ACUERDO N° 38: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los trece (13) de octubre de dos mil quince se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales **OSCAR E. MASSEI y RICARDO T. KOHON** con la intervención de la Secretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES" (Expte. N° 68 - año 2011)** del Registro de la Secretaría de la Actuaria.

ANTECEDENTES: A fs. 200/217 la demandada, COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A., mediante apoderado, deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén –Sala I-, obrante a fs.176/188, que revoca el fallo de Primera Instancia y hace lugar a la demanda.

A fs. 222/223, la actora contesta el traslado de ley. Solicita se declaren inadmisibles los remedios deducidos, con costas.

A fs. 230/232, a través de la Resolución Interlocutoria N° 31/13, se declaran admisibles los recursos impetrados con sustento en los Arts. 18 y 15, incs. a) b) y c), del Art. 15º de la Ley 1.406.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? 2) En su defecto, resulta procedente el de Inaplicabilidad de Ley, 3) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? 4) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el doctor **OSCAR E. MASSEI** dice:

I. A los fines de respetar un orden metodológico, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1. A fs.48/53 vta., la actora promovió demanda contra COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A., por el cobro de la suma de $51.368,07 en concepto de diferencias salariales e indemnizatorias y horas extras, con intereses y costas.

Relata que el 13 marzo de 2008 ingresó a trabajar para la demandada -empresa periodística que publica el diario "La Mañana de Neuquén"- y que se desempeñó en la categoría auxiliar de la sección publicidad.

Reseña que cumplía tareas de diseño y armado de avisos publicitarios, preparación o modificación de los avisos pre-diseñados mediante el uso de programas digitales, tales como Corel Draw, Ilustrador, Photoshop, In- Desing, entre otros.

Agrega, que en algunas oportunidades se encargaba de diseñar suplementos especiales de publicidad los que eran encargados por determinadas empresas, denominados inserts, consistentes en varias páginas integradas al diario, así como también folletos y otras tareas accesorias.

Indica que cumplía una jornada de trabajo de lunes a viernes de 12 a 20 horas y los sábados, de 10 a 14 horas.

Respecto del encuadramiento sindical, afirma encontrarse comprendida en el ámbito del Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas (Ley 12.921, ratificatoria del Decreto-Ley 13.839/46).

Expresa que, pese a cumplir una jornada laboral que excedía las 36 horas semanales establecidas por la ley de

la materia, no le fueron abonadas por la empleadora las horas extras. Esta situación dio origen a reclamos de su parte en la oficina de personal, los que alega, merecieron respuestas evasivas.

Afirma que ante esta situación el 23/10/08 remite telegrama colacionado intimando el pago a valores actualizados de las horas extras devengadas y no abonadas desde el inicio de la relación laboral con el recargo del 50% y 100%. Asimismo, reclama se le abone el sueldo y diferencias salariales, de conformidad al Convenio Colectivo de Trabajo 541/08, Categoría A, Administración, auxiliar calificado/especializado, más el adicional por zona del coeficiente 1, 12% y el 1% de antigüedad (Arts. 32 y 57 del citado convenio).

La demandada rechaza la intimación de la actora, por carta documento del 27/10/08, niega que cumpla una jornada laboral de 44 horas semanales y afirma que nunca superó las 6 y media de trabajo diario. Sin perjuicio de ello, pide que indique fecha y horas concretas que pretende haber trabajado, discriminando las correspondientes al 50% y al 100%. Con relación a categoría, adicionales y remuneraciones, niega que se le adeuden diferencias remunerativas. Niega la pretensión de encuadramiento como auxiliar calificado, expresa que las remuneraciones pagadas son las correspondientes a la escala salarial de la CCT 541/08.Desconoce la procedencia del adicional por zona, en tanto lo establecido por el Art. 57 del Convenio Colectivo se aplica sobre los salarios básicos de los trabajadores de la zona al sur del paralelo 44. En cuanto al adicional por antigüedad, afirma que es efectivamente abonado, por lo cual solicita aclare su petición.

La actora responde por telegrama colacionado del 30/10/08. Se da por despedida, en virtud del desconocimiento de la real jornada laboral de 44 horas semanales trabajadas y

la consiguiente negativa al pago de las horas extras devengadas, así como el rechazo de la categoría como auxiliar calificada/especializada según Convenio Colectivo de Trabajo 541/08, indica que los básicos abonados resultan inferiores a todas las categorías de auxiliares de la escala salarial, Anexo 1, medios gráficos, Categoría A, Administración. Finalmente, expresa que el pago de las horas se puede efectivizar mediante simple cálculo aritmético y que la determinación de las diferencias salariales surge de un simple cotejo entre lo pagado y la escala salarial de convenio.

La demandada remite carta documento el 3/11/08. Rechaza el telegrama de la actora y denuncia que incumple el deber de obrar de buena fe. Niega los supuestos agravios. Pone a disposición haberes y liquidación final, certificado de trabajo, servicios y remuneraciones.

La Sra. Suárez afirma que por vía de la Convención Colectiva de Trabajo 541/08 se equipara a los empleados administrativos de empresas periodísticas-Ley 12.901, en cuanto a la indemnización por despido, preaviso y otros rubros, al personal comprendido en el Estatuto del Periodista profesional -Ley 12.908- y en consecuencia a ella le corresponde la indemnización prevista por el Art. 43 de esta última norma.

Enfatiza la aplicación de lo dispuesto en el Art. 8° de la Ley de Contrato de Trabajo y hace hincapié que en virtud del Art. 24 de la citada convención colectiva, el pago en menos de las remuneraciones implica un despido incausado.

Finalmente, efectúa la liquidación de los rubros reclamados en función del salario de la categoría correspondiente al auxiliar calificado / especializado, contemplado en el Convenio Colectivo aplicable. Funda en derecho y ofrece prueba.

2. Corrido el traslado de ley, a fs. 90/96 vta., contesta la demandada. Hace una negativa general y particularizada de los hechos afirmados por su contraria. Expresa que la actora cumplía un horario de trabajo de 12 a 14 horas y de 15/15.30 a 20 horas, de lunes a viernes, con suspensión de tareas entre una 1 hora y 1 ½ diaria para almorzar o descansar y que un sábado por medio o por mes concurría, una o dos horas por la mañana para completar la jornada laboral de 36 horas semanales.

Afirma que las tareas de la actora no requerían conocimientos específicos, que no era diseñadora gráfica. Que las labores que realizaba mal podían caracterizarla como auxiliar especializado o calificado, porque recibía los avisos que encargaban clientes adaptándolos a modelos ya existentes o trabajaba sobre un logo o aviso escaneado que luego adaptaba con supervisión de la Sra. Yanina Lértora, quien tampoco era diseñadora gráfica. Enfatiza que la labor de la Sra. Suárez era de reproducción, lo cual se correspondía con la categoría asignada.

Manifiesta que desde su ingreso, estuvo así encuadrada, sin que hiciera reclamo alguno. Además, dice que el CCT 541/08 no describe las tareas que desempeña un auxiliar especializado o calificado.

Expresa que no existió agravio para denunciar el contrato de trabajo (Art. 242 de la L.C.T.), y por el contrario, la actora puso de manifiesto una conducta desaprensiva de los principios de conservación del contrato y buena fe (Arts. 10 y 63 del texto legal citado).

Finaliza el responde con el planteo de inconstitucionalidad de las indemnizaciones especiales de los Arts. 52 y 55, incs. a) y b), del CCT 541/08 y/o de toda otra norma convencional o legal (Leyes 12.908 y 12.921), que establezcan indemnizaciones especiales y diferenciadas de las previstas por los Arts. 232 y 245 de la L.C.T.

3. Sustanciado el proceso, a fs. 153/155 se dicta la sentencia de Primera Instancia, la cual rechaza en su totalidad la demanda interpuesta, con costas a la actora.

Sus fundamentos son: a) del convenio y escalas salariales adjuntadas por la actora no surge claramente qué tareas se corresponden con cada categoría, sino que separa por agrupamientos, en el caso de autos Empleados Administrativos y si bien la escala salarial fija distintas categorías, no especifica qué debe entender por Auxiliar Calificado/Especializado. Extremos que tampoco son clarificados en la Ley 12.921 y su modificatoria 15.535. b) respecto de la tipificación estatutaria de las funciones desarrolladas por la actora, sostiene que ésta llevó a cabo una tarea técnica sin probar la existencia de especialización o antecedentes particulares que permitan encuadrarla en una categoría distinta a la de auxiliar de la sección técnica; advierte que la accionante no acreditó antecedentes sobre especializaciones; como tampoco acompañó título alguno c) en cuanto a las horas extras reclamadas, las desestima por insuficiencia probatoria, enfatizando que la prueba testimonial es contradictoria, que ninguno de los testigos trabajó en iguales horarios que Suárez, y que además, mantienen causa pendiente con la demandada por cobro de haberes, por lo cual sus declaraciones se encuentran teñidas de parcialidad.

Finalmente, considera los telegramas remitidos por la actora, y en especial el que pone fin a la relación laboral. En base a ellos tiene por no acreditadas las causales y que el despido en que se colocó la Sra. Suárez fue incausado, en violación a lo dispuesto por los Arts. 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo. Rechaza las indemnizaciones reclamadas, por aplicación de los artículos 242 y 246 de idéntico texto legal.

4. Disconforme con ese pronunciamiento se alza la actora, e interpone apelación a fs. 156/161.

Centra sus agravios en la interpretación errónea que -según afirma- se hizo al no encuadrarla como auxiliar calificada. Esgrime que el Convenio Colectivo en cuestión no exige calificación previa alguna ni título habilitante; tampoco antecedentes previos. Además, sostiene que el fallo del *A-quo* no consideró que las tareas requerían, al menos, conocimientos específicos.

Por otra parte, hace mención a los Convenios Colectivos Nros. 301/75 de Capital Federal y 391/75 de la Provincia de Corrientes, señalando que tampoco en estos se exigen antecedentes específicos ni título habilitante, siendo suficientes las funciones asignadas al trabajador.

Puntualiza que no está en discusión el horario de ingreso y egreso de la actora, sino la media hora posterior a las 14 y anterior a las 15 horas.

Resalta que no es razonable el argumento de que los testigos no hacían el mismo horario, ya que todos estaban presentes en su lugar de trabajo en ese horario, de lunes a viernes.

Subraya que el C.C.T. 541/08 establece una jornada máxima de 6.30 horas diarias, y 36 semanales (Art. 49). A ello añade que no cumplía la jornada diaria de manera continuada. De modo tal que aun sin considerar los horarios trabajados los días sábados, las jornadas de trabajo superaron la de convenio, por lo cual deben ser abonadas con el recargo del 50% o 100%, según corresponda.

También se agravia por la desestimación que efectúa la judicatura de los testimonios brindados por sus ex compañeros de trabajo, por el hecho de tener los mismos juicios pendientes contra la demandada. Ello así, ya que el *A-quo*, pese a manifestar que serán apreciados de conformidad a

los Arts. 386 y 456 del C. P. C. y C, concluye que se encuentran teñidos de parcialidad.

En su crítica la apelante desarrolla varios argumentos. En primer lugar, que el testigo con juicio pendiente no se encuentra excluido de declarar, conforme al Art. 427 del Código Procesal. En segundo lugar, los declarantes, por haber prestado servicios en la misma oficina que la actora, son testigos calificados para acreditar las circunstancias de hecho denunciadas en la pretensión y que para descalificar dicha prueba era necesario acreditar, por otros medios, que tales declaraciones eran falsas o contradictorias.

En otro aspecto, ataca el fallo porque no menciona la falta de presentación de las planillas de horarios normales y suplementarias (Arts. 52 de la L.C.T. y 6° de la Ley 11.544), pese a que la demandada fue intimada y se las tuvo por no presentadas de conformidad al Art. 38 de la Ley 921.

Subraya que es incongruente intimar a la presentación de las planillas para luego negar carácter operativo a la presunción legal.

En cuanto a las horas extras, asevera que si bien en principio son excepcionales, su acreditación presenta dificultades para los trabajadores, porque estos no llevan constancias registrales, las que sí se encuentran a cargo de la empleadora, y respecto de este tema considera aplicable la doctrina de la carga probatoria dinámica.

Sostiene que en el caso no se trata de probar horas extraordinarias esporádicas, sino considerar que la jornada trabajada en forma permanente excedía el mínimo legal de convenio.

Cuestiona que no se tuvieran por probadas las causas del despido indirecto, tales la falta de reconocimiento de la categoría profesional reclamada, la negación de la real jornada de trabajo, la falta de pago de las horas extras.

Todas ellas constituyen, seg{un alega, injurias graves que impidieron la prosecución del vínculo laboral, por lo que la actora se consideró con derecho al despido indirecto. Por ende, afirma que la sentencia de grado es contraria a los principios establecidos por los artículos 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Como último agravio, dice que no es imputable a la trabajadora la inobservancia del principio de conservación del contrato cuando, en virtud de éste, se avasallan elementales derechos, tales, el derecho al trabajo digno, a la jornada limitada de trabajo, al de igual remuneración por igual tarea, derechos humanos fundamentales reconocidos por la ley, las convenciones colectivas de trabajo, la Constitución Nacional (Art. 14 bis) y los Tratados Internacionales y los Convenios de la O.I.T.

5. La demandada contesta el memorial a fs. 168/172 vta. Afirma que la crítica ensayada por la actora no tuvo en cuenta las declaraciones de Yanina Lértora (fs. 123/124 y vta.) y Magalí Persa (fs. 119 y vta.).

Manifiesta que su parte impugnó las testimoniales brindadas por Natta Vera, Tempestti y Paz López (cfr. fs. 118 vta., 122 y 125 vta.), dado el manifiesto interés de los declarantes en el resultado de este pleito. Al respecto, advierte que los tres testigos –ofrecidos por la actora- han promovido acciones -en concepto de diferencia de categorías y horas extras- con igual representación e idéntico patrocinio letrado que el de la actora en este proceso, las que tramitan en los autos caratulados: “Natta Vera, Ricardo Gabriel c/ Comunicaciones y Medios S.A. y Otros s/ Cobro de Haberes”; “Tempesti Melisa Noelia c/ Comunicaciones y Medios S.A. y Otros s/ Cobro de Haberes” y “Paz López, Albana María c/ Comunicaciones y Medios S.A. s/ Cobro de Haberes”. Ergo, es indudable, el interés personal que tienen estos testigos en el resultado del presente proceso.

Por otra parte, respecto a la falta de presentación de las planillas en horarios normales y suplementarios y el apercibimiento previsto por el Art.38 de la Ley 921, sostiene que dicha norma solo permite tener por ciertos los hechos alegados por la actora, en el caso de mediar declaración jurada y salvo prueba en contrario, circunstancias que no se verifican en este proceso.

Continúa su réplica. Afirma que no tuvo en cuenta que su parte aportó prueba contundente sobre la improcedencia de las diferencias por categoría y horas extras, a través de los testigos Lértora y Persa.

Sostiene que la actitud de la trabajadora, asumida inmediatamente después de la respuesta de la patronal, resultó apresurada y contraria al principio de buena fe (Art. 63 y 10 de la L.C.T.).

Culmina su responde aseverando que la sentencia de grado es ajustada a derecho, en tanto no se probó la existencia de injuria que habilitase la denuncia del contrato de trabajo (Art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo).

6. A fs.176/188, la Cámara de Apelaciones emite su pronunciamiento. Revoca la sentencia de grado obrante a fs.153/155 y en consecuencia hace lugar a la demanda entablada contra Comunicaciones y Medios S.A., a quien condena a abonar a la actora la suma de $28.719,75, más la que resulte de la liquidación de horas extras en la forma explicada en los considerandos e intereses calculados desde la mora, según tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén y hasta el momento del efectivo pago. Impone las costas de ambas instancias a la demandada (Art. 71 del C.P.C. y C).

Parte de analizar el intercambio de comunicaciones que se produjera entre las partes, por entender que gravita de manera decisiva para resolver la pertinencia del despido indirecto.

Sostuvo que la demandada al momento de contestar la intimación de la trabajadora obró de mala fe frente a los reclamos puntuales y específicos que aquélla formulara -recategorización y horas extras– porque, luego de negar la veracidad de la jornada laboral y categoría reclamadas, requiere le sean indicadas fecha y horas trabajadas en exceso de la jornada normal, discriminando las horas que deben calcularse al 50% y al 100%, a los efectos de determinar la veracidad, procedencia, y extensión del reclamo, y al mismo tiempo se le hace saber que dispuesta a examinar las liquidaciones y en el caso de detectar diferencias hacerlas efectivas.

La Alzada considera que la empleadora incurre en autocontradicción dentro del texto de tal misiva, la que pone de manifiesto su actuación de mala fe. Por ende, concluye que no puede ser obstáculo a los reclamos de la accionante.

Respecto a los agravios relacionados a desmerecer la eficacia probatoria de los testigos por tener juicio pendiente con la demandada, los judicantes, consideran que tal circunstancia no conduce a su descalificación por si sola, sino, en tal caso ponderar sus manifestaciones con mayor rigor crítico, en correlación a lo expresado por la totalidad de los testigos. En especial, teniendo en cuenta que los sucesos laborales ocurren dentro de una comunidad de trabajo y por eso los que participan de ella pueden aportar elementos que permitan el efectivo conocimiento de los hechos.

La Cámara asevera que se probó la efectiva prestación de servicios por parte de la actora en jornadas superiores a las establecidas en el estatuto profesional en el que se hallaba encuadrada. Ello surge de la admisión que efectúa la propia accionada al contestar la demanda (fs. 92), de las testimoniales de Magali Presa (fs. 119) Yanina Lértora (fs. 123/vta.), Paz López (fs. 117/vta), Tempestti (fs. 121) y Natta Vera fs. 125), la ausencia de las registraciones

previstas por los Arts. 196, 52 inc. g) de la Ley de Contrato de Trabajo, 6° de la Ley 11.544, 21 del Decreto Reglamentario 16.115/1933, y ello se agrega su falta de presentación en el presente proceso lo que torna operativa la presunción favorable a la trabajadora en los términos del Art. 38 de la Ley 921.

En definitiva, admite el tópico bajo examen teniendo por cierto que la actora cumplía cuarenta y ocho horas de lunes a viernes y cuatro horas los días sábados, de ello surge que a las 36 horas semanales de convenio se agregaban ocho horas, que deben ser calculadas: siete al 50% y 1 al 100%.

Respecto al planteo referido a la recategorización, los judicantes concluyen que dentro del Convenio N° 541/08 -dada la prestación específica llevada a cabo por la Sra. Suárez- esto es la composición gráfica de los avisos publicitarios con utilización de diversos programas computacionales, debió haber sido remunerada según la categoría determinada en el Anexo I como auxiliar calificada/especializada.

Asimismo la Alzada estima que la negativa de la empleadora a reconocerle una cantidad significativa de horas extras y sus consiguientes recargos, unida a la negación del salario según la categoría convencional, comportan circunstancias suficientemente graves para justificar el despido indirecto en que se colocó la trabajadora.

Finalmente, pondera el planteo de inconstitucionalidad articulado por la demandada, con relación a las indemnizaciones especiales previstas en los Arts. 52 y 55 incisos a) y b) del Convenio Colectivo de Trabajo 541/08. En tal sentido, teniendo en cuenta las garantías constitucionales y el principio protectorio del trabajador (Art. 14 bis de la Constitución Nacional) estrechamente vinculado a la aplicación de la norma más favorable al

trabajador (Art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo) juzga que en el caso, la argumentación de la empleadora solo evidencia una consideración normativa diferenciadora a favor de un grupo de trabajadores, mas sin menoscabo o perjuicio para otros trabajadores, como tampoco importa una arbitraria discriminación de un grupo de empleadores. Aduna que el régimen indemnizatorio del despido más beneficioso no ha sido establecido por una ley, sino en una convención colectiva, con la participación de los delegados de las empresas empleadoras.

II. Dicha resolución es impugnada mediante los recursos extraordinarios locales por la demandada a fs. 200/217.

La aquí recurrente encauza sus agravios por los carriles de Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario. Funda el primer remedio en los incisos a), b) y c) del Art. 15° de la Ley 1.406; y el segundo, en la causal de falta de sustento en las constancias de la causa.

Sobre las causales de infracción legal, expresa que el fallo en crisis incurre en violación y errónea interpretación y aplicación de los Art. 10 16, 52, 55 y 242 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ahora bien, respecto del remedio de Nulidad Extraordinario se evidencia que el motivo esgrimido para fundar este -en rigor- se encuentra íntimamente vinculado con los agravios expuestos en orden a la infracción legal de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo y a la absurda valoración de la prueba que se individualizan en el escrito casatorio.

Consecuentemente, la impugnación efectuada puede encontrar una adecuada respuesta jurisdiccional dentro del andarivel previsto en el Art. 15º de la Ley 1.406. Por ello y en virtud de lo dispuesto por el Art. 19° del Ritual, carece de virtualidad el tratamiento y consideración del recurso de Nulidad Extraordinario.

En lo que sigue abordare el análisis del recurso de Inaplicabilidad de Ley. Cabe destacar que los puntos planteados y debatidos en la presente causa resultan sustancialmente análogos a *in re* “TEMPESTTI, MELISA NOELIA C/ COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES”, Expte Nº 55/2010 del Registro de la Secretaría Civil de éste Tribunal, por lo cual seguiré los lineamientos, análisis y conclusiones desarrollas al fundamentar mi voto en dicha causa.

Sentado ello, considero oportuno comenzar por el tratamiento de la arbitrariedad denunciada, en tanto dicho planteo controvierte la base fáctica de la causa.

A tales efectos resulta necesario examinar si han mediado vicios en la adecuada fijación y adecuación de los hechos, a fin de poder evaluar, a partir de ello, si se ha arribado a un correcto encuadre normativo o bien, se ha producido la infracción legal denunciada por la recurrente.

La queja vertida se centra en controvertir la labor desplegada por la Cámara sentenciante, en punto a la ponderación de las pruebas colectadas, materia que, en principio, resulta ajena a la revisión en esta instancia, salvo que se invoque y demuestre la configuración de absurdo probatorio.

Conforme doctrina de este Cuerpo, la causal de arbitrariedad prevista por vía de Inaplicabilidad de Ley, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas.

Y dicha causal refiere a un vicio descalificante, de acuerdo al concepto acuñado por este Tribunal, en la especial hipótesis en que la judicatura de grado al sentenciar, lejos de ser coherente, incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdos Nros. 30/91,50/92, 80/93, 115/95, 1/12, 5/12, y R.I. Nros. 1391/96, 94/01, entre muchos otros).

Este Alto Cuerpo lo ha caracterizado como:

[…] el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica" (Cfr. T.S.J.N., Ac. N°19/98, "CEA").

También ha dicho:

"[...] se configura apreciación absurda de la prueba cuando se da categoría probatoria a lo que por naturaleza no puede tenerla, o a piezas que no se refieren al hecho en discusión o que demuestran lo contrario a lo afirmado en la sentencia" (cfr. Ac. 171/96).

Por ello, resulta un instituto excepcional y de interpretación restrictiva, circunscripto al supuesto en que se acredite la violación a las reglas que rigen la materia, a cuyo respecto, cabe agregar:

Este *[…]* vicio (error) por hallarse en la base misma del proceso mental del juez o –o jueza- (y cualquiera sea la lógica del itinerario seguido y la corrección formal de las conclusiones en definitiva aceptadas), lleva necesariamente a apartarse de la verdad cuyo esclarecimiento se busca. Y lo garrafal de la desinterpretación finca en que las propias constancias del proceso desmienten el sentido que el juzgador atribuye a un determinado elemento probatorio y en la trascendencia que esa premisa visiblemente equivocada tiene para la ulterior decisión sobre los hechos controvertidos" (Cfr. Heberto A. Baños en su obra 'La prueba en conciencia' (pág. 27 cit. por Augusto M. Morello 'La Casación', pág. 335, Acuerdos. Nros. 18/2000" Pentak" y 27/2001 "Coca").

Al recurrente, entonces, no le alcanza con argumentar que la prueba pudo valorarse de otra forma o que el hecho pudo haber acaecido de diferente manera; en cambio, le es indispensable demostrar que, como se sostiene en la sentencia, no puede ser (SCBA, causa 101.691, sent. del 11-III-2009).

Examinado el vicio que se endilga al decisorio en crisis advierto que la impugnante no ha cumplido con la carga de demostrar el error grosero y fundamental materializado en una conclusión incoherente en su aspecto lógico formal e inconciliable con las constancias objetivas de la causa.

Ello así, porque del análisis global del material probatorio y en particular, de la prueba documental y testimonial no se advierte que la magistratura de Alzada hubiese infringido las reglas de la sana crítica.

Dichas reglas excluyen, la discrecionalidad de quien juzga. Se trata, de los principios (de la lógica y de las máximas de la experiencia) extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente como fundamentos de posibilidad y realidad (cfr. PALACIO-ALVARADO VELLOSO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado, y anotado jurisprudencial y bibliográficamente,* Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1994, pág. 140).

En tal sentido, nos enseña el maestro Morello que la sana crítica resulta un complejo estimativo que no corresponde ni confina una lógica rigurosa o absoluta, más bien, con flexibilidad y captación realista de la penetración en el análisis psicológico de las declaraciones de las partes, se vale de los testigos y de las explicaciones de los peritos, insertándolas en un cuadro más amplio, que se abastece en la totalidad de las circunstancias que son pertinentes (cfr. aut. cit. en Acuerdo 19/1998 *in re* “Cea Nivaldo del Tránsito c/ Aburto Carlos Guillermo y otro s/Daños y Perjuicios”).

En efecto, los sentenciantes, al ponderar la prueba documental, consideraron que las tareas específicas que desarrolló la trabajadora se correspondían a la categoría de "auxiliar calificado/especializado" del convenio de actividad N° 541/08, así sostuvieron:

[…] Y bien, en los recibos salariales que ella misma acompaña (fs. 6/27) la actora aparece designada con la sola denominación de "auxiliar", pero si confrontamos esa designación con las que figuran en el "Anexo I, de inmediato advertimos que, entre ellas, no existe plena identidad toda vez que en estas ultimas el calificativo es siempre compuesto…].

O sea en el CC que rige la actividad no hay una categoría de "meros" auxiliares y que esta circunstancia en sí misma entraña una irregularidad imputable a la empleadora"

[…]… por diferenciación con la tarea real desempeñada, corresponde descartar del listado anterior la alternativa" auxiliar/telefonista", que sin embargo, es la que se ha utilizado para graduar el salario de la actora (véanse recibos de fojas 25/26).

Pero avanzando aún más, y ya en relación a la prestación específica que la accionante llevaba a cabo, se observa asimismo que la tarea de composición gráfica de los avisos publicitarios con utilización de diversos programas computacionales…. excede la inespecífica de "auxiliar primero" ….].

[…..] Y en resumidas cuentas: de un lado, la irregularidad de remunerar a la actora a través de la categoría menor (Auxiliar telefonista) y, de otro, tanto la misma "mécánica" del Convenio que articula las categorías de "auxiliar primero" y "auxiliar calificado especializado" que naturalmente mueve a pensar en simples tareas administrativas para la primera de ellas y en una mayor "complejidad" o aún "especialización" para la segunda, como la circunstancia de

*que, "por lógica" las que desempeñaba la actora cuadran más dentro de esta última que de aquélla….]. (sic, fs.*183/184).

Esta conclusión de la Cámara no constituye una apreciación groseramente equivocada de la prueba bajo examen y se corresponde con las exigencias de las leyes de la lógica.

Por otra parte, y en lo que hace a la prueba testimonial, ocurre lo propio.

Se constata que las declaraciones de los testigos de la accionada son contestes en afirmar las tareas efectivamente desarrolladas por la Sra. Suárez, especificando que operaba diversos programas de computación para el diseño de avisos; y también son precisos y concordantes en cuanto al sentido publicitario que requiere la diagramación de aquellos, lo cual se corresponde con las máximas de la experiencia.

En consecuencia, se concluye que la actora realizaba tareas que requerían de especial capacitación que exceden el encuadramiento convencional dado como Auxiliar, en tanto ésta importa acciones de simple colaboración, que no se compadecen con las realmente desempeñadas. Y en el tópico debe honrarse el principio de la supremacía de la realidad, inherente con el régimen tuitivo establecido expresamente por la Ley de Contrato de Trabajo y los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad (Art. 75, inc.,22 de la C.N.).

Por otra parte, y en cuanto a las diferencias que en concepto de horas extras reclama la actora, cabe subrayar, que como bien lo afirma la Alzada, la realización de un horario superior al del convenio de actividad el cual prevé una jornada semanal máxima de 36 horas fue admitida por la empleadora (cfr. fs. 92), y al propio tiempo corroborada con las testimoniales de Magalí Presa (fs. 119) y Yanina Paola Lértora (fs. 123 y vta.), de Paz López (fs. 117 vta.), Tempestti (f. 121) y Natta Vera (fs. 125). Y si bien tres de los cinco testigos tienen juicio pendiente con la demandada

tal circunstancia, no conduce a su descalificación automática porque la valoración de su eficacia probatoria encuentra sustento suficiente en correlación a lo expresado por la totalidad de los testigos y a la inexistencia de prueba de la falsedad de sus dichos.

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).

Ahora bien, la accionante en forma previa a resolver el vínculo laboral, intimó a su empleadora para lograr que le sea reconocida la categoría de convenio como auxiliar calificada y las horas extraordinariaste.

Frente a ello, la demandada conforme surge del intercambio epistolar rechazó tales conceptos en abierta contradicción al principio de la buena fe contractual (Arts. 62, 63 y 10 de la Ley de Contrato de Trabajo).

Dicho principio constituye una guía para la aplicación, interpretación e integración de las normas laborales (cfr. Etala, Carlos Alberto, *Contrato de Trabajo*”,

Tomo 1, Editorial Astrea, 6° edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2008, pág. 225).

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" (CNT, 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).

La norma legal *supra* citada impone el deber genérico de buena fe, transgredido por la empleadora, y este marco jurídico es el que moldea la solución del presente.

Ello así, porque la denuncia del contrato por parte de la Sra. Suárez, tuvo su origen en el obrar de su empleadora, quien incurrió en incumplimientos contractuales- al negar los créditos laborales que le correspondían, los que por su gravedad equivalían a resolver el vínculo laboral. En consecuencia las indemnizaciones previstas para el despido sin justa causa, son también procedentes para el presente caso.

El Art. 246 de la Ley de Contrato de Trabajo, dispone:

"Cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232,233 y 245".

Al respecto, Justo López subraya que la solución consagrada por la norma bajo examen, responde al pacto comisorio implícito en los contratos sinalagmáticos de prestaciones recíprocas, además de guardar correspondencia con el carácter bilateral de la injuria (Cfr. autor citado en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T°II, págs. 1268, 2° Edición Edit. Contabilidad Moderna Buenos Aires, 1987).

La solución normativa encuentra anclaje en lo dispuesto por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional que exige la protección contra el despido arbitrario, principio predominante en el Derecho Laboral y asimismo en el Convenio N° 158 de la O.I.T., sobre terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, el que no obstante no haber sido ratificado por Argentina, constituye una pauta valorativa en el desarrollo de los derechos humanos referidos a la protección del trabajador.

Desde esta perspectiva, el pronunciamiento en revisión tuvo en cuenta las particularidades de la materia a

decidir referidas a derechos que están especialmente protegidos por la Constitución Nacional. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado:

[…]…que la relación de trabajo reviste una especificidad que lo distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación del trabajador constituye una actividad inseparable e indivisible de su persona y, por tanto de su dignidad como tal. El principio protectorio que establece la Ley Fundamental y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las declaraciones y tratados de jerarquía constitucional, han hecho del trabajador un "sujeto de preferente tutela" (Fallos: "Vizzoti" 327:3677; "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A."322:2043 […]" (Cfr.C.S.J.N. Fallos: 534.XLIV).

El derecho de las asociaciones sindicales de celebrar convenciones colectivas de trabajo, tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional (Arts. 14 bis y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

Como sostuve en mi voto en la causa "Asencio, Martín Javier y Otros c/ Grúas Gut S.R.L. S/ Despido" y sus acumulados:

"la *Convención Colectiva, como fuente específica del Derecho Laboral, posee como principal consecuencia la obligatoriedad de sus disposiciones. Sus cláusulas, como bien se ha precisado, se adscriben a un estatus propio, cuyos efectos son los siguientes: a) son inmediatamente aplicables, porque, como las leyes imperativas, derogan ipso facto todo lo que se les oponga y que sea de un nivel inferior (contratos individuales de trabajo) y no sea más beneficioso (Art. 7°, Ley 14.250); b) son obligatorias, en tanto no se requiere su aceptación por las partes; c) son inmodificables e irrenunciables (Art .12°, L.C.T.); d) son nulas y sustituidas de pleno derecho las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador este tipo de normas*

(Art. 13, L.C.T.); e) son inderogables en la medida en que ingresan al derecho positivo con el rango ya precisado (cfr. C.N.A.T., Sala I, 13-3-74; L.L. 155-729, cit. por Ricardo Luis LORENZETTI, *Convenciones Colectivas de Trabajo*, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1988, pág. 85, págs. 65, 84, 220 y 221) (cfr. Mi Voto en Acuerdo N° 34/09).

Las convenciones colectivas, en tanto Acuerdos bilaterales entre partes colectivas con intereses opuestos, tienen alcance general porque constituyen normas aplicables a todos los sujetos que componen el grupo. De lo dicho podemos sostener que el acto de acordar el convenio colectivo tiene naturaleza afín con el contrato (Art. 1197, C.C. de V.S.; Art. 959 y c.c. C.P.C. y C.N.), mas se diferencia de éste porque las partes que representan los intereses comunes son sujetos colectivos de un todo específico.

Desde otro vértice, tiene semejanza con la ley por el alcance general de lo convenido, y concretamente dicho alcance general inhibe explicarlo como el resultado de la autonomía individual, pero ello no significa que pueda serle reconocido un carácter estatal con poder normativo público.

Y esta autonomía colectiva se encuentra contemplada por el ordenamiento estatal mediante la Ley 14.250 (Arts. 4° y 5°) la cual reconoce su eficacia general respecto del grupo profesional, luego de su homologación, la que está condicionada a la no violación de normas de naturaleza superior como la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, las de orden público además de la no afectación del interés general.

La distinción acerca de la naturaleza pública o privada de los convenios colectivos de trabajo se proyecta en la problemática de interpretación del convenio colectivo, es decir, como un contrato o por el contrario, como una ley en el sentido de norma de origen estatal.

Ello así, porque si bien los convenios colectivos de eficacia general constituyen leyes en sentido material, por ser fuente para el ordenamiento jurídico estatal, no significa que lo sean en orden formal, toda vez que por su naturaleza jurídica son profesionales.

Y estas características son las que determinan que los convenios colectivos no constituyan un conjunto pleno de normas jurídicas, en el que cada caso particular pueda ser subsumido. Y esta diferenciación no resulta menor, porque de ella se desprende la prohibición de la aplicación extensiva o analógica de las convenciones colectivas de trabajo. (Art. 16 de la L.C.T.).

Es decir, ante un supuesto de ausencia de reglamentación, la norma legal no permite su integración mediante la aplicación extensiva o analógica de una convención a otra. En otras palabras, la laguna convencional no podrá ser integrada analógicamente por lo establecido en otro convenio. Ello así, por su propia naturaleza jurídica, al constituir –como ya se dijo-un acuerdo entre partes, no permite la incorporación de normas que no fueron objeto de lo acordado por la representación sindical y empresaria, negociadoras del órgano paritario, y con aptitud legal para fijar sus alcances con respecto a un determinado sector de las relaciones de trabajo.

La demandada atribuye a los judicantes haber violado la prohibición de aplicación analógica de convenios colectivos. Sin embargo dicho embate luce huérfano a la luz de lo considerado en la sentencia de Cámara ya que esta no utiliza las descripciones de la tareas referentes a las distintas categorías y sectores contenidas en otros convenios para el correcto encuadre de la Sra. Suárez sino que se atiene al Convenio Colectivo de Trabajo 541/08.

Y ello así, toda vez que no se está en el *sub-lite* ante la necesidad de integración de normas. Es que a los fines

de su adecuada resolución corresponde estar a la totalidad de las constancias de la causa, las cuales dan suficiente respaldo para tener por acreditado que la actora desempeñaba tareas que excedían la categoría de Auxiliar, y se correspondían con las de Auxiliar calificada/especializada de acuerdo al Convenio de aplicación.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad articulado al contestar la demanda, (fs. 95) respecto de los Arts. 52 y 55, incisos a) y b), de la Convención Colectiva de Trabajo 541/08 y de Las Leyes 12.908 y 12.291, en tanto establecen indemnizaciones especiales y diferenciadas de las previstas por los Arts. 232 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, en virtud de considerarlas violatorias de los Arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional, adelanto que no asiste razón a la demandada. Ergo la invalidación que pretende no habrá de prosperar.

En efecto, y tal como expusiese *supra,* las cláusulas contenidas en las convenciones colectivas de trabajo regulan intereses privados. Por lo tanto, no son normas públicas, así como tampoco tienen en mira el bien común, sino ciertos intereses privados, aunque colectivos. En consecuencia, no constituyendo ley en sentido formal la declaración de su inconstitucionalidad resulta impertinente.

A ello cabe agregar, que las normas que llegan cuestionadas tuvieron origen en un convenio colectivo de trabajo, acordado por la asociación gremial que representa al trabajador, y homologado por el Ministerio de Trabajo, luego del examen de legalidad y oportunidad, todo lo cual otorga a sus cláusulas efectos *erga omnes* (cfr. Ley 14.250), para cuyo cuestionamiento el ordenamiento jurídico brindó distintos medios, diversos al intentado.

III. Finalmente, con respecto a la tercera cuestión planteada, propongo se imponga la totalidad de las costas de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 68° del

Código Procesal, 17 Ley 921 y 12° de la Ley Casatoria). **MI VOTO.**

El señor Vocal doctor, **RICARDO T. KOHON** dice: Coincido con los argumentos expuestos por el doctor Oscar E. MASSEI, así como también con las conclusiones a las que arriba en su voto. **ASÍ VOTO**

De lo que resulta del presente Acuerdo, oído el señor Fiscal, por unanimidad, **SE RESUELVE**: **1°)** Declarar **IMPROCEDENTES** los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley impetrados por la demandada COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. a fs. 200/217 y confirmar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la ciudad de Neuquén, obrante a fs. 176/188, con base a los fundamentos aquí expuestos. **2°) IMPONER** las costas, de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 68° del Código Procesal, 17 Ley 921 y 12° de la Ley 1.406) **3°)** Regular los honorarios de los doctores: ... y ... –en doble carácter por la actora-, ... –apoderado de la parte demandada-, y ... –patrocinante de idéntica parte-, en un 25% de la suma que deba fijarse para retribuir idéntica actuación en la instancia de origen (conf. Art. 10°, 15º y c.c. de la Ley 1.594, con la modificación introducida por la Ley 2.933). **4°) DISPONER** la pérdida del depósito cuyas constancias lucen a fs.199 y 227 (Art. 10° de la Ley de rito), dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial N° 1.971. **5°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

Con lo que se da por finalizado el acto, que previa lectura y ratificación, firman los Sres. Magistrados por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. RICARDO T. KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI
Dra. MARÍA T. GIMENEZ de CAILLET-BOIS - Secretaria