000638/2009

----En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P. M. C. c/ C. s/ Cobro de Pesos Laboral Ficha 9364” (Expte. 638 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 376.---------- ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada a fs. 344, por su letrado a fs. 345 y por la actora a fs. 348, en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 335/339 vta., por el cual se rechaza en lo principal la demanda promovida por M. C. P. contra C. A. D. P. S.A., condenando a ésta a que abone a aquélla, dentro del plazo de cinco días, la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia conforme lo decidido en los dos últimos apartados del considerando II, previo los descuentos legales, imponiendo las costas en un 75% a la actora y en un 25% a la demandada.-----

----A fs. 346 y 349 se conceden los recursos. A fs. 351/358 obra el recurso de apelación de la actora, a fs. 359/360 el del letrado de la accionada, a fs. 361/363 vta. el de esta última, y a fs. 365/367 la contestación de la misma, única parte que respondió los pertinentes traslados.----------

----I.- Comenzaré por reseñar los agravios de las partes, para luego aludir brevemente a la contestación de los mismos por la demandada.----------

----1) La actora comienza su memorial, realizando una reseña de los antecedentes de la causa, y resumiendo lo decidido en la sentencia. El primer agravio lo focaliza en el rechazo parcial de las horas extras en cuanto al tiempo de traslado desde Puerto Madryn hasta el puerto de Rawson, el cual de ida y vuelta lleva unas tres horas diarias. Señala que si bien es cierto que nuestro sistema legal adopta el criterio “nominal time” respecto a la jornada de trabajo, se agravia ya que se omitió tratar la cuestión del ejercicio abusivo del “ius variandi” introducido en el escrito de demanda. Recuerda, al efecto, que comenzó el contrato trabajando en Puerto Madryn, donde reside, y ocho meses después la empleadora decidió que la prestación de tareas se continúe en la planta de la firma A. en la ciudad de Rawson. Si bien reconoce que admitió esta modificación, indica que ello no puede invalidar el abordaje del ejercicio irrazonable del “ius variandi”. Apunta que la jueza no consideró que la demandada aumentó la jornada laboral y tampoco tuvo en cuenta que en época de zafra de langostino concluía la jornada pasada la medianoche y quedaba sin transporte público. Agrega que se valoraron los testimonios para acreditar las horas extras en época de zafra de dicho

recurso pero no para valorar el ejercicio abusivo del “ius variandi”. Señala que el cambio de condiciones de trabajo la ha afectado material y moralmente , por lo que se ha alterado el principio de indemnidad del interés del trabajador. Efectúa consideraciones acerca de la modificación de las condiciones estructurales de trabajo. En cuanto a la posible argumentación de que su parte consintió el cambio, señala que debe considerarse que dicha conducta es consecuencia de la necesidad en la que se encuentra el trabajador, debiéndose tener en cuenta lo dispuesto por el art. 66 de la LCT. Cita doctrina al efecto con relación a la posibilidad de acatar la modificación y reclamar daños y perjuicios, así como a la excepción del art. 66 de la LCT en cuanto a que el tiempo de traslado al lugar de trabajo no debe considerarse como incluido en la jornada de trabajo.- ----------

----Como segunda queja plantea que reclamó diferencias salariales en virtud de que la categoría desempeñada era la de encargada del área de control de calidad-técnica en control de calidad, lo que corresponde a la categoría 6 del CCT/04, correspondiendo un salario básico de $ 1.800 más adicionales. No obstante ello la juzgadora, al sentenciar ubicó a la actora en la categoría 2, con montos sustancialmente inferiores, habiéndose basado asimismo en un informe del sindicato incompleto. Como consecuencia de ello solicita que se haga lugar a las diferencias salariales y por ende se reformulen los rubros en los que el salario tenga incidencia como consecuencia del despido directo y sobre los rubros adeudados al tiempo del mismo: sac, vacaciones y básico convencional respecto al valor hora para calcular las horas extras.- ----------

----En tercer lugar se queja de que se rechazara la multa prevista por el art. 132 bis de la LCT en base al informe pericial de fs. 175. Señala que la sentenciante omite mencionar el informe emanado de la AFIP, posterior a la experticia y que contradice la misma, ya que se informa que dentro del período diciembre/03 a junio/06 existen dos meses -agosto y noviembre de 2005- por los cuales la empleadora no efectuó los aportes correspondientes. Añade que el desfasaje denunciado por la accionada es más que prolongado dado que la fecha del informe es el 13/08/07. Es así que, habiendo intimado antes de la promoción de la demanda, se encuentran configurados los requisitos para acoger la multa mencionada.- ----------

----Finalmente en cuarto lugar se agravia de que no se haya incluido el rubro horas extras al momento de la conformación de la mejor remuneración normal, mensual y habitual devengada, por lo que se deberá recalcular la base de la indemnización del art. 245 de la LCT. Es así que teniendo en cuenta la extensión de la jornada laboral por la modificación del lugar de trabajo, esta circunstancia transformó en habitual la realización de las horas extras, amén de que los períodos por los que se hizo lugar a las horas extras también revisten el carácter de habitualidad bajo el rubro “ajuste de horas”, ya que abarcó toda la época de zafra de langostino. Cita doctrina y efectúa la petición de estilo.----------

----2) El letrado apoderado de la demandada funda la apelación de honorarios (ver fs.

359/360) en razón de que se omitió establecer los mismos sobre el monto por el cual prosperó la demanda. Agrega que para el caso que se confirme la sentencia corresponderá determinar el emolumento respecto del monto por el cual en definitiva se condena. Deja planteada la cuestión federal.- ----------

----Por su parte la demandada expresa agravios (ver fs. 361/363 vta.), manifestando que en la sentencia se admiten a favor de la actora horas extras en el período 01/11 hasta el 15/02 en los años 2004 y 2005 a razón de 80 horas mensuales al 50% y 20 mensuales al 100%, efectuándose una valoración errónea de la prueba testimonial, amén de que la actora reconoció, al absolver posiciones, que las horas extras laboradas en los años 2005 y 2006 fueron cobradas. Asimismo entiende que se incurrió en “extra petita” por haberse incluido el período del año 2004, ya que la demanda se limitó a los dos años siguientes. Añade que el examen de los testimonios de C., C., R. y G., pone de manifiesto que no resultan conducentes por haber sido compañeros de trabajo en empresas distintas de la accionada. Alude a que C. hace referencia a un cambio de nombre de la empresa que no resulta acreditado, que algunas declaraciones resultan contradictorias con los hechos afirmados por las partes, no siendo por lo tanto aceptables. A ello agrega que no se tuvo en cuenta lo declarado por los testigos ofrecidos por su parte, cuando poseen fuerza probatoria y valor convictivo, por ser concordantes en relación a las circunstancias relativas al lugar de trabajo, su tarea y horario, de lo cual tuvieron conocimiento directo. Señala asimismo que la sentencia incurre en incongruencia por haberse excedido el contenido de la pretensión de la actora ya que no se reclamaron horas extras por el año 2004, no siendo el supuesto del art. 72 de la ley 69. Reitera que la actora, contradiciéndose con su demanda, reconoció, en la prueba confesional, que percibió horas extras por la “zafra” de los años 2005/2006. Concluye, indicando que por los motivos expuestos el decisorio recurrido violenta las garantías constitucionales que preservan la inviolabilidad del debido proceso, la defensa en juicio y la propiedad privada.- ----------

----3) Finalmente la accionada contesta el memorial de la actora a fs. 365/367. Respecto a lo manifestado al ejercicio abusivo del “ius variandi”, señala que la contraria incurre en autocontradicción por cuanto reconoce que aceptó cumplir tareas en la planta de Puerto Rawson y que ello no fue de manera permanente. Agrega que la contraria no reclamó compensación económica por el eventual tiempo que insumiría el traslado de la actora, sino que lo reclamado fue por horas extras y sobre ello se expidió la sentenciante. En cuanto a las horas extras cumplidas en períodos distintos a la zafra la sentencia no las acuerda.- ----------

----En lo que se refiere a la errónea aplicación de la escala salarial, manifiesta que en la expresión de agravios no pueden introducirse alegaciones que no fueron efectuadas oportunamente, debido a que en la demanda la actora adujo ser “encargada” y no “técnica” de control de calidad, por lo que su categoría era la Nº 3 de acuerdo al CCT 372/04, por lo que ninguna diferencia salarial le corresponde. En el tercer agravio se

refiere al rechazo de la multa prevista en el art. 132 bis de la LCT, inadvirtiendo la contraria que existe un informe de AFIP coincidente con lo determinado por la perito contadora. Finalmente aduce que no corresponde incluir las horas extras en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, ya que las mismas carecen de la condición de habitualidad por limitarse a la época de zafra.- ----------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, comenzaré el análisis de los agravios de acuerdo a la entidad de los mismos, examinándolos en forma conjunta en el caso que la conexidad entre los mismos lo requiera.----------

----1) En relación a las horas extras, ambas partes han expresado agravios. La queja de la actora al respecto se focaliza en que debe reconocérsele las mismas por el tiempo empleado para trasladarse desde Puerto Madryn hasta el puerto capitalino, aduciendo que existió un ejercicio abusivo del "ius variandi", cuestión soslayada en la sentencia. (ver fs. 352/354 vta., pto. IV). La sentenciante de grado razonó al respecto: *"No encuentro en cambio acreditadas las horas extras reclamadas fuera de los denominados períodos de zafra. Es que asiste razón a la demandada en cuanto a que el tiempo empleado en llegar desde Madryn a la planta de Rawson y viceversa no puede considerarse como trabajado, en tanto claro resulta que el trabajador no se encuentra a disposición del empleador"* (ver sentencia a fs. 337, pto. III). Le asiste razón a la actora en cuanto a que la juzgadora no examinó su argumento del ejercicio abusivo del "ius variandi" por parte de la demandada, el que fue introducido oportunamente en la demanda (ver fs. 58 vta., últimos párrafos). Ahora bien, la actora, como lo reconoce, admitió la modificación en cuanto al lugar de desempeño de las tareas desde agosto de 2004 hasta julio de 2005 (ver demanda a fs. 56 vta., primer párrafo), sin que efectuara ningún reclamo en su momento, efectuándolo ahora luego de la extinción del vínculo laboral ocurrida en junio de 2006.- ----------

----El art. 66 de la LCT, en su 2do. párrafo establece: *"Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que ésas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva".* Luego de la reforma de la ley 26088, frente al ejercicio abusivo por parte del empleador del "ius variandi"", el trabajador tiene las siguientes alternativas. En primer lugar el trabajador que considere que el cambio le es perjudicial, deberá manifestar su oposición ante el empleador y requerir se deje sin efecto el mismo, ya que esa conducta aparece como la indicada dentro del contenido propio del deber de buena fe, en forma previa a accionar judicialmente por el restablecimiento de las condiciones alteradas u optar por la resolución del contrato (conf. CNTrab., Sala I, 28/06/78, LT, XXVII-947). En consecuencia, una vez notificado del cambio, el trabajador

antes de ejercer las opciones del art. 66 de la LCT, deberá comunicar al empleador su oposición, indicando los perjuicios que le causa y solicitando que no efectivice el mismo (conf. Livellara, Carlos A. en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº II, págs. 778). Es así que si el empleador insiste en el cambio, el trabajador quedará habilitado para ejercer alguna de las opciones del art. 66 de la LCT. Si el trabajador opta por el pedido de restablecimiento de las condiciones alteradas, deberá notificarle al empleador que ejercerá tal acción y lo emplazará a que le mantenga las condiciones contractuales mientras se realiza el trámite judicial. La empresa debería aceptar suspender la medida hasta el fin del trámite, si en cambio, insiste en su cumplimiento, el trabajador podrá acudir a la “exceptio non adimpleti contractus” (art. 1201 del C. Civil) hasta lograr la medida judicial de no innovar. Si el trabajador acciona judicialmente por el restablecimiento de las condiciones alteradas, el trámite se substanciará por el proceso sumarísimo y el aspecto más trascendente de la reforma radica en que con la promoción de la acción sumarísima, puede pedir al tribunal que disponga no innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva. Es más, procede el mantenimiento de las condiciones anteriores hasta que recaiga sentencia definitiva, sin siquiera requerir la acreditación de la “verosimilitud del derecho” y del “peligro en la demora”; es decir, ante el solo pedido del trabajador, el juez deberá disponer sin más trámite la prohibición de innovar, en tanto no surja de la demanda que se trate de una modificación de carácter general (conf. Livellara, Carlos A., op. cit., ídem, págs. 778/779).- ----------

----Como se puede apreciar, nada de esto hizo la actora, ni siquiera manifestó su oposición al cambio y tampoco accionó judicialmente por el restablecimiento de las condiciones anteriores, dejando de lado por supuesto, que tampoco se colocó en situación de despido indirecto. La actora esgrime que ello no impide que efectúe el reclamo, citando autorizada doctrina. Es cierto que, de acuerdo a la cita que se efectúa, se ha considerado que es posible que el empleado, por diversas razones como la habitual vinculada con la necesidad de mantener el trabajo, acate una modificación de las condiciones de trabajo introducida unilateralmente por el empleador que implique un ejercicio abusivo del “ius variandi”. Y tal aceptación no impide el posterior reclamo, en caso de que se produzca un real perjuicio con la modificación, de los daños que la medida le genere, que podría ser un mayor gasto por traslados o una diferencia de remuneración por tener que cumplir una jornada más extensa (conf. Ackerman-Tosca: “Tratado de Derecho del Trabajo”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, Tº II, pág. 826, pto. 4). Al respecto habré de decir que más allá de la respetable opinión citada, no deja de ser una postura doctrinaria que no se deriva derechamente del texto del art. 66 de la LCT. Pero amén de ello la actora en el memorial subraya en la cita el supuesto de *una diferencia de remuneración por tener que cubrir una jornada más extensa* (ver fs. 354, 3er. párrafo), cuando en todo caso el traslado hasta Rawson no le implicó “per se” una

extensión de la jornada, sino a lo sumo mayores gastos de traslado, en cuyo caso el reclamo debería haber transitado por dicha vía y no por la de la petición de diferencias salariales por horas extras.- ----------

----Pero amén de lo hasta aquí expuesto, es cierto que en el ejercicio del “ius variandi” es necesario que no se violen o lesionen los intereses materiales o morales del empleado, su salud física o moral o valores de análoga jerarquía, lo que importa la consagración del principio de indemnidad del trabajador (conf. Livellara, op. cit., ídem, pág. 753), pero también debe recordarse que ante el consentimiento expreso o tácito del empleado ante el ejercicio del “ius variandi”, la jurisprudencia posterior a la vigencia de la LCT giró en la búsqueda de compatibilizar la plena aplicación del principio de irrenunciabilidad (art. 12 de la LCT) y la directiva que sobre el tema da el art. 58 de la LCT con la necesidad de dar seguridad jurídica a las relaciones laborales. Sobre el alcance de interpretación del art. 58 de la LCT la Corte Suprema presenta una evolución en su doctrina. En efecto en “Padín Capella” el máximo tribunal señaló que “el argumento de que medió novación objetiva de las cláusulas contractuales con apoyo en el silencio del trabajador por el lapso anterior a la prescripción, conduce a admitir la presunción de renuncia a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad que emana de los arts. 12, 58 y concordantes de la ley de contrato de trabajo. Ello no obsta la circunstancia de que el empleado haya esperado a la finalización de la relación laboral para efectuar su reclamo puesto que atento lo preceptuado por los arts. 256, 259 y 269 del mismo cuerpo legal, no estaba obligado a hacerlo hasta el agotamiento del plazo establecido en la citada normativa, máxime cuando el pago insuficiente de las obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas” (considerando 5 del fallo mencionado) (conf. CSJN, sent. del 12/03/87, TySS, 1987-790). Sin embargo, posteriormente, el mismo Tribunal analizó nuevamente el art. 58 de la LCT y al adecuar su postura anterior afirmó que: “Si bien es cierto que el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos, no menos lo es que tal principio cede a la exigencia de la seguridad jurídica, por una parte, en atención a las circunstancias relativas a las personas y, por otra, cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para entender que tal situación ha sido consentida. Por ello resulta arbitrario el pronunciamiento judicial que receptó el reclamo de diferencias salariales del actor afectado por un cambio de tareas, sin tener presente que en su calidad de profesional y alto directivo de la empresa, podía comprender los alcances de la decisión patronal y su posibilidad de resistirla, y no lo hizo cumpliendo las nuevas tareas sin formular cuestionamiento alguno” (conf. CSJN, 11/06/98, in re: “Zorzin Víctor R. c/ YPF S.A.”, TySS, 1998-974).- ----------

----En consecuencia de lo expuesto, y más ante el actual texto del art. 66 de la LCT, resulta inatendible que luego de más de un año de que se produjera el cambio temporal del lugar de trabajo, el que fue aceptado sin reserva alguna y sin que se hiciera ejercicio

de las dos opciones que la norma citada contiene, la actora alegue horas extras por el mayor tiempo insumido por el traslado, cuando repito, en todo caso, y en la mejor de las hipótesis favorable a su postura, a lo sumo podría haber reclamado mayores gastos por traslado. En consecuencia propongo la desestimación de este agravio.- ----------

----Relacionado con este mismo rubro, horas extras, se halla el primer agravio de la demandada. Dicha parte arguye básicamente dos razones para sustentar su queja: que la jueza incurrió en “extra petita” -y por ende en inconguencia-, y que valoró erróneamente la prueba. En cuanto al primero aduce que la actora sólo pidió horas extras por los años 2005 y 2006, mientras que en el decisorio se acogieron asimismo por el año 2004. Es sabido que la sentencia “extra petita” comporta decidir sobre lo que no está en el juicio -materia de debate-, conteniendo el fallo algo distinto a lo que fue objeto de la pretensión y de la oposición -“ne eat iudex extra petita partium”- (conf. CN. Civ., Sala D, 7/7/78, LL, 1979, v. A, p. 39). Está así vedado a los jueces apartarse de los términos de la relación procesal y decidir en forma distinta a la pedida por las partes, pronunciándose sobre cosas no planteadas en los escritos de demanda y contestación (conf. CN. Civ., Sala D, 10/8/71, JA, 1972, v. 13, p. 451; LL, v. 51, p. 652, 30.434-S).- ---

----La sentenciante de grado en realidad hizo lugar al reclamo de horas extras por los períodos de zafra -del 01/11 al 15/02- por los años 2004 y 2005 (ver sentencia a fs. 337, 2do. párrafo), cuando de la liquidación practicada en la demanda de este rubro para épocas de zafra, surge que no se especificó qué años comprendía, señalándose solamente que abarcaba dos períodos zafreros (ver fs. 59 “in fine”), por lo tanto no encuentro que la jueza haya incurrido en extra petita, ya que tomó dos períodos (2004 y 2005), lo cual fue consentido por la actora, por lo que postulo el rechazo de esta queja.-

----En cuanto al argumento de la valoración de la prueba, la accionada comienza por descalificar al testigo C. por cuanto refiere a que la accionada cambió de nombre cuando nada se probó al respecto (ver fs.361 vta., anteúltimo párrafo). Al examinar la declaración cuestionada (ver fs. 213/214), es cierto que el testigo adujo que la empresa cambió de nombre por A. S.A. (ver respuesta a las generales de la ley), sin embargo dicha respuesta resulta intrascendente en punto al rubro que aquí interesa -las horas extras-. Por lo demás bien pudo deberse a una confusión, atento a que la propia demandada señala que la actora sólo adujo haberse desempeñado en la planta subsidiaria denominada “A.”. Agrega la demandada recurrente que los testimonios valorados por la sentenciante son contradictorios con los hechos afirmados por las partes, indicando la declaración de la testigo R. quien afirma que la actora habría dicho que no percibía el pago de horas extras y C. que manifestó que en su caso y en el de la actora no la cobraban (ver fs. 362, 1er. párrafo). En primer lugar apunto que de la manera en que se argumentó en la expresión de agravios no percibo contradicción entre los testigos, ya que ambos hicieron referencia a que la actora no percibía las horas extras. Ahora bien, en cuanto a que se contradicen con la accionante porque reconoció dicho pago, debe considerarse que la misma en la demanda señaló que

percibió el rubro “ajuste horas”, solicitando que se descuente del total devengado (ver fs. 59, pto. 1, 2do. párrafo), y esto es lo que dijo la actora al absolver posiciones (ver fs. 206/vta., respuestas tercera y quinta), sin que quepa entender que la absolvente hizo referencia con ello a que nada se le adeudaba. Por lo demás debe recordarse que en la materia rige lo dispuesto por el art. 424, 1er. párrafo del CPCC , que en caso de duda dispone que la confesión debe interpretarse a favor del absolvente (conf. CN. Civ., Sala G, 31/7/80, ED, 90-573).- ----------

----En relación a otros testigos indica que refieren haber sido compañeros de trabajo de la actora en empresas distintas (ver fs. 361 vta., 2do. párrafo). La testigo C. (ver fs.211/212) menciona que trabajó con P. en las empresas B. y A. de Rawson (ver respuesta octava), y si bien la primera no es mencionada por la actora, sí lo es la segunda. En cuanto a C. (ver fs. 213/214), ya se hizo referencia a que la mención del cambio de nombre por A. bien pudo deberse a una confusión que en nada desmerece su declaración. Lo mismo cabe referir de R. (ver fs. 215/vta.), mientras que G. (ver fs. 216/vta.) hace referencia tanto a C. como a B A. y A. (respuestas a generales de la ley, undécima, duodécima y a primera repregunta).- ----------

----Respecto a los testigos ofrecidos por su parte, la demandada aduce que tanto G. como F. G. y H. son concordantes y su declaraciones poseen fuerza convictiva. La jueza razonó que tales testigos eran *“...todos personal administrativo dependientes de la oficina de personal administrativo con prestación de servicios en Puerto Madryn, que repiten dogmáticamente el horario denunciado al contestar demanda, sin dar estricta razón del conocimiento de sus dichos”* (ver sentencia a fs. 337, 1er. párrafo). Es decir que la jueza valoró negativamente que dichos testigos se desempeñaran en otra área que la actora, argumento al cual la apelante sólo refirió someramente a que, más allá del sector del personal en el cual trabajan, manifestaron ser empleados de la empresa (ver fs. 362 vta., 2do. párrafo “in fine”). Dicha referencia genérica, lejos de importar una crítica al desmerecimiento que la sentenciante efectuó de tales testimonios por la razón aludida, implica una mera discrepancia. Es que carece de contenido la expresión de agravios si contiene afirmaciones genéricas sobre las pruebas, sin precisar el yerro o desacierto en que incurrió el sentenciador en sus fundamentos o la referencia, también genérica, a prueba insuficiente o imprecisa (conf. CN. Civ., Sala C, 4/7/85, LL, 1986-A-184; íd., Sala D, 4/7/80, LL, 1980-D-412; íd., Sala G, 29/7/85, LL, 1986-A-288; entre otros); o si simplemente disiente o discrepa de la interpretación judicial, sin dar fundamento a la oposición (conf. CN. Civ., Sala A, 21/5/90, LL, 1992-A-269; íd., Sala B, 16/9/86, LL, 1987-D-631, 37.701-S; íd., íd., 16/10/79, ED, 86-450; entre otros). Es por ello que postulo la deserción parcial del recurso en este aspecto. A lo dicho hasta aquí habré de añadir que la accionada apelante aduce que los testigos de la actora también dieron como razón de sus dichos ser empleados de la empresa (ver fs. 362 vta., 2do. párrafo “in fine”), mas este argumento no se hace cargo de lo tenido en cuenta por la sentenciante en cuanto a que eran compañeros de trabajo de la actora y testigos

presenciales (ver fs. sentencia a fs. 336 vta., considerando II).- ----------

----En síntesis por los motivos expuestos, también habré de desechar el recurso planteado por la demandada.- ----------

----2) El segundo agravio de la actora se refiere a que la jueza efectuó una errónea aplicación de la escala salarial por cuanto su categoría es la de encargada del área de control de calidad-técnica en control de calidad, correspondiendo a la número 6 del CCT 372/04, mientras que la juzgadora consideró la número 2. En la sentencia se argumentó que *"...analizados los recibos obrantes en autos con las remuneraciones básicas informadas por el Sindicato a fs. 328 y sgtes. Y no observadas por las partes, resulta que para el mes de octubre de 2004 la demandada abonaba una remuneración básica de $ 1200 y el básico convencional ascendía a $ 645. El básico en cuestión por información que tengo a la vista se mantuvo hasta la época del conflicto en las pesqueras de mayo de 2005, oportunidad en que conforme el prorrateo que prevé el c.c.t. 372/04 quedó establecido en $ 1.097,41. Luego, a partir de junio de 2006 fue establecido en la suma de $ 1.173,90. Por su parte la demandada mantuvo el básico en $ 1200 hasta el mes de abril/05 en que lo estableció en $ 1260. En septiembre del mismo año lo estableció en $2.330 y en octubre y hasta la fecha del distracto en $ 2.450, con lo cual evidente resulta que no hay diferencias a favor de la actora que atender por este concepto, ni referidas específicamente al mes de octubre/04"* (ver sentencia a fs. 338, 2do. párrafo).----------

----Efectivamente la juzgadora consideró el básico de la categoría 2 -$ 645- (ver fs. 328). La actora, en la demanda, alegó haberse desempeñado como personal encargado del área de "control de calidad" (ver fs. 56, anteúltimo párrafo), considerando que la remuneración básica para su categoría era la de $ 1.800 con el adicional por zona del 20% (ver fs. 57, 3er. párrafo). Dicha remuneración se corresponde con la categoría 6 (ver fs. 328). Dicha categoría, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 12 del CCT 372/04 corresponde a "Técnicos de producción, mantenimiento, control de calidad", por lo tanto resulta claro que la categoría que alegara es la número 6. Es de destacar que al contestar demanda, la demandada no negó que ésa fuera la categoría, sino que sólo arguyó que en tal concepto abonó la suma de $ 2.450 con más el adicional por zona desfavorable (ver fs. 85, 2do. párrafo). En consecuencia de ello deviene tardío el argumento que esgrime en esta sede acerca de que la categoría que correspondía a la contraria era la nro. 3 (ver fs. 366, dos últimos párrafos). Es que la Cámara no puede conocer sino de las cuestiones planteadas previamente a la primera instancia, a consecuencia de obrar como controladora de las decisiones del juez recurrido (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 951). Queda así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación, o reconvención en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41; CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E, 20/11/81, LL, 1982-A-550; íd., Sala F,

1/12/81, LL, 1982-B-198; entre otros).- ----------

----Ahora bien, el monto alegado al contestar demanda fue abonado en el recibo de diciembre/05 (ver fs. 01), pero como se dice en la sentencia, en octubre/04 la demandada abonaba la suma de $ 1.200 como remuneración básica, en realidad durante todo ese año (ver fs. 04/15).- ----------

----En consecuencia le asiste razón a la actora recurrente, por lo que habrá de acogerse este agravio, haciéndose lugar a las diferencias salariales reclamadas en base a la discordancia entre lo abonado por la demandada y la remuneración correspondiente a la categoría 6 de acuerdo a lo informado por la entidad gremial, para lo cual deberá el perito contador efectuar el cálculo respectivo en la etapa de ejecución de sentencia, recalculando asimismo, en el caso de que existan diferencias por la incidencia de lo acogido, entre las sumas debidas y las efectivamente abonadas en concepto de los rubros por el despido directo, así como sac y vacaciones.- ----------

----3) Como tercer agravio la actora se queja de que se hubiera rechazado la multa prevista por el art. 132 bis de la LCT. Argumenta que la sentenciante omitió mencionar el informe mencionado por la AFIP que es de fecha posterior a la presentación del informe contable (ver fs. 357, 2do. párrafo). La “a quo” consideró que *“La respuesta que la perito contadora dio a las preguntas 6, 7 y 8 del cuestionario propuesto por la demanda (ver fs. 174/5), no observada por las partes, resulta elemento convictivo suficiente para tener por acreditado el ingreso a los entes recaudados de los aportes y contribuciones debidos respecto de la relación laboral habida, por lo que corresponde el rechazo del rubro”* (ver sentencia a fs. 338 vta., pto. VI, 2do. párrafo). El argumento vertido en la expresión de agravios no es veraz, por cuanto se aduce que la pericia contable es del 07/07/07, cuando la fecha del cargo del mismo es del 07/11/07 (ver fs. 175), por lo tanto el informe de la AFIP que cita en su apoyo es de fecha anterior a la pericia (ver fs. 128, 13/08/07). Sin perjuicio de ello como bien lo dice la demandada al contestar los agravios, la crítica obvia el informe de la AFIP de fs. 270/316 que es del 05/12/08.- ----------

----Por las razones expuestas es que habré de desestimar este agravio.- ----------

----4) Finalmente la accionante se queja de que no se hubiera computado las horas extras al momento de la conformación de la mejor remuneración normal, mensual y habitual devengada. Señala, al respecto, que amén de que deben incluirse las horas extras por la modificación del lugar de trabajo, es claro que las reconocidas por la época de zafra revisten el carácter de habitualidad, dada su reiteración en el tiempo (ver fs. 357 vta./358, pto. VII). Es de resaltar, en primer lugar, que de acuerdo a lo razonado al tratar el agravio respectivo, las horas extras por la modificación del lugar de trabajo fueron desestimadas.- ----------

----La sentenciante de grado razonó *“En cuanto a la mejor remuneración mensual normal y habitual y conforme lo decidido anteriormente entiendo que las horas extras acreditadas solamente durante los meses de la denominada “zafra” no revisten la*

habitualidad necesaria para integrar el módulo de base de liquidación de la indemnización prevista por el art. 245 L.C.T...” (ver sentencia a fs. 338, pto. V). Como es de recordar las horas extras por los períodos de zafra se admitieron por dos años desde el 01/11 hasta el 15/02 (ver sentencia a fs. 337, 2do. párrafo), es decir por tres meses y medio durante el año. Es sabido que si las horas extras son habituales deben incluirse a los efectos del cálculo de la mejor remuneración mensual percibida para la determinación de la indemnización por despido (conf. CNAT., Sala V, 23/3/79, DT, 1979-484). Ahora bien, en la especie las horas extras reconocidas sólo se cumplían en una determinada época del año durante tres meses y medio. Se ha sostenido que de establecerse una pauta de persistencia y continuidad a lo largo de un período de doce meses, se podría sostener intuitivamente que un rubro que haya sido devengado en sólo uno, dos o tres meses, no puede ser considerado habitual, y sí, por el contrario, cuando ello hubiera sucedido en diez, u once del total de doce. Sin embargo la cuestión se torna compleja si se analizan hipótesis de cuatro o cinco meses, que parecen insuficientes pero no tan pocos, u ocho o nueve que parecen bastantes, pero van escaseando y se complica definitivamente cuando se trata de seis o siete meses (conf. Álvarez Bangueses, Ramón y Fernández Pardo, Gastón: “Indemnización ordinaria por despido arbitrario”, en Ackerman-Sudera: “extinción de la relación laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 449).- ----------

----Entiendo que en la forma en que fue vertido el agravio no se aporta un argumento que confute el razonamiento de la juzgadora, sino que sólo se discrepa con el mismo, ya que se alega que la habitualidad no significa que deba suceder todos los meses (ver fs. 358, 2do. párrafo), mas no se explica por qué un rubro que se presenta tres meses y medio al año deba considerarse habitual. Amén de ello, de acuerdo a lo expuesto en el párrafo anterior, estimo acertado lo argumentado por la sentenciante, dado que la reiteración del rubro por el tiempo de tres meses y medio no le confiere la habitualidad necesaria a los fines del art. 245 de la LCT.----------

----En razón de lo expresado es que postulo la desestimación de la queja examinada.---

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado, a los meros fines de incrementar el monto de condena con el que resulte de la determinación del perito contador en la etapa de ejecución de sentencia, de acuerdo a las pautas indicadas en el considerando II, pto. 2, sumas que llevarán los mismos intereses establecidos en la instancia de origen (ver fs. 337, 3er. párrafo), confirmándolo en todo lo demás que ha sido materia de apelación.- --

----Atento a que se revoca parcialmente el decisorio, corresponde analizar si corresponde la readecuación de la imposición de costas y honorarios, de acuerdo a lo establecido en el art. 279 del CPCC. Al respecto, teniendo en cuenta que se hizo lugar parcialmente al rubro horas extras, se acoge el de diferencias salariales y su incidencia en los rubros que de ello dependan que son consecuencia del despido directo, y se desestima la multa del art. 132 de la LCT, entiendo que ha existido un vencimiento

parcial y mutuo. Al respecto debe recordarse que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. El está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo titi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140. Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, SD 07/91 y “C. de R. c/ C. C. y otro”, SD 03/93). En razón de lo expresado encuentro prudente que sea la demandada quien deba cargar con la mayor proporción de las costas, debido a que se agrega, de acuerdo a lo resuelto en esta instancia, el rubro de diferencias salariales que es de mayor entidad que el desestimado de la multa del art. 132 bis de la LCT. Es así que propongo la distribución de las mismas en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora.- ----------

----En cuanto a la regulación de honorarios, dado que corresponde su readecuación, deviene abstracto el tratamiento de la apelación que el letrado de la demandada dedujera a fs. 345. Es así que todos los honorarios se calcularán sobre el monto de condena ya que al acogerse el rubro diferencias salariales, no se presenta la hipótesis de una gran diferencia entre lo reclamado y lo acogido, supuesto que sirve de base a la doble imposición de costas y doble regulación, tal como fuera receptado en varios antecedentes de esta Cámara (ver esta Sala, SDL 14/08 del 07/03/08, SDL 36/05, 29/04 y 36/04; y Sala A, SDL 66/00, 59/04 y 67/04). En consecuencia sobre dicha base económica, el monto total de condena, se calcularán los honorarios, los que de acuerdo al mérito y extensión de los trabajos realizados, así como al resultado del pleito, determino en un 18% para los letrados de la actora, Dres. M. S. A., C. A. L. C. y C. E. S., en conjunto; en un 16% para el letrado de la demandada, Dr. L. Á. N., y manteniendo un 3% para la perito contadora C: N. C., en todos los casos con más el IVA pertinente (conf. arts. 6, 7, 9, 10, 11, 19, 47 y 61 de la ley arancelaria).- ----------

----En cuanto a las costas de esta sede, si bien se acoge sólo un agravio de cuatro expresados por la actora, pero dada la incidencia del mismo, y atento a que se rechaza el recurso de la demandada, encuentro apropiado que se distribuyan en el orden causado (conf. art. 71 del CPCC).- ----------

----Propongo asimismo regular los honorarios de los letrados actuantes en esta sede, atendiendo a la extensión y eficacia de las tareas, así como a los resultados respectivamente obtenidos, como sigue: para el Dr. C. E. S., letrado apoderado de la actora, en un 29% de lo establecido para los letrados de dicha parte en la instancia de origen; y para el Dr. L. Á. N., letrado apoderado de la demandada, en un 27% de lo que le fuera regulado para la primera instancia; en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 7, 9, 14, 47 y concs. de la ley 2200).- ----------

----Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.- ----------

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

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada y actora a fs. 344 y 348, que fueran concedidos a fs. 346 y 349, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 335/339 y vta. que rechazó en lo principal la demanda instaurada por M. C. P. y condenó a C. A. D. P. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia conforme lo decidido en los dos últimos apartados del considerando II, previo los descuentos legales, con más sus intereses, en concepto de horas suplementarias por los períodos denominados de “zafra”, con imposición de costas en un 75% a cargo de la actora y en un 25% a cargo de la demandada.----------

----Asimismo, a fs. 345 el Dr. L. Á. N., por derecho propio, interpuso recurso de apelación por haberse omitido regular honorarios a su favor respecto del monto por el cual prosperó la demanda, recurso concedido a fs. 346, sin perjuicio de haber fundado el mismo con la pieza de fs. 359/360. ----------

----Los informes previstos por el art. 62 de la ley 69 lucen presentados a fs. 351/358 y vta. y 361/363 y vta., los traslados fueron conferidos a fs. 364, a fs. 365/367 obra la contestación de la sociedad accionada, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones. ----------

----2. Ambas partes formulan agravios respecto de las horas suplementarias declaradas procedentes por el fallo en crisis. ----------

----2.1. La parte actora centra su queja por considerar que hubo un aumento de la jornada laboral en cuanto al tiempo que originalmente le demandaba cumplir sus tareas en la planta procesadora que la empresa C. posee en la ciudad de Puerto Madryn, al continuar prestando labores en la planta de la firma A. ubicada en el puerto de la ciudad de Rawson. Esto es, finca su agravio en el tiempo insumido para su traslado entre ambas ciudades para lo cual sostiene que existió por la empleadora un ejercicio abusivo del *ius variandi* ante el cambio unilateral del lugar de trabajo, aspecto cuyo tratamiento fuera omitido en el decisorio. ----------

----Al respecto, el juzgador a fs. 337, p. III, rechazó el reclamo con fundamento en que el tiempo empleado de traslado entre las mencionadas ciudades ***no puede***

considerarse como trabajado, en tanto resulta claro que el trabajador no se encuentra a disposición del empleador. ----------

----En tales condiciones, el razonamiento de la actora expuesto en el escrito de inicio (p. III.A., fs. 58 vta.) en lo que hace al ejercicio abusivo del *ius variandi* por el empleador no fue considerado por el sentenciante, y a ese respecto estimo pertinente ingresar a dicha cuestión.----------

----Para ello, pongo de relieve que la parte actora admitió expresamente que aceptó el cambio de condiciones de trabajo (lugar y horario) a partir del mes de agosto de 2004, lo que así resulta a fs. 351 vta., segundo y tercer párrafo, en concordancia con las manifestaciones expuestas en el escrito de inicio al señalar que el período se extendió hasta julio de 2005 (p. II, fs. 56 vta., primer párrafo). Como también que ningún reclamo efectuó durante la vigencia de la relación laboral pues destacó “la excelente relación laboral que mantenía” con sus empleadores hasta su despido sin causa el 12/06/06 (p. II, fs. 57, cuarto párrafo).----------

----En ese marco, también destaco que el art. 66 de la L.C.T, texto según ley 26.088, establece a favor del trabajador sólo dos alternativas cuando el empleador disponga medidas vedadas por esa norma, a saber: a) *la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa*; o b) *accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas*. ----------

----Desde ya que previo a ejercer alguna de esas opciones el dependiente una vez notificado debe formular oposición con expresión de los perjuicios ocasionados mediante intimación a fin de que la patronal rectifique el cambio, ya que el principio de buena fe (art. 63 de la L.C.T.) alcanza a ambas partes de la relación y así lo impone las circunstancias del caso. ----------

----Por aplicación del principio de buena fe en los casos de cambios que importen perjuicios al trabajador éste en principio debe intimar la rectificación de la medida antes de disolver el contrato o de iniciar acción de reestablecimiento de las condiciones alteradas (Fernández Madrid, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 3ra. ed. act., 2007, T. II, par. 10.5.5., p. d), pág. 1178). ----------

----Una vez notificado del cambio dispuesto por el empleador, el trabajador disconforme con la medida debería, antes de iniciar la acción judicial (o de darse por despedido), hacerle saber a aquél su oposición y requerirle el mantenimiento de las condiciones anteriores. Si bien no hay ninguna norma que imponga concretamente este proceder, entiendo que se trata de un recaudo exigido por el deber de actuar de buena fe (art. 63, LCT). Si el empleador insiste en efectivizar el cambio, el trabajador queda habilitado para ejercer las opciones que le reconoce el art. 66. Mientras tanto, puede retener su prestación, en ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual prevista en los arts. 510, y 1201 del Cód. Civil (Guisado, Héctor C., “La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo”, D.T. 2006-A, 673).----------

----Y como bien lo señalara el vocal que me precede en la votación ninguna de las opciones previstas por el art. 66 de la L.C.T. ejerció la entonces trabajadora. Es más, ni siquiera formuló oposición alguna a la medida de cambio dispuesta por la empleadora. -

----Y a ese respecto, la apelante manifiesta que consintió y no objetó el cambio unilateral del lugar de trabajo ante la necesidad de preservar su puesto de trabajo. A su vez, entiende que el trabajador ante el ejercicio irregular por el empleador de la facultad conferida por el art 66 de la L.C.T. tiene, además de las opciones antes referidas, la de acatar el cambio y reclamar daños y perjuicios. ----------

----Para ello cita doctrina que sostiene: “Tal aceptación no impide el posterior reclamo, en caso de que se produzca con la modificación un real perjuicio, de los daños que la medida le genere (conf. arts. 519, 520 y concs. del Cód. Civil), que podría ser *un mayor gasto por traslados*, *una diferencia de remuneración por tener que cumplir una jornada más extensa o*, el caso más habitual y como se vio ampliamente reconocido, *una diferencia salarial cuando el elemento alterado es el salario*” (Ackerman, Mario E., Director, “Tratado de Derecho del Trabajo”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, T. II, pág. 826) (la cursiva me pertenece). ----------

----Como puede observarse, el citado autor distingue tres supuestos diferentes, a saber: a) mayor gasto por traslado; b) diferencia de remuneración por jornada más extensa; y c) diferencia salarial si se altera el salario. ----------

----Así, la posibilidad de requerir una diferencia de remuneración por cumplir una jornada más extensa nada tiene que ver con el supuesto de autos referido a un mayor gasto por traslado. ----------

----Dicho de otro modo. El traslado desde Puerto Madryn (domicilio de la trabajadora) a Rawson (lugar de la planta) y viceversa no importa una prolongación de la jornada sino un mayor gasto por traslado (supuesto a). ----------

----Por otra parte, la opción contemplada por el citado autor referida al acatamiento del cambio ilegítimo y reclamo de daños y perjuicios es una opinión doctrinaria que por lo demás no resulta del texto del art. 66 de la L.C.T. ----------

----Y como opinión, en sentido contrario se sostiene que a partir de la reforma, como lo había establecido el art. 71 de la ley 20.744, si el empleador efectúa cambios en las modalidades del trabajo de manera irrazonable, o causando perjuicio material o moral al trabajador, éste tiene la posibilidad de optar por dos vías: a) considerarse despedido sin causa o b) accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas (Alejandro, Sergio J., “La ley 26.088 que modifica el artículo 66 (ius variandi) de la ley de contrato de trabajo: retroceso de 30 años”, D.T. 2006-A, 541; en igual sentido Guisado, ob. cit., D.T. 2006-A, 672). ----------

----Previo al imperio de esta ley que analizamos 26.088, normativamente solo el trabajador tenía una opción frente al ejercicio abusivo del jus variandi, y era el de considerarse en situación de despido indirecto y reclamar las indemnizaciones de ley. La restauración del segundo párrafo idéntico al derogado por la ley 21.297, da al

trabajador la opción de accionar la reinstalación en las condiciones anteriores (Yasin, Omar Nills, “Variación de las condiciones esenciales de trabajo. Efecto del régimen impuesto por la ley 26.088”, D.T. 2007-A, págs. 279/280). ----------

----Desde otra perspectiva, si bien es cierto que el actual texto del art. 66 de la L.C.T. no establece un plazo de caducidad y que la realización de nuevas tareas no importa aceptación de las mismas, el desempeño de las mismas por un tiempo prolongado sirve como pauta para considerar que el trabajador consintió la modificación con pérdida del derecho para cuestionarla. ----------

----Ya durante la vigencia del anterior texto se sostenía que se ha considerado aceptada tácitamente por el trabajador la modificación contractual si no reclamó durante un largo lapso -2 años- o -1 año-, pero obviamente también lapsos muchos menores bastarán para considerar que se ha expresado de modo implícito la voluntad en el sentido de aceptar la nueva jornada, con tal que su brevedad no carezcan de toda significación (López, Centeno, y Fernández Madrid, “Ley de contrato de trabajo comentada”, Ediciones Contabilidad Moderna, 1977, T. I, pág. 381). La persistencia en el ejercicio de las nuevas funciones es un síntoma de ese consentimiento. Existen numerosas decisiones que indican que transcurrido un tiempo prudencial, el invocar el cambio para considerarse despedido resulta totalmente ajeno al derecho conferido por la referida disposición (Martínez Vivot, Julio J., “Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social”, Astrea, 1999, pág. 145). ----------

----Y con referencia al vigente art. 66 de la L.C.T. se considera que el trabajador puede tomarse un tiempo prudencial para iniciar la acción, a fin de consultar con un profesional y evaluar, con su asesoramiento, las posibilidades de éxito y los riesgos de cada vía. El hecho de que, mientras tanto, realice las nuevas tareas o se sujete a las modificaciones impuestas, no significa que haya aceptado el cambio. Sin embargo, el desempeño bajo las nuevas condiciones durante un largo lapso bastará para considerar que ha expresado de modo implícito su voluntad de consentir la modificación, con lo que perderá el derecho a cuestionarla (Guisado, ob. cit., D.T. 2006-A, 673). ----------

----En este último aspecto, sin dejar de considerar el alcance del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 12/03/1987 en los autos caratulados “Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas S.A. (TySS. 1987-790) referido puntualmente por el vocal que me precede en la votación, lo cierto es que la doctrina allí sentada admite excepciones cuando se encuentra en juego exigencias que hacen a la seguridad jurídica cuando el transcurso de un tiempo suficiente sin formular cuestionamiento alguno permite considerar que el cambio fue consentido. ----------

----Así, “ ... si bien es cierto que *el silencio del trabajador no puede ser concebido como renuncia a sus derechos* (Fallos: 310:558) no menos lo es que *tal principio cede a la exigencia de seguridad jurídica*, por una parte, en atención a las circunstancias relativas a las personas y por otra, *cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para entender que la situación ha sido consentida* (Fallos 255:117) (CS, junio 11-1998, “Zorzín, Víctor

R. c. Y.P.F. S.A.”, considerando 6º, TySS. 1998-976) (la cursiva me pertenece). ----------

----En síntesis, el art. 66 de la L.C.T, texto según ley 26.088, no establece como alternativa la de daños y perjuicios, y aún en la eventualidad de considerar la misma en todo caso se trata de un supuesto de mayores gastos por traslado y no de una diferencia de remuneración por extensión de la jornada como lo planteara equivocadamente la actora. A ello se suma la particular circunstancia de haber transcurrido casi dos años desde el cambio dispuesto en agosto de 2004 hasta la extinción del vínculo acaecida en junio de 2006 sin que la trabajadora formulara cuestionamiento alguno pues acató sin reservas ni oposición alguna la medida, lo que permite señalar que transcurrió un tiempo suficiente como para estimar que la situación quedó consentida. Máxime si a su vez se considera que la modificación del lugar de trabajo se extendió hasta julio de 2005 y que con posterioridad retomó tareas en la planta local sita en Puerto Madryn (escrito de demanda, p. II, fs. 56 vta., primer párrafo). Por tales razones, corresponde el rechazo del agravio.----------

----2.2. Formula queja la sociedad demandada en cuanto a la procedencia del rubro horas extras por los períodos denominados de “zafra” ya que la Sra. Juez al incluir el período año 2004 falló extra petita habida cuenta que el reclamo se limitó a los años 2005 y 2006. ----------

----Dictar sentencia “extra petita” comporta decidir sobre lo que no está en el juicio -materia de debate-, conteniendo el fallo algo distinto a lo que fue objeto de la pretensión y de la oposición -“ne eat iudex extra petita partium”-. Se ha declarado en tal sentido, que por no ajustarse a las pretensiones de las partes debe dejarse sin efecto la sentencia que introduce un punto ajeno al debate. Está así vedado a los jueces apartarse de los términos de la relación procesal y decidir en forma distinta a la pedida por las partes, pronunciándose sobre cosas no planteadas en los escritos de demanda y contestación (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perot, 1986, T. II-C, págs. 81/82 y cita de fallos).----------

----Al respecto, el juzgador a fs. 337 concluyó que *el reclamo prospera a razón de 80 hs. mensuales al 50% y 20 hs. mensuales al 100%* ***por los períodos comprendidos en ambos años –2004 y 2005- desde el 01/11 hasta el 15/02***. ----------

----Y lo cierto es que al efectuarse el cálculo de horas extras se indicó en demanda “... que el período reclamado abarca dos épocas de zafra ...” (p. III.A. 1., fs. 59, penúltimo párrafo) sin precisar a que años corresponde, por lo que el fallo en crisis no excedió la pretensión de la parte pues decidió en el límite del reclamo al conceder dos períodos.---

----Por ello, se desestima la queja.----------

----Tocante a que efectuó una valoración errónea de la prueba testimonial, la apelante pretende descalificar los dichos de C. al manifestar que aludió a que la accionada “cambio de nombre”, refiriendo que lo habría hecho por A. S.A., sin que nada en autos otorgue veracidad a sus dichos. ----------

----Y a pesar que así lo declaró dicho testigo (respuesta por las generales de la ley, fs.

214), lo cierto es que esa manifestación carece de trascendencia en cuanto a la cuestión que se analiza (realización de horas extras), máxime cuando ninguna regla impone la indivisibilidad del testimonio por lo que corresponde rescatar la porción del mismo que tiene fuerza de convicción, conforme a las reglas de la sana crítica.----------

----Es criterio de esta sala “B” en diversos pronunciamientos, entre ellos y recientemente c. 285/09, S.D.L. 79/09, y c. 677.09, S.D.L. 111/2009. ----------

----A continuación entiende que el análisis de los testimonios resulta contradictorio con los hechos afirmados por las partes, tal el caso de la testigo R. cuando afirma que la accionante habría dicho que no percibía tal remuneración, o bien C. al manifestar que en su caso y en el de la accionante no la cobraban. ----------

----Sin embargo, a pesar del esfuerzo argumental desplegado no observo cual es la contradicción existente pues ambos testigos declararon que la actora no percibía las horas extras (“no le abonaban horas extras”, “No ella no”; respuesta a la 8ª pregunta, C. y R., fs. 213 vta. y fs. 215 vta., respectivamente). ----------

----Respecto a que tales dichos contradicen hechos afirmados por la actora y demandada, y que a su vez la accionante al absolver posiciones se contradijo con los datos alegados en su demanda ya que reconoció al absolver la posición tercera que percibió horas extras por la zafra del período años 2005/2006, reconocimiento que hizo nuevamente al absolver la posición quinta, cabe advertir que en demanda esa parte peticionó expresamente que las sumas afectadas al rubro “Ajuste horas” sea deducido del total de horas extras devengadas (p. III.A.1, fs. 59), y eso es lo que admitió al absolver posiciones si se integra adecuadamente el alcance del reclamo en el escrito inicial y las respuestas brindadas a la 3ª y 5ª posición (fs. 206 y 206 vta., respectivamente).----------

----En ese contexto, no hay contradicción alguna pues no cabe interpretar que de las contestaciones que resultan de la prueba confesional pueda considerarse que respecto a ese rubro nada se le adeudaba, lo que así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (art. 386 del C.P.C.C.). ----------

----Por lo demás, aun cuando por hipótesis se entendiera que existió contradicción en sus respuestas, lo cierto es que en caso de duda la confesión deberá interpretarse en favor de quien la hace (art. 424, 1er. párrafo, del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 45 de la ley 69). ----------

----Así, la intención de reconocer hechos perjudiciales al absolvente no puede presumirse, en los supuestos de duda rige el principio de la interpretación en favor de quien la hace. La duda que surge al apreciar la confesión en conjunto, vinculando una posición con otra para valorar las respuestas, debe interpretarse en favor del absolvente. O sea, que en caso de duda, la confesión debe ser interpretada favorablemente para quien la hace (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. V-B, 1992, pág. 122, y cita de pronunciamientos). ----------

----También alude a que los testigos C., C., R., y G. no resultan conducentes por haber

sido compañeros de trabajo en empresas distintas de la accionada.----------

----Ello no es exacto pues C. expresó que trabajó con la actora en B. A. y después en A. de Rawson (respuesta a la 8ª y 4ª pregunta, fs. 211 y 211 vta.), y si bien P. no aludió a la primera empresa si lo hizo respecto de la segunda. Respecto de la declaración de C. aun cuando manifestó que la accionada cambió de nombre por A. S.A., es evidente que la lectura íntegra de su declaración (fs. 213/214) permite señalar que la confusión existente se debió a que prestaron servicios para la demandada en la planta de A., por lo que tal circunstancia no le resta fuerza de convicción a su declaración, lo que así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C., remisión del art. 45 de la ley 69). Igual conclusión corresponde alcanzar con referencia a los dichos de R. (fs. 215/vta.), en tanto que G. hizo expresa referencia a C., a la planta de Rawson con referencia a A., y a B. A. (respuesta por las generales de la ley, 10ª, 11ª, y 12ª pregunta, y 1ª repregunta, fs. 216 y vta.).----------

----Resta por considerar las manifestaciones vertidas en cuanto a que los testigos propuestos por su parte no fueron tenidos en cuenta en la sentencia, y que G., F. G., y H. resultaron concordantes en relación a las circunstancias relativas al lugar de trabajo de la accionante, su tarea, y horario.----------

----Sobre los dichos de esos testigos el razonamiento dirimente del juzgador expuesto a fs. 337, primer párrafo, fue que ***todos personal administrativo dependientes de la oficina de personal con prestación de servicios en Puerto Madryn, que repiten dogmáticamente el horario denunciado al contestar demanda, sin dar estricta razón del conocimiento de sus dichos***. ----------

----Así, ante los dichos de H., F., y G. el sentenciante le restó fuerza de convicción, conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C.) al ponderar que cumplieron tareas como administrativos de una oficina ubicada en Puerto Madryn y que correspondía a un sector diferente al de la actora. Además, tuvo en consideración que no brindaron estrictamente cual era la razón de sus dichos.----------

----En este último aspecto, sabido es que para la eficacia probatoria del testimonio es indispensable que contenga la llamada razón de sus dichos, es decir del fundamento de la ciencia del testigo. Puede decirse que en la exigencia de una adecuada y fehaciente razón de la ciencia de su dicho, tomada en un sentido amplio, se resumen todos los requisitos para la eficacia del testimonio; pero lo incluimos como uno especial, porque se trata, entendido en sentido estricto, de las explicaciones que el testigo debe dar, en el mismo acto o en una ampliación del testimonio, de la manera cómo pudo adquirir el conocimiento de los hechos y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tal hecho ocurrió. De manera que la razón de la ciencia del dicho debe contener las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que el testigo adquirió ese conocimiento, es decir: en que lugar conoció el hecho, cuando tuvo ese conocimiento y en que circunstancias lo adquirió (Devis Echandia, “Teoría general de la prueba judicial”, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1979, T. II, par. 216, k), págs. 122/123).----------

----De tal modo, esa valoración efectuada por la Sra. Juez de la anterior instancia fue soslayada por la apelante pues tan sólo se limitó a expresar que “más allá del sector de personal en el cual trabajan, manifestaron ser empleado de la accionada” (fs. 362 vta., parte final del segundo párrafo). ----------

----En tales condiciones, las manifestaciones vertidas por la recurrente sólo denotan un mero disenso al exponer su particular punto de vista y 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, ob. cit., 1988, T. III, pág. 371 y cita de fallo). -----

----En definitiva, respecto de la valoración negativa efectuada por el juzgador de los testigos ofrecidos por la demandada, esa parte no concreta cual es el error en que incurriera el juzgador, por lo que no hay agravio que atender. ----------

----Los agravios expuestos por todo recurrente deben alcanzar un mínimo de suficiencia técnica. Tal suficiencia se relaciona a su vez con una necesidad de articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores de la sentencia, no pudiendo considerarse agravios en los términos exigidos por esta norma, las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general, el mero desacuerdo con lo resuelto o simples consideraciones subjetivas y digresiones inconducentes o que carezcan del debido sustento jurídico. 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 cuales son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por el juzgador (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. III, págs. 354 y 355, y cita de pronunciamientos). ----------

----Por ello, la demandada incurrió en este aspecto en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 265 y 266 del C.P.C.C., remisión del art. 76 de la ley 69). ----------

----Por tales razones, y con la salvedad de la deserción parcial declarada, corresponde desestimar el recurso interpuesto por la sociedad demandada. ----------

----3. Corresponde ingresar en el segundo agravio de la accionante referido a la errónea aplicación de la escala salarial por estimar que se desempeñó en la categoría de encargada del área de control de calidad – técnica en control de calidad (categoría 6 del C.C.T. 372/04). ----------

----Al respecto, el fallo de la anterior instancia a fs. 338 en base al análisis de los recibos obrantes en autos y su cotejo con el informe de fs. 327/331 concluyó que no hay diferencias a favor de la actora por ese concepto, para lo cual consideró un básico

convencional de $645.- que corresponde a la categoría 2 (ver fs. 328, Personal administrativo y mensualizado). ----------

----Sin embargo, la lectura de la demanda permite apreciar que fueron datos fácticos alegados que *ocupó la función de personal encargado del área de "control de calidad"*, y *como remuneración básica para la categoría ... la suma de Pesos Un Mil Ochocientos ($1.800,00) con un adicional por Zona desfavorable establecido en un 20% por sobre el salario básico percibido/devengado* (p. II, fs. 56 y 57, respectivamente).----------

----Esa remuneración es la establecida para la categoría 6 (ver informe, fs. 328), la que comprende a "Técnicos de producción, mantenimiento, control de calidad" (art. 12 del C..T. 372/04). ----------

----En ese marco, cabe precisar que la demandada en su escrito de contestación que luce a fs. 83/88 y vta. no negó puntualmente la categoría invocada ya que sólo negó "que la demandada abonara un salario básico inferior al que correspondía" (p. II, negativa 11, fs. 83 vta.), para a continuación argumentar al exponer los hechos que "en tal concepto se le pagó la suma de $2.450 con más el adicional por zona desfavorable" (p. III, fs. 85).----------

----Y sabido es que la contestación de la demanda, conocida también como "responde" constituye el momento preclusivo para el demandado; de ahí su importancia. El demandado tiene que expedirse categóricamente respecto de los hechos, o sea, debe reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda" (Serantes Peña-Palma, "Código Procesal …", Depalma, 1983, T. II, pág. 147).----------

----La carga procesal que pesa sobre el demandado, queda en principio satisfecha con la negativa pormenorizada de cada uno de los hechos conducentes afirmados por las actora. Dicha carga supone -como regla- la tarea simple y sencilla, de reconocer o negar en forma categórica y concreta las alegaciones fácticas que expusiera la contraparte sobre la litis planteada, según correspondiere. Frente a afirmaciones concretas y precisas sobre la existencia de hechos fundamentales para la solución de la litis, constituye una carga procesal de la demandada expedirse expresa y categóricamente sobre ellos (Morello-Sosa-Berizonce, ob. cit., 1990, T. IV-B, págs. 508 y 525, respectivamente, y cita de fallos).----------

----Así: "En la contestación … el demandado … Deberá, además: 1°. Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda ... "(art. 356, inciso 1°, de aplicación por remisión del art. 486, primer párrafo, del C.P.C.C., y art. 49 de la ley 69, texto modificado por ley 5.677).----------

----En tales condiciones, resulta manifiestamente extemporánea la postura introducida recién en esta instancia al contestar agravios y manifestar "que la actora se encontraba comprendida en la categoría 3", y que "ninguna diferencia surge en el pago de su salario básico" (fs. 366, último párrafo). ----------

----Y desde que esa cuestión no fue sometida a la decisión del juez de primera instancia la prohibición impuesta por el art. 277 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art.

76 de la ley 69, veda toda consideración. ----------

----Es que, 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. 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. 277 del citado ordenamiento ("*El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia*.") (la cursiva me pertenece). ----------

----Como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo; igual conclusión cabe inferirse en caso de que sea un tribunal de alzada. 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 (Loutayf Ranea, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Astrea, 1989, vol. 1, par. 37 y 60, págs. 115 y 165/166, respectivamente). ----------

----Al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4° del C.P.C.C.). ----------

----Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los art. 271 y 277 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 76 de la ley 69, no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia. ----------

----Por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 del Código Procesal, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 29, pág. 76). ----------

----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).----------

----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, obra y tomo citado, par. 60, pág. 166).----------

----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 un capítulo no propuesto a la decisión del juez de primera instancia esta Alzada no puede ingresar a su tratamiento (art. 277 del C.P.C.C.), por lo que dicha argumentación referida a una categoría diferente, por caso a la categoría 3, resulta inaudible.----------

----Sin perjuicio de ello, se constata que el monto invocado por la demandada en su responde es coincidente con el recibo correspondiente al mes de diciembre de 2005 (fs. 85 y 1, respectivamente), aun cuando durante el año 2004 la accionada abonó la suma de $1.200.- como sueldo básico, conforme surge de los recibos obrantes a fs. 4/15.------

----Por ello, corresponde acoger favorablemente el agravio debiendo liquidarse las diferencias salariales reclamadas atendiendo a las sumas abonadas y las correspondientes de acuerdo a la categoría 6, para lo cual el perito contador designado deberá establecer los cálculos pertinentes en la etapa de ejecución de sentencia, incluyendo asimismo de existir diferencias la incidencia que se proyecta sobre los rubros derivados del despido directo, sueldo anual complementario, y vacaciones. -------

----4. Formula queja la actora como consecuencia del rechazo de la multa prevista por el art. 132 bis de la L.C.T. Manifiesta que la sentenciante omitió mencionar el informe de AFIP de fecha posterior (13/08/07) a la presentación de la pericia contable (07/07/07) y que contradice los dichos del perito contador.----------

----Sobre dicha cuestión el juzgador al punto VI, fs. 338 vta., ponderó que la respuesta brindada por la perito contadora a las preguntas 6, 7, y 8 del cuestionario propuesto por la demandada, no observada por las partes, resulta elemento de convicción suficiente como para tener por acreditado el ingreso a los entes recaudadores de los aportes y contribuciones.----------

----Y el argumento expuesto por la recurrente no es veraz ya que no se compadece con las circunstancias comprobadas del proceso.----------

----En efecto, el informe contable fue presentado el “07 NOV-7” (cargo, fs. 175) y no

como se afirma el 7-07-07, por lo que el informe emanado de AFIP es anterior al mismo por llevar fecha “13/08/2007” (encabezado, fs. 128). ----------

----Por lo demás, el agravio omite considerar el informe posterior de AFIP que luce a fs. 270/315 del “5 DIC 2008”. ----------

----Tales razones conducen a desestimar el agravio. ----------

----5. Por último se agravia la actora por considerar que no se computaron las horas extras al momento de la conformación de la mejor remuneración normal, mensual y habitual devengada (base de cálculo del art. 245 L.C.T.). ----------

----Alude a que deben incluirse las horas extras desestimadas por la modificación del lugar de prestación de tareas, y que independientemente de ello tomando los períodos correspondientes a la época de zafra, dicha modalidad de prestación también reviste el carácter de habitualidad por su repetición en el tiempo. ----------

----Con carácter previo debe señalarse que el agravio referido a horas extras por la modificación del lugar de trabajo fue desestimado, por lo que nada corresponde señalar a ese respecto. ----------

----Y sobre las horas extras que prosperaron el sentenciante concluyó a fs. 338 que las mismas fueron acreditadas solamente para los meses de “zafra” por lo que no revisten la habitualidad necesaria para integrar la base de cálculo para la liquidación de la indemnización por antigüedad. ----------

----En tal sentido, cabe señalar que el período considerado al efecto fue del 01/11 hasta el 15/02 (sentencia, p. II, fs. 337), o sea tres meses y fracción. O mejor dicho, dos meses para un año y un mes y quince días para el otro, lo que importa que en ambos casos durante diez meses calendario no fueron percibidas horas extras. ----------

----Y la habitualidad implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que habitual significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repita o reitera (Etala, Carlos Alberto, “Contrato de trabajo”, Astrea, 1998, pág. 544). ----------

----Lo que fundamentalmente interesa para la definición legal es la persistencia de conceptos remuneratorios en la retribución mensualmente considerada, y no su monto. Respecto de las horas extras, cuyo pago se percibe en forma que varía según circunstancias ocasionales, su monto no puede tenerse en cuenta para formar la base indemnizatoria, sino en la medida en que su realización revista carácter habitual (Meilij, “Contrato de trabajo”, Depalma, 1981, T. II, págs. 500 y 501, respectivamente). ----------

----Y habitual es lo que se hace por hábito, y hábito en su segunda acepción es el modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes (Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, T. II, pág. 716, vigésima edición, Madrid, 1984). ----------

----La habitualidad implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que habitual significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repite o reitera. El

adjetivo “habitual”, no es más que la vocación de permanencia de cierto rubro remuneratorio. Empero, no es sinónimo de necesario o indefectible. Basta con que “costumbre suceder” (Ackerman, Mario E., Director, ob. cit., T. IV, pág. 293). ----------

----Tales pautas permiten apreciar en el presente caso que el pago de horas extras no resultó habitual pues sólo se percibieron durante dos meses en el año calendario (noviembre y diciembre, y enero y febrero, respectivamente), o en el mejor de los casos durante tres meses y medio en forma ininterrumpida, lo que no cambia el análisis de la cuestión.----------

----En tales condiciones, no puede considerarse que hubo persistencia del rubro, esto es, reiteración de pagos, y al no darse esa vocación de permanencia no puede computarse en la base de cálculo a los fines de establecer la indemnización por antigüedad. ----------

----Por ello, se desestima el agravio. ----------

----6. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para incrementar el capital de condena por el rubro diferencias salariales reclamadas de acuerdo a la categoría 6 y conforme a las pautas expuestas al punto 3 que antecede, con más los intereses establecidos en la anterior instancia, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----La revocatoria que se propicia lleva a adecuar las costas y honorarios establecidos en la anterior instancia (art. 279 del C.P.C.C.), por lo que resulta innecesario ingresar al recurso de apelación interpuesto a fs. 345 por el Dr. L. Á. N.. ----------

----Y respecto de las costas y honorarios, cabe considerar que en el presente caso no se da el supuesto de excepción por el cual ante una amplia diferencia entre el monto reclamado que se rechaza y el que prospera se justifique una doble imposición de costas y por ende una doble regulación, tal lo ocurrido en diversos pronunciamientos de esta Cámara, por su sala “A”, c. 16.745, S.D.L. 66/00, c. 17.578, S.D.L. 46/2001, c. 19.841, S.D.L. 59/2004, y c. 20.037, S.D.L. 67/2004; y por esta sala “B”, c. 19.486, S.D.L. 29/2004, c. 19.508, S.D.L. 36/2004, y c. 22.257, S.D.L. 14/2008. ----------

----Con tal salvedad, en lo que hace al régimen de costas de la anterior instancia, el art. 59 de la ley 69 no establece un principio general de aplicación mecánica y automática, ya que permite siempre discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del resultado del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. S.T.J. en autos caratulados “C. L. c/Pcia. del Chubut”, S.D. 7/91; y “C. de R. c/C. C. y otro”, S.D. 3/93). ----------

----Así, debe ponderarse la naturaleza de la acción entablada, el principio establecido por la ley de procedimiento laboral, y el resultado económico del pleito, atendiendo para ello a los rubros pretendidos que fueran acogidos y el monto definitivo de condena. ------

----Con tales pautas, teniendo en cuenta que de las pretensiones deducidas se acogió parcialmente el rubro horas extras por los períodos denominados de zafra y las diferencias salariales, esta última la de mayor trascendencia económica por su

incidencia en otros rubros peticionados, y que se desestimó la multa prevista por el art. 132 bis de la L.C.T. y la indemnización contemplada por el art. 16 de la ley 25.561, estimo prudente imponer las costas de primera instancia en un 70% a cargo de la demandada y en un 30% a cargo del actor, por ajustarse así en forma proporcional y adecuada al resultado de la litis, en concordancia con el principio antes señalado y los vencimientos recíprocos habidos en función del resultado final del proceso (arts. 59 de la ley 69 y 71 del C.P.C.C.). ----------

----Asimismo, al adecuar a este decisorio los honorarios de la anterior instancia, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales, considero que resulta prudente fijar los emolumentos de los letrados apoderados de las partes actora y demandada en las sumas porcentuales equivalentes en un 18% y 16%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, manteniendo la regulación practicada a favor de la perito contadora actuante en un 3% del aludido importe (arts. 6, 7, 9, 10, 11, 19, 39, 47, y 61 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----El progreso de uno de los cuatro agravios de la actora y el fracaso del traído a consideración por la demandada, y la incidencia económica de todos ellos, permiten delinear un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir las costas de alzada en el orden causado, por responder así a las porciones de éxito y fracaso obtenidos por los apelantes en esta instancia (art. 71 del C.P.C.C.).----------

----Finalmente, conforme a las pautas apreciativas ya indicadas y lo dispuesto por el art. 14 de la ley del arancel, entiendo prudente regular los honorarios de los Dres. C. E. S. y L. Á. N. en un 29% y 27%, respectivamente, de las cantidades establecidas para los emolumentos de la anterior instancia, con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

----En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado a los meros fines de incrementar el monto de condena con el que resulte de la determinación del perito contador en la etapa de ejecución de sentencia, de acuerdo a las pautas indicadas en el considerando II, pto. 2, sumas que llevarán los mismos intereses establecidos en la instancia de origen (ver fs. 337, 3er. párrafo), confirmándolo en todo lo demás que ha sido materia de apelación.----------

----II.- IMPONER, por readecuación, las costas de la instancia de origen, en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora.- ----------

----III.- DETERMINAR, por readecuación los honorarios de la instancia anterior de la siguiente manera: en un 18% para los letrados de la actora, Dres. M. S. A., C. A. L. C. y C. E. S., en conjunto; en un 16% para el letrado de la demandada, Dr. L. Á. N., y manteniendo un 3% para la perito contadora C. N. C., en todos los casos, sobre el

monto total de condena y con más el IVA pertinente (conf. arts. 6, 7, 9, 10, 11, 19, 47 y 61 de la ley arancelaria).----------

----IV.- IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado (conf. art. 71 del CPCC).- ----------

----V.- REGULAR los honorarios de los letrados actuantes en esta sede de la siguiente manera: para el Dr. C. E. S., letrado apoderado de la actora, en un 29% de lo establecido para los letrados de dicha parte en la instancia de origen; y para el Dr. L. Á. N., letrado apoderado de la demandada, en un 27% de lo que le fuera regulado para la primera instancia; en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 7, 9, 14, 47 y concs. de la ley 2200).- ----------

----Así lo voto.- ----------

----A LA SEGUNDA CUESTION el Dr. Vergara dijo:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, 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. 9 de la 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 con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado a los meros fines de incrementar el monto de condena con el que resulte de la determinación del perito contador en la etapa de ejecución de sentencia, de acuerdo a las pautas indicadas en el considerando II, pto. 2, sumas que llevarán los mismos intereses establecidos en la instancia de origen (ver fs. 337, 3er. párrafo), confirmándolo en todo lo demás que ha sido materia de apelación.----------

----IMPONER; POR READECUACION, las costas de la instancia de origen, en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora.----------

----DETERMINAR, POR READECUACIÓN, los honorarios de la instancia anterior de la siguiente manera: en un 18% para los letrados de la actora, Dres. M. S. A., C. A. L. C. y C. E. S., en conjunto; en un 16% para el letrado de la demandada, Dr. L. Á. N., y manteniendo un 3% para la perito contadora C. N. C., en todos los casos, sobre el monto total de condena y con más el IVA pertinente (conf. arts. 6, 7, 9, 10, 11, 19, 47 y 61 de la ley arancelaria).----------

----IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado (conf. art. 71 del CPCC).- ----

----REGULAR los honorarios de los letrados actuantes en esta sede de la siguiente manera: para el Dr. C. E. S., letrado apoderado de la actora, en un 29% de lo establecido para los letrados de dicha parte en la instancia de origen; y para el Dr. L. . N., letrado apoderado de la demandada, en un 27% de lo que le fuera regulado para la

primera instancia; en ambos casos con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 7, 9, 14, 47 y concs. de la ley 2200).- ----------

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

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2009 – SDL.- Conste.----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA