----En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia I. Spoturno y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., M. A. c/ D. L. S.A. s/ Cobro de haberes e indemnización de ley” (Expte. N° 422 – Año 2016 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. 314.----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

--I. A fs. 284/289vta. el juez de refuerzo de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda promovida por M. A. G. condenando a la demandada a que en el término de 10 días abone al actor la suma de $ 33.299,80 con más los intereses “tasa activa” que informa el Banco del Chubut SA para sus operaciones generales vencidas, desde que cada rubro fue devengado hasta su efectiva percepción por parte del actor. Hizo también lugar al reclamo de horas extras en la medida y con el alcance fijado en el considerando respectivo. Ordenó que en el término de cinco días se haga entrega de la constancia documentada de aportes y del certificado de trabajo. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los letrados intervinientes. ----------

----Esta decisión fue apelada por la actora a fs. 292 y por la demandada a fs. 295. Concedidos ambos recursos únicamente lo sostuvo la demandada mediante presentación de fs. 297/301vta. expresando los agravios que trataré a continuación:----------

----II. Interpretación de los hechos – causal de despido – análisis: Bajo este título expresó la demandada su primer agravio contra la sentencia de grado. Sostiene que el sentenciante no llegó a interpretar correctamente la injuria laboral que se le enrostró al actor y que fue la que generó el hecho objetivo motivante de la pérdida de confianza. Asegura que la conducta del actor provocó la injuria laboral y que ésta se encuentra debidamente probada con los testimonios de P. y Y.. Dice que la conducta de G. quebró la más mínima y elemental confianza que debe existir entre empleado y empleador para la continuidad del vínculo. Sostiene que el sentenciante nunca llegó a entender la situación de conflicto, transitando la misma por carriles que poco se relacionaban con lo importante que es la conducta del actor. Dice que la antigüedad del empleado —no contemplada por el *a quo*— no fue considerada en la sentencia y que, en este caso, es un elemento agravante respecto de la conducta reprochada. Dice que mientras más antigüedad tenga el empleado en la empresa, mayor confianza debe respecto de un empleado nuevo.----------

---A fin de dar correcto tratamiento al agravio y tratándose exclusivamente de una

cuestión de hecho, prueba y valoración de la conducta, comenzaré por enunciar el motivo del despido directo dispuesto por la demandada conforme carta documento obrante a fs. 34 (acompañada por la actora) y fs. 80 (acompañada por la demandada) que dice: "*Atento a la conducta por Ud. desplegada el 1ero. de abril, consistente en incitar a dos clientes, R. C. P. y J. O. Y., que pasen por la caja registradora un producto de Queso Chubut mal etiquetado, sabiendo que el mismo tenía un precio muy superior al indicado en la etiqueta, afectando de esa forma los intereses económicos de D. L. SA, se ha dispuesto despedirlo con justa causa. Su conducta ha sido contraria al deber de buena fe, provocando la pérdida de confianza. Haberes y liquidación final en plazo de ley*".----------Corresponde asimismo, en el marco del tenor de la comunicación de despido y de los agravios expresados, analizar la declaración testimonial de Y. y P..----------El testigo J. O. Y. prestó declaración testimonial a fs. 154/155vta.: "*Ese día tuvimos una reunión con A. y la hija de A. en el primer piso de Vucetich y hablamos de mejorar la imagen y calidad de servicio y entre otras cosas que hablaron A. me plantea que tengo algunos problemas con el personal que a veces no se refleja en las góndolas los precios como debieron reflejarse por ejemplo y que eso daba lugar a varias quejas por la gente… …le digo a C. que pasemos a comprar un queso a la fiambrería y vimos unos precios en unos quesos, le pregunto el precio al chico y el chico mira los quesos y se fija en el precio en la balanza donde salen los precios del producto y me dice los precios están mal acá y me dijo valen el doble pero llévate dos. Subí a verla a A., porque antes habíamos estado hablando de mejorar estas conductas y le conté lo que pasó y le dije que se fije que son las cosas que hay que mejorar".* Agregó luego el testigo: *"lo que me dijo este precio está el doble porque está mal el precio en la balanza, llévate dos por uno lo que interpreté que era una conducta desleal para con el empleador*". ----------Obra a fs. 213/214 la declaración testimonial de R. C. P.. Este testigo fue preguntado respecto de un hecho irregular ocurrido con un empleado de D. L. SA a lo que contestó: "*Consistió en la oferta de este empleado en la oferta de queso a la persona que me acompañaba con un precio diferencia porque venía mal marcado, esa fue la oferta hacia mi amigo"* (aclara luego que su amigo es J. Y.). Agregó a continuación respecto de la conducta de Y.: *"se dirigió en mi compañía a la administración del supermercado y contó lo que había pasado en el sector de fiambrería, primero pagó los productos y luego fue a la administración*". A continuación fue interrogado respecto de qué fue precisamente lo que le ofreció el empleado y dijo: "*Eran piezas de queso, Chubut o de esos tipo artesanales, patagónicos*". Luego respondió las preguntas formuladas por el abogado del actor y dijo que no sabía quién era el empleado: "*Para mí no tiene rostro la persona, no me acuerdo*", aseguró. Finalmente, la última pregunta formulada fue si el producto tenía precio o le puso el precio en ese momento el empleado a lo que

respondió: “*Mi amigo le pregunta por los quesos, entonces el empleado agarra un queso y le dijo esto vino mal marcado de arriba y le dijo si esto te lo tengo que cobrar al precio que vale son*

cincuenta pesos, llévate dos al precio de uno”.----------

---- ----La cuestión a resolver es si el despido dispuesto por la demandada fue ajustado a derecho o no. La pérdida de confianza como causal de despido debe encontrar fundamentos en hechos objetivos de magnitud suficiente que la justifiquen. Correctamente se ha resuelto que la pérdida de confianza, como factor subjetivo que justifica la ruptura de la elación, debe necesariamente derivar de un hecho objetivo de por sí injuriante, es decir que si las expectativas acerca de una conducta legal acorde con el deber de fidelidad creadas con el devenir del vínculo se ven frustradas a raíz de un suceso que lleva a la convicción de que el trabajador ya no es confiable, pues cabe esperar la reiteración de conductas similares, se configura una causal de despido (CNAT, Sala VIII, 27-2-97, “Rospide, Pblo A. c. Banco del Buen Ayre SA”, D.T. 1997-B-1392 – citado en Revista de Derecho Laboral, 2011-1, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 173).----Entiendo, a la luz de la comunicación de despido y de las declaraciones testimoniales, que no se configuró en la presente “justa causa” de despido en los términos del art. 242 de la LCT porque no logró demostrar la demandada un hecho objetivo de una magnitud tal que permita suponer la pérdida de confianza invocada.--------Son varias las cuestiones que me llevan a esta conclusión.---------- ----La demandada dispuso el despido únicamente por los dichos de dos personas sin darle la ocasión al trabajador de defenderse o de brindar su versión de lo ocurrido. Cité de manera textual las declaraciones testimoniales porque entiendo que surge de las mismas una subjetividad que de modo alguno puede considerarse válida a los fines de avalar un despido con causa. Estas declaraciones son extremadamente vagas y aquello que el testigo interpretó como una conducta desleal para con el empleador pudo no haberlo sido. ----------

----De modo alguno pongo en duda la veracidad de los dichos de los testigos, simplemente entiendo que sus dichos se prestan a diferentes interpretaciones. Entonces, avalar judicialmente un despido con causa en el marco de estas dos declaraciones testimoniales, teniendo en cuenta la absoluta falta de antecedentes del trabajador, me parece excesivo.----------

----Introduce en esta instancia la demandada su particular lectura del papel que juega la antigüedad del trabajador en el marco de la conducta que se le atribuye. Esta circunstancia, por haber sido introducida recién al expresar agravios, no puede ser considerada en esta instancia. Y ello es así puesto que, lo que la demandada ahora entiende que configura un agravante de la conducta, bien puede ser considerado como un atenuante, todo dependerá del modo que se vea y se valore la conducta. Pero

entiendo que no habiendo sido debatida esta cuestión en el grado no corresponde que sea tratado en esta instancia de revisión.----------

----Por otra parte, el despido siempre debe ser la última alternativa. Si la empleadora consideró que el trabajador había cometido alguna falta debió primero apercibirlo o, eventualmente, suspenderlo. Pero disponer directamente el despido en este caso y en mi opinión, es excesivo.----------

---Sabido es que para que el empleador esté eximido de indemnizar por el despido se requiere la proporcionalidad entre la falta y la sanción. En los casos en que el incumplimiento reúne menor gravedad debe acudirse, en orden a la tutela del principio de proporcionalidad que toda sanción debe tener respecto de la falta cometida, a la aplicación de una sanción disciplinaria de menor entidad y no a la disolución del contrato de trabajo (CNAT, Sala II, 27-9-95, T. y S.S. 1996-94, citado en Revista de Derecho Laboral, 2011-1, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 149).----------En la presente causa la conducta del trabajador no fue cabalmente demostrada por la demandada ni, mucho menos, su intención. Es por ello que entiendo que, si la demandada consideró que el trabajador había cometido una falta debió primero conocer la versión del trabajador (dándole ocasión de defenderse en el momento en que le fue imputada la falta) y luego, eventualmente, sancionarlo menos severamente.----------

---Es que, después de estudiar detenidamente la causa observo que la prueba producida lleva, al menos, a una situación de “duda” respecto de lo realmente sucedido ese primero de abril. Así por ejemplo, de los términos de la contestación de demanda surge que Y. y P. eran “clientes habituales de D. L. SA” (conf. fs. 102) situación que quedó desvirtuada por la propia declaración testimonial en que ambos sostuvieron haber concurrido al supermercado para hablar con A. (responsable de la administración del supermercado) sobre publicidad e imagen. Esto significa que habían concurrido al comercio por razones laborales y no por ser “clientes habituales”. De hecho les fue preguntado si eran clientes a lo que respondieron que no lo eran.----------Tampoco fue demostrado que el actor pronunciara la frase que entre comillas le fue imputada en la contestación de demanda (“total que le hace a D. L. unos pesos
menos”).----------

---Por lo expuesto y, dándose en todo caso una razonable situación de “duda” respecto de lo realmente ocurrido así como también de la intencionalidad del trabajador, es que considero que corresponde aplicar el art. 9 de la LCT y resolver la cuestión a favor del trabajador por lo que propongo al acuerdo el rechazo del primer agravio expresado. ----------III. Horas extraordinarias:----------

---El juez en su sentencia hizo lugar al reclamo de horas extras devengadas al 100% desde abril de 2009 hasta la finalización del vínculo, por las tareas cumplidas los días sábados de 13 a 15,30 horas. La demandada en sus agravios sostiene que no

corresponde el pago de estas horas como “horas extraordinarias” puesto que el actor no trabajaba más de 48 horas semanales. Agrega que dado que su mandante tiene abierto su comercio los días sábados y domingos en forma normal, el trabajo que realicen sus dependientes no puede ser considerado como extraordinario.----------

---A fin de dar correcta respuesta al agravio considero necesario puntualizar las diferencias existentes entre el trabajo en exceso de la jornada y el trabajo durante el descanso semanal.----------

---Cuando el trabajador cumple una jornada laboral inferior o igual a la máxima legal o convencional pero presta servicios durante su día de descanso, estas horas no son consideradas extraordinarias pero le corresponde un franco compensatorio por haber sido afectado su día de descanso (esta solución surge de manera clara del texto de los arts. 201, 204 y 207 de la LCT). ----------

----El problema en la presente causa es que la demandada no otorgaba este franco compensatorio al que estaba legalmente obligada conforme claras disposiciones de la LCT por lo que corresponde determinar las consecuencias legales de dicho incumplimiento.----------

---El art. 207 de la LCT le otorga al trabajador el derecho a tomarse el descanso, por sí, en la semana subsiguiente a aquella en que correspondía su concesión. Esto significa que la solución legal es darle al trabajador la posibilidad de hacer uso compulsivo de su derecho a descansar. Y esto es así puesto que el descanso no se remunera sino que debe respetarse. ----------

---Además de las consecuencias señaladas supra y que surgen del art. 207 de la LCT, la falta de otorgamiento del descanso compensatorio configura una “infracción grave” y resulta punible por parte de la autoridad administrativa laboral. Así lo establece el art. 3 inc. d) del anexo II del Pacto Federal de Trabajo que fuera firmado por el Presidente de la Nación y las provincias y ratificado por Ley 25.212 (aprobado en nuestra provincia por Ley X- nro. 32).----------

----Avanzando un paso más en el análisis corresponde determinar cuáles son las consecuencias legales cuando el trabajador no hace uso de ese derecho que le otorga la ley. En general, la doctrina y la jurisprudencia son contestes en considerar que la inactividad del empleado trae consigo la pérdida del derecho a gozar del descanso. Ello así pues, al igual que en el caso de las vacaciones, es clara la finalidad de la norma: lograr que el trabajador descanse al cabo de una semana de labor, por lo que la omisión de dicho descanso y el silencio del dependiente hacen caducar el derecho (conf. PINTO VARELA, Silvia, “Algunas consideraciones respecto del descanso semanal”, Revista de Derecho Laboral, 2006-1, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 305).----------Cabe señalar que la jurisprudencia imperante establece que si los trabajadores no ejercieron su derecho al descanso compensatorio semanal, frente al incumplimiento del empleador, caduca el

derecho a su goce y no es compensable en dinero.----------Así, por ejemplo la SCJBA dijo que *"no corresponde el pago del recargo salarial previsto en el art. 207, LCT, si los trabajadores no ejercieron el derecho contemplado en dicha norma, porque la finalidad que procura la ley es que disfruten efectivamente del descanso semanal y no su compensación dinerario, por ello se autoriza a que ejerzan compulsivamente su derecho en las condiciones que establece la ley"* (autos "Actis, Enrique y otros c. Cristalux", del 24-8-93, ob. cit. pág. 306).----------En idéntico sentido la CNAT, sala I, en autos "Bazan Ernani c. Sideco Americana", del 18-10-94, sostuvo que respecto del trabajo en sábados, domingos y feriados, el trabajador no tiene derecho a reclamar los recargos establecidos por el art. 201 de la LCT, sino al goce del descanso compensatorio de la misma duración (art. 204). Asimismo, cuando el principal hubiese omitido el otorgamiento del franco, es necesario que el dependiente haga uso del derecho que le confiere el art. 207 a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, ya que si no lo hace caduca la opción legal (ob. cit. pág. 307).----------
---

----La Sala X de la CNAT en autos "Sánchez Lamas, José c. Consorcio Ayacucho 1804", del 16-7-99, sostuvo que la jornada de trabajo y el descanso semanal son instituciones diferentes cuyo ámbito de actuación no debe confundirse, por lo cual no corresponde abonar con el recargo que establece el art. 207 las horas trabajadas los días sábado después de las 13 y los domingos sin exceso de jornada de 48 horas cuando se han gozado los francos compensatorios. Es improcedente la pretensión de que se abone el recargo por haber laborado en esos períodos puesto que el art. 207 procura que el trabajador disfrute del descanso semanal y no su compensación dineraria (ob. cit. pág. 307).----------

---Por su parte, la Sala II de la Cámara Nacional del Trabajo sostuvo: *"La prestación de trabajo durante el descanso hebdomadario, no da derecho a una sobre-asignación salarial, sino que, para tales casos la ley establece la concesión del descanso en otro momento de la semana, ordinariamente previsto y reglamentado en la norma que establece la excepción. Su extensión debe ser igual a la del descanso que se ha visto de privar el trabajador, por lo que la omisión no puede ser suplida con dinero cuando la norma establece su compensación en especie. Tan es así que, comúnmente se lo denomina descanso 'compensatorio'"* (Luna, Adriana Andrea vs. Disco S.A. s. Despido -

28/06/2011 - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala II - RC J 10869/11).----------En este mismo sentido, sostuvo el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba: *"Los francos no gozados en tiempo no son compensables en dinero (art. 207, LCT). La LCT regula la jornada laboral, intercalando períodos de descanso de mayor o menor duración, atendiendo a razones de orden higiénico, social o religioso. De tal*

*modo, las normas que imponen el descanso semanal (salvo las excepciones previstas en el art. 203, LCT), deben ser cumplidas estrictamente por ambas partes de la relación laboral, no pudiendo ser objeto de transacción o renuncia" (*Bazan, Oscar Alberto vs. Peralta, Roberto s. Recurso directo - 21/11/2003 - Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba - RC J 1427/04). ----------

---De igual modo lo ha resuelto el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes diciendo: *"Una correcta inteligencia del art. 207, LCT, permite concluir que si el trabajador no goza del descanso omitido en la semana siguiente a aquélla en que debió otorgarlo el empleador lo pierde, sin que exista la posibilidad de compensarlo en dinero, vista la finalidad higiénica del instituto. En efecto, la ley no admite que los descansos higiénicos, como son los francos compensatorios, puedan ser compensados en dinero o reclamados en juicio"* (Soto, Nati de Jesús vs. Pérez Brisco, Gerónimo Roberto y/o quien resulte responsable s. Indemnización laboral - 18/06/2012 - Superior Tribunal de Justicia de Corrientes - RC J 7312/12).----------

---Y finalmente, en nuestra provincia sostuvo el STJ: *"Al trabajo realizado durante el descanso semanal (durante el día sábado después de las 13 horas o durante el día domingo), mientras no superen los máximos legales, no corresponderá el recargo del 100%, correspondiendo únicamente el otorgamiento del descanso compensatorio proporcional al tiempo trabajado (Conf. Pablo A. Figueredo, "Horas suplementarias. Concepción legal y jurisprudencial. Aplicación práctica", Doctrina Laboral Errepar, Mayo 2007, con cita de "Jañez, Silvina Liliana c/ Tiempo Real Consultores S.A. y otro s/ despido", CNTrab., Sala IV, 12/9/06; "Maciel, Claudio c/ Wal Mart Argentina S.A.", CNTrab., Sala X, 11/10/02; "Valdez, Ernesto c/ Wal Mar Argentina S.A. s/ despido", Sala X, 12/04/04)"* (voto del Dr. Pasutti en "RODRÍGUEZ, María José c/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ Cob. de Hab. e Indem. de ley" - Expte. N° 21.911-R-2010 - 04/S.R.E./10). ----------

---Por los motivos dados y de manera coincidente con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias propongo al acuerdo revocar parcialmente la sentencia apelada dejando sin efecto la condena al pago de las horas extraordinarias por las horas trabajadas los días sábados después de las 13 horas. ----------IV. En su tercer agravio la demandada cuestiona que se haya hecho lugar a la indemnización prevista por el art. 1 de la Ley 25.323. ----------

---Lógica consecuencia de la respuesta dada al agravio anterior será dejar sin efecto la condena al pago de esta indemnización puesto que el único motivo por el cual el sentenciante la impuso fue por la falta de registración de las horas "extras" trabajadas los días sábados después de las 13 horas y así lo propongo al acuerdo.----------

----V. En su último agravio la demandada sostiene que hubo en la presente vencimientos mutuos razón por la cual las costas deben ser prudencialmente distribuidas. Asiste razón

a la demandada en este planteo. En la primera instancia el actor resultó vencido en parte de su reclamo y, además, otra parte será dejada sin efecto en la presente.----------
----------Por ello, haciendo lugar al agravio y también en virtud de lo dispuesto por los arts. 72 y 282 del CPCC, mediando en el presente vencimiento parcial y mutuo las costas deben distribuirse en proporción a los respectivos vencimientos. Sin embargo, ello no implica la exacta correspondencia aritmética, sino una razonable comparación conceptual. En esta materia no debe prevalecer un criterio aritmético sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y a los rubros que resultaron procedentes, como así también los fundamentos que tienen los planteos ofensivos y defensivos de
las partes.----------
----Por las razones dadas propongo que las costas generadas en la primera instancia sean impuestas en un 70% a cargo de la demandada y en el 30% restante a cargo de la actora. ----------
---VI. La conclusión:----------
--Por todo lo expuesto propongo al acuerdo revocar parcialmente la sentencia apelada dejando sin efecto la condena al pago de las horas extraordinarias y de la indemnización prevista en el art. 1 de la Ley 25.323, y distribuyendo las costas generadas en la primera instancia en un 70% a cargo de la demandada y en el 30% restante a cargo del actor, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de
agravio.----------
----Las costas generadas en esta instancia revisora también deberán ser prudencialmente distribuidas sin perder de vista que los agravios expresados en tercer y cuarto lugar fueron generados por un error del sentenciante y no debido al reclamo infundado del actor. Esto es así puesto que el actor en su demanda no reclamó la indemnización prevista en el art. 1 de la Ley 25323 y el sentenciante, violando de este modo el principio de congruencia, hizo lugar a la misma. De igual modo las costas fueron erróneamente impuestas en el grado. Estos motivos y la relativa importancia económica de los agravios sometidos a decisión me convencen de que las costas de esta instancia deben distribuirse de la misma forma que las generadas en la anterior instancia y así lo dejo propuesto al acuerdo.----------Propongo regular los honorarios de los Dres. J. E. P. y D. E. F., por sus labores en la alzada, respectivamente, considerando la extensión, resultado y calidad de las tareas cumplidas, en las sumas equivalentes al 1,20% y 3,40% del monto del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución (Arts. 5, 6,
8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII n°4). ----------
----Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión

PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA. ----------

---**A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA**, el Dr. Velázquez manifestó:----------

--En acatamiento del principio procesal de celeridad, me remito a la síntesis que de la decisión impugnada y los agravios vertidos por las recurrentes realizara la Señora Magistrada ponente. ----------

---Concuerda mi opinión con la de la colega y para fundar mi voto individual, cual lo exigen la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastará con formular las consideraciones siguientes.----------

---I.- El despido.----------

----Aunque acreditada en autos la materialidad del hecho que la demandada invocara como injuria causante del despido, no queda en claro la intencionalidad del agente. Descarto desde luego que el trabajador haya expresado que “unos pesos menos a la empresa no le hacen nada”, porque la noticia acerca de dicha manifestación nos llega de la boca de una sola testigo que no pudo ser presencial de esa circunstancia, toda vez que bajó al salón de ventas cuando ya el suceso había acaecido (v. fs. 207/vta., resp. a la preg. 3era.) y, sabido es, las aseveraciones de un testigo “de oídas” o de referencia carecen de fuerza de convicción, en tanto a su ciencia sobre el dato fáctico que refiere accedió mediante expresiones de otros y no porque dicho acaecer haya caído bajo la directa percepción de sus sentidos (arts. 390, 460 “in fine” C.P.C.C.; este cuerpo, c. 233/11 S.D.L. 27/11, c. 286/11 S.D.L. 31/11, c. 264/13 S.D.L. 21/13, entre muchas). ----------

---Así pues, no está en claro en la causa la intención del trabajador de perjudicar a la empresa o, al menos, su indiferencia ante tal probabilidad. Es que el hecho de ceñirse al precio marcado en el producto y no al superior que aparecía en un listado, bien pudo importar el respeto a la oferta al público en los términos del art. 7 de la Ley 24.240, cual señalara el “a quo”.----------

----Esa falta, al menos dudosa, no parece haber sido razón lógica bastante para quebrar la confianza depositada en un empleado sin antecedentes disciplinarios computables y que contaba ya con una antigüedad de cuatro años en el empleo. La mentada infracción, aislada y ocasional, hubo en todo caso de motivar una reprensión menor, pero en pura lógica no daba lugar a la cesación de la confianza ni justificaba por sí el despido, que aparece así como una sanción desproporcionada (confr.: esta Sala, c. 467/15 S.D.L. 48/15).----------

---II.- Las horas extraordinarias. ----------

--Sólo corresponde el pago del incremento fijado en el art. 201 L.C.T. cuando el trabajador labora horas en exceso de la jornada legal, esto es si sus servicios se extienden más allá de las ocho horas diarias o las cuarenta y ocho horas semanales. Ausente ese requisito, no se configuran las “horas suplementarias” a que alude la norma. Cual declaráramos en algunos precedentes de esta Alzada (c. 13.211 S.D.L. 53/98, c.

19.700 S.D.L. 55/04), ello no varía por la circunstancia que la labor sea desarrollada los sábados por la tarde o los domingos, porque el recargo establecido en el art. 201 L.C.T. se refiere únicamente al tipo de salario para esas horas suplementarias y sólo puede aplicarse entonces a las que en efecto lo han sido, es decir a aquellas que han sobrepasado la duración del trabajo indicada en el art. 1 de la ley 11.544. Por el contrario, las que no han excedido el límite podrán dar lugar al derecho del empleado a tomar el descanso compulsivamente, por sí mismo, en la semana siguiente a aquélla en que debió gozarlo (art. 207 L.C.T.), al margen de las sanciones administrativas por violación de las normas sobre el descanso semanal que pudiera disponer la autoridad de aplicación, mas nada de ello convierte las horas laboradas en extraordinarias que hayan de abonarse con incremento (confr.: Deveali, “Retribución del trabajo prestado durante la tarde del sábado o el domingo”, D. T. 1962-
154).----------

---III.- La indemnización del art. 1 de la Ley 25.323. ----------

--Basta la lectura de la liquidación formulada por el actor en su demanda (fs. 39 vta., “Rubro 2") para advertir que la indemnización del epígrafe no fue reclamada en autos, con lo cual no pudo haber condena por ella. ----------

----Como derivación necesaria del sistema dispositivo sobre cuya base se estructura nuestro ordenamiento procesal (arts. 45 inc. 3º Ley XIV n° 1, 333 inc. 3º C.P.C.C.), complementado por los postulados de bilateralidad y contradicción (arts. 47 Ley XIV n° 1, 341 y 360 C.P.C.C.), nace el principio de congruencia, conforme al cual debe mediar una perfecta relación entre dos términos: por un lado, la sentencia y, por el otro, la pretensión que constituye el objeto del proceso más la oposición ante ella formulada (confr.: Guasp, "Derecho procesal civil", 3era. ed, I-517; esta Cámara, c. 11.357 S.D.L. 88/95, c. 11.782 S.D.L. 4/96). ----------

---El art. 34 inc. 4º C.P.C.C. impone a los jueces como uno de sus “deberes” el respeto a ese principio de congruencia bajo pena de nulidad de sus fallos, reiterándoselo a través de la norma del art. 165 inc. 6º del mismo cuerpo legal cuando prescribe que la sentencia deberá contener “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio”, lo que obviamente implica que aquéllos (los magistrados) no pueden evadirse del marco dado por los términos en que la relación procesal quedó trabada. El decisorio no puede así hacer mérito sino de lo peticionado en la demanda -y en la reconvención en su caso-, sea para acogerlo o para rechazarlo; pero cualquier otro derecho, cuya existencia surgiese incluso de la prueba rendida en autos, no puede ser declarado (“secundum allegata iudex iudicare debet”), ya que de lo contrario el pronunciamiento queda viciado de nulidad por inferir menoscabo a la garantía de la defensa en juicio que constitucionalmente ampara al demandado, al que no es lícito condenar por un rubro no peticionado y que no le fue dado controvertir (art. 18 Const.

Nac.). Lo no reclamado queda fuera de la pretensión, no integra el objeto del proceso, sin importar siquiera la razón por la cual no se lo reclama, pues la sentencia sólo debe satisfacer la pretensión, actuándola o denegando su actuación, pero siempre dentro de los límites en que fue ejercida por el actor, a quien como titular de ella le asiste la potestad de determinar su alcance, sin que les sea dado a los jueces suplir o enmendar su voluntad.----------A ello no empece el precepto del art.68 de la Ley XIV n° 1, pues tal norma faculta a los jueces laborales para fallar "ultra petita", mas no "extra petita"**;** es decir, les permite superar el límite cuantitativo de la pretensión, mas no desbordar el marco cualitativo de ella. En suma, les autoriza a condenar por un monto mayor al solicitado por un rubro determinado, pero no por uno no demandado (esta Alzada, c. 11.523 S.D.L. 15/95, c. 11.684 S.D.L. 119/95, c. 11.782 S.D.L. 4/96). ----------

---A mayor abundamiento es dado señalar que la precedente conclusión acerca de las alegadas horas extraordinarias quita todo sustento a este reclamo, pues si ese trabajo suplementario no existió, no medió el defecto de registración supuesto de hecho insoslayable para la procedencia de esta indemnización. ----------

---Por tales fundamentos dicho rubro de la condena pronunciada debe ser dejado sin efecto.----------

----IV.- Las costas.----------

---En la prudencial repartición de las costas a que da lugar el vencimiento parcial y mutuo (art. 72 C.P.C.C.) no debe imperar, desde luego, un criterio puramente aritmético, aherrojado por las sumas dinerarias objeto de las pretensiones y el monto final de la condena. Ha de resolverse en cambio esa cuestión con un enfoque global del resultado del recurso y valorar las costas con criterio jurídico, cual desde antiguo declarara nuestro Superior Tribunal de Justicia (S.D. 7/91, 47/92, 57/92, 3/93, 9/96, entre otras), en el que pesa tanto la entidad económica de cada una las pretensiones acumuladas como el número de ellas que progresan o son rechazadas, como en varias oportunidades decidiera esta sala (v. gr., c. 57/08 S.D.L. 77/08, c. 204/08 S.D.L. 10/09, c. 454/11 S.D.L. 4/12, entre innumerables otras anteriores). Opino que el balance final del recurso, sopesadas las cuestiones articuladas por su importancia jurídica y contenido cuantitativo, conduce a imponer las costas de primera instancia a la demandada en un 70 % y al actor en un 30 %.----------V.- La conclusión. ----------

----Tales son los fundamentos por los que, también de mi lado, considero que la sentencia atacada debe ser parcialmente revocada a fin de dejar sin efecto la condena a pagar diferencias salariales por horas suplementarias y la indemnización del art. 1 de la Ley 25.323 e imponer las costas de primera instancia a la demandada en un 70 % y al actor en un 30 %.----------

SCALZI
IO

----Visto que igualmente en esta alzada promediará un vencimiento parcial y mutuo, corresponderá también aquí la distribución prudencial de sus costas, cargándolas sobre las partes en idéntica proporción que en el previo grado por adecuarse la misma a las porciones de éxito y fracaso obtenidas por los litigantes (art. 72 C.P.C.C., ya cit.). --------

---Ante la extensión, calidad y resultado de las labores de alzada, los honorarios de los letrados actuantes han de ser regulados en las sumas propuestas por la colega preopinante, ajustadas a dicho parámetros apreciativos (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4). ----------

----Finalizo el tratamiento de esta cuestión expidiéndome en ella PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó: ----------

-Ante el acuerdo alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

----1)-REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada dejando sin efecto la condena al pago de horas extraordinarias y de la indemnización prevista en el art. 1 de la Ley 25.323, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

---2)-IMPONER las costas de ambas instancias en un 70% a la demandada y en el 30% restante al actor. ----------

----3)-REGULAR los honorarios de los Dres. J. E. P. y D. E. F., por sus labores en la alzada, respectivamente, en las sumas equivalentes al 1,20% y 3,40% del monto del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución.---

----4)- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

---Tal mi voto.----------

--**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Velázquez respondió:----------

-Ante el acuerdo previamente alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesta por la Dra. Spoturno. ----------

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Marcelo J. López Mesa (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17). ----------

---Trelew, de septiembre de 2016.----------

--En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente: ----------

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

----REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada dejando sin efecto la condena al pago de horas extraordinarias y de la indemnización prevista en el art. 1 de la Ley 25.323, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

IMPONER las costas de ambas instancias en un 70% a la demandada y en el 30%

restante al actor. ----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. J. E. P. y D. E. F., por sus labores en la alzada, respectivamente, en las sumas equivalentes al

1,20% y 3,40% del monto del proceso que sea determinado en la etapa de ejecución.---

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

CARLOS A. VELAZQUEZ
JUEZ DE CAMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 – SDL. - CONSTE. ----------

JOSE PABLO DESCALZI

SECRETARIO