--- En la ciudad de Trelew, a los d¡as de noviembre del a¤o dos mil nueve, se re£ne la Sala "A" de la C mara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. L¢pez Mesa y Carlos Alberto Vel zquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "Granado Juan Antonio c/ Cadena de Hoteles R.H. s/ Cobro de pesos - Laboral" (Expte. 600 - A¤o 2009 CANE) venidos en apelaci¢n. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¨se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¨Qu, pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 159.---------- --- --- A LA PRIMERA CUESTIàN, el Sr. Juez Dr. Carlos D. FERRARI dijo: ---------- --- I. A fs. 58/63 el actor inici¢ demanda laboral en procura del reconocimiento judicial de las diferencias salariales en concepto de horas extras generadas en el exceso de la jornada nocturna y el adicional convencional por alimentaci¢n establecido en el Punto 11, apartado 11.4, del C.C.T. 389/04 que se le dej¢ de abonar en el mes de septiembre del a¤o 2004. En la exposici¢n de hechos expres¢ haber iniciado su v¡nculo laboral con la demandada el 01 de febrero de 1994, con la categor¡a conserje nivel 6 establecimiento categor¡a C -dos estrellas- del C.C.T. 389/04, cumpliendo una jornada laboral diaria comprendida entre las 23 y las 7 hs. durante seis d¡as a la semana. Relat¢ que en varias oportunidades efectu¢ reclamos verbales a la patronal por b sicos inferiores a los que correspond¡an a su categor¡a y correcto pago de las horas trabajadas, ya que considera que la hora entre las 6 y las 7 hs. debi¢ abonarse con el recargo establecido por el art. 201 L.C.T., hasta que en el mes de noviembre de 2004 decidi¢ formalizarlo mediante nota remitida por la UTGRA. Que ante la falta de respuestas concretas, en el mes de marzo de 2005 interpuso reclamo administrativo ante la Subsecretar¡a de Trabajo mediante Expte 04-511/05. Que a partir de octubre de 2005 la demandada comenz¢ a liquidarle el b sico correspondiente a la categor¡a "Conserje nivel 6" categor¡a tres estrellas, pero no as¡ respecto del reclamo relacionado con el trabajo nocturno. Que en noviembre de 2005, a consecuencia de un acuerdo salarial a nivel nacional la empleadora volvi¢ a liquidarle el b sico correspondiente a las funciones que cumpl¡a, para la categor¡a de establecimiento dos estrellas. Que a modo de represalia por los reclamos efectuados la patronal dej¢ de abonarle a partir de septiembre de 2004 el adicional convencional por alimentaci¢n. Que cansado de tal situaci¢n el 06 de agosto de 2007 intim¢ telegr ficamente el pago de las diferencias salariales desde el 01/07/05 bajo apercibimiento de accionar judicialmente. Que la accionada rechaz¢ su reclamo, pese a lo cual le abon¢ -aunque mal calculado, seg£n dice- una suma de dinero en concepto de "hora nocturna" conforme recibos salariales de los meses: agosto/2007, septiembre/2007 y octubre/2007. Fund¢ en derecho su demanda, ofreci¢ pruebas, practic¢ liquidaci¢n y culmin¢ con petitorio de estilo.---------- --- II. Ordenado el traslado respectivo, a fs. 79/80 vta. el Dr. Eduardo R. Mart¡n, en nombre y representaci¢n de la demandada CADENA DE HOTELES R.H. S.A., contesta la demanda, negando en forma general los hechos invocados por el actor y luego en forma particular. Reconoce que el actor se desempe¤¢ como conserje en el Hostal del Rey desde el 01 de febrero de 1994 cumpliendo horario de 23 a 7 hs., hasta que renunci¢ en febrero de 2008 para acogerse a la jubilaci¢n ordinaria. Que el actor efectu¢ un reclamo administrativo y que se arrib¢ a un acuerdo conciliatorio en relaci¢n a la categor¡a dos estrellas del Hostal en base a la cual se le abonaba los salarios. Afirm¢ que el accionante no percib¡a el adicional por alimentaci¢n debido a que cenaba todas las

noches en el establecimiento. Con relaci¢n al reclamo por trabajo nocturno neg¢ que la hora de 6 a 7 deba considerarse extra ya que en el c¢mputo mensual el actor no alcanzaba las 200 horas m¡nimas, desde que las 7 horas nocturnas se abonan como tales independientemente de la cantidad de horas que el turno debiera tener. Por £ltimo sostuvo que la empresa reconoce adeudar al actor diferencias por la suma de $ 397, la que depositar en autos. Concluy¢ su responde ofreciendo las pruebas de rigor y peticionando el rechazo de la demanda, con costas.---------- --- III. Tramitado el proceso, a fs. 142/144 vta. obra el fallo definitivo de primera instancia que hizo lugar a la pretensi¢n entablada, condenando a CADENAS DE HOTELES R.H. S.A. a abonar al actor, previo los descuentos legales correspondientes, dentro del quinto d¡a y mediante dep¢sito judicial la suma que se determine en la etapa de ejecuci¢n de sentencia, conforme lo determinado en los considerandos I, II y III del decisorio, con m s sus intereses y las costas caus¡dicas.---------- --- IV. Los fundamentos del decisorio, en s¡ntesis, son los siguientes: 1) La £nica testigo que prest¢ declaraci¢n en autos -Vega, testigo com£n a fs.130- declar¢ que el actor no estaba autorizado a cenar en el Hotel y que pese a que los horarios de ambos no coincid¡an, las veces en que fue de noche nunca vio al actor cenando. Esta sola declaraci¢n testimonial, analizada a la luz del principio de la sana cr¡tica, resulta elemento suficiente para formar convicci¢n al respecto. N¢tese que se trata de una persona que durante casi nueve a¤os trabaj¢ para la demandada, por lo que sus dichos no observados resultan contundentes. Por ello y sin m s el reclamo prospera en cuanto pretende al adicional por alimentaci¢n reclamado. 2) Tambi,n entiende debe prosperar el reclamo en cuanto al exceso en la jornada, aunque no en la medida propuesta por el actor, puesto que el mismo realizaba una jornada mixta, ya que combinaba horas nocturnas -las comprendidas entre las 23 y las 6 hs- y diurnas -entre las 6 y las 7 hs.- , por lo que a falta de otros datos respecto a la jornada pactada, corresponde estar al com£nmente aplicado divisor 200. En el caso de autos, a la hora diurna trabajada se le suman las horas nocturnas computadas a raz¢n de una hora y ocho minutos cada una, hasta completar las 8 hs. Habiendo trabajado el actor entre las 23 y las 7 hs, 8 hs. 56 minutos por d¡a -redondeando 9 hs. o 54 hs. a la semana- , tenemos 6 hs. extras semanales que deber n reliquidarse por el per¡odo reclamado en base al divisor antes indicado. 3) En definitiva la demanda es acogida, debiendo las partes y/o en su caso el perito contador que se designe, determinar en la etapa de ejecuci¢n de sentencia, en base a los salarios b sicos aplicables para la categor¡a del actor -conserje nivel 6 establecimiento categor¡a C dos estrellas- las diferencias salariales resultantes de sumar el no liquidado adicional alimentaci¢n a las remuneraciones devengadas por el per¡odo reclamado, debiendo asimismo recalcularse las horas extras reclamadas en base a lo decidido en el considerando respectivo, sumas que llevar n intereses calculados de acuerdo a la tasa activa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que cada importe parcial fue adeudado y hasta su efectiva cancelaci¢n (Arts. 123, 156, 231, 233, 245, 276 y conc. L.C.T. ley 23.928, art, 622 C¢d. Civil), con costas a la parte vencida.---------- --- V. La sentencia es apelada a fs. 146 por la representaci¢n letrada del actor, siendo concedido el recurso a fs. 147 y fundado a tenor de la pieza obrante a fs. 149/150 vta., que contiene, en s¡ntesis, los siguientes motivos de agravio: 1) Es err¢nea la conclusi¢n a la que arriba la a quo, dado que en el caso de autos no existe una jornada mixta, sino que se trata de una jornada nocturna con un exceso en la misma, representando dicho exceso horas extras a

la jornada normal y habitual. Sostiene que como lo establece el art. 200 L.C.T. la jornada nocturna no puede exceder las siete horas diarias y que, por lo tanto, trabajar siete horas en horario nocturno es equivalente a trabajar ocho horas en horario diurno, lo que ocurri¢ con el actor. Cita jurisprudencia. Esa hora diaria en exceso

- de 6 a 7 hs. sostiene- debi¢ abonarse con el recargo del 50% establecido en el art. 201 de la L.C.T. y no como lo ha interpretado la sentenciante. Cita doctrina del art. 2 de la ley 11544. Tambi,n resulta inaplicable -dice- la utilizaci¢n en este caso del divisor "200" aplicado por la a quo. La hora extra diaria trabajada por el actor debe ser liquidada utilizando el divisor "182" (26 jornadas al mes por 7 horas) a los fines de calcular el recargo establecido por el art. 201 de la L.C.T. Cita jurisprudencia de Alzada de esta Sala. Solicita por £ltimo se revoque la sentencia recurrida en cuanto es materia de agravios, con expresa imposici¢n de costas.---------- --- VI. El reclamo de horas extraordinarias "nocturnas": ---------- --- Adelanto que a mi criterio este agravio no tiene posibilidad de prosperar. Bien ha resuelto la sentenciante que las siete horas nocturnas comprendidas entre las 23:00 y las 06:00 horas, computadas conforme a la previsi¢n del art. 200 de la L.C.T., completaban la jornada laboral ordinaria. En consecuencia, la hora restante trabajada (de 06:00 a 07:00) debe contarse y ser abonada como hora suplementaria, mas no como hora nocturna, ya que era cumplida en horario diurno. En nada hace variar este criterio la circunstancia de que est, unida a un horario nocturno, ya que el car cter de diurno o nocturno lo imprime el horario de prestaci¢n, tal como se desprende de una sistem tica interpretaci¢n de la citada norma y del art. 2 de la ley 11.544, en cuanto tipifican como "jornada nocturna" la que se cumpla entre la hora veintiuna de un d¡a y la hora seis del siguiente. En consecuencia, las seis horas extraordinarias semanales acogidas en el fallo deben liquidarse con un recargo del 50% (art. 5, ley 11.544), tal como se desprende del decisorio en recurso, que en mi opini¢n merece ser confirmado en este aspecto.---------- --- VII. El divisor utilizable para la liquidaci¢n de las horas extras: ---------- --- En el abordaje de este t¢pico, comenzar, por recordar que ya he tenido ocasi¢n de pronunciarme a¤os atr s en el mismo sentido, al se¤alar que la regla instituida por el art. 201 L.C.T. determina como base para el c lculo de las horas extras la remuneraci¢n "habitual" del trabajador, esto es, la que normalmente percibe ,ste en el curso de su prestaci¢n (conf. Expte. 11010 - S.D.L. 104/94 - Expte. 142 - S.D.L. 26/09; entre otros). En la especie, las siete horas nocturnas que laboraba habitualmente eran equiparables a los fines retributivos, conforme al c¢mputo del art. 200 de la L.C.T., a una jornada normal de ocho horas diurnas. A partir de esta comprobaci¢n, considero que corresponde aplicar la tradicional doctrina seguida por esta sala en supuestos an logos. Como lo se¤alara en un ilustrativo voto el Dr. Manino, para retribuir el trabajo en sobretiempo debe emplearse un divisor que contemple dos factores constantes: la cantidad de horas normales en una jornada de labor y los d¡as en que la cumpla el trabajador, eliminando todo ingrediente aleatorio que altere dicho patr¢n de normalidad. Lo adecuado, entonces es considerar en forma anal¢gica la previsi¢n del art. 155, inc. "a" de la L.C.T. al dividir por veinticinco (25) el importe del sueldo que perciba el trabajador en el momento de su otorgamiento para el c lculo de la retribuci¢n diaria por vacaciones, que multiplicado por una jornada normal de ocho horas diarias (o su equiparaci¢n equivalente a siete horas nocturnas) lleva

entonces a emplear el factor 200 para el c lculo de las horas suplementarias, conforme a pac¡fica e inveterada jurisprudencia (conf. Expte. 15530 - S.D.L. 93/99; con mi voto coincidente).---------- --- No veo en el caso motivos para apartarnos de esta tradicional doctrina a tenor de los argumentos expuestos por el recurrente (jornadas mensuales de 26 d¡as, jornadas de 7 horas). El criterio de 25 d¡as mensuales se basa, como ya se ha dicho, en un promedio establecido en raz¢n de la variabilidad (ej., febrero de 2009 tuvo 24 d¡as laborales de lunes a s bados; otros meses, dados los feriados, incluso menos) por lo que no puede sostenerse sobre bases matem ticas que el promedio mensual haya sido de 26 d¡as; y en cuanto a las siete horas horas nocturnas, ya se ha explicado su equivalencia con la jornada de ocho horas diurnas a los fines remuneratorios. En consecuencia, me pronunciar, por la confirmaci¢n del fallo tambi,n en este aspecto.---------- --- VIII. Conclusiones: ---------- --- De compartirse las consideraciones precedentes, corresponder confirmar el fallo en todo cuanto ha sido materia de recurso, con costas a la parte apelante (art. 59, Ley Nø 69). Para este supuesto, propongo regular los honorarios del letrado actuante en esta sede, Dr. Emilio Miguel Cacciavillani a m,rito de la extensi¢n, calidad, eficacia de sus labores y al resultado obtenido, en el 25% de los que le correspondieron por su desempe¤o en la anterior instancia (arts. 6, 14, 47 y conc., Dec. Ley 2.200).---------- --- Voto entonces a esta cuesti¢n por la AFIRMATIVA.---------- --- A ESA MISMA CUESTION PRIMERA el Dr. Vel zquez expres¢:----------

Por elemental raz¢n de brevedad, me remito a la correcta s¡ntesis que el colega preopinante hiciera de los antecedentes de la causa y los agravios vertidos por los apelantes, a cuyo tratamiento pasar, directamente entonces.-

I.- Por cierto que si el trabajador laboraba de las veintitr,s horas de un d¡a a las siete horas del siguiente, ,l cumpl¡a una jornada de las usualmente denominadas "mixtas", esto es de alternancia de horas nocturnas y diurnas, supuesto en el que corresponde reducir proporcionalmente la jornada en ocho minutos por cada hora nocturna trabajada. En tal caso el patr¢n de medida es la jornada m xima legal, de modo que las horas de nocturnidad deben ser computadas a raz¢n de una hora y ocho minutos cada una hasta completar las ocho horas, logr ndose as¡ la equivalencia con el m ximo autorizado de siete horas nocturnales de labor por d¡a (arts. 2 de la Ley 11.544 y 200 L.C.T.).-

Si en la especie el actor se desempe¤aba de las veintitr,s horas de un d¡a a las seis horas del posterior, sin reducciones, es evidente que cumpl¡a, las siete autorizadas, equivalentes a las habituales ocho diurnas.---------- --- En el subexamen el demandante tambi,n se desempe¤aba en una novena hora, la corrida entre las seis y las siete del d¡a siguiente al inicio de su actividad. Era esa una hora extraordinaria mas diurna, que se pagar con recargos, pero en base a la hora normal (confr.: Fern ndez Madrid, "Tratado pr ctico de derecho del trabajo", Ed. La Ley 1990, II-1424, ptos. "d" y "e").-

En suma, las horas extraordinarias le deber n ser abonadas con un plus, como dispuso la "a quo", pero ese suplemento ha de calcularse seg£n el valor de la hora normal. Es que, contra lo que sugiere encubiertamente el apelante, no hay una retribuci¢n especial para el trabajo nocturno que influya en el c lculo del valor de las horas suplementarias,

sino un l¡mite diferente a la jornada de labor (confr.: Ackerman y otros, "Tratado de derecho del trabajo", Rubinzal - Culzoni 2005, III-628).-

II.- Verdad es que en el precedente citado el recurrente (c. 18.404 S.D.L. 43/02) para establecer el valor horario de la retribuci¢n nos separamos del cl sico divisor r¡gido de las doscientas horas mensuales, pero ello obedeci¢ a las particularidades de las jornadas laborales all¡ cumplidas, de extensi¢n inferior a las habituales de ocho horas diarias seis veces a la semana.-

No presenta esta especie dicha particularidad, pues aqu¡ las pactadas por las partes fueron de ocho horas seis veces por semana. Es decir que nos hallamos ante un caso t¡pico, al que corresponde aplicar el divisor tradicional de las doscientas horas. Recu,rdese que el divisor del sueldo mensual debe estar representado por el total de horas de trabajo que las partes han pactado como debidas por el trabajador (confr.: C.N. A. Tr., sala III, cit. en "Ley de Contrato de Trabajo...", Manuales de Jurisprudencia La Ley, 2da. ed., p g. 390, sum. 15).-

III.- Por las razones expuestas, concordantes con las vertidas por el Se¤or Magistrado ponente, tambi,n de mi lado considero que corresponde confirmar la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 56 de la Ley 69) y regulando los honorarios por los trabajos profesionales de alzada, en atenci¢n a la dimensi¢n, valor y resultado arrojado por ellas, en el monto propiciado por el prevotante (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del Dec.-ley 2.200).-

Me pronuncio aqu¡ pues por la AFIRMATIVA.- --- A LA SEGUNDA CUESTIàN, el Dr. Ferrari expres¢: ----------

En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponder por tanto: I) CONFIRMAR el fallo en todo cuanto ha sido materia de recurso. II) Con costas a la parte apelante, fij ndose los honorarios del letrado actuante en esta sede, Dr. Emilio Miguel Cacciavillani en el 25% de los que le correspondieron por su desempe¤o en la anterior instancia.----------

As¡ lo voto.----------

------ A DICHA CUESTION FINAL el Dr. Vel zquez respondi¢: El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Ferrari, reflejo fiel de la decisi¢n del cuerpo formada al expedirnos sobre la precedente cuesti¢n.- --- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dej ndose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayor¡a (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

Trelew, de noviembre de 2009.----------

- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala "A" de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

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

---------- - --- CONFIRMAR el fallo en todo cuanto ha sido materia de recurso. IMPONER las costas a la parte apelante. FIJAR los honorarios del letrado actuante en esta sede, Dr. Emilio Miguel Cacciavillani en el 25% de los que le correspondieron por su desempe¤o en la anterior instancia.---

Reg¡strese, notif¡quese y devu,lvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N§ DE 2.009 - SDL.- Conste.-

PAULO EDUARDO KâNIG SECRETARIO DE CAMARA