

SENTENCIA DEFINITIVA EXPEDIENTE N° CNT 9192/2015/CA1 “PASO LUCIA BETSABE c/ BANCO HIPOTECARIO SA s/ DESPIDO” – JUZGADO N° 58.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a **20/09/2019**, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación:

La Dra. Diana Cañal dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia (ver fs. 330/337), que acogió parcialmente el reclamo inicial, se alzan la actora y la demandada, según sus respectivas presentaciones de fs. 345/354 y 338/344. La primera, con réplica de la parte demandada, a fs. 356/364. La segunda, con réplica de la accionante, a fs. 362/367.

La juzgadora de anterior grado, resaltó que la postura de la parte demandada, fue que *“la actora prestó servicios a su parte a través de la empresa de servicios eventuales Cotecsud SASE contratada para realizar tareas de ‘exigencias extraordinarias’”*.

A su vez, luego de analizar la testimonial, precisó que los testigos fueron coincidentes en que *“la actora desde un comienzo desempeñó tareas para la demandada dentro del edificio de esta en la calle Reconquista al 100, CABA, y que todos los empleados iniciaban la relación laboral a través de una consultora”*.

Así, precisó que más allá que a la actora *“se la hacía figurar para la empresa Cotecsud SASE, ésta siempre se desempeñó a las órdenes, dirección y control de la demandada, quien era la que aprovechaba de sus servicios”*.

Agregó, que la contratación de la actora para cubrir exigencias extraordinarias, no fue acreditada. Incluso, resaltó que *“la dependiente estuvo prestando servicios durante más de un año y medio, en abierta violación con lo prescripto por el art. 72 inc. “b” de la ley 24.013, norma que instituye como exigencia para poder invocar este tipo de contrataciones, la imposibilidad de que supere seis meses en un año”*.

En definitiva, la juez de anterior instancia, consideró que *“en rigor a lo preceptuado por el art. 14 de la LCT, cabe considerar inexistente a la entidad interpuesta (Cotecsud SASE) y validar el vínculo directo de trabajo entre la actora y la auténtica empleadora Banco Hipotecario S.A.”*.

En consecuencia, la juez a quo determinó como fecha real de ingreso de la actora en el Banco Hipotecario S.A., el día 4 de abril de 2011, fecha en la que fue registrada por Cotecsud SASE:

Fecha de firma: 20/09/2019

Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA

Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA



Por lo tanto, frente al despido directo sin causa, hizo lugar a las diferencias, dada la real fecha de ingreso. Asimismo, prosperó el reclamo fundado en el art. 1 de la la ley 25.323.

Por otro lado, hizo lugar a la multa del art. 2 de la ley 25.323, sólo sobre las diferencias resultantes entre lo que se debió abonar a la trabajadora y lo que efectivamente se le pagó.

También prosperó el reclamo por diferencias salariales en el sueldo básico abonado, por la suma de \$ 19.338, conforme lo informado por el perito contador.

En cambio, en lo que respecta al reclamo por horas extras consideró que no fueron acreditadas.

Por último, la juez de anterior instancia impuso las costas a cargo del demandado vencido. Asimismo, determinó la tasa de interés, conforme Actas N° 2601 y 2630, desde la fecha de su exigibilidad.

II.- La parte actora, cuestiona la forma de determinar el monto del art. 2 de la ley 25.323. Entiende que debe ser calculado sobre el total, y no prosperar por la diferencia.

Asimismo, se queja por el monto en que progresaron las diferencias salariales.

Destaca, que *“las tareas... siempre han sido las mismas, desde el inicio de la relación laboral”*. Explica, que *“esto significó para la actora la percepción de un salario básico, bono y de un sistema comisional distinto, ya que, a pesar de que realizaba las mismas tareas que el resto de los empleados efectivos del Banco, se abonaba un sueldo básico inferior al dispuesto por el convenio colectivo aplicable (CCT 750/05 "E"); y se le pagaba un bono y comisiones (bajo el rubro "premio") inferiores a las que el Banco pagaba a sus empleados “efectivos”*.

Así, destaca que no sólo percibió el salario básico de forma insuficiente, sino que *“cobró siempre un bono anual inferior”,* al resto del personal *“efectivo”*.

También, destaca que la testimonial acreditó el incorrecto pago de las comisiones variables.

Destaca, que *“la demandada no puso a disposición del perito la documentación necesaria que permitan dilucidar el esquema de comisión aplicado a mi mandante como así también los montos que la demandada debía liquidar por comisiones”*. Agregó que *“la accionada tampoco quizo poner a disposición la documentación relativa al resto de los empleados que realizaban las mismas labores que la actora”*. Por lo que entiende que dicha circunstancia, torna viable la presunción establecida en el art. 55 de la L.C.T.



A su vez, apela el rechazo de las horas extras, las que entiende que fueron acreditadas mediante la testimonial. Incluso, destaca que conforme la jornada laboral de 45 horas (lunes a viernes de 9 a 18), se supera la máxima legal para la actividad bancaria, la que es de 37,5 horas.

Por último, entiende que se debe modificar la base de cálculo de los rubros diferidos a condena.

Por su parte, el Banco Hipotecario S.A. cuestiona la fecha de ingreso.

Sostiene que *“la actora trabajó desde el 04 de abril del año 2011 hasta el 22 de enero del año 2013, para COTECOSUD S.A.S.E Y, desde el 23 de enero del año 2013 hasta la fecha de su desvinculación (13 de agosto de 2014), la actora trabajó para mi mandante (BANCO HIPOTECARIO S.A.)”* (sic).

Agrega, que *“en virtud de la reorganización que se estaba llevando a cabo en el área de Administración Centralizada de Productos -la que constituye claramente una eventualidad- contrató los servicios de una empresa de servicios eventuales debidamente registrada en el Ministerio de Trabajo para funcionar como tal”* (sic).

Sin embargo, se limitó a afirmar dogmáticamente la eventualidad, sin señalar prueba alguna.

Como segundo agravio, se limita a solicitar que *“se revoque por contrario imperio, la procedencia de la totalidad de los rubros”*.

A su vez, apela la multa de los art. 1 y 2 de la ley 25.323. Con respecto a esta última, solicita que se reduzca la misma.

También, cuestiona *“la condena a entregar los certificados de trabajo por el periodo que fue empelado registrado por COTECOSUD SASE”*.

III.- Cuestiones de orden metodológico, me llevan a tratar en primer término, la apelación del demandado.

Preliminarmente, advierto que los agravios de la parte demandada (a excepción de la multa del art. 2 de la ley 25.323, que será un tema que trataré conjuntamente con el agravio de la actora), no reúnen los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 116 de la L.O., pues no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo de primera instancia, en la que se demuestre punto por punto la existencia de errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido la juzgadora, con la indicación de las pruebas de los hechos que los recurrentes estimen que les asisten. Ello, por cuanto disentir con la interpretación judicial, sin fundamentar la oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista no es expresar agravios. En definitiva, no formulan ninguna pretensión clara de por qué, no debería prosperar la demanda.



Luego, es particularmente curiosa, la crítica sobre la fecha de ingreso, limitándose a afirmar dogmáticamente que la actora fue empleadora de Cotecsud SASE, sin rebatir todas las argumentaciones efectuadas por la juzgadora de anterior grado.

Así, no se encuentra controvertido que la actora desde el día 4 de abril de 2011 trabajó para el banco sin haberse modificado las tareas, cuando fue registrada por la parte demandada en el año 2013.

Con respecto a la eventualidad, dicha afirmación no resiste el menor análisis, dado que no acreditó lo afirmado, ni tampoco rebatió haberse excedido del plazo legal máximo.

En tal carácter, corresponde confirmar la sentencia de anterior instancia en estos aspectos, dado que no encuentro que se hubiera efectuado una incorrecta valoración de la prueba.

De todos modos, reitero, una vez más, que la presentación de estos agravios, no reúnen los requisitos exigidos por el art. 116 L.O., segundo párrafo. Por ello, propongo desestimarlos y por ende, que quede firme la sentencia, en estos puntos.

IV.- Con relación al agravio deducido por el Banco Hipotecario S.A. y por la parte actora, en lo referente al art. 2 de la Ley 25.323, el mismo establece que: “cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245, ley 20.744 (t.o. 1976) y consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%....”.

Observo, que la trabajadora intimó fehacientemente al demandado para que le abonara la indemnización por antigüedad, preaviso e integración, mediante Telegrama CD N° 470247015 del 04.09.2014, cumpliendo con los requisitos legales, pero la empleadora no le pagó la indemnización que le correspondía y la obligó a realizar el presente juicio para procurarse su cobro (fs. 173/174).

Por lo que corresponde modificar lo decidido en la anterior instancia y por ende, condenar al pago de la referida multa, calculándola por el total y no por la diferencia entre lo que debió pagar y lo que abonó.

Aclaro, que no encuentro viable la disminución ni eximición del pago de la referida multa, pues la parte demandada fue intimada bajo apercibimiento del art. 2 de la ley 25.323, luego de ser intimadas para que abonasen las diferencias salariales dado que la actora intimó por considerar la indemnización “insuficiente”, sin que la demandada abonara en tiempo y forma el debido monto.

Por lo tanto, lo dicho me lleva a que se genere una duda en favor de la accionante, conforme art. 9 de la LCT.



En relación con los alcances de este principio “normativo” (calificación sobre la que volveré), del art. 9 de la LCT, cabe señalar que el legislador originario, previó un doble frente: Servía para resolver un dilema en la aplicación del derecho sustantivo, y también del adjetivo. Entre este último tipo de normas, quedan incluidas las cuestiones procesales.

La antigua reforma, se encargó de romper esta lógica, limitando su alcance sólo al derecho de fondo, lo cual no es inocente ni casual. Porque precisamente, es a través de las normas adjetivas, que violentando las previsiones del art. 28 de la Constitución Nacional, se logra alterar el sentido de las normas sustantivas. Con lo cual, más de una vez, el intérprete presentaba un procedimiento que funcionaba en perjuicio del trabajador, lo cual es violatorio del paradigma dominante de los derechos humanos fundamentales, y antes de él, del constitucionalismo social.

De todos modos, la suscripta nunca se vio enfrentada a este dilema, porque existe un principio de derecho común que reza: “Donde el legislador no distingue, nosotros no debemos hacerlo”. Y, precisamente, la antigua redacción del art. 9 de la LCT reformado durante el Proceso, no hacía ninguna distinción.

Igualmente, hoy es posible soslayar la cuestión, porque la reforma de la ley 26.428, regresó la norma a su redacción en el sentido originario.

He dejado para el final lo del calificativo “normativo”. He querido destacar en este punto, que no es lo mismo un principio de esta calidad, que uno jurisprudencial o doctrinario. Digo así, porque al ser normativo, no es disponible y, el intérprete, está obligado a aplicarlo.

Por lo cual, propicio modificar el fallo recurrido en este sentido, haciendo lugar al pago de la multa del art. 2 de la ley 25.323, calculando el total y no por la diferencia entre lo que debió pagar y lo que abonó.

De tal suerte, se respeta la racionalidad del sistema donde previa el principio de progresividad, consagrado en el artículo 2.1 del PIDESC, según el cual, todo Estado Parte “*se compromete a adoptar medidas, para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”.

V.- Con respecto al reclamo por diferencias salariales y horas extras, veamos, el resultado de la prueba rendida.

A fs. 128/171, la Asociación Bancaria, acompañó el CCT n° 750/2005 “E”, que en la cláusula 7° se estableció una jornada diaria de 7,30 horas, ver en especial fs. 135.

Ahora bien, en el escrito de inicio (ver fs. 6/28), la accionante denunció que tenía una jornada de trabajo formal de lunes a viernes de 9 a 18 hs., pero que usualmente era de 9 a 20 hs, llegando a laborar muchas veces hasta las 22.00 hs., incluso, fines de semana.



Explicó que, como “la labor de la actora era de venta, la misma debía adaptarse a los horarios en que los clientes podían recibirla para concertar la venta. Es así entonces que fue habitual que la accionante mantuviera reuniones después del horario formal aludido”.

Agregó, que “a modo de ejemplo, para conseguir documentación de personal de determinada empresa que solo trabajaba los sábados, la actora ha concurrido a Wal- Mart de San Justo, de Moreno, de Avellaneda, Quilmes, y La Plata. También, a la empresa Chango Más de Lanús, Pacheco, Tigre, Lomas de Zamora. En una oportunidad también concurrió al Centro de Distribución de Wal-Mart ubicado en General Rodríguez, siendo que los horarios de los empleados empezaban a las 3 am., con lo cual ha concurrido a trabajar a esa hora. esa oportunidad, fue acompañada por otra compañera de trabajo, María del Carmen Pignanelli”.

Con respecto a la remuneración, denunció que percibió un sueldo básico inferior al dispuesto por el convenio colectivo aplicable (CCT 750/05 "E"); y que se le pagaba un bono y comisiones (bajo el rubro "premio"), inferiores a las que el Banco pagaba a “otros empleados que realizaban la misma función y tarea que la actora, tales como Matías Paulus y Franz Argandoñez, entre otros”.

También, sostuvo “en lo que respecta a la retribución variable, se aplicaba a la actora una escala de comisiones diferenciada por cantidad de ventas; siendo que también el pago de las mismas estaba condicionada a parámetros objetivos ilícitos que giraban en torno a la cantidad de cajas de ahorro plan sueldo vendidos. De tal forma, dependiendo de las cajas de ahorro plan sueldo vendidas funcionaban como una llave para acceder a la comisión de otros productos. Pero ello no es todo, sino que esas cajas de ahorro plan sueldo debían estar validadas y mínimamente haber vendido 11, para comenzar a comisionar. Así, si luego de haber concertado la operación, la cuenta sueldo vendida no fuera activada por el cliente (por no acreditar dinero en la cuenta) y no tener la digitalización de la firma por parte del propio banco, por causas ajenas a la actora, la accionada no abonaba a la actora comisión alguna”.

Luego, de la contestación de demanda (ver fs. 75/89), el banco reconoció que el CCT aplicable es el 750/05 “E”, y se limitó a negar que la actora realizara horas extras (ver fs. 80), pero no indicó cuál era la jornada de trabajo. Tampoco brindó explicación alguna de cómo sería el sistema de retribución del pago de las comisiones.

Al cabo de lo expuesto, cabe destacar que la parte demandada, si bien negó la jornada denunciada por la actora, no denunció el horario de trabajo. Como tampoco, indicó cómo se componía la remuneración de la actora, ni la forma del pago de las comisiones, ni que percibiera una remuneración inferior a otros trabajadores.

Lo señalo, pues la contestación de demanda debe ajustarse en lo pertinente a las pautas previstas en los arts. 65 de la L.O. y 356 del C.P.C.C.N. De tal modo, entre otros recaudos a cumplir, incumbe a la



demandada expedirse en forma explícita, clara y circunstanciada, acerca de cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio.

Por ello, la respuesta negativa no puede quedar circunscripta a una mera fórmula, por categórica que sea su redacción; ella debe apoyarse en alguna razón que la justifique.

Sobre el punto, tal como lo explica Lino Palacios (“Derecho Procesal Civil”, Tomo VI, Procesos de conocimientos –Plenarios- pág. 159, Editorial Abeledo Perrot), la negación, en otras palabras, debe ser fundada, sea mediante la alegación de un hecho contrario, o incompatible con el afirmado por la parte actora, o de algún argumento relativo a la inverosimilitud de ese hecho.

Así, el artículo 356 dispone que el demandado deberá oponer en el responde todas las excepciones o defensas de que intente valerse, y además en su inciso primero reza que deberá “reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda...su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran...”.

Sabiamente el Legislador así lo dispuso, porque entendiéndose el proceso como un diálogo, quien se limita a decir “no”, trunca toda comunicación y conspira contra el descubrimiento de la verdad, objetivo al que está destinada la producción de la prueba que de allí en más habrá de tener lugar (ver, en sentido análogo, la sentencia N° 1741, dictada como juez de primera instancia, el 29/11/2002, en autos “Domínguez, Ángel José c/ Vanguardia Seguridad Integral Empresaria y Privada S.A. s/ despido”, del registro del Juzgado N° 74).

Luego, se observa que el responde de marras, no se ajusta a estos requerimientos. Por el contrario, la accionada se limitó en la contestación, a negar la jornada de trabajo denunciada, mas en todo caso, debió subsidiariamente, indicar los días y horarios, en los que la Sra. Paso trabajó, como también cómo se pagaban las comisiones o premios, lo que genera en su contra una presunción que deberá desvirtuar con prueba en contrario.

Ahora bien, ningún testigo a instancias del banco, declaró. Ello, dado que único declarante que fuera propuesto por el accionado no compareció, pese al compromiso asumido por el demandado a fs. 265 (ver fs. 305).

En cambio, a propuestas de la parte actora, declararon los testigos Silvia Romina Sánchez (fs. 262), Sebastián Omar Listorti (fs. 263) y María del Carmen Pignanelli (fs. 264).

La primera, manifestó haber sido compañera de la actora entre abril 2012 y julio 2014. Ambas realizaban “tareas de ejecutiva plan sueldos”.



Indicó que el horario “era de **9:00 a 18:00 hs.**”, pero “**trabajaba mucho más**” (destacado y siguientes, me pertenecen). Así, sostuvo que “**visitaba clientes fuera del horario muchas veces. A la dicente le consta porque ha compartido con la actora muchas acciones comerciales, aclara que cuando refiere a acciones dice que son clientes**”.

Aclaró que “**las tareas las desarrollaban en la calle y visitando empresas y clientes fuera del banco. La actora no tenía destinada una zona fija y aclara que su jefe la iba rotando hasta inclusive ir al interior. La actora viaja a muchas provincias... con la testigo cumplió una implementación masiva en SAN LUIS,...permaneció la actora... aproximadamente durante una semana. Ahí hicieron más de 2000 aperturas de cajas sueldo y que dichas cuentas pertenecían a empleados municipales**”.

Precisó que el “**salario estaba constituido de un básico y comisiones variables. No siempre se cobran porque había una llave que te permitía cobrar o no y que dicha llave constaba de un mínimo de cuentas sueldos y que era de 11 aperturas de cuentas sueldo y préstamos y tarjetas**”. Agregó que “**si no se llegaban al esquema de 11 aperturas de cuenta en las comisiones, estas no se pagaban. A la dicente le consta respecto de la actora, porque tenía el mismo esquema de comisiones**”.

Con respecto a las **horas extras**, denunció que “**nunca se pagaban, tampoco cobraban beneficios que si cobraban empleados de las sucursales. Aclara que los beneficios eran: bonos que cobran ejecutivos por cumplimiento de objetivos. Cuando viajaban al interior no se pagaba nada extra**”.

Por su parte, Sebastián Omar Listorti, también fue compañero de trabajo y realizaba las mismas tareas que la actora, y dijo que si bien el horario era “**de 9:00 a 18:00 hs. de lunes a viernes**”, ello era “**relativo, porque había días que tenías que entrar a las 7 am y había días que no sabías a qué hora salías**”.

Aclaró, que “**la periodicidad con que debía entrar antes a su trabajo o desconocer el horario de salida era todos los días**”. Agregó, que “**había días que el testigo veía a la actora a las 8 am y así como veía días que se iba después de las 19 hs. Veía a la actora todos los días llegar antes del horario o retirarse después del mismo**”.

Con respecto a la remuneración, denunció que “**el sueldo de la actora estaba conformado por un básico, mas comisiones. Aclara que lo sabe porque todos teníamos las mismas condiciones... la actora debía cumplir con la venta de una cantidad x de cuentas sueldo y que eso era lo que permitía cobrar el resto de los productos, como tarjeta de crédito y préstamos personales. Si no cumplías con la cantidad solo cobrabas el básico. Si no llegabas a la venta de la caja de ahorro sueldo no cobrabas el resto de los productos**”.

Por último, María del Carmen Pignanelli, al igual que los anteriores deponentes, manifestó que realizaba la misma tarea que la actora, y



que **“trabajaba todos los días, a veces sábados y domingos, los días estipulados de trabajo eran de lunes a viernes de 9 a 18 y que como viajaban a las provincias, estaban a las 7 am en el banco y salían a las 15 o 16 hs. e iban a la empresa a trabajar y seguían en el hotel”**. Denunció que **“las horas extras no se pagaban”**.

Aclaró que **“viajaban juntas a las provincias de Neuquen, San Luis, Cordoba, Rio Cuarto, Rio Gallegos, Santa Fe, Villa Maria”**.

También, indicó que cobraban comisiones **“por préstamos personales, por tarjetas de crédito, por la cuenta sueldo”**, pero **“si vendías UN MILLON en préstamos, pero de los demás rubros no vendías, no cobrabas comisión”**.

Culminada la precedente síntesis, encuentro que todas las declaraciones de los testigos, fueron impugnadas por la parte contraria (ver fs. 266/269). Ello, por considerar que no deberían tener fuerza convictiva, especialmente, los testigos Listorti y Pignanelli, quienes tienen juicio pendiente.

Ahora bien, cabe considerar en principio, que los testimonios son válidos siempre y cuando resulten contestes y concordantes, entre si y con los escritos introductorios.

En lo referente a la queja vinculada con que los testigos que declararon a instancias de la parte actora, tienen juicio pendiente, señalo que no basta para descalificarlo. Sino que, en todo caso, corresponderá apreciar sus manifestaciones con mayor rigurosidad, pero no las invalida (en sentido análogo, SD nro. 82.629 del 31.8.01, en autos “Haberli, Benia Betty y Otro c/ Single Bags SRL”, del registro de esta Sala).

Esta circunstancia, solo obliga a un análisis más cuidado de los testigos, a fin de verificar contradicciones con el escrito de inicio de la parte que lo ofreciera.

Este criterio, lo he seguido invariablemente como Juez de primera instancia, en la lógica de que, siendo la comunidad de trabajo prácticamente cerrada, si un mismo factor la aqueja, prácticamente todos sus miembros se verán afectados por la misma. Luego, si fueran a ser descartados algunos testigos por tener juicio pendiente, se colocaría a la trabajadora en la situación de no poder encontrar quienes depongan por su parte. (“Arcardini, María Ana c/ Travelclub SA y otro s/ despido” expte. 15599/02, entre varios otros, del registro del Juzgado N° 74).

Lo mismo cabe reflexionar, cuando se trata de empleados del demandado (lo que no ocurre específicamente en estas actuaciones), los que supuestamente el mismo no podría ofrecer, porque tendrían interés en beneficiarlo. Resolver así, implicaría arrojarlas a la imposibilidad de probar sus asertos por medio de la testimonial.

Por lo tanto, analizada la testimonial rendida, a la luz de la sana crítica, destaco que los declarantes ofrecidos por la trabajadora dieron cuenta



de la jornada de trabajo en exceso a las 7:30 horas diarias que rige en el convenio colectivo aplicable, como también la forma del pago de las comisiones.

En consecuencia, reconozco plena eficacia probatoria a estos testigos, que declararon a propuestas de la parte actora, pues resultan coherentes, concordantes, y dieron suficiente razón de sus manifestaciones (art. 90 de la LO, arts. 386 y 456 del CPCCN).

A ello, cabe sumarle que, a fs. 273/283, el perito contador informó que la demandada no puso a disposición del auxiliar de justicia la documentación requerida para responder sobre el horario de trabajo, ni tampoco la forma de calcular las comisiones (ver puntos 10 y 15 de los solicitados por la parte actora).

Incluso, en el punto 20, se le requirió al perito que indique *“las remuneraciones abonadas en el periodo que va desde Abril de 2.011 a Enero de 2.013 a las personas que cumplen o cumplieron funciones como Ejecutivos de plan sueldo, tal como Matias Paulus y Franz Argandoñez, indicando asimismo la categoría que surge de los recibos de sueldos de dichas personas, salario básico, salario bruto y neto percibido”*. Sin embargo, tampoco pudo responder, dado que *“la Demandada se negó a entregar lo solicitado en el presente punto pericial”*.

Por lo tanto, en el caso, cobra operatividad la presunción prevista en el art. 55 de la LCT.

Hago esta apreciación, pues resulta de vital importancia, ya que se invierte la carga probatoria –una vez más, conforme lo señalaré al analizar la contestación de demanda-. Si bien en principio corresponde a la parte actora el onus probandi, respecto de los extremos que estima justificantes de la acción que impetra, al configurarse la falta de respuestas a los puntos de la pericial contable por culpa del demandado, opera la presunción referida. Esto significa que en la especie, era la empleadora quien debía probar que la actora no realizó horas extras, y que las comisiones fueron abonadas debidamente.

Destaco, nuevamente, que nada al respecto acreditó la requerida.

Aquí me detengo, para recordar que el art. 6 inc. c. de la ley 11.544 y el art. 8 1 del convenio 1 de la OTI, ratificado por la Argentina, imponen al empleador el deber de inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo hechas efectivamente.

Sumado a ello, el art. 4° de la ley 25.212 enumera entre los tipos de infracciones leves. “f) La falta o insuficiencia de los instrumentos individuales de contralor de la jornada de trabajo. La norma comprende los instrumentos de contralor previstos en los convenios colectivos de trabajo, el registro de horas suplementarias del art. 6° inc. c) de la ley 11.544, pero no los anuncios previstos por el art. 197 de la LCT y el art. 6° incisos a) y b) de la ley



11.544 tipificados por el art. 2° inciso b) del Régimen General de Sanciones como infracciones "leves".

El correcto modo de leer estas indicaciones legales, depende, en primer término, de la racionalidad del sistema, y en segundo, del sentido común.

Con respecto a lo primero, debemos observar lo que indica el artículo 52 de la LCT inciso g, de que los empleadores deberán registrar "demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo". Es decir, que el cumplimiento del horario y su registro resulta capital.

Luego, si la trabajadora de manera ocasional o habitual, pero sin el reconocimiento de la patronal, cumple horas extras, tal vez con suerte aparecerán registradas.

Lo dicho, me lleva al segundo aspecto, que es el sentido común. Si la exigencia de llevar un registro de las horas extras tuviera lugar solo en el caso de que el empleador reconociera que sus empleados exceden la jornada legal, el incumplimiento solo generaría una presunción en cuanto a la cantidad de horas que debían estar consignadas, y no en cuanto a su existencia. Ello, porque de acuerdo con esta interpretación, si una empresa negara que sus empleados prestan tareas en horas suplementarias, no se podría aplicar dicha presunción. Lo cual, desde ya no resulta razonable.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y lo dispuesto en el art. 52 inciso g de la LCT, concluyo que los empleadores tienen la obligación de llevar a diario un registro del horario de ingreso y egreso de sus dependientes, dado que en virtud de su poder de dirección y organización, se encuentran en mejores condiciones de demostrar estos aspectos del contrato de trabajo.

Asimismo, destaco que la reforma del art. 54 de la L.C.T., viene a refrendar esta lógica. Así, la ley 27.321, estableció que el art. 54, queda redactado de la siguiente forma: "Aplicación de los registros, planillas u otros elementos de contralor. Idéntico requisito de validez deberán reunir los registros, planillas u otros elementos de contralor exigidos por las leyes y sus normas reglamentarias, por los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, que serán apreciadas judicialmente según lo prescrito en el artículo anterior".

En consecuencia, acreditada la relación laboral, y su deficiente registración, la situación ha de encuadrarse en lo normado por el art. 55 de la LCT, y su articulación procesal - art. 39 primer párrafo de la ley 11563-, que dispone una presunción a favor de las afirmaciones de la trabajadora, respecto de los hechos, entre ellos la remuneración (art. 52 inc. E LCT), categoría y jornada laboral, que debieron ser consignadas en los libros laborales, no exhibidos en autos.

En relación con la carga de la prueba, cuando existe una presunción, cabe tener presente, como un principio general del derecho, que



según su naturaleza “iuris tantum o iure et de iure”, las mismas invierten la carga probatoria, admitiendo o no la prueba en contrario, según el caso.

El juego de las cargas probatorias (“burden of law”), se ha profundizado con la actual visión en el primer marco del paradigma del constitucionalismo social y, últimamente, con el de los derechos humanos fundamentales. Aún más, con la concepción de la carga dinámica de la prueba, que coloca en la obligación de probar ya no exclusivamente a quien invoca un derecho, sino al que está en mejores condiciones de probar.

Siguiendo esta la lógica de análisis, de los elementos de prueba arrojados a autos, concluyo que la demandada no pudo desvirtuar los hechos alegados por el actor en su escrito introductorio, a pesar de que se encontraba en mejores condiciones de probar, resultando jaqueado con dos inversiones probatorias, sin salvar ninguna.

Bien sabemos, que toda presunción en su faz práctica no es otra cosa que la consecuencia que la ley o el magistrado –en las presunciones hominis- extraen de un hecho conocido para tener por cierto otro desconocido. Más aún, dentro del régimen de presunciones existen las legales, es decir, las impuestas por la voluntad legislativa, y las denominadas judiciales, simples u hominis que se forman por la experiencia y permiten aceptar como verosímil la relación entre un hecho y sus efectos, fundándose en razonamientos basados en la relación de causalidad. Trátese de una prueba vicaria, pero prueba al fin. A la cual, en la especie, también apoyan pruebas directas.

En consecuencia, al no solo no haber revertido la empleadora la presunción en su contra (art. 356 C.P.C.C.N.), sino al haberla multiplicado con otra presunción tampoco desvirtuada (Art. 55 L.C.T.), sumado todo ello a la prueba directa producida por el actor, corresponde tener por acreditado el horario denunciado en la demanda, y que realizaba 70 horas extras mensuales, como también que le corresponde diferencias por comisiones (ver fs. 16 vta.).

En consecuencia, y por los fundamentos hasta aquí expuestos, encuentro acreditados los hechos afirmados en la demanda, relacionados con la jornada de trabajo, y la forma del pago de las comisiones, por lo que el agravio esgrimido por el apelante en este aspecto, tendrá favorable acogida.

Por lo tanto, estaré al cálculo efectuado por el perito contador para determinar las horas extras, y la mejor remuneración devengada (ver fs. 292 vta./293).

Así, tuvo en cuenta “la Mejor Remuneración, Mensual, Normal y Habitual devengada en favor de la Actora, según los valores de Convenio, en un importe de \$18.014,04”,

Por lo que el reclamo de las horas extras ascienden a \$ 302.618,40 (“Valor hora común: \$18.014,04.- / 150 hs. = \$120,09.- Hora Extra al 50%: \$120,09.- X 1,5 = \$180,13.- Cálculo de las Horas Extras al 50%, por un periodo de 24 meses : 70 Hs/mes X \$180,13.- = \$12.609,10.- \$12.609,10.- X 24 meses = \$302.618,40”).

Fecha de firma: 20/09/2019

Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA

Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MIGUEL OMAR PEREZ, JUEZ DE CAMARA



A su vez, la Mejor Remuneración, Mensual, Normal y Habitual devengada, se determinó en \$ 30.623,14

IV.- Develadas estas cuestiones, haré la liquidación del nuevo monto de condena.

Fecha de ingreso: 04/04/2011

Fecha en la que se extinguió la relación laboral: 13/08/2014.

Mejor remuneración devengada: \$ 30.623,14.-

1.- Indemnización por antigüedad (4 periodos) (30.623,14 x 4 – 51.102)	\$ 71.390,56
2.- Indemnización sustitutiva de preaviso con SAC (30.623,14 + 2.551,93 – 12.107)	\$ 21.068,07
3.- Integración mes de despido (18 x 30.623,14 / 31) (17.781,18 - 6.706)	\$ 11.075,18
4.- S.A.C. s/integración (17.781,18 / 12)	\$ 1.481,77
5.- Art. 2 ley 25.323 (122.492,56 + 30.623,14 + 2.551,93 + 17.781,18 + 1.481,77) / 2	\$ 87.465,29
6.- Art. 1 ley 25.323	\$ 122.492,56
7.- Diferencias salariales por básico	\$ 19.338,00
8.- Art. 80 L.C.T. (30.623,14 x 3)	\$ 91.869,42
9.- Horas extras	\$ 302.618,40
10.- Diferencias salariales por aguinaldo proporcional (2.551,93 – conforme cálculo efectuado a fs. 293vta.- menos 1.389)	\$ 1.162,93
11.- Diferencias por Vacaciones proporcionales (30.623,14 / 25 x 9) + (11.024,33 / 12) – 4.863	\$ 7.080,02
TOTAL	\$ 737.042,20

En definitiva, la acción prosperará por la suma de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS DOS CON VEINTE CENTAVOS (\$737.042,20).

V.- Cabe señalar, que viene consentida la tasa de interés (Actas N° 2601 y 2630).

Luego, en materia de intereses, cabe señalar que conforme lo expresé en la causa N° 36638/2012/CA1, "RODRIGUEZ, NORMA DEL VALLE y OTRO c/PRIORITY HOME CARE SRL y OTRO s/DESPIDO", de fecha 7/12/17, sostuve que a partir del 1° de diciembre del 2017, la aplicación del 36% fijo anual que dispone el Acta N° 2630/16, en lugar del Acta N° 2658/17.



Desde la nueva integración, y efectuado un nuevo análisis de la situación, propiciaría que a partir del 08/05/2018 se aplicara la tasa de intereses determinada en el ACTA n° 2658, fecha en la que la misma establece un interés superior al 36%.

En consecuencia, si bien entiendo que correspondería aplicar el Acta 2658 desde el 08/05/2018, fecha en la que la misma establece un interés superior al 36%, lo cierto es que no lo solicito la parte actora.

Por lo tanto, voto por mantener la tasa de interés fijada en la anterior instancia, conforme las Actas 2601 y su correlativa 2630, el 36% de tasa de interés anual hasta el 30/11/2017, y a partir de allí, y hasta el momento de su efectivo pago, los intereses adecuados resultan ser los establecidos en el Acta CNAT N° 2658.

Ello, sin perjuicio de lo que he manifestado en la causa mencionada.

Por otra parte, respecto a la indexación de los créditos laborales, a fin de tener en cuenta los argumentos de mi criterio, me remito a los autos "Balbi Oscar c/ Empresa Distribuidora Sur S.A –Edesur S.A s/ despido", registrada el 10/10/17 y "Sánchez Javier Armando c/ Cristem S.A s/ Juicio Sumario" (causa Nro. 28.048/2011/CA1), del 01/12/14.

Finalmente, dejo a salvo que, en caso de que modificar alguno de mis colegas su decisión al respecto, la suscripta revería la tasa de interés moratorio.

VI.- Ante el nuevo resultado del litigio que propicio, y lo normado por el art. 279 del CPCCN, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria, razón por la cual deviene abstracto el tratamiento de los agravios sobre el punto.

Propongo que las costas de ambas instancias, sean soportadas por el demandado, toda vez que ha sido vencida en lo sustancial del reclamo (art. 68 de la normativa procesal señalada).

IX.- En atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9, 22 y conc. de la ley 21.839, modificados por la ley 24.432, arts. 3 y 6 decreto ley 16638/57 y demás normas arancelarias vigentes, propongo regular los honorarios de los letrados de las partes actora, demandado, y perito contador en 17%, 11%, y 8% respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses.

En cuanto a esta alzada, propongo regular los honorarios por los trabajos en esta Alzada, a los presentantes de fs. 345/354 y 338/344, en 35% (treinta y cinco por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia (arts. 6, 7, 8, 9, 14 y ss. de la LA).



Respecto de la adición del Impuesto al Valor Agregado a los honorarios, esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27.9.93, en autos “Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente-ley 9688”, que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación” (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo “que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto”.

En definitiva y por lo que antecede, auspicio: I.- Modificar el fallo de primera instancia, y por ende elevar el monto de condena a la suma total de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS DOS CON VEINTE CENTAVOS (\$737.042,20); II.- Confirmar el interés conforme Acta N° 2601, su correlativa 2630, el 36% de tasa de interés anual hasta el 30/11/2017, y a partir de allí, y hasta el momento de su efectivo pago, conforme el Acta CNAT N° 2658; III.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida; IV.- Regular los honorarios de la representación letrada de los letrados de las partes actora, demandado y perito contador, por sus trabajos en la instancia previa, en los respectivos porcentajes de 17% (diecisiete por ciento), 11% (once por ciento) y 8% (ocho por ciento) respectivamente, a calcular sobre el monto de condena más sus intereses; V.- Regular los honorarios de los presentantes de fs. 345/354 y 338/344, en 35% (treinta y cinco por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, para cada uno de ellos, de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia. En caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado, que estará a cargo de quien deba retribuir la labor profesional. VI.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

El doctor Alejandro H. Perugini dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede con las siguientes salvedades:

a) la multa prevista en el art. 2do de la ley 25.323, en tanto sanción a la falta de cumplimiento del requerimiento formulado por el trabajador, se encuentra directamente relacionada con los importes que éste se ha visto obligado a reclamar por vía jurisdiccional, por lo que coincido con la Sra. Juez de Grado en cuanto a que su cálculo debe ser realizado solo sobre las diferencias verificadas y no sobre el total de los conceptos referidos en la aludida disposición.

b) Si bien comparto el criterio que señala que la presunción prevista en el art. 55 de la LCT no puede considerarse operativa cuando no ha sido efectivamente acreditada la realización de horas extras (CNAT, Sala II, 31/7/2010 “Sacanelles, Martín Rodrigo c/Maycar SA s/despido”



Sumario 000027355 jurisprudencia PJN), coincido con el primer voto en cuanto a que ello ha sido debidamente probado mediante la testimonial rendida en la causa, lo cual ha tornado operativas las presunciones allí señaladas, por lo que he de adherir a este aspecto de la decisión.

Por consiguiente, de prosperar mi voto, cabe diferir a condena la suma de \$ 701.343,81- resultante de los cálculos realizados en el voto de la Dra. Cañal con la diferencia relativa al art.2do de la ley 25.323, cuyo importe se fija en la suma de \$ 51.766,90-.

Por lo expuesto, voto por: 1 Modificar la sentencia y elevar el monto de condena a la suma de \$ 701.343,81-; 2 Confirmar el interés conforme actas 2601 y su correlativa 2630 hasta el 30 de noviembre de 2017, y a partir de allí y hasta el efectivo pago, las tasas establecidas en la Resolución 2658/17: 3 Imponer las costas de ambas instancias a la demandada; 4 Regular los honorarios de la representación letrada de la actora, demandada y perito contador en el 17%, 11% y 8%, respectivamente, del monto de condena mas intereses, mas IVA en caso de corresponder; 5 Regular los honorarios de los presentantes de fs.345/354 y 338/344 en el 35% y 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en la instancia anterior; mas el IVA en caso de corresponder.

Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art.1ro de la ley 26.856 y con la Acordada 15/2013 de la CSJN.

El doctor Miguel O. Pérez dijo:

Que adhiere al voto del Doctor Perugini por compartir sus fundamentos.

Por ello, **el Tribunal RESUELVE:** I.- Modificar la sentencia y elevar el monto de condena a la suma de \$ 701.343,81-; II.- Confirmar el interés conforme actas 2601 y su correlativa 2630 hasta el 30 de noviembre de 2017, y a partir de allí y hasta el efectivo pago, las tasas establecidas en la Resolución 2658/17; III.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada; IV.- Regular los honorarios de la representación letrada de la actora, demandada y perito contador en el 17%, 11% y 8%, respectivamente, del monto de condena mas intereses, mas IVA en caso de corresponder; V.- Regular los honorarios de los presentantes de fs.345/354 y 338/344 en el 35% y 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en la instancia anterior; más el IVA en caso de corresponder; VI.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art.1ro de la ley 26.856 y con la Acordada 15/2013 de la CSJN.

Notifíquese, regístrese y, oportunamente, devuélvase.

Miguel Omar Pérez
Juez de Cámara

Alejandro Hugo Perugini
Juez de Cámara

Diana Regina Cañal
Juez de Cámara

Ante mi: **María Luján Garay**
12 **Secretaria.**

