

En la ciudad de Puerto Madryn, a los _____ días de abril del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “**M., R. C/ I. SRL s/ Cobro de Pesos e indem. de ley**” (Expte. N°330 Año 2015) venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 112/14), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 341.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 1 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 311/317, la cual fue apelada a fs. 320 por la parte demandada. El recurso le fue concedido a la recurrente a fs. 321, quien expresó sus agravios a fs. 322/328, habiendo contestado la actora (fs. 330/336 vta.) el traslado conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda, condenando a I. S.R.L. a abonar a R. M., previo los descuentos de ley que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de \$ 778.210,05.-, con más los intereses a la tasa activa que aplica el

Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales, desde que cada suma resultó debida al efectivo pago. Dispuso también que dentro de los diez días de quedar firme la sentencia, la demandada deberá entregar el certificado de servicios y remuneraciones ajustado a los términos de lo aquí dispuesto, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de demora. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Comenzó tratando la a quo las cuestiones relativas a si al actor le correspondía un año de licencia paga por enfermedad por tener “cargas de familia” y si se ajustó a derecho su conducta de darse por despedido. Destacó que, conforme doctrina que cita, la expresión “cargas de familia” no se reduce a la esposa e hijos del trabajador sino todos aquellos familiares amparados por la ley de asignaciones familiares y obras sociales, con la condición de que los parientes hayan sido declarados y acreditados “estar a cargo” del trabajador antes de la iniciación de la licencia.

Evaluó que durante el intercambio epistolar la demandada jamás adujo que le fuera desconocido el hecho de que el actor viviera en concubinato y tuviera a su pareja a cargo sino que se limitó a negar que ésta pudiera considerarse “carga de familia”. Es por ello que consideró que la negativa de su conocimiento vertida al contestar la demanda, contradice su previa conducta (doctrina de los actos propios). Conforme lo expuesto, concluyó que el actor tenía derecho a doce meses de licencia paga por enfermedad y que la negativa en tal sentido de la demandada resultó injustificada y agravante, lo cual justificó que el actor se diera por despedido.

Trató luego el reclamo del actor por “diferencias salariales”

correspondientes a los meses de Enero a Marzo de 2013 en base a “horas extras” trabajadas y no remuneradas.

Expresó la sentenciante que las “horas extras” deben ser probadas en el proceso y analizó si el actor había cumplido con tal carga.

Conforme la prueba testimonial producida en el proceso, concluyó la Sra. Magistrada del Inferior que de la misma surge en forma contundente la realización en forma habitual de “horas extras”. Agregó que la demandada no acompañó el libro de horas extras obligatorio según Ley 11.744 por lo que su falta de exhibición hace aplicable la presunción del art. 55 LCT y 41 de la Ley XIV N° 1. En base a ello, hizo lugar a la “diferencia salarial” reclamada por los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2013 a razón de \$ 5.000.- por mes.

Con respecto al reclamo de las “Multas de los Arts. 10 y 15 de la Ley 24.013” por la existencia de remuneraciones abonadas y no registradas, resolvió que no estaban reunidos los requisitos formales para su procedencia dado que el actor no acreditó el importe de su remuneración real para cada período. No obstante ello y haciendo aplicación del principio *“iura novit curia”*, aplicó la sanción prevista por el Art. 1 de la Ley 25.323 para las relaciones no registradas, dejando sentado que su aplicación sólo requiere la comprobación de la inexistencia de registración de la relación o su deficiencia.

Hizo lugar a la “Multa del Art. 45 de la Ley 25.345” porque la demandada entregó el Formulario P.S. 6.2 de ANSES que no incluye todos los datos que exige el art. 80 LCT y condenó a que la demandada entregue un nuevo certificado ajustado a los términos de la sentencia.

Finalmente, en razón de haber sido la demandada intimada a abonar los montos indemnizatorios sin que diera cumplimiento a ello en el plazo del art. 255 bis LCT, le impuso la “Multa del Art. 2 de la Ley 25.323”.

3 – Agravios de la demandada

3.1) Agravia a la recurrente que la a quo haya considerado que el actor tenía “cargas de familia” con lo cual su licencia por enfermedad debió ser de doce meses. No está de acuerdo la demandada con la aplicación para esta problemática de la doctrina de los actos propios conforme hiciera la sentenciante. Expresa que en ningún momento el actor manifestó haber cumplido con los recaudos que se exigen para que sea procedente su derecho (declaración y acreditación de tener persona a su cargo). Invoca que no es aplicable la doctrina de los actos propios porque ello violenta en el caso el principio protector de la primacía de la realidad. Insiste en que el actor no tenía “cargas de familia” dado que no las probó ni acreditó que las tuviera a cargo. Según su postura, concederle doce meses de licencia produce un enriquecimiento ilícito.

3.2) El segundo agravio trata la condena al pago de las “diferencias salariales” reclamadas por el actor. Esgrime que la a quo tuvo en cuenta como acreditación de la realización de “horas extras” la prueba testimonial producida en autos y -según su análisis de cada declaración- en modo alguno surge acreditado la realización de “horas extras” por el actor en el año 2013 conforme su reclamo.

Critica también el otorgamiento de la suma de \$ 5.000.- mensuales en concepto de “diferencia salarial” sin justificar de dónde obtiene dicho importe para determinar la condena. Considera improcedente la presunción legal que hace jugar la a quo en su decisión dado que su parte nunca fue intimada a presentar el Libro que prevé la Ley 11.744 y no era obligatorio para ella hacerlo, estando la carga de la prueba en cabeza del actor.

3.3) El tercer agravio está dirigido a la aplicación de la sanción prevista por el Art. 1 de la Ley 25.323 para las relaciones no registradas. Expresa que la a quo violó el principio de congruencia al incorporar una situación no peticionada por el actor y violando el derecho de defensa en juicio resolviendo un cuestión no debatida ni controvertida en los hechos. Expresa que la actora reclamó mediante Telegrama N° 351881086 su registración laboral desde el año 2002, pero que dicho despacho fue negado e impugnado por su parte y no surge de autos que el mismo haya sido enviado y/o recibido por la demandada. Es por ello que al no haberse acreditado en autos su autenticidad, resulta un instrumento inexistente. Agrega que la negativa de la legitimidad de la mencionada comunicación postal acarrea la misma consecuencia para la del día 10 de Diciembre de 2013, por lo que no puede ser ponderada como procedente.

3.4) El cuarto agravio está dirigido a la aplicación de la sanción del Art. 45 de la Ley 25.345 por falta de entrega del certificado del art. 80 LCT. Según la queja, tanto la actora como la a quo han reconocido que el certificado fue entregado en tiempo y forma luego de intimado (a pesar de ser incompleto) y que ello hace que no corresponda la sanción dado que la ley pena la falta de entrega y no la entrega deficiente.

Ataca también la condena a otorgar un nuevo certificado ajustado a los términos de la sentencia. Esgrime que la sentencia no ha dicho que M. haya ingresado antes de lo que dicen los recibos ni que percibiera una remuneración distinta a la que surge de ellos. Agrega que no surge de la sentencia la remuneración que debió percibir el actor, tampoco cuáles son las diferencias salariales encontradas y mucho menos ha determinado la real

fecha de ingreso del actor. Es por ello -sostiene- que resulta improcedente la condena a entregar un nuevo Certificado y la sanción prevista por el Art. 1 Ley 25.323.

3.5) Agravia a la demandada la aplicación al caso de la sanción prevista por el Art. 2 de la Ley 25.323. Expresa que este ítem debe ser juzgado sobre la base de los agravios anteriormente expuestos y al admitirse los mismos corresponde revocar la sanción bajo análisis.

3.6) El último agravio está planteado con relación a la condena en costas. Expresa la recurrente que, al revocarse la sentencia, deberá adecuarse la imposición de las costas que deben quedar a cargo del actor y en caso de no revocarse el fallo apelado y atento a que no prosperó el reclamo de la aplicación de la Ley 24.013, deben las mismas ser impuestas en un 30% al reclamante.

4 – Tratamiento de los agravios

4.1 – La carga de familia

La demandada sostiene que el actor no tenía “carga de familia” y de allí que la licencia por enfermedad que le correspondía era de seis meses y no de doce (art. 208 LCT).

En la doctrina laboral se han formulado distintas posturas con vistas a la determinación de esta carga. García Martínez entiende que a los efectos de designar qué personas deben ser consideradas como “cargas de familia”, respecto del trabajador debería recurrirse al Código Civil, señalando tales a los familiares que pueden resultar sujetos de obligaciones alimentarias (conf. GARCIA MARTINEZ, *“Enfermedades y accidentes inculpables”*, LT, XXIV-6), Sardegna adhiere a esta postura que se sustenta en el derecho común (conf.

SARDEGNA, en Altamira Gigena (coord.), *“Ley de Contrato de Trabajo”*, T. II, pág. 757).

Si bien la posición descripta es razonable, presenta el inconveniente -en su aplicación práctica- de que el empleador no conoce y carece de elementos objetivos que permitan conocer la nómina de familiares que podrían estar comprendidos en dicha condición jurídica (se trata de un amplio listado, que no todos los sujetos se hallan necesariamente en la actualidad

obligados, pero son susceptibles de estarlo en el futuro y puede ocurrir que quienes reciban prestación alimentaria puedan en cualquier momento dejar de percibirla por el cese de la condición y pasar a ser otro quien la reciba).

El inconveniente práctico que presentaría esta postura, la cual exigiría en cada caso la prueba concreta, ha conducido a que varios autores tengan una opinión contraria (conf. FERNANDEZ MADRID, en LOPEZ – CENTENO – FERNANDEZ MADRID, *“Ley de Contrato de Trabajo”*, T. II, pág. 757).

Otra posición sobre el tema recurre al régimen de Asignaciones Familiares, para considerar como “familia a cargo” a las personas respecto de las cuales se perciben las asignaciones correspondientes. Sin dejar de reconocerle razonabilidad a la postura, se presentan también inconvenientes

fundamentalmente en los casos en los que la mujer trabaja, la necesidad existe (por tener un hijo menor, por ejemplo), pero ella no percibe asignación familiar debido a que su esposo también trabaja y es quien la cobra (conf. CNTrab., Sala I, 30/10/90, DT, 1991-809; íd., íd., 27/03/80, TSS, IX-775; íd., Sala VIII, 08/08/80, TSS, IX-778; GARCIA MARTINEZ,

“Enfermedades y accidentes inculpables”, LT, XXIV-6).

Otra línea de opinión, entiende razonable estar a la enumeración de personas a cargo que efectúa la Ley de Obras Sociales N° 23.660 (art. 9). Fernández Madrid y otros autores entienden que sería la solución más aceptable, ya que

quedan deslindados en forma objetiva y precisa los derechos y deberes de las partes (conf. FERNANDEZ MADRID, en LOPEZ – CENTENO – FERNANDEZ MADRID, op. cit., T. II, pág. 757; PERUGINI, “*Algunos aspectos de la legislación referida a los accidentes y enfermedades inculpables*”, Revista de la Información, XXXVII, pág. 138; RUBIO, “*Derecho individual de trabajo*”, pág. 468; GNECCO, L., en RODRIGUEZ MANZINI, J. (Director), “*Derecho del Trabajo*”, T. II, págs. 168/169).

Conforme esta última postura, quedarían comprendidos como “cargas de familia” el grupo familiar primario del trabajador, integrado por el cónyuge, los hijos solteros hasta la mayor edad, los hijos solteros hasta los 25 años de edad, siempre que estén a exclusivo cargo del afiliado titular y cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad educativo, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular sin límite de edad, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela hubieran sido acordados por la autoridad judicial o administrativa y reúnan los requisitos antes enumerados y también las personas que convivan con el trabajador y reciban ostensible trato familiar, siempre que se hallen “a cargo” de él, y los demás ascendientes o descendientes por consanguinidad que se encuentren a su cargo y hubiesen sido incorporados como beneficiarios al subsistema en cuestión por el trabajador (art. 9, incs. a y b, Ley 23.660) (conf. GNECCO, L., en RODRIGUEZ MANZINI, J., op. cit., T. II, págs. 169/170).

La jurisprudencia se ha inclinado por acordar una interpretación amplia del concepto “cargas de familia”, ante la falta de una definición específica en la ley laboral a su respecto (conf. CNTrab., Sala X, 16/02/05, “*Amaro, B.J. c/ Centrales SA y Ot.*”; cit. GNECCO, L., op. cit., T. II, pág. 170).

A la luz de lo hasta aquí expuesto, considero que está fuera de discusión que la persona que convive con el trabajador (llámese concubina, pareja,

compañera o conviviente), que recibe ostensible trato familiar y está a su cargo, debe ser considerada “carga de familia”.

En el caso de autos, advierto que en la intimación cursada por el actor a la demandada mediante la pieza postal del 21/11/2013 (fs. 9), expresa: *...tengo como carga de familia a mi concubina la Sra. S. I. C., ... de la cual uds. tienen acabado conocimiento, por obrar dicha información en mi legajo personal...*”. Esta intimación –en lo que aquí interesa– fue respondida por la empleadora mediante la C.D. de fs. 4, diciendo: *“...Verá Sr. M. que su concubina, de conformidad con las normas vigentes, NO SE CONSIDERA CARGA DE FAMILIA y por ende no puede computársela a la misma, a los efectos de ampliar el plazo del art. 208 de la LCT...”*.

De estos dos instrumentos surge con claridad que la empleadora conocía perfectamente que el actor tenía una concubina a su cargo. Y ello así porque ni negó la existencia de la compañera, ni tampoco negó que la misma estuviese a su cargo.

Por lo tanto, toda la negativa volcada al respecto en la contestación de la demanda carece de relevancia en apoyo de la postura asumida por la demandada, al existir una clara contradicción con su conducta anterior. No es posible esgrimir una conducta al redactar la C.D. en sede extrajudicial y otra contraria al contestar la demanda. La doctrina de los propios actos impide tal proceder, conforme es ya conocido.

Pero el punto final a esta cuestión surge con meridiana claridad de la prueba Confesional producida en autos. Veamos: a fs. 186 obra el pliego de posiciones en base al cual absolvió las mismas el representante legal de la demandada (fs. 187). La posición N° 11 dice: *“Para que jure que es cierto que el actor tenía a su concubina Sra. S. I. C., a cargo”*; a lo que el absolvente contestó: *“sí es cierto”*.

Ante esta respuesta, la regla es que la confesión constituye plena prueba en contra del absolvente de la verdad de los hechos que han sido objeto de ella; cuando la confesión reúne los requisitos de eficacia exigidos por la ley de rito, se transforma en la *probatio probatissima, regina probationem, o probatio superlativa*, máxime cuando se trata de derechos patrimoniales, al tiempo que cobra especial preponderancia, en la virtualidad confesoria, el principio dispositivo: la concurrencia de dos afirmaciones sobre un hecho lo excluyen de prueba y éste debe tenerse por cierto (conf. SCBA, 18/12/2002, Juba, sumario B26556; ALSINA, H. “*Tratado...*”, T. II, pág. 369; C.Civ.Neuquén, Sala 2ª., 01/01/91, AP 17/2873; CNCiv., Sala M, 29/04/91, JA 1991-III-síntesis; C.Civ.Neuquén, Sala 1ª., 19/09/95, “*Segura Díaz, N. c/ Coop. Frut. y Cons. La Flor SCI s/ Accidente*”; GOLDSCHMIDT, J., “*Derecho Procesal Civil*”; pág. 198; FALCON, E., “*Tratado de la Prueba*”, T. II, pág. 218).

Cuando el absolvente “contesta”, no da una mera respuesta sino que realiza una propia afirmación en su carácter de parte; hay una recepción remodeladora de lo que las posiciones dicen: éstas se trasladan al decir del propio absolvente y, por ello, al aceptarse en forma expresa, se constituye en plena prueba (conf. CIPRIANO, N.A., “*Las preguntas a los testigos. Exigencias procesales*”, La Ley 1987-E-805).

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado provoca el derrumbe del planteo esgrimido en el agravio en tratamiento y de allí que corresponda no ser oído por esta Alzada, confirmándose lo resuelto en este punto por la Magistrada a quo.

La circunstancia de tener por acreditado que el actor tenía “carga de familia”, avala su postura en cuanto a que le correspondían doce meses de licencia paga (conf. art. 208 LCT) y de allí que la actitud asumida en su despacho del 10/12/2013, dándose por despedido ante la negativa de esta circunstancia

por parte de la demandada, la que no fue modificada pese a la a la intimación cursada a tal efecto, resultó ajustada a derecho conforme lo resolviera la a quo.

4.2 – Horas extras y diferencias salariales

Ante el tenor del agravio, debe resolver esta Alzada si se encuentra acreditado la realización de “horas extras” por parte del reclamante, surgiendo de ello un crédito a su favor por “diferencias salariales”, conforme resolviera la a quo.

En lo que respecta a las “horas extras”, la cuestión es clara porque la carga de la prueba de la realización de horas extraordinarias corresponde al trabajador y debe ser categórica, no tomándose en cuenta las meras presunciones (conf. LOPEZ-CENTENO-FERNANDEZ MADRID, “*Ley de Contrato de Trabajo*”, T. II, págs. 919/920). Las decisiones jurisprudenciales sobre el tema son uniformes al decidir que las horas extraordinarias deben probarse de modo asertivo, efectivo, categórico y convincente, tanto en lo que respecta a los servicios prestados como al tiempo en que se cumplieron. De allí entonces, que el trabajo extraordinario debe ser probado por quien lo alega, dado que lo que se presume es que la jornada no excede el máximo legal (conf. CNTrab., Sala I, 17/09/93, DT, 1994-B-1977).

No hay ninguna duda en cuanto a que la prueba del trabajo en “horas extras”, a cargo del trabajador, debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo, resultando insuficientes las presunciones (conf. CNTrab., Sala I, 27/11/98, DT, 1999-B-2092). Y la exigencia de una prueba terminante y asertiva es más marcada todavía cuando el requerimiento respectivo es efectuado recién luego de extinguido

el contrato de trabajo, conforme aquí ocurriera (conf. CNTrab., Sala VIII, 30/03/99, DT, 1999-B-2013).

Debe analizarse la producción probatoria a fin de concluir si el reclamante ha cumplimentado su obligación de probar de modo terminante la realización de las “horas extras” conforme afirma en su demanda, teniendo en cuenta que la a quo ha dicho al sentenciar que de los testimonios obrantes en autos “...surge en forma contundente la realización en forma habitual de horas extras...” (fs. 315 vta.).

Los testimonios que la a quo ha considerado como relevantes en favor de la posición del actora son los correspondientes a los propuestos por la parte actora (L. (fs. 194/195); M. (fs. 199/y vta.); T. O. (fs. 234/y vta.) y U. (fs. 235/y vta.). Todos ellos declararon conforme el interrogatorio obra a fs. 193 de autos. Debe analizarse su contenido y ello nos conducirá a dar solución a la cuestión.

Advierto que la 3ª. pregunta (“c”), dice: “¿Cuántas veces fue citado el Sr. M. a trabajar después de su jornada laboral?”; la 4ª. pregunta (“d”), dice: “En relación a la pregunta anterior ¿En qué horario se lo citaba para que fuera a trabajar?” y la 5ª. pregunta (“e”), dice: “¿Qué tiempo le llevaban dichos trabajos, para los cuales era citado?”.

Las preguntas transcriptas son claramente violatorias de los requisitos que impone la norma del art. 447 del ritual con respecto a las “formas de las preguntas”. En efecto, la misma dispone que no se formularán las preguntas que estén concebidas en términos afirmativos o sugieran las respuestas. En este caso estamos ante preguntas afirmativas y que sugieren las respuestas. A diferencia de las posiciones que se dirigen a la contraparte, que deben ser asertivas, las preguntas que se formulan a los testigos han de ser hechas como indagatorias, de manera tal que de su contenido no pueda inferirse la

contestación, puesto que las así formuladas no dejan otra posición al testigo que la de contestar afirmativa o negativamente, con lo que se desvirtúa la finalidad de este medio probatorio. Son preguntas sugestivas las que casi no dejan margen al testigo en la contestación para que el juez pueda advertir si conoce los hechos o simula haberlos conocido a través de un interrogatorio cuya redacción lo conduce casi a la posibilidad de una sola respuesta coincidente con el propósito de quien lo formula, como establece el art. 447 del CPCC lo son las que sugieren la respuesta (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1976, III, pág. 142).

Aquí las preguntas dieron por sentado que el actor fue citado o realizaba tareas fuera de su horario normal de labor, lo cual constituye una clarísima violación de la normativa procesal aplicable (art. 447 CPCC).

La prueba de testigos producida así sobre la base de un interrogatorio que no es tal, porque ha sido redactado como si se tratara de formular posiciones a una de las partes, muestra una situación que deviene inoperante. Se suele incurrir así, en el vicio de proponerlas en forma afirmativa, sugiriendo las respuestas a suministrar, contrariando manifiestamente lo que dispone el art. 447 del CPCC. Lo que

aparentemente pareciera una ventaja para la parte que diligencia de ese modo irregular, pues logra que el testigo responda en forma afirmativa, coincidiendo con los hechos alegados o la postura procesal asumida por la parte que lo ofreció, a la postre se convierte en un elemento de juicio neutro, que carece de eficacia para formar la convicción. Al testigo hay que interrogarlo de modo tal que en forma espontánea relate lo que a través de sus sentidos ha percibido en torno a los hechos controvertidos conducentes, mas en modo alguno tiene eficacia el preguntario que ya contiene las contestaciones a dar (conf. PALACIO, L.E., "Tratado", T. IV, págs. 600/601 y

jurisp. allí citada).

Es evidente que todos los testigos propuestos por la actora declararon a tenor de un interrogatorio que contiene una afirmación o del cual se infiere la respuesta; es ello motivo suficiente para prescindir de estos elementos de juicio. Es que los interrogatorios sugestivos -como el que estoy analizando- restan valor probatorio a las declaraciones de los testigos, pues se está ante un interrogatorio no hábil por lo sugerente (conf. Cám.1ª.Apel.B.Blanca, DJBA, 47, pág. 198 o JA, sec. prov., III, pág. 44; Cám.2ª.,Sala II, La Plata, C. 84.680, reg. 232/57; Cám.1ª.,Apel.B.Blanca, La Ley 87-526; DJBA, 51, pág. 322; Cám.2ª.,Sala I, La Plata, DJBA, 50, pág. 94; Cám.2ª.,Apel.Mercedes, JA 1971, secc. reseñas, pág. 518, N° 125; Cám.1ª., Sala I, La Plata, JA 1972, secc. reseñas, pág. 26, Sum. 24).

Por los fundamentos vertidos, los testimonios bajo análisis carecen del valor probatorio necesario conducente a la demostración de la realización de “horas extras” por parte del actor y en lo cual basa parte de sus reclamos al demandar (art. 460 CPCC). Es por ello que no he de acompañar a la a quo en la valoración que ha hecho en su sentencia sobre la prueba testimonial y en base a la cual admitió el reclamo del actor en concepto de “horas extras”. Resta que me pronuncie sobre la posibilidad de hacer jugar la “presunción” en favor del actor, en base a las normas de los arts. 52 y 55 LCT.

La misma no es admisible. Y no lo es porque el cumplimiento de horas extraordinarias no forma parte del conjunto de hechos susceptibles de probarse por medio de la presunción contenida en el art. 55 de la LCT, no sólo porque en los datos que deben constar en el registro (arts. 52 y 55, LCT), no se asienta el horario, sino porque las horas extraordinarias, que por definición exceden el horario legal, no podrían integrar dicho registro con carácter permanente (conf. CNTrab., Sala VII, 28/11/95, DT, 1996-A-1223).

La presunción del art. 55 de la LCT no resulta aplicable en materia de horas extras porque el horario de tareas no es uno de los requisitos que debe constar en el libro que manda llevar el art. 52 de dicha ley. Por lo tanto, la realización de trabajo en exceso no se puede presumir a partir del no registro de horas extras por parte de la demandada y ello es así porque la presunción contenida en el art. 55 de la LCT sólo es operativa en caso de falta de presentación de la documentación de los registros laborales de los que habla el art. 52 del mismo cuerpo legal y las pautas para justificar las horas extras no se apartan del régimen general de la prueba aplicable al resto de los hechos litigiosos (conf. CNTrab., Sala IV, 03/04/97, DT, 1998-A745; ídem, Sala II, 11/04/01, DT, 2002-A-108).

Por otra parte, dicha presunción no puede considerarse operativa cuando no está efectivamente acreditado que la labor haya excedido los límites fijados por la Ley 11.544 porque es obvio que, si no hubo trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que haya tenido que registrarse en el libro previsto en el art. 52 LCT un exceso inexistente al límite de jornada. Resulta claro que cuando no se prueba el trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que el empleador hubiera debido registrar aquello que no ha existido, por lo que, en este último supuesto, la ausencia del registro no puede llevar -por vía de presunción- a tener por acreditado aquello de cuya demostración previa dependía la operatividad de la referida presunción (conf. CNTrab., Sala II, 03/07/08, LLOnline AR/JUR/6662/2008; ídem, ídem, 02/10/07, SD 95.267 in re “V., C.F. c/ D. P. SA s/ Despido”).

Es claro, luego de lo expuesto, que el intento del demandante destinado a obtener el reconocimiento de “horas extras” es inadmisibles en tanto, la prueba testimonial no ha sido idónea para demostrar que el mismo haya laborado en exceso de la jornada máxima.

Por lo tanto, no estando demostrado que el actor haya trabajado superando los límites legales fijados para la jornada de trabajo, propicio admitir este segmento de la queja y revocar lo decidido en la especie en el fallo recurrido.

Ninguna otra probanza que no sea la testimonial fue aportada por la parte actora en apoyo de su pretensión sobre el reconocimiento de la realización de “horas extras”; por lo tanto, estando a su exclusivo cargo la demostración clara y terminante de su afirmación y ante la normativa del art. 381 del CPCC, no corresponde admitir su reclamo en concepto de “horas extras” y de cobro de “diferencia salarial” planteado al demandar.

4.3 – Aplicación del Art. 1 Ley 25.323

Esgrime la queja la improcedencia de haber impuesto la a quo a la empleadora la sanción prevista por el artículo 1 de la Ley 25.323.

Esta norma dispone que las indemnizaciones previstas por las Leyes 20.744 (art. 245) y 25.013 (art. 7) o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente.

La queja plantea la violación del principio de congruencia en este punto por parte de la a quo al admitir la sanción por la vía del principio “*iura novit curiae*”, lo cual constituye una violación del derecho de defensa en juicio por ser una cuestión no debatida en autos.

Independientemente de si corresponde su admisión por la vía del “*iura novit curiae*” o no, considero que es esencial determinar si se dan, en este caso, los requisitos que la ley fija para su aplicación. O sea, si estamos ante una relación laboral no registrada o registrada de modo deficiente.

De las constancias del proceso surge que la relación laboral del actor estaba registrada. Ahora bien, la Magistrada a quo admitió la aplicación de la cuestionada norma del Art. 1 de la Ley 25.323 en virtud de que su aplicación “...sólo requiere la comprobación de la inexistencia de registración de la relación laboral o su deficiencia...” (fs. 316 vta.). He dicho ya que la relación estaba registrada, por lo tanto, debió indicar la a quo cuál era la *deficiencia* de dicha registración, a fin de justificar la aplicación de la sanción que estoy considerando.

Hemos visto ya que el actor no acreditó la realización de “horas extras” y de allí que no corresponda que perciba suma alguna por “diferencia salarial”. En lo que respecta a su remuneración, la misma sentencia del Inferior dice que “...el trabajador al realizar la intimación indica una remuneración “promedio”, lo largo de casi 11 años, que impide conocer cuál era la remuneración real que pretende denunciar el trabajador para cada período, siquiera en forma aproximada, en vistas de que entre dichos años la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables se multiplicó casi 8 veces (780%)...” (fs. 316). Por lo tanto, no hay *registración deficiente* en lo que a la remuneración se refiere.

Dije antes que al resolver aplicar la norma del Art. 1 de la Ley 25.323, la a quo dijo que la aplicación de la multa requiere solamente comprobar que existe *inexistencia o deficiencia de registración de la relación laboral* (conf. fs. 316). Hemos visto que no ha existido “*inexistencia de registración*”. Y con respecto a la “*registración deficiente*”, nada surge de la sentencia en tal sentido que justifique la sanción al empleador. De lo analizado en el punto anterior surge que no se acreditaron las “horas extras” y que no hay “diferencias salariales” a percibir por el actor conforme lo reclamara al demandar, por lo que en este aspecto no hay deficiencia registral alguna.

Por otra parte, la sentencia no ha dicho dónde se configuró la “*deficiente registración*”.

Tengo en cuenta que el actor al demandar expresó que “...las intimaciones en cuanto a la *registración*, fueron en referencia a las remuneraciones percibidas hasta el mes de DICIEMBRE DEL AÑO 2012...” (fs. 56 vta.). Ninguna prueba se aportó sobre la cuestión.

En lo que hace a la fecha de ingreso, si bien al demandar el actor denunció una fecha que difiere de la que surge de los recibos de haberes, nada se acreditó en el proceso que conduzca a afirmar que la real fecha de ingreso no es la que surge de los registros del empleador. El único testigo que hizo una breve referencia sobre este punto fue T. (fs. 234/y vta.), pero la imprecisión y falta de certeza de sus dichos son más que evidentes y de allí lo intrascendente como prueba relevante para acreditar la verdadera fecha de ingreso del reclamante. Por otra parte, la cuestión de la fecha de ingreso no es mencionada en la sentencia en crisis.

En consecuencia y conforme lo hasta aquí fundamentado, no encuentro acreditados los extremos que fija el Art. 1 de la Ley 25.323 para que el mismo sea aplicable al caso de autos y de allí que corresponda admitir la queja y revocar lo decidido en este punto por la sentenciante.

4.4 – La multa del Art. 45 Ley 25.345

No le asiste razón al recurrente en su planteo acerca de la improcedencia de la aplicación de la multa a su parte en los términos del art. 45 de la Ley 25.345 ante la falta de entrega del certificado del Art. 80 LCT.

El certificado que la empleadora le entregara al actor obra acompañado a fs. 25/27 bis y no ha sido desconocido por dicha codemandada. Se trata de la “Certificación de Servicios y Remuneraciones” – PS.6.2 – de la ANSES.

Se ha dicho ya reiteradamente que el “Certificado” en cuestión debe

contener: a) tiempo de prestación de servicios, fecha de ingreso y de egreso (art. 80 LCT); b) naturaleza de los servicios, especificando la categoría o servicios prestados (art. 80 LCT); c) constancia de los sueldos percibidos (art. 80 LCT); d) mención de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social, es decir, jubilaciones, asignaciones familiares y obras sociales (art. 80 LCT) y e) la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación (Ley 24.576, Título II, Capítulo VIII, LCT).

Teniendo en cuenta las exigencias legales, es evidente que la entrega del referido instrumento obrante en autos, no fue suficiente para cumplir con la manda legal.

La norma del art. 80 LCT es estricta al respecto, exigiendo que el empleador libere el certificado de trabajo con las constancias del caso entre ellas la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación y al mismo tiempo las constancias documentadas de los aportes; mientras ello no suceda, incumple con la norma (conf. CNTrab., Sala VI, 19/02/03, "Soldavini, J.I. c/ ITM Arg. S.A. y Otro").

Es procedente destacar también que es criterio uniforme de este Cuerpo que el "Formularios PS.6.2" de la ANSES en modo alguno constituye el certificado que exige el art. 80 de la L.C.T., por lo que ninguna relevancia tiene la documentación que fuera entregada por la empleadora y que obra incorporada en autos.

Lo hasta aquí expuesto conduce a que deba confirmarse también la obligación que la a quo le ha impuesto a la demandada de entregar un

Certificado de Trabajo, el cual -conforme lo que se decide en este voto- deberá reunir los requisitos legales precedentemente expuestos.

Los fundamentos desarrollados me conducen a proponer al Acuerdo el rechazo del agravio analizado dado que en modo alguno el demandado acreditó debidamente en autos la entrega de la documentación que exige el art. 80 LCT y de allí la procedencia de hacer lugar a la indemnización a favor del actor prevista por el art. 80 LCT (conf. art. 45 Ley 25.345), consistente en el equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor.

4.5 – Aplicación del Art. 2 de la Ley 25.323

Hemos visto ya que el actor actuó conforme a derecho al darse por despedido, intimando el pago de las indemnizaciones de ley a su empleador. El recargo que establece el art. 2 de la Ley 25.323 no sería admisible si el empleador hubiese abonado las indemnizaciones dentro de los cuatro días hábiles de la notificación del despido del actor, por la analógica aplicación del plazo previsto en el art. 128 LCT que dispone el art. 149 del mismo cuerpo legal y tampoco procedería si, aún transcurrido ese lapso, el pago se hubiese realizado antes de que el acreedor hubiese iniciado los trámites mencionados en el art. 2 de la Ley 25.323 (conf. CNAT, Sala II, 29/12/09, Derecho del Trabajo Online, AR/JUR/62179,2009). Ninguno de los supuestos se dieron en este caso.

No existiendo causas que justifiquen la conducta del empleador, corresponde rechazar el agravio y confirmar la sanción impuesta en la primera Instancia.

4.6 – Imposición de costas

La cuestión relativa a la imposición de las costas de la primera instancia será tratada posteriormente al referirme a la adecuación que dispone la norma del art. 282 del CPCC.

5 – Conclusión

De conformidad con lo hasta aquí analizado y fundamentado, corresponde admitir dos de los agravios expuestos por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia en crisis en cuanto condenara a la demandada al pago de “diferencias salariales” por los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2013 en razón de horas extras trabajadas y en cuanto aplicó a la demandada la sanción prevista por el Art. 1 de la Ley 25.323, confirmándosela en todo lo demás que ha sido materia de queja. Es mi voto.

6 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación parcial de la sentencia recurrida torna aplicable la norma del art. 282 del ritual.

Esta cuestión ha sido planteada como agravio por el recurrente quien pretende se modifique lo decidido con respecto a la imposición de las costas de la primera Instancia, las que deberían ser impuestas en un 30% al actor dado que no han prosperado todos los rubros que ha reclamado.

En materia laboral el principio objetivo de la derrota debe ser interpretado de acuerdo con el sentido protectorio que tiene el derecho del trabajo. Con este enclave se afirma que por el solo hecho de no cumplir el empleador con las obligaciones a su cargo y obligar al trabajador a presentar su demanda ante la justicia, le corresponde el cargo de las costas aunque la acción no

prosperare en todo lo reclamado (conf. Cám. 1ª. Trab. Paraná, 30/05/80, SP La Ley, 981-231).

En base a lo expuesto, lo cual es un criterio ya fijado por esta Cámara (ver: “B., L.A. c/ B., A. s/ Cobro de Pesos”, 11/06/2013, Reg. N° 43/13 SD; “F., P.I. c/ R., J.L. s/ Cobro de Pesos”, 28/11/2013, Reg. N° 92/13 SD y “P., R.L. c/ P. H. S.A. s/ Cobro de Pesos”, 20/02/2014, Reg. N° 06/14 SD; entre otros), considero que no hay razones para efectuar una nueva distribución de las costas, correspondiendo confirmar el decisorio de la inferior con respecto a la imposición de costas y regulación de honorarios.

7 – Costas de la Alzada

En atención a la conclusión arribada precedentemente, corresponde imponer las costas de la Alzada en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 72 CPCC y concs.), regulándose los honorarios de la Dra. G. A. D., apoderada de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. P. E., patrocinante de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs., Ley XIII N° IV y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldó Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

El magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la demandada apelante, por lo que me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2. Tratamiento de los agravios

2.1.

La demandada se agravia que en la sentencia de grado se considere que el actor tenía cargas de familia declaradas y aptas para generar la licencia que prevé la LCT.

La norma del artículo 208 de la Ley de Contrato de Trabajo establece un período de licencia de seis meses para el trabajador con más de cinco años de antigüedad y de doce meses cuando, con la misma antigüedad, tuviere carga de familia.

El magistrado que me antecede en el voto se ocupó de reseñar los distintos criterios que se han adoptado para definir el concepto de carga de familia.

Frente a las diversas interpretaciones y teniendo presente que el art. 208 LCT no precisa que debe entenderse por "carga de familia" (concepto distinto al de "familiar a cargo"), voy a coincidir con la posición amplia que sostiene que el concepto "carga de familia" debe considerarse abarcativo, incluso de aquellas personas designadas como beneficiarios en la ley 23660 de obras sociales (art.9 inc. b)). Es decir, aquellos que integran el

denominado “grupo familiar primario” y también quienes convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, aun cuando no “estén a cargo” del trabajador. *“El art. 208 L.C.T. dispone extender el tiempo de licencia paga sobre el presupuesto de una “carga de familia”. No contiene descripción, individualización de su contenido, ni delimitación de su alcance y no puede dársele una interpretación restrictiva donde el espíritu de la ley no lo inspira. La norma describe a un trabajador que reviste la calidad de sujeto activo de los deberes de naturaleza familiar y que es este carácter el presupuesto necesario para que se produzca la duplicación del tiempo de duración de la licencia paga por enfermedad inculpable conforme lo dispone el art. 208 segunda parte de la Ley de Contrato de Trabajo.”*(CNAT Exp. 17185/03. S.D. 13377. 16/2/05. "AMARO Belki Janet c/CENTRALAB S.A. y otro s/Despido". Sala X. Base elDial.com ALBDD).

“El concepto de “cargas de familia” no incluye únicamente a aquellas personas por las que trabajador percibe asignaciones familiares “(CNAT, Sala VII, 24/09/2004, “Martín, Graciela C/ Ibope Opinión Pública Servicios y Mercados SA s/ despido”).

Dicho lo anterior, corresponde establecer si el actor ha logrado mostrar la relación de convivencia que mantenía con la Sra. I. S. C. y para ello tiene absoluta relevancia los términos del intercambio telegráfico habido entre las partes con anterioridad a la disolución del vínculo, así como las constancias probatorias de la causa.

Comunicado el vencimiento de la licencia por enfermedad inculpable, el actor resistió la misma en orden a que, conforme su antigüedad y al contar con carga de familia por su concubinato con la Sra. C., el plazo de licencia paga por enfermedad debía extenderse por doce meses (fs.9).

La empresa en sus respuestas obrantes a fs.4 y fs.5, no cuestionó la existencia de la alegada convivencia. La conducta que adoptó la empresa fue la de negar que el concubinato pueda considerarse carga de familia en los términos del art. 208 LCT.

Tampoco acompañó el Legajo Personal del actor (fs. 140 vta.) y con la prueba de absolución de posiciones rendida por la representante legal de la empresa Sra. P. F., en la XI posición, quedó reconocido que “el actor tenía a su concubina S. I. C., a cargo” (fs.186/187).

Lo brevemente expuesto, impide la admisión del agravio y me llevan a propiciar la confirmación del fallo apelado en cuanto consideró que el despido en el que se colocó la accionante por este argumento, resultó justificado (arts. 242 y 246 LCT).

2.2.

El recurrente se agravia que en la sentencia se reconocieron diferencias salariales para los meses de enero, febrero y marzo de 2013 con fundamento en las horas extraordinarias laboradas por el actor.

El STJCH señaló *“La formación del material de conocimiento en el proceso, constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez: secundum allegata et proba - quien alega un hecho debe probarlo. La carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo, es decir, del perjuicio eventual que puede originarse en no probar lo que sea menester”* (Conf. S.T.CH. S.D. N° 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/S.C.A./97, 6/S.C.A./98, con cita de Hugo ALSINA y jurisprudencia de la C.S.J.N.). Dicha carga asiste en principio a la actora, pues quien demanda, quien pretende, debe probar los hechos que

sustentan su pretensión en juicio para convencer al juez de su verdad, sin perjuicio de la obligación de quien es traído al pleito de probar los hechos impeditivos o extintivos que oponga a aquélla pretensión... salvo los supuestos en que la ley hace pesar la carga de probar, específicamente en la accionada (inversión de la carga de la prueba) (conf. S.T.J.CH., S.D. N° 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 19/99). “Las reglas de la carga de la prueba que se enderezan a determinar quien debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo, cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo” (Conf. S.T.J.CH., S.D. N° 15/SRE/99 y 10/SCA/00, con cita de Peyrano, “Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo. 13, “La Prueba I”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 1997, pág.98). En el caso, la carga de la prueba de las horas suplementarias trabajadas incumbía, en principio, a la actora (art. 381, Ley XIII, N° 5). Así es aún en el Derecho Laboral, de naturaleza esencialmente protectoria (ver, S.D. N° 01/S.C.A./05, con cita de S.D. N° 07/S.C.A./04), salvo que opere algún supuesto de inversión de la carga probatoria. En lo que respecta a la intensidad de la prueba a producir, ninguna carga adicional debe imponerse a la prueba de las horas extra. La misma es exactamente igual que a la de cualquier otro rubro. Ya adopté tal posición en S.D. N° 11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08, oportunidad en la que señalé que exigir un rigorismo probatorio extremo no tiene asidero legal, porque no media en este caso, ninguna diferencia con otro rubro de naturaleza laboral, los actores están sometidos a las mismas cargas procesales que para otros rubros. Es más, no hay norma alguna que imponga procesalmente tal rigorismo y exigir prueba minuciosa, milimétrica de horas y fechas precisas; la tornaría prácticamente de imposible realización. El tema de las horas suplementarias u horas extras es absolutamente casuístico, su prueba y valoración de los hechos deben ser revisadas con detenimiento, haciendo un análisis de la realidad en el ámbito específico en que se desarrolló la actividad, observando cómo funciona la empresa y el sector para situarse en un tiempo-espacio, y la función

específica del trabajador en particular dentro de ese contexto, a fin de no caer en desprotección del trabajador, quien muchas veces está imposibilitado de producir pruebas fehacientes, claras y contundentes, pero sin caer en abusos protectorios (Conf., Máximo Martínez Zavalía, "Horas extras. Análisis conceptual y vinculación con la jornada de trabajo. Alcances en la doctrina y jurisprudencia", Doctrina Laboral Errepar, t. XXII, p. 486, mayo 2008)." (STJCH in re "RODRÍGUEZ, María José c/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ Cob. de Hab. e Indem. de ley" (Expte. Nº 21.911-R-2010), Sent. 04/S.R.E./10).

En orden a lo expuesto voy a señalar que M. no logra convencer sobre lo que se propone.

En primer lugar cabe advertir un defecto en su alegación. En efecto, al tiempo de formular la demanda, la parte ha reclamado en forma genérica el cumplimiento de horas extraordinarias. Véase que refiere una jornada laboral convenida de lunes a viernes de 8 a 12 hs y de 13 a 20 hs y los sábados de 8 a 12 hs. pero que -por ser full time- era citado a trabajar después de la jornada laboral hasta finalizar los trabajos encomendados. Alude a que a veces trabajaba las 24 hs. y que incluso se extendió ocasionalmente a 30 hs. en el caso de reparación de una embarcación.

Reclamó, en su intimación de fecha 29 de noviembre de 2013 (fs.11), diferencias salariales adeudadas correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo/13 a causa de la demanda extraordinaria de trabajo y por la suma total de \$ 15.000.

De modo tal que el actor en ninguna de las oportunidades citadas, especificó la cantidad de horas extras que estimaba ni dio pautas de cómo se distribuían esas horas durante la semana, no indicó -por ejemplo- cuáles y cuándo fueron los trabajos extraordinarios cumplidos que justificaron la

demanda extraordinaria de trabajo que menciona a fs. 10, ni cualquier otro dato fáctico que hubiera permitido que la parte contraria replicase con precisión lo alegado. Tampoco explica en su demanda como llega a las diferencias salariales que reclama para el período de enero/marzo de 2013.

En segundo lugar y más allá de la alegación genérica, los testigos que refieren a una extensión anormal de la jornada laboral lo hacen sobre la base de un interrogatorio que da por cierto que el actor trabajaba por fuera de su jornada habitual de trabajo.

El Dr. Fiordelisi ha transcripto las preguntas de la parte y no puedo más que coincidir que ellas son al menos sugestivas por lo cual, el relato de los testigos carece desde su postulación de una fisura que mella su aptitud convictiva. Ello se agrava con la ausencia de toda referencia temporal que permita justificar que lo relatado se corresponde con el período alegado.

Si bien lo dicho hasta aquí es suficiente para tener por no acreditadas las horas extras alegadas genéricamente, tampoco se cuenta en el expediente con otros elementos de prueba que permitan concluir en la existencia de trabajos extraordinarios como los que denunciaron.

Descartado el valor probatorio de las testimoniales y considerando que el reconocimiento de las horas extraordinarias supone la prueba de su existencia, debo referir a que no resulta aplicable al caso las presunciones que enuncia la magistrada en la sentencia en tanto ha considerado que la falta de exhibición del registro de horas suplementarias, hubiera invertido la carga de la prueba.

En primer lugar he de señalar, que *“El horario que el empleador debe registrar en el libro del art. 52 LCT es el normal. Si en el establecimiento se cumple normalmente trabajo extraordinario debe llevar el registro ordenado por el art. 6 de la ley 11544.*

Las finalidades del contralor externo de la carga documental que la ley impone al empleador, explican que se exija el asiento del horario normal asignado a cada trabajador, lo que permitirá a la inspección del trabajo constatar los eventuales excesos.” (CNAT Sala VIII Expte n° 26844/01 sent. 31438 29/8/03 “Piceda, Jorge c/ Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA s/ despido”).

Luego, comprobado el trabajo en tiempo extra, puede considerarse que el empleador tiene la obligación de asentar el exceso en el libro del art. 52, LCT, y la eventual falta de exhibición de éste generará una presunción acerca de la extensión del ya comprobado trabajo en tiempo suplementario (art. 55, LCT).

El art.6 inc. c) de la ley 11.544, que la magistrada pone como obligación del empleador, impone inscribir en un registro "todas las horas suplementarias hechas efectivas"; es decir que dicho registro debe ser llevado en caso de realizarse horas extras.

Pero cuando no se prueba el trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que el empleador debió registrar aquello que no existió, por lo que en este último supuesto la ausencia de registro no puede llevar -por vía de presunción- a tener por acreditado aquello de cuya demostración previa dependía la operatividad de la referida presunción. *“El cumplimiento de horas extraordinarias no forma parte del conjunto de hechos susceptible de probarse mediante la presunción dispuesta por el art. 55 LCT, puesto que en el libro especial previsto por el art. 52 de la norma citada no se asienta el horario y por definición, tampoco podrían las horas extraordinarias integrar dicho registro con carácter permanente. Si bien la prueba del trabajo extraordinario no debe ser más ni menos estricta que la de cualquier otro hecho relevante invocado y controvertido, lo cierto es que ella no depende simplemente de la presunción del art. 55 de la LCT.” (CNAT - Sala III - Expte n° 10405/04 - sent. 87359 - 05/12/2005. "Amigo Valdés,*

Agatha c/ Noveno Arte SA y otro s/ despido". En igual sentido CNAT -Sala IX Expte. N° 13371/04 sent. 14129 30/3/07 "Aguilar Urquieta, Omar c/ UADE s/ despido". Base elDial.com - AL2A5F). *“La falta de exhibición de planillas horarias, libros y demás instrumentos de control, permiten aceptar las estimaciones cuantitativas razonables del trabajador, cuando media prueba autónoma de los presupuestos de procedencia de los créditos de los que se trate. Así, en el caso del trabajo suplementario, es carga del trabajador que afirma haberlo cumplido. Acreditado el hecho, la omisión en llevar o exhibir el registro ordenado por el art. 6° de la ley 11544 podría autorizar una estimación coincidente con la del demandante, pero es ineficaz como prueba de aquél.”*(CNAT Sala VIII Expte n° 10734/00 sent. 30837 16/10/02 « Corzo, Sergio c/ Helvens SA y otro s/ despido).

Luego de ello, la sentencia deberá revocarse en el punto que reconoce diferencias salariales con fundamento en horas extraordinarias que a más de la deficiencia en su alegación, no han logrado justificarse con prueba idónea.

2.3

Cuestiona la recurrente en su tercer agravio que se le haya impuesto la multa prevista en el art. 1 de la ley 25.323.

Se admitirá el agravio.

El artículo 1ero de la Ley 25.323, dispone un incremento indemnizatorio para el caso que, al momento del despido, una relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Es claro que el fundamento de la sanción ha sido la eliminación del trabajo total o parcialmente clandestino, en razón de que la falta de adecuada registración priva al trabajador del goce de los

beneficios sociales respectivos y provoca perjuicios a todos los sujetos involucrados en la relación laboral.

Registrado el Sr. M., deberá avanzarse en que debe entenderse como registración deficiente.

La mayoría de la doctrina sostiene que no toda irregularidad o deficiencia en la registración habilita la sanción sino aquellas a las que refieren los arts. 7mo, 9no. y 10mo. de la ley 24.013 y tratándose de materia sancionatoria rigen las pautas interpretativas más restrictivas. (“Moreira Ramón Ernesto Martín c/ Nextel Communications Argentina S.A. s/ despido” CNAT. Sala II.5-8-2010. MJ-JU-M-59105-AR).

La magistrada de grado no indica en su fallo cuál es la base fáctica para sostener una registración deficiente. Si lo fueran las diferencias salariales, conforme el sentido de mi voto las mismas no se han probado.

Tampoco se acreditó irregularidad alguna en orden a la fecha de ingreso registrada por el empleador, cuestión por otro lado que no fue argumentada en la sentencia.

Por lo expuesto acompañaré al Dr. Fiordelisi en el sentido que el agravio debe admitirse y revocar la sentencia en lo que decide respecto a la sanción del art. 1 de la ley 25.323.

2.4.

Cuestiona en su cuarto agravio que se le aplique la sanción del art. 45 de la ley 25.345.

Entre los deberes que la LCT impone al empleador se encuentra el de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social contempladas en el art. 80 que son tres: a) en el primer párrafo del

artículo se consigna *"La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual...";* b) en el segundo párrafo: *"El empleador por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables..."* y c) el tercer párrafo prevé *"Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social"*.

Luego, el art. 45 de la Ley 25.345 dispuso *"Agrégase como último párrafo del art. 80 de la LCT (t.o. por decreto 390/76) el que sigue: "Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente a la de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente."*

Surgen entonces dos obligaciones que se diferencian por su objeto:

1) Constancia documentada de pago de cotización: El objeto de esta obligación de dar, es la copia de los comprobantes de depósito de las contribuciones debidas como obligado directo por el empleador y de los

aportes y cuotas a cargo del trabajador retenidas por aquél, en cuanto se trate de cotizaciones con destino a la seguridad social o sindical.

2) Certificado de trabajo: Al extinguirse el contrato de trabajo, cualesquiera sea su modo, el empleador debe otorgar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre: el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos, constancia de los aportes efectuados con destino a los organismos de la seguridad social y calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo hubiere o no realizado actividades de capacitación . “Se trata, en esencia de una obligación de hacer -ya que lo relevante es la información incluida en el certificado- que nace con la extinción del contrato de trabajo” (Julio Armando Grisolia, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Tomo I, Pág. 609, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2008).

El empleador sostendrá que cumplió la obligación con la entrega de la documentación que obra a fs.25/27 bis y que resulta el certificado de servicios y remuneraciones-PS6.2- de la ANSES.

Conforme el criterio que he sostenido en anteriores pronunciamientos (SDL N°33/10) la entrega del formulario PS.6.2 emanado de la ANSES, no cumple acabadamente con las exigencias y requisitos del art.80 LCT en cuanto al contenido que debe tener el certificado de trabajo, ya que -entre otros datos- omite consignar los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. *“El Formulario P.S.6.2 de la ANSES no reemplaza al certificado exigido por el art. 80, LCT. Dicha “certificación de servicios y remuneraciones” es evidente que no resulta ser el certificado de “trabajo” por más que contenga datos similares (aunque no siempre coincidentes), toda vez que tiene finalidades distintas ya que este último está dirigido a que el trabajador pueda exhibirlo para obtener un empleo, mientras que el Formulario*

P.S.6.2 debe utilizarse para la obtención de un beneficio previsional. El Formulario P.S.6.2 tampoco sustituye a la constancia de aportes exigida por el art. 80, LCT, dado que carece de dichas constancias de aportes, exigencia ésta inserta en la ley y que no puede ser soslayada mediante otro instrumento por más que resulta aprobado por el ente previsional y -supuestamente- pueda ser calificado como innecesario por cuanto no se vulneraría la finalidad perseguida por el citado art. 80, LCT. En el formulario entregado por el ANSES no hay, precisamente, constancia acerca de los ingresos por los aportes y contribuciones, sino tan sólo de los salarios devengados por el trabajador.” (CNAT Sala VIII; 11-03-2009).

Tampoco es el caso que autoriza a tener por cumplido la entrega de las constancias documentadas de los aportes y contribuciones, cuando existe prueba idónea en el expediente emanada del organismo respectivo, tal como resolviéramos en SDL N°60/11 siguiendo el criterio del STJCH en la sentencia SDRE N° 1/11.

La procedencia de la multa prevista por la norma en cuestión, tiene como presupuesto la falta de entrega de los certificados por lo que, acreditado el incumplimiento de la demandada, el agravio se desestima.

En cuanto a la condena a entregar un certificado ajustado a los términos de la LCT, lo resuelto en la sentencia de grado debe sostenerse aunque deberá ajustarse a lo resuelto en esta instancia.

2.5

La recurrente refiere en el quinto agravio que no corresponde aplicar la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323.

No encuentro fundamento para apartarme de lo decidido.

Se verifica en el caso el presupuesto de procedencia de la norma en cuanto a que el despido indirecto en el que se colocó el actor (v.fs.12), resultó justificado en tanto no extendió la licencia con goce de sueldo a los 12 meses que autorizaba el art. 208 de la LCT.

Consecuentemente con ello, las indemnizaciones derivadas de la desvinculación que no fueron satisfechas en tiempo y forma, habilitaron la aplicación de la multa dispuesta en la sentencia de grado, por lo que el agravio debe desestimarse.

2.6

El agravio respecto de la imposición de costas será materia de decisión infra.

2.7

Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte demandada, expidiéndome por la revocación de la sentencia de grado en cuanto reconoció diferencias salariales para los meses de enero, febrero y marzo de 2013 y la aplicación de la multa del art. 1ero de la ley 25.323, confirmándola en todo lo demás que decide.

3. Las costas

3.1. **Las costas de la primera instancia:** Tal como señala el recurrente al revocarse parcialmente la sentencia debemos expedirnos en los términos del art. 282 del CPCC.

Sin perjuicio de ello, sus argumentos no resultan suficientes para alterar el principio general de la derrota en juicio, máxime cuando se trata de una cuestión laboral y donde lo aquí resuelto no justifica, en los términos del art. 282 del CPCC, la readecuación de la imposición de las costas en la primera instancia y no se advierte necesario hacerlo sobre los honorarios allí determinados, que se ajustaran al monto de condena.

3.2. Las costas en la Alzada: Conforme el resultado del recurso, las costas serán impuestas en un 30% a la actora y en un 70 % a la demandada (art. 72 CPCC), siendo ajustados los honorarios de los profesionales actuantes conforme el mérito de su actuación y éxito obtenido los que propone el Dr.

Heraldo Fiordelisi (art 5, 7 y 13 Ley XIII N°4 y su mod).

VOTO a la primera cuestión, PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Herardo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos mis fundamentos por los colegas integrantes de este Cuerpo, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: REVOCAR la sentencia recurrida en cuanto condenó a la demandada al pago de “diferencias salariales” por los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2013 en razón de horas extras trabajadas y en cuanto aplicó a la demandada la sanción prevista por el Art. 1 de la Ley 25.323.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia dictada en la primera instancia en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

Tercero: No adecuar la imposición de costas ni la regulación de honorarios de la primera instancia (art. 282 CPCC).

Cuarto: Imponer las costas de la Alzada en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 72 CPCC y concs.), regulándose los honorarios de la Dra. G. A. D., apoderada de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. P. E., patrocinante de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs., Ley XIII N° IV y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, DEVUELVA SE.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Conforme he votado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

Primero: REVOCAR la sentencia recurrida en cuanto condenó a la demandada al pago de “diferencias salariales” por los meses de Enero, Febrero y Marzo de 2013 en razón de horas extras trabajadas y en cuanto aplicó a la demandada la sanción prevista por el Art. 1 de la Ley 25.323.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia dictada en la primera instancia en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

Tercero: No adecuar la imposición de costas ni la regulación de honorarios de la primera instancia (art. 282 CPCC).

Cuarto: Imponer las costas de la Alzada en un 70% a la parte demandada y en un 30% a la parte actora (art. 72 CPCC y concs.), regulándose los honorarios de la Dra. G. A. D., apoderada de la parte actora, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria y los del Dr. J. P. E., patrocinante de la demandada, en el 27% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs., Ley XIII N° IV y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVA**SE.