente tiene asignado ese horario". ----------

---- De los testimonios reseñados hasta aquí se advierte que aquellos compañeros de G. que se desempeñaron juntos hasta el mes de agosto de 2014 (S. y M.) fueron contundentes en cuanto a que el actor cumplía una jornada laboral diaria de 12 horas de lunes a lunes hasta que se desvincularon de la empresa. ----------

---- Por su parte, aquellos otros testigos que fueron compañeros de trabajo y que continúan en la actualidad, también refirieron que el actor realizó una jornada laboral de 12 horas de lunes a lunes. En efecto, P. declaró que durante un lapso de tiempo G. trabajó 12 horas todos los días y R. U. también manifestó que hubo veces que trabajó 12 horas y otras 8 horas. ----------

---- Los testimonios en cuestión son claros, precisos y concordantes entre sí respecto a la realización de tareas en exceso de la jornada legal, esto es, una jornada laboral de 12 horas diarias de lunes a lunes, teniendo la fuerza de convicción necesaria para tener por acreditado dicho extremo a la luz de la sana crítica (art. 390 del CPCC). ----------

---- A ello se aduna el reconocimiento formulado por la demandada en su escrito recursivo a fs. 110 vta, al afirmar que el actor llevó adelante la realización de horas extras desde abril de 2014 hasta el mes de agosto de 2014, aunque aclarando que ello fue en prohibición de la empresa y en connivencia con el gerente del momento, excusa que claramente es inoponible al trabajador y no invalida el deber de pago adicional (conf. art. 5 ley 11.544 y art. 201 LCT). ----------

---- Ahora bien, en torno al período durante el cual se laboraron horas en exceso de la jornada legal, la cuestión luce distinta, ya que no existe la misma claridad, precisión ni concordancia entre los testimonios vertidos. ----------

---- El juez del anterior grado estableció que se llevaron a cabo hasta el último año de trabajo, esto es hasta el mes de marzo de 2015 inclusive, razonando para ello que las condiciones de trabajo cambiaron con la intervención del sindicato en marzo de 2014, pero presumiendo que tales modificaciones no deben haberse efectuado en forma inmediata. De este modo consideró que se extendieron por un año más desde la fecha en que tuvo por cierta la intervención del sindicato. ----------

---- Dijo textualmente: *“De lo expuesto declaraciones de los testigos y presunciones mencionadas, concluyo que el actor trabajó durante años haciendo el horario que denunció de 12 horas diarias de trabajo, inclusive a veces más de lunes a lunes, hasta un determinado momento el que fijo en el último año de trabajo, las condiciones variaron y se respetó la jornada legal de trabajo. Sobre el momento en que variaron las condiciones de labor, lo fijo en ese período, pues si bien hay posiciones que lo aumentan y otras que lo disminuyen, considero que la intervención del Sindicato que se denuncia desde marzo de 2014, debe haber modificado la forma de trabajo, más que estas no se deben haber efectuado inmediatamente, pero no únicamente desde los últimos seis meses de trabajo del actor”*. ----------

---- En este tópico, no hallo debidamente sustentada en las circunstancias acreditadas de la causa la inferencia en cuestión, apareciendo como una afirmación meramente dogmática del juzgador. ----------

---- La recurrente esgrime que está probado que el actor no realizó horas extras por prohibición del nuevo gerente (U.) y a raíz de la participación del delegado gremial. Pues bien, considero que corresponde hacer lugar a esta porción del agravio, reconociendo las labores en horas extras únicamente hasta el mes agosto de 2014, lo que así dejo propuesto al Acuerdo, por los siguientes argumentos: ----------

---- En primer lugar, se destaca que los testigos P. (respuesta quinta del pliego de la demandada, fs. 66 vta.) y P. J. (respuesta primera del pliego de la demandada, fs. 68) son contestes en cuanto a que a partir de la designación del delegado gremial E. C. se respetó la jornada laboral legal sin poder realizar los empleados horas extras. ----------

---- Ahora bien, respecto a la fecha de la designación del mentado delegado gremial, los testimonios no dan precisión. Así, P. J. manifiesta que ocurrió en el año 2014; la testigo P. expresa que fue a partir de la salida de O. S. (agosto de 2014); M. no puede precisar si fue durante los años 2013 o 2014 y U. no refirió fecha alguna. ----------

---- Sin perjuicio de ello, se advierte que, salvo U., los demás testigos reconocen que la designación del delegado gremial se produjo –al menos- en el año 2014 y siguiendo a la testigo P. puede establecerse que ello se produjo en el mes de agosto del año 2014.

---- Por el contrario, no surge de ninguna de las declaraciones testimoniales circunstancias que permitan presumir que los cambios en la jornada de trabajo se hubieren producido recién al año desde la intervención del Sindicato (en marzo 2014).

---- Por todo lo expuesto, propondré al Acuerdo hacer lugar parcialmente el recurso de apelación deducido por la demandada, limitando el reconocimiento de las diferencias salariales por horas extras al período abril de 2014 a agosto de 2014. ----------

---- 2) Pago de día domingos. En el presente agravio la apelante sostiene que el Acuerdo 245/07 (Convenio Colectivo de Trabajo 130/75) establece una compensación adicional del 100% del salario devengado en día domingo, para el personal que cumpla con ciertos requisitos que –esgrime- han sido obviados por el sentenciante. Entiende que en la especie no se verifican los requisitos establecidos en los artículos 1°, 2° y 3° de dicha norma convencional. Finaliza expresando que es imposible entonces que se haga lugar al reclamo del adicional por día domingo si el actor realizaba una jornada superior a 48 horas semanales, por ser violatorio de los arts. 1, 2 y 3 del Acuerdo 245/07 para Supermercados y, además, por resultar excluyentes entre sí el reclamo de horas extras y el pago del adicional por día domingo. ----------

---- Debo señalar que dicho planteo no fue introducido oportunamente por el recurrente en su escrito de contestación de demanda (fs. 19/35). Por ello se halla vedado a esta alzada dar tratamiento a este último agravio, en virtud del respeto de la congruencia procesal, por tratarse de un capítulo no propuesto a la decisión del juez de primera instancia (conf. arts. 274 y 280 del ritual). ----------

---- Los artículos 274 y 280 del CPCC consagran el principio de congruencia o correspondencia en relación a la segunda instancia, limitando en este caso en forma doble el poder decisorio del Tribunal de alzada, tanto en relación a las cuestiones no sometidas al juez de primera instancia como a cuestiones ajenas vertidas en los agravios contra la sentencia y sus contestaciones. Podríamos decir, junto a Morello, que la directriz es más amplia y definitiva en primera instancia y se angosta en la alzada (Augusto M. Morello. “La eficacia del proceso”; cap. 32: “El principio de congruencia en primera y segunda instancias”. Ed. Hammurabi, 2da. ed. ampliada. Buenos Aires, 2001, pág. 367). ----------

---- En la contestación de la demanda nada dijo la empresa respecto al Acuerdo 245/07 y a la incompatibilidad del reclamo de horas extras con el reclamo del adicional por día domingo. Por el contrario, sostuvo el correcto pago del adicional mediante la duplicación de las comisiones abonadas al trabajador (último párrafo, fs. 28 vta.), circunstancia que

el juez *a quo* verificó que no era así. ----------

---- Por lo expuesto la defensa en cuestión que se pretende introducir en la expresión de agravios resulta extemporánea, al no haberse planteado ni debatido en la primera instancia. ----------

---- Lo dicho es suficiente para el rechazo del presente agravio, proponiéndolo en tal sentido al Acuerdo. ----------

---- 3) Intereses y capitalización a la fecha de interposición de la demanda. Impugna la recurrente el anatocismo dispuesto por la sentencia al capitalizar los intereses al tiempo de la notificación de la demanda. Afirma que el art. 770 del CCyC, por principio general, prohíbe el anatocismo, y que para su procedencia resulta necesario que el actor la reclame en la demanda, habilitando el ejercicio del derecho de defensa para evitar abusos usurarios. Señala que el anatocismo dispuesto de intereses calculados a la tasa activa constituye un “despojo del deudor”, pues se trata de una tasa de interés muy alta como para ser capitalizada que desnaturalizará el monto de condena. ----------

---- El presente agravio no puede prosperar. En primer lugar, por cuanto la norma aplicada (art. 770 inc. b del CCyC) no requiere como recaudo de procedencia del supuesto de capitalización allí previsto la petición expresa del actor. En segundo lugar, el accionante reclamó al demandar concretamente se condene al pago de intereses (puntos II –objeto- y IX f) del petitorio), reclamo éste que lleva ínsito la aplicación de todo el régimen legal que disciplina el instituto de dicho accesorio, incluyendo la tasa, modalidad de pago y capitalización. ----------

---- A mayor abundamiento, tratándose de un crédito laboral, el art. 68 de la ley de procedimiento laboral hablita al juez a fallar “ultra petita”, por lo que inclusive se halla facultado para resolver de oficio respecto a este tópico accesorio en tutela del trabajador, sin que pueda alegarse entonces violación del derecho de defensa. ----------

---- Tampoco observo que la capitalización dispuesta por única vez de intereses calculados a la tasa activa pueda resultar por sí mismo agraviante, en la medida en que la apelante no ha dado ni un sólo argumento por el cual entiende que ello resulta usurario o implica un supuesto despojo como se alega. Por lo demás, a mi juicio, resulta razonable el mecanismo de actualización por intereses dispuesto en la sentencia para mantener la incolumidad del crédito laboral frente a los efectos de la inflación actual que rige en la economía del país. ----------

---- 4) Distribución de costas. Finalmente, se agravia la demandada de la imposición de las costas íntegramente a su cargo, esgrimiendo que se aleja del principio general de vencimientos mutuos (conf. arts. 69 y 72 del CPCC), en tanto el resultado del pleito fue parcialmente favorable a la demandada. Expresa que por dicho motivo las costas debieron ser distribuidas prudencialmente en proporción a los éxitos obtenidos, resaltando que la sentencia rechazó la pretensión de adicional por caja y preaviso. ------

---- Considero le asiste razón en este punto a la apelante ya que mediante la sentencia recurrida se rechazó íntegramente el rubro adicional por caja y parcialmente las diferencias salariales por horas extras reclamadas, por lo que ha existido vencimiento

parcial y mutuo en los términos del art. 72 del CPCC (aplicable conf. art. 73 de la Ley XIV nro. 1). Asimismo, la porción del rechazo de las diferencias salariales, de aceptarse mi propuesta, es ampliado en esta alzada, por lo que también deben ser readecuadas en función del nuevo resultado (conf. art. 282 CPCC). En tal sentido, considero prudente que las costas de la primera instancia sean distribuidas en un 70% a la demandada perdidosa y un 30% al actor, en función de la trascendencia de lo admitido y lo desestimado. En cuanto a los honorarios regulados en la primera instancia, considero prudente mantener los porcentajes respectivos, ya que, si bien se propone revocar parcialmente la sentencia, la demandada mantiene sustancialmente la condición de vencida y los mismos se ajustarán automáticamente al nuevo monto de condena. --------

---- V) Conclusión: Por lo expuesto propongo al acuerdo la revocación parcial de la sentencia apelada, disponiendo el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas por horas extras desde abril de 2014 a agosto de 2014 y la modificación de la imposición de costas, imponiéndolas en un 70% a la demandada perdidosa y un 30% al actor (conf. art 282 y 72 CPCC y 73 Ley XIV Nro. 1) y la confirmación en el resto de sus partes. ----------

---- VI). En cuanto a las costas de esta alzada, atendiendo a que, de los cuatro agravios desarrollados por el recurrente, prosperan parcialmente el relativo a las horas extras y el vinculado a la distribución de las costas, propicio que se establezcan también en un 70% a la demandada y un 30% al actor, atendiendo a la importancia y significancia económica de los agravios involucrados (conf. art. 72 del CPCC y 73 Ley XIV Nro. 1). ----------

---- Los honorarios de los profesionales por las labores desarrolladas en la alzada, propicio se regulen, al doctor R. M. L., letrado apoderado del actor, en un 5,60 %, y al doctor D. G. L., apoderado de la demandada, en un 4,20%, porcentajes ambos que incluyen el plus procuratorio y son aplicables sobre el monto del proceso resultante, con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 5,6,8 y 13 de la ley XIII nº4). ----------

---- Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expreso: ----------

---- I.- La Dra. Cordón Ferrando reseñó el pronunciamiento apelado e individualizó los agravios expresados por la demandada. Para evitar innecesarias reiteraciones solo voy a puntualizar que en la sentencia apelada el Juez de Primera Instancia hizo lugar al reclamo por diferencias salariales e indemnizaciones de ley promovido por el actor y que la demandada, al expresar agravios, cuestiona la procedencia de los reclamos de diferencias salariales por horas extras y por días domingo, la capitalización de intereses establecida en la sentencia y la imposición de costas. ----------

---- II.- Efectuada la aclaración precedente, seguidamente analizaré los aspectos de la sentencia cuestionados y los agravios articulados por la demanda, ello en el mismo orden que fueron tratados por la vocal preopinante. ----------

---- II. a) Horas Extras. En el pronunciamiento de primera instancia se hizo lugar al reclamo por horas extras y horas nocturnas desde abril de 2014 a marzo 2015 y también

se acogió el reclamo por horas trabajadas en día domingo. Como consecuencia de ello, además de condenarse al pago de diferencias salariales, se dispuso el reajuste de las indemnizaciones por despido que fueron pagadas al actor. ----------

---- Al analizar la cuestión de las horas extras, el Juez de grado en primer lugar estableció que las tareas del actor no se encontraban comprendidas en la excepción prevista en el art. 11 inc. b) del decreto 16.115/33 que reglamenta la ley 11.544 de Jornada de Trabajo. Por otra parte, destacó que la demandada no denunció el horario que cumplía el accionante, cuando entiende tenía la carga de hacerlo por discutirse la extensión de la jornada y con invocación del art. 165 inc. 5 CPCC, computó dicha omisión como una presunción en su contra. Por dicha presunción y por las declaraciones de los testigos, concluyó que el actor durante años trabajo 12 horas diarias, inclusive a veces de lunes a lunes y que ello cesó en el último año de trabajo del actor, cuando entiende se comenzó a respetar la jornada legal como consecuencia de la intervención del sindicato. ----------

---- La demandada al expresar agravios sostiene que el actor tenía la carga de probar la realización de horas extraordinarias, acreditando su número, lapso y frecuencia y que como no lo hizo la pretensión no debió prosperar. Al respecto, agrega que de la prueba producida surge que el horario de apertura del local era de 10:00 a 22:00 hs. y que la jornada de los vendedores era rotativa en turnos que iban de 10.00 a 14.00, de 10.00 a 18.00 hs. y de 14:00 a 22.00 hs. Expresa también que los testigos M., P. y U. afirmaron que la jornada laboral era de 8 horas y que si bien algunos testigos señalaron que el actor trabajo 12 horas en alguna oportunidad, no se acreditaron fechas, frecuencia u otros elementos que permitan inferir la existencia de diferencias salariales por tal concepto. Pese a dichas afirmaciones, en párrafos siguientes sostiene que surge de autos que a partir de agosto de 2014 el actor no realizó más horas extras, ello por prohibición del nuevo gerente (U.) y por la intervención del delegado gremial. ----------

---- De las alegaciones reseñadas, claramente se desprende que la accionada en definitiva sostiene que no se realizaron horas extras desde agosto de 2014 y que como el actor no probó la realización concreta de horas extras desde la fecha de su reclamo (abril de 2014) hasta el mes de agosto de 2014, la pretensión debió ser rechazada. -----

---- Frente a los planteos referidos a la prueba de las horas extras, inicialmente cabe señalar que la prueba del trabajo extraordinario está sujeta a las reglas generales de la carga probatoria, en consecuencia le corresponde al trabajador que reclama el pago de horas extraordinarias acreditar los hechos que la justifican su pretensión (art. 381 del CPCC), es decir que debe probar el horario de trabajo que excede la jornada legal y el lapso durante el cual prestó tareas en dichas condiciones. A tal efecto, como ocurre con los distintos hechos controvertidos, son válidos todos los medios de prueba, inclusive las presunciones. ----------

---- Como surge de la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, citada en el voto precedente, el trabajo realizado en horas suplementarias, como dato de la realidad, puede ser demostrado por cualquier medio de prueba, sin que pueda afirmarse que la prueba atinente a este hecho debe ser valorada con mayor estrictez. En tal sentido

se ha dicho que “Las horas extras deben ser probadas como cualquier otro hecho, sin que requieran una prueba especial más concreta, creando distingos donde por ley no existen. (CNAT Sala II Expte N° 13.817/99 Sent. Def. Nº 94.987 del 14/5/2007 “Kolmaier, Rael c/ Derudder SRL s/ diferencias de salarios”). Con similar criterio, también se afirmó que “Respecto del cumplimiento de tareas en exceso de la jornada legal no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para admitir cualquier otro hecho litigioso. En otras palabras, la realización de horas extra puede ser probada por cualquiera de los medios de prueba admitidos expresa o implícitamente por la ley”. (CNAT Sala X Expte. N° 22.273/07 Sent. Def. Nº 16.932 del 30/09/2009 “Cisneros, Facundo Jorge c/Falabella SA s/diferencias de salarios”). ----------

---- Teniendo presente los conceptos apuntados, ante los planteos de la accionada y como la sentencia apelada acogió el reclamo por horas extras respecto del período abril 2014 a marzo 2015, corresponde analizar si efectivamente se acreditó la prestación de tareas en horas extraordinarias durante dicho periodo. ----------

---- Sobre dicha cuestión, al analizar la prueba testimonial rendida en autos se aprecia: (i) que el testigo O. S. (fs. 64) expresó que trabajó con el actor desde enero de 2010 hasta agosto de 2014, que el horario de trabajo se extendía de 10 menos cuarto de la mañana hasta las 10 de la noche, que hubo días de 14 horas de trabajo y que lo hacían de lunes a lunes; (ii) que el testigo R. A. U. (fs. 65), también expresó que trabajó con el actor desde enero de 2010, que hubo veces que éste trabajó 12 horas, y que durante el último año se lo obligaba a cumplir las 8 horas y tomarse su franco semanal; (iii) que la testigo K. S. P. (fs. 66), expresó que G. a veces trabajaba 12 horas, que no recuerda el lapso en que lo hizo, afirmando también que trabajaba todos los días y que a veces se tomaba un descanso, en cuanto a las jornadas de 12 horas aclaró que se realizaron hasta la renuncia de S. y que a posteriori no, porque intervino el sindicato, tuvieron un delegado en la sucursal y no se permitió que los empleados haga más de 8 horas; y (iv) que el testigo G. M. (fs. 70) dijo que fue compañero de trabajo del actor hasta agosto de 2014, que la jornada de trabajo se extendía 10 de la mañana a 10 de la noche, de lunes a lunes. ----------

---- De los testimonios reseñados, a mi criterio, surge acreditado que el actor, cuanto menos hasta el mes de agosto de 2014, prestó sus tareas en jornadas de 12 horas diarias. Extremo que, como señala la vocal preopinante, además surge implícitamente aceptado por la accionada al expresar agravios, donde reconoce que hasta agosto de 2014 se realizaron horas extras, alegando que ello se hizo en connivencia con el gerente del momento. ----------

---- En cuanto al periodo de realización de horas extras, considero que asiste razón a la accionada en cuanto sostiene que estas se extendieron hasta agosto de 2014, ya que de los testimonios surge que éstas cesaron cuando se designó un nuevo gerente de la sucursal y por la participación del delegado gremial, hechos que por las declaraciones

de los testigos pueden situarse en el referido mes y año. ----------
---- Por lo expuesto, considero que las conclusiones del Juez de grado, en cuanto sostiene que el actor realizó horas extras hasta de marzo de 2015 inclusive, carecen de todo sustento probatorio y en consecuencia postulo revocar parcialmente la sentencia apelada, limitando el reconocimiento de las diferencias salariales por horas extras al período abril de 2014 a agosto de 2014, como propone la Dra. Cordón Ferrando en el voto precedente. ----------
---- II. b) días domingos. - La sentencia también reconoció diferencias salariales por falta de pago de los días domingos trabajados, expresando el Juez de grado que los pagos realizados por tal concepto correspondían al pago de comisiones. En sustento de dicha conclusión computó: (i) la presunción referida en el apartado precedente, (ii) la carga probatoria establecida en el art. 43 de la ley procesal laboral, (iii) lo expresado por el gerente de recursos humanos de la demandada (fs. 68/68 vta.), quien reconoció que no se pagaban los días domingos por estar incluidos en las comisiones, y (iv) que del denominado “Anexo de Comisiones” que obra en el reverso de cada recibo de sueldo, surge que las comisiones consignadas se relacionan con lo pagado por día domingo. ---
---- Al cuestionar este aspecto de la sentencia, la demandada expresa que el Acuerdo 245/07 (Convenio Colectivo de Trabajo 130/75) establece una compensación adicional del 100% del salario devengado en día domingo para el personal que cumpla con ciertos requisitos que no fueron considerados por el Juez de grado. ----------
---- Al respecto, después de transcribir parcialmente los arts. 1, 2 y 3 del mencionado acuerdo, sostiene que como en la sentencia se estableció que el actor realizaba una jornada semanal superior a las 48 hs., es imposible que se haga lugar al reclamo del adicional por día domingo, por ser, a su criterio, excluyente el reclamo de diferencias salariales por horas extras y por adicional día domingo. ----------
---- Si bien del convenio invocado por la recurrente no surge con claridad la incompatibilidad alegada ni que el mismo sea aplicable al caso de autos, ello por estar previsto para trabajadores de supermercados que prestan tareas en día domingo. Como destaca la Dra. Cordón Ferrando en el voto precedente, el planteo no fue introducido por el recurrente en la etapa procesal oportuna y, en consecuencia, el agravio no puede ser analizado, por tratarse de una cuestión no propuesta a la decisión del juez de primera instancia (art. 274 y 280 del CPCC). ----------
---- En tal sentido se ha dicho que “El tribunal de alzada no realiza un nuevo juicio, sino que se encuentra limitado a poder tratar sólo aquello que fue materia de conocimiento en la primera instancia; es decir que existe un límite máximo, determinado por los capítulos propuestos a la decisión del juez” (CNCiv., Sala F, 6-9-2000, E.D. 196-49). ----
---- Siendo ello así, cabe recordar que la accionada invocó el Acuerdo 245/07 y alegó que de éste surge la incompatibilidad del reclamo de horas extras con el reclamo de adicional por día domingo, recién en oportunidad de expresar agravios, cuando al contestar demanda planteó que se abonó correctamente el adicional correspondiente al trabajo de días domingo. Ante la extemporaneidad del planteo, el agravio debe ser

rechazado, así lo propongo al pleno. ----------

---- II. c) Intereses y capitalización a la fecha de interposición de la demanda. En la sentencia recurrida se dispuso la capitalización de intereses desde la notificación de la demanda. La demandada, al expresar agravios impugna dicha decisión afirmando que el art. 770 del Código Civil y Comercial, por principio general, prohíbe el anatocismo y que la procedencia de la capitalización requiere que sea reclamada en demanda. --------

---- Frente a dicho planteo, cabe puntualizar que el del art. 770 del CCyC establece que: “No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación”. Al analizar la letra de la ley, surge con claridad que el inc. b. de la norma no exige, como pretende la apelante, que la capitalización se reclame expresamente en demanda, solamente requiere que la obligación se demande judicialmente. ----------

---- Siendo ello así, cuando se demanda la obligación con más sus intereses —como en autos—, el inciso b del art. 770 del CCyC se torna operativo, sin que sea requisito para su aplicación que la capitalización sea expresamente reclamada, ya que cuando se reclaman intereses, se peticiona la aplicación de su régimen completo, no parcializado.

---- Conforme lo apuntado, cuando se reclama judicialmente capital más intereses, de hacerse lugar a la pretensión, éstos deben establecerse conforme al régimen legal vigente al momento de la sentencia. En razón ello, no es posible sostener que la capitalización dispuesta en el pronunciamiento apelado implica transgresión al principio de congruencia o que se haya vulnerado en derecho de defensa, como insinúa la accionada al expresar agravios. ----------

---- Por lo hasta aquí expresado, los cuestionamientos articulados respecto de la capitalización de intereses dispuesta en sentencia no pueden prosperar. ----------

---- II. d) Distribución de costas. Finalmente, la demandada cuestiona que las costas se hayan impuesto íntegramente a su cargo, alegando que el pleito fue parcialmente favorable a su parte y que las costas deben distribuirse prudencialmente en proporción a los éxitos obtenidos (conf. 72 del CPCC). ----------

---- El planteo debe tener acogida favorable, ya que la sentencia rechazó el rubro adicional por caja e hizo lugar parcialmente a las diferencias salariales reclamadas, verificándose en consecuencia el supuesto de vencimiento parcial y mutuo previsto en el art. 72 del CPCC. Siendo ello así, teniendo en cuenta las pretensiones articuladas en demanda y las finalmente receptadas en sentencia, las costas de la primera instancia deben imponerse en un 70% a la demandada y en un 30% al actor. ----------

---- III.- Por lo expuesto, coincido con la vocal preopinante en tanto postula la revocación parcial de la sentencia apelada, disponiendo el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas por horas extras desde abril de 2014 a agosto de 2014 y la

modificación de la imposición de costas, imponiéndolas en un 70% a la demandada perdidosa y un 30% al actor (conf. art 282 y 72 CPCC). ----------

---- IV.- Respecto de las costas de esta instancia, dado que el recurso de la accionada prospera parcialmente, entiendo que corresponde imponerlas también en el 70% a la demandada y en el 30% al actor (art. 72 del CPCC). En cuanto a los honorarios de segunda instancia, coincido con la propuesta de regulación efectuada por Dra. Cordón Ferrando, la que entiendo resulta justa y adecuada a la actividad desarrollada por los letrados de las partes y a las restantes pautas de la ley arancelaria local (conf. arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4). ----------

---- Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso: ----------

---- Resta analizar el recurso interpuesto a fs. 106 por la parte demandada contra los honorarios regulados en el grado a favor del Dr. R. M. L. -19,85%- (conforme punto III del fallo, fs. 103). Apreciadas las tareas del mencionado profesional, considero que dicha regulación no resulta elevada como lo sostiene el apelante, dado que se adecúa a las pautas arancelarias vigentes razonablemente ponderadas por el Juez de grado (arts. 5, 6, y 8 de la Ley XIII nro. 4), por lo que propicio su confirmación, ello sin costas en esta alzada, en razón de la materia involucrada. Así lo voto. ----------

---- Por lo expuesto a esta cuestión me pronuncio POR LA NEGATIVA. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso: ----------

---- La demandada a fs. 106 apeló por altos los honorarios regulados en favor del Dr. R. M. L. --En virtud a las tareas profesionales realizadas por el nombrado letrado y teniendo en cuenta la extensión y calidad de las mismas, entiendo que son correctos los honorarios regulados, ya que se ajustan a los parámetros establecidos en la ley arancelaria local, por lo que considero que deben ser confirmados (arts. 5, 6, 8, 9, 18 y 46 de la Ley XIII n° 4). ----------

---- Por los motivos dados, a la segunda cuestión voto POR LA NEGATIVA. ----------

---- **A LA TERCERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando dijo: ----------

---- Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde: --------

---- A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, disponiendo el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas por horas extras desde abril de 2014 a agosto de 2014 y la modificación de la imposición de costas de la primera instancia, distribuyéndolas en un 70% a la demandada perdidosa y en un 30% al actor (conf. art. 282 y 72 CPCC y 70 Ley XIV Nro. 1), confirmándola en el resto de sus partes. ----------

---- B) CONFIRMAR los honorarios regulados en la primera instancia. ----------

---- C) IMPONER las costas de la alzada en un 70% a la demandada y un 30% al actor, atendiendo a la importancia de los agravios que prosperan y los que se rechazan (conf. art. 72 del CPCC y 73 Ley XIV Nro. 1). ----------

---- D) REGULAR los honorarios de los profesionales por las labores desarrolladas en la alzada, al doctor R. M. L., letrado apoderado del actor, en un 5,60 %, y al doctor D. G.

L., apoderado de la demandada, en un 4,20%, porcentajes ambos que incluyen el plus procuratorio, aplicables sobre el monto del proceso resultante, con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 5,6,8 y 13 de la ley XIII nº4). ----------

---- Tal mi voto. ----------

---- **A LA TERCERA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso: ----------

---- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Cordón Ferrando, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. ----------

---- 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 y encontrarse en uso de licencia la Dra. Natalia I. Spoturno (Arts. 7 y 8 Ley V N° 17). ----------

---- Trelew, de junio de 2019. ----------

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

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

---- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, disponiendo el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas por horas extras desde abril de 2014 a agosto de 2014 y la modificación de la imposición de costas de la primera instancia, distribuyéndolas en un 70% a la demandada perdidosa y en un 30% al actor (conf. art. 282 y 72 CPCC y 70 Ley XIV Nro. 1), confirmándola en el resto de sus partes. ----------

---- CONFIRMAR los honorarios regulados en la primera instancia. ----------

---- IMPONER las costas de la alzada en un 70% a la demandada y un 30% al actor, atendiendo a la importancia de los agravios que prosperan y los que se rechazan (conf. art. 72 del CPCC y 73 Ley XIV Nro. 1). ----------

---- REGULAR los honorarios de los profesionales por las labores desarrolladas en la alzada, al doctor R. M. L., letrado apoderado del actor, en un 5,60 %, y al doctor D. G. L., apoderado de la demandada, en un 4,20%, porcentajes ambos que incluyen el plus procuratorio, aplicables sobre el monto del proceso resultante, con más el IVA si correspondiere (Conf. arts. 5,6,8 y 13 de la ley XIII nº4). ----------

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

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
JUEZA DE CAMARA

MARCELO F. PERAL
PRESIDENTE

---------- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2019 – SDL. - CONSTE. ----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA