En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de noviembre del año dos mil diez, 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: **"H. E. M. c/ B. T. E. s/ Cobro de Pesos" (Expte. N°155 Año 2010)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte.N°406/08), 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. 188.

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

**1.** A fs. 155/158 la Sra. Jueza de la Instancia anterior dictó sentencia haciendo lugar parcialmente a la demanda entablada por E. M. H. en contra de T. E. B., condenado a éste último a abonar al primero la suma que resulte de lo decidido en los Considerandos III y IV de su resolución.

Para arribar a dicha decisión consideró que ni el reclamo por fecha de ingreso errónea, ni por diferencias salariales por horas extras debían prosperar. Entendió que no se encontraban acreditados ninguno de los dos extremos.

Hizo referencia a lo expuesto por los testigos A. (fs. 114), A. (fs. 138), S. (fs. 139), G. (fs. 141) y Q. (fs. 142), concluyendo que sus dichos resultaron confusos y no lograron formar convicción a la luz de la sana crítica.

Sostuvo que ni siquiera el actor acreditó indicio alguno para tales reclamos.

En tal inteligencia rechazó el pedido de condena a la multa del art. 1 de la ley 25.323, ya que no se acreditó registración deficiente. En el mismo sentido se expidió con relación a la multa del art. 45 de la ley 25.345.

No obstante, admitió el adicional por jornada de trabajo mixta, estimando que debían calcularse 8 minutos adicionales a partir de las 21 hs, liquidándose como hora extra al 50% y/o al 100%, según se tratara de sábados y/ o domingos. Tal tarea fue encomendada a la labor de un perito contador. Impuso las costas en el 60% al demandado y en el 40% a la actora. La condena se impuso con más intereses.

**2.** A fs. 165/172 se agravió el actor.

En su primera queja sostuvo que la sentenciante incurrió en una errónea valoración de la prueba. En tal sentido hizo referencia a los dichos de los testigos de autos.

Asimismo apuntó que la demandada acompañó sólo tres planillas horarias, restando la de los demás meses laborados, omitiendo exhibir en forma completa el registro que da cuenta el art. 6, inc. c) de la ley 11.544 y el art. 8, inc. 1 de la OIT (en materia de Convenio sobre horas de trabajo (Industria), 1919). Entendió aplicable al caso la normativa del art. 42 ( léase 41) de la ley XIV, N° 1.

También fue objeto de queja el rechazo de la demanda en orden a la fecha de ingreso del actor a su trabajo gastronómico, discrepando con la sentencia en virtud de las declaraciones testimoniales de fs. 114 y 138.

En segundo lugar se agravió por cuanto la pieza decisoria no condenó al pago de la multa del art. 1 de la ley 25.323, incurriendo en contradicción. Ello, por cuanto, por un lado reconoció diferencias salariales y por el otro rechazó tal sanción.

Definió lo que a su juicio resulta ser “registro deficiente” y citó doctrina y jurisprudencia provincial

En su tercer agravio adoptó similar parecer con respecto a la multa del art. 45 de la ley 25.345, con análogos argumentos a los vertidos en su anterior queja.

En su cuarta queja reclamó el adicional por “alimentación” del art. 11, ap. 11.1 del CCT 389/04, con argumento en la irrenunciabilidad de los créditos laborales (art. 12, LCT).

Se agravió, finalmente, por entender desproporcionada la imposición en costas de la otra Instancia, solicitando que las mismas sean impuestas en su totalidad a la demandada.

**3.** A fs. 174 expresó agravios la parte demandada.

En su único agravio sostuvo que es de aplicación el pto. 8.2. del CCT 389/04, razón por la cual corresponde el recargo del 50% y no del 100% sobre los minutos adicionales por hora nocturna.

A fs. 173 se corrió traslado de los agravios del actor a la demandada, los que fueron contestados a fs. 176/178.

A fs. 175 se corrió traslado de los agravios de la demandada al actor, los que no fueron contestados.

**4.**

**4.1.** Agravia al actor que la Sra. Jueza de la otra Instancia, en una errónea valoración de la prueba, rechazó el reclamo por horas extras y nocturnas.

Debo comenzar sosteniendo aquello que en otros votos de esta novel Cámara se ha señalado, en cuanto a que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, por lo que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución ( cfr. “T., D. V. C/ R. C., Á. s/ COBRO DE PESOS”, Exp. 09/2010 SDL N°01/10 CAPM.). Coincido con la Sra. Jueza

de grado en que las declaraciones testimoniales rendidas en autos resultan confusas con respecto a este punto de la cuestión.

Así, el testigo A.( fs. 114) afirma que el actor laboraba de 11,30 hs. a 15,30 hs., agregando (ver segunda pregunta), que "volvían" a la noche de 20 hs. a 0 hs., sin especificar siquiera que ese era el horario específico del actor.

La testigo A. ( fs. 138) señaló que "veía" al actor, entre las 11 y 11,30 hs. retirándose a las 15 hs., "una cosa así". Al contestar a la quinta pregunta, refirió que "se iban turnando, quienes entraban una media hora antes cada día".

Para la testigo S. (fs. 139), "ellos" ( refiriéndose a los mozos) entraban "por ahí" antes de las 11,30 hs., dependiendo el día, circunstancia que, a la luz de sus manifestaciones, consensuaban entre sí.

El testigo G. (fs. 141), por su parte, señaló que los turnos de trabajo de los mozos eran distintos; rotativos, no fijos (ver contestación a la pregunta tercera), aclarando que era él quien ponía el orden de esos ingresos.

Finalmente, el testigo Q. (fs. 142) también refirió que los turnos de los mozos eran rotativos.

Tales declaraciones -las que fueron debidamente analizadas en la pieza decisoria- resultan harto deficientes para tener por acreditadas las mentadas horas extras, tal como lo pretende el quejoso.

Con relación a las manifestaciones de dos de los testigos, en cuanto a que el actor sólo tenía un franco semanal y que ello lo habilita a reclamar conforme al apartado 8.5 del CCT/04, debo señalar que no se advierte que tal rubro, introducido en el agravio, hubiese sido materia de reclamo.

Tal aseveración me permite señalar que, si en esta Instancia se atendiera la queja, se estaría violando el principio de congruencia contemplado en el art. 165, inc. 6° del CPCC. En tal sentido, se ha señalado que *"La norma contenida en el art. 163, inc. 6° del Cód. Procesal exige una estricta correspondencia entre lo decidido en la sentencia y las cuestiones planteadas por las partes, se trata de una*

*aplicación del denominado principio de congruencia, que constituye una de las manifestaciones del principio dispositivo que reconoce fundamento constitucional."*. ( Cám. Nac. Apel. del Trabajo, sala X, 28/10/2002, in re: "Campos, Sergio O. c/ Hadjinian, José L. y otro", AR/JUR/3187/2002 , DT2003-A, 566 ). Y en esa línea de ideas, la facultad de fallar "ultra petita" del art. 68 de la ley XIV n° 1, no puede suplir la omisión en que incurre el accionante, ya que de lo contrario también se violentaría el principio de congruencia consagrado por el art. 165, inc. 6° del. Cód. Procesal, que posee raigambre constitucional. Ello, por cuanto se afectaría la garantía de la defensa en juicio, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional al emitirse una condena sobre rubros respecto de los cuales no se le dio a la accionada la posibilidad de ser oída, privándola del derecho de alegar y probar con relación al punto ( cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X , 28/10/2002, in re: "Campos, Sergio O. c/ Hadjinian, José L. y otro" , AR/JUR/3187/2002.DT2003-A, 566).

En orden a la falta de planillas horarias (art. 6, inc. c), ley 11544), cabe señalar que el actor, en momento alguno, cuestionó su deficiencia hasta el momento de su queja.

Como el art. 6, inc. c) de la ley 11.544 sólo exige el registro de las horas extras que efectivamente se hubieran realizado, su ausencia no prueba en modo alguno que tales horas extras se hayan trabajado en forma efectiva, ya que la falta del registro también puede obedecer a la inexistencia de trabajo en tiempo suplementario, tornándose inaplicable la presunción que emerge del art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo , porque ésta sólo proyecta con relación a las obligaciones impuestas al empleador en el art. 52 del citado cuerpo legal. (cfr. Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala II , ,25/11/2009, in re: Nicoletta, Andrea Paula c. Royal and Sun Alliance - Seguros Argentina S.A. AR/ JUR/
46923/2009).

Tampoco, de la pericia contable surge acreditado registro alguno de horas extras efectivamente trabajadas por el actor.

Para peor, ningún otro requerimiento judicial se advierte en este proceso que permita suponer una inconducta del empleador en el sentido apuntado por el quejoso. De tal suerte que, endilgar en su agravio una obligación que no se le impuso oportunamente, constituye una violación al principio de legalidad consagrado en el art. 19 de la CN.

Por lo demás, y tal como bien lo dejara establecido la pieza decisoria, ninguna prueba surgió de las declaraciones testimoniales tendientes a acreditar el efectivo cumplimiento de horas extraordinarias.

En similar situación se encuentra el punto referido a la fecha de ingreso del trabajador. La Sra. Jueza de grado ha formulado un detallado análisis de las declaraciones testimoniales y ninguna de las aseveraciones allí contenidas permite determinar que la fecha de ingreso sea la que indica el actor en su líbelo de demanda.

Tengo para mí, en definitiva y en este aspecto, que el agravio no atraviesa la barrera de la crítica razonada, pues de la exposición que formula, se desprenden meras discrepancias con la valoración de las pruebas articuladas que no cumplen con el requisito de suficiencia técnica contemplado en el art. 268 del CPCC.

Las escuetas manifestaciones vertidas en la queja no pasan de ser meras disconformidades que no rebaten adecuadamente las precisas consideraciones que llevaron a la señora juez *a quo* a decidir de la manera en que lo hizo, sin cumplir así con la mencionada directiva legal (cfr. Cám. Nac. Apel. en lo Civil, sala F, 22/12/2008, "Parisi, Daniel Alberto c. Empresa San Vicente SAT y otros", La Ley Online, AR/JUR/21721/2008, entre otros).

**4.2.** Se agravió el actor por cuanto la sentencia en crisis desestimó el pedido de multa del art. 1 de la ley 25323.

Sostiene en su queja que la sentencia es contradictoria, ya que, por un lado admite las diferencias salariales, y por el otro, rechaza la multa que castiga, justamente, la deficiente registración, entendiendo la deficiencia como todo aquél registro que resulta ser incompleto, imperfecto, defectuoso o que no alcanza el grado necesario.

Es criterio del suscripto que, en este caso, no es procedente el incremento que establece el art. 1 de la ley 25.323, ya que al momento del despido la relación laboral de la actora se encontraba registrada, aun cuando no se encontraban registradas las diferencias salariales por jornada mixta reconocidas judicialmente en la misma pieza decisoria. En efecto. El pago insuficiente de la remuneración no habilita *"per se"* a concluir en un deficiente registro. No puede soslayarse que el empleador registró las remuneraciones efectivamente abonadas al trabajador, realizando los aportes correspondientes a los organismos de seguridad social ( cfr.con lo decidido en el mismo sentido por Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala III, , 10/09/2009, in re: "Macri, Andrea Mercedes c. Marsans Internacional Argentina S.A.; AR/JUR/33545/2009; en sentido análogo, misma Cámara sentencia Nº 90237 del 10.10.08, en autos "Rosiello, Juan Car1os c. Fundación Universidad Argentina de la Empresa s/ diferencias de salarios", sentencia Nº 87370 del 9.12.05, en autos "Borges, Verónica Andrea c. Decide SRL y otro s/ despido", sentencia Nº 91154 del 30.6.09 en autos "Guinovart, Mónica Verónica c. Atento Argentina SA y otro s/ despido", todas del registro de esa Sala).

Entender la norma de otra manera significa desconocer sus alcances en orden a los objetivos consignados en el art. 1 de la ley 24.013, y sostengo que se incurriría en un supuesto de abuso del derecho, extremo que la ley no ampara por imperio de lo establecido en el art. 1071 del Cód. Civil.

El art. 1071 del Cód. Civil, con la reforma introducida por la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810), legitima el ejercicio regular de los derechos y define

como abusivo aquél que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. (Del voto del doctor Morando Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, 22/10/1990, Patrón, Abel E. c. Casa Buenos Aires S. A., DT 1991-A, 359 - DJ 1991-1, 739, AR/JUR/1801/1990).

En tal sentido, se ha señalado que *"Es improcedente la indemnización prevista en el Art. 1 de la ley 25.323, pues el objetivo de dicha ley es la eliminación de las prácticas evasoras, lo que no se da en el caso.. " La indemnización del Art. 1 de la ley 25.323 no procede, en tanto no se está ante un caso de evasión que la ley busca desalentar.."* (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, 30/06/2010, Arevalo, Jorge David c. Edenor S.A. y otro, La Ley Online; AR/JUR/32653/2010).

En consecuencia, no obstante que la demandada no registró las diferencias salariales reconocidas por su jornada mixta, y en la medida que tal incumplimiento no constituye un presupuesto del sistema sancionatorio contemplado en la normativa citada, corresponde el rechazo del incremento allí previsto. De otro modo, cualquier diferencia, cualquier alteración en la registración, de cualquier naturaleza, quedará expuesta a la multa solicitada por pequeña que sea.

Propondré al Acuerdo la confirmación de este aspecto de la sentencia.

**4.3.** Se agravia el actor, pues la pieza decisoria de la otra Instancia desestimó la multa del art. 45 de la ley 25345. Se queja, pues entiende que, no sólo se ha entregado la documentación requerida en forma tardía, sino que además dicha certificación carece de datos compatibles con la realidad.

Con relación al primer aspecto, advierto que no luce en autos la fecha de la recepción – por parte del demandado- del despacho epistolar de fs. 7, extremo que le correspondía probar al actor, para computar los dos días hábiles a que refiere el art. 45 de la ley 25.345. He de recordar, en tal

sentido, que dicha norma establece que el cálculo ha de realizarse *"a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento "*.

No puedo evitar señalar que el mentado certificado del art. 80, LCT fue retirado de la Subsecretaría de Trabajo de esta Ciudad el 29 de julio de 2008, conforme prueba aportada por la propia actora y que luce a fs. 9.

Respecto al segundo aspecto del agravio, doy por reproducidas las consideraciones vertidas en oportunidad de tratar la multa del art. 1 de la ley 25.323.

Propondré al Acuerdo la confirmación de la sentencia en este aspecto.

**4.4.** En este punto el actor viene a solicitar un rubro no reclamado oportunamente. Abrir su consideración constituiría –tal como lo he manifestado en el apartado 4.1. de las presentes consideraciones– una violación al principio de congruencia, consagrado en el art. 165, inc. 6 del CPCC). Consecuentemente, corresponde el rechazo de la queja.

**4.5.** En orden a los vencimientos mutuos y toda vez que el actor apelante no ha podido en esta Instancia conmover los argumentos sentenciales, soy de la opinión que la imposición de costas de la Primera Instancia deben ser confirmadas (arg. art. 72 del CPCC).

**5.** Se agravia la demandada por entender que la Señora Jueza ha reconocido en la condena al plus por jornada extra de horas nocturnas el recargo del 50% y 100 %.

Al fundamentar su agravio indica como primera cuestión que la Sra. Magistrada ha fallado extra petita pues la actora indicó que debían adicionarse ocho minutos del salario normal y luego refiere que Hinojosa tenía el descanso hebdomadario, por lo que trabaja normalmente en sábados y domingos tal como señala el CCT 489/04 en el 8.2 . Pide se ajuste la sentencia en ese aspecto y de considerarse el plus se fije en el 50 % si se supera la jornada mensual de 200 hs.

En el punto en crisis, la parte actora ha reclamado, como dice el apelante, "*...En consecuencia tenemos que desde las 21.00 hs hasta las 02 hs ( 5 hs. diarias), la tarea cumplida por el actor en ese período debe considerarse jornada nocturna y por ello debe ser liquidada adicionándole 8 minutos del salario normal por cada hora nocturna laborada tal como estipula el art.200 de la LCT...*" .

Si como ya he señalado en el punto 4.1 es obligación del juez respetar en su decisorio el principio de congruencia, el que en definitiva constituye un resguardo tendiente a asegurar la garantía en juicio, hay incongruencia objetiva " extra petita " cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

La posibilidad de fallar ultra petita, que establece el art. 68 de la ley XIV N° 1, no autoriza a flexibilizar la congruencia a punto de modificar lo que ha sido objeto expreso de reclamo y que además se enanca con las disposiciones que prevé el CCT 389/04 en el punto 8.5 (indebidamente citado por el apelante como 8.2) que dice "*El trabajo en días sábados desde las 13:00 horas, domingos y feriados, según el régimen de jornada que en cada caso se establezca, se abonará en forma ordinaria, otorgándose oportunamente el correspondiente franco compensatorio*", con ello los minutos adicionales deberán liquidarse a valores normales con indiferencia que se trate de días sábados, domingos o feriados.

Por ello propongo al Acuerdo, se revoque en este aspecto el fallo. Consecuentemente, el perito contador a designar, deberá calcular el plus por jornada nocturna y sobre la base fáctica allí dispuesta, por cada hora nocturna trabajada, el adicional de ocho minutos sobre el salario normal, tal como fue peticionado por la actora.

Por lo precedentemente expuesto, voto **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.**

**6.** Las costas de esta Instancia, tal como queda resuelta la cuestión, han de ser soportadas en el orden causado, a cuyo fin regulo los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, E. M. C., en el 25%, de los regulados en Primera Instancia y los del Sr. letrado de la parte demandada, J. G. en el 25 % de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

Así lo voto

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

1. Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravios expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes, en el mismo orden que propone el Dr. Vivas.

2. Los agravios de la actora:

a)La parte actora para fundar su primer agravio, cuestiona la valoración de la prueba testimonial cumplida y la omisión de la Sra. Jueza de aplicar el art.42 de la Ley XIV N° 1 y que determinan el rechazo de la multa prevista por el art.1 de la Ley 25.323 por registración defectuosa de la fecha de ingreso y diferencias salariales por horas extras no abonadas.

Centrada la queja de la apelante en la incorrecta valoración de la prueba, creo necesario referir que los jueces no les está obligado ponderar una por una todas las probanzas, pues basta que lo hagan respecto de las que

estimen conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo omitir toda referencia a las que estimaran inconducentes o no esenciales.

Ya hemos señalado que *"La prueba testimonial es esencialmente subjetiva y su valor depende de las condiciones morales de los testigos, de su probidad, del conocimiento personal que de los hechos tengan, de la verosimilitud de estos mismos hechos y de la concordancia de sus dichos con los demás elementos de mérito que pudieren obrar en el expediente. Su valoración es, en definitiva, facultad privativa del magistrado para lo cual cuenta con los criterios de interpretación que le provee las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 -antes arts. 386 y 456- del CPCC)."* (SDL 05/10).

Si el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan, para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad.

La Dra. Pérez, ha señalado puntualmente los dichos de los testigos, marcando las inconsistencias en las declaraciones y complementando las otras, que a juicio del quejoso resultan arbitrarias y parciales. No lo ha dicho la parte en la oportunidad de las declaraciones de los dependientes del demandado ni cabe inferirlo en esta instancia, que el vínculo laboral que sostienen sea obstáculo para dar credibilidad a sus dichos, máxime cuando la buena fe se presume en todos los ámbitos del derecho y por ello extensible a la apreciación de las declaraciones cumplidas.

No cuestionada por la actora la documental aportada (v. Contrato de fs. 52 ni las planillas de la AFIP de relevamiento de personal de fs.54 56) y no resultando de la prueba testimonial una realidad distinta a la que surge de los mismos, se debe desestimar el agravio.

La misma tesitura deberá adoptarse respecto de las horas extras. La prueba de las horas extras o suplementarias, en cuanto al número, período o frecuencia estaba a cargo de H. No mereció observación de su parte las planillas horarias anexadas, ni por su cantidad ni por su contenido. Sobre la base del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo invoca y no a quien lo niega y que esta debe ser categórica, no logró- el actor- justificar sus dichos. Los testigos han dado cuenta de una jornada de trabajo con ingreso/ egreso escalonado, acorde con el servicio gastronómico, pero en modo alguno de ellas se puede inferir la jornada que denunció la parte en su escrito postulatorio.

Tampoco era operativa la norma del art.41 de la Ley XIV N° 1 (cita el art.42 de la Ley 69). Comprobado el trabajo en tiempo extra, puede considerarse que el empleador tiene la obligación de asentar el exceso en el libro del art. 52, LCT, y la eventual falta de exhibición de éste generará una presunción acerca de la extensión del ya comprobado trabajo en tiempo suplementario (art. 55 , LCT). Pero cuando no se prueba el trabajo en tiempo extra, no puede considerarse que el empleador hubiera debido registrar aquello que no ha existido, por lo que en este último supuesto la ausencia de registro no puede llevar -por vía de presunción- a tener por acreditado aquello de cuya demostración previa dependía la operatividad de la referida presunción. *"El cumplimiento de horas extraordinarias no forma parte del conjunto de hechos susceptible de probarse mediante la presunción dispuesta por el art. 55 LCT, puesto que en el libro especial previsto por el art. 52 de la norma citada no se asienta el horario y por definición, tampoco podrían las horas extraordinarias integrar dicho registro con carácter permanente. Si bien la prueba del trabajo extraordinario no debe ser más ni menos estricta que la de cualquier otro hecho relevante invocado y controvertido, lo cierto es que ella no depende simplemente de la presunción del art. 55 de la LCT.-* (CNTRAB - Sala III - Expte n° 10405/04 - sent. 87359 - 05/12/2005 - "Amigo Valdés, Agatha c/ Noveno Arte SA y otro s/ despido"

En igual sentido CNTRAB -Sala IX Expte. N° 13371/04 sent. 14129 30/3/07 "Aguilar Urquieta, Omar c/ UADE s/ despido" Base elDial.com - AL2A5F).

Por lo expuesto este primer agravio debe rechazarse.

b) El segundo agravio gira sobre el rechazo de la multa del art.1ero de la ley 25.323.

El artículo 1ero de la Ley 25.323, dispone un incremento indemnizatorio para el caso de que, al momento del despido, una relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Es claro que el fundamento de la sanción ha sido la eliminación del trabajo total o parcialmente clandestino, en razón de que la falta de adecuada registración priva al trabajador del goce de los beneficios sociales respectivos y provoca perjuicios a todos los sujetos involucrados en la relación laboral.

Registrado el actor Hinojosa, deberá avanzarse en que debe entenderse como registración deficiente. La mayoría de la doctrina sostiene que no toda irregularidad o deficiencia en la registración habilita la sanción sino aquellas a las que refieren los arts. 7mo, 9no. y 10mo. de la ley 24.013. Las diferencias salariales que genera la jornada mixta de trabajo no encuadra en mi criterio en los supuestos que habilita la norma. *"En el presente caso no media esa situación de clandestinidad, analizando el tema tanto desde la perspectiva de la ley 24.013, como de la ley 25.323, artículo 1º, puesto que el trabajador sí se encontraba registrado, por lo que gozaba de los beneficios antedichos. Aún en la hipótesis de considerar que el actor debiera percibir un salario superior al que se le abonaba, ello no implica la procedencia de la sanción prevista en el art. 1º de la ley 25.323 por cuanto la ley 24.013 (cuya finalidad, reitero, es la misma) sólo tipificó como conductas sancionables por los arts. 9 y 10 (fuera de la falta total de registración) las irregularidades registrales en orden a la fecha de ingreso y al salario y en tanto se trata de materia sancionatoria, ámbito en el que deben regir las pautas interpretativas más restrictivas, considero que no cabe aplicar la analogía en perjuicio del sancionado*". ("Moreira Ramón Ernesto Martín c/ Nextel

Comunications Argentina S.A. s/ despido" CNATrabajo. Sala II.5-8-2010. MJ-JU-M-59105-AR).

Por lo expuesto acompañaré al Dr. Vivas en el sentido de rechazar este agravio.

c) El tercer agravio refiere al rechazo de la indemnización prevista por el art.45 de la ley 25.345.

El último párrafo del art.80 de la LCT, incorporado por el art.45 de la Ley 25.345, crea una indemnización a favor del trabajador que exige un presupuesto de hecho que es la omisión en la entrega de la constancia o certificado y un requisito formal, que es la intimación al empleador respetando los plazos que surgen de esa norma y del Dec 146/01.

No obra en autos constancia de la recepción de la intimación de la carta documento de fs.17, lo que obsta a dar por cierto la extemporaneidad de la entrega y se cumplió con la obligación al entregar el certificado de trabajo en la Delegación local del Ministerio de Trabajo con posterior entrega al Sr. Hinojosa.

Por otro lado y siguiendo los mismos argumentos, en cuanto a la finalidad que tuvieron estas leyes, la diferencia en la registración de las diferencias salariales al reconocer la jornada mixta de trabajo, no resulta relevante para desnaturalizar el propósito que ha tenido la norma.

Propongo por tales argumentos desestimar el agravio.

d) El cuarto agravio es inaudible en esta instancia.

La sentencia de primera instancia no trató la cuestión del Rubro adicional por Alimentación porque no fue objeto del reclamo.

El principio de irrenunciabilidad al que refiere el art.12 resulta ser uno de los instrumentos destinados a evitar que el trabajador, en situación desventajosa con el empleador, acepte estipulaciones que impliquen una renuncia, supresión o reducción de aquellos derechos que le confiere el ordenamiento laboral en su conjunto. Supone que cuando el trabajador,

renuncia a algún derecho lo hace ya por falta de capacidad negocial ya por ignorancia, reitero, en un marco de desventaja o desigualdad jurídico-económica.

En modo alguno puede sostenerse que, un trabajador con asistencia letrada y en el marco del proceso judicial que procura un reconocimiento a los derechos que sostiene vulnerados y que omite el reclamo de un rubro remuneratorio, se encuentra en una situación de desigualdad que autoriza a la aplicación de tal principio.

Por otro lado la facultad del juez consagrada en el art.68 de la Ley XIV N° 1 refiere a que el juez podrá fijar las cantidades adeudadas con prescindencia o ausencia de lo reclamado pero ello no implica reconocer un rubro que no fue objeto de la demanda, donde se han fijado los términos de la pretensión. *"Sin embargo, ello no implica que puedan suplir la omisión cualitativa en que pudiera incurrir el accionante, con lo que no corresponde admitir un rubro que no fuera reclamado correctamente en el cuerpo de la demanda. Fallar ultra petita significa admitir un monto mayor al reclamado en autos.*(Ackerman- Tosca "Tratado de Derecho del Trabajo" T IX pág 295). "*El artículo 71 del Rito laboral autoriza al juez a que, supliendo la omisión o error del demandante, sentencie "ultra petita" cuando se trata de una petición expresamente articulada. Esta facultad está destinada a remediar la ignorancia, negligencia u olvido de los actores, por lo que puede prescindirse de sus peticiones incompletas o defectuosas y reconocerles beneficios que, por ser irrenunciables, resultan superiores a los solicitados. La elevación de los montos indemnizatorios consignados en una errónea liquidación, llevándolos a las sumas que legalmente corresponden, constituye un típico supuesto de ejercicio de dicho arbitrio"*( CANE Sala A SDL 87/97). "*Siendo la sentencia la manifestación exterior del otorgamiento de la tutela jurídica del Estado a los intereses protegidos por la norma legal, es lógica consecuencia que la misma no puede apartarse de la situación jurídica planteada en la litis. Cobra vigencia de tal manera, el precepto "sententia debet esse conformis libello". Se*

*plantea así, la existencia de una correlación obligada entre "acción y sentencia" que determina que el juez debe fallar sobre todo lo que le ha sido requerido y solo sobre ello."*( STJ Formosa."Ríos, Evelio Tadeo" c/Editorial "La Mañana S s/Reclamo Laboral -Fallo Nº 335/94. 14/4/94 Base elDial.com - AU5FE )

No corresponde por lo expuesto admitir este agravio.

d) El último agravio de la actora se refiere a la imposición de las costas.

No existe mérito para apartarse de las disposiciones de los arts 69 del CPCC y 57 de la Ley XIV N° 1. Los vencimientos mutuos en aquella instancia, autorizan a la aplicación de las costas del modo en que lo hizo la Sra. Jueza en la proporción que, conforme el resultado que obtienen las partes, no se advierte arbitraria, por lo que se desestima la queja.

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

Se agravia la demandada por la condena al pago del plus por jornada extra de horas nocturnas con un recargo del 50% y 100%.

Señala que la actora al peticionar en la demanda requirió la condena "... adicionándose 8 minutos de salario normal por cada hora nocturna laborada..." de manera tal, que la condena de la jueza de primera instancia es en ese sentido *extra petita* . Agrega en segundo término que el actor tenía descanso hebdomadario en días de semana trabajando normalmente los sábados y domingos, y que debió ajustarse a lo que dispone el CCT 489/04, individualizando la norma del apartado 8.2. Por otro lado dice que se podrá considerar al 50% en tanto se supere el limite de jornada laboral que se fija en 200 horas. Solicita que en definitiva se revoque en el sentido que los minutos adicionales no llevarán recargo y de hacerlo será del 50% si se superan las 200 horas mensuales.

Ya he dado cuenta en el punto 2.d) de las facultades que tiene el juez para fallar *ultra petita*.

En el punto en crisis, la parte actora ha reclamado, como dice el apelante, "...*En consecuencia tenemos que desde las 21.00 hs hasta las 02 hs ( 5 hs. diarias),*

*la tarea cumplida por el actor en ese período debe considerarse jornada nocturna y por ello debe ser liquidada adicionándole 8 minutos del salario normal por cada hora nocturna laborada tal como estipula el art.200 de la LCT...*" Era ese el límite de su pretensión y no hay error o confusión en el modo de pedirlo.

El CCT 389/04, que rige la actividad, establece en el apartado Octavo el Régimen de Jornada Laboral. En el punto 8.5 ( y no en el 8.2 que señala el recurrente) dice "*El trabajo en días sábados desde las 13:00 horas, domingos y feriados, según el régimen de jornada que en cada caso se establezca, se abonará en forma ordinaria, otorgándose oportunamente el correspondiente franco compensatorio"*, con ello los minutos adicionales deberán liquidarse a valores normales prescindiendo en su cálculo que se trate de sábados, domingos o feriados.

Verificado a mi criterio, el desajuste entre las peticiones formuladas en la demanda y la decisión que adopta la Sra. Jueza, concediendo más de lo reclamado, comparto con el Sr. Juez prevotante que debe modificarse la sentencia en este segmento y en consecuencia, al tiempo de ejecutarse la sentencia, el cálculo del adicional por jornada nocturna será sobre el salario normal de Hinojosa.

4. Las costas en esta instancia y tal como se acuerda resolver las cuestiones deberán ser soportadas por las partes en el orden causado. Los honorarios que propone el Dr. Vivas resultan adecuados a las actuaciones profesionales cumplidas.

Así lo voto

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Por tales fundamentos, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

**1) MODIFICAR** el decisorio de fs. 155/158 en el modo de cálculo del adicional por jornada nocturna y **CONFIRMAR** en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

**2) IMPONER** las costas de la presente Instancia en el orden causado (art. 72 del CPCC).

**3) REGULAR** los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, E. M. C., en el 25%, de los regulados en Primera Instancia y los del Sr. letrado de la parte demandada, J. G. en el 25 % de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

Asi lo voto

**A LA SEGUNDA CUESTION :** La Sra. Jueza María Inés de Villafañe dijo:

En vista del acuerdo arribado precedentemente el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez que me precede en el voto.

Tal mi 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, de noviembre de 2010.

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) MODIFICAR** el decisorio de fs. 155/158 en el modo de cálculo del adicional por jornada nocturna y **CONFIRMAR** en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

**2) IMPONER** las costas de la presente Instancia en el orden causado (art. 72 del CPCC).

**3) REGULAR** los honorarios profesionales del Sr. letrado de la parte actora, Emilio Miguel CACCIAVILLANI, en el 25%, de los regulados en Primera Instancia y los del Sr. letrado de la parte demandada, J. G. en el 25 % de los regulados en la Primera Instancia (arts. 5, 13, 38 y cc. de la Ley XIII N° 4).

**4) REGISTRESE NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE**

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDL.- Conste.-