000112/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de abril del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados**: “H., D. A. c/ S. G. S.R.L y/o q´ rlte prop. y/o Resp. del servicio de catering para aviones s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 112 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 208.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- Vienen estos actuados a conocimiento de este tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. 196 vta.) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 192/196) por la cual se hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. D. A. H. en contra de la sociedad que gira en el comercio bajo la denominación “S. G. S.R.L.”, condenando a esta última a que en el plazo que se fija abone al actor la suma de $ 11.943,38 con más los intereses fijados en el considerando respectivo. Asimismo, condena a la demandada a que haga entrega del certificado de trabajo bajo apercibimiento de ser pasible de imposición de sanciones conminatorias y de multas en caso de incumplimiento. Todo ello con imposición de costas diferenciadas según la porción de la demanda que prospera y la que se desestima.---------- El escrito de sostenimiento del recurso se encuentra agregado a fs. 201/202 y vta..------ Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 203) éste no fue evacuado.----------

I.- Formula agravios respecto a los siguientes tópicos, a saber: 1) Asignaciones no remunerativas; 2) derecho y cantidad de horas extras; 3) horas nocturnas; y, 4) saldo vacaciones y SAC.----------

--- Respecto al primer punto, relativo a las asignaciones no remunerativas expone que este rubro es importante aludiendo que en la planilla de liquidación que se individualiza como Anexo I detalló con la denominación “Adicional no remunerativo” sin que el a quo dijera nada por lo que, afirma, se debe considerar el derecho que tiene su parte a percibir este rubro. Precisa que este rubro por no ser remunerativo no tiene influencia en los demás rubros detallados en dicho Anexo I con excepción a las horas extras sobre cuyo importe al 100% influyen.----------

--- En cuanto al agravio nominado como “derecho y cantidad de horas extras” el actor apelante manifiesta que liquidó en el referido Anexo I todos los importes en base al salario de la categoría 3, chofer, y para determinar el valor de la hora al 100% tuvo en cuenta todos los demás rubros salariales incluyendo el adicional no remunerativo. Advierte que todos los testigos han reconocido que desde que ingresó (falta completar

dicha frase). Continúa diciendo que por la necesidad que tenía la demanda de “dibujar” el salario que le pagaba, figura en las columnas denominadas “horas 100% al mes” liquidaba las horas extras al 100% recién a partir de agosto de 2007 hasta mayo de 2008 y no liquidó una sola hora extra desde febrero a julio de 2007. Por la misma razón, dice, desde febrero de 2007 a junio de 2007 la demandada dejó falsamente en blanco ese concepto sin pagar importe alguno. Es obvio, entiende, que debieron pagarle los rubros horas extra al 100% y horas nocturnas al 100% y todo ello considerando como adeudados importes similares a los que la demandada pagó desde julio de 2007 a mayo de 2008. También cuestiona que se hubiera considerado no probadas la cantidad de horas extras que reclama en su demanda utilizando para ello la lógica y la experiencia y teniendo en cuenta las características de la prestación de tareas no se le reconociera su derecho a cobrar mayor cantidad de horas extras. Indica que le parece muy pobre la argumentación dada para rechazar el saldo de horas extras que reclama teniendo en cuenta lo siguiente: que todos los testigos reconocen expresamente que hacia virtualmente horas extras; que de los recibos surge claramente que arbitrariamente no se liquidó horas extras desde febrero a julio de 2007 y a partir de agosto de 2007 y hasta octubre de 2008 se pagaron siempre horas extras pero por menos de las devengadas; que cualquier persona que viaje en avión en la Argentina sabe que habitualmente los vuelos operan desde el aeropuerto de Trelew y llegan (frase inconclusa); que un testigo de la demandada (Sr. P.) afirma que el horario que cumplía al igual que el resto de sus compañeros, era cortado, por ejemplo 3 horas la mañana y 5 a la tarde y que durante los meses de noviembre, diciembre y enero de cada año, se atendía 6 vuelos diarios y menos cantidad el resto del año. De ello, expone que teniendo en cuenta las declaraciones de P. y suponiendo que viajaba desde su casa hasta el aeropuerto (5 kms. de ida y 5 kms. de vuelta) y que luego cortara su jornada 8 horas volviera a su casa y permaneciera allí o en el depósito de la demandada hasta que se le avisara que estaba por arribar otro avión, se arriba –asegura- a las siguientes conclusiones: 1) que pese a estar a disposición de la empleadora durante mucho más que 8 horas diarias, permanecía a disposición de la empresa a punto tal que de ser convocado ante un próximo arribo de un avión en breves minutos debía estar en el aeropuerto de Trelew, conduciendo la camioneta de la empresa, la cual debía además estar llena de alimentos para los viajeros. 2) La demandada le pagó, en menos, las horas que trabajó en el aeropuerto pero las que reclama, las cuales realizó viajando al aeropuerto en la camioneta de la empresa trabajando de conductor, trabajando en el mismo aeropuerto y/o en el depósito que Aerolíneas Argentinas les prestaba en el aeropuerto y/o el depósito que la demandada poseía en Trelew. Bajo nota, agrega que consideró que cuando la demandada le liquidó las horas extras y se las pagó, lo hizo en base a una cantidad aproximada de 19 horas extras por mes, pero las liquidó al 50% cuando lo correcto es que lo hiciera al 100%, y, además, pagó de menos las que liquidó al 50%. Por ello, expone, que si se le pago a razón de 19 horas por mes desde febrero

de 2007 a julio de 2007 y desde agosto de 2007 a mayo de 2008, reclama la misma cantidad de horas extras que figuran en los recibos de haberes pero a valores correctos con el 100% de recargo. En síntesis precisa que afirma que trabajó 27 días por mes y durante 8 horas 42 minutos por día, lo que estima es prudente, quedando demostrado con las características de la prestación laboral que cumplía.---------- En relación a las horas nocturnas, sostiene que el a quo hizo lugar a su reclamo pero erróneamente condena a la demandada a pagar el plus de 7 minutos de recargo por hora nocturna cuando lo correcto es 8 minutos por hora.---------- Finalmente, al saldo derivado de las vacaciones y el S.A.C., expone que si se hace lugar en esta segunda instancia a todos los rubros que reclama se deberá ajustar el saldo que se le adeuda por tales conceptos desde el 01/02/07 al 31/05/08.---------- II.- En los límites determinados por los agravios reseñados ingresaré a su tratamiento siguiendo para ello el mismo orden con el que fueran estos expuestos por el recurrente.---------- 1) **Asignaciones no remunerativas:** Básicamente se cuestiona que se hubiere omitido realizar consideración alguna en el pronunciamiento apelado respecto a la procedencia del rubro del epígrafe, el que fuera incluido efectivamente en la liquidación practicada en el anexo I adjunto con el escrito de demanda (vide: fs. 2).---------- Al respecto diré en primer lugar que de la lectura del escrito de demanda no se advierte la más mínima precisión o puntualización del concepto de marras reclamándose únicamente el crédito resultante de denunciadas diferencias de haberes que arroja la liquidación a partir de computar categorías de revista distintas a la que se afirma haber desempeñado desde el comienzo de la relación el Sr. H. (esto es, como chofer y no como peón general durante el período comprendido en el reclamo).------- Y respecto al tópico el juzgador del anterior grado expuso: *"...se afirma en demanda que el salario básico era inferior al que le correspondía pues se lo encuadró en una categoría de revista menor a la que le correspondía, ello por el período comprendido entre febrero y junio de 2007..."*; y, en lo pertinente al punto indicó, *"...se demostró que desde el momento del ingreso el actor cumplió las funciones de chofer, tal como fuera afirmado en demanda, pues así lo dicen los testigos que aquí deponen...por esta razón entiendo se le adeudan al mismo las diferencias salariales entre lo abonado y lo que le correspondía por los trabajos de chofer realizados entre los meses de febrero, mejor dicho desde el ingreso y hasta el mes de junio de 2007 inclusive."*(sic); añadiendo más adelante al adentrarse al cálculo respectivo que *"En consideración que los salarios tomados por el actor para el período de marras resultan correctos y concordantes con los publicados en Errepar on line y que en ese lapso no se reclamó el pago de horas suplementarias, es que tomaré como válidos los importes consignados en la liquidación practicada a fs. 2."* (sic)(ver: los considerando de fs. 193; y, de fs. 194 y vta.).---------- Esto es, así como corresponde entender que en el anexo referido el propio actor incluyó en su pretensión

de reconocimiento de las diferencias salariales, al rubro “asignaciones no remuneratorias”, anexo éste donde liquidara todos los créditos que denunciara como devengados a su favor, también cabe considerar que lo hizo el juzgador al aludir, de modo global, a la comparación de los importes liquidados por el actor en dicho anexo adjunto a su demanda con los que informa la base de datos que citara.---------- Es decir, estimo que no se ha omitido la consideración que ahora se pide que se supla por este tribunal de alzada desde que la aceptación de los importes liquidados, comprensivos de las sumas que integran las asignaciones no remunerativas de mentas, coronan de modo indudable a su admisión. De allí que tal petición, que podría haber tenido andamiento en los términos previstos por el art. 278 del C.P.C.C. (actual art. 281 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A) en la especie no procede toda vez que, reitero, tal omisión no aconteció como erróneamente se postula.---------- En suma, entonces, propondré al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto.---------- 2) **Derecho y cantidad de horas extras:** Reclama el recurrente que se le reconozcan las horas suplementarias que reclamara en demanda respecto al período febrero/junio de 2007.---------- Pues bien, el juzgador a quo expresó en relación a esta pretensión lo siguiente: *“...En efecto, las horas extras peticionadas no podrán prosperar pues no acreditó el reclamante haberlas efectivamente trabajado en la cantidad y extensión que en demanda afirma...”* (sic) (ver: considerando de fs. 193).---------- Pues bien, en contra de tal aserto del sentenciante, el que luego de inmediato fue motivado en el mérito que efectúa de los elementos de prueba aportados, en especial de la testimonial producida, no mereció de parte del ahora impugnante una concreta y razonada crítica.---------- Ello así, toda vez que de la lectura del informe producido por el actor apelante en sustento del recurso impetrado ni siquiera puede llegarse a entender en qué apoya su supuesta crítica a tal valoración, merced a que en relación al punto expresó que *“...todos los testigo reconocen expresa y llanamente que el actor **hacia virtualmente** horas extras...”* (sic) (ver: escrito de agravios –fs. 201 vta.-) (los destacado en negritas me pertenece). El énfasis que intento poner en el párrafo destacado responde a la pregunta que de inmediato surge de la manera en que se formula tal afirmación valorativa que el término “virtualmente” integra. Esto es, me pregunto cómo es que se cumplen “virtualmente” las horas suplementarias postuladas. Y francamente no encuentro factible respuesta válida alguna a tal interrogación. Es que si se atiende al significado de la palabra “virtual” en sus tres acepciones no puede más que arribarse a otra posible conclusión (conf.: www.rae.es). ---------- Es decir, a la afirmación valorativa del juzgador consistente en que no se acreditó la prestación “efectiva” de tareas en horas suplementarias, no cabe reconocerle contenido crítico alguno a la afirmación de que se

cumplieron de manera “virtual” debiéndose desestimar sin más al pretenso agravio.---------- Cabe añadir a ello que el Sr. Juez a quo, bien o mal, pero inatacadamente, expuso que los testimonios prestados por los Sres. P.; B.; R.; y, R. (fs. 139; 162; 163 y 164) *“...no aportan datos concretos en punto al mentado trabajo en horas extraordinarias que se invoca en demanda...”*(sic) (ver: considerando de fs. 193 vta.), destacando los dichos de P. por las precisiones que efectuara en su declaración.---------- Antepone el recurrente a dicha ponderación de los testimonios prestados en autos el argumento novedoso de que pese a estar a disposición de la empleadora durante más de ocho horas diarias, permanecía a disposición de la empresa debiendo realizar viajes al aeropuerto en la camioneta de la empresa como conductor 5 kmts. de ida y de vuelta.---------- Pues, tal postulación pretendidamente impugnaticia deviene en inaudible no solo por ser “novedosa”, de suerte tal que no supera el valladar previsto por el art. 271 y 277 del C.P.C.C. (actuales arts. 274 y 280 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A), sino también por cuanto no responde al argumento sentencial que concretamente fuera expuesto por el juzgador del anterior grado en el sentido que *“...el propio demandante en su absolución de posiciones admite que existía un sistema computarizado para informarse sobre el arribo de las aeronaves, aunque dice que el mismo fue provisto al final de la relación laboral...ha quedado acreditado que H. sólo se desplazaba hasta el aeropuerto momentos previos al efectivo arribo del vuelo...”* (sic) (ver: considerando de fs. 193 vta. y 194).---------- Añadido a ello, apunto de mi cuño que el convenio de aplicación a la actividad (C.C.T. 401/05) prevé explícitamente en su art. 21º, en vías de atender especialmente los aspectos que hacen a la variación y picos de demanda de servicio y/o estacionalidad de los requerimientos del mismo, las distintas modalidades de fijación de la jornada laboral entre las cuales se encuentra la posibilidad de fijar una jornada promedio mensual en los términos previstos por el art. 198 de la L.C.T. (según texto reformado por art. 25 de la ley 24.013). En tal dirección, es claro que el objetivo principal de esta excepción convencional al régimen general de la jornada laboral es permitir una mejor distribución de las horas de labor de acuerdo a las características de la actividad y, eventualmente, extender la jornada diaria o semanal de trabajo sin abonar recargos por horas suplementarias, pero, para lograr este objetivo, el promedio de las horas efectivamente trabajadas dentro del período pactado tiene que resultar inexorablemente, igual o inferior a dichos topes legales.---------- En tal marco, destaco que el actor no adujo al momento de la traba de la litis que se desempeñara en exceso del tope máximo al que debía responder la jornada promedio de 8 horas diarias con cumplimiento discontinuo -“horario cortado” en palabras de recurrente-, a la cual alude reiteradas veces, y lo que es más trascendente, tampoco acreditó como lo afirma correctamente el juzgador del anterior grado, haber

desempeñado tareas en horario suplementario a dicho tope máximo legal.----------
--- Por lo demás, todas las inferencias que realiza el apelante basadas en aquello que la patronal le abonó en concepto de horas extras en el período agosto/07 a mayo/08, para concluir postulando que reclama por el lapso anterior comprendido entre los meses de febrero a julio/07, la misma cantidad de horas, pero al 100% de recargo, a más de inmotivado resulta francamente inaudible.----------
--- Finalmente, por si ello no alcanzara para rechazar el deficiente agravio bajo examen, corresponde destacar que el Sr. Juez a quo precisó que el actor en su demanda no reclamó por el lapso comprendido entre el febrero y julio de 2007 el pago de horas suplementarias ni tampoco, añado, lo hizo al practicar la liquidación obrante en el anexo adjunto a la misma (fs. 2), deviniendo firme tal porción del fallo toda vez que no mereció la más mínima crítica.----------
--- En suma, entonces, propiciaré al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto.----------
--- 3) **Horas nocturnas:** El presente agravio centra en cuestionar que se hubiera admitido el reclamo del pago por trabajo en horario nocturno solo por 7 minutos y no por 8 minutos como lo contempla el art. 200 de la L.C.T..----------
--- Primeramente destacaré que cuando se alternan horas nocturnas con diurnas, existen dos alternativas posibles: a) cada hora nocturna se computa como una hora y ocho minutos, a los efectos de dar por finalizado el horario máximo, antes de las 8 horas que sería el límite de la jornada diurna, o b) los ocho minutos de exceso por cada jornada nocturna de trabajo se paga como tiempo suplementario, de acuerdo a lo previsto por el art. 201 de la L.C.T.. De allí, que no obstante no haber sido materia de cuestionamiento y por ende, en tal porción el fallo se encuentra consentido y firme, no coincido con el argumento esgrimido por el juzgador para admitir el rubro bajo análisis en cuanto sostuvo en contra del posicionamiento de la patronal que se hubo de haber abonado el recargo legalmente establecido por las tareas cumplidas con posterioridad a las 21 hs., lo siguiente: *“...del cotejo de los recibos de haberes reservados en caja de seguridad no puede concluirse que así haya sido, se le reconoció si el pago de horas extras pero no el plus de 7 minutos establecido por la ley...”*(ver: considerando de fs. 194 “in fine”). Es que, si se tuvo por verificado el pago de horas suplementarias por el desempeño de tareas en horario nocturno no puede colegirse de continuo que no se pagó el plus por nocturnidad.----------
--- De otro lado, añado solo a mayor abundamiento que si la suma de las horas diurnas y nocturnas, éstas computadas a razón de 1 hora y 8 minutos, no exceden los topes máximos de la jornada legal –según la modalidad de jornada promedio semanal o mensual que convencionalmente es admitida para la actividad- no hubiera siquiera correspondido pago de adicional alguno.----------
--- Sin embargo, y sin perjuicio de tales disquisiciones encuentro razón al apelante en cuanto que corresponde efectivamente el recargo equivalente a 8 minutos por hora

nocturna desempeñada y no como lo fijara el fallo en esta porción del reclamo actoral, en lo que en verdad creo que se debe a un mero error taquigráfico, con un recargo a razón de 7 minutos suplementarios. Ahora bien, observando los montos liquidados por el actor por el susodicho recargo por nocturnidad (ver: columna 9na., del Anexo de fs. 2) coinciden en la suma de $ 378,22, pone en evidencia lo que especulara precedentemente, esto es, que solo se trató de un error de pluma consignándose 7 minutos cuando correspondía en verdad el número 8.----------

--- La circunstancia apuntada resta de concreto y real interés que pudiera dar materia de agravio al apelante por lo que también propiciaré su desestimación. Así lo voto.-------

--- 4) **Saldo vacaciones y S.A.C.:** En cuanto se supedita el presente agravio a las resultas de los agravios tratados precedentemente, en virtud al resultado global arrojado luego de su tratamiento, el mismo deviene en vacío de contenido.----------

--- III.- Conclusión:----------

--- Por todo lo expuesto, concluiré proponiendo al acuerdo la confirmación del fallo venido en apelación en todo lo que fuera materia de agravio.----------

--- Desestimados los cinco agravios formulados por el actor, corresponde imponer las costas devengadas en la alzada a dicha parte recurrente en atención al principio objetivo del vencimiento (Conf. Arts. 68 y 279 del C.P.C.C., actuales arts. 69 y 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A).----------

--- Los honorarios del Dr. R. J . C ., letrado apoderado del actor, por sus tareas de segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos en la suma equivalente al 4,9% del monto de condena, con más el I.V.A. pertinente (Conf. Arts. 6 y 14 de la Ley 2.200; actuales arts. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4).----------

Finalizo el tratamiento de esta cuestión expidiéndome en ella POR LA AFIRMATIVA.----

**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 196 vta., que fuera concedido a fs. 197, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 192/196 que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por D . A. H. y condenó a S. G. S.R.L. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $11.943,38.- con más sus intereses, en concepto de diferencias salariales, recargo horas nocturnas, diferencias en las indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, con más los incrementos previstos por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, y asimismo dispuso en igual plazo el depósito del certificado de trabajo contemplado por el art. 80 de la L.C.T., bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias y la multa del art. 45 de la ley 25.345, con imposición de costas a la demandada por el monto de condena y a la actora por la porción del reclamo desestimado.----------

--- La expresión de agravios luce a fs. 201/202 y vta., el traslado conferido a fs. 203 no fue evacuado por su contraria, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue

desarrollada por el Dr. Lucero, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

--- 2. Sostiene el apelante que el a quo nada dijo del rubro asignaciones no remunerativas por lo que solicita se considere el derecho que tiene a percibir las mismas. ----------

----Adelanto que no le asiste razón en el planteo ya que ese rubro se encuentra incluido en las diferencias salariales que fueron acogidas.----------

----En efecto, el fallo en crisis precisó a fs. 194 que ***se le adeudan al mismo las diferencias salariales entre lo abonado y lo que le correspondía por los trabajos de chofer realizados entre los meses de febrero, mejor dicho desde el ingreso y hasta el mes de julio de 2007 inclusive***. ----------

---- Y con relación a ese lapso el juzgador condenó al pago de $3.167,65.- en concepto de diferencias salariales que incluye los importes consignados en la columna del rubro asignaciones no remunerativas de la planilla de fs. 2 cuyos parciales ascienden a $132,30.-, $188,53.-, $188,53.-, 188,53.-, $188,53.-, y $455,52.-, para los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, y julio de 2007.----------

----En efecto, si se toman los montos que lucen como saldo adeudado por ese período en la citada planilla de $934,07.-, $189,19.-, $392,57.-, $239,60.-, $457,99.-, $273,01.-, y $681,22.-, se puede verificar que la sumatoria de los mismos arroja $3.167,65.- que es el monto de condena por el referido rubro. ----------

----Así, en la medida que progresa la pretensión para el lapso febrero a julio de 2007 se observa que las asignaciones no remunerativas (columna octava) están comprendidas dentro del saldo adeudado (columna doce), por lo que no existe la omisión del rubro como erróneamente afirma el apelante y ello conduce a desestimar el agravio. ----------

----3. Tocante al agravio vertido en cuanto al derecho y cantidad de horas extras existe dificultad para seguir el razonamiento del recurrente pues no hay correlación entre el último y el primer párrafo de fs. 201 y 201 vta., respectivamente. Lo mismo ocurre si se coteja fs. 201 vta. y 202, y 202 y 202 vta.----------

----Sin perjuicio de ello, cabe considerar que la parte manifiesta que la demandada no liquidó una sola (hora) extra desde febrero a julio de 2007 (fs. 201 vta., primer párrafo) por lo que la referencia aún incompleta de fs. 202 vta., también primer párrafo, comprende dos períodos, uno de febrero de 2007 a julio de 2007, y el otro desde agosto de 2007 a mayo 2008.----------

----En tal sentido, el Sr. Juez de la anterior instancia a fs. 194 vta., párrafos tercero y cuarto, precisó que ***por el período febrero/julio de 2007*** ... ***en ese lapso no se reclamó el pago de horas suplementarias*** ... ----------

----Ese porción del fallo no mereció crítica alguna por el apelante por lo que no hay agravio que atender.----------

----Por lo demás, de la compulsa de la planilla de fs. 2 puede observarse que en la

columna referida a horas suplementarias no se consignan importes para los meses de febrero a julio de 2007. Tampoco se efectúa mención alguna para ese lapso en el escrito de demanda que luce a fs. 3/6 y vta. Es más, el monto reclamado (p. II. a., fs. 3) se ajusta a los importes consignados en la citada planilla, y en el reclamo vinculado a la jornada de trabajo (p. III.1.2., fs. 3 vta./4) no se hace referencia alguna al citado período.----------

--- En consecuencia, desde que el actor no formuló en demanda reclamo por horas suplementarias para los meses de febrero a julio de 2007, conforme lo previsto por el art. 165, inciso 6º, de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, de aplicación por remisión del el art. 166 del citado ordenamiento (arts.163 y 164 del C.P.C.C.), no corresponde pronunciarse sobre un rubro que fue introducido tardíamente en esta instancia. ----------

----A su vez, desde otra perspectiva cabe señalar que la queja en materia de horas extras, cualquiera sea el período que se tome, alude a que “todos los testigos reconocen expresa y llanamente que el actor hacía virtualmente horas extras” (ver fs. 201 vta., p. 3). (el subrayado me pertenece). ----------

----Al respecto, virtual en sus tres acepciones significa que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente (1); implícito, tácito (2); y que tiene existencia aparente y no real (3) (“Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001, h/z, pág. 2306). ----------

----Además, frecuentemente se utiliza esa palabra en oposición a efectivo o real. ---------

----De tal modo, carece de todo contenido critico tal manifestación pues no se alcanza a comprender como las horas extras pueden ser cumplidas “virtualmente”. ----------

----Asimismo, la referencia al material probatorio se efectúa de modo genérico al aludir a todos los testigos sin dar precisión alguna respecto a cada uno de los testimonios, por lo que no hay agravio que atender. ----------

----Las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones son insuficientes por sí solas para sustentar el agravio. El mismo déficit se ofrece si sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas sobre la prueba, sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por el juzgador (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, pág. 355 y cita de fallos).----------

----En este último aspecto, el sentenciante a fs. 193 y vta. señaló que ***los testigos que aquí deponen –J. D. P.; P. S. B.; D. V. R. y N. G. R., fs. 139; 162; 163 y 164- no aportan datos concretos en punto al mencionado trabajo en horas extraordinarias que se invocan en demanda; por el contrario el testigo P., quien también trabaja en la empresa dice que H. tenía un total de ocho horas, que esa era la jornada cumplida, que el horario no era corrido dependiendo de la llegada de los aviones***... ----------

------En ese contexto, es evidente que las manifestaciones del recurrente sólo denotan su

particular punto de vista al desarrollar en forma paralela un análisis propio para arribar a una personal conclusión, sin hacerse cargo de las razones brindadas por el sentenciante.----------

---- Y, si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto (Morello, Sosa, y Berizonce, obra y tomo citado, pág. 371, y cita de pronunciamientos). ----------

----A ello cabe agregar que el quejoso introduce en esta instancia el argumento de que el trabajador estaba a disposición de la empleadora mucho más que ocho horas, para lo cual destaca que viajaba desde su casa hasta el aeropuerto (mínimo de 5 km. de ida y 5 km. de vuelta) y que luego cortara su jornada de 8 horas, volviera a su casa y permaneciera allí o en el depósito de la demandada hasta que se les avisara que estaba por arribar otro avión. ----------

----Esto es, Dicha cuestión no fue propuesta en la anterior instancia lo que así resulta de la lectura del escrito de inicio (ver en especial p. III.1.1. y 1.2., fs. 3 vta./4).----------

----De tal modo, la falta de alegación oportuna en la anterior instancia impide ingresar a la queja como consecuencia del alcance previsto para la sentencia de segunda instancia en la última parte del art. 274, Ley XIII Nº 5, Anexo A (art. 271 del C.P.C.C.) (“… en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios.”) y prohibición impuesta por el art. 280 del citado ordenamiento (art. 277 del C.P.C.C.) (“El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia.”). ----------

----Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 60, págs. 165/166).----------

----En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177). ----------

----Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357). ----------

----En consecuencia, por tratarse de capítulo no propuesto a la decisión del juez de primera instancia esta Alzada no puede ingresar a su tratamiento (art. 280, Ley XIII Nº 5, Anexo A; art. 277 del C.P.C.C.).----------

----Asimismo, cabe precisar que corresponde al juez brindar la calificación jurídica correspondiente a la pretensión deducida con independencia del encuadre que hubieran efectuado las partes. ----------

----El *iura novit curia* consiste en que los jueces letrados aplican el derecho que se adapta a las peticiones efectuadas por las partes, aunque éstas denominen o califiquen mal el derecho y se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez a quien corresponde calificar la esencia del pleito y aplicar la norma jurídica pertinente. Con arreglo a tales pautas, la calificación de la acción y la determinación de la norma o derecho aplicable es materia reservada al juez -*iura novit curia*-, quien puede y debe corregir cualquier error de las partes en punto a esta calificación o aplicar un precepto distinto al invocado. Conforme a la regla “iura novit curia” los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Surge así como misión que alcanza el nivel de deber, la de aplicar el derecho objetivo con independencia del invocado por las partes. Es decir, que si el tema planteado remite a consideraciones de orden jurídico inherentes al derecho vigente, su aplicación es deber irrenunciable de los jueces, careciendo de efectos vinculatorios la fundamentación jurídica argüida por los justiciables (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1984 y 1986, T. II-A, págs. 613/614, y T. II-C, págs. 73/74, y citas de pronunciamientos, respectivamente).----------

----Con ese alcance, debe considerarse también que el art. 21 del C.C.T. 401/05 establece que, a fin de organizar los tiempos de trabajo atendiendo especialmente a los aspectos que hacen a la variación y picos de demanda de servicios y/o estacionalidad de los requerimientos de los mismos, discontinuidad de los ciclos y fundamentalmente a la optimización en la utilización de las horas efectivamente trabajadas y de la totalidad de los recursos disponibles, la posibilidad de establecer jornadas y tiempos de trabajo con arreglo a las distintas modalidades y extensión prevista en la normativa legal, pudiendo ser de fijación mensual promediada, en los términos previstos por el art. 198 de la L.C.T. ----------

----Se advierte que de esta forma se tiende a optimizar los recursos para así permitir

que las horas efectivamente trabajadas se distribuyan conforme a los tiempos de trabajo que resulten acordes con las características de la actividad, de modo tal que se cumplan jornadas sin tener que abonar recargos por horas extras, en tanto que el promedio mensual de las mismas no exceda el tope legal. ----------

----En ese encuadre, el actor en demanda no alegó que cumpliera tareas en exceso del tope máximo en función de una jornada diaria promedio de ocho horas en correlato con la fijación mensualmente promediada (art. 21 del C.C.T. 401/05) con un horario cortado (discontinuo) como refiere en forma reiterada, como tampoco acreditó como bien lo precisara el juzgador que cumpliera tareas en horario suplementario respecto de ese tope legal máximo. ----------

----Finalmente, no atenderé a la postulación que efectúa con relación a horas extras cumplidas entre febrero y julio de 2007 en base a los montos abonados por ese concepto a partir de agosto de 2007 hasta mayo de 2008 pues se trata de una mera inferencia, insuficiente como tal para sustentar por si sólo un agravio, y por cuanto como ya se precisara ese lapso no fue objeto de reclamo en demanda. ----------

----Por tales razones se desestima la queja. ----------

----4. Sostiene el recurrente que se hizo lugar al reclamo por horas nocturnas pero se condenó a pagar erróneamente el plus de siete minutos cuando lo correcto son ocho minutos. ----------

----Adelanto que a pesar del error existente no hay agravio que atender pues en definitiva se condenó a pagar la suma de $378,22.-, cifra que coincide con el importe reclamado.----------

----En efecto, el recargo por horas nocturnas comprende los montos de $55,58.-, $52,65.-, $61,43.-, $55,58.-, $40,95.-, $64,35.-, $33,01.-, y $14,67.-, conforme columna novena de la planilla de fs. 2, y la sumatoria de esos parciales arroja $378,22.-, importe de condena que así resulta de los cálculos de fs. 195 (“... 2) Recargo horas nocturnas $378,22 ...”).----------

----De tal modo, aun cuando existe un error al indicarse a fs. 194 que el plus es de 7 minutos en lugar de 8 minutos (art. 200 L.C.T.) no existe perjuicio que tutelar y por ende no hay interés del apelante pues el reclamo fue atendido por el monto total requerido.---

----El interés es un presupuesto necesario para actuar ante la justicia; por lo tanto, debe existir interés que justifique el ejercicio del derecho de acción en un caso concreto; debe haberlo para realizar cualquier acto procesal y para impugnar una decisión mediante un recurso, y específicamente, mediante el recurso de apelación. El interés que justifica la apelación surge del *agravio o gravamen* que la resolución recurrida ocasiona a la parte recurrente. El *agravio* es el perjuicio que la resolución causa al recurrente; y la existencia de este agravio y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación es lo que determina el *interés* del apelante en este recurso. El recurso en el solo *interés de la ley* no se da en el derecho argentino; el tribunal no es academia ni órgano de consulta, dice Ibañez Frocham. Por tal motivo, la jurisprudencia se ha

negado siempre en nuestro país a admitir recursos que lleven a los tribunales a formular declaraciones puramente abstractas (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 67/69, págs. 195/196, y 200, respectivamente).----------

----Tales consideraciones hacen inaudible el agravio.----------

----5. Desde que el último agravio (saldo vacaciones y sac) quedó sujeto a que prosperaran los formulados con anterioridad, su rechazo dejó sin contenido al mismo, por lo que nada corresponde señalar.----------

----6. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la parte apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69, Ley XIII Nº 5, Anexo A; art. 68 del C.P.C.C.).----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente los honorarios que propicia regular el Dr. Lucero a favor del letrado apoderado del actor, en la suma porcentual equivalente al 4,9% del monto por el que prospera la demanda a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 13, y 46, Ley XIII Nº 4; arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente.----------

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia al actor apelante vencido en ella. 3) REGULAR los honorarios del Dr. R. J. C., por sus tareas de alzada, en la suma respectiva equivalente al 4,9% del monto de condena, con más el I.V.A. pertinente.---------- ASI LO VOTO.---------- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo voto. ----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

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

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia al actor apelante vencido en ella. ----------

----REGULAR los honorarios del Dr. R. J. C., por sus tareas de alzada, en la suma respectiva equivalente al 4,9% del monto de condena, con más el I.V.A. pertinente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDL – CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA