En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de setiembre del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C. E. A. c/ C. J. M. s/ DEMANDA LABORAL (DIFERENCIA DE HABERES E INDEMNIZACIONES)", expte. nro. 318/2013**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4398/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 779), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.-

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 740/750 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 740/750vta., es apelada por la vencida a fs. 753 a tenor del informe de fs. 755/764vta., el que le es contestado a fs. 766/767vta. sosteniendo el fallo impugnado.-

Satisfechos los requisitos formales del art. 60 ley del fuero en relación armónica con el art. 268

CPr/DJ por remisión del art. 73 de aquel texto legal, las impugnaciones de la recurrente se centran en la admisión del reclamo por horas extras; la integración del rubro zona y el acogimiento del incremento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25323. Eventualmente formula reserva del llamado "caso federal".-

La recurrente, al inicio (fs. 303vta. 4° párr.) discuerda con la accionante en cuanto a la jornada de trabajo denunciada a fs. 31 e incluye un supuesto franco compensatorio semanal –medio día-, del que gozaban ella y sus compañeras de trabajo. Tales contradicciones no han encontrado eco en la prueba adquirida en la causa tal como bien señala la iudex a quo en su exhaustiva verificación valorando individualmente y confrontando, luego los dichos testimoniales de las compañeras de trabajo de la demandante (ver fs. 742vta. p. II/744) sin impugnación oportuna alguna, lo que desvanece toda esperanza de revisión positiva, en cuanto al primer agravio ya que se asienta en lo fundamental sobre un dato que pese tan solo quedo en la alegación sin sustento probatorio, esto es el presunto franco compensatorio semanal por medio día(ver 755vta., 10° pár. y fs. 756, 9° párr. y 757vta. 4° párr.).-

Sin embargo el cálculo de las horas extras es erróneo porque conforme horario reconocido solo trabajaba una hora extra al 50% por semana (4 por mes, 96 por todo el período). Se revoca en consecuencia el reconocimiento de este rubro. En lo demás no se ha demostrado error.-

Demostrada la excedencia en la jornada y sin que las impugnaciones formuladas oportunamente hayan podido enervar las conclusiones periciales de fs. 530/542vta., toda especulación en cuanto a la posibilidad de errores en el cálculo en orden al valor de la hora resulte insuficiente.(ver v. gr. CNTrab., sala IX • 22/12/2011 • Lescano, Sandra Gisela c. F.S.T. S.A. s/despido • LA LEY 16/04/2012 , 8 • LA LEY 2012-B , 579 • DJ 11/07/2012 , 61 • AR/JUR/88369/2011; CNTrab., sala VI, "Ramos Ruiz, Joé Antonio c. Envases del Plata S.A.", 31/03/2011, IMP 2011-7 IMP 2011-7, 198 DT 2011 (julio), LA LEY 2011-D, AR/JUR/12176/2011; CNTrab., sala VIII – "Camilletti, Rubén Horacio c. Rodpetrol S.R.L. y otros s/despido", 21/12/2011, La Ley Online, AR/JUR/88078/2011; CNTrab., sala V – "Demacopulo, Mayra Vanina c. Zara Argentina S.A.", 29/05/2009, La Ley Online).

En consecuencia, se fija el monto por horas extras al 50% en la suma de Pesos un mil sesenta y dos con setenta y dos centavos ($1.062,72).-

En cuanto al segundo punto del informe, tras su detenida lectura recuerdo haber señalado en algún caso análogo que Marcelo Sebastián Midón en su trabajo "La congruencia recursiva. El adagio "Tantum devolutum quantum appellatum". Principios y excepciones" publicado en "Principios Procesales" obra dirigida por Jorge W. Peyrano de ed. Rubinzal Culzoni 2011, t. I, pág. 295 y ss. decía: "En la jurisprudencia de la CSJN sigue teniendo vigencia la tesis en cuya virtud "la condena judicial no quebranta los términos de la litis, ni decide ultra petita aun cuando exceda el importe

indicado en la demanda, si los actores estimaron determinada suma al demandar, pero supeditándola 'a lo que en más o en menos resulte de la prueba', pues los jueces pueden válidamente acordar una cantidad mayor con fundamentos –precisamente- en la prueba rendida"(CS 17/11/94 LL 1995-D, 971, doctrina que se originó en la causa "Pribluda de Hurevich, Beatriz c/ Hernández, Martín G." Fallos 266:233 de 30/11/66). Tales pautas resultan de aplicación en autos ya que el accionante fue precavido en su reclamo inicial formulando la reserva del caso "a lo que en mas o en menos resulte de las presentes actuaciones" y así ocurrió a la hora de peritar el reclamo (fs. 530/542).

No obstante lo dicho y todo el peso de la doctrina y jurisprudencia en cuanto a las facultades que emergen del art. 68 de la ley de fuero, salvando cualquier error u omisión al formularse el reclamo y en base al principio de irrenunciabilidad, vale destacar que a la reserva señalada precedentemente cuando se propone la prueba pericial se pide expresamente la determinación de todo adicional establecido por convenio CCT 130/75, no adeudado y generado en el transcurso de la relación (fs. 42vta., p. f.2) sin merecer objeción alguna de la recurrente.

Verificado el rubro, en le experticia se advierte que ni en la impugnación ni en la ampliación de la misma por parte de la demandada, refieren al punto y en consecuencia la queja actual, además de las razones dadas anteriormente, a favor de su acogimiento, resulta extemporánea.

La tercera cuestión, ante lo propuesto deviene

abstracta ya que la insuficiencia no tiene origen exclusivo en el eventual acogimiento de los agravios ya tratados y desestimados parcialmente. En consecuencia los fundamentos dados por la iudex a quo en sus considerandos (fs. 747vta.), configurándose el presupuesto de la normativa dada la procedencia de las diferencias que motivaron la presente. Se tendrá presente la reserva del llamado “caso federal”.

Los honorarios se determinarán en el acuerdo.-

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1).- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs 753, determinando el monto de las horas extras al 50% en la suma de Pesos un mil sesenta y dos con setenta y dos centavos ($1.062,72).-

2).- Revocar parcialmente el punto 2 del resuelvo únicamente en cuanto al monto de condena, el que se establece en la suma de Pesos dieciséis mil quinientos seis con setenta centavos ($16.506,70).-

3).- Costas a la demandada vencida.-

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance del fallo dictado, los datos del recurso, el contenido de los agravios y su contestación han sido reseñados por el colega preopinante; a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Adhiero plenamente a la solución consagrada por el colega preopinante relativa a la procedencia parcial del primer agravio.-

En primer lugar destaco que la hipótesis planteada respecto al franco del día viernes por la tarde no fue probada, en consecuencia todos los argumentos relativos a la inexistencia de horas extras debe ser rechazado.-

No obstante ello, la recurrente sí ha demostrado la autocontradicción del fallo, en tanto por un lado determina la jornada de labor de la trabajadora de lunes a sábado de 9 a 13 y de 16 a 20.45 y por otro lado fija la cantidad de horas extras de conformidad con la pericia contable que ha considerado que el horario de labor era de 11 horas diarias.-

En consecuencia, corresponde hacer lugar en forma parcial al agravio. En efecto, partiendo de la jornada laboral descripta y teniendo en cuenta las previsiones legales aplicables al caso corresponde reconocer una hora en concepto de horas extras al 50% por semana y cinco horas extras al 100% por semana que corresponden a la jornada del sábado por la tarde.-

Huelga recordar que se consideran horas extras aquellas que superan el límite máximo legal de la jornada diaria o de la jornada semanal. Por consiguiente, aquellas que superen el límite de 8 horas diarias y las que excedan de las 48 horas semanales, deberán ser abonadas con los recargos establecidos por el artículo 201 LCT.-

Siempre teniendo presente que el empleador esta facultado para realizar la redistribución horaria permitida por el artículo 1° inciso b) del D. 16115/1933, en cuyo caso dicho límite quedará fijado en 9 horas diarias. La citada norma prevé la posibilidad de redistribuir la jornada legal máxima legal genérica

de 8 x 48, de modo tal que la duración del trabajo de uno o varios días sea inferior a ocho horas no pudiendo ser el exceso de tiempo redistribuido mayor a una hora diaria y a condición que las tareas del sábado terminen a las 13:00 horas. Así por ejemplo podríamos tener una jornada de lunes a viernes de 9 horas (9 x 45), y continuándose las tareas el día sábado durante tres horas más realizadas siempre antes de las 13:00 horas.-

En el supuesto que nos ocupa, las horas laboradas superan estos límites; ergo es procedente el recargo establecido por el artículo 201 LCT. La determinación de la cantidad de horas extras será efectuada a partir del reconocimiento de la propia recurrente que ha convalidado la posibilidad de considerar los 45 minutos diarios trabajados en exceso como una hora – cálculo de fs. 756 y vta. Así de lunes a viernes se laboraron 9 horas diarias lo que hace un total de cuarenta y cinco a lo que se suman las cuatro del sábado de 9 a 13, de modo tal que el total de horas asciende a 49 por semana, extremo que evidencia que se ha trabajado una hora en exceso por semana cuyo reconocimiento debe hacerse al 50%. Luego las horas extras trabajadas el sábado por la tarde, es decir durante el descanso semanal llevarán el recargo del 100% y su número en un todo de acuerdo con lo expuesto ascienden a 5 por semana y consecuentemente a 20 por mes, extremo que demuestra la exactitud del cálculo efectuado por el perito y reflejado en la sentencia.-

Por lo expuesto corresponde el acogimiento parcial del agravio y la determinación de la cantidad de horas extras al 50% adeudadas, conforme el siguiente cálculo:

1 hora por semana, lo que es igual a 4 horas por mes que debe ser multiplicado por 24 períodos lo que determina un total de 96 horas.-

Esta cantidad debe ser multiplicada por pesos once con siete centavos ($11,07), tal el valor de cada hora extra al 50% determinado en la pericia que no ha sido impugnado conforme lo señalado por el colega preopinante. Así los montos de condena por horas extras son: 96 horas extras al 50% por $11,07 cada uno igual a Pesos un mil sesenta y dos con setenta y dos centavos ($1.062,72).-

A esta suma se le debe agregar la correspondiente a las horas extras al 100% que no se revisan, es decir la suma de Pesos siete mil ochenta y cuatro con ochenta centavos ($7.084,80).-

De modo tal que por horas extras se reconoce la suma total de Pesos ocho mil ciento cuarenta y seis con cincuenta y dos centavos ($8.146,52).-

El segundo agravio versa sobre la posibilidad de incluir el rubro zona en la determinación del salario, conforme lo ha hecho la magistrada al cuantificar los montos de conformidad con la pericia contable.-

La decisión de la jueza es irreprochable.-

Ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos que la magistratura del fuero laboral por expresa habilitación legal se encuentra facultada para resolver más allá de lo pedido – ultra petita – (Art. 68 de la ley XIV, N°1). También sostuve y reitero ahora que esa facultad encuentra su raíz en el principio protectorio y sus proyecciones en materia procesal.-

En este orden de ideas, calificada doctrina ha

enseñado que la función del mentado principio es la de corregir, en el proceso, tres formas de desequilibrio: económico (el conflicto compromete valores de jerarquía patrimonial diferente entre ambos litigantes), probatorio (el empleador tiene ventaja para producir su propia prueba) y subjetivo (la "potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto").-

Este carácter tutelar, se expresa en dos aspectos: la prueba y la "suplencia" del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda (Plá Rodríguez, Américo; Visión crítica del Derecho Procesal del Trabajo; en Processo do trabalho na América Latina; LRT, San Pablo, Brasil, 1991, p. 244; citado por Mansueti, Hugo Roberto en Trabajo decente versus proceso laboral; L.L. 2010 – B- 1081).-

Incluso calificada doctrina destaca que, aplicando este criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aún cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o que corresponde disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización en cambio, si sólo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltantes para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de trabajo (cfr. Krotoschin, Ernesto, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo" 4ta. Ed. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, pp. 639-693 – cuarta

parte-).-

Huelga señalar que el caso bajo examen encuadra dentro del primer supuesto de hecho ejemplificado, esto es cálculo indemnizatorio aunque la variable ajustada por la jueza de grado es la de la mejor remuneración normal y habitual.-

La revisión de la mejor remuneración tuvo sustento en la incorporación del rubro zona cuya pertinencia es indubitable y no ha sido impugnada por la parte demandada.-

En definitiva, la vulneración al principio de congruencia no se verifica y por lo tanto adhiero al rechazo propuesto por el primer votante.-

El último agravio versa sobre la procedencia de la multa del artículo 2 de la ley 25323 y coincido con la solución propuesta por el colega preopinante, esto es su rechazo.-

Es que, en el caso de insuficiencias indemnizatorias procede el incremento indemnizatorio, salvo casos excepcionales verbigracia cuando éstas se originan en la declaración de inconstitucionalidad de una norma que otorgaba aumentos no remunerativos. Por supuesto este no es el caso de autos y consecuentemente corresponde el pago de la acreencia reclamada en tanto concurren los restantes presupuestos que autorizan su procedencia.-

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida en lo sustancial atento la naturaleza del proceso y el contenido de la revisión.-

Los honorarios de esta instancia se establecen de

conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas contenidas en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se fijan a favor de la Dra. G. B. S. en el 25% de lo que le correspondan en la instancia de grado y a favor del Dr. R. J. V. D. en el 30% de los que le correspondan en la primera instancia. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiera.-

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el colega preopinante.-

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar, en forma parcial al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 753, determinando el monto de horas al 50% en la suma de pesos un mil sesenta y dos con setenta y dos centavos $1.062,72).-

2) Revocar, parcialmente el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 740/750 vta., únicamente en cuanto al monto de condena el que se fija en la suma de pesos dieciséis mil quinientos seis con setenta centavos ($16.506,70).-

3) Costas de esta instancia a la demandada vencida.-

4) Regular los honorarios de la Dra. G. B. S. en el 25% de lo que le correspondan en la instancia de grado y a favor del Dr. R. J. V. D. en el 30% de los

que le correspondan en la primera instancia. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiera.-

5) Tener presente la reserva del caso federal.-

6) Regístrese, notifíquese, devuélvase.-

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara