En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de -marzo del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de María Inés de Villafañe y presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P., A. U. c/ M. G. S.A. s/ Cobro de Pesos"** (Expte. Nº 208 Año 2010) venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 142/08), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.294.

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas expresó:

1.

La sentencia

La Sra. Jueza de grado dictó sentencia a fs. 262/265, admitiendo parcialmente la demanda incoada por A. U. P. y condenando a M. G. S.A. a abonar a la primera la suma de pesos cinco mil setecientos cincuenta y cuatro con 68/100 ($ 5.754,68), con más intereses, imponiendo las costas en un 60% a la parte actora y en un 40% a la demandada.

Tuvo por acreditado el vínculo laboral, por lo que la cuestión de autos se ajustó a determinar tareas, categoría laboral y horarios de trabajo.

Valoró las pruebas testimoniales rendidas a fs. 131, 132, 211 y 252.

Sostuvo que con posterioridad al accidente padecido por el actor, con fecha 05.09.06, le fueron liquidados salarios por enfermedad en forma completa (96 hs.) durante la segunda quincena de abril. La segunda de mayo y la primera de junio. En tanto que durante la primera quincena de abril se le liquidaron 72 hs., en la primera quincena de mayo, 88 hs. y en la segunda de junio, 84 hs. por enfermedad.

Admitió el horario de trabajo propuesto por la actora, y tuvo por acreditadas las horas extras reclamadas a razón de 30 por quincena. Para arribar a tal conclusión apreció la prueba testimonial y la falta de registro de las reconocidas, como realizadas por la demandada. A tales efectos, determinó el valor de las laboradas en cada quincena.

Desestimó el reclamo por categorización, ya que, sostuvo, no hay indicio alguno en el marco del CCT 76/75, aplicable al sector, que permita sostener que la tarea de conducción de grúas encuadre en la categoría de "oficial especializado".

Admitió la multa del art. 45 de la ley 25.345.

A fs. 269, apeló la demandada y a fs. 271, lo hizo la actora. La primera de las nombradas fundó su recurso a fs. 273/277, haciéndolo la actora a fs. 279/281.

A fs. 282 y 283/284 lucen las respectivas contestaciones de traslado.

2.

<u>Los agravios de la parte demandada.</u>

Se agravia el demandado por cuanto el decisorio condena al pago de las horas extras invocada por la actora, sosteniendo que no se ha valorado adecuadamente las declaraciones testimoniales de P. y G. El primero de ello, pues no se tuvo en cuenta que se encontraba comprendido en las generales de la ley. El segundo, pues ubica trabajando al actor por encima de los horarios de trabajo que la misma actora denuncia.

También se agravia por la condena al pago de la multa referida, ya que su parte reconoció que por un error, se había omitido acompañar el certificado de trabajo del art. 80, LCT. En tal sentido, reconoce que tal certificado fue acompañado con el conteste de demanda.

Solicita se revoque la sentencia en los aspectos materia de ataque.

3.

Los agravios de la parte actora

Funda su agravio en que el pronunciamiento desestimó la procedencia de las diferencias salariales originadas en la incorrecta registración de la real categoría laboral del actor, atento a que las pruebas testimoniales abonaron su postura.

Sostuvo además que las tareas de maquinista conlleva al salario de oficial especializado, pues se trata de asimilar remuneraciones, no tareas.

Recordó que el actor comenzó trabajando a las órdenes de la demandada en calidad de mecánico, para luego especializarse en el comando de grúas. De modo que, habiendo trabajado como oficial especializado, percibía sus remuneraciones como oficial. Invoca el principio de "primacía de la realidad" (art. 14, LCT), pilar del derecho del trabajo que la sentencia omitió considerar.

Critica la errónea valoración de las pruebas rendidas.

Solicita se revoque la sentencia de grado y se admita el reclamo.

4.

Agravio del actor por diferencias salariales

Por una cuestión de método comenzaré tratando la queja vertida por la parte actora.

Esa parte alza su queja contra el pronunciamiento dictado en autos, toda vez que no atendió su oportuno reclamo, en el sentido de que el trabajador realizaba tareas de oficial maquinista o gruista, y en consecuencia le correspondía una retribución equivalente a la de oficial especializado.

Ambas partes se encuentran contestes en afirmar que el actor prestaba servicios de maquinista a las órdenes de la demandada.

No obstante, la actora sostuvo en su líbelo de demanda que esa actividad era asimilable a la de un Oficial especializado, y en consecuencia, correspondía percibir sus remuneraciones en función de esa categoría.

El art. 5 de la CCT 76/75 define al Oficial especializado, como aquel oficial, albañil o carpintero que lee planos referidos a la especialidad en que actúe, sabe interpretarlos y ejecuta todas las demás tareas que cabe requerir a quien tenga esas aptitudes, tales como replantear obras y similares. Sólo en el inc. 11, define al maquinista, como una categoría autónoma y distinta de la anterior.

Asistió razón a la sentenciante cuando señaló en su pieza decisoria que la tarea de maquinista no se encuentra contemplada en el Convenio Colectivo del sector como si se tratara de un oficial especializado.

De tal exposición se advierte que entre lo demandado oportunamente y el agravio que plantea, a la luz de los elementos reunidos en la causa, se plasma una incongruencia inaceptable, en los términos del art. 280, del CPCC.

Y afirmo ello pues, la crítica que se formula en el agravio va dirigida a una cuestión que no fue planteada oportunamente a la Sra. Jueza de la Instancia anterior, menos aun puede serlo en esta sede.

La queja del actor distorsiona los términos de su propia demanda, pretendiendo que, en homenaje al principio de la "primacía de la realidad", y habiendo el accionante comenzado a laborar como mecánico y puesto a conducir grúas, se haga aplicación del art. 7 del citado Convenio Colectivo que señala que *"Cuando un obrero de cualquier categoría realice, continua o alternativamente, durante doscientas (200) horas tareas de categoría superior a la suya, pasará a dicha categoría siempre que cumpla con todas las condiciones establecidas en la reglamentación de su especialidad. No cumpliendo las condiciones de la especialidad, el obrero volverá a la categoría que tenga asignada pero, de continuar con tareas de la categoría superior por más de doscientas (200) horas, pasará automáticamente a la misma a partir de la fecha en que haya cumplido las doscientas (200) horas"*.

Esto es, la causa del reclamo primigenio consistió en que las tareas de maquinista debían ser remuneradas como "oficial especializado", en tanto que la queja se centra en considerar que, habiendo mudado el actor de actividades (primero, mecánico; luego, maquinista) correspondía la aplicación de la norma previamente transcripta.

De ello se infiere que, los aspectos introducidos por el quejoso en esta Instancia difieren de los hechos invocados en el escrito de demanda.

De allí que, de admitirse su reclamo en los términos que lo plantea, vulneraría lo normado en el art. 280 del Cód. Procesal, el principio de congruencia y el derecho de defensa de la contraparte (cfr. Cám.Nac. de Apel. del Trabajo, sala VII, 11/08/2006, in re "Turbau, Pamela Isabel c. Deheza S.A.", La Ley Online; AR/JUR/5999/2006).

Consecuentemente, propondré al Acuerdo que el recurso impetrado por el actor sea declarado desierto.

Por tal razón, voto por la **AFIRMATIVA.**

5.

<u>Agravios de la parte demandada</u>

5.1.

Horas extras

Se queja la demandada pues sostiene que el decisorio ha reconocido la prestación de horas extraordinarias a favor del actor, sin el respaldo probatorio correspondiente.

Cuestiona que la Sra. Jueza de la otra Instancia se hubiera valido de los testigos P. y G. para tener por acreditado el cumplimiento de tales tareas en horarios extraordinarios.

En el caso del primero de los nombrados, por cuanto resulta ser acreedor de la demandada; en cuanto al segundo, por cuanto entiende que sus declaraciones han excedido el marco de la propia demanda, al asegurar el

cumplimiento de un horario, que en verdad ni siquiera fue denunciado en ella.

De la compulsa de los autos, surge que el actor prestó servicios a las órdenes de la accionada desde el 25.07.06 hasta el 03.07.07. No obstante, en ese período de casi un año de trabajo, llega firme a esta Instancia que a consecuencia de un accidente de trabajo, la normal prestación de las tareas se vio interrumpida entre el 05.09.06 al 30.03.07, tal cual lo expresa la Sra. Jueza de la Instancia anterior en su decisorio.

Es decir, que, del período de casi un año de trabajo, el actor laboró efectivamente escasos seis meses.

En su demanda, reclama 30 horas extraordinarias de labor durante ese último lapso, limitándose a indicar que, por trabajar 11 horas de lunes a viernes, el exceso de 3 hs. diarias por jornada, la elevaba a 30 por quincena.

Ha señalado el Dr. ROYER (cfr. voto en autos "R., M. J. c/ S.A. I. y E. d la P. s/ Cob. Hab. E Indem. de ley", Expte.21.911-R-2010, STJCH, 13.10.2010) que "*"El tema de las horas suplementarias o extras es absolutamente casuístico, su prueba y valoración deben ser revisadas con detenimiento, haciendo un análisis de la realidad en el ámbito específico en que se desarrolló la actividad, observando cómo funciona la empresa y el sector para situarse en un tiempo-espacio, y la función específica del trabajador en particular dentro de ese contexto, a fin de no caer en desprotección del trabajador, quien muchas veces está imposibilitado de producir pruebas fehacientes, claras y contundentes, pero sin caer en abusos protectorios" (cfr. Máximo Martínez Zavalía, "Horas extras. Análisis conceptual y vinculación con la jornada de trabajo. Alcances en la doctrina y la jurisprudencia", Doctrina Laboral Errepar, t. XXII, p. 486, mayo 2008"*".

En el mismo fallo, el Dr. PASUTTI sostuvo que *"exigirle al trabajador la acreditación precisa y puntual de cada hora suplementaria trabajada importa agravar la carga que ya pesa sobre él y por sí sola resulta difícil de satisfacer. Esto no importa abrir la puerta a abusos en los reclamos, v.gr. acogiendo demandas*

globales o indeterminadas. Sigo sosteniendo que corresponde al actor efectuar un detalle concreto y discriminado de las horas extras que reclama y aportar prueba respecto de su desempeño, debe el actor probar el extremo que invoca, más ello con la misma exigencia que cualquier otro hecho controvertido. Si bien debe quien lo alega probar el desempeño de las horas suplementarias, para ello no debe exigírsele un mayor esfuerzo probatorio, por lo que acuerdo con el colega preopinante en que la valoración de la prueba en relación al trabajo en tiempo suplementario no requiere de mayor estrictez o grado de contundencia que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso".

Dejo a salvo mi opinión, entonces, en homenaje al principio de celeridad y economía procesal, que soy de la idea que la prueba de la prestación de horas extras ha de ser rendida de modo concreto, exhaustivo, individualizando jornadas y horarios de prestación de tareas adicionales. No se pretende una prueba diabólica, pero en todo caso sí, una que forme la convicción en el juzgador de la realización de labores fuera del horario normal de trabajo en circunstancias relativamente determinadas.

Sin embargo, haciendo estricta aplicación de lo sostenido por los Sres. Magistrados de nuestro Máximo Tribunal provincial, no ha de ser distinta la suerte del reclamo de la parte actora.

En efecto, pareciera ser – pues así surge de los términos de la demanda -, que de modo sistemático, el actor, durante el período de labor, hizo efectivas sus tareas en el horario de 9 a 19 hs., de lunes a viernes.

El actor afirma en las posiciones de fs. 130 que el horario de labor era desde las 7 hs., hasta las 5 o 7 de la tarde, dependiendo de las tareas de cada uno (ver contestación a la posición segunda). Concluyo en ese aspecto que el accionante no contestó concretamente si su horario de tareas era de 8hs., como lo formulaba la pregunta, sino generalizando y haciéndolo en forma evasiva.

En cuanto a la prueba testimonial, adelanto mi opinión en el sentido que asiste razón al quejoso cuando señala que el testigo P. se reconoce acreedor del demandado, por lo que su testimonio debe ser valorado con suma estrictez.

Si bien es cierto que la circunstancia que el testigo se considere acreedor de la demandada no es impedimento para valorar su declaración ni lleva por sí a dudar de la veracidad de sus declaraciones prestadas bajo juramento (cfr. Cám.Nac.de Apel.del Trabajo, sala X, 30/10/2009, "Ledesma, Sergio Ernesto c. Negrete S.R.L", La Ley Online; AR/JUR/50050/2009), no lo es menos que la valoración de sus dichos debe hacerse con mayor estrictez (cfr. Cám.Nac. de Apel. del Trabajo, sala VII, 06/09/2001, "Díaz, Ricardo D. c. Distribuidora Del Norte S.A. y otros", DT 2001-B, 2312, AR/JUR/333/2001).

Y en tal línea de ideas es preciso señalar que de los dichos de P.no surge con claridad siquiera cuál era el horario de trabajo que cumplía el actor.

El testigo se limitó a señalar que P. cumplía el mismo horario que él, pero sin indicar el lapso excedente de las horas normales, ni los días de la semana en los que ese exceso tenía lugar. Es decir, el testimonio resulta ser impreciso y a mi modo de ver no permite tener por acreditada la prestación de tareas extraordinarias.

He de señalar que comparto aquel criterio que indica que no resulta admisible el reclamo de horas extras, cuando de la misma demanda no surgen con claridad los días en que dichas tareas se han realizado, o no se discrimina con cierto detalle el tiempo en que han tenido lugar. Tal es el supuesto de la demanda incoada.

Y en tal sentido, siguiendo con la línea de ideas del Superior Tribunal provincial, se ha expresado que el trabajo extraordinario no requiere de reglas de prueba específicas distintas de las de cualquier otro hecho alegado en el proceso (art. 386, CPCCN, art. 390 del CPCCCh); sin embargo es

requisito fundamental para su progreso que el accionante efectúe en la demanda un relato circunstanciado de los hechos que hacen al sustento del reclamo (días en que efectivamente se desempeñó en horarios suplementario y extensión específica de la jornada en cuestión), no siendo suficiente, en principio, manifestar cuál era el horario de trabajo y la cantidad de horas extras trabajadas e incluir en forma globalizada el monto total del reclamo (Cfr. Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala IX, 31/05/2010, "Ribba, Néstor Daniel c. Uriona, Fermín y otros ", 2010-9, 232, DT 2010 (agosto), 2135, AR/JUR/24629/2010).

En orden a la señalada referencia global e imprecisa que surge de su declaración, estimo que la misma carece del valor probatorio necesario para tener por acreditadas las horas extras reclamadas.

Respecto del testigo G. (fs. 131), cabe señalar que ha afirmado que tanto él como el actor laboraban todos los días, a veces de lunes a domingo, de siete de la mañana a siete de la tarde.

También en este sentido debo señalar que el deponente ha excedido el marco de los propios términos de la demanda.

Por ello, he de compartir, en este aspecto, el criterio que señala que el reclamo de horas extras resulta improcedente, en tanto los testimonios aportados a la causa resultan insuficientes para probar el cumplimiento de una jornada extraordinaria, cuando sus dichos resultan imprecisos e incurren en contradicciones con los términos de la demanda, e incluso entre sí. (Cám.Nac. de Apel. del Trabajo, sala X, 29/10/2010, "López, Sabrina Cintia c. INC S.A." , La Ley Online; AR/JUR/71980/2010).

En efecto, debe rechazarse el reclamo por las horas extras supuestamente trabajadas por el actor en tanto y en cuanto los testigos que se presentaron a instancias de éste no dieron justificada cuenta de la totalidad del horario de trabajo cumplido, y de sus declaraciones no resultan elementos convictivos al respecto, máxime si los testimonios no resultan coincidentes con el relato

esbozado en el escrito de demanda (cfr. Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala IX, 14/07/2010, "Sota La Rosa, Luis c. Fataro S.A. y Otros" , La Ley Online; AR/JUR/42632/2010).

En síntesis, la prueba arrimada en autos no tiene por acreditada, a mi juicio, la prestación de horas extras, tal como lo sostiene el pronunciamiento atacado, adelantando que propondré al Acuerdo su revocación.

5.2.

Multa del art. 45 de la ley 25.345

Se queja el apelante pues sostiene que, al contestar demanda, puso a disposición del actor el certificado del art. 80, LCT, que daba cuenta de la naturaleza de las prestaciones realizadas y aportes y contribuciones de la Seguridad social.

Ha dicho esta Cámara que la indemnización del art. 80, última parte LCT ha de ser merituada con suma atención y prudencia, so riesgo de admitir conductas especulativas en desmedro de los intereses del empleador, violentando de esa manera el verdadero fin que la ley ha tenido en mira: la información veraz al trabajador, tanto de las obligaciones de seguridad social, sindicales y las relativas a las circunstancias propias del empleo (SDL 017/10).

En esa línea de ideas debo señalar que la parte demandada reconoce en su conteste de fs. 90/92 haber omitido involuntariamente la remisión de este aspecto del certificado del art. 80, LCT, en oportunidad de enviar parte de la documentación.

Soy de la opinión, entonces, que corresponde al caso la aplicación de la doctrina de los actos propios, en virtud de la cual la accionada reconoce la propia torpeza de haber omitido cumplir acabadamente con la entrega de la certificación a que dicha norma se refiere, no pudiendo hacer valer dicha conducta en su beneficio.

Además, resulta inaudible otorgar razón al quejoso, en este aspecto, por cuanto, habiendo optado por la vía de remitir por correo la totalidad de la documentación, y habiendo reconocido haberlo hecho sólo en parte, mal puede pretender suplir dicha omisión acompañándolo en el conteste de demanda.

El Decreto 146/01, en su art. 3, determina que: *"El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80 de la ley de contrato de trabajo 20.744 (t.o. por Decreto 390/76) y sus modificatorias, dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido"*.

Dicha intimación fue cursada por el actor en fecha 12.11.07, conforme surge del despacho epistolar de fs. 3.

Sin embargo, recién con la contestación de demanda acompaña la documentación omitida, con fecha 30.06.08, esto es, transcurridos en exceso los plazos legales previsto en la norma.

En la materia rige el principio de la buena fe, consagrado en el art. 11 como pauta de interpretación y aplicación de la ley, conjuntamente con los de justicia social, generales del derecho del trabajo y la equidad. También se encuentra la buena fe, específicamente, consagrada en el art. 63, LCT.

También, entonces, viene a colación lo oportunamente expresado por esta Cámara, en cuanto a que la buena fe es una regla de conducta "que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto*; es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales" (IVON LOUSSOUARN, M., *La buena fe*, en "Tratado de la buena fe en el derecho", Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 9).

La buena fe implica, así, una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bien intencionada, pero esta obligación se desdobla en la obligación de información a la contraparte sobre aspectos esenciales del negocio a celebrar, la obligación de no actuar en forma reticente, es decir, silenciando aspectos centrales que afectan el consentimiento prestado, en la obligación de no contravenir con hechos las declaraciones o actuaciones anteriores, la obligación de no defraudar una confianza o apariencia generada, etc. El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Cfr. voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; CNCom., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri, H. J. c. Sánchez, Carlos y otros", LL 1999D, 193 y DJ 19992127).

En nuestro sistema legal, el principio general de la buena fe posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones, en todas las relaciones jurídicas. Ello, al punto de que nadie puede hacer valer derechos que contravengan dicho principio, constituyendo una norma-eje de todo el sistema (Cám. 1ª CC La Plata, Sala II, 28/2/91, "Parras, Oscar A. c/ Viviendas Los Ángeles", LL1991-E-452) (SDL 013 y SDL 017, CAPM).

Y en el caso de autos, la omisión incumplida por el empleador no queda eximida con el cumplimiento tardío de la obligación, aunque se hubiese

verificado en el expediente. La puesta a disposición en el mismo fue articulada fuera de todos los plazos legales, contraviniendo una conducta anterior que optaba por la remisión epistolar.

En cuanto al monto de la multa, deberá readecuarse y tomar la remuneración de agosto/06 sin el reconocimiento de las horas extras en exceso reconocidas por la señora jueza de grado. Consiguientemente el monto de la misma será de $ 4262,25 .

Corresponde, y así he de proponer al Acuerdo, la confirmación del pronunciamiento de la Instancia anterior en este aspecto.

Por tales fundamentos, voto **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

6.

Con respecto a las costas de esta Instancia, estimo que deben ser soportadas en el orden causado (art. 72, CPCC), atento el modo en que se resuelve la cuestión.

Corresponde regular los honorarios del Sr. letrado de la parte demandada, P. C. M., por su labor en Alzada, en el 27% de los que correspondientes a la Instancia anterior (arts. 6, 13 y cc. de la ley XIII – N° 4). Los honorarios de la asistencia letrada de la parte actora no se regulan, atento la inoficiosidad de sus tareas en esta Instancia.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1. Con la reseña efectuada por el colega de primer voto quedan satisfechas las exigencias del rito referidas a la relación sucinta de los antecedentes y cuestiones que informan el caso (arts 165 y 166 del C.P.C.C.), por lo que abordaré directamente el tratamiento de los aspectos que motivan la convocatoria a este acuerdo.-

2. Agravios de la Actora:

Se agravia la parte actora en tanto la sentencia desestima la procedencia de las diferencias salariales originadas en la incorrecta registración de la real categoría laboral desempeñada por el actor.

No fue objeto de controversia que las tareas que el Sr. P. cumplió para la demandada fue la de oficial maquinista, categoría laboral diferenciada en el CCT 76/75. A categorías laborales diferentes, la equiparación en la remuneración que procura la parte no tiene asidero ni legal ni convencional (v. respuesta de la UOCRA a fs.222). Frente a tal conclusión, correspondía a la parte mostrar el yerro de la sentenciante, lo que no logra.

Como ya hemos señalados en anteriores pronunciamientos "*En el mismo sentido es sabido, que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42)"*(CAPM SDL N°3/10).

Suma a ello, la intención de incorporar a su discurso recursivo, cuestiones no propuestas a la señora jueza de grado. Comparto con el Magistrado que me precede en el voto que no es dable admitir en esta instancia, la alegada permanencia en una categoría superior a la reconocida y los efectos que ella produce:"... pasará a dicha categoría siempre que cumpla con todas las condiciones establecidas en la reglamentación de su especialidad..." (art 7mo CCT 76/75). Conforme el art.280 del CPCC el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia, esto tiene fundamento en que la función de este tribunal tiene una doble limitación y es la que resulta de la relación procesal trabada y el marco de los cuestionamientos que se exponen en el agravio*." El límite de la acción está*

dado por el contenido de los escritos de demanda y contestación, límite que no puede ser soslayado por las partes al expresar agravios. De modo que es extemporáneo el tema no planteado en aquellas ocasiones y que recién se introduce en la pieza recursiva. Al punto que su tratamiento por la Alzada importa la violación por ésta de los artículos 34 inc.4to, 163 6to, 266 y 272 del C Procesal" (Cam 2° CCy M San Juan 9-3-82 "Garcia c/ Municipalidad del partido de Rivadavia / Daños y Perjuicios).

Concluyo proponiendo al Acuerdo la deserción del recurso de apelación incoado por la actora.

3. <u>Agravios de la demandada</u>.

a) Se queja la demandada del reconocimiento de las horas extraordinarias que tuvo cumplidas la Sra. Jueza sin respaldo probatorio suficiente.

La prueba de las horas extraordinarias se rigen por las normas generales en materia probatoria, esto es el trabajador que las reclama deberá, respecto al número como al lapso y frecuencia, probarlo y ello en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba a quien lo invoca y no a quien lo niega. (art. 381 C.P.C.C.; arts. 44 y 73, Ley XVI N°1).

Y siguiendo el criterio expuesto por el STJCh en SD 04/10 SER, si bien las horas extraordinarias son hechos cuya prueba puede efectuarse por cualquiera de los medios expresa o implícitamente admitidos por la ley procesal, no menos cierto es que la parte al demandarlas debió explicitar el lapso en que las mismas se cumplieron. Advierto que al pedir señaló que durante la totalidad de la relación laboral las funciones de oficial maquinista, las cumplió de lunes a viernes de 8 a 19 hs y los sábados de 7 a 15 hs. en la P. I. de A.

La primer reserva que surge es que el reclamo es por las horas extras (30 semanales) durante el 25 de julio de 2006 al 3 de julio de 2007, sin indicar en su demanda que durante ese tiempo había sufrido el 5 de setiembre de

2006 un accidente de trabajo y se le dio el alta el 30 de marzo de 2007 como que mediaron inasistencias justificadas con posterioridad y vinculadas al mismo. Tal omisión en el relato altera la plataforma fáctica, lo que fue advertido por la Sra. Jueza y aludiré aquí a la buena fe procesal en el modo de proponer la demanda.

La segunda reserva que expongo es la inactividad de la parte que, luego de indicar que las tareas que cumplió para la demandada lo fueron en la P. de A., y frente a la respuesta que la empresa diera a fs. 115, no instó la prueba informativa ampliatoria que requiriera a fs. 148, solicitando luego la clausura de la etapa probatoria con las consecuencias que tal pedimento trae.

Luego de ello, he de concordar con el Señor Magistrado antes sufragante, en que las testificales rendidas no son bastantes para acreditar el número de horas extraordinarias que la demandante afirmara haber laborado. No repetiré aquí el análisis pormenorizado de la mismas pues constituiría una mera reiteración de lo ya expresado por él. Baste decir que P. al responder el interrogatorio preliminar hace referencia a una vigencia de la relación laboral que excede el denunciado por la actora, la referencia que allí utiliza "nosotros" es lo suficiente ambigua, señaló que la jornada laboral que él cumplía no tenía francos y que laboraban entre doce y catorce horas por día . En la segunda pregunta contestó que la jornada de trabajo de P. era la misma que ellos tenían. Los dichos del testigo examinados conforme las reglas de la sana crítica y como bien señala el Dr. Vivas, con la estrictez que genera admitirse acreedor de la demandada para algunas prestaciones, con más la respuesta a la pregunta de forma al cierre de la audiencia, me permiten concluir que no puede fundarse la condena al pago de horas extras en esta declaración.

Siguiendo con el testigo G., diré que señaló una jornada laboral para P. en exceso de la denunciada por el actor y que por ser genérica no puede

constituirse en prueba eficaz y concluyente, tanto en su efectiva realización como en su número, de las horas extraordinarias alegadas.

Por lo expuesto, comparto el voto del Dr. Vivas en el sentido que no ha logrado la parte actora justificar en autos la existencias de horas extraordinarias de trabajo demandadas, correspondiendo revocar el fallo que las reconoce.

b) El segundo agravio de la demanda refiere a la condena de la multa prevista por el art 45 de la ley 25.345.

Como bien señala el Dr. Vivas, esta Cámara se ha expedido en el sentido que la sanción contenida en el art. 45 Ley 25345 que reformó el art. 80, LCT, suma un instrumento de lucha contra la evasión fiscal. Por ello, su objeto no es que el trabajador obtenga un resarcimiento indebido, sino que sanciona al empleador que no dio cumplimiento con las obligaciones contenidas en los primeros párrafos del artículo 80 LCT.

Entre los deberes que la LCT impone al empleador se encuentra el de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social contempladas en el art. 80 . Luego, el art. 45 de la Ley 25.345 dispuso "Agrégase como último párrafo del art. 80 de la LCT (t.o. por decreto 390/76) el que sigue: "*Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente a la de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente.*"

Surgen entonces dos obligaciones que se diferencian por su objeto:

1) <u>Constancia documentada de pago de cotización</u>: El objeto de esta obligación de dar, es la copia de los comprobantes de depósito de las contribuciones debidas como obligado directo por el empleador y de los aportes y cuotas a cargo del trabajador retenidas por aquél, en cuanto se trate de cotizaciones con destino a la seguridad social o sindical.

2) <u>Certificado de trabajo:</u> Al extinguirse el contrato de trabajo, cualesquiera sea su modo, el empleador debe otorgar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre: el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos, constancia de los aportes efectuados con destino a los organismos de la seguridad social y calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo.

"Se trata, en esencia de una obligación de hacer- ya que lo relevante es la información incluida en el certificado- que nace con la extinción del contrato de trabajo"(Julio Armando Grisolía Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Tomo I Pág. 609, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2008).

En cuanto al plazo para su cumplimiento el decreto 146/01 -reglamentario del art. 45 de la Ley 25.345- establece definitivamente, el plazo perentorio dentro del cual el empleador, una vez producida la disolución del vínculo laboral por cualquier causa, debe entregar al trabajador los instrumentos a los cuales se refiere el art. 80 de la LCT. Así dispone, que el trabajador está habilitado para remitir el requerimiento fehaciente cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80 de la LCT, dentro de los 30 días corridos de extinguido por cualquier causa, el contrato de trabajo. La mora se produce de pleno derecho pero resulta requisito ineludible para la procedencia de la sanción el requerimiento previo y fehaciente la entrega de dichos certificados.

Extinguida la relación laboral y no cumplida la obligación de entrega inmediata a la desvinculación las certificaciones que prevé el art 80 LCT, la actora cursó el requerimiento a la demandada (fs.3). Frente al mismo, la empresa, señaló en la carta documento agregada a fs. 4 que el certificado de trabajo sería remitido al domicilio indicado en el telegrama de fs.3.

Reconoce la actora que recepcionó la certificación de servicios (Form PS 6.2 ANSES) no así las constancias de aportes previsionales y el certificado de trabajo. La empleadora asume parcialmente, al contestar la demanda, la omisión involuntaria de la remisión del certificado de trabajo (respecto de la naturaleza de los trabajos cumplidos y calificación profesional), poniendo a disposición de la parte la referida documentación.

El requerimiento de la actora, formalmente irreprochable, fue cursado en fecha doce de noviembre de 2007 y en definitiva la "puesta a disposición" aconteció al contestar la demanda el 30 de junio de 2008 notificada el 14 de agosto de 2008.

El art. 63 de la LCT establece claramente que las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación laboral.

No se trata aquí de valorar si la "puesta a disposición" importa o no cumplimiento de la patronal (v. Rodríguez Manzini. Ley de Contrato de Trabajo Tomo II LL págs. 1036/1037). Tengo para mi que, la presentación del certificado al contestar demanda, no puede revertir el incumplimiento de la demandada a sus obligaciones y ello en tanto en ese momento la indemnización del art.80 ya era exigible. Si optó por la remisión por vía postal y la misma fue incompleta, sin haber advertido la omisión de entregar el certificado de marras, deberá cargar con las consecuencias previstas en la norma, sin que pueda argumentar en esta instancia que la parte ha mostrado desinterés de contar con la documentación.

Por lo expuesto, la queja de la demandada en este aspecto del recurso no tiene andamiento.

c). Conforme se propone al acuerdo resolver la cuestión de las horas extras, deberá ajustarse el monto de la multa del art. 45 de la ley 25.345. A esos fines y siguiendo la remuneración del mes de agosto/06 tomada por la señora jueza, deberá detraerse de la misma la suma reconocida para las horas extraordinarias de $ 356 (129,20 + 226,80), por ello la multa será de $ 4262,25.
Concluyo, admitiendo parcialmente el agravio de la demandada.

4. Las costas en esta instancia y en orden a como se resolvieron las cuestiones, deberán ser soportadas en el orden causado.
En cuanto a la regulación de honorarios en la Alzada, los del Abogado P. C. M., letrado apoderado de la demandada, serán regulados en el 27 % de los que le fijaran en la instancia anterior (arts. 6, 13 y cc. de la ley XIII N° 4).
Conforme criterio de esta Cámara y respecto de los honorarios del Ab R. P., no devenga honorarios el escrito de expresión de agravios que es tenido por insuficiente considerándose su actividad inoficiosa. (entre otras SDL 3/10)

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:
En caso de ser acompañado mi voto por mi colega de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:
1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación de la actora, cuya expresión de agravios luce a fs. 279/280;
2) REVOCAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 262/265, **DESESTIMANDO**, consecuentemente, en su totalidad, el reclamo por horas extras solicitado por la parte actora.

3) CONFIRMAR el decisorio de fs. 262/265 en cuanto a la imposición de la multa del art. 45 de la ley 25.345, debiendo modificarse el monto de la misma en la suma de $ 4.262,25 .

4) IMPONER las costas de alzada en el orden causado (cfr. art. 72, del CPCC).

5) REGULAR los honorarios por la labor en la alzada del Sr. letrado de la parte demandada, P. C. M. en el 27% de los que correspondan a la Instancia anterior. Los correspondientes al Sr. letrado de la parte actora no han de ser regulados, atento la inoficiosidad de sus tareas. (art. 6, 13 y cc. Ley XIII N° 4).

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Conforme el acuerdo al resolver las cuestiones propuestas el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Vivas.

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 encontrarse vacante una vocalía (Arts. 7 y 8 Ley V N°17).

Puerto Madryn, marzo de 2011.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación de la actora, cuya expresión de agravios luce a fs. 279/280;

2) REVOCAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 262/265, **DESESTIMANDO**, consecuentemente, en su totalidad, el reclamo por horas extras solicitado por la parte actora.

3) CONFIRMAR el decisorio de fs. 262/265 en cuanto a la imposición de la multa del art. 45 de la ley 25.345, debiendo modificarse el monto de la misma en la suma de $ 4.262,25 .

4) IMPONER las costas de alzada en el orden causado (cfr. art. 72, del CPCC).

5) REGULAR los honorarios por la labor en la alzada del Sr. letrado de la parte demandada, P. C. M. en el 27% de los que correspondan a la Instancia anterior. Los correspondientes al Sr. letrado de la parte actora no han de ser regulados, atento la inoficiosidad de sus tareas. (art. 6, 13 y cc. Ley XIII N° 4).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL NO. /11 SDL. CONSTE