



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los doce (12) días de Noviembre del año 2019, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. Alejandra Barroso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Rosa Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"GUERRA DIEGO MARTIN C/ TARIFEÑO FRANCISCO Y OTROS/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"**, (Expte. Nro.: 47329, Año: 2016), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

I.- A fs. 134/139vta. luce la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 9 de septiembre del 2019 mediante la cual se hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el actor Sr. Diego Martín Guerra contra el demandado Sr. Francisco Tarifeño, condenando a este al pago de la suma allí consignada, en concepto de diferencias salariales, liquidación final, indemnizaciones por despido e incrementos por falta de pago y entrega de certificaciones, con más intereses devengados.

Este pronunciamiento es recurrido por la parte demandada quien expresa agravios a fs. 142/149, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 151/156.

II.- 1. Agravios:

a) Primer agravio: El recurrente argumenta que el juez de grado incurre en falta de fundamentación al acoger el reclamo de horas extras cuando omite hacer referencia a testimonio o dicho alguno que acredite la hipótesis fáctica, afirmando que de la prueba testimonial no se puede colegir siquiera qué días ni en qué horarios el demandante habría cumplido esas horas extraordinarias.

Entiende que esta falta de fundamentación tornaría nula la sentencia, aunque indica que igualmente, de la prueba rendida no puede colegirse la extensión de las horas extras.

Cita antecedentes jurisprudenciales de la Cámara de Apelaciones de la I Circunscripción Judicial, sobre la naturaleza excepcional de las horas suplementarias y la estricta carga probatoria a cumplir para su procedencia.

Asevera que las horas extras que el accionante dice haber cumplido y la consecuente pretensión de remuneraciones, por ser las mismas ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo, deben presentarse respaldadas por pruebas terminantes y asertivas aportadas por quien las alega, considerando que en el caso de marras el trabajador no logró realizar, por lo cual, debe rechazarse la demanda.

b) Segundo agravio: En este cuestionamiento señala que el actor intima el pago de horas extraordinarias bajo apercibimiento de despido indirecto, lo que efectiviza mediante telegrama del 29 de septiembre del 2015, es decir, que la única causa era esa, por lo cual, el juez debió considerar únicamente si ello habilitaba el distracto, y no otras cuestiones como el pago de horas nocturnas.

Arguye que el magistrado introduce una injuria que lo lleva a considerar el despido indirecto justificado, violando el art. 243 de la LCT, ya que el pago de horas nocturnas no fue intimado ni reclamado por el actor.

Alega que la falta de pago de horas suplementarias no es elemento esencial del contrato de trabajo y por ello no puede justificar el despido indirecto, citando jurisprudencia en su apoyo.

c) Tercer agravio: Expresa que el actor en su intimación previa al distracto reclama el pago de 10 horas extras semanales sin brindar precisión alguna que permita al empleador establecer si las mismas son al 50% o al 100%, tampoco explicita monto de la supuesta deuda cuyo pago reclama, máxime cuando consta que se pagaban horas extras.

Por lo cual, sostiene que dicha intimación previa no cumple los mínimos recaudos legales, dejando a su parte en estado de indefensión, tal como lo considerara esta Alzada en fallo que cita.

Transcribe doctrina sobre los recaudos de la constitución en mora y asegura que el incumplimiento de tales pautas por parte del actor, previas a la decisión rupturista, es motivo suficiente para desestimar la demanda.

d) Cuarto agravio: Refiere que el a quo a pesar de considerar discutible que la falta de pago de horas extras constituya motivo suficiente para denunciar el contrato laboral, condena a su parte al pago de la penalidad del art. 2 de la ley 25.323.

Cita doctrina judicial que destaca la naturaleza punitiva de la sanción y la facultad morigeradora que tiene el tribunal, solicitando supletoriamente la no aplicación de dicha pena.

Finalmente, solicita se revoque el fallo recurrido, según lo expuesto, con costas.

2. Contestación de agravios:

La actora en su responde, en forma preliminar, denuncia el incumplimiento de los requisitos formales previstos en el art. 265 del CPCC.

Seguidamente, enuncia someramente lo manifestado por el apelante en cada agravio y procede a contestar las quejas:

a) Dice que los declarantes en autos refieren con precisión y circunstanciadamente la prestación del débito laboral por parte del actor en horarios que superan el tope legal, demostrándose inclusive la cantidad de horas extras trabajadas. Transcribe declaraciones testimoniales en respaldo de lo afirmado.

Recuerda que el empleador negó la realización de horas extras en el intercambio telegráfico y se ha probado que su parte se desempeñaba en el horario de 15 a 8 hs. del día siguiente, durante dos días a la semana y los fines de semana un día de 8 a 8 del día siguiente, es decir, que trabajaba un total de 58 horas semanales, diez por encima de las establecidas por el CCT de aplicación.

Señala que además de las horas extras, no se abonaba el adicional especial por nocturnidad, evaluando el judicante a los fines del distracto la escasa cuantía del salario, su carácter alimentario y el monto de dinero adeudado en concepto de horas extras.

b) Advierte que el magistrado tuvo en cuenta diversas cuestiones que demuestran la renuencia de la patronal a pagar correctamente la remuneración del trabajador, discriminando claramente que el despido se produjo por la falta de pago de horas extras.

c) Indica que el demandado parece omitir el hecho contundente emanado de su propia comunicación en la que negó rotundamente la realización de horas extras, respuesta a la intimación de su parte en la que claramente se detallaban los días y los horarios de la prestación laboral y que excedían en 10 horas semanales la jornada legal, es decir, que se brindó la información necesaria para que el empleador cumpliera con la intimación previa.

d) Menciona que el carácter de discutible es desplazado una vez que el juzgador se ha convencido de la procedencia del reclamo y ha quedado expuesto que el incumplimiento existió, el pago se debía y fue necesario recurrir a la justicia para satisfacerlo.

Narra que el articulado contempla una facultad del juez de morigerar la sanción ante circunstancias particulares que no se dan en el presente caso.

Finalmente, insiste en la insuficiencia recursiva y solicita se rechace la apelación con costas.

III.- Análisis de los agravios:

1. En forma preliminar, destaco que considero que las quejas traídas cumplen con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C., con las salvedades que se expresarán.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), en el marco del principio de congruencia.

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimientes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

2. Cabe tener en cuenta que el sentenciante tiene por acreditado que el actor trabajaba dos veces por semana de 15.00 a 08.00 horas del día siguiente y sábado o domingo durante 24 horas seguidas, tal como invocara el actor en el escrito inicial, implicando horas extras y nocturnas, no habiendo por su parte el empleador acreditado la organización

horaria. Todo ello de conformidad a las testimoniales rendidas.

Refiere que si bien es discutible que la falta de pago de horas extraordinarias justifique la denuncia del vínculo laboral, considera que las particulares circunstancias del presente caso lo persuaden de que la decisión rupturista del actor resulta ajustada a derecho.

En tal sentido, describe que los recibos eran remitidos tardíamente desde la sede de la empresa en Neuquén, que el empleador negó injustificadamente que el trabajador haya realizado horas suplementarias, sumando la escasa cuantía del salario, su carácter alimentario y la cuantiosa suma de dinero adeudada en concepto de horas suplementarias, lo que lo lleva a considerar que en este caso el incumplimiento patronal es de tal gravedad que justifica la resolución contractual.

Asimismo, considera que se evidencia la renuencia del demandado a abonar correctamente la remuneración del dependiente, no abonó nunca el adicional especial por nocturnidad y sólo parcialmente las horas extras durante algunos meses, con el consiguiente perjuicio sobre los derechos del accionante.

Liquida los rubros de procedencia, de acuerdo a lo informado por la pericia contable, refiriendo en particular que corresponde el incremento indemnizatorios previsto en el art. 2 ley 25.323, por cuanto el actor cumplió con el único requisito previsto en la norma, según telegrama de fs. 6.

3. Atento lo reseñado brevemente, procederé al análisis concreto de cada agravio vertido.

a) En su primera queja, el recurrente aduce que el juez de origen no funda suficientemente su decisión al no especificar las declaraciones testimoniales a las que se refiere, afirmando que los testigos no puntualizan horarios y

trayendo a colación jurisprudencia sobre la estrictez de la prueba en la materia.

Por su parte, el magistrado da cuenta de que la empleadora adujo horario rotativo, más nada probó al respecto, no exhibiendo inclusive los libros laborales al perito designado.

En cambio, el trabajador produjo la prueba testimonial de la cual emana que el accionante laboraba dos veces por semana de 15.00 a 08.00 hs. y sábado o domingo durante 24 hs. tal como lo denunciara en su demanda. En estos términos, tiene por acreditadas las horas extras reclamadas.

Primero, cabe aclarar que lo expuesto por el juzgador es fundamento suficiente de la decisión tomada, adviértase que se puntualiza el horario de trabajo que refirieran los testigos, siendo innecesario transcribir las declaraciones que se encuentran glosadas en el expediente.

En segundo término, cabe confirmar lo considerado por el magistrado en cuanto a que las declaraciones testimoniales dan cuenta del horario expresado, siendo inexacto lo indicado por el apelante en punto a que "no puede colegirse siquiera qué días ni qué horarios el actor habría cumplido esas horas".

Tengo en cuenta especialmente que declaran los testigos: José Antonio Langhi, empleado del EPEN, objetivo en el que se desempeñaba el actor como vigilador, quien expresa que: "Él trabajaba 2 veces por semana de 15 a 8 de la mañana del otro día. Y después trabajaba algún sábado o domingo 24 horas seguidas." (fs. 88)

Carlos Emanuel Panguilef, quien declaró que: "Sé que trabaja tipo 15 hasta el otro día a la mañana. Lo sé porque a veces le he ido a dejar comida. Sé que trabajaba fines de semana, 24 horas seguidas. Lo sé porque jugábamos sábados y domingos y él no podía jugar alguno de esos días. Él estaba de sereno." (fs. 89)

Jonathan Ariel Aguirre, compañero de trabajo, refirió: "Él tenía el mismo horario que yo. De 15 a 8 del día siguiente y 24 horas los fines de semana. Lo sé porque yo trabajaba en el mismo horario y a veces compartíamos guardias." (fs. 90)

Gerardo Antonio Cabezón, empleado del EPEN, señaló también que: "El régimen de trabajo del Sr. Guerra era 2 veces por semana. Cuando yo salía de mi laburo, tipo 15, él entraba a esa hora y al día siguiente lo veía cuando yo entraba al trabajo, todavía estaba ahí a las 8. Trabajaba fines de semana y algún que otro feriado." (fs. 91)

Como se puede ver, los declarantes son varios y refieren con bastante claridad los horarios de trabajo del reclamante. Con lo cual, se acredita certeramente la realización de las horas extras, como lo estableciera el juez de primera instancia.

Por lo demás, corresponde destacar que no comparto el criterio de la jurisprudencia citada por el quejoso, criterio que tampoco se condice con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia al respecto.

Entiendo que las horas extras son como cualquier otro hecho a probar, no existe norma legal que establezca una prueba especial. Por el contrario, las normas laborales establecen que es el empleador el que tiene que informar y acreditar el horario de trabajo de su personal (cfme. arts. 6 inc. a de la ley 11.544). Asimismo, si se prueba la realización de las horas extras, la falta de exhibición de los registros pertinentes o la falta de registro de las mismas según obligación legal (art. 6 inc. c de la ley 11.544 y 8 del Convenio 1 OIT), crea una presunción a favor del trabajador (art. 55 de la LCT y 38 de la ley 921).

Como dije, así lo sostiene nuestro Tribunal Superior: "De las constancias de la causa surge que la actora efectivamente cumplía tareas en tiempo suplementario. En consecuencia, la

demandada se encontraba obligada a llevar un registro especial, en el cual dejara asentado el trabajo prestado en horas extras (Arts. 6° de la Ley 11.544 y 21 del Decreto 16.115/33, 52 y 55 de la Ley de Contrato de Trabajo). Cabe señalar que la empleadora no probó llevar el libro de registro especial en el que debía constar el trabajo prestado en horas extraordinarias, obligación que también imponen los Arts. 8 y 11, punto 2, de los Convenios 1 y 30 de la O.I.T., ambos ratificados y de jerarquía supra legal de acuerdo al Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en cuanto se establece: [...] c) inscribir en un registro, en la forma aprobada por la legislación de cada país o por un reglamento de la autoridad competente, todas las horas extraordinarias efectuadas de acuerdo con los artículos 3 y 6 del presente Convenio". (cfr. Convenio Nro. 1 Artículo 8)... La jurisprudencia en la materia ha dicho: "Si bien el actor no probó la cantidad de horas extras laboradas, de la prueba pericial surge que medió desempeño extraordinario lo cual lleva a presumir como cierto el número de horas extraordinarias estimado en la demanda, en razón de que la demandada no probó llevar el libro registro previsto en el art. 6 inc. c) de la Ley 11.544 y en el art. 21 del decreto reglamentario 16.515, registro que sin duda debe ser llevado cuando en la empresa se trabaja en tiempo extraordinario. Cuando una norma jurídica reglamenta la existencia de un documento o registro, aunque no diga en forma expresa que debe llevarse y conservarse, ésta es la interpretación lógica que debe efectuarse toda vez que las normas legales- y en especial -las laborales- tienden a ser auto aplicables y no meramente abstractas. La excepción sólo se da cuando el precepto en forma clara indica que el llevado o conservación de tales libros, registros o documentos será facultativo, lo que no ocurre con la norma analizada." (CNAT, Sala II, "Laciar,

Leopoldo I.J. c/ Derudder Hnos. SRL s/ Despido; "Gutiérrez, Rodrigo c/ Tecnología de Imagen Textil S.A. s/ Despido"). También: "[...] en la medida que la demandada no exhibió documentación alguna relacionada con la jornada de la actora, corresponde presumir que son ciertas las horas extras denunciadas en la demanda, siendo la accionada quien debía producir prueba en contrario (conf. art. 52 inc. g) y h y art. 55 L.C.T." (CNAT, Sala VI, "Moscoso, María Laura c/ Antunis Segundamano Argentina SA s/ despido"; Sala VI, Báez, Pedro Alberto c/ Transporte Servermar S.A. s/ despido"; "Alegre, Patricio Emmanuel c/ Bino SRL y otro s/despido).". (TSJ, "SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" Expte. N° 68 - año 2011, sentencia de fecha 13 de octubre de 2015, Ac. N°38).

En el presente caso, es el demandado quien reconoce al contestar demanda que el actor realizaba horas extras, con lo cual es al propio demandado a quien le correspondía la carga de acreditar la extensión del trabajo en horas suplementarias, acompañando a tales fines las pertinentes planillas horarios, prueba que ha omitido ante las intimaciones cursadas. Señalo que el perito expresó que realizó reiterados pedidos a las demandadas, quienes concluyeron que "no llevan libros laborales" (fs. 101).

Recientemente me he expedido al respecto en un caso similar al presente y con el mismo demandado, en autos: "AGUIRRE JONATHAN ARIEL C/ TARIFEÑO FRANCISCO S/ DESPIDO" (Expte. 47.305/2016), de la OAPyG de San Martín de los Andes, en el cual expresé: "... En este aspecto, he de citar la doctrina de nuestro Tribunal Superior de Justicia, voto del Dr. Massei al que adhiriera el Dr. Kohon en el precedente "Reyes Barrientos" y que comparto: "...Con respecto a la prueba de las horas extras se debaten -en estos tiempos- varias cuestiones. En primer término, si alcanzan las simples

presunciones para tener por demostrada su realización y cantidad; o, en cambio, si es necesario que el trabajador pruebe de manera contundente, precisa y directa esos hechos."

"Por otro lado, acerca de las cargas que pesan sobre el empleador respecto al trabajo complementario, aspecto relacionado directamente con el anterior. (DE MANUELE, Abel Nicolás-FREM, Gabriel, Jornada de Trabajo y descansos, análisis doctrinario y jurisprudencial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2013, pag. 354-55)."

"Los diferentes pronunciamientos judiciales marcan una evolución sobre el tema a partir de exigírsele en otros tiempos que la persona trabajadora demuestre en forma precisa y estricta las horas extras. En cambio, actualmente basta con probar -por cualquier medio- que se prestó tareas por encima del horario legal, para que se desplace el onus probandi - carga de la prueba- y sea el empleador el que deba exhibir el registro ordenado por el Art. 6° de la Ley 11.544. (aut. y ob. Cit.)."

"Incluso la Suprema Corte de la Buenos Aires ha variado la doctrina anterior: "Acreditado que el actor prestó servicios en exceso de la jornada legal y en atención al contenido de las normas que imponen al empleador la obligación de llevar registro de esa prolongación (arts. 6°, ley 11.544; 21, dec. 16.115/33); más allá de que tales asientos no se realicen en el libro especial del artículo 52 de la LCT toda vez que no hay previsión legal expresa en ese sentido, no hay obstáculo para aplicar los preceptos de los artículos 55 de la L.C.T. y 39 de la ley 11.653, en cuando disponen una presunción relativa de veracidad de la afirmación del trabajador -en este caso referida a su tiempo de trabajo cuando el empleador no cumple su carga de registración" (SCJBA, 22-2-2012, L 99.688 S, "López, Juan Ismael Osvaldo c/ Ardapez S.A. s/ despido")...". (TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

NEUQUEN, Acuerdo 10 del 16 de junio de 2016, autos "REYES BARRIENTOS SEGUNDO B. C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES", Expte. Nro. 70 - Año 2013)."

"En el mismo sentido ya he tenido oportunidad de expedirme reiteradamente en autos: "AGUILERA GRACIELA C/ GIUSSANI JOSE S/ DESPIDO INDIRECTO", 29.421/11 de fecha 01/07/2014; también en autos "RAMIREZ AYELEN MARISOL C/ DOMINGUEZ PABLO ANDRES Y OTRO S/DESPIDO", Expte. Nro.: 33235, Año: 2012, sentencia del 30 de julio de 2015; y también en autos: "ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", Expte 3836/2012 sentencia del 11 de diciembre de 2015; todos precedentes de la OAPyG de San Martín de los Andes. En el mismo sentido postulé en autos "NOLAZCO PEREZ VICENTE C/ P.C.C. S.R.L. S/DESPIDO INDIRECTO", Expte. Nro.: 29534, Año: 2011, sentencia de fecha 16 de mayo de 2014, OAPyG de Zapala; y también en autos "PARDO JORGE OMAR C/ TRANSPORTE PEDUZZI SRL S/ DESPIDO INDIRECTO", Expte. 57428, Año 2012, Acuerdo de fecha 30 de junio de 2016, de la OAPyG de Cutral Co, voto al cual adhiriera el Dr. Furlotti con cita del precedente "REYES BARRIENTOS" de nuestro TSJ."

"Además de ser esta interpretación la doctrina del TSJ de Neuquén y la doctrina legal de la SCBA, igualmente se han expedido en el mismo sentido la CNAT en los precedentes "Kolmaier, Rael c/ Derudder S.R.L. s/ diferencias de salarios", expte. 13.817/99, Sala II, 14/5/2007; "Rodríguez Ayquipa, Carlos c/ Bolzonella, Carlos y otro s/ despido", expte. 6071/06, Sala II, 28/12/2006; (citados en: De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 362); Sala IX, "Terranova, Hugo Marcelo c/ Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. s/despido", 25/03/2013, la ley online, entre muchos otros."

"He de agregar que en igual sentido la doctrina destaca que ha habido "... una marcada evolución de la jurisprudencia,

en donde en un inicio se exigía una prueba calificada, hasta llegar a la actualidad, en la que prevalecen los principios básicos del Derecho del Trabajo y sobre todo la Constitución Nacional (art. 14 bis) y los tratados internacionales.” (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 354).”

“Se afirma que en los años 90, privilegiando la flexibilización laboral sobre los derechos de los trabajadores, la CSJN se inclinó por considerar que la jornada en exceso era un supuesto de excepción que requería prueba fehaciente, sin embargo y, contrariamente “...hoy en día podemos orgullosamente decir que la realidad jurisprudencial ha variado, esencialmente con la renovación de los tribunales y por un mayor reconocimiento de los derechos sociales, principalmente con la aplicación de los tratados internacionales y de la humanización de las potestades de los trabajadores...”.(De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 354/355).”

“En ALCARAZ C/ CHECHILE sostuve que participo del criterio que entiende que, si el trabajador consigue demostrar que su trabajo se efectuaba por encima de la jornada legal, cabe considerar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del empleador en cuanto a registrar los mismos en los asientos tipificados por el art. 6 de la ley 11.544, y, en su caso, tenerlas por ciertas (en su extensión), en tanto la estimación realizada en la demanda resulte creíble o verosímil y no visiblemente exagerada y tampoco se encuentre controvertida por la prueba producida.”

“En este sentido, si se encontrara acreditado que el trabajador prestó tareas en exceso de la jornada, ante la falta de exhibición del registro especial donde conste el trabajo prestado en horas extraordinarias (arts. 52 incs. g. y h. y 55 de la L.C.T. y art. 6 inc. C de la ley 11.544), debe

presumirse que es verosímil la jornada y las horas extras denunciadas en el escrito de inicio, es decir que la presunción se aplica a su extensión...”

“... Sin perjuicio de resultar reiterativa, también cabe citar jurisprudencia al respecto: “Reconocido el desempeño del trabajador durante horas extra, la ley 11544 art. 6 inc. c, obligaba al empleador a llevar un registro de todas las horas extra trabajadas y ante la falta de tal exhibición, resulta procedente la presunción del art. 55 LCT.” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X • 19/02/1998 • Bonanno, Fabián A. v. Golago S.A. •30000484).”

“Asimismo, cabe recordar lo dispuesto por el art. 58 de la LCT que impide admitir presunciones en contra del trabajador derivadas de su silencio, o de cualquier otro modo que no sea un comportamiento inequívoco, y aún así, he de agregar, cabe respetar el principio de irrenunciabilidad y el orden público laboral que impone normas inderogables aún para la voluntad de las partes.”

“En estos términos, la circunstancia de que el trabajador no haya reclamado las horas extras durante la relación laboral o haya guardado silencio al respecto, no tiene ninguna relevancia.”

“En este mismo sentido ya me he expedido igualmente en autos “CASIANO C/ ASOCIACION DEPORTIVA CLUB LACAR”, de la OAPyG de San Martín de los Andes: “...En la relación contractual de trabajo subordinado existen mínimos inderogables que conforman el orden público laboral y que están fuera del ámbito de negociación de las partes, y resultan irrenunciables para el trabajador; estos mínimos se incluyen ope legis en el contrato de trabajo.”

“Por estas razones y principios, resulta irrelevante que el trabajador haya guardado silencio durante toda la relación

laboral o que sólo reclame sus derechos una vez finalizado el contrato de trabajo."

"En el contrato de trabajo, considerando la situación de desigualdad negocial de las partes, es probable que el trabajador no se encuentre en condiciones de reclamar durante la vigencia de la relación, por temor a perder su fuente de trabajo."

"La doctrina sostiene en este aspecto que: "...En efecto, el obrero durante la ejecución del contrato siente más que nunca su falta de libertad..." "... El temor... de perder el empleo se transforma en una fuerza de coacción que actúa sobre la voluntad del empleado, como una de las peores formas de la violencia moral..." "... La renuncia de derechos es presumida insuficientemente libre y debe ser anulada. El estado de subordinación llega a su fin al terminar el contrato..." (Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo II, pág. 259, con cita de De Ferrari, Francisco, Derecho del Trabajo)..." ("CASIANO CLAUDIO ALEJANDRO C/ ASOCIACION DEPORTIVA Y CULTURAL LACAR S/DESPIDO INDIRECTO", Expte. Nro.: 34983, Año: 2013. Acuerdo de fecha 16 de mayo de 2016, Sala I de esta Cámara Provincial de Apelaciones, OAPyG de SMA)..." (autos "Aguirre c/ Tarifeño" citado precedentemente).

Por estas razones, la queja no puede ser admitida, por lo cual corresponde se confirme la procedencia del reclamo por las horas extras adeudadas.

b) Seguidamente, y por una cuestión de orden lógico, he de referirme al tercer agravio planteado por la recurrente.

En la tercera objeción, el apelante imputa defectuosa intimación previa a los efectos de constituir el despido indirecto por falta de especificación de las horas extras reclamadas.

Se advierte que esta observación sobre la intimación previa al distracto no fue alegada oportunamente, ya que en el intercambio telegráfico, al recibir la intimación formal de pago de las horas extras, contestó: "Rechazo ... por falaz e improcedente. Niego adeudar horas extras ni suma alguna por ningún concepto derivado de la relación laboral. Niego que realice horas extras que no hayan sido pagadas, ni que su jornada ordinaria exceda del plazo previsto legalmente..." (fs. 5).

Es decir que rechazó terminantemente el reclamo, omitiendo manifestar alguna intención de avenimiento, para lo cual pudo pedir en su caso alguna aclaración al respecto.

Asimismo, al contestar demanda (fs. 53 y ss.), no introdujo este capítulo a consideración del juez de primera instancia, con lo cual, resulta totalmente extemporáneo el planteo en esta instancia revisora, tal como lo estipula expresamente el art. 277 del CPCC.

En este aspecto, se sostiene que: "Al tribunal de apelación, por aplicación del principio dispositivo y de congruencia, le está vedado pronunciarse sobre aquellas defensas o cuestiones introducidas recién en la alzada y que no fueron motivo de alegación o debate oportuno en primera instancia (escritos de constitución del proceso), en tanto el tribunal sólo puede decidir las cuestiones que quedaron sometidas al pronunciamiento del juez de primera instancia, lo contrario importaría alterar los términos en que quedó planteada la litis, con menoscabo del derecho de defensa de la otra parte, quien de esta manera vería sorprendido con el planteo de una cuestión respecto de la cual, nada podría alegar o probar en su descargo." (0.000882353 || Banco de la Provincia de Córdoba vs. Villagra, Federico s. Cobro de pesos /// CCC 8ª, Córdoba, Córdoba; 12/10/2006; Rubinzal Online; RC J 970/07).

c) En el segundo agravio, el recurrente argumenta que el juez considera las horas nocturnas a los fines de valorar la injuria laboral cuando ello no fue aducido por el actor, quien se consideró despedido solamente por las horas extras, violándose lo previsto en el art. 243 de la LCT. Aduce también que el tiempo extraordinario no constituye un elemento esencial del contrato de trabajo que pueda justificar el distracto.

Basta la lectura del considerando VI de la sentencia revisada para concluir que el judicante tiene en cuenta las circunstancias particulares del caso, para valorar si el despido indirecto se justifica con motivo de la falta de pago de las horas extras. Enunciando diversas situaciones, entre las cuales enumera la falta de pago del adicional por nocturnidad, refiriendo también la remisión tardía de los recibos, la negativa terminante de que el trabajador realizara horas extras, la escasa cuantía del salario, la importante suma adeudada y su carácter alimentario.

Más precisamente, dijo al respecto el a quo: "... en el caso, se encuentra suficientemente acreditada la renuencia del demandado a abonar correctamente la remuneración del actor -no abonó nunca el adicional especial por nocturnidad y sólo parcialmente las horas extras durante algunos meses del vínculo laboral (ver detalle informado por el perito contador), con el consiguiente perjuicio sobre los derechos del accionante." (fs. 137 vta.)

De ninguna manera se ha modificado la causal del despido indirecto alegado por la parte actora, en el marco de lo previsto por los arts. 243 y 246 de la LCT.

Por lo demás, la falta de pago de las horas suplementarias cumplidas implica la falta de pago de las remuneraciones en tiempo y forma, lo que constituye injuria laboral, por tratarse de la principal obligación del empleador

y por el carácter alimentario del salario. Lo que deberá ser evaluado en cada caso en particular en los términos del art. 242 de la LCT.

La jurisprudencia ha dicho en un caso similar que: "Asiste razón a la parte actora en el planteo recursivo incoado contra la decisión del a quo de no considerar justificada la medida rescisoria adoptada por ésta ante la falta de pago por parte del empleador de las horas extras laboradas. Si bien en ciertas ocasiones el trabajador puede accionar reclamando el pago de las horas extras adeudadas y mantener al mismo tiempo el vínculo contractual, en el caso de autos no puede dejar de apreciarse el monto de lo adeudado en tal concepto, justipreciado en la instancia de grado en la suma de \$ 54.896,46, importe que teniendo en cuenta su naturaleza alimentaria y cuyo pago constituye una de las principales obligaciones que el ordenamiento legal pone en cabeza de los empleadores, resulta de suma gravedad como para justificar el distracto tal como lo hizo la actora." (0.000706991 || "Grieco, Laura Virginia vs. Jumbo Retail Argentina S.A. s. Despido" /// CNTrab. Sala IX; 26/09/2014; Rubinzal Online; RC J 8600/14).

Sin perjuicio de ello, destaco lo expresado en el precedente "Aguirre c/ Tarifeño", que he citado precedentemente: "...El art. 243 de la LCT refiere a la claridad e invariabilidad de la causa invocada para proceder al despido; la comunicación del distracto debe expresar de modo claro y completo los hechos o conductas que se invocan para tomar esa decisión extintiva y no se admite luego su modificación."

"En este aspecto se expresa que "deben evitarse las formulaciones excesivamente vagas o genéricas, las comunicaciones ambiguas y las expresiones que dan por supuestos hechos no mencionados...", siendo que además el

intento de variar la causa del despido, invocando hechos distintos por ejemplo en la contestación de la demanda, se equipara a una formulación insuficiente, porque hay un incumplimiento de la obligación de ser precisos en los motivos de la decisión. (Conf. Ackerman, Mario E., Tosca, Diego M.; "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo IV, pág. 179)."

"La exigencia responde a la finalidad de que el trabajador o el empleador en su caso, pueda defenderse adecuadamente (art. 18 de la CN), sin embargo la CSJN, en la causa "Vera c/ Droguería Saporiti", ha expresado que "...el detalle de esa información exigible sobre las causas no puede importar un formulismo taxativo, ya que de interpretarse de tal modo el art. 243 de la LCT, se arribaría al extremo no deseado de cercenar el debate judicial con la consiguiente lesión de preceptos constitucionales..." (Ackerman, Mario E., Tosca, Diego M.; "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo IV, pág. 179)."

"Agregan estos autores una enumeración de los motivos considerados insuficientes, por su ambigüedad, y asimismo, que la conducta de ambas partes en el intercambio telegráfico y en la demanda y contestación pueden habilitar una rigidez menor al momento de juzgar la injuria invocada. (conf. Ackerman, Mario E., Tosca, Diego M.; "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo IV, pág. 180)."

"El art. 243 de la LCT expresa que el despido con justa causa debe comunicarse con "expresión suficientemente clara" de los motivos en que se funda, es decir que debe expresar, de la forma más clara y precisa posible el hecho que determina la disolución, y es ese hecho o conducta lo que debe ser valorado. No puede ser de una generalidad tal que permita luego remitir a hechos diversos; debe primar siempre la buena fe en este aspecto..."

En el presente caso, al igual que en el caso citado, si bien advierto que la intimación realizada por el trabajador pudo contener algunos datos de mayor precisión con relación especialmente a la jornada de trabajo, considero sin embargo, que resulta suficientemente clara de los motivos por los cuales el actor intima bajo apercibimiento de despido y luego se considera despedido.

Por otra parte, considero que no se ha vulnerado el derecho de defensa de la empleadora, quien ha podido defenderse eficientemente, no sólo en el intercambio telegráfico sino también al contestar demanda. Claramente ha comprendido la intimación que se le formuló. Prueba de ello es que contesta correctamente en su carta documento, negando adeudar suma por horas extras; es decir que la demandada estructuró su defensa en base a los mismos acontecimientos en que el actor funda su decisión rupturista, por lo cual decidir de otro modo implicaría una solución ritualista. (conf. Ackerman, Mario E., Tosca, Diego M.; "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo IV, pág. 179 segundo párrafo).

También advierto que en los términos en que se formuló la intimación la misma no resulta ambigua y no habilita que se puedan invocar luego hechos diversos, lo cual tampoco ocurrió.

En estos términos considero que la intimación cumple con los requisitos exigidos por el art. 243 de la LCT.

d) Finalmente, pide se elimine la penalidad del art. 2 de la ley 25.323, arguyendo que el propio magistrado considero "discutible" la procedencia del despido indirecto.

Aquí, cabe aclarar que el juez dijo: "Si bien es discutible que la falta de pago de horas extraordinarias constituya motivo suficiente para que el trabajador denuncie el vínculo laboral..., lo cierto es que en este caso concreto - de acuerdo a las excepcionales circunstancias presentadas en

esta relación-, considero que la decisión rupturista del actor resultó ajustada a derecho". (fs. 137)

Es decir, que tal frase fue usada al comenzar el análisis y en términos generales, descartando totalmente ese calificativo en el caso concreto, tras ponderar las circunstancias particulares.

Asimismo, se advierte que en el responde el demandado omitió impugnar expresamente la liquidación reclamada, ningún reparo expreso formuló sobre este incremento y mucho menos solicitó rechazo o morigeración.

De todos, omite explicar cuál es la causa que justificaría el proceder del empleador como para eliminar la indemnización, al decir de la norma: "Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago". (última parte del art. 2 de la ley 25.323).

El magistrado argumenta que, justificado el despido indirecto por falta de pago de horas suplementarias e intimado formalmente el pago indemnizatorio correspondiente, procede el incremento indemnizatorio previsto en la norma mencionada, lo que no ha sido confrontado en forma alguna (art. 265 del CPCC).

En este sentido se ha expresado que: "Para eximirse la demandada del pago de la multa establecida por el art. 2, Ley 25323, debe demostrar que intentó abonar a la actora las indemnizaciones generadas por su despido. Pero en el caso concreto no lo hizo y tampoco se advierte en su responde alguna justificación de la conducta adoptada que la pudiera habilitar para no cumplir con el incremento legal." (0.00782683 || "Dohle, Ingrid Ana vs. Desler S.A. s. Despido" /// CNTrab. Sala X; 12/07/2004; Rubinza Online; RC J 351/07).

En conclusión, en sustancia no se alega motivo alguno que avale la eliminación peticionada.

IV.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Mi voto.

A su turno, el **Dr. Pablo Furlotti**, dijo:

Por compartir en lo sustancial los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a los mismos expidiéndome en igual sentido. **Mi voto.**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso interpuesto por la demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC.

II.- Diferir la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti

Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara