--- En la ciudad de Trelew, a los días de noviembre del año dos mil doce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M. G., L. A. c/ A. S.A. s/ Diferencia de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. 336 – Año 2012 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 264. ----------

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

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 239, que fuera concedido a fs. 240, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 231/235 que rechazó la declaración de inconstitucionalidad del art. 6, inciso f, del C.C.T. 372/04, hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por L. A. M. G. y condenó a A. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $15.151,82.-, con más sus intereses, en concepto de diferencias salariales, sueldo anual complementario, vacaciones proporcionales, indemnizaciones por antigüedad y por falta de preaviso, incremento previsto por el art. 16 de la ley 25.561, indemnización por daño (art. 95 y remisión del art. 97 de la L.C.T.), y asimismo rechazó la reconvención deducida por la sociedad, con imposición de costas en un 90% a la demandada y en un 10% al actor. ----------

----La expresión de agravios de la accionada luce a fs. 241/243 vta., el traslado conferido a fs. 244 no fue contestado por su contraria, y señala la apelante que se la condenó al pago de la suma de $4.045,92.-, en concepto de daños y perjuicios de acuerdo al art. 97 de la L.C.T., y con cita de doctrina entiende que si se presentan las circunstancias del párrafo 3º del art. 95 esa indemnización sustituye a la que corresponde por omisión de preaviso, y ese es precisamente el caso de autos por lo que el monto de esta última indemnización de $3.401.- no corresponde, y en consecuencia debe revocarse la condena a su pago. Se agravia también de la indemnización establecida con fundamento en el art. 245 de la L.C.T. ya que se calculó en exceso considerando la antigüedad del trabajador al momento del despido. Refiere el art. 6, inciso f, del C.C.T. 372/04, aplicable al actor en tanto trabajador de temporada, y que conforme se reconoce en la sentencia definitiva el actor sólo laboró durante las temporadas 2004/2005, 2005/2006, y 2006/2007, por lo que corresponde computar sólo un año de servicio. Agrega que ese importe no puede superar un mes de indemnización según el art. 245 de la L.C.T., por lo que la sentencia debe revocarse en ese aspecto, fijando como importe indemnizatorio la suma de $3.401.- Hace notar que a su vez el exceso repercute en el incremento indemnizatorio establecido por la ley 25.561, prorrogado por la ley 25.972, y que su importe no debería superar la suma de $3.401.- Finalmente formula queja por la condena al pago del incremento indemnizatorio que

estableciera la ley 25.561 ya que teniendo presente la fecha de inicio de la relación laboral y lo informado por el perito se verifica el supuesto que lo torna improcedente según lo establecido por el art. 4, vigente al momento del distracto. Añade que el presupuesto de hecho es el que verifica el perito al establecer que en los meses de octubre y noviembre de 2004, período dentro del cual ingresa el actor a laborar, se produjo un incremento en el ingreso de los trabajadores, y según constancias del informe si existe un aumento en la población laboral su verificación se hace lógicamente con relación a la cantidad que hasta ese momento integraba la plantilla de personal, por lo que ese rubro de condena debe revocarse. Plantea el caso federal, y solicita se revoque la sentencia recurrida en lo que es materia de agravios, con costas.----------

----2. Considera la apelante que al haber sido condenada al pago de la suma de $4.045,92.- en concepto de daños y perjuicios se presenta en el caso de autos las circunstancias señaladas en el tercer párrafo del art. 95 de la L.C.T., por lo que esa indemnización es superior y por ende sustituye a la que corresponde por omisión de preaviso. Por ello peticiona se revoque la condena en cuanto incluye el rubro preaviso por la suma de $3.401.----------

----En tal sentido, corresponde precisar que la sociedad empleadora al contestar demanda a fs. 34/40 vta. no cuestionó el derecho del trabajador a percibir la indemnización por omisión de preaviso, y tampoco la integración del mes de despido. A ello cabe agregar que la patronal reconoció esos conceptos, lo que así resulta del recibo que luce a fs. 8 (período enero 2007) al incluir, entre otros rubros, la “Indemnización Preaviso” y la “Indemnización Integrativo Art. 233 LCT”.----------

----Con tales alcances, no resulta de aplicación al caso la hipótesis prevista por el párrafo tercero del art. 95, en cuanto a la posibilidad de que la indemnización por daños y perjuicios sustituya a la que corresponde por omisión de preaviso, no sólo por el acto voluntario cumplido por el empleador al abonar parcialmente dicho rubro, sino fundamentalmente ya que ello no fue capítulo propuesto a la decisión del juez de la anterior instancia.----------

----En efecto, la lectura del escrito de contestación de demanda permite señalar que la accionada no formuló oportunamente al Sr. Juez de primera instancia ese cuestionamiento referido a que no correspondía abonar la indemnización por falta de preaviso por encontrarse comprendido su importe dentro de la indemnización por daños y perjuicios, por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C., de aplicación conforme al art. 73 de la Ley XIV Nº 1, veda toda consideración. ----------

----Así, la falta de alegación oportuna en la anterior instancia impide ingresar a la queja como consecuencia del alcance previsto por el actual art. 274 del C.P.C.C. (“... se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios.”) y prohibición impuesta por el art. 280 del citado ordenamiento (“El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia.”). ----------

----Por eso, el tribunal de alzada tiene dos limitaciones, 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. 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, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Astrea, 1989, vol. 1, par. 29 y 60, págs. 76 y 166). En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, "La Alzada. Poderes y deberes", Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177). Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357). ----------

----En tales condiciones, sólo resta por considerar si las indemnizaciones contempladas por el art. 97, primer párrafo, de la L.C.T., que remite al art. 95, primer párrafo, admite la detracción del rubro indemnización por falta de preaviso que fuera abonado parcialmente por la patronal. ----------

----Adelanto que la respuesta es negativa. ----------

----En efecto, se señala con relación al despido sin causa del trabajador durante el período de actividad que este supuesto está contemplado en el artículo 97, primera parte de la LCT, que a los fines indemnizatorios equipara el contrato de temporada al contrato de plazo fijo ... debe advertirse que la equiparación legal es al solo efecto de la adopción de un régimen indemnizatorio común para el caso de ruptura *ante tempus* de la vinculación (Ackerman-Tosca, "Tratado de derecho del trabajo", Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, T. II, págs. 502/503). ----------

----Y a tenor de la remisión efectuada por esa normativa al art. 95, primer párrafo, de la L.C.T., no cabe duda que cabe distinguir las indemnizaciones que le corresponden al trabajador por la extinción del vínculo de la que resulta por los daños y perjuicios ocasionados que provienen del derecho común. Así, el art. 95 precisa claramente que el trabajador tendrá derecho "... **además** de las indemnizaciones que correspondan por extinción del contrato en tales condiciones, **a la de daños y perjuicios provenientes del derecho común** ..." (el resaltado me pertenece). ----------

----Se expresa entonces respecto del art. 97, primer párrafo, de la L.C.T. que: Por lo mismo, la indemnización que aquí se prevé (normalmente constituida por los salarios esperados hasta la finalización del ciclo, con más los perjuicios que se consiga demostrar aparte de ellos) viene a agregarse a la que corresponda por imperio de los artículos 232 y 245 de la LCT según la antigüedad del trabajador computada conforme al artículo 18 de la LCT (Ojeda, Raúl Horacio, coordinador, “Ley de contrato de trabajo comentada y concordada”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2011, T. II, pág. 110). Si la ruptura laboral se produce durante la vigencia de la temporada, de acuerdo a lo establecido por el artículo 97 de la LCT, corresponderá además de las indemnizaciones por despido sin causa, los daños y perjuicios provenientes del derecho común (Livellara, Carlos A., Director, “Derecho del Trabajo”, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, pág. 330). ----------

----Y si le corresponden al dependiente la indemnización de daños y perjuicios además de las que provienen de la extinción del contrato de trabajo, dentro de estas últimas quedan comprendidas las indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, con más la integración del mes de despido, pues en este último caso se señala con referencia al art. 233, segundo párrafo, que la misma se “... considera como parte de la indemnización sustitutiva del preaviso” (Etala, Carlos Alberto, “Contrato de trabajo”, Astrea, 1998, pág. 512). La reforma legal no ha cambiado la concepción del instituto ... Es por ello que pueden repetirse las clásicas enseñanzas sobre su naturaleza jurídica, repetidas por la jurisprudencia, que afirman que, “El rubro integración del mes de despido sigue igual suerte que la indemnización sustitutiva del preaviso, ya que el primero forma parte del segundo y no es una indemnización distinta”. Por lo tanto, procederá la integración del mes de despido cuando el preaviso lo sea (Ojeda, Raúl Horacio, ob. cit., T. III, pág. 302). ----------

----De tal modo, toda vez que los resarcimientos contemplados por el art. 97, primer párrafo, de la L.C.T., que remite al art. 95, primer párrafo, incluyen una indemnización por daños que es distinta y que se adiciona a las que le corresponden al trabajador por la extinción del vínculo laboral (arts. 232, 233, y 245 de la L.C.T.), y asimismo no pudiendo ingresar al supuesto contemplado por el art. 95, tercer párrafo, del citado ordenamiento, por no tratarse de capítulo propuesto a la decisión del juez de la anterior instancia, corresponde desestimar la queja en cuanto pretende detraer el importe abonado en concepto de indemnización sustitutiva del preaviso. ----------

----3. Se agravia la recurrente ya que si la sentencia reconoció que el actor trabajó durante las temporadas 2004/2005, 2005/2006, y 2006/2007, conforme lo previsto por el art. 6, inciso f, del C.C.T. 372/04 corresponde computar sólo un año de servicio. Agrega que ese importe no puede superar un mes de indemnización según el art. 245 de la L.C.T., por lo que la sentencia debe revocarse en ese aspecto, fijando como importe indemnizatorio la suma de $3.401.----------

----En tal sentido, el perito contador en su respuesta al punto 2 ofrecido por la

demandada determinó a fs. 202 vta. los sucesivos períodos en los cuales el trabajador cumplió tareas para la empresa que alcanzan al número de tres (2004/2005, 2005/2006, y 2006/2007). Asimismo, luego de citar el art. 6 inc. f) del C.C.T. 327/04, el experto estimó que: “Conforme lo expresado precedentemente, es decir los períodos laborados y lo establecido por el CCT 372/04, correspondería computar, en mi opinión como antigüedad laboral dos años”. ----------

----Al respecto, dicha apreciación carece de explicación técnica pues resulta de estricta aplicación la normativa especial contemplada por el art. 6, inciso f, del C.C.T. 372/04 al determinar que: “A todos los efectos del cálculo de antigüedad del trabajador/a de temporada, se considerará un (1) año de servicio por cada dos temporadas”. Por ello, desde que el actor no alcanzó a trabajar cuatro temporadas no corresponde computar dos años de antigüedad, debiendo aclararse que en ninguno de los años calendarios trabajados prestó servicios efectivos por un período mayor a ciento cincuenta días (2004: 33 días; 2005: 121 días; 2006: 97 días; y 2007: 15 días; pericia contable, p. 2, fs. 202 vta.), por lo que no resulta operativo en el presente caso el supuesto contemplado a renglón seguido en ese artículo que sólo considera año completo de antigüedad si la prestación de servicios supera en el año calendario ese número de días. ----------

----En consecuencia, corresponde acoger favorablemente el agravio, lo que conduce a disminuir el monto de condena del rubro indemnización por antigüedad (un período) a la suma de $3.401.- ----------

----4. Formula queja la apelante por la condena al pago del incremento indemnizatorio establecido por la ley 25.561 ya que teniendo presente la fecha de inicio de la relación laboral y lo informado por el perito se verifica el supuesto que lo torna improcedente según lo establecido por el art. 4 de la ley 25.792, vigente al momento del distracto. Agrega que el experto estableció que en los meses de octubre y noviembre de 2004, período dentro del cual ingresa el actor a laborar, se produjo un incremento en el ingreso de los trabajadores. ----------

----En tal sentido, no es dato controvertido que la empresa prescindió de los servicios del trabajador el 15 de enero de 2007 (ver telegrama, fs. 10; alegación en demanda, punto III, fs. 17 vta.; y reconocimiento de la sociedad, escrito de contestación, acápite III Hechos, fs. 36 vta.), por lo que resulta de aplicación la ley 25.972. ----------

----En ese contexto, el art. 4 de ese ordenamiento al prorrogar la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561 estableció en su último párrafo que esa disposición no resulta aplicable a los empleadores respecto de los contratos laborales celebrados a partir del 1 de enero de 2003, siempre que “éstos impliquen un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002” (el subrayado me pertenece).----------

----Por ello, a los fines de acreditar el aumento en la plantilla de los trabajadores corresponde efectuar la comparación entre la fecha de ingreso del hoy actor acaecida el 29 de noviembre de 2004 (admisión de la demandada, fs. 36 vta., primer párrafo;

informe pericial, fs. 202 vta., tercer renglón) y el 31 de diciembre de 2002, pues la normativa citada no deja margen alguno para considerar otra época. ----------

----Es criterio de esta sala “B”, c. 22.141, S.D.L. 36/07, c. 22.336, S.D.L. 59/07, c. 188/08, S.D.L. 25/09, entre otros pronunciamientos.----------

----Y en ese direccionamiento el experto no tomó la fecha considerada por el citado art. 4 de la ley 25.972 (31 de diciembre de 2002) pues la comparación la efectuó entre octubre y noviembre de 2004 (“ ... en el mes de Octubre de 2004 la empresa contaba con 306 dependientes y en el mes de noviembre de 2004 ascendieron estos a 350, es decir hubo un incremento de 44 empleados” (fs. 203, p. 6). Esa circunstancia fue debidamente ponderada por el juzgador a fs. 234 al precisar que ***si bien el perito contador informó que en los meses de octubre y noviembre de 2004 se produjo un incremento de cuarenta y cuatro empleados ... no se ha acreditado que hubiera un aumento en la plantilla a partir de la fecha establecida por la norma legal mencionada***. ----------

----En tales condiciones, es evidente que el incremento habido entre octubre y noviembre de 2004 no acredita que el número de 350 trabajadores sea superior a la plantilla existente al 31 de diciembre de 2002 pues se desconoce ese dato.----------

----También cabe considerar que, por tratarse de un supuesto de excepción invocado como defensa, es carga de la demandada acreditar el presupuesto establecido por esa normativa, conforme lo previsto por el actual art. 381, segundo párrafo, del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 44 de la Ley XIV Nº 1, pues esa parte debe probar el presupuesto de hecho (aumento de la plantilla de trabajadores respecto al 31 de diciembre de 2002) de la norma que invocare como fundamento de su defensa (art. 4, último párrafo, ley 25.972).----------

----Es que, cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aun los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el art. 377 del C.P.C.C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal …”, Astrea, 1983, T. 2, págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo).----------

----Por tales razones, se desestima el agravio.----------

----Sin perjuicio de ello, aún cuando corresponde incluir en la condena ese rubro debe considerarse que al formular la anterior queja la demandada a fs. 242 vta., cuarto párrafo, solicitó se tuviera en cuenta que el exceso en la fijación de la indemnización del art. 245 de la L.C.T. repercute en el incremento indemnizatorio establecido por la ley 25.561, por lo que su importe no debería superar la suma de $3.401.----------

----En ese contexto, debe considerarse la queja con el alcance establecido por la apelante ya que es deber del juzgador pronunciarse en el límite del agravio pues el tribunal de segunda instancia se encuentra circunscripto por lo que ha sido objeto de apelación y de agravios (Loutayf Ranea, Roberto G., obra y tomo citado, 30, pág. 79). De tal modo, a pesar de que a la fecha de extinción del vínculo (15 de enero de 2007) se encontraba vigente el decreto 1433/05, corresponde fijar el importe de $3.401.- equivalente al 100% de la indemnización establecida por el art. 245 de la L.C.T. ----------

----Con ese alcance, corresponde disminuir el monto del capital de condena respecto del rubro en análisis.----------

----5. En consecuencia, propicio revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos ocho mil trescientos cuarenta y nueve con ochenta y dos centavos ($8.349,82.-) al fijarse la indemnización por antigüedad y el agravamiento indemnizatorio contemplado por el art. 4 de la ley 25.972 en la suma de $3.401.- en cada caso, confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----La revocatoria parcial del fallo en crisis lleva a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C. ----------

----En tal sentido, si bien la demanda prospera por un monto sensiblemente inferior respecto del reclamado en demanda, lo cierto es que la noción de vencido debe establecerse con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados" (Arazi-Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial …", Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, T. I, pág. 261, con cita de fallo).----------

----En ese direccionamiento, es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ediar, 2da. ed., 1961, T. IV, pág. 527). Por "parte vencida" debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos (art. 68, apartado primero, del C.P.C.C.) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369).----------

----De tal modo, si bien se rechazó el pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 6, inciso f, del C.C.T. 372/04, progresaron las pretensiones deducidas por el actor aun cuando el capital de condena resultó significativamente menor al peticionado, debiendo asimismo destacarse que la demandada tuvo un pronunciamiento adverso a su postura al solicitar el rechazo de la demanda y el progreso de la reconvención (finalmente rechazada), con costas (ver escrito de contestación, p. VIII, f, fs. 40 vta.).----

----Con tales pautas, estimo prudente imponer las costas de primera instancia en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor, por ajustarse así en forma proporcional y adecuada al resultado de la litis, en concordancia con los parámetros antes indicados y los vencimientos recíprocos habidos en función de las

pretensiones deducidas y monto de condena (art. 72 del C.P.C.C.). ----------

----Tocante a los honorarios de primera instancia, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales, pero también al progreso parcial de la demanda en cuanto se refiere a los importes reclamados y su relación con el monto de condena, estimo prudente fijar los honorarios del Dr. H. A. A., letrado apoderado de la parte actora, en la suma porcentual equivalente al 18,2% del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, manteniendo los emolumentos establecidos a favor del Dr. L. Á. N., letrado apoderado de la demandada, en el 12% con más el 40% por las tareas de procuración, como también los regulados a los peritos actuantes (arts. 5, 6, 8, 18, 36, 38, 46, y 60 de la Ley XIII Nº 4), en todos los casos con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----La desestimación de dos de los agravios y el progreso del restante de mayor trascendencia económica que a su vez se proyecta con relación a la disminución de los montos referidos a la indemnización por antigüedad y al agravamiento indemnizatorio establecido por la ley 25.972, permite distribuir las costas de segunda instancia en un 60% a cargo de la accionada y en un 40% a cargo del accionante, por resultar dichos porcentajes adecuados a las porciones de fracaso y éxito obtenido por la apelante (art. 72 del C.P.C.C.). ----------

----Finalmente, con las pautas apreciativas ya expuestas y lo previsto por el art. 13 de la ley del arancel, entiendo prudente regular los honorarios del Dr. L. Á. N., letrado apoderado de la demandada apelante, en la suma porcentual equivalente al 4,53% del aludido monto del proceso, con más el I.V.A. pertinente. ----------

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

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

----Atento la claridad de la reseña, que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante, de la sentencia de origen de fs. 231/235, y de los agravios que contra la misma expusiera la demandada en su memorial de fs. 241/243 vta., me remito a la misma en homenaje a la brevedad, adentrándome directamente en el tratamiento de los agravios.----------

----I.- Seguiré el orden de análisis que propusiera el colega preopinante para un más ordenado seguimiento del decisorio.- ----------

----1) En lo que se refiere a la queja relativa a la condena a pagar la indemnización por daños y perjuicios de acuerdo a lo dispuesto por el art. 97 de la LCT, la apelante señala que la suma asciende a $ 4.045,92. Agrega que además se condenó a abonar el monto de $ 3.401 en concepto de indemnización por omisión de preaviso. Expresa que ante la ruptura anticipada del contrato de temporada, el art. 97 de la LCT remite al régimen indemnizatorio del art. 95 del mismo texto legal, habiéndose explicado los alcances de la norma en el sentido de que la indemnización por daños y perjuicios sustituye a la correspondiente por omisión de preaviso. Es así que dándose la circunstancia prevista en el art. 95, 3er. párrafo de la LCT, dado que el importe de la indemnización por daños

y perjuicios es superior a la que corresponde por preaviso, esta última no corresponde ser abonada (ver fs. 241 vta./242, pto. III).----------

----Al respecto bien precisó el colega preopinante que la accionada, al contestar la demanda, no objetó que el actor tuviera derecho a percibir la indemnización por omisión de preaviso ni en concepto de integración del mes de despido. Es más, reconoció ambas en tanto las abonó como se acredita del recibo de fs. 08, por lo tanto no corresponde la aplicación del art. 95, 3er. párrafo de la LCT que tardíamente se invoca, por no haber sido capítulo propuesto en la sede anterior. En consecuencia resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 280 del CPCC (conf. remisión del art. 73 de la ley XIV Nº1). De acuerdo a la norma antedicha (art. 277 del CPCC de la Nación), el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. 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; entre otros), precisamente porque a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción. En consecuencia, la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CN. Fed. Cont.Adm., Sala III.10/5/88, JA, 1989-III-321; C. Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala I, 31/3/78, LL, 1978-C-441). Es que los poderes del tribunal de apelación tienen 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. La regla general que consagra la norma comentada 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 fueron objeto de debate en la instancia precedente. El proceso es único; y el recurso de apelación es una etapa o instancia dentro de ese proceso; la ley ha distribuido el conocimiento de cada etapa a un tribunal distinto; pero siendo una etapa o instancia dentro de un único proceso, el contenido u objeto de esta segunda etapa nunca puede exceder -salvo supuestos excepcionales previstos por la ley- del contenido u objeto del proceso planteado en primera instancia (conf. Loutayf Ranea, Roberto G.: “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2009, Tº 1, págs. 179/180).- ----------

----Sentado lo anterior, tal como lo indagara el Dr. Vergara, queda por examinar si corresponde detraer de las indemnizaciones contempladas en el art. 97, 1er párrafo de la LCT, el monto abonado en concepto de indemnización por falta de preaviso. He tenido oportunidad de expedirme al respecto en el antecedente de este Cuerpo SDL Nº 03/12 del 13/02/12. En tal oportunidad consideré que del juego de los art. 95, 1er. párrafo y 97 de la LCT, se desprende que el modo extintivo regulado por la norma tiene determinado como consecuencia jurídica un sistema de reparación que consagra la

acumulación de indemnizaciones: 1) la indemnización común por despido arbitrario, y 2) la indemnización por daños y perjuicios provenientes del derecho común. La norma reporta su antecedente al plenario Nº 8 de la CNAT de 1950 que había resuelto la factibilidad de acumular los resarcimientos de ambos ordenamientos jurídicos según sus presupuestos en tanto no se excluyan. La reparación debe ajustarse al criterio de la retribución proporcional al daño inferido (art. 520 del C. Civil). Y en comentario al art. 97 de la LCT se ha sostenido que la norma regula, en su primera parte, la extinción sin justificación del contrato de trabajo pendiente el plazo razonablemente previsto o previsible de finalización por finiquito de la temporada, o pendientes los plazos previstos o previsibles del ciclo, estableciendo, para ambas situaciones como reparación la establecida en el art. 95 de la LCT, es decir, salarios esperados hasta la finalización del ciclo -en el supuesto de que estuviera transcurriendo el mismo- y lo derivado de la aplicación de los arts. 232 y 245 de la LCT, conforme el tiempo de servicio computado en los términos del art. 18 de la LCT (conf. Tosto, Gabriel A. en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº III, págs. 59 y 122). En sentido concordante se ha entendido que la primera novedad que introduce el art. 95 de la LCT, en contraste con las indemnizaciones por ruptura de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado, es la acumulación de dos tipos de indemnización: 1) la indemnización común por despido, y 2) la indemnización de daños y perjuicios provenientes del derecho común (conf. Etala, Carlos Alberto: “Contrato de trabajo”, Ed. Astrea, 2000, pág. 235); en caso de despido injustificado el trabajador tiene derecho: I) a la indemnización que corresponda por extinción del contrato sin justa causa, es decir: 1) la indemnización sustitutiva por preaviso omitido (art. 232); 2) integración del mes de despido (art. 233); 3) indemnización por antigüedad o despido (art. 245), si la relación fue mayor de tres meses; y II) a la indemnización de daños y perjuicios provenientes del derecho común (conf. Sardegna: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. Universidad, 1999, págs. 334/335).----------

----En base a lo expuesto corresponde desestimar el agravio tratado.----------

----2) El siguiente agravio radica en que se calculó en exceso la indemnización establecida con fundamento en el art. 245 de la LCT, por cuanto se argumenta que de acuerdo al art. 6, inc. f) del CCT 372/04 se considerará un año de servicio por cada dos temporadas y que en el caso de prestarse servicios por un período mayor a 150 días en un año calendario se considerará un año completo de antigüedad. Destaca que en la sentencia se reconoció que el actor laboró durante las temporadas 2004/2005, 2005/2006 y 2006/2007, con lo cual debe reconocer sólo un mes de indemnización, esto es, la suma de $ 3.401. Añade que el exceso cometido en el reconocimiento de este rubro repercute en el siguiente agravio referido al incremento indemnizatorio previsto por la ley 25561 (ver fs. 242 “in fine”/vta.).----------

----El perito contador determinó que el actor trabajó en tres períodos: del 29/11/04 al 18/02/05, del 21/10/05 al 18/02/06, y del 14/11/06 al 15/01/07, sin que los días

laborados superaran los ciento cincuenta por año calendario. Luego de transcribir el art. 6, inc. f) del CCT 372/04 opinó que correspondería tomar la cantidad de dos años como antigüedad (ver fs. 202 vta., pto. 2). Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en la norma antedicha, corresponde considerar un año de servicio por cada dos temporadas, por lo que para poder computar dos años de servicios se requería haber laborado cuatro temporadas.----------

----Atento lo expuesto, asiste razón a la recurrente, debiéndose considerar sólo un año de antigüedad y en consecuencia un mes de indemnización, por lo que procede reducir el monto de indemnización por antigüedad a la suma de $ 3.401.- ----------

----3) Seguidamente la apelante se agravia de la condena al pago del incremento indemnizatorio establecido por la ley 25561, dado que, teniendo en cuenta la fecha de ingreso del actor y lo informado por el perito, se verifica el supuesto del art. 4 de la ley 25972. Explica que el experto dictaminó que en los meses de octubre y noviembre de 2004 -período en el que el actor ingresó a laborar- se produjo un incremento en el ingreso de trabajadores (ver fs. 242 vta. “in fine”/243). Cabe señalar que la demandada prescindió de los servicios del actor el 15/01/07 (ver telegrama de fs. 10; demanda a fs. 17 vta., 5to. párrafo; y contestación de demanda a fs. 36 vta., 1er. párrafo), por lo tanto, al tiempo del distracto se encontraba vigente la ley 25972 que en su artículo 4 establece: *“Prorrógase la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (Indec) resulte inferior al diez por ciento (10%). En caso de producirse despidos en contravención a dicha suspensión, los empleadores deberán abonar a los trabajadores afectados el porcentaje adicional que fije el Poder Ejecutivo nacional, por sobre la indemnización que les corresponda conforme a lo establecido en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. Esta disposición no resultará aplicable a los empleadores respecto de los contratos celebrados en relación de dependencia, en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, a partir del 1º de enero de 2003, siempre que éstos impliquen un aumento en la plantilla de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002”.*----------

----Del texto legal transcripto se colige que la comparación, para establecer el aumento de la plantilla, debe establecerse entre la fecha de ingreso del actor -29/11/04 (ver fs. 36 vta., 1er. párrafo; y pericia a fs. 202 vta., pto. 2, a)- y el 31/12/02. Así lo he decidido en anteriores decisiones de esta Sala “B” (conf. SDL Nº 59/07 y SDL Nº 25/09). El perito contador efectuó la comparación del aumento de la plantilla entre los meses de octubre y noviembre de 2004 (ver fs. 203, pto. 6), cuando debió ser entre esta última fecha y diciembre de 2002. Nótese que el juzgador claramente precisó que el experto no tomó la fecha correcta que indica el texto legal, concluyendo que *“...no se ha acreditado que hubiera un aumento en la plantilla a partir de la fecha establecida por la norma legal mencionada”* (ver sentencia a fs. 234, últimos renglones). Y es claro que por tratarse de

una excepción correspondía su acreditación a la demandada que invocara el supuesto. Es que el art. 381 del rito (art. 377 del código adjetivo nacional), de acuerdo a la remisión dispuesta en el art. 44 de la ley XIV Nº 1, en su 2do. párrafo estipula que *"cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción".* En comentario a este artículo se ha sostenido que la cuestión de la carga de la prueba se reduce a establecer cuáles son los hechos que, considerados como existentes por el juez, deben bastar para inducirlo a estimar la demanda, llegando a la conclusión de que el actor debe probar los hechos constitutivos, esto es aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impeditivos, esto es, la falta de aquellos hechos que normalmente concurren con los constitutivos, falta que impide a éstos producir el efecto que les es propio; algo similar ocurre con los hechos extintivos (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, Tº 2, pág. 306). En sentido concordante se ha sostenido que cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aun los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, pág. 308). Es claro que el presupuesto de hecho invocado es un hecho impeditivo de la indemnización reclamada por el actor, y por lo tanto es presupuesto de hecho de una norma favorable a la demandada, por lo que no caben dudas de que era carga suya la prueba del mismo, por lo cual procede la desestimación del agravio ante la falta de acreditación.----------

----Sí tendrá repercusión en este rubro el acogimiento favorable de la anterior queja, tal como lo destacara la recurrente a fs. 242 vta., anteúltimo párrafo, por lo cual la condena en concepto de incremento indemnizatorio en virtud del art. 16 de la ley 25561 se reduce a la suma de $ 3.401. Cabe aclarar, como bien lo señala el Dr. Vergara, que a la fecha del distracto -15/01/07- se encontraba vigente el decreto 1433/05 que redujo en un 50% el adicional previsto en el 2do. párrafo del art. 4 de la ley 25972. Mas nada se solicitó al respecto en la expresión de agravios, por lo tanto no corresponde aplicar dicha norma de oficio. Es que debe recordarse que en nuestro sistema procesal, el ámbito de conocimiento del tribunal de apelación tiene un doble orden de limitaciones: en primer lugar, el tribunal de alzada está limitado por las pretensiones planteadas en los escritos introductorios del proceso. Esta primera limitación es la contenida en el art. 277 del CPCC de la Nación (art. 280 del CPCC local), a lo que se aludió en el primer considerando. En segundo lugar, y siempre dentro del marco de las pretensiones planteadas en primera instancia, el tribunal de alzada lo está por el alcance que las partes han dado a los recursos de apelación interpuestos. Esta segunda limitación alude al principio *tantum devolutum quantum appellatum.* Es decir, los jueces en la alzada deben respetar el principio de congruencia en un doble aspecto: uno, el que

resulta de la relación procesal; y el otro, nacido de la propia limitación que el apelante haya impuesto a su recurso (conf. Loutayf Ranea, op. cit., ídem, págs. 125/126).----------

----En definitiva, con el alcance referido, procede disminuir el monto reconocido por el rubro examinado.- ----------

----II.- En virtud de todo lo razonado, coincido con el vocal prevotante, en que corresponde propiciar la revocación parcial del fallo apelado a fin de disminuir el capital de condena, a la suma final de $ 8.349,82, dado que, tanto la indemnización por antigüedad como el agravamiento indemnizatorio del art. 4 de la ley 25972, se reducen al monto de $ 3.401 respectivamente, confirmando el decisorio en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----Dado que se revoca parcialmente la sentencia recurrida, procede examinar si corresponde la readecuación de la imposición de costas y de la regulación de honorarios, a la luz de lo establecido en el art. 282 del CPCC. Al respecto es de destacar que ningún rubro fue desestimado, sino que se acogieron por sumas menores a las requeridas, concretamente se redujeron a la mitad la indemnización por antigüedad y el agravamiento indemnizatorio. Es cierto que se ha sostenido sobre esta cuestión que la circunstancia de haberse acogido la demanda por menor valor al reclamado carece de trascendencia a los efectos de la distribución de las costas. Es que debe recordarse que se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17-412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62;DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465) (conf. CATrelew, Sala “B”, SDC Nº 06/12, del 28/03/12, y SDL Nº 08/12 del 18/04/12).----------

----No obstante lo anterior es de señalar que en primera instancia se distribuyeron las costas en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora, dado que se desestimó el planteo de inconstitucionalidad de esta última. A ello debe agregarse, como lo subraya el Dr. Vergara, que la disminución cuantitativa del monto de condena ha sido sensible,

tanto con relación al reclamado en la demanda, como al reconocido en la sentencia de la sede anterior. En consecuencia, y de conformidad con dicha visión sincrética del juicio a la que se aludiera “ut supra”, concuerdo con el vocal prevotante en que resulta adecuado distribuir las costas de la instancia anterior en un 20% a la actora y en un 80% a la demandada (conf. art. 72 del ritual).- ----------

----En cuanto a los honorarios regulados, atento el mérito y extensión de los trabajos realizados, así como al resultado del pleito, en especial el monto sensiblemente inferior que finalmente se acoge, encuentro ajustado a derecho determinar los del letrado apoderado del actor, Dr. H. A. A., en un 18,2% del monto total de condena; manteniendo los emolumentos establecidos para el letrado apoderado de la demandada y para los peritos intervinientes (conf. arts. 5, 6, 8, 18, 36, 38, 46 y 60 de la ley arancelaria); en todos los casos con más el IVA correspondiente (conf. leyes 23349 y 23871).- ----------

---- En lo que se refiere a las costas de esta sede, debe tenerse en cuenta que se acoge el agravio relativo a la indemnización por antigüedad, y si bien es uno de tres agravios, dada su entidad cuantitativa, así como su repercusión en el agravamiento indemnizatorio sobre el que versó el tercer agravio, encuentro equitativo establecer las mismas en un 40% al actor y en un 60% a cargo de la demandada apelante (conf. art. 72 del CPCC).- ----------

---- En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas desempeñadas en esta instancia, en virtud del resultado del pleito, y el mérito y extensión de las tareas realizadas, resulta adecuado establecer los del letrado apoderado de la demandada apelante, Dr. L. Á. N. en un 4,53% del monto total de condena, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871).- ----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

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

----Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos ocho mil trescientos cuarenta y nueve con ochenta y dos centavos ($8.349,82.-), confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios; b) imponer las costas de primera instancia en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor; c) fijar, por adecuación al presente decisorio, los honorarios del Dr. H. A. A., por sus tareas de primera instancia, en la suma porcentual equivalente al 18,2% del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, manteniendo los establecidos a favor del Dr. L. Á. N., como así también los regulados a los peritos actuantes; d) imponer las costas de Alzada en un 60% a la accionada y en un 40% al accionante; e) regular los honorarios del Dr. L. Á. N., por sus tareas de segunda instancia, en la suma porcentual equivalente al 4,53% del ya aludido monto del proceso; y f) declarar que todos los honorarios antes regulados deberán ser incrementados con

el I.V.A. correspondiente.----------

----Así lo voto. ----------

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

----El pronunciamiento que corresponde dictar, es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del acuerdo al que se ha arribado.- ----------

----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 licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Ruben Lucero (Art. 7º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

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

----REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia venida en apelación para disminuir el capital de condena a la suma total de pesos ocho mil trescientos cuarenta y nueve con ochenta y dos centavos ($8.349,82.-), confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----IMPONER las costas de primera instancia en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor. ----------

----FIJAR, POR ADECUACION al presente decisorio, los honorarios del Dr. H. A. A., por sus tareas de primera instancia, en la suma porcentual equivalente al 18,2% del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, manteniendo los establecidos a favor del Dr. L. Á. N., como así también los regulados a los peritos actuantes.----------

----IMPONER las costas de Alzada en un 60% a la accionada y en un 40% al accionante. ----------

----REGULAR los honorarios del Dr. L. Á. N., por sus tareas de segunda instancia, en la suma porcentual equivalente al 4,53% del ya aludido monto del proceso.--DECLARAR que todos los honorarios antes regulados deberán ser incrementados con el I.V.A. correspondiente. ----------

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

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2012 – SDL – CONSTE.- ----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA