



**ACUERDO:** En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los seis (6) de Febrero del año 2020, la Sala 2 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 las señoras Vocales, la Dra. Gabriela B. Calaccio y el Dr. Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Rosa Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"SEGUEL ERNESTO WALTER C/ TRANSPORTE PICURU S.R.L. S/ DESPIDO"**, (Expte. Nro.: 52617, Año: 2017), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes 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. Gabriela B. Calaccio**, dijo:

**I.-** Vienen estos autos en apelación en orden a los recursos deducidos por la parte actora y por la demandada contra la sentencia dictada en fecha 23 de Septiembre del 2019, y obrante a fs. 256/279, que hace lugar a la demanda entablada por Ernesto Walter Seguel contra Transporte Picuru S.R.L., condenando a ésta al pago de la suma de \$674.035,51, con más los intereses establecidos en el punto I de la decisión en crisis (fs. 278 y vta.).

Para así decidir el señor juez de la instancia anterior, consideró como acreditada la fecha de inicio de la relación laboral alegada por el accionante, así como la

realización de algunas de las horas extras aducidas. En tal sentido reconoció una indemnización en su favor, con los rubros correspondientes por disolución del vínculo laboral sin justa causa, agregando a dichos montos, los importes correspondientes a multas fijadas en razón de Leyes 24.013 (arts. 8 y 15), 25.323 (art. 2) y art. 80 de la LCT.

En ese sentido tuvo por acreditado, a través de los distintos medios de prueba producidos por las partes, en particular testimoniales e informativa, que la fecha de ingreso del trabajador fue el día 15 de Agosto del año 2012, y la fecha de egreso el día 5 de abril del 2016. Determinó el Juez de Grado que el actor cumplía tareas como chofer, encuadrando dicha actividad en el Convenio Colectivo de Trabajo 610/10, computando como la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada la suma de \$18.740,98.

Como consecuencia de tal proceder, sostuvo casi la totalidad de las pretensiones esgrimidas por el actor, a excepción de una determinada cantidad de horas extraordinarias que las tuvo por no acreditadas, condenando a la demandada al pago del importe más arriba indicado, conforme los rubros que fijó como procedentes. Impuso costas a la parte demandada y difirió la regulación de honorarios.

**II.-** Contra tal decisión se alzan ambas partes, expresando agravios el actor a fs. 290/293vta., y la demandada a fs. 294/309. Bilateralizados los mismos, son respondidos a fs. 311/314vta. por la parte actora, y a 316/318vta. por la parte demandada, en los términos que surgen de tales piezas procesales.

**III.- Agravios de la parte actora.**

**1.-** En primer lugar, se agravia el accionante en razón de que en la Sentencia de Grado se le reconocieron en forma parcial las horas suplementarias que fueran reclamadas y liquidadas en el escrito de demanda. Sobre este punto indica

que a diferencia de lo reconocido, cumplía una jornada laboral de Setenta y Seis (76) horas semanales, lo que equivale a Doscientas Ochenta y Ocho (288) horas mensuales. Por lo que considerando que la jornada normal asciende a Ciento Noventa y Dos (192) horas mensuales, el trabajador habría cumplido Noventa y Seis (96) horas extras por mes, de las cuales 60 horas indica que deben ser abonadas con el recargo del 50% y las restantes 36 horas con el recargo del 100%, por haber sido cumplidas los días sábados después de las 13.00 hs.

Critica la decisión del Magistrado en razón de que la misma se basaría en una postura jurisprudencial que impone al trabajador una prueba rigurosa, categórica e indubitada respecto de la prestación de estas horas extraordinarias. Alega que el hecho de no llevar la demandada el libro de sueldos y jornales del art. 52 de la LCT, y menos aún el libro especial establecido por Ley 11.544, en el que se asientan las horas suplementarias realizadas, corresponde aplicar la presunción del art. 55 de la LCT; presunción ésta que no fuera desvirtuada por los testigos ofrecidos por la contraria. Por lo que considera que aplicando esta solución legal, al haber sido este rubro normal y habitual en los haberes devengados a favor del actor, debió ser el mismo incluido en la base del cálculo de la remuneración mensual del trabajador. En definitiva solicita que se revoque este punto de la Sentencia, haciendo lugar a la totalidad de las horas extras reclamadas.

**2.-** En segundo término, critica que no se haya incluido dentro de la remuneración base de la liquidación el adicional de Zona Desfavorable, previsto en el CCT N° 610/10, consistente en un 25% del salario básico de dicho convenio. Indica que por Resolución N° 341/2011 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, se estableció en su cláusula quinta este adicional por Zona Fría, que comprende a todos los trabajadores incluidos en el CCT N° 610/10, que

cumplan sus servicios en la región del territorio nacional ubicada al sur del Río Colorado. Destaca en consecuencia que claramente se encuentra comprendido en este conjunto de trabajadores, no habiendo sido el mismo considerado por el Sentenciante. Remarca que este adicional además fue ratificado por Resoluciones N° 1746/2012, 1271/2014, de fecha 31/10/2012 y N° 689-E/2016, de fecha 09/09/16.

No deja de advertir que su parte omitió incluir dicho ítem en la liquidación practicada en la demanda, pero alega que por aplicación del principio iura novit curia corresponde a los jueces determinar el derecho aplicable a los casos sometidos a su juzgamiento. Asimismo, y sin perjuicio de esto, resalta que al momento de interponer la demanda se invocó y solicitó el encuadramiento de la relación laboral en el CCT N° 610/10, para cuyos trabajadores se estipuló el pago de este adicional. Indica en este sentido que en la Sentencia de Grado se hizo aplicación de este marco colectivo laboral, por lo que correspondía incorporar este porcentual a la liquidación practicada. En definitiva, petitiona que se haga lugar a esta queja vertida, y se adicione al monto remunerativo, base del cálculo indemnizatorio, el 25% sobre el salario básico del Convenio invocado.

#### **IV.- Contestación de Agravios por parte de la Demandada.**

1.- En lo que hace al Primer Agravio, indica la demandada que se encuentra acreditado en autos que las horas extras reclamadas por el actor no eran tales, ni en su cantidad ni en su frecuencia, conforme fuera fijado por el Juez al momento de fallar. Señala que las presunciones de la ley son iuris tantum, por lo que surgiendo de autos prueba en contrario de lo alegado por el actor, se determinó que no eran procedentes la totalidad de las horas extraordinarias invocadas por el accionante. En definitiva petitiona que se

rechace este agravio, con expresa imposición de costas a la contraria.

2.- En lo que respecta al Segundo Agravio, alega que el rubro Zona Desfavorable no debe ser declarado procedente en razón de que la recurrente pretende incorporarlo cuando el mismo no fue invocado en la demanda interpuesta, por lo que dicha inclusión es extemporánea. Destacando que no tuvo oportunidad de defensa por su extemporaneidad y debe ser rechazado.

#### **V.- Agravios de la Parte Demandada.**

1.- Considera que el Juez de Grado realizó una errónea y parcializada valoración de la prueba de los hechos controvertidos, relativos a la fecha de inicio y la jornada laboral, dejando de lado el análisis de prueba documental, instrumental e incluso dichos de los testigos que favorecían a su parte.

Resalta que el hecho de haber reconocido que el actor prestó servicios esporádicos como franquero en el año 2012 no implica el reconocimiento ni la existencia de la relación de trabajo, de subordinación y dependencia, de tiempo completo e ininterrumpido que denunciara el actor, y que recepta la sentencia. Critica la valoración de la prueba que realiza el Juez a quo, e indica que ni de la misma ni de las presunciones e indicios invocados en el decisorio de grado, surgen elementos suficientes para tener por configurada la prestación de servicios desde la fecha reconocida, ni la extensión de la jornada laboral. Por lo que peticiona que se haga lugar a este agravio y se revoque la sentencia atacada.

2.- Dentro del segundo agravio, solicita una morigeración de las multas establecidas por Ley 24.13, 25.323 y art. 80 LCT, considerando elevado el monto de las mismas, en vistas de ser casi el 50% del monto de la condena. Señala que los montos fijados por estos rubros han sido calculados

tomando una errónea base de cálculo, en vistas de haberse determinado un salario muy elevado, y que no coincide con el que surge de la escala agregada a autos. Asimismo destaca que este salario se encuentra engrosado injustificadamente por la incorporación de horas extra consideradas como habituales, cuando no existe prueba contundente al respecto.

Por otro lado respecto de la aplicación de la multa dispuesta por ley 24.013 art. 15, alega que corresponde una morigeración en razón de que la demandada pudo tener la confusión de considerar que el hecho de prestar servicios eventuales, sin carga horaria fija, en días aislados de los distintos meses del año, y para eventuales reemplazos de los choferes efectivos de la empresa, no era necesaria la registración del Actor como empleado dependiente. Sobre este punto indica que en dicho tiempo además el actor prestaba servicios para otros prestadores, por lo que no tenía relación de dependencia y subordinación con PICURU S.R.L.

En definitiva, de acuerdo a estas argumentaciones peticiona la morigeración de las multas dispuestas en la sentencia de grado.

**3.-** En el tercer agravio indica que corresponde realizar una valoración de la buena fe laboral y procesal del demandado, y la mala fe laboral y procesal del Actor. Alega que surge de estos actuados en forma clara la intención de la parte demandada de conciliar el presente litigio en todo momento, destacando en tal sentido que en sede administrativa realizó un ofrecimiento que luego de rechazado fue elevado a un monto superior que también fue declinado por el accionante. Destaca que si bien reconoció una relación laboral en negro, con toda la carga negativa que lleva dicho reconocimiento, se vio perjudicada por los hechos aducidos por el actor, que tenía como único objetivo el engrosar la indemnización que le

hubiera correspondido por el despido directo, con un año de antigüedad que era la realidad de la base fáctica.

Remarca además que la deslealtad del actor para con su empleador se vio reflejada en distintas actitudes como dependiente, aduciendo que el mismo se comportaba con desaprensión en el cumplimiento de sus obligaciones laborales que determinaron finalmente su despido directo causado, aunque dicha causa no pudo ser tomada en cuenta, debido a que la misma fue verbal. Asimismo alega haber recibido constantes quejas de los usuarios de los distintos servicios por malos tratos, incumplimiento de los horarios, suciedad del vehículo, así como por la forma en que trataba el transporte a su cargo, lo que determinó prácticamente la destrucción del mismo.

Transcribe fragmentos de declaraciones testimoniales a los fines de fundar los hechos alegados, y solicita que se haga una revisión integral de la sentencia en crisis, solicitando que se tenga en cuenta la buena fe con la que se comportó la parte demandada en autos, así como la mala fe desplegada por la parte contraria, tanto en sede extrajudicial, como en la realización de su trabajo.

**4.-** Por último se agravia en razón de la condena al pago de los intereses a la tasa activa que resulta de la sentencia, desde el momento en que las sumas son debidas y hasta su efectivo pago. Refiere sobre este punto que no dio motivo alguno para que entre la fecha del despido y la sentencia recurrida transcurrieran innecesariamente más de 3 años, situación que no es imputable a dicha parte condenada. Considera que es evidente la falta de diligencia y la desidia con la que el Actor se manejó al formular su reclamo, tal como surge de los elementos obrantes en autos.

Hace notar que el despido ocurrió el día 05/04/2016, declinando la vía administrativa la parte empleadora con fecha 19/05/2016, y la demanda judicial recién fue presentada el

18/12/2017, es decir 17 meses después de que la vía administrativa hubiera quedado cerrada. Alega que dicha demora no fue imputable a su parte, ni colaboró en ningún sentido en el impedimento de iniciar las actuaciones. Asimismo indica que recién fue notificada del traslado de la demanda en fecha 22/05/2018, es decir dos años después del cierre de la instancia administrativa. Por lo que considera injusta la imposición y condena de cargar con los intereses desde el año 2016 cuando no dio motivo alguno a la demora indicada, peticionando que se proceda a morigerar y reducir los intereses aplicados en la condena, resolviéndose que los mismos comiencen a correr desde que se le notificó el traslado de la demanda, y hasta la fecha de pago.

#### **VI.- Contestación de Agravios por la Parte Actora.**

1.- En primer término el accionante destaca que la expresión de agravios de la parte demandada no cumple con los requisitos del art. 265 del C.P.C.C., esto en vistas de que dicho memorial no contiene una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que la contraria estima equivocadas.

No obstante lo alegado en el inicio de su contestación, en relación al fondo del primer agravio expuesto por la demandada referido a la fecha inicio del vínculo laboral, remarca que la contraria no indica cuál es la prueba que avalaría su aseveración, y que no habría sido ponderada por el Magistrado, de modo tal que le impida tomar como cierta la versión actoral. Destaca que en autos son plenamente operativas las presunciones contenidas en los arts. 23 y 55 de la LCT, en razón de que la accionada no exhibió la documentación laboral, que el empleador obligatoriamente debe llevar, lo que supone previamente haber acreditado la existencia de la relación laboral. En este punto también hace referencia a la presunción emanada del art. 38 de la Ley 921.



Suma a estas consideraciones que el juez a quo funda su decisorio en diferentes pruebas testimoniales, como informativa que cita, y destaca que frente a las irregularidades de la patronal, el onus probandi recaía sobre la empleadora. Concluye indicando que los elementos probatorios a los que la contraparte pretende adjudicarle el valor de un mero indicio, constituyen prueba irrefutable de las aseveraciones realizadas en el libelo de inicio.

**2.-** En lo que hace al Segundo Agravio referido a la morigeración de las multas impuestas en la Sentencia de Grado, resalta que la ley solo otorga al Juez tal facultad en el caso de las emanadas de las leyes 24.013 y 25.323; no así respecto a la multa que impone el art. 80 de la LCT. Más allá de esto alega que la accionada ha demostrado una actitud totalmente desaprensiva en lo que respecta a la observancia de las normas jurídicas y dicho comportamiento es merecedor de una sanción como las que imponen las leyes indicadas. Finalmente señala que respecto a la remuneración en base a la cual se computan tales multas, considera que corresponde la inclusión de las horas laborales en exceso de la jornada, tal como lo resolvió el Juez de grado.

**3.-** Por último, respecto del Tercer y Cuarto Agravio introducido por la contraria, indica que los mismos no cumplen con lo dispuesto en el art. 265 del C.P.C.C., en razón de no contener un análisis de las partes del fallo que le ocasionan a la accionada un gravamen. Aduce que el apelante se limita a disentir con el juez a quo, sin expresar fundamentos que avalen sus críticas al fallo atacado, citando jurisprudencia sobre este punto.

#### **VII.- Introducción:**

##### **Primer agravio de la demandada, admisibilidad:**

**a.-)** Por una cuestión metodológica habré de iniciar el análisis del primer agravio de la demandada relacionado con

la fecha de inicio y extensión de la jornada laboral, para luego y conforme la suerte del mismo, adentrarme en el de la actora. Adelanto que voy a declarar la deserción de este primer agravio de la accionada, por las razones que más abajo se indicarán.

Se advierte que la recurrente luego de realizar transcripciones parciales de las testimoniales brindadas en Primera Instancia arriba a una conclusión incompatible con la apreciación de las mismas, sin hacerse cargo de las argumentaciones vertidas por el Magistrado en la sentencia que intenta criticar, anotándose una contradicción argumental, y fundando su queja en elementos probatorios aislados.

Nada dice respecto de la valoración efectuada por el magistrado, omitiendo la crítica concreta y razonada a la que está obligado. No ataca la calificación formulada por el juzgador de cada uno de los testigos y sus dichos. La insistencia sin argumentación alguna que ponga en duda el análisis probatorio efectuado por el juez, de ninguna manera reúne los recaudos legales estudiados, dejando firme y consentida la disposición.

En este sentido se ha dicho que "...No constituye expresión de agravios idónea las afirmaciones genéricas sobre la prueba, omitiéndose precisar el yerro en que incurrió el juez en sus argumentos sobre aquella; disentir con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas para un distinto punto de vista; las consideraciones subjetivas, digresiones inconducentes o afirmaciones dogmáticas; la reiteración de argumentos ya planteados en escritos anteriores; las generalizaciones; y la simple proposición de una exégesis legal distinta que se considera más adecuada" (p. 452, t. 1, Rev. De Derecho Procesal, Medios de impugnación-Recursos, Ed. Rubinzal-Culzoni).

En tal sentido, puede observarse del escrito recursivo que la apelante no analiza los fundamentos del juez para tener por acreditado la fecha de ingreso referida en la demanda. No puede pretender atacar la Sentencia por causarle la misma gravamen, sin hacer referencia alguna a la presunción que emana del art. 23 de la . LCT que fuera . citada por el Juez a quo a la hora de analizar la totalidad de la prueba producida en autos. Sobre este punto corresponde indicar que los distintos elementos probatorios señalados y evaluados por el Magistrado de Grado (testimoniales y distintas informativas) hacen plenamente operativa la misma a favor del trabajador, relativo al período controvertido (en palabras del magistrado). Así se ha expresado que "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario". En esa dirección reitero la postura sostenida en numerosos precedentes tales como "REINHOLD ALEJANDRO FEDERICO C/ LA CORDILLERANA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 3622, Año: 2012), enrolándome en la tesis amplia desarrollada sobre este tema.-

En definitiva, además de los hechos que el Sentenciante tiene por acreditados con la prueba obrante en autos, y que no fueran debidamente rebatidos por la apelante, considero que esta argumentación (basada en el art. 23 de la LCT) que no fuera criticada, en los términos del art. 265 del PCC, constituye, en relación a esta cuestión, una de las partes esenciales de la sentencia que pretende criticar.

Debo agregar que en el desarrollo de este agravio también se hace una mención aislada respecto de las horas extras determinadas en Primera Instancia pero sin entrar a analizar los fundamentos brindados por el Juez a quo, por lo que vuelve a caer la recurrente en el mismo vicio que el

mencionado previamente en relación a la acreditación de la relación laboral entre las partes. Nótese que simplemente discrepa con la decisión adoptada, indicando que las horas extraordinarias no fueron cumplidas ni en el ciclo lectivo, ni en la totalidad del año calendario. No indica ni argumenta en forma alguna respecto de la conclusión arribada luego del análisis de las testimoniales de los Sres. Salazar y Quiroga, quienes manifiestan haber visto al actor realizando tareas en favor de la demandada durante uno o dos fines de semana del mes, siendo en este elemento probatorio donde se apoya el decisorio de grado para hacer lugar parcialmente al rubro de horas extraordinarias, y que no es claramente discutido en los agravios desarrollados por la demandada, siendo por ello conducente reiterar la deserción indicada más arriba.

b.-) Despejada esta primera cuestión, ingresaré en el estudio de los agravios vertidos por la actora.

#### **VIII.- Análisis de los Agravios de la Parte Actora.**

##### **Admisibilidad del Recurso.**

a.- Preliminarmente corresponde evaluar si la expresión de agravios traspasa el valladar del art. 265 del CPCC, de aplicación supletoria en orden al artículo 54 de la ley 921. En ese sentido y ponderado que fuera con criterio amplio y favorable a la apertura del recurso, conforme precedentes de esta Sala, a fin de armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio, entiendo que la queja en estudio contiene los recaudos exigidos por la norma indicada, habilitando su tratamiento, considerando la gravedad de la sanción contenida en el art. 266 del digesto procesal.

Como lo he sostenido en numerosos precedentes de esta Sala, los jueces no estamos obligados a seguir puntiliosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas

las medidas de prueba sino las que sean conducentes y tengan relevancia para decidir la cuestión sometida a juzgamiento, en este sentido "No es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio" [cfr. "Dos Arroyos SCA vs Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s Revocación y nulidad de resoluciones"; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 08-08-1989; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RCJ 102597/09].

**b.- Primer Agravio de la Parte Actora.**

El actor critica la cantidad de horas que fueran reconocidas por el Juez a quo, quejándose de la postura restrictiva adoptada por el Sentenciante, que comparto, la cual implica que el reclamante debe acreditar sus dichos a través de prueba categórica, rigurosa e indubitada tanto respecto de la existencia de estas horas extraordinarias, como en relación a su extensión.

Debo remarcar que en numerosos precedentes de esta Cámara he desarrollado mi criterio respecto de la necesidad de acreditarse efectivamente y en forma indubitable las horas extraordinarias alegadas en el reclamo, tanto en su existencia como en su extensión. En tal sentido me expresé en autos "ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" (Expte. 3.836/2012 - Acuerdo de Fecha 18 de Diciembre del año 2015), y "AGUILERA GRACIELA EVA C/ GIUSSANI JORGE GUILLERMO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES" (EXPTE. 29421/2011 - Acuerdo de Fecha 01/06/2014).

En dichos precedentes destacué que "...en los supuestos en que se pretende el cobro de créditos laborales por la extensión de la jornada de trabajo cabe exigir prueba fehaciente de la existencia de tales prestaciones (CSJ Nación, sent. del 22/10/91, "Blanco c/ BarceMazzarella y Cía SRL), que

debe ser categórica y cabal, tanto en lo que se refiere a los servicios cumplidos como al tiempo en que se desarrollaron, careciendo de idoneidad a tales fines una simple referencia testimonial generalizada e imprecisa (CNTr, sala VIII, sent. del 22-4-92, "Retamoso c/ La Rioja 45 SRL) (cfr. Rubinzal online cita RC J 159/04). "Aún cuando la empleadora no haya llevado el libro de registro de horas extras, la prueba de la misma a cargo del trabajador debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento común del contrato individual del trabajo" (CTrab. Rosario, Sala I, abril 30-980, en LL 981-254) (CAZ SC RSD 91/07). "La prueba de la prestación de servicios en horas extraordinarias está a cargo del trabajador, debiendo demostrar fehacientemente su número, modalidades, frecuencia y lapso de las mismas...Esa probanza debe ser categórica, relacionada con el quantum de las tareas extraordinarias cumplimentadas, así como respecto de la fecha y duración de su realización y, sin que pueda basarse en meras presunciones".

En general la Jurisprudencia analiza con estrictez los reclamos por horas suplementarias y exige que se acredite en forma terminante y asertiva la realización de las mismas; en modo efectivo, categórico y convincente; sin que pueda presumirse su cantidad o el monto de la deuda de ese origen. Se considera que tal probanza, sobre todo después de extinguida la relación dependiente, debe requerirse con criterio estricto y precisión -tanto en cuanto a su verificación como al número de ellas-, por tratarse de prestaciones excepcionales y totalmente ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo "(Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada, Jorge Rodríguez Mancini tomo III, pág. 805).

Surge entonces, en forma clara, que la falta de exhibición por parte del demandado de los libros que debe

llevar obligatoriamente, resulta insuficiente como presunción para tener por acreditados sin hesitación alguna la totalidad de las horas extraordinarias alegadas, teniéndose sólo por efectivamente realizadas, aquellas que fueron confirmadas en la forma indicada más arriba, a través de las testimoniales de Salazar (237/238) "...en alguna oportunidad el actor hizo estos viajes de fines de semana, y los hacía entre uno y dos fines de semana por mes...", y Quiroga (244/245) "...expone que el actor a veces hacía viajes especiales los fines de semana, aunque con poca frecuencia, dos viajes al mes aproximadamente...", no surgiendo de autos otro elemento probatorio que amerite extender la jornada en la forma que pretende el recurrente.

En consecuencia, conforme todos los argumentos expuestos, y en vistas del plexo probatorio obrante en autos, este agravio habrá de ser rechazado, confirmando la sentencia en este punto.

**c.- Segundo Agravio de la Parte Actora.**

En primer término, previo a ingresar en el fondo del segundo agravio desarrollado por la parte actora, debo dejar asentado que la relación entre las partes debe ser analizada conforme las pautas establecidas en el Convenio Colectivo de Trabajo N° 610/10, el cual regula las relaciones laborales "Para la actividad de los Servicios Especiales, Urbanos, Interurbanos, Charters y Turismo". Este fue el Convenio invocado por el actor a la hora de interponer la demanda, y no fue desconocida su aplicación a este caso concreto por la accionada a la hora de contestar dicha demanda. Asimismo el mismo resulta plenamente vigente en razón de la actividad prestada por el accionante en favor de la parte demandada, habiendo sido correctamente dispuesta su aplicación por el Sentenciante de grado (conf. Cláusulas 1, 2 y 3 del mismo), llegando esta circunstancia firme a esta Segunda Instancia.

Ahora bien, esta aclaración previa es importante a los fines de analizar esta queja en razón de que el actor solicita la aplicación del adicional por zona desfavorable que se encontraría determinado en dicha normativa. Por lo que, sin perjuicio de que este porcentual sobre el salario reclamado no fuera debidamente incluido en la liquidación practicada en la demanda, debo remarcar que conforme surge de la Resolución 341/2011 que homologa el acuerdo mantenido entre las partes signatarias en el marco del Convenio Colectivo de Trabajo N° 610/10, el rubro incluido en esta apelación forma parte del salario básico de los trabajadores comprendidos en esta actividad. En tal sentido la Resolución N° 341/2011, que fuera extendida su vigencia por resoluciones N° 1746/2012, 1271/2014 y N°689-E/2016, determina en su apartado quinto que aquellas personas que presten servicios por debajo del Río Colorado se verán alcanzados por este beneficio, que implica un aumento del 25% por sobre el salario básico fijado en dicho Convenio Colectivo comprensivo de los trabajadores alcanzados por el mismo.

De esta forma puede observarse que el porcentual determinado en razón de adicional posee los presupuestos fijados en el art. 245 de la LCT, debiendo ser incluido en la liquidación de las indemnizaciones en favor del trabajador. Debo hacer notar que al momento de interponer la demanda el accionante invocó el Convenio Colectivo de Trabajo N° 610/10, que se encuentra integrado con aquellas convenciones entre partes que fueron homologadas por las distintas resoluciones del Ministerio de Trabajo citadas previamente. Por estas razones a la hora de determinar las variables del cálculo de la indemnización respectiva debía tenerse en consideración este monto adicional, calculado en razón de un porcentual de lo estipulado en materia salarial.



Cabe destacar que lo que se resuelve en este punto no contradice en modo alguno lo normado en el art. 277 del Código Procesal, ya que al momento de liquidar los rubros correspondientes a la indemnización por despido injustificado, se debe tener en vistas la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada, determinada en este caso de conformidad a lo dispuesto por el CCT 610/10, que fuera oportunamente invocado por el accionante. Esta última característica de la remuneración (devengada), adquiere especial importancia en las presentes, en razón de que conforme jurisprudencia (CSJN en autos "Bagolini, Susana c/Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.", de fecha 11/11/91), y luego adoptado en la reforma de dicho precepto legal (Ley 25.877), devengada, no implica percibida. Así se ha destacado que "la remuneración que debe utilizarse como módulo para determinar la indemnización por antigüedad (art. 245, LCT) es la remuneración devengada, es decir, aquélla que debió haber sido efectivamente pagada al trabajador, y no la remuneración percibida por éste" (0.00416667 || Subizar, José María vs. Estado Nacional, Ministerio de Economía, Subsecretaría de Normalización Patrimonial, Dirección Nacional de Normalización Patrimonial s. Despido /// CNTrab. Sala V; 06/10/2006; Rubinzal Online; RC J 3157/07). En consecuencia, puede afirmarse que este porcentual adicional del salario básico por Zona Fría forma parte de la remuneración indicada como variable para el cálculo del art. 245 de la LCT, ya que la misma era devengada mes a mes en la remuneración del actor en razón de la actividad que desarrollaba.

Por otro lado, no asiste razón a la demandada cuando indica que en caso de hacerse lugar a este rubro se le estaría violando su derecho de defensa, ya que el mismo se encuentra debidamente garantizado en razón de que la decisión que se adopta tendiente a hacer lugar a este incremento sobre el

básico, no es más que la aplicación el Convenio Colectivo de Trabajo N° 610/10 invocado por el actor en el libelo de inicio, y que al momento de contestar demanda no fuera desconocida su vigencia para este caso en concreto. Incluso en la contestación de demanda (fs. 108/118) la accionada, al momento de realizar las negaciones particulares, refiere que "no es cierto... que desde el inicio de la relación laboral se le hubieren abonado los haberes por debajo de lo exigido por la escala salarial vigente del CCT N° 610/10 de aplicación para la categoría y jornada de trabajo que cumplía efectivamente" (fs. 111/111vta). De esta forma surge en forma clara que la demandada reconoce la aplicación de este Convenio Colectivo de Trabajo a la relación laboral de marras, por lo que mal podría alegar ahora que en caso de hacerse efectiva esta cláusula incorporada en dicho marco normativo se le estaría violando su derecho de defensa. Así se ha dicho que "de acuerdo con lo normado en el art. 8, LCT -norma legal que receiptó la doctrina sentada en el Plenario 104 de la CNAT-, el trabajador debe individualizar en forma precisa la convención colectiva cuyo beneficios procura, no sólo para posibilitar el derecho de defensa del empleador, sino, esencialmente, para que el juzgador esté en condiciones de decidir si aquél está comprendido o no en sus prescripciones" (6.80272e-05 || Taborda, Gladys Del Valle vs. Obra Social Servicios Sociales Bancarios s. Diferencias de salarios /// CNTrab. Sala IX; 11/12/2017; Rubinzal Online; 8363/2015; RC J 377/18).

Por lo que puede afirmarse que la cláusula invocada por el actor en esta instancia no es más que una disposición incorporada al marco colectivo de esta relación laboral que fuera agregada al mismo en el año 2011, y oportunamente homologada dicho inclusión por resoluciones del Ministerio de Trabajo de la Nación. No existe violación alguna al derecho de defensa, sino claro desconocimiento por parte del empleador de

la normativa aplicable a la relación laboral que mantenía con el accionante.

En definitiva, dentro de este concepto de mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada (art. 245 de la LCT) debe ser incluido este adicional del 25% fijado sobre el salario básico, por Zona Fría. Este rubro fue incorporado en las negociaciones celebradas dentro de la vigencia y en el marco del Convenio Colectivo 610/10, citado por la accionante en su libelo de inicio. Conforme ya refiriera, este monto adicional fue acordado por las partes firmantes del Convenio, y homologado en un primer término por Resolución N° 341/2011, adoptándose iguales soluciones por Resoluciones del Ministerio de Trabajo de la Nación, N° 1271/2014 y 689-E/2016. En forma textual este rubro fue fijado (de acuerdo a Resolución N° 341/2011) en los siguientes términos: "QUINTA: Además, en este mismo acto y con igual alcance, se acuerda la incorporación, al Convenio Colectivo 610/10, de un adicional por Zona Fría, comprensivo a todos los trabajadores incluidos en esta Convención Colectiva que cumplan sus servicios en forma permanente en la región del territorio nacional ubicada al sur del Río Colorado, y consiste en un adicional del veinticinco por ciento (25 %) sobre el salario básico del Convenio Colectivo 610/10".

Es decir que, al ser parte este porcentual adicional del salario del trabajador del Convenio Colectivo de Trabajo debidamente invocado por la parte actora al momento de interponer la demanda, debe ser tenido en cuenta a la hora de liquidar la indemnización por despido sin causa, de conformidad al art. 245 de la LCT. En consecuencia, considero que debe hacerse lugar al agravio expresado por la parte actora respecto de este monto adicional del 25% por zona desfavorable, sobre el salario básico fijado para trabajadores de su actividad.

Por consiguiente, al proceder este agravio, deberá readecuarse la indemnización fijada en Primera Instancia, en razón de modificarse la variable referida a la remuneración devengada en favor del trabajador, y conforme fuera solicitado por el accionante recurrente. Sobre este punto debo remarcar que con el adicional reclamado por Zona Desfavorable (25% sobre el salario devengado, por aplicación del Convenio Colectivo 610/10), la mejor Remuneración Mensual, Normal y Habitual del trabajador equivale a la Suma de \$23.424,12. En consecuencia, corresponde readecuar también el valor de la hora normal de trabajo, quedando la misma fijada en la suma de \$89,75 (salario / 192 horas normales); y las horas extraordinarias trabajadas por el accionante, quedando las mismas configuradas en un valor de \$134,63 (las calculadas al 50%), y \$179,50 (las calculadas en un 100%).

En definitiva, habiéndose modificado estas variables, la indemnización debida por la demandada al actor queda conformada de la siguiente manera:

- 1) Diferencias Salariales: \$93.838,37.-
- 2) Horas suplementarias (art. 201 LCT): \$68.121.-
- 3) Indemnización art. 245 LCT (4 periodos): \$93.696.-
- 4) Indemnización sustitutiva de Preaviso: \$23.424.-
- 5) SAC s/ Preaviso: \$1.952.-
- 6) SAC proporcional 1° semestre 2016 (art. 123 LCT): \$6.161.-
- 7) Vacaciones proporcionales año 2016 (art. 156 LCT) 3,64 días: \$3.410,55.-
- 8) Integración mes de despido (art. 233 LCT): \$ 19.520.-
- 9) SAC s/ integración: \$1.627.-
- 10) Haberes Proporcionales Abril 2016: \$ 3.904.-

11) Indemnización Art. 8 ley 24.013 (43 remuneraciones mensuales más 4 SAC): \$ 275.233.-

12) Indemnización art. 15 Ley 24.013 (arts. 232 + 233 + 245 LCT): \$ 136.641.-

13) Indemnización art. 2 Ley 25.323: \$68.320.-

14) Art. 80 LCT (fs. 34): \$70.272.-

15) **TOTAL: \$866.120.-**

Por lo que considero que corresponde admitir el agravio en estudio, prosperando la demanda por la suma total de PESOS OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTE (\$866.120) en concepto de liquidación final.

**IX.- Análisis del resto de los Agravios de la Parte Demandada. Admisibilidad del Recurso.**

a.-) En el punto VII, analicé el primer agravio de la actora, con el resultado allí indicado, avocándome en esta oportunidad en el análisis del resto de los mismos.

En esa dirección advierto que las quejas vertidas por el requirente, responden con mínima suficiencia a las pautas exigidas por el art 265 del CPCC de aplicación supletoria conforme el art. 54 de la ley 921, con las salvedades que se efectuarán más abajo. Así la norma dispone que: "El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores...", y el artículo siguiente establece: "Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciere en la forma prescripta en el artículo anterior, se declarará desierto el recurso y la sentencia quedará firme para él" (cfr. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 8 del Cód. Civil y Comercial; y 34 inc. 4 del Cód. Procesal).

**b.- Segundo Agravio de la Parte Demandada.**

Más allá de que este agravio versaría sobre la imposición de las multas fijadas en primera instancia, solicitando la apelante la morigeración de las mismas, debo advertir que la crítica vuelve a centrarse en cuestiones atinentes a las horas extras determinadas en primera instancia, y a la fecha de ingreso en la relación laboral por parte del accionante, que ya fuera resuelto más arriba, porque los montos son los que sirven como base para el cálculo de las Multas impuestas en Primera Instancia.

Se queja, entendiendo que no era necesaria la registración del actor desde el comienzo de la relación laboral, en vistas de que en un principio éste realizaba tareas en forma esporádica, situación puesta de manifiesto al momento de contestar la demanda y nuevamente ensayada en el presente agravio.

Sin embargo, este punto ha sido debidamente fundamentado por el Juez, cuando específicamente indica, con cita de un precedente de esta Cámara del Interior (autos "SANCHEZ FABIO MODESTO c/ SERVICIOS S.R.L. y otro s/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACIÓN O CONSIGNAICÓN ERRÓNEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES", Expte. N° 46172/2016, 04/10/18), que la prestación de servicios en forma eventual o a tiempo parcial constituye un contrato de trabajo (se encuentran expresamente previstos en los arts. 99 y 92 ter de la LCT), y como tal debe ser registrado con las características correspondientes a la modalidad respectiva.

Se advierte que la reiteración de argumentos que han sido debidamente decididos, no cumplen con los requisitos mínimos establecidos por el art. 265 del C.P.C.C., por lo que este agravio también debe ser declarado desierto, y en consecuencia confirmada la sentencia de primera instancia en lo que respecta a este punto.

"...El contenido suficiente de la demanda de impugnación es una carga procesal del apelante, de orden público, sin la cual es improcedente la revisión por parte del tribunal de alzada. Si bien no se estipulan formas sacramentales es imperioso que contenga una crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de la prueba o en la aplicación del derecho, estudiando los razonamientos del juzgador y aportando la refutación lógica y jurídica que dé lugar a la revocación perseguida" (Palacio-Alvarado Velloso, CPCCCom., t.VI, p.387 y ss.).

"...La parte del fallo no impugnado o criticado insuficientemente, como sanción al recurrente, quedará consentida, pues la demanda de impugnación viene a determinar los agravios y capítulos que se someten a la cámara, estableciendo sus límites de entendimiento jurisdiccional, lo que pone en tela de juicio los principios esenciales del proceso de igualdad y defensa (Fenochietto, CPCCCom., t. 2, p. 101).

### **c.- Tercer Agravio de la Demandada.**

La tercera crítica esbozada por la accionada es inadmisibles en virtud de lo dispuesto en el artículo 277 del Código Procesal.

Se trata de un capítulo novedoso, recién introducido en la instancia de apelación.

Tal como esta Sala ha tenido ocasión de señalar: "...dispone el art. 277 del Código Procesal que el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia, es decir que el ámbito de conocimiento de la Alzada se encuentra limitado, entonces, no por lo decidido en primera

instancia, sino por la cuestiones articuladas por las partes y sometidas a la decisión del Juez a quo" [Cfr. "LEFICHE ENEDINA C/ SWIS MEDICAL A.R.T. S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL C/ ART" (sentencia del 25/04/17, del protocolo digital de la OAPyG de Zapala)].

Marcelo Midón ("Tratado de los Recursos- Tomo I Teoría General de los Recursos", Rubinzal Culzoni, pág. 234) desde la doctrina entiende que el Tribunal superior sólo puede fallar conforme los pedidos y defensas oportunamente sometidos a la consideración del Juez inferior (congruencia), pues los recursos de apelación, nulidad o extraordinario jamás implican un nuevo enjuiciamiento, con su consiguiente acuerdo para introducir pretensiones u oposiciones novedosas. Se trata, solamente de verificar el mérito de la anterior sentencia, o sea el acierto o error con que ella se motiva, de manera tal que la Cámara o Tribunal de Casación únicamente pueda pronunciarse respecto de las cuestiones que en tiempo hábil fueron propuestas por las partes en los escritos postulatorios: demanda, reconvención y respectivas contestaciones...".

Por tales motivos, esta queja es de tratamiento inadmisibile.

#### **d.- Cuarto Agravio de la Demandada.**

Finalmente, la parte se queja en orden a los intereses fijados en la sentencia, relacionados con el punto de partida para su cálculo y la tasa., adelantando que no merecen acogida por parte de la suscripta.

El análisis es sencillo en tanto las argumentaciones vertidas para sostenerlo, dan de bruces con el marco normativo que regula la controversia -En efecto el art. 255 bis de la LCT establece que "el pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará



dentro de los plazos previstos por el art. 128 computado desde la fecha de extinción de la relación laboral”, es decir producida la ruptura la parte contaba con los plazos establecidos en el artículo indicado para efectuar el pago correspondiente, habiendo incumplido con tal obligación y encontrándose en mora, no puede pretender que los intereses corran desde la fecha que pretende, no apreciándose razones suficientes para apartarse de la manda legal, que es clara en su aplicación.

Por otro lado relacionado con la tasa establecida en la sentencia, sinceramente los argumentos invocados no pueden incidir para modificar la decisión de primera instancia, en tanto quedó acreditado más arriba la conducta dilatoria de la empleadora, que los importes monetarios de las indemnizaciones constituyen créditos laborales que deben ser protegidos en su inmutabilidad, y que ante la prohibición de indexaciones, resulta necesario encontrar mecanismos para ello, máxime que en esta materia estamos en presencia de juicios de contenido alimentario y asistencial, y tratándose de ello, el CCyC de aplicación supletoria conforme el art.1° LCT que establece las fuentes del Derecho del trabajo con carácter enunciativo, en el art. 522 fija la tasa de interés ante el incumplimiento en el pago de alimentos, razones que ameritan la confirmación de la sentencia en esta punto..

#### **IX.- Conclusión:**

Conforme lo dicho propongo al Acuerdo: **1.-** Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el accionante, en lo que respecta al adicional por zona desfavorable determinado en el CCT 610/10 (incorporado por Resolución Homologatoria N° 341/2011, Cláusula Quinta). En consecuencia revocar la sentencia en lo relativo al monto de condena, fijando el importe a abonar por el demandado en la suma de PESOS OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTE

(\$866.120), conforme liquidación efectuada en el análisis del Segundo Agravio del Actor; **2.-** Rechazar el recurso interpuesto por la demandada. **3.-** Imponer las costas de a la demandada perdidosa (art. 17 ley 921, y 68 del C.P.C.C., de aplicación supletoria en autos); **4.-** Diferir la regulación de honorarios hasta la etapa procesal correspondiente (art. 15 de la LA).

**Así Voto.**

A su turno, el **Dr. Dardo W. Troncoso**, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 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.-** Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, elevar el importe de condena a la suma final de PESOS OCHOCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTE (\$866.120,00), pagaderos en la forma y con más los intereses determinados en el fallo de grado.

**II.-** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de primera instancia.

**III.-** Imponer las costas de Alzada a la parte demandada, conforme lo considerado, difiriéndose la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

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

**Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso**

**Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara**