------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los seis días del mes de abril del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Luis Früchtenicht y con la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass y de la Sra. Jueza de Cámara Subrogante Dra. Claudia Lía Melidoni, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"C., M. D. C. c/ L., H. s/ Laboral"*** (Expte. N° 216/08 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 555 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS – MELIDONI.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 523/526vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo:----------

------1. Llegan a conocimiento de esta Alzada los presentes autos como consecuencia del recurso de apelación impetrado por la actora a fs 527, que le fuera concedido (v. providencia de fs. 528) contra la sentencia de la instancia que precede y que luce a fs. 523/526 y vta., la que hizo lugar a la demanda intentada por la Sra. M. D. C. C. y en su consecuencia condenó al Sr. H. L. a abonar a la primera, en el plazo que fija, la suma de $3.410,61 con más los intereses que también determina, y como correspondientes a los rubros que detalló en sus considerandos; impuso las costas del juicio al vencido y reguló los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes.----------

------Los agravios deducidos por la quejosa, lucen en la pieza procesal que se agrega a fs. 533/536, y conforme al traslado dispuesto (v. prov. de fs. 537), no merecieron la réplica de la contraria.----------

------2. En el memorial que luce a fs. 533/536, la actora apelante reduce su queja a dos agravios:----------

------En el que identifica como primer agravio (v. fs. 533/535 pto.II.a.), se agravia en orden a la omisión de tratamiento por parte del judicante respecto del manejo de la Caja del comercio en que laboraba y la realización de horas extras de su parte, y que afectara en menos la indemnización condenada.----------

------En su segundo agravio (v. fs. 535/536 pto. II.b.), su queja refiere la determinación como fecha de ingreso el 18.12.2000, cuando invocó en su demanda una anterior, y el rechazo de la multa establecida en el art. 1º de la Ley Nro. 25.323.----------

------3. Correspondiendo a esta altura abordar el tratamiento de los agravios deducidos, y en relación al primero de ellos, debo advertir, en primer término, que la carga procesal de acreditar los extremos no reconocidos en la sentencia que ataca y por los que se agravia la actora en esta instancia, correspondían a su parte. Así, El déficit probatorio incurrido en este caso debe pesar sobre la parte actora, ya que esa parte debía probar el presupuesto de hecho de la norma que invocó como fundamento de su pretensión, de acuerdo a lo previsto en el art. 377 del rito. Y ello así, pues cada parte soporta la carga de la prueba de la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de aquellas normas sin cuya aplicación no puede tener andamiento y éxito su pretensión procesal, es decir, sobre aquellos presupuestos de hecho que surgen de la norma y que le son favorables y que resultaron contradichos por el demandado y en su consecuencia no resultaron alcanzados por la presunción que se aloja en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT). Vale decir que –inaplicable al caso tal presunción – corresponde recurrir a la manda que se aloja en el precitado art. 377 del rito, y cada parte soportará la carga de la prueba respecto del efecto jurídico pretendido. En suma la responsabilidad probatoria no se subordina a la condición de actor o demandado, sino a la condición en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica en la sentencia que procura (cfr. FENOCHIETTO-ARAZI; "Código Procesal Civil y Comercial"; Ed. Astrea; Bs. As.; 1983; T° II; p. 324 y ss.). Así las cosas, y en principio, debo advertir que nuestro máximo tribunal nacional ha resuelto en numerosos precedentes que: "*Los jueces no están obligados a ponderar una por una todas las pruebas. No existe arbitrariedad si la sentencia merita con claridad los elementos de juicio que estima relevantes para la solución del pleito.*" (C.S.J.N., sala I, 21-6-90, causa 47.051, Schmid, José D. en j.: "*Schmid, José D. c/Daniel Tarifa p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 215-411; íd., 28-6-90, causa 47.695, Espósito, Manuel y otro en j.: "*Valverde, José y otros c/Adán A. Acevedo p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 216-28; íd., 26-8-91, causa 48.377, Caja Nacional de

Ahorro y Seguro en j.: "*Sini, Nancy Edith c/Dante Capitanelli y otros s/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 222-419; íd., 22-6-92, causa 50.239, Giovarruscio, María E. en j.: "*Giovarruscio, María E. c/Carlos Alberto Zocco Guatelli p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 228-192; íd., 18-3-93, causa 51.145, Benavídez, María y otro en j.: "*Benavídez, María y ot. c/Ricardo Blanco p/su hijo menor p/Sumario s/Inconstitucionalidad*", L. S. 235-345; íd., 11-4-96, causa 54.359, Inca S. A. Compañía de Seguros en j.: "*Borda Ballara, Casimiro c/Hugo Bordón Gómez y otro p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 264-95). Tampoco puede obviarse la inexistencia de pretensión en tal sentido.----------

-------En relación al segundo ítem que comprende el agravio en análisis, se ha dicho que: "*Tratándose de una obligación -la de las horas extras- que excede la jornada legal, es el propio accionante quien debe acreditar el presupuesto de su demanda, esto es, que desarrolló tareas y actividades para la empleadora fuera del día laboral ordinario.*" (v. T.S.J. Sala Laboral Cba., Sent. Nº 170 del 27/11/2008. Trib. de origen: Sala 10ª Laboral Cba., "Maldonado Silvia Margarita c/ José Manuel Fares y/u otro - Demanda - Rec. de casación"). Y observo que en tal sentido ha existido orfandad probatoria en relación al ítem por el que se agravia. Por lo dicho, corresponde a mi juicio desestimar el presente agravio y así lo voto.----------

------El segundo agravio deducido, y en particular en relación al primer rubro por el que se queja la actora, resulta sujeto por el mismo criterio expuesto al tratar el primero de ellos. Y ello así, por cuanto, no alcanzada la afirmación de la actora por la presunción que surge del precitado art. 23 de la LCT, lo dicho por el judicante en función de la documental adunada por el demandado y que se acompaña como documental, consistente en contrato de trabajo, DDJJ AFIP, solicitud de clave de alta temprana, etc.) imponen tener por fecha de ingreso el 18.12.2000.----------

------Respecto de la multa que dispone el art. 1º de la Ley 25.353, los fines por ella perseguidos (combatir la evasión previsional, el trabajo "*en negro*" y el trabajo "*en gris*") y de la documental referida en el párrafo que precede, entiendo que aquélla no resulta procedente, tal lo resolvió el a quo. Por ello, el segundo agravio no puede prosperar, y así lo propongo al Pleno.----------

------En orden a las costas, y atento lo propuesto, entiendo que las costas deben imponerse al apelante (art. 68 del C.P.C. y C.). Así lo voto.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------Habiendo el Dr. Früchtenicht, reseñado acabadamente los hechos antecedentes y planteos expuestos a esta Alzada voy a abordar directamente las cuestiones traídas a decisión del Tribunal.----------

------1.-Rubro adicional por manejo de caja y horas extras:----------

------Se queja el recurrente de que el *a quo* no haya tomado en cuenta, al calcular la indemnización, los rubros "adicional por caja" y "horas extras" aduciendo que si bien ellos no integraron la demanda, surgieron de las pruebas vertidas en autos.----------

-----Ciertamente que el art. 71 de Ley 69, faculta al juez a sentenciar *ultra petitia* supliendo los errores u omisiones de las partes, mas esta facultad discrecional encuentra sus límites en el derecho de defensa de la otra parte y en la adecuada prudencia que debe acompañar a toda decisión judicial.----------

------Nuestro Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que *"... vale recordar que el art. 71 de la Ley 69 faculta al juez a sentenciar ultra petita, supliendo omisión o error del demandante. Así se ha estimado conveniente autorizar al juez para que en el caso de ignorancia, negligencia u olvido de los actores – normalmente empleados, obreros o causahabientes de estos- supliendo su omisión y prescindiendo de sus respectivas peticiones, pueda reconocerles beneficios superiores a los solicitados. Este precepto debe ser interpretado restrictivamente, teniendo en cuenta que el juzgador puede suplir la omisión del demandante y no la del demandado, y en segundo lugar por que el texto habla de omisión, lo que supone necesariamente que el magistrado no podría pronunciarse sobre puntos ajenos a la cuestión, sino complementar lo pedido por el actor, pero siempre en relación con la acción ejercida ... Por ejemplo, excedería las facultades ultra petita si reclamada una suma en concepto de indemnización por despido sin causa, se la otorgase por diferencias salariales" (Del voto del Dr. Caneo en "C., E.D. c/D., A.L.S.A. s/Demanda Laboral –indemnizaciones–. Expte nº 20.390-C-2006) . La congruencia es la relación inmediata entre lo solicitado y lo resuelto, cuya aportación trae como consecuencia la nulidad de la resolución ... sin embargo, el principio en el proceso laboral es mas elástico, pues desde su origen , la actuación pública y de oficio del juez, fue considerada como un anhelo de verdad material, frente al rígido sistema dispositivo del derecho civil o comercial. Se acerca así más al juez del derecho penal. Y así, pudiendo averiguar (art. 80 L.O.), el juez tiene que tener el poder de fallar lo que muestran los hechos, independientemente de que la parte haya o no solicitado tal decisión. Pero ¿El juez se encuentra*

totalmente libre? Recordemos con Podetti (Tratado de Derecho Procesal Laboral T.I, pag. 325), que el límite para el juez no ha desaparecido, puesto que el mismo continúa obligado a ceñirse a las acciones ejercitadas y, en consecuencia, no puede pronunciarse extra petita" (Del voto del Dr. Pasutti en "C., E.D. c/D., A.L.S.A. s/Demanda Laboral –indemnizaciones- .Expte nº20.390-C-2006). Por mi parte y siguiendo la misma línea interpretativa he dicho *"Es cierto que conforme al art. 71 Ley 69 el juez tiene la facultad de fallar ultra petita pero esto no significa que deba receptar pretensiones no ejercidas en la demanda pues aceptar esto implicaría una lesión al derecho de defensa de la otra parte quien se vería imposibilitada de rebatir la acción. El art. 46 Ley 69 es claro en cuanto manda al actor a incorporar una "Designación precisa de la demanda" y ello no constituye un ritualismo vacío sino el requisito indispensable para que la contraparte pueda defenderse" (Mi voto en "S, G. F. c/M.A.P. e Hijos S.R.L. y otros s/laboral. Expte 92/07 CANO).* ----------

------Queda claro par mí que el recurrente pretende, no un fallo ultra petita que salve su negligencia sino una decisión extra petita y ello está vedado a este Tribunal. Dicho de otra forma, el juez laboral –y en este caso la Alzada– puede fallar mas allá de lo pedido (ultra petita) pero no puede fallar sobre lo no pedido (extra petita).----------

------En razón de lo expuesto, coincido con lo dicho por el Dr. Früchtenicht y considero se debe rechazar el agravio en cuestión. Así lo voto.----------

------2. Fecha de inicio de la relación laboral:----------

------Se queja el recurrente respecto a la fecha de inicio de la relación laboral declarada en la demanda. En realidad, impugna la valoración de la prueba efectuada por el *a quo*. Dice que no se debió tener por dudosos los testimonios con el solo argumento de que las deponentes declararon ser amigas íntimas de la actora e invoca el principio del *in dubio pro operario*:----------

------Este Tribunal ha dicho reiteradamente que el juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba de elegir aquellas que mayor convicción formen siempre que no incurra en absurdo, arbitrariedad o parcialidad. De allí que para impugnar la valoración de la prueba deben invocarse aquellas circunstancias y no una sola disconformidad subjetiva.----------

------Se equivoca el recurrente en cuanto a los límites del principio de in dubio pro operario pues este no significa presunción respecto a los hechos ni una

exoneración de la carga de la prueba sino una máxima de hermenéutica legal y contractual.----------

------Dicho lo precedente encuentro que el Sr. Juez a quo, lejos de valorar arbitrariamente la prueba rendida lo ha hecho en la forma correcta y con argumentos contundentes y es que un testimonio –aún cuando fuera indubitable, caso que no lo es por las razones expuestas en la sentencia– no puede llegar a desvirtuar la prueba documental que surge del contrato de trabajo obrante a fs. 264, los recibos de sueldo por ella firmados, el libro especial, constancia de alta temprana del AFIP y declaración jurada ante ANSES cuya autenticidad fue declarada mediante experticia caligráfica obrante a fs. 487/490.----------

------Es por lo expuesto que voy a coincidir con lo dicho por el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y así lo voto.----------

------También voy a coincidir con el Dr. Früchtenicht en que las costas deben imponerse al apelante vencido conforme al principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P:C.C y C y 59 y 76 Ley 69).----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo:----------

------Por lo expuesto al votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la actora apelante (arts. 68 CPCC y 76 de la Ley 69); y **III.- REGULAR** los honorarios del Dr. I. O. B. en el 5,7% del monto del juicio que se liquide, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 14 del Arancel).----------

------A la MISMA CUESTION, el Dr. Flass dijo:----------

------Conforme a lo expuesto al analizar la primera cuestión, voy a votar por: 1) **CONFIRMAR** la sentencia nº 61/2006 del 24 de octubre de 2008. 2) **IMPONER** las costas de esta instancia a la actora apelante (arts. 68 CPCC y 76 de la Ley 69). 3) **REGULAR** los honorarios del Dr. I. O. B. en el 5,7% del monto del juicio que se liquide, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 14 del Arancel).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia Nº 61/2008, del 24 de octubre de 2008 y que obra a fs. 523/526 vta.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la actora apelante (arts. 68 CPCC y 76 de la Ley 69).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios del Dr. I. O. B. en el 5,7% del monto del juicio que se liquide, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 14 del Arancel).----------

------**IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 de la Ley 1.130, texto según Ley 4.550), encontrarse vacante una vocalía de cámara, inhibidos de actuar los Sres. Jueces Letrados en lo Civil, Comercial y Laboral y de Ejecución y no haber hecho uso la Sra. Jueza de Familia Dra. Claudia Melidoni de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 271, último parte, del C.P.C. y C., texto según Ley 4.550.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

REGISTRADA BAJO EL N° 15 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2009. CONSTE. Zulma Graciela Albornoz. Secretaria.-