------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de mayo del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Claudio Alejandro Petris y Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"S., O. F. c/ T., L. D. s/ Laboral"*** (Expte. N° 5/14 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 404 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del DJP –CPCC–, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS – PETRIS – FRÜCHTENICHT.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia registrada bajo el n° 79/2013, de fecha 09/12/2013 y que obra a fs. 363/373? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

**------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**

-----A fs. 30/32 el Sr. O. F. S., mediante sus apoderadas las Dras. D. R. y L. D., inicia demanda laboral contra el Sr. D. T., en su carácter de titular de la empresa C. C., para que se lo indemnice por los distintos rubros que allí detalla y que alcanzan un total de $56.669,82.----------
---

------A fs. 54/62 vta. contesta la demandada por intermedio de su apoderado, el Dr. C. F. P., oponiéndose al progreso de la acción.----------
---

----A fs. 363/373 se dicta sentencia n° 79/2013 del 9 de diciembre de 2013 conforme a la cual se hace lugar solo parcialmente a la demanda, condenando a la demandada a pagar $11.305,31 en atención a las siguientes consideraciones: **1)** tratándose de un trabajador de la industria de la construcción se debe aplicar la Ley 22.250 y solo subsidiariamente la LCT, en consecuencia no corresponde , entre otras, indemnización por despido sin causa; **2)** se tiene por cierto que la categoría del actor fue "ayudante albañil" hasta febrero de 2007 y "oficial especializado" desde entonces hasta el distracto, pues el actor no logró desvirtuar las constancias registrales, ni especificó en la demanda, cuales eran las tareas que desempeñaba; **3)** se rechaza el cobro de horas extras pretendidas ya que si bien el actor logró

demostrar el horario de finalización de tareas, no consiguió hacer lo mismo con el de comienzo de la jornada, resultando así imposible el cálculo de las horas extras.----------

------A fs. 376 apela la actora y, concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 380/383 siendo sus quejas las siguientes: **1)** quedó acreditado mediante testimonio que el actor desempeñaba tareas de supervisión (capataz), en consecuencia queda excluido de la ley 22.250 y debe ser indemnizado conforme a la LCT; **2)** aduce que logró probar la errónea categorización original; **3)** sostiene que, conforme a la prueba producida, demostró que el comienzo de la jornada laboral del actor era "entre las 08,00 y 09,00 horas de la mañana"; **4)** como cuarto agravio la apelante solicita se liquide la indemnización conforme a demanda y todo ello en subsidio de que procedan los agravios anteriores, es decir que en realidad no se trata de un nuevo agravio sino de un petitorio.----------

------Dicho lo precedente voy a analizar cada uno de los agravios de la actora en el orden en que fueron expresados.----------

***------1) Legislación aplicable:----------***

------Tal como lo llevo dicho, la actora apelante pretende que se aplique a la causa directamente la Ley de Contrato de Trabajo y no el régimen especial de la Ley 22.250. Sostiene que, conforme a las pruebas producidas en autos, quedó acreditado que prestaba labores de supervisión y que según el art. 2 de Ley 22.250 eso lo excluye del Régimen Nacional de la Industria de la Construcción.----------

-----Es el propio actor quien, al iniciar demanda, solicita se aplique a la causa el régimen especial de la Ley 22.250 y el convenio colectivo de trabajo n° 76/75. (fs. 31, parr. 5°).----------

------En la liquidación de fs. 29, pide que se le abone $1.784,67 por "Fondo de Desempleo". El "Fondo de Desempleo" es una institución típica del régimen nacional de la industria de la construcción y viene a sustituir la indemnización por pérdida de la estabilidad laboral regulada en la Ley de Contrato de Trabajo, atento a las particularidades de la actividad.----------

-------Sostener en la expresión de agravios que se debe aplicar un régimen jurídico distinto al pretendido en la demanda, afecta el derecho de defensa del demandado, introduciendo en la segunda instancia una cuestión extraña a la traba de la litis.----------

------La expresión de agravios se convierte así en un alzamiento contra los propios actos y ello es siempre contrario al deber de buena fe, criterio rector para todas las relaciones jurídicas.----------

-------Por último, el apelante pretende que este Tribunal dicte un fallo extra petita y no tenemos facultades constitucionales para hacer tal cosa.----------

------Si bien la ley del rito laboral autoriza al Tribunal a fallar "ultra petita", es decir, mas allá de lo pedido; no lo autoriza a fallar "extra petita", es decir conforme a lo no pedido. Nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dejado muy en claro la diferencia esencial que hay entre los dos supuestos y no pueden ser confundidos. Así se dijo que "*El vicio de incongruencia admite tipologías: sentencia extra petita -la que incurre en una deficiencia cualitativa-, ultra petita -falta de correspondencia cuantitativa- y citra petita –omisión de pronunciamiento-. El procedimiento laboral admite la posibilidad de que los jueces puedan resolver ultra petita, adecuación de la normativa formal a los específicos principios que inspiran la legislación laboral, en especial el principio protectorio. Esta facultad consiste en autorizarlos a condenar al empleador acordando al trabajador mayores sumas que las reclamadas, ajustándose a las disposiciones legales aplicables y a las pruebas rendidas en la causa. Sin embargo, esta normativa debe ser interpretada restrictivamente, teniendo en cuenta que excepcionalmente el tribunal puede suplir la omisión del accionante y no la del demandado y no podrá pronunciarse sobre puntos ajenos a la cuestión, sino a manera de complemento de lo pedido por el actor (empleado u obrero). Lo que al juez le está vedado es resolver extra petita (S.T.J.Ch. M., H. c/ C. d. S. T. E. y/u Otros s/ Laboral" (Expte. Nº 21.995-M-2010. idem. del voto del Dr. Pasutti)* ----------

------*"Si bien en el específico procedimiento laboral se admite fallar "ultra petita" no se halla permitido hacerlo "extra petita"… y la sentencia que concede algo fuera de lo pedido lesiona las garantías constitucionales …, pues desde que a las partes incumbe fijar el contenido y alcance de la tutela jurídica, incurre en flagrante incongruencia el Juez que se aparte de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado (S.T.J.Ch. M., H. c/ C. d. S. T. E. y/u Otros s/ Laboral". Expte. Nº 21.995-M-2010 del voto del Dr. Royer. idem: S.T.J.CH. S.D. Nº 12/95).-*

------Conforme a lo expuesto propongo al Pleno el rechazo del agravio bajo análisis. Así lo voto.----------

***------2) La categoría laboral:----------***

------El sentenciante rechaza la pretensión actoral de errónea categorización en base a dos argumentos. El primero de ellos es que el empleado no describió, al demandar, cuales eran las tareas que desempeñaban. El segundo es que no probó la realización de labores extrañas a la categoría registrada cuando tenía la carga de hacerlo.----------

------El apelante en su expresión de agravios se limita a rebatir el argumento según el cual la categoría de "ayudante albañil" registrada de mayo a septiembre de 2007 obedeció a la falta de experiencia del empleado. Sostiene que, según las pruebas, el actor siempre se desempeñó en la categoría de "oficial especializado", pero lo hace dogmáticamente pues no explica a que pruebas se refiere. Por último aduce que "en tres meses no se adquiere la experiencia que S. demostró tener" (fs. 381 vta. Parr. 2°).-----

-----Así expresado, el agravio deviene insuficiente. El sentenciante fundó su decisión en dos argumentos, tal como lo dije. Ello son la falta de prueba y la ausencia de descripción de tareas en la demanda.----------

------El apelante se limita rebatir el segundo argumento, mas no así el primero. He dicho reiteradamente que cuando la sentencia se funda en más de un argumento, es carga del apelante rebatir a todos ellos, pues si solo lo hace con algunos, dejando incólumes otros, la sentencia queda firme en atención a los argumentos no atacados. A este mismo respecto nuestro Superior Tribunal dijo: *"Todo aquel que estando legitimado para apelar y en posibilidad de hacerlo, no apela un punto determinado de la resolución de grado, o habiendo apelado no expresa agravios al respecto, tal punto queda consentido por esa parte y excluido del conocimiento del tribunal … El Tribunal de Apelación no puede revisar ni resolver cuestiones que han quedado firmes (C.S.J.N., 1/4/82, Rep. ED, 16-762, N° 41). En caso de hacerlo, la resolución respectiva afecta la garantía constitucional de la defensa en juicio (al emitir la Alzada un pronunciamiento judicial sin que haya existido actitud de parte interesada que hubiera abierto la competencia recursiva), y el derecho de propiedad (al vulnerar la decisión de la Cámara lo que la parte interesada había adquirido en propiedad*

*conforme al contenido de la resolución firme (S.T.J.Ch. M., H. c/ C. d. S. T. E. y/u Otros s/ Laboral". Expte. Nº 21.995-M-2010 del voto del Dr. Roger)-*

------Por otro lado sostiene el recurrente que se probó la categoría de "oficial especializado" desde el primer momento, pero no explica cuales son las pruebas en que cimenta su afirmación. Quien aduce que el Juez ha interpretado mal la prueba, tiene la carga, al menos, de especificar cual es la prueba mal interpretada y el recurrente, omite esa carga.----------

------Lo hasta aquí dicho es suficiente para rechazar el agravio bajo análisis, sin embargo encuentro adecuado el razonamiento del sentenciante.----------

------Según el testimonio de fs. 268/vta. El actor, antes de comenzar a trabajar para el empleador se había desempeñado como zapatero, primero, y como chapista después y si bien había realizado algunas obras de albañilería con anterioridad, ese no era su oficio habitual (testimonio de fs. 267/vta.).----------

------Es razonable que el empleador lo hubiera contratado como "ayudante albañil" y que, al poco tiempo, cuando demostró tener conocimientos referidos a la construcción lo hubiera ascendido a "oficial especializado". Es cierto que como dice el recurrente, en tres meses no se adquiere experiencia, pero no es menos cierto que tres meses es un plazo adecuado para demostrar la experiencia que ya se tenía desde antes.----------

------Por lo expuesto propongo al Pleno el rechazo del agravio bajo análisis y así lo voto.----------

**------3) Las horas extras:----------**

------El Sr. Juez de la anterior instancia rechaza la pretensión de cobrar horas extraordinarias en atención a que : 1) el actor no explicó en el escrito de demanda cual era la jornada laboral, ni cual era el horario de ingreso y egreso, ni la cantidad de horas diarias trabajadas; 2) de la prueba aportada puede colegirse el horario de finalización de la jornada, no hay prueba directa del comienzo pues el Sr. O., en su testimonio dice tener conocimiento del horario de ingreso solo "por comentarios".----------

------El apelante insiste en que con la prueba testimonial quedó acreditado el trabajo de horas extras, pero ni siquiera aquí se pone de acuerdo en cuantas eran. Primero sostiene que la jornada iba desde las 08:00 o 09:00, hasta las 04:00 en el invierno de 2007 y "01:00 horas el resto del tiempo, o cuanto menos hasta las 00:00 horas" (fs. 381 vta. Parr. 4°). Después dice

que trabajaba 14 horas diarias (fs. 382 parr. 6°) para concluir mas abajo que en realidad eran de 16 o 17 horas (fs. 382 parr. 7°).----------

------Vuelve el apelante a incurrir en el mismo error que he señalado al tratar el agravio anterior. Su fundamentación es incompleta y por lo mismo insuficiente.----------

------Debió rebatir el argumento según el cual la falta de especificación en la demanda de la jornada laboral es óbice para calcular horas extras. Nada de eso dijo.----------

------Debió rebatir el argumento según el cual no se probó el comienzo de la jornada por que el testigo O. solo conocía el hecho “por comentarios”. Nada de eso hizo.----------

------Se limita el recurrente a ofrecer distintas hipótesis posibles de trabajo en exceso.----------

------Reitero, el apelante tiene la carga de rebatir todos los argumentos del sentenciante si pretende se revoque el decisorio en la presente instancia. No lo logra, ni siquiera lo intenta.----------

------Hemos dicho en forma reiterada y coincidente que las horas extras son de prueba estricta. El empleado tiene la carga de explicar cuantas horas extras laboró y de probar efectivamente tal prestación pues no corresponde presumirlas.----------

------Para poder condenar el pago de horas extraordinarias caídas es necesario saber el horario en que el empleado comenzó a trabajar y el horario en que terminó de trabajar los días que aduce haber prestado labor por sobre la jornada laboral. Es evidente que no alcanza para la finalidad propuesta acreditar el horario de finalización si no se acreditó el de inicio pues en este último caso será imposible el cálculo.----------

------Por otro lado la prueba ha de ser precisa. Resultan insuficientes las afirmaciones hipotéticas o las vaguedades. Dicho de otra forma: no basta con decir un horario aproximado como por ejemplo “08:00 o 09:00” tal como lo hace la recurrente. Cada hora extra laborada tiene un valor económico y para determinarlo es necesario saber el número preciso de horas extras y no solo una suma aproximada.----------

------Por lo expuesto propongo al Pleno el rechazo del agravio bajo análisis. Así lo voto.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia y propongo al Pleno que ellas se impongan al apelante vencido pues su pretensión no prosperó ni siquiera en una mínima proporción. Así lo voto.----------

**------A la MISMA CUESTIÓN el Dr. PETRIS, dijo:----------**

------Habiendo el vocal preopinante detallado con suficiencia los antecedentes de la causa y de la apelación que arriba en grado de conocimiento a esta Sede, desinsaculado a votar en segundo término, de conformidad a las disposiciones de los arts. 168 y 169 de la C.P. Del Chubut procedo en este acto a emitir mi voto.----------

------El primer agravio de S. lo constituye la circunstancia de haber el Juez "a quo" aplicado al caso dirimido un régimen legal diferente al que corresponde a la relación laboral habida entre las partes, dado que el art. 2° de la Ley 22.250 excluye al personal jerárquico de sus disposiciones (fs. 380). ----------

------Trabada la litis contestatio bajo otra asistencia letrada sobre los hechos descriptos en la demanda laboral de fs. 30/32 y liquidación de fs. 29 donde se solicitó el cobijo de la Ley 22.250 y el CCT 76/75 para Trabajadores de la Industria de la Construcción, no puede ahora en esta Instancia modificar no solo el derecho aplicable sino los hechos enjugados en la normativa específica, por reunir en la especie el valladar del art. 280 del CPCC que le impide en la Alzada conocer sobre el tópico.----------

------Por otra parte también se afectaría el derecho de defensa de la contraria, cuando conforme se lleva dicho la litis se trabó sobre los hechos y derechos expuestos en los escritos constitutivos de este proceso.----------

------Tampoco se ha hecho cargo el quejoso mediante la técnica recursiva pertinente de las argumentaciones jurídicas dadas por el Juez de grado en el considerando primero de la sentencia justamente sobre el material fáctico denunciado por la hoy apelante en torno al carácter de trabajador de la industria de la construcción y su régimen legal aplicable a la contienda, que arriba firme por ausencia de impugnación en esta Alzada.----------

------El agravio debe ser rechazado en coincidencia con lo propuesto por el colega que me precediera. ASI LO VOTO.----------

------La segunda queja se refiere a la categoría laboral del trabajador (fs. 381 vta.).----------

------Se agravia e insiste en que S. ingresó como “oficial especializado” (CCT 76/75) en mayo de 2007, pero que el empleador recién emitió recibos con esa categoría a partir del mes de octubre de ese año. El Juez “a quo” argumentó que al no explicarse en la demanda cuáles eran las tareas concretas que cumplía el actor ni haber producido prueba idónea para desvirtuar los registros (recibos y libro especial), debería estarse a la señalada en la documentación (fs. 367).—----------

-----Idéntica postura asume ahora la apelante al insistir en la categoría de “oficial especializado” desde el inicio de la vinculación laboral pero omite rebatir y demostrar el desacierto sentencial en este aspecto. Ni mucho menos demostrar la prueba idónea que haría a su derecho modificatorio.----

------La expresión de agravios supone dos elementos que confluyen para determinarla: uno es la existencia del perjuicio que se infiere a la parte quejosa, lo que muestra un aspecto endógeno subjetivo con sus consecuencias, pero los recaudos no se detienen allí porque al perjuicio, para llegar al ámbito conceptual de agravio, debe provenir de errores de la sentencia, lo que aquí quedó indemostrado ante los argumentos periféricos sin entidad legal que torna ineptos los libelos para cumplir su función.-------

------El agravio debe rechazarse. ASI LO VOTO.----------

------El tercer agravio referido al rechazo de las horas extras y extensión de la jornada laboral, argumentó con suficiencia jurídica, legal y fáctica el sentenciante de grado acerca del límite de la jornada diaria y semanal del CCT 76/75 que regía al actor, así como que no aclaró cuál era la jornada laboral efectivamente realizada con excepción a la obra de la Escuela Normal que no logró a su vez acreditar excediera el máximo de la jornada legal (fs. 367 Considerando Tercero).----------

------Resulta harto sabido que no alcanza con que el trabajador declare en la demanda que trabajó horas extras, además tiene que probarlo, y demostrar que esas horas lo son por encima de la jornada legal, pues de lo contrario, y tal como ocurriera en el particular, se considera que la jornada laboral alcanzó el máximo legal, es decir 44 horas semanales sin que le corresponda adicional alguno (fs. 368).----------

------Intentar como lo pretende el quejoso en hacer un mínimo margen de finalización de la jornada como para tener derecho a horas suplementarias no es probar la efectiva realización. La prueba debe ser contundente y luego

recién ahí se podrá estar a la declaración de horas denunciadas en la demanda que en el particular ni siquiera precisó con la certeza que exige el asunto.----------

------Pues tal como con acierto lo refiriera el colega que votara en primer término afirmó S. que la jornada iba de 08:00 o 09:00 horas, luego se extendería al menos hasta las 00:00 horas. Ello resta seriedad al planteo, no se hace cargo del razonamiento conclusivo del Juez en esta instancia y marca la suerte del agravio, su rechazo. ASI LO VOTO.----------

------El último agravio referido a los restantes ítems supeditados a la suerte de los agravios tratados y que gravitarían en las diferencias salariales, SAC y vacaciones, al no haber prosperado las quejas acerca de la categoría laboral y horas extras, tampoco podrán prosperar. ASÍ LO VOTO POR ÚLTIMO.----

------Costas de Alzada a la apelante perdidosa, vencida en la apelación, atento el criterio objetivo de la derrota sustentado por el art. 69 del CPCC y resultado obtenido.----------

**------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR**, en todas sus partes, la sentencia registrada bajo el n° 79/2013, de fecha 09/12/2013 y que obra a fs. 363/373. **2) IMPONER** las costas de la presente instancia a la actora apelante vencida. **3) REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. E. C. en un 5,25% a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, con más el IVA pertinente (art. 13 de la Ley XIII N° 4 DJP). En caso de resultar, al momento de su cuantificación, inferiores a la suma de 8Jus los mismos serán automáticamente fijados en dicha suma, ello conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia, por ser el criterio sostenido por esta Alzada.----------

**------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------**

------Atento lo expresado al votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **1) CONFIRMAR**, la sentencia apelada de fs. 363/373. **2) IMPONER** las costas de esta Alzada a la actora apelante perdidosa (art. 69 del CPCC). **3) REGULAR** los emolumentos de la Dra. E. C. en un 5,25%, porcentaje a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, con más el IVA pertinente (art. 13 de la Ley XIII N° 4 DJP). En caso de resultar, al momento de su cuantificación, inferiores a la suma de

8Jus los mismos serán automáticamente fijados en dicha suma, ello conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia, por ser el criterio sostenido por esta Alzada.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

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

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**1) CONFIRMAR**, en todas sus partes, la sentencia registrada bajo el n° 79/2013, de fecha 09/12/2013 y que obra a fs. 363/373.----------

------**2) IMPONER** las costas de la presente instancia a la actora apelante vencida. (art. 69 del CPCC).----------

------**3) REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. E. C. en un 5,25% a calcular del monto del proceso que se determine en la etapa procesal oportuna, con más el IVA pertinente (art. 13 de la Ley XIII N° 4 DJP). En caso de resultar, al momento de su cuantificación, inferiores a la suma de 8Jus los mismos serán automáticamente fijados en dicha suma, ello conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia, por ser el criterio sostenido por esta Alzada.----------

------**4) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del DJP) y no haber hecho uso el Dr. Jorge Luis Früchtenicht del derecho que le asiste conforme lo dispone el art. 274, último párrafo, del CPCC.----------

**CLAUDIO A. PETRIS** **GÜNTHER E. FLASS**

**REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2014. CONSTE.**