000166/2014

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G. J. M. c/ T. D. S.A. s/ DEMANDA LABORAL (Diferencias de Haberes)", Expte. N° 166/14,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral N° 1 (expte. nro. 5152/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs.1960), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs.1923/1940? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro.13/2014 emitida por la Sra. Jueza de refuerzo del Juzgado laboral N°1 de la jurisdicción, venida en crisis, hizo lugar a la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada únicamente con respecto a los créditos reclamados por feriados trabajados desde mayo de 2006 a julio de 2006 inclusive, rechazó la misma por el resto de los rubros peticionados en la demanda.-

Hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a T. D. S.A., a abonar en el término de diez días de quedar firme la presente al Sr. J. A. G., la suma de pesos veinticinco mil trescientos veinticinco con ocho centavos ($25.325,08), sumas que se incrementarán con intereses, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT.-

Rechazó la plus petición invocada por la demandada en el accionar de la parte actora.-

Impuso las costas a la parte demandada vencida por el principio genérico de la derrota contenido en el art. 69 del CPCCH -antes art. 68 CPCCH- Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (fs.1923/1939).-

Fue apelada por la parte actora a fs.1942.-

El actor apelante se queja por la falta de acogimiento del reclamo de las horas extras laboradas los días sábados y domingos al 100%.

La sentenciante de grado tuvo por acreditado, dice el quejoso, que el actor laboraba una jordana de lunes a viernes de 10.45hs. diarias mas tres horas los días sábados y una hora los domingos.- El trabajador totalizaba 56,25 horas por semana y 52, 25 horas de lunes a viernes, excediendo las 48 semanales previstas en la OIT nro.1 y la ley 11544.

El actor ha ejecutado en exceso el límite semanal en horas los días sábados y domingos y debe abonarse con el recargo del 100% por practicarse después de las 13 horas.

El dto. reglamentario al referirse a la extensión asienta el quejoso el planteo puede extenderse siempre que no supere las 13 horas.

Dice textualmente que la jueza confunde el descanso con el pago de horas.

Por ultimo agrega que "sostener que las horas trabajadas el sábado y domingo no son extraordinarias en virtud del régimen variable y disponible el trabajo, cuando claramente se ha superado el máximo permitido para el trabajo semanal, consagra sin tapujos un enriquecimiento incausado el empleador, quien se ha visto beneficiado con la disposición del trabajador en exceso a los limites que la ley otorga." "…Corresponde acoger el pago de las horas practicadas mensualmente los días sábados y domingos con un 100% de recargo a razón de 4 horas por semana y un promedio de 20 horas mensuales por todo el periodo de reclamo (22 meses)…"(fs.1944/1945vta.).

Análisis:

En acogimiento del principio tantum apellatum quantum devolutum digo que llego firme a esta Alzada la sentencia de grado en todos los puntos reclamados y la exclusión de aquellos alcanzados por la defensa de prescripción, a excepción del porcentaje que deben abonarse las horas extraordinarias realizadas los días sábados después de las trece horas y los domingos.

Sintetizando la queja del accionante, puedo decir que el planteo radica en que en la especie el trabajador que excede la jornada normal los días de semana no se aplica la regla de la distribución para eliminar el recargo del pago.

La jueza de refuerzo en su sentencia dijo que la jornada de labor los sábados (3 horas) y los domingos (1 hora) no se debe computar como extraordinaria sino como jornada normal en día inhábil si bien no consideró la labor del actor, trabajo por

equipos, si lo consideró como discontinuo. La jornada era discontinua, sobre ello no hay discusión.

En tal sentencia de grado atendiendo a la integración de la litis y considerando lo manifestado a fs.849 en el escrito de responde que niega que laboraba J. G. 10.45 horas diarias; evaluó la situación y consideró que el trabajador cumplía la jornada laboral de esa cantidad de horas diarias de lunes a viernes –que totalizó en 12.25hs. extras– y desestimo como extraordinaria la jornada de sábados (3hs.) y domingos (1hora) (fs.1930).

La ley 11.544 dispone que la jornada de trabajo no podrá exceder las ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro.

La ley 20.744 luego de regular en forma especial el trabajo por equipos, nocturno e insalubre, prescribe en el art. 201 que el empleador debe abonar con un recargo del 50%, calculado sobre el salario habitual, las horas trabajadas por los dependientes en tiempo suplementario en los días lunes a viernes y sábados hasta las 13 horas. Ese recargo es del 100% cuando esa prestación extraordinaria se produzca en sábados después de las 13 hs. y días domingos.

He de coincidir con el apelante en lo conceptual; y con la doctrina que en síntesis transcribo y comparto "…las circunstancias referentes al mencionado plenario (se refiere al plenario "D'Aloi" CNT 1981) fueron las que se relatan a continuación. Su doctrina es que el trabajo realizado fuera de la jornada convenida por las partes, sin exceder el máximo legal, debe pagarse sin el recargo previsto en el

artículo 201 de la LCT, y hubo fundadas opiniones en un sentido y otro. En el dictamen del –entonces- procurador general del Trabajo se reseñaron las diversas posiciones acerca de la procedencia del recargo: una tradicional o clásica –triunfante en el fallo plenario- que rechaza los recargos, y otra que pone el acento en la relación entre el concepto de trabajo extraordinario y su correspondencia remunerativa, y se examinó la influencia que tuvo la sanción de la LCT (art. 201) y el contexto dado por otros institutos y principios del derecho de trabajo. Destacamos los fundamentos de los votos de los jueces Fernández Madrid y Morell por la tesis minoritaria, cuya conclusión compartimos.

Una situación estrechamente relacionada con la anterior que suscita interrogantes y opiniones disímiles en el ámbito judicial es la que se da cuando la fuente normativa que establece una jornada normal menor a la legal es el convenio colectivo. Al respecto, mientras la mayoría sostiene que lo que da derecho al recargo es el exceso de la jornada normal del convenio, otras decisiones –en línea con el criterio del aludido fallo plenario de la CNAT- han considerado que para la retribución suplementaria es necesario superar el tope legal.”(Raúl Ojeda “Ley de contrato de Trabajo” T.III Pág.52 Ed.Rubinal Culzoni-2011).

…“El artículo 201 es claro al prever el recargo que corresponde aplicar a la remuneración por causa del trabajo realizado en tiempo suplementario de la jornada normal. Se trata de un 50% adicional cuando el trabajo se realice en días comunes, y de un 100% en días sábados después de las 13 horas, domingos y feriados. Estos porcentajes de recargo integran el

conjunto de disposiciones de orden público laboral que contiene la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que no podrían ser modificados en sentido desfavorable al trabajador por acuerdo de partes o por convenio colectivo.

Otro tema que ha suscitado actuación judicial respecto del concepto mismo de hora "extra" es el atinente a determinar cuál es el tope que debe excederse para dar lugar a la retribución, señalándose el semanal." (autor y obra citada Pág.49).-

Como señalé la jornada de labor de G. se extendía por 10.45hs. trabajando 2.45 horas "extras" diarias de lunes a viernes, superándose el tope máximo legal previsto en el art.201 de la LCT, dando fundamento al recargo al 100% peticionado por los días sábados y domingos.

Por lo expuesto, hago lugar al agravio y dispongo que se efectúe la liquidación pertinente por Secretaria del Juzgado por el periodo demandado con la incidencia que tiene el cálculo de dichas horas extraordinarias en la remuneración y por lo tanto en los restantes rubros indemnizatorios, pues no ha sido alcanzado por la defensa de prescripción según emerge del fallo que llego firme a la Alzada.

Las costas de la Alzada se imponen al demandado vencido por aplicación del principio de la derrota seguido por el código ritual. Por aplicación de lo dispuesto en el art.282 del CP confirmo la condena en costas de la instancia de grado. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1.- Receptar los agravios de la parte actora. Modificar el fallo venido en crisis condenando a la demandada al pago de las horas extraordinarias laboradas por los sábados y domingos, debiendo practicarse la liquidación por Secretaría del Juzgado, conforme considerando respectivo.

2.- Costas de la instancia de grado y de la Alzada a la demandada. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo, según considerando respectivo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que, a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut, es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. ref. 1944/1945vta. expresa agravios el apelante actor contra la sentencia de fs. ref.1923/1940, corrido el traslado de los mismos a fs.ref.1946 éstos no fueron contestados por la parte demandada.

I.B) Se agravia el actor apelante por el análisis que efectúa la a-quo en torno a la jornada laboral desarrollada por el actor y la falta de acogimiento de las horas extras al 100% por las

labores efectuadas los sábados y domingos. (fs. ref. 1944/ 1845vta.).

Después de realizar la confrontación del análisis e interpretación efectuado por la a-quo en cuanto a la improcedencia de las horas extras al 100% (considerando III. ap. b- (fs. ref. 1931/1937) y los argumentos expuestos por el agraviado contra dicho entendimiento a fs. ref. 1944/1945vta.), considero que amerita la temática planteada, un desarrollo pormenorizado para fundamentar la decisión a tomarse en la presente cuestión.

El concepto de trabajo en tiempo suplementario es el límite legal para la jornada de trabajo que rige siempre que la situación no esté comprendida en una excepción permanente general (legal) o especial (reglamentaria), caso en el que se puede ser sobrepasado sin consecuencias. En cambio, cuando se trata de una excepción temporaria, el trabajo prestado por encima de los topes legales debe ser retribuido con ciertos recargos por el disfavor con que el legislador contempla el trabajo en exceso de aquellos límites.

En otras palabras, se pretende disuadir al empleador de que requiera la prestación de servicios extraordinarios, mediante la agravación del costo de éstos. Además, para no favorecer su realización, se establece la consulta previa a las respectivas organizaciones patronales y obreras (art.5°, ley 11.544) y la necesidad de considerar el grado de desocupación existente (art. 4° in fine).

Sin embargo, es una realidad verificable y harto conocida que contra esta buena intención conspiran ciertos factores económicos que, como en el caso de nuestro país y dado el frecuente deterioro de

los salarios reales, hacen que sea el propio trabajador quien está interesado (pues cobra más por la hora extra) en trabajar más allá de los límites fijados por una legislación que, paradójicamente, está destinada a protegerlo.

El tiempo que se trabaja en exceso de los límites legales se denomina, indistintamente, suplementario o extraordinario, y es frecuente también la utilización de conceptos tales como horas suplementarias o extra, con los que se hace referencia a las que se trabajan en forma excedente.

En los casos en los que las partes de una relación individual o los sujetos de Derecho colectivo – por vía de un acuerdo de esa índole- han fijado límites menores a los legales para la jornada de trabajo, se ha planteado el interrogante acerca de si se debe considerar como suplementario o extraordinario el tiempo trabajado en exceso de esos límites convencionales, no obstante que este exceso no sobrepase los máximos legales.

Dicha cuestión ha dado lugar a profundas divergencias doctrinarias, pero en la Capital Federal (con fundamentos similares a los que ya había adoptado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) predominó el criterio de quienes sostuvieron que, en tanto no se sobrepasen los máximos legales –que son los que el legislador consideró apropiados para dar resguardo a la integridad psicofísica del trabajador-, no corresponde considerar como trabajo extra al prestado por encima del límite que el dependiente hubiese convenido con su empleador en el marco de la relación individual que los une.

Desde otra perspectiva -y a contrario de lo afirmado por la a-quo- estimo que la circunstancia de que no se considera extra el trabajo que excede del límite convenido (sin superar el legal) no puede llevar a pensar que, en ese supuesto, el empleador cuenta con la facultad de exigir a su gusto que el dependiente sobrepase el tope convencional, porque, obviamente, la estipulación que fija una jornada menor al máximo legal constituye una condición esencial del contrato que no puede ser alterada, sin conformidad del trabajador (art.66, LCT).

Parecería que las mismas razones que llevan a considerar que no es extraordinario el trabajo prestado por encima de los topes convenidos por las partes de una relación individual –dentro del límite legal-, tendría que llevar idéntica conclusión respecto de la prestación que excede del límite menor al legal que se hubiera fijado por vía de un convenio colectivo. Sin embargo, la jurisprudencia prevalente ha resuelto la cuestión en sentido diverso porque –circunscribiendo la doctrina del plenario "D'Aloi" a la jornada convenida en el plano individual- se ha señalado en numerosos pronunciamientos que el trabajo que excede de los topes convenidos en el plano colectivo debe retribuirse como extra, aun cuando no se superen los máximos legales, sobre la base de considerar que el convenio colectivo tiene el efecto propio de una ley, con referencia a un ámbito de actividad específico.

Profundizando el análisis que se viene desarrollando he de puntualizar que en principio, la posibilidad de trabajar por encima de los límites legales sólo se podría admitir frente a una excepción legal o reglamentaria que libere en forma permanente

esos topes. Cabe recordar que la excepción permanente prevista en el artículo 3°, inciso a) para los empleos de dirección o vigilancia o la contemplada en el artículo 4°, inciso a) de la ley 11.544 con referencia a trabajos intermitentes, en realidad, no generan trabajo extraordinario, porque el prestado más allá del límite que rige –en general- para los restantes casos, no se considera violatorio del régimen de jornada (precisamente por corresponder a excepciones legalmente previstas).

Las excepciones temporarias, en cambio, sea que deriven de una razón de urgencia o fuerza mayor o de una exigencia inusual de trabajo, sólo autorizan a sobrepasar el límite normal a condición de que el excedente no sea superior a tres horas extras por día, treinta horas mensuales y doscientas horas anuales sin autorización administrativas (art.13, dec.16.115/33, según dec.484/2000), pero el exceso siempre debe ser considerado como tiempo suplementario.

El límite impuesto a la cantidad de horas extra por el citado decreto 484/2000, en opinión de los autores, provoca ciertas dudas. Carcavallo y Livellara concuerdan en que la primera modificación que origina la norma es que se alteran los límites a la realización de estas horas que fijaba el artículo 13 del decreto 16.115/33 (conf. Dec.2882/79) pues el mensual se redujo de cuarenta y ocho (48 hrs.) a treinta horas (30 hrs.) y el anual de trescientas veinte (320 hrs.) a doscientas horas (200 hrs.) computadas en el año calendario (conf. Resolución del Ministerio de Trabajo 303/2000, B.O. del 27-7-2000).

En cambio, discrepan en cuanto a la cantidad diaria de horas extras pues el decreto

484/2000 nada dice al respecto. Por ello, para el primero de los autores citados, el límite de tres (03)horas diarias que establecía el decreto 16.115/33 antes de ser modificado por el citado 484/2000 sigue aún vigente, mientras que para el segundo fue "suprimido". Para los autores citados, la segunda modificación que introduce la norma consiste en que consagra la innecesariedad de autorización administrativa alguna para la realización de tareas de tiempo suplementario.

Juan José Etala (h), por el contrario, aporta una opinión diferente sobre esta misma cuestión. Según este autor el decreto 484/2000 no ha derogado el artículo 13 del decreto 16.115/33, y, en consecuencia, sobre el instituto bajo análisis ("horas extra") –a su entender- convergen lo dispuesto en la ley 11.544, la LCT, y los decretos 16.115/33 y 484/2000. Para dicho doctrinario el juego de las normas citadas surge que el decreto 484/2000 únicamente libera de requerir "autorización previa" hasta treinta (30) horas "extraordinarias" mensuales y hasta doscientas (200)anuales, pero señala que podría interpretarse que la franja que va de treinta (30) a cuarenta y ocho (48) y de doscientas (200) a trescientas veinte (320) requeriría, para su realización, de autorización administrativa previa por parte de la autoridad de aplicación.

En definitiva, Juan José Etala (h) concluye que las horas extra que pueden realizarse sin autorización tienen tres topes distintos: a) el diario: no más de tres (03) horas; b) el mensual: no más de treinta (30) horas, y c) el anual: no más de doscientas (200) horas.

Finalmente, cabe señalar que los tres autores citados, con alguna diferencia de matices, concuerdan en la ilicitud de las horas extras que se realicen más allá de los máximos previstos en el artículo 13 del decreto 16.115/33, conforme al texto que le ha dado el decreto 2882/79 y la nueva limitación para las horas que no requieren autorización que surge del decreto 484/2000.

Aun cuando parece claro que la autoridad de aplicación no podría autorizar su realización por encima de los máximos permitidos por el citado artículo 13 del decreto 16.115/33 modificado por el decreto 2882/79, en algún caso se admitió esa posibilidad. De todos modos, en cualquier supuesto en el que se haya trabajado horas extras por encima del límite legal (ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales), en atención a lo normado en el artículo 201 de LCT, corresponde que sean abonadas con los recargos respectivos.

Concretando lo expresado precedentemente, es entendimiento de la suscripta que las horas trabajadas más allá del límite fijado para la jornada de trabajo en el caso de una excepción especial temporaria, son extras y deben abonarse con los recargos legales (art.5°, ley 11.544, y art.201, LCT).

Así la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, desde hacía varios años admitía que las mismas deben pagarse con los recargos legales y este criterio es el que recogió la LCT al establecer que las horas extra, medie o no autorización o motivo que las justifique, se deben pagar con recargos (art.201, LCT).

Según el artículo 5° de la ley 11.544 y el artículo 201 de la LCT, las horas extra trabajadas en días comunes deben pagarse con un cincuenta (50%) de recargo y en días sábado después de las 13 hrs., domingos y feriados con un cien (100%) por ciento, a calcularse, en ambos casos, sobre el salario normal y habitual, por lo que se deben computar, en la remuneración a tener en cuenta, todos los rubros fijos y variables que la integren.

La referencia a días sábados y domingos es un tanto equívoca, porque, en realidad, la finalidad perseguida por la norma es la de agravar los recargos en los casos en los cuales el trabajador preste servicios extraordinarios en días obligatoriamente destinados al descanso.

Para determinar el valor hora que sirve de base para calcular los recargos, cuando no está convenida una retribución horaria sino por mes, se divide usualmente el sueldo mensual por doscientas (200 horas que es el resultado de considerar ocho (08) horas diarias durante veinticinco (25) días, estimados como el promedio de hábiles en cada mes.

De más está decir que el valor de las horas extras, ha de incidir en la determinación de la remuneración que debe servir de base para calcular las indemnizaciones por extinción del vínculo laboral que unía a las partes.

Advirtiendo que ha llegado firme a esta instancia lo decidido por la a -quo en el Considerando II. últ. Párr.- fs.1929vta. en cuanto a que el actor tenía una jornada de labor de Lunes a Viernes de 10:45 hrs., los Sábados de tres (03) horas y los domingos de una (01)hora y que, conforme los criterios y análisis

desarrollado en el presente voto, se ha de hacer lugar al agravio y en consecuencia, observando que a fs. ref. 1932vta. la sentenciante a los efectos de calcular los distintos conceptos y diferencias salariales expresamente no computa como hora extraordinaria las tres (03) horas del día sábado y la hora (1) del día domingo al 100%, ha de modificarse en la etapa de ejecución la base de cálculo que la jueza ha tomado para estimar la condena de dichos conceptos y diferencias laborales., volviendo ha calcularlos conforme las directivas que se han dado en el presente voto.

I.C) Teniendo en cuenta de lo decidido en el presente voto, es de aplicación lo previsto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-, razón por la cual las costas de primera instancia se mantienen impuestas a la demandada vencida e igual suerte, en virtud del principio objetivo de derrota (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-), se imponen las de esta instancia a la parte demandada vencida. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts.13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores –Digesto Jurídico- y su modificatoria Ley XIII, nro. 15, nro. 881/11 del 05/07/11, art.- 46).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de las Dra. Graciela Mercedes García

Blanco de Bellver y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169 Constitución de la Provincia del Chubut, a la misma me adhiero.

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

SENTENCIA:

1) Receptar los agravios de la parte actora. Modificar el fallo venido en crisis condenando a la demandada al pago de las horas extraordinarias laboradas por los sábados y domingos, debiendo practicarse la liquidación por Secretaría del Juzgado, conforme considerando respectivo.-

2) Costas de la instancia de grado y de la Alzada a la demandada.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. J. E., M. E. v. R., M. G. G., M. B. G. y M. C. P., conjuntamente, en el veintiún por ciento (21%), los de la Dra. S. A. G., en el diecisiete por ciento (17%) y los de la Cdora. G. S. J. en un tres por ciento (3%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. J. J. E., en el treinta por ciento (30%) porcentaje a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley

V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Juez de Cámara

NÉLIDA SUSANA MELERO
Presidente

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"