

---En la ciudad de Trelew, a los días de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “**C., A. A. c/ A. S.R.L. s/ Cobro de Pesos e Indemnización**” (Expte. 17 - Año 2017 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. 102. -----

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Lucero dijo:-----
Vienen estos actuados al conocimiento del tribunal de alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora a fs. 87 y por la parte demandada a fs. 89, en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 81/84, por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda entablada por la Sra. A. A. C. en contra de A. S.R.L., condenando a esta última a que, en el término que fija, le abone a la actora la suma de \$11.329,85 con más los intereses fijados en el considerando respectivo. Asimismo, regula los honorarios indicando quién deberá afrontar su pago según la porción de la demanda que prospera y la que se rechaza.-----Que, por escrito obrante a fs. 96, la parte demandada desiste del recurso de apelación que oportunamente planteara.-----
-----El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 91/94.-----Ordenado su traslado a la parte demandada a fs. 95, éste no fue evacuado. -----I.- La parte actora recurrente cuestiona la valoración de la prueba testimonial realizada por el juzgador de grado. Su queja tiene relación con el rechazo del rubro por horas extras reclamado en demanda. Cita los testimonios de los Sres. C. y C. quienes –afirma- habrían sido contestes en cuanto a las tareas, horarios de trabajo, jornadas, funciones laborales que tuviera su parte. Agrega que la testigo H. coincidió en algunas cuestiones con dichos testigos y lo que fuera expresado en la demanda. Señala que lo más llamativo es que el propio juez indicó que la declaración de L. C. se encuentra emparejada con la de H. y de acuerdo con sus dichos en demanda, aunque luego por las declaraciones de C. y C. sumado a la falta de presentación del libro y hojas móviles del art. 52 de la L.C.T. terminó concluyendo que tales testimonios se veían deslucidos a la hora de decidir a favor de la postura defensiva del empleador. Pasa a puntualizar que la testigo C. –testimonio que destaca por estimarlo fundamental- fue conteste con los horarios de apertura y cierre del local advirtiendo que esta testigo trabajo con C., que el testigo C. fue coincidente señalando que la actora cumplía funciones en ambos turnos siendo coincidente con la deposición de C. en cuanto tareas, frecuencia de asistencia al comercio, días de apertura y horarios de comercio, días en que trabajaba la actora, compañeros de trabajo, etc. Observa que la testigo H. no coincide con el relato de C. en lo más mínimo. Indica que dicha testigo

dijo que trabajaba a la tarde, que su jornada era de 17:30 a 21:30 hs., luego que abría y cerraba, luego que ella estaba a la mañana solo con el carnicero y que la actora estaba a la tarde, luego que trabajaba todos los días en contraposición con el testigo C. quien dijo que trabajaba dos o tres veces por semana, advierte que en los horarios de apertura del local no coincidieron entre H. y C.. Puntualiza que C. dijo haber ingresado a trabajar en mayo del año 2013, fecha de extinción de la relación laboral entre la actora y el empleador demandado hoy en autos. Termina expresando por ello que tales declaraciones testimoniales la eximen de mayor análisis solicitando que se haga lugar al rubro por horas extras reclamadas y no abonadas ante la prueba rendida en autos. Efectúa consideraciones generales relativas a cómo debe ser valorada la prueba testimonial con apoyo en cita doctrinal a todo lo cual remito. Se agravia también en relación al rechazo de los rubros indemnizatorios reclamados por su parte en las comunicaciones epistolares y luego en la demanda los que individualiza sosteniendo que no se pretende que se dicte una sentencia “*extra petita*” sino, en todo caso, que se haga lugar a lo peticionado considerándolo como “*ultra petita*” lo cual advierte que está admitido en el proceso laboral. Destaca que en autos el Sr. Juez a quo advirtió el no pago de todos y cada uno de los rubros indemnizatorios que no se discriminaron pero que sí se plantearon y que fueron reclamados extrajudicialmente, lo cual habilita – asegura- a la viabilidad de los rubros, máxime por el principio de primacía de la realidad. Finalmente también se agravia de la desestimación de los arts. 1º y 2º de la ley 25.323, señalando que haciendo lugar a los planteos de los agravios anteriores corresponde que se haga lugar a las multas contenidas en dichas normas.----- II.- En los límites determinados por el contenido de los agravios que se vienen de reseñar pasaré a su análisis siguiendo el mismo orden con el que fueran expuestos.-----1) **Valoración de la prueba testimonial:** El cuestionamiento que por este agravio se dirige al mérito de la testimonial, se focaliza en resaltar la fuerza probatoria que surgiría de los dichos de dos de los testigos declarantes en autos (Sres. H. y C. –fs. 58 y 59-) para, en consonancia con aquellos que el juzgador de la anterior instancia prefiriera, o bien, a los que les diera prevalencia por considerarlos de mayor fuerza de convicción en el marco del plexo probatorio aportado pretender la admisión de su reclamo por horas extras que asegura haber cumplido.-----Advierto, desde ahora, que el juzgador de grado lejos de omitir a dichos testimonios que son ahora traídos a colación por la parte demandada recurrente en sostén de su impugnación, los valoró puntualmente exponiendo las razones por las cuales estimó sus dichos como “deslucidos” (Ver: considerando de fs. 82 vta. “in fine” y 83). -----Por caso, una de las razones que expusiera el Sr. Juez a quo, que resulta trascendente para su conclusión valorativa, es aquella relativa a que entendió que no se explica de lo declarado por los mencionados testigos la postura defensiva de la empleadora, quien afirmó al responder a la demanda que la actora era “cubre francos” y que no tenía

horarios fijos trabajando algunas veces de mañana y otras de tarde. En tal sentido advirtió que tanto L. C. como H. manifestaron que la actora solo trabajaba de tarde. Y, ya de mi cuño añadido que, además, ambos testigos si bien coincidieron en afirmar que la actora iba al comercio solo a la tarde, H. indicó que lo hacía todos los días tomando franco cuando lo pedía (Ver: respuesta a la 3ª pregunta –fs. 58-), en cambio L. C. sostuvo que lo hacía solo dos o tres veces por semana porque también cubría los francos “otro chico” manifestando no saber quién cubría los francos de C., y en una respuesta anterior afirmó que la actora nunca estuvo en la caja (Ver: respuesta a la 3ª pregunta –fs. 59-).--

-----Ahora bien, tales diferencias entre lo declarado por uno y por el otro de los testigos en cuestión, no resulta indiferente. Ello por cuanto, con los dichos de H. quedó desacreditado que la actora cumpliera tareas solo para cubrir francos; y, con los dichos de L. C., en cuanto aseveró que la actora nunca estuvo en la caja, no se explica lo que bien advirtiera el judicante de la anterior instancia, esto es, porque se le abonó como lo indicara literalmente “...de manera regular, sistemática e invariablemente...” el adicional por manejo de caja previsto en el art. 30 del C.C.T.

130/75 (Ver: considerando de fs. 83).-----

---Ahora bien, todo ello lo hizo en tren de descartar la postura defensiva centrada en afirmar que la actora cumplía solo con la cobertura de los francos en algunos días de la semana. Esto es, mérito probatorio que resulta favorable a la posición de la parte actora aquí impugnante. -----

---En cambio, cuando pasó a valorar los testimonios prestados por los Sres. C. y C. (fs. 60 y 61) descartó que sus dichos pudieran habilitar la procedencia del reclamo por horas extras explicando que ello lo consideraba de tal manera por cuanto “...los mismos no brindaron mayores explicaciones acerca de la cantidad de días y horas trabajados, de manera genérica refirieron al horario de apertura y cierre del comercio y no mucho más...” (Sic) (Ver: considerando de fs. 83 “in fine”). -----Y es fácil verificar que del farragoso y confuso modo de exponer el agravio bajo examen no se advierte el más mínimo señalamiento a tal mérito y se contestan las

razones que lo sustentan. -----

---Es que, tal como lo ponderara en su análisis probatorio el juzgador, sosteniendo tal conclusión, efectivamente no puede extraerse de los dichos vertidos por los mencionados testigos ningún dato en concreto que confirme ni la extensión y la continuidad en el cumplimiento de una jornada más extensa que la máxima legal. De tal modo, tengo para mí, que el juicio valorativo expuesto fue correcto. Es que en este juicio valorativo con el que concuerdo se encuentra involucrado ni más ni menos que la regla de apreciación probatoria que rige en nuestra legislación procesal vigente y que se encuentra contenida en el ya citado art. 390 del C.P.C.C.-----

En la literalidad de la norma precitada, se encuentra ínsita la inteligencia que, con toda perspicacia, expuso S. M. al señalar que la palabra “sentencia” deriva de *sentire*; esto

es, en definitiva refiere a que la conclusión contenida en el veredicto es lo que el juez “siente” ante la controversia jurídica que se la ha planteado. Así, no puede negarse que quien juzga llega a la solución final mediante una serie compleja de operaciones en las que no está ausente la intuición. Ello no implica que se prescinda de la ley ni del silogismo judicial pero como lo precisara sabiamente Piero Calamandrei, quien al referirse a la génesis lógica de la sentencia, ya exponía “...*la operación lógica, tal como se desarrolla en la realidad en la mente de cada juez, no se produce nunca a través de una sucesión de fases netas y separadas, similares a las que yo he clasificado, ya que en el pensamiento vivo, que se rebela a toda anatomía, aquéllas se alteran y se compenetran de un modo inconsciente e irregular. Pero esto no quiere decir que desde el punto de vista teórico la operación lógica del juez no pueda reducirse, con finalidades de estudio, al esquema dado por mí, ya que toda investigación científica trata de simplificar lo que en la vida es complejo y múltiple, extrayendo de ello solamente unos pocos caracteres esenciales*” (Aut. cit. en “Estudios sobre el proceso civil”, Trad. de Santiago S. M., Ed. Bibliográfica Argentina, ed. 1961, pág. 369

y sgtes.). -----

---Y es por ello que S. M. explica que el principio de la libre apreciación de la prueba, o sea aquel que deja al juez la facultad de medir, sin trabas legales de ninguna especie, el mayor o menor valor que pueda tener determinado medio de prueba con respecto a su convicción es, sin lugar a duda, el que ha sido adoptado por nuestro Código del rito, en consonancia con la doctrina y legislaciones más modernas. Añadiendo al respecto que “...*es claro que así sea, porque es el que, en principio, se conforma más a la realidad de la vida, tortura menos la conciencia del juez y evita la posibilidad de consagrar una oposición entre el convencimiento humano y el jurídico...*” (Conf. Aut. cit. en “El proceso civil”, Ed. E.J.E.A., ed. año 1957, pág. 305). -----Es que, lo que se persigue en el proceso es la razonable certeza acerca de un resultado. Al emitir un juicio acerca del valor de la prueba producida estimándola a la luz de las pretensiones de las partes, el órgano jurisdiccional está valorando una compleja realidad a la que accede a través de aquella prueba, debiendo decidirse por una salida al conflicto de intereses que se le plantea, en una labor eminentemente práctica –no científica-, y en vías de perseguir una solución probable en atención que, de hechos controvertidos, no es posible tener convencimiento pleno sobre ninguno. Y a tal fin el juez, como regla, para apreciar la prueba, no tiene obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados sino a seleccionarlos a fin de fundar su veredicto en aquellos que estimó como más eficientes o esenciales o de mayor peso para inclinar el veredicto al que arriba en un sentido o en otro. En línea con ello, desde luego que es facultad del juzgador desechar a los testigos que considere menos creíbles conforme con los principios de la sana crítica, en tanto la valoración de los testimonios constituye –reitero- una facultad privativa del Juez (Conf. Palacio, Lino E., op. Cit., págs. 650 y

sgtes., Nro. 486).-----

---Es en tal contexto que surge palmario, a mi entender, que la parte recurrente en estos autos se restringió a exponer una valoración paralela meramente discrepante con la efectuada por el Sr. Juez a quo, ofreciendo el déficit de exteriorizar generalizaciones subjetivas sobre la prueba testimonial. -----

---Ciertamente pues, que ello no se altera aún en el marco de la presunción favorable a los reclamos de la parte actora respecto a los elementos básicos y esenciales al vínculo laboral que la uniera con su empleadora y que debían estar consignados en dicha documentación laboral. Ello así por la omisión de ésta de presentar el libro especial y tal como surge de lo contemplado por los arts. 52 y 55 de la L.C.T. y, concordantemente, por el art. 41 de la Ley XIV N° 1 (Ver: escrito de demanda, punto VIII –fs. 5-). Es que queda en claro que lejos se encuentra la parte actora recurrente de haber puesto en verdadera crisis la valoración de la prueba testimonial realizada por el judicante de la anterior instancia.-----

---Nótese que puntualmente en relación a la pretensión de reconocimiento del afirmado cumplimiento de horas suplementarias a la jornada máxima legal el Sr. Juez a quo expreso textualmente lo siguiente, a saber: *“...el reclamo por trabajo en horas suplementarias no podrá prosperar, ello así se peticionan en demanda, de manera genérica sin mayores detalles y precisiones 11 horas por días en trabajo los días domingos por 69 períodos, 6 horas por igual concepto y período los días sábados y 11 horas por días en 29 días feriados trabajados a lo que le suma 3 horas diarias durante 16 meses...”* (Ver: anteúltimo considerando de fs. 83 “in fine”).-----

---Y la justificación a esta conclusión desestimatoria de tal porción del reclamo actoral centró en valorar insuficientes las declaraciones de C. y C. por cuanto no brindaron mayor explicación acerca de la cantidad de días y horas trabajados por la actora refiriendo en forma genérica al horario de apertura y cierre del comercio, a lo cual añadió que el primer reclamo formulado por la actora por tal concepto lo hizo cuatro meses después de la disolución contractual, lo cual expresó que le resultaba llamativo. Contra tal argumento no se dirigió el más mínimo cuestionamiento quedando este tribunal de alzada huérfano de material crítico que pudiera atender en ejercicio de su función revisora.-----

---Es decir, en resumen de lo que se ha expuesto hasta aquí, queda en claro que, en el modo en que intentó sostener la impugnación la parte actora apelante en tren de obtener el reconocimiento de las horas extras cuyo pago pretendiera en su demanda, no resulta más que una valoración interesada y subjetiva de la prueba testimonial aportada en paralelo, obviamente distinta a la que realizara el juzgador, que se emparenta más con la expresión del disenso o disconformidad con el resultado al que se arriba que con un verdadero agravio que le pudiera dar andamio a su pretensión impugnativa. Y al respecto es sabido que el agravio debe encontrarse sustentado en una crítica formulada

de manera técnica, mediante la exposición de una concreta y razonada puntualización de los supuestos errores o equívocos en que supuestamente habría incurrido el juzgador en el desarrollo de la motivación que diera para decidir, tal como lo exige hacerlo el Código del rito (Conf.: art. 268 del C.P.C.C.).-----Solo a mayor abundamiento destacaré que resulta en extremo clarificador en el análisis del tema bajo análisis destacar que las horas suplementarias comportan una excepción al principio general de limitación de la jornada laboral. Este fue establecido con un sentido tuitivo de los trabajadores a punto que la Ley establece límites máximos a fin de poner un coto a la “tentación” que pudiera tener cualquier trabajador que, por su situación de necesidad, pudiera aceptar trabajarlas ante un empleador que cumpla con el correlativo pago de las horas que cumpliera. -----En esa dirección la jornada de trabajo fue desde siempre un tema relacionado con la protección de la vida, integridad física y salud de los trabajadores. Las razones que han justificado establecer una jornada máxima legal se han subdividido como causas biológicas (acción de la fatiga), de índole organizacional y de productividad (posibilidad de atención con el respectivo nivel de rendimiento del trabajador). Es por ello que la jornada de trabajo junto a su contrapartida –los descansos- es uno de los institutos que constituye un pilar fundamental del derecho del trabajo y marco esencial de la protección de quienes trabajan en relación de dependencia (Conf. Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Ley 11.544/29 y su reglamentación por Dcto. 16.115/33; y Arts. 196/206 de la L.C.T. y Dcto. 2882/79).-----Ahora bien, tengo dicho antes de ahora que si el trabajador reclama el pago de horas suplementarias que denuncia haber trabajado y lo prueba, como debe hacerlo respecto de cualquier hecho que forme parte del presupuesto de hecho de la norma invocada en sustento de su pretensión o reclamo, no veo por qué habría de exigírsele prueba categórica, terminante o exhaustiva o como quiera calificárselas; o bien postular que deban valorarse los elementos de prueba que hubiere aportado bajo algún criterio “estricto” o “restrictivo”. Basta con que pruebe haberlas trabajado por cuanto, insisto, éste es el hecho sobre el cual se sustenta su petición y sobre el cual la carga con su acreditación (Art. 381, 2do. párrafo del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del Art. 44 de la Ley XIV Nº 1)(Conf. Perugini, Eduardo, “Algo sobre las horas extras”, en D.T., 1994-B-1370) (Conf. S.D.L., sala B, Nro. 44/02; Nº 35/08; Nº 16/11; 04/17, entre muchas otras, CANE).-----

-----Otra de las cuestiones dirimentes para resolver el presente conflicto es determinar si la patronal demandada en estos actuados se hallaba obligada a contar con un registro de horas suplementarias, de modo tal que pudiese operar sin más -en relación a las horas extras que se denuncian haber cumplido- la presunción prevista en el Art. 55 de la L.C.T., y/o eventualmente la contenida en el Art. 392 del C.P.C.C. Nótese en relación al punto que la actora reclamó en el punto VI de la demanda, bajo el título “*Exhibición de libro especial – Certificado de*

trabajo – Certificación de servicios y remuneraciones, y recibos de sueldos” solo la exhibición del libro especial del art. 52 de la L.C.T.-----

---Es decir que se descarta de plano la posible operatividad del art. 392 del C.P.C.C., en tanto ni siquiera se indicó como obrante en poder de la contraria dicho registro de horas suplementarias.-----

---Y tampoco resulta operativa la presunción favorable a las afirmaciones de la trabajadora en su líbello –sobre cuya veracidad prestara juramento en los términos del art. 41 de la ley XIV N° 1- la falta de exhibición del libro especial, en virtud de que el cumplimiento de horas suplementarias no es de aquellos datos que éste deba contener. Adviértase que la presunción por la omisión de su exhibición opera solo en relación a “...*las circunstancias que debían constar en tales asientos.*” (Sic). -----

---De allí que restaría verificar si en el caso concurría la obligación legal de llevar tal registro y bajo qué circunstancia. Es indudable que si se realizan horas suplementarias pesa sobre la patronal la obligación genérica de llevar un registro de las mismas, tal cual lo impone el Art. 6, inc. “c” de la Ley 11.544 y el art. 21 de su reglamentación por Dcto. 16.115/33. Sin embargo tal obligación genéricamente impuesta solo rige bajo la condición de que tales horas suplementarias se trabajen, o dicho en palabras de la Ley, que se acrediten las “...*horas suplementarias de trabajo hechas efectivas...*” (Sic).-----

---No huelga señalar que para algunas actividades específicas por las particularidades que presentan legalmente se impone normativamente llevar tales registros tal como ocurre en la actividad bancaria (Conf. Arts. 7 y 15 del Dcto. 1088/45). -----

---Empero, al no regir tal imposición legal en el “sub iudice”, deriva nuevamente la cuestión traída a resolución al análisis de la satisfacción de la carga de probar que pesaba sobre la actora en relación a la efectiva realización de las horas extras que afirma haber cumplido para pretender su reconocimiento y pago. Y en tal dirección, tengo para mí, que lejos estuvo de rebatir las razones por las cuales el Sr. Juez a quo consideró que no satisfizo tal carga de probar su cumplimiento. -----Termino por reiterar que tampoco se satisface la que también resulta una verdadera carga, cual es, la de criticar debidamente el fallo atacado, con el intento infructuoso de realizar un análisis y valoración propia, en paralelo, distinta y discordante con la que realizara el Sr. Juez a quo de la prueba testimonial. Ante ello, reitero, esta alzada se encuentra impedida de ingresar siquiera al examen de la cuestión desde que se carece en absoluto de la materia para hacerlo, cual es, la indispensable crítica al razonamiento que se desarrollara en la sentencia de primera instancia. -----Y al respecto corresponde insistir que la crítica concreta y razonada que exige el art. 268 del Código del rito, implica que deben señalarse y evidenciarse, punto por punto, los errores incurridos en el pronunciamiento recurrido, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho. Y, en tal sentido, el dicente agravio bajo análisis no cumple con tal requisito por cuanto se limita a reiterar argumentos expuestos con anterioridad sin refutar

en lo más mínimo las razones que expusiera el juzgador para desestimar su pretensión defensiva y decidir como lo hiciera (Ver: comentario de Mariana Santi y jurisprudencia citada en: Highton-Areán, en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, año 2006, T. 5, págs. 239 y sgtes.).-----Es que la alzada es instancia revisora del pronunciamiento del Sr. Juez a quo, por lo que la expresión de agravios debe contener necesariamente la impugnación concreta a su pensamiento, ya que es el acto por el cual el apelante refuta las conclusiones establecidas por la sentencia. Si faltan esas argumentaciones, como ya lo apuntara, carece el Tribunal de la materia indispensable para confrontar argumentos del a quo con los que, de contrario, debe aducir la parte que se considera afectada y ello, precisamente, es aquello que constituye la función propia del segundo grado de la jurisdicción.-----

----Partiendo de tal directriz, surge como evidente que la segunda instancia no es una vía que proporcione un nuevo examen integral de la cuestión, sino que persigue el control de justicia del pronunciamiento apelado en cuanto a los hechos o el aspecto jurídico del asunto en él decididos, por lo que la remisión o reiteración a lo dicho en escritos anteriores no constituye la forma adecuada de realizar la impugnación de la sentencia. -----

---Es decir, para concluir, la meta de la actividad recursiva consiste en demostrar el desacierto de la sentencia que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea de modo de producir convicción en el Tribunal de alzada. Y cuando el litigante no formula de tal manera su expresión de agravios, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la eventual solidez de la sentencia que sobre el punto objeto del supuesto agravio- no puede ser siquiera examinada (Conf. Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos procesales...”, Ed. Abeledo Perrot, 2ª ed., Año 2009, T. III, págs. 351 y sgtes.; id., Palacio, Lino E., en “Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo Perrot, ed. Año 1975, T. V, pág. 599). -----

---En resumen, pues, encuentro que el dicente agravio bajo examen no satisface mínimamente la exigencia técnica requerida para ser tratado por lo que propondré al acuerdo su deserción (Conf. Arts. 268 y 269 del C.P.C.C., de aplicación al caso por vía del art. 73 de la Ley XIV N° 1). Así lo voto. -----

----2) **Rechazo de los rubros indemnizatorios de Ley:** El juzgador de la anterior instancia expuso para desestimar la pretensión que es materia del agravio enunciado en el epígrafe lo siguiente: *“Debo entender que se le abonó a la actora la indemnización por despido, pues dicho rubro no fue reclamado en el escrito de demanda, tampoco se reclamó la omisión de preaviso ni el aguinaldo proporcional y vacaciones proporcionales...más allá de la negativa formulada en el acto de absolución de posiciones de la actora...”* (Sic) (Ver: 2º apartado del considerando de fs.83 vta.). -----

---De la lectura del escrito de demanda se observan algunas muy acotadas referencias relacionadas a los rubros indemnizatorios bajo cuestión, que son las siguientes: al final del punto relativo al relato de los hechos, la actora expuso que la demandada no abonó los rubros de la liquidación final “...*estando impagos a la fecha los referentes a los rubros indemnizatorios...*”; y, luego en el punto IV, relativo a la liquidación de los conceptos que se reclaman incluyó la integración del mes de despido y el S.A.C. sobre dicha integración (Ver: escrito de demanda, fs. 3 vta. y fs. 4).-----De tal verificación de lo concretamente pretendido en demanda emana la siguiente reflexión, cual es, que efectivamente tal como lo sostuvo el Sr. Juez a quo las indemnizaciones por despido sin causa no fueron reclamadas en la demanda. Es que, por caso, lo apunto de mi cuño, no puede discernirse de la primera de las referencias aludidas en concordancia con el rubro “integración mes de despido” que se incluye en la liquidación realizada que se pretendiera concretamente los demás rubros indemnizatorios soslayados absolutamente. A la par, es de ver que a estar de los propios dichos de la actora el despido se concretó mediante la notificación que recibiera el 31/05/2013 por lo cual no contaba con devengamiento de crédito alguno por la mentada integración. Y, además, paradójicamente no reclamó ni liquidó el rubro por preaviso omitido.-----

--Es decir, de la composición de estos pocos datos aportados en el escrito de inicio no se completa el contenido de una pretensión, de forma tal que no puede predicarse que pudiera fungir en la especie el correcto ejercicio de la facultad judicial de emitir un pronunciamiento “*ultra petita*” tal como lo pretende la parte actora recurrente en los términos admitido por el art. 68 de la Ley XIV N° 1.-----

--Lo dicho se refuerza a partir de considerar el principio de aportación de parte ineludible para el reconocimiento jurisdiccional de un derecho. Ello desborda el marco protectorio laboral que se informa entre otros parámetros de la tutela al trabajador por el de irrenunciabilidad de los derechos. Se emparenta lo que vengo diciendo con el principio dispositivo material que refiere al mecanismo de disponibilidad de los hechos e intereses que se aportan al proceso, con la posterior incidencia en el marco de decisión posible, el que obviamente ha de estar acotado al que fuera postulado y pretendido por el actor al demandar a los efectos de resguardar el adecuado y pleno ejercicio de la defensa de la parte contraria. -----

---A título meramente explicativo observo que se ha distinguido dentro del principio dispositivo, al “principio dispositivo material” y el “principio dispositivo procesal”. El primero alude a la plena disponibilidad de los derechos subjetivos derivados de la relación material; disponibilidad cuyo primer síntoma lo constituye la plena libertad de que gozan sus titulares para peticionar o no la tutela jurisdiccional del Estado en caso que tales derechos no fueran respetados. Y, el segundo no es más que el resumen de la serie de atribuciones conferidas a los litigantes que inciden primariamente sobre la

relación procesal, entre ellas pueden computarse la aportación de hechos y prueba, como también la posibilidad de disponer del proceso mediante algún medio extintivo del mismo (Ver: Joan Picó I Junoy, en “Los principios dispositivo y de aportación de parte: significado actual”, en la obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, dirigida por Jorge W. Peyrano y coordinada por Sergio J. Barberio y Marcela M. García Solá “Principios procesales”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2011, T. I, págs. 161/198).-----

--Esto es, en síntesis, lo que no fue pretendido no puede ser concedido so riesgo de incurrir en el vicio de incongruencia que apareja la afectación de los derechos constitucionales de defensa y de propiedad.-----

--Por las razones expuestas propondré al acuerdo la desestimación del presente agravio. Así lo voto. -----

---3) **Desestimación de las multas de los arts. 1º y 2º de la ley 25.323:** Como lógica consecuencia de lo concluido luego del tratamiento del agravio precedente, este punto objeto de la impugnación ha devenido en vacío de contenido.-----

---Ello así, en relación a la prevista por el art. 1º de la ley 25.323 puesto que se supedita su procedencia a que concurra antes el derecho a ser beneficiario a la indemnización por antigüedad toda vez que dispone un “incremento” al doble de la misma cuando se incurriera en omisión de registración de la relación laboral o ésta fuera deficiente. Y, la contemplada por el art. 2º de la ley 25.323, toda vez que para que pudiera proceder ésta se debió reclamar judicialmente las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T., que como viene de constarse no aconteció en el presente caso.-----

---Habida cuenta de ello, pues, no puedo más que proponer al acuerdo su desestimación. Así lo voto.-----

---III.- Conclusión: -----

--- Por todo lo expuesto concluyo proponiendo al acuerdo la confirmación del fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. -----

---Las costas de segunda instancia deberán ser soportadas en su totalidad por la parte actora vencida en ella (Conf.: art. 57 de la ley XIV y art. 282 del C.P.C.C.).-----

---No corresponderá regular los honorarios profesionales del Dr. I. O. B., letrado apoderado de la parte actora, por sus tareas de segunda instancia, atento al modo en que se propone al acuerdo que se impongan las costas devengadas en la misma y el pacto de cuota litis obrante a fs. 2, homologado a fs. 7 (Conf.: arts. 4º, 5, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4). -----

---Finalizo el tratamiento de esta cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.-----

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

-- La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 81/84, así como de la expresión de agravios que vertiera la actora a

fs. 91/94, me eximen de reiterar el relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.-----

I.- Habré de seguir el criterio utilizado por el Dr. Lucero en cuanto al orden de tratamiento de los agravios, que sigue aquél en el que fueron expuestas las quejas por la apelante.-----

--- 1) La recurrente, en primer lugar, cuestiona el fundamento del mérito probatorio de la prueba testimonial, focalizando este agravio en el reclamo de las horas extras. Entiende que el sentenciante despliega un razonamiento contradictorio, ya que expresó que las declaraciones de los testigos de la demandada resultan deslucidos, mientras que consideró sólidos los testimonios de C. y C., con los que concordó parcialmente la testigo H.. Culmina la queja con consideraciones generales y una cita de doctrina relativas a la prueba testimonial (ver fs. 91 vta./93, pto. II, 1).----- Habré de compartir lo expuesto por el Dr. Lucero en cuanto a que el trabajo genera la necesidad de una reparación física y psíquica del ser humano que lo realiza, y así, como dos caras de una misma moneda aparece el concepto de descanso, lo que implica limitación, restricción a la duración diaria del trabajo a través del régimen jurídico de la jornada propiamente dicha. El régimen que regula la extensión de la jornada laboral se complementa no sólo imponiendo un descanso o pausa mínima diaria, sino también otra periódica o semanal -“descanso semanal”- y finalmente, una interrupción más prolongada que es el receso anual o “vacaciones”, que parte de una necesidad higiénica del trabajador pero que obedece también a otras razones. El cúmulo de motivos que obligan al Estado a restringir el tiempo de trabajo atañe al “orden público laboral” por sobre la voluntad de las partes, y entonces, disposiciones sobre jornada, descanso semanal, licencias anuales y especiales, deben ser respetadas y su violación no sólo implica severas penas administrativas para el empleador, sino que habilita al dependiente a ejercer acciones en protección del derecho en cuestión, que pueden llegar hasta el despido indirecto (conf. Zuretti (h), Mario E., en Rodríguez Mancini Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, ed. La Ley, 2007, Tº III., págs.714/716).-----

----En dicha inteligencia el art. 199 de la LCT admite excepciones al límite máximo de la jornada laboral vinculadas al carácter del empleo del trabajador y por circunstancias permanentes y transitorias. En el caso de las relativas al carácter del empleo del trabajador y por circunstancias permanentes dicho límite puede ser sobrepasado sin consecuencias. En cambio, en el supuesto de excepciones temporarias, si bien el legislador las contempla y permite, impone recargos en la retribución de esas tareas, que suelen denominar indistintamente “suplementarias”, “extraordinarias” o “extras”. De tal manera busca disuadir al empleador de requerir dichos servicios extraordinarios -que atentan especialmente contra la integridad psico-física del trabajador- agravando su costo. En ese orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 201 de la LCT,

se considera suplementario o extraordinario el trabajo que se realiza por encima del tope legal, pero asimismo, mayoritariamente la jurisprudencia también entiende como tal el que se ejecuta por encima del límite impuesto por convenio colectivo aunque no supere el máximo legal, con fundamento principal en que el convenio colectivo de trabajo tiene el efecto propio de una ley en un ámbito específico de actividad (conf. Zuretti (h), op. cit., idem, págs. 794/796). -----Es cierto que alguna opinión doctrinaria ha considerado que con relación a la prueba de dichas horas suplementarias ha de ser fehaciente (conf. Altamira Gigena (coordinador): "Ley de contrato de trabajo", Ed. Astrea, 1981, Tº 2, pág. 245; Sardegna: "Ley de Contrato de Trabajo", Ed. Universidad, 1999, pág. 586). En forma concordante se expidió la jurisprudencia al manifestar que *"Las horas extraordinarias deben probarse de modo asertivo, efectivo, categórico y convincente, tanto en lo que respecta a los servicios prestados como al tiempo en que se cumplieron...El trabajo extraordinario debe ser probado por quien lo alega, dado que lo que se presume es que la jornada no excede el máximo legal"* (conf. CNAT., Sala I, 17/9/93, DT, 1994-B-1977); así como que *"no es suficiente la prueba de presunciones a los efectos de acreditar el cumplimiento de servicios en horas suplementarias"* (conf. CNAT, Sala IV, 18/3/68, JA, 1968-III-377). Sin perjuicio de ello, se ha aceptado en varios casos, aplicar las presunciones procesales previstas en los arts. 71 y 86 de la ley nacional de procedimiento laboral, argumentándose -entre otras razones- que no es dable exigir a su respecto un rigorismo probatorio distinto del requerido para la acreditación de otros hechos, máxime si se tiene en cuenta que por encontrarse los registros en manos del empleador, al trabajador suele resultarle difícil la acreditación de tal extremo (conf. CNAT., Sala I, 20/03/03, DT, 2003, B-1395; Sala V, 23/03/79, DT, 1979, p. 484). En concordancia con esta última línea jurisprudencial se ha expedido este Cuerpo (conf. CANE, Sala "B" , SDL N° 35/08 del 22/05/08). Es que atinadamente se ha dicho que no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso. Al no existir ninguna norma ni principio jurídico que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto - salvo prueba en contrario-, se señala que los jueces deben valorar tales pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, y que la posición restrictiva es incompatible con la realidad y la lógica, ya que exige un mayor rigor probatorio a un hecho que, cuando es real es de difícil probanza por parte del trabajador afectado. Es así que los jueces deben resolver, valorando los elementos de juicio obrantes en la causa a fin de determinar cuál es la verdad procesal sobre el tema, sin apelar a argumentos dogmáticos (conf. Cantard, Albor Ángel: "Horas extraordinarias", en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, págs. 147/148). Ello sin perjuicio de lo que argüiré más abajo respecto de la presunción del art. 55 de la LCT. -----Ahora bien, en la especie,

la apelante considera que con las declaraciones de los testigos C., C. y H. se encuentran acreditadas las horas extras cuyo pago se reclama. Sin embargo este argumento se desentiende del razonamiento que desgranara el juez, no con relación a la prueba testimonial en sí, sino respecto de las horas extras en particular. Es que sobre este aspecto, concretamente consideró *“Por otro lado el reclamo por trabajo en horas suplementarias no podrá prosperar, ello así se peticionan en demanda, de manera genérica sin mayores detalles y precisiones 11 horas por días en trabajo los días domingos por 69 períodos, 6 horas por igual concepto y período los días sábados y 11 horas por día en 29 días feriados a lo que le suma 3 horas diarias durante 16 meses. No resultan suficientes las declaraciones del testigo C. y C. para habilitar la procedencia de esta parte del reclamo, ello así, los mismos no brindaron mayores explicaciones acerca de la cantidad de días y horas trabajados, de manera genérica se refirieron al horario de apertura y cierre del comercio y no mucho más...”* (ver sentencia a fs. 83, dos últimos párrafos).-----Es de hacer notar que la quejosa no confutó de manera concreta este razonamiento del juez, porque se limita a repasar las declaraciones testimoniales en cuanto a la jornada desempeñada por su parte, mas nada indica en cuanto a la petición genérica que apunta el juez y a que los testigos C. y C. no brindaron explicaciones acerca de la cantidad de días y horas trabajados. Al respecto debe recordarse que carece de contenido la expresión de agravios que contiene afirmaciones genéricas sobre las pruebas, sin precisar el yerro o desacierto en que incurrió el sentenciador en sus fundamentos o la referencia, también genérica, a prueba insuficiente o imprecisa (conf. CN. Civ., Sala C, 4/7/85, LL, 1986-A-184; íd., Sala D, 4/7/80, LL, 1980-D-412). Lo mismo cabe señalar en cuanto a las citas doctrinarias y jurisprudenciales, dado que no se las referencia en concreto con la prueba testimonial rendida en esta causa, por lo que cabe recordar que también carece de contenido la expresión de agravios que transcribe textualmente la opinión de autores y fallos jurisprudenciales, sin vincularlos a los hechos que los motivan (conf. CN. Civ., Sala A, 23/4/81, LL, 1981-C-280; CN. Com., Sala C, 29/2/80, ED, 88-421). -----
-----Por lo demás, comparto lo expuesto por el colega preopinante en cuanto a que la omisión de presentar el libro especial y la presunción resultante de lo prescripto por los arts. 52 y 55 de la LCT, no suplen la falta de acreditación de las horas suplementarias requeridas, ya que ha quedado consentida la argumentación del juez por falta de crítica concreta en cuanto a la imprecisión en el reclamo y la ausencia de detalle al respecto en la prueba testimonial en cuestión. Amén de ello, también habré de concordar con el Dr. Lucero en cuanto a que la constancia de las horas extraordinarias no importa un dato que pueda considerarse obligatorio a los fines de hacer operativa la presunción de las normas mencionadas y del art. 392 del CPCC.-----En el sentido indicado se ha sostenido que en relación a la jornada legal de trabajo corresponde la inversión de la carga

probatoria por aplicación del art. 55 LCT, al no exhibir el empleador los libros del art. 52 ofrecidos como prueba. Pero respecto a las horas extraordinarias, tratándose de una obligación que excede la jornada legal, es la propia trabajadora quien debe acreditar todos y cada uno de los supuestos de su acción. Ello significa que a tal reclamo no le son aplicables los apercibimientos del art. 55 y la presunción que de él emana ante la no exhibición del libro de sueldos y jornales (conf. TSJ Córdoba, sala Laboral, Sent. N° 199, 7/12/00, cit. en Rodríguez Mancini Barilaro, op. cit., T° II, págs. 597/598). De manera concordante se decidió que la presunción del art. 55 de la LCT no resulta aplicable en materia de horas extras, en general, y ante la falta de exhibición de tarjetas horarias, en particular, porque el horario no es uno de los requisitos que deba constar en el Libro que manda a llevar el art. 52 de la LCT y no existe disposición legal o reglamentaria que obligue a conservarlas ni exhibirlas (conf. SCBA, 20/8/91, TSS, 1992-322). -----

-----En síntesis, por los motivos expuestos compartiré lo postulado por el Dr. Lucero, declarando la deserción parcial del agravio por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y 269 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1).-

-----2) En segundo término, se cuestiona que no se hubiera hecho lugar a los rubros indemnizatorios a pesar de que en diversos pasajes de la demanda se hizo expresa mención de su reclamo. Se añade que, en todo caso, se tendría que haber acogido los rubros, por cuanto se trataría de un supuesto de *ultra petita* (ver fs. 93/94, pto. II.2).-----Al respecto el juez de grado consideró “*Debo entender que se le abonó a la actora la indemnización por despido, pues dicho rubro no fue reclamado en el escrito de demanda, tampoco se reclamó la omisión de preaviso ni el aguinaldo proporcional y vacaciones proporcionales, siendo así entiendo que dichos rubros fueron abonados, más allá de la negativa formulada en el acto de absolución de posiciones de la actora*” (ver sentencia a fs. 83 vta., 2do. párrafo). Es cierto que en la demanda se hace mención de manera genérica a los rubros indemnizatorios (ver fs. 03, pto. II; fs. 03 vta., 2do. párrafo). Asimismo al liquidarse los rubros reclamados, se incluyó la integración del mes de despido y el S.A.C. sobre dicha integración (ver fs. 04). De lo anterior no se infiere que estén incluidos los rubros indemnizatorios correspondientes a antigüedad, preaviso, vacaciones y aguinaldo proporcionales, ya que no fueron detallados en la liquidación. Por otra parte, como bien lo apunta el colega prevotante, no se aprecia la razón del reclamo de la integración del mes de despido atento a que se denuncia como fecha del distracto el 31/05/13 (ver fs. 03 vta., 1er. párrafo).-----

-----Y tampoco puede concluirse que debería hacerse lugar a lo reclamado por aplicación del art. 68 de la ley XIV N° 1. Es que la norma antedicha autoriza a fallar “*ultra petita*”, mas no “*extra petita*”, esto es, se podría reconocer una suma mayor por un concepto requerido, mas no admitir un rubro que no fue solicitado. Debe recordarse que la sentencia “*extra petita*” comporta decidir sobre lo que no está en juicio -materia de

debate-, conteniendo el fallo algo distinto a lo que fue objeto de la pretensión y de la oposición -“ne eat iudex extra petita partium”- (conf. CN. Civ., Sala D, 7/7/78, LL, 1979 v. A, p. 39). Sí se ha declarado que, por no ajustarse a las pretensiones de las partes debe dejarse sin efecto la sentencia que introduce un punto ajeno al debate (conf. SCJN, 9/3/73, LL, v. 151, p. 331). En cambio al fallarse “ultra petita” se sobrepasa las pretensiones oportunamente planteadas por las partes, no pudiendo conceder o negar más de lo peticionado por los litigantes -“ne eat iudex ultra petita partium”-, so pena de lesionar las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio (conf. CN. Civ., Sala a, 19/10/71, JA, 1972, v. 13, p. 436). Reitero que, en virtud de lo dispuesto por el art. 68 de la ley XIV N° 1 es admisible el fallo “ultra petita”, mas en la especie es claro que si se reconocieran los rubros no reclamados se incurriría en “extra petita”. -----Por las razones expuestas es que se desestima la queja. -----

----3) Por último, y como corolario del rechazo del agravio precedente, corresponde desestimar el último, en el cual se objeta que no se hiciera lugar a las indemnizaciones agravadas previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25323 (ver fs. 94, pto. II. 3). Es que dado que las mismas prevén como presupuesto legal el reclamo de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, es claro que al no haberse requerido las mismas, no proceden el incremento que sobre ellas establecen las normas referidas.-----

---En síntesis de lo razonado es que también se rechaza este tercer agravio. -----

--II.- Por los motivos expuestos, corresponde confirmar el fallo apelado en todo lo que ha sido materia de agravios.-----

Las costas de esta instancia se imponen a la actora apelante (conf. art. 57 de la ley XIV N° 1 y 282 del CPCC). En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas cumplidas en esta sede, dada la adjunción del pacto de cuota litis de fs. 02, homologado a fs. 07, y lo dispuesto por el art. 4 del arancel, no corresponde la misma al letrado apoderado del actor, único interviniente en esta sede.-----A la luz de todo lo

expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.-----**A LA SEGUNDA**

CUESTIÓN, el Dr. Lucero dijo:-----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora recurrente vencida en ella. 3) NO REGULAR honorarios al Dr. I. O. B., por sus tareas de alzada, atento al pacto de cuota litis homologado en autos.-----

-----ASI LO VOTO. -----

-----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: -----En atención al acuerdo arribado, el

pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del mismo. -----Así lo voto. -----

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: -----

-----**SENTENCIA**-----

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

---CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. -----

--IMPONER las costas de segunda instancia a la parte actora recurrente vencida en ella.-----

---NO REGULAR honorarios al Dr. I. O. B., por sus tareas de alzada, atento al pacto de cuota litis homologado en autos.-----

Regístrese, notifíquese y devuélvase. -----

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

---REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2017 - SDL - CONSTE.-----

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE REFUERZO
CÁMARA DE APELACIONES