

## Jornada De Trabajo Trabajo Nocturno Limite Maximo Horas Suplementarias

### JURISPRUDENCIA

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

capital federal de la República Argentina, a los 28 días del mes de febrero de 2013, se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y LA DOCTORA MARIA C. GARCÍA MARGALEJO dijo: I. Vienen estos autos a esta alzada a propósito de los agravios que contra la sentencia de fs. 778/57 formula el demandado Leonardo Damián Juárez a tenor del memorial obrante a fs. 790/7, exento de réplica de su contraria; y la parte actora (Versacold Logistics Argentina S.A.; en adelante ?Versacold?) en los términos de la presentación de fs. 798/800, que fue replicada a fs. 809/11. II. Por razones de estricto orden metodológico, abordaré en primer término los agravios formulados por ?Versacold? contra la condena impuesta en la sentencia apelada en concepto de diferencias salariales por horas extraordinarias y salarios de días domingo y feriados. Sobre el punto, liminarmente corresponde precisar que no es materia de debate que la jornada de trabajo que cumplía el trabajador se estructuraba en ciclos de dos semanas, en los cuales la primer semana prestaba tareas los días domingo y lunes en el horario de 22 a 6, y los días martes, miércoles, jueves y viernes de 22 a 5.30, y en la segunda semana cumplía igual régimen, con la excepción de que no prestaba tareas en la jornada que se iniciaba el día domingo. Consecuentemente, tampoco existe discusión en que la jornada era cumplida íntegramente en horario nocturno, alternándose semanas de 46 y 38 horas trabajadas, de lo que resulta un promedio de 42 horas trabajadas por semana, tal como se determinó en la sentencia apelada (ver fs. 784, 1er. párr.). Esto último cobra relieve si se considera que en el escrito de responde de la reconvenición la ex empleadora argumentó en su defensa que el CCT 830/06 E, aplicable al caso de autos, establece que ?Las partes acuerdan una jornada de trabajo de 48 horas por semana. Durante la jornada los trabajadores dispondrán de treinta (30) minutos para almorzar o cenar. Si en una semana el trabajador cumpliera menos de 48 hs. de trabajo, compensará las horas trabajadas en menos durante la semana siguiente sin que ello genere recargo alguno de forma tal que el promedio de las dos semanas no superen las 96 hs. Las horas extras se considerarán cuando se excedan dichos límites? (art. 17), argumentando que dicha ??cláusula se inserta en el marco del art. 198 LCT en cuanto habilita a las CCT a establecer el cálculo de la jornada en base a promedio? (ver fs. 123, antepenúlt. párr.). Cabe remarcar que el trabajador no ha cuestionado ni impugnado dicha normativa. En el precitado marco jurídico, corresponde señalar que si bien en el régimen de jornada instituido por la ley 11.544 no se establece de manera expresa un límite semanal de horas nocturnas, éste debe fijarse en 42 horas por resultar el equivalente a las 48 diurnas que se dispone en dicho régimen como tope para dicho lapso temporal, toda vez que no existen razones que impidan una distribución desigual de la extensión de la jornada respetando los límites fijados por el art. 1º inc. b) del decr. 16.115/33, pues si el legislador contempló la alternativa del tope diario o semanal para el trabajo insalubre, no parece lógico que hubiese querido imponer un límite diario infranqueable para el trabajo nocturno (ver, en este sentido, ZURETTI, MARIO ERNESTO (h), Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada, Jorge Rodríguez Mancini, Director, Ana Alejandra Barilaro, Coordinadora, Tº III, pág. 774, La Ley, Buenos Aires, 2007). En base a las consideraciones efectuadas, al no haber sido sobrepasado el tope de jornada de 42 horas semanales en horario nocturno, cabe concluir que el trabajador no ha realizado horas suplementarias, por lo que no son admisibles las diferencias salariales reclamadas con sustento en el art. 201 de la L.C.T. (art. 499 Cód. Civil). En tal ilación y en lo que atañe al reclamo en concepto de ?horas extra por sábados y domingos trabajados?, no comparto el juzgamiento de la sentencia en crisis en cuanto a que al no hallarse discutido que ??Juárez trabajó de 22 a 6hs., domingo por medio. Es decir cuatro horas en domingos por mes. Tal circunstancia, por sí sola, torna procedente el reclamo formulado por Juárez en cuanto a la exigencia de su pago?? (fs. 784, 2º párr.). Ello así por cuanto, a mi modo de ver, no debe prestarse a confusión la prestación de tareas durante el período de descanso semanal con la existencia de horas suplementarias, pues el trabajo prestado en las tardes del sábado y los domingos no reviste el carácter de ?extraordinario? por la sola circunstancia de haberse ejecutado en ese lapso normalmente destinado al descanso, si no media exceso de la jornada de trabajo establecida por ley, o por convenio colectivo. A todo evento, en la hipótesis de que se hubiera vulnerado de hecho el régimen de descanso semanal, la situación debería ser resuelta conforme a la regulación dispuesta en el capítulo II del Título IX de la L.C.T. En suma de las consideraciones expuestas, voto por revocar lo decidido sobre el punto en la sentencia apelada y, consecuentemente, rechazar las diferencias salariales reclamadas en concepto de horas suplementarias. III. El demandado Juárez se queja en primer término por cuanto en la remuneración adoptada para el cálculo de los créditos de condena no fueron incorporadas las diferencias salariales por ?horas extra en domingos y feriados? (fs. 791). Sin embargo, como consecuencia de la suerte que he propugnado a estas últimas, corresponde desestimar este segmento del recurso. IV. Seguidamente se siente agraviado el trabajador por el rechazo de la indemnización prevista por el art. 80 de la L.C.T., a cuyo efecto cuestiona el argumento

de la sentencia apelada en cuanto a que los certificados contemplados en dicha norma sustantiva hayan realmente estado a disposición del trabajador?, para lo cual señala que ??al tiempo de las audiencias de conciliación laboral previa no estuvieron a disposición del trabajador y que por otra parte no contenía dicho certificado los ajustes pertinentes en torno al pago de las horas extras?? (ver fs. 792). Considero que la postura adoptada por el recurrente no resulta congruente, toda vez que al contestar demanda y reconvenir a la acción por consignación, planteó la nulidad del despido decidido por la ex empleadora, solicitando -en consecuencia- el pago de los salarios caídos y su reincorporación al empleo (ver fs. 96 vta.) arribando firme a esta instancia revisora el rechazo de estas pretensiones decidido en la sede de origen. Por ende, considero adecuado el temperamento adoptado por la ex empleadora de consignar judicialmente los certificados en cuestión, pues resulta evidente que la imposibilidad para dar cumplimiento a la obligación de hacer dispuesta por el art. 80 de la L.C.T. ha sido consecuencia de la postura del trabajador de negar la aptitud jurídica de la resolución del contrato de trabajo decidida por la ex empleadora y, por ende, de la exigibilidad de las obligaciones derivadas de dicho acto. Por lo demás, ya me he expedido acerca de la improcedencia de las diferencias salariales en concepto de horas suplementarias, por lo que -lógicamente- no procede el planteo del recurrente en cuanto a la consignación de éstas en el respectivo certificado. En el precitado marco, deviene abstracto e inoficioso expedirse acerca del planteo de inconstitucionalidad del decreto 146/01. Por idénticas razones mociono desestimar los agravios contra el rechazo del incremento indemnizatorio que prevé el art. 2º de la ley 25.323, aclarando en este punto que el trabajador no ha invocado -y menos demostrado- que haya requerido en forma fehaciente el pago de las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T., como así tampoco que ante la negativa de la ex empleadora se halla visto obligada a litigar para obtener el cobro de dichos créditos (art. 499 Cód. Civil).

V. Seguidamente se queja el demandado Juárez por cuanto en la sentencia apelada fue desestimado el reclamo por la sanción prevista por el art. 132 bis de la L.C.T., al considerar la Sra. jueza a quo que no se ha probado que la ex empleadora haya omitido el ingreso de aportes retenidos con destino a los organismos de la seguridad social. Considero que el planteo del recurrente no es viable, pues observo que omite rebatir el fundamento antes reseñado, es decir, cuáles serían los aportes con destino a los organismos de la seguridad social que habrían sido retenidos y no ingresados a los órganos recaudadores (art. 116 L.O.). No obstante ello, cabe señalar que no he perdido de vista que el demandado argumenta que la empleadora no habría ingresado los aportes derivados de las horas suplementarias, pero ello en nada incide en la suerte del reclamo, en tanto además de que -de acuerdo a mi tesitura - éstas no han sido demostradas, tampoco -en la hipótesis del recurrente- se habrían efectuado retenciones en esa medida, lo que impide la configuración del presupuesto legal de la mentada norma sustantiva.

VI. En virtud de las modificaciones propugnadas, correspondería reducir el monto total de condena a la suma total de PESOS ? (\$ ?) con más los intereses en la forma y a la tasa determinada en la sentencia apelada, exentos de crítica de los litigantes. Para arribar a dicho importe he tenido en cuenta la suma de los rubros de condena que se mantienen (\$ ?) menos lo percibido por el trabajador a fs. 135 vta. (\$ ?).

VII. En atención a la modificación propuesta, correspondería dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios y adecuarlos al actual resultado del litigio, deviniendo abstracto el tratamiento de los recursos interpuestos al respecto (conf. art. 279 cód. procesal). Sobre dicha base, aprecio que si bien (en caso de seguirse mi moción, claro está) resultan viables varios de los créditos reclamados por el trabajador, no puede dejarse de lado que no todos progresan, y que el monto por el que prospera la acción iniciada por éste (aun sin considerar lo abonado en juicio) resulta sensiblemente inferior al peticionado en la reconvencción y al demandar (\$ ?, ver fs. 102vta. y 226) representando poco más del 22% de lo reclamado. Por ello, y porque según criterio predominante en esta Cámara al que me he plegado por razones de economía procesal, no es forzoso atenerse a un parámetro exclusivamente aritmético en este punto, y tomando en cuenta la naturaleza e índole de las cuestiones debatidas, es que considero pertinente en el caso acudir al dispositivo contemplado por el art. 71 del código procesal, e imponer las costas de la anterior instancia en un 50% a cargo de cada una de las partes. En lo atinente a los honorarios correspondientes a la anterior instancia conforme resultado del pleito en relación con cada parte, y mérito e importancia de las labores, etapas cumplidas en cada caso (ninguna de las partes alegó), resultado de la lid en relación con cada litigante y el monto involucrado en el litigio, con más lo que expresaré infra, sugiero regular los de la representación letrada del demandado Juárez en la suma de \$ ?, los de la representación letrada de Versacold en \$ ? y los del perito contador en \$ ? (arts. 38 L.O., y 1, 6, 7, 9, 19, 37 y 39 de la ley 21.839; decr. ley 16.638/57). A tales efectos cabe tener en consideración que, además de la normativa de la ley 21.839 y el decreto-ley 16.638/57, debe tenerse en cuenta el art. 13 de la ley 24.432 que obliga a que las regulaciones de honorarios guarden una adecuada proporción con las labores efectivamente cumplidas. Desde otro ángulo, la regulación de estipendios profesionales no depende exclusivamente del monto del juicio y de las escalas dispuestas en las normas arancelarias, sino de un conjunto de pautas precisas previstas en los regímenes respectivos que deben ser evaluadas por los jueces y entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la índole, extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, y la manera de arribar a una solución justa y mesurada acorde con las circunstancias particulares de cada caso. Y, por otra parte -en lo que respecta a la perito-, el art. 3 del decreto-ley 16.638/57 no establece que la escala allí prevista se

aplique derechamente sobre el monto de la demanda sino que en su inciso b prescribe que se considerará monto del juicio la cantidad fijada en la sentencia o transacción y, para el caso en que esta última no alcance al 75% de lo pretendido en el inicio (caso de autos), determina que el juez podrá fijar los honorarios teniendo en cuenta un porcentaje mayor al que corresponda según la cantidad establecida en la sentencia. Establecer los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado subas o bajas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa, no compatibles con los fines perseguidos por el legislador al sancionar la ley ni con los intereses involucrados en el caso. En la cuestión de regulación de honorarios es de aplicación el principio elaborado por nuestro más Alto Tribunal, según el cual la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos legales aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes (Fallos 253:267 entre otros ? C.S.J.N., D. 163 XXXVII. R.O., 14-2-2006 ?D.N.R.P. c/ Vidal de Docampo, Clara Aurora? en especial considerandos 10, 11, 12 y 13 del voto del Sr. Ministro Dr. Juan Carlos Maqueda). VIII. En atención a la suerte obtenida por los distintos recursos en esta instancia en caso de seguirse mi moción y a la ausencia de réplica de Versacold, sugiero que las costas de alzada sean impuestas en el orden causado (arts. 68 y 71 C.P.C.C.N.), regulando a tal fin los honorarios de los letrados firmantes de los escritos de fs. 790/7 y 809/11 (Dra. María Susana Chenquelof), y de fs. 798/800 (Dr. Ricardo A. Foglia) en las sumas de \$ ? y \$ ? respectivamente (art. 14 ley arancelaria y las pautas generales antes señaladas). EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT manifestó: No comparto el criterio del voto que antecede en tanto otorga legitimidad a la norma convencional colectiva que habilita la compensación del horario nocturno con fundamento en lo normado por el artículo 198 RCT. En primer término debe tenerse presente que la norma del artículo 198 regula la jornada máxima normal y no los supuestos de jornada máxima especial. Por tanto, extender sus efectos a supuestos de jornada máxima especial no sólo importa aplicar el precepto dictado para un conjunto distinto y, por tanto interpretando extensivamente una norma en contravención a lo normado por el artículo 9 RCT sino, también, contradiciendo las razones de estructura que hacen a la diferenciación entre jornada máxima normal y jornada máxima especial. En efecto, adviértase que de darse pábulo a la lectura extensiva del dispositivo de la norma del artículo 198 RCT a los supuestos definidos por el artículo 200 RCT, se podría exigir el desempeño de trabajadores en tareas riesgosas o insalubres en exceso a la jornada máxima semanal con riesgo de la seguridad que es la causa de establecimiento de una jornada legal máxima especial. Estas mismas razones, si bien disminuidas en su gravedad son las que dan origen a una jornada máxima legal especial en el caso de las horas nocturnas. Se afirma en el voto precedente que al no establecer la norma de la ley 11.544 un tope semanal el máximo debe reputarse en 42 horas semanales por proyección. Pero lo que no se tiene en cuenta es que la existencia de un tope alternativo (máximo diario o máximo semanal) fue consecuencia de la interpretación realizada por doctrina y jurisprudencia acerca de la redacción de la norma del artículo 1 de la ley 11.544 que establece el carácter alternativo del máximo diario y el máximo semanal por la conjunción disyuntiva ?o?, señalándose la diferencia con la conjunción copulativa ?y? que está inserta en el texto del convenio 1 OIT. A partir de la reforma constitucional de 1994, ninguna duda cabe respecto de la aplicación de los convenios internacionales en el marco del derecho interno. Y, en este orden de ideas, debe aplicarse la norma imperativa de orden público de protección impuesta por el orden internacional por ser más favorable al sujeto protegido. Por tanto, el máximo de jornada de conformidad a esa norma es único. No se pueden exceder las 8 horas diarias ni las 48 horas semanales (efecto de la cópula ?y?). Consecuencia de ello es que, de acuerdo a la norma del artículo 200 RCT, 2 de la ley 11.544 y II del Convenio 1 OIT, la jornada máxima nocturna es de siete horas sin que pueda admitirse la compensación por una norma de menor jerarquía como es el Convenio Colectivo de Trabajo derogando mínimos imperativos impuestos por el orden público de protección. Por tanto, al no haberse acreditado la existencia de trabajo por turnos rotativos (única excepción admitida por el artículo 200 RCT con respecto a la jornada nocturna) corresponde acceder al reclamo del trabajador. Por este motivo, en este aspecto debe ser confirmada la sentencia de grado. En segundo término se agravia el empleador por cuanto se accedió al reclamo del trabajo en día domingo con el recargo del 100%. Tampoco puede ser de recibo esta queja. Si el juez de grado interpreta el artículo 201 RCT de tal modo que la sola prestación de servicios entre el sábado después de las 13 horas y el domingo a las 24 horas da derecho al goce de este recargo, no es argumento hábil la alegación del texto de un convenio colectivo si previamente no se discute la interpretación que el juez hace de la norma del artículo 201, por lo que el agravio debe declararse desierto (artículo 116 LO). Se agravia por la imposición de costas que será tratada luego de analizar los agravios de la demandada. La trabajadora, por su parte, se agravia en primer término por no haber tenido en cuenta el mejor haber emergente de la liquidación efectuada por el perito como base para la liquidación de indemnizaciones. En la medida que se trata de remuneraciones y atento lo resuelto respecto del primer agravio de la empleadora, a mi criterio la sentencia debe ser modificada tomando como base un mejor haber mensual de \$ ... En segundo término se agravia por el rechazo

del pago de la multa del artículo 80 RCT. La juez de grado sostiene que la empleadora intimó al actor a retirar el certificado de trabajo y, mediante esa prueba, pretende que se ha producido la mora accipiendi que excluye la posibilidad de condena en términos del artículo 80 RCT. La pretensión de colocar la carga de la prueba de la mora accipiendi en el acreedor trabajador resulta sencillamente un dislate, pues la mora del acreedor consiste en el retraso en el cumplimiento de la prestación debido a la conducta del acreedor cuando omite la cooperación indispensable de su parte y en especial la aceptación del pago (Galli y Busso) y colisiona seriamente con el texto expreso de la ley que, en el artículo 509 del Código Civil establece: "Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable?". Como lo señalara el Codificador en la nota al artículo 509 del Código Civil, "El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho o por una omisión culpable, hace imposible o impide la ejecución de la obligación?". La pretensión de la demandada consiste en requerir que el juzgado de origen presuma la culpabilidad del acreedor, lo que de por sí es un despropósito. Como señala Compagnucci de Caso, "La ley exige que el deudor no sólo esté dispuesto para la prestación sino además que haya comenzado a cumplir y que la haya activado hasta tal punto que sólo dependa del acreedor el que se produzca el resultado de la misma. El deudor está obligado a promover el cumplimiento. Ha de aproximar el objeto de la prestación al acreedor de tal forma que éste no tenga que hacer otra cosa que tomarlo?". Complementan esto Cazeaux y Trigo Represas diciendo: "Lo contrario podría implicar una mera mise en scene engañosa, sin sustancia real; algo así como "correr con la vaina". Era el demandado quien debía acreditar que el actor no colaboró en el cumplimiento de la obligación y no a la inversa. Al no haber demostrado la mora accipiendi es él quien debe responder por las consecuencias de la falta de pago. Esto, sin perjuicio de señalar que tal como resulta de la conducta de la demandada, la cosa que se pretende entregar contraría los preceptos de los artículos 740 y 741 del Código Civil con desconocimiento del principio de la identidad del pago. Sin embargo no puede accederse al reclamo de pago de la multa del artículo 80 RCT por no haber mediado la intimación previa en la oportunidad establecida por el artículo 3 del decreto 146/01. El requisito de intimación previa establecido para la viabilidad de la aplicación de las sanciones de los artículos 80 RCT y 2 de la ley 25.323 impone, para establecer el tiempo a partir del cual es posible realizar la mencionada intimación, la determinación previa de la estructura y función de las mismas pues es en esa determinación que ha de surgir el marco contextual que permite interpretar las condiciones y efectos de la sanción. A pesar de ser calificadas por la propia norma como indemnizaciones (esto es, sanciones que tienen una función eminentemente resarcitoria), puede advertirse que no es la finalidad de la sanción jurídica reemplazar la prestación debida por otra (función central de la indemnización) sino la creación, junto a la obligación preexistente de una obligación nueva. El pago de la sanción del artículo 80 RCT no exime del cumplimiento de la obligación de entrega de la obligación de hacer originaria ni la del artículo 2 de la ley 25.323 sustituye las obligaciones de los artículos 232, 233 y 245 RCT. Por el contrario, estas sanciones establecen una obligación adicional como consecuencia de la realización de conductas reputadas disvaliosas con prescindencia del daño efectiva o hipotéticamente causado. Esto es, tienen una vocación punitiva, establecen una pena de carácter pecuniario, son multas, penas civiles, pero el ámbito civil de la punición no impide la necesidad de aplicación de las normas de carácter constitucional relativas a la aplicación de las penas. Del mismo modo que no hay indemnización sin daño, en las multas el daño resulta indiferente. De hecho, en el supuesto del artículo 2 de la ley 25.323 "de falta de pago de las obligaciones de dar sumas de dinero por parte del empleador" el contenido originario de la obligación y la compensación de la mora son objeto de las obligaciones originarias y de la aplicación de intereses, por lo que el daño producido está plenamente compensado. Lo que hace la multa es producir un desequilibrio patrimonial en perjuicio de quien se hace responsable de una situación considerada jurídicamente disvaliosa. El carácter civil de la sanción determina la posibilidad de la aplicación de la multa a una persona jurídica de existencia ideal, pero hecha esta salvedad, las condiciones de aplicación de la multa requieren la existencia de un factor subjetivo de atribución en virtud del precepto constitucional "nulla poena sine culpa". En estas multas no se sanciona la deuda (la sanción de la deuda es resarcitoria, es un efecto común de la obligación conforme el artículo 505 del Código Civil). Lo sancionado es una conducta omisiva posterior, una renuencia contumaz al cumplimiento de la obligación. Esta es la razón por la que tanto la multa de artículo 2 de la ley 25.323 como la del artículo 80 RCT exigen la intimación previa al incumplimiento tomado en cuenta para la aplicación de la multa. No se trata de una intimación para poner en mora al deudor "al menos en los términos del artículo 2 de la ley 25.323" ya que la mora es automática (artículos 509 del Código Civil y 128, 137 y 149 RCT) sino de una interpelación que muestre la contumacia, la voluntad de no cumplir la obligación pese a la intimación del acreedor "trabajador. Si el deudor incumpliente hace caso omiso de la intimación, se produce la contumacia que hace posible la aplicación de estas multas. Pero para que la contumacia se produzca es menester que la deuda por la que se interpela al deudor sea exigible. Ninguna contumacia puede existir si el crédito por el que se interpela al deudor está aún sometido a plazo. Por este motivo, la intimación producida antes de los cuatro días hábiles del distracto carece de eficacia para servir de presupuesto a la contumacia pues se está intimando a cumplir a quien aún no debe atento lo prescripto por los artículos 128, 137 y 149 RCT. Con respecto a la multa del artículo 80 RCT, se ha sostenido la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria con la invocación de que el plazo de

treinta días a partir del cual debe contarse la intimación introduce un elemento de exceso reglamentario. No concuerdo con esa interpretación. La norma del artículo 80 RCT requiere la contumacia del empleador para la aplicación de la multa. Mal puede haber contumacia si el plazo para la entrega no está vencido. En este punto debe señalarse que la obligación de entrega de certificados era, hasta las normas de la ley 24.013, una obligación sin plazo que debía, por tanto constituirse por una intimación que constituya en mora al obligado (artículo 509 del Código Civil). No eran aplicables las normas de los artículos 137 y 149 RCT por cuanto se refieren a la obligación de dar sumas de dinero. De hecho todos los tribunales establecieron al condenar a la entrega de certificado de trabajo un plazo especial para el cumplimiento de la obligación al determinar el tiempo de cumplimiento de la condena (en mi caso utilizaba un plazo de quince días). Luego de la sanción de la ley 24.013, que establece un plazo para dar cumplimiento a la obligación de regularizar sin consecuencias punitivas de treinta días, el legislador ha establecido un plazo mediante el cual considera razonable el cumplimiento de la obligación de hacer. Norma que debe ser aplicada por analogía. En consecuencia, el decreto lo único que hace es poner certeza en una situación que ya viene determinada por el plexo normativo. Es obvio que no se puede punir (la multa del artículo 80 RCT tiene función punitiva y no resarcitoria porque no reemplaza la obligación originaria) por la falta de cumplimiento de una obligación no vencida. Obsérvese que de no concordarse con el criterio de constitucionalidad del artículo 3 de decreto 146/01 la obligación del artículo 80 requeriría de constitución en mora por tratarse de un plazo indeterminado. Vencido el plazo constitutivo recién entonces el actor podría realizar la intimación a que se refiere la norma. Por supuesto, la adopción de este criterio tendría como consecuencia la discusión sobre la suficiencia del plazo por el cual se interpela por la mora. Para concluir, no puede olvidarse que no hay contumacia (presupuesto de la aplicación de las multas) sin que previamente exista inexecución. Esto es, sin que el plazo de la obligación esté vencido. Por estos motivos no he de acceder al reclamo en los términos del artículo 80 RCT. Respecto de la inaplicabilidad de la norma del artículo 3 del decreto 146/01 debe señalarse que esta interpretación, al faltar la determinación del plazo legal o convencional (condición para la aplicación de la norma de la primera parte del artículo 509 del Código Civil), impondría la aplicación de la norma del 2º párrafo del artículo 509 del Código Civil pues se trataría de una obligación cuyo plazo no estaría expresamente convenido. Textualmente: Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al acreedor para constituirlo en mora. Recién a partir de entonces puede hablarse de contumacia o aplicarse intereses. No se puede olvidar que, a diferencia de los precedentes romanos, el sistema de Vélez exige la interpelación en el caso de falta de determinación de plazo conforme lo establecido por los artículos 751 y 618 del Código Civil. Por tanto, por este motivo, coincido con lo resuelto por la juez preopinante.

Coincido en lo principal con los argumentos brindados por la juez preopinante respecto de la confirmación del rechazo de las multas de los artículos 2 de la ley 25.323 y 132 bis RCT, por lo que a él me adhiero. Al no haberse modificado en lo principal lo resuelto en primera instancia corresponde no acudir a la norma del artículo 279 CPCCN y analizar el agravio del empleador relativo a las costas. Por mi parte el agravio no ha de tener acogida por cuanto el actor ha sido perdidioso totalmente respecto de la acción incoada y ha sido derrotado en lo principal en lo relativo a la reconvencción. Por tanto, estimo que la sentencia de grado debe ser confirmada en este aspecto. En consecuencia el monto de condena debe elevarse del siguiente modo:

Indemnización 245 RCT	\$ ?	Indemnización 232 RCT	\$ ?
SAC proporcional (incluye preaviso)	\$ ?	Vacaciones proporcionales (incluye preaviso)	
	Horas extras		Pagado por la empleadora
(\$ ?)	TOTAL	\$ ?	

Las costas de la alzada deben establecerse por su orden atento el vencimiento parcial y mutuo. Atento lo previsto por el artículo 14 de la ley de aranceles corresponde regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la alzada en el % de lo que les fuera regulado por su actuación en la instancia anterior. EL

DOCTOR OSCAR ZAS manifestó: I.- En aquellas cuestiones en las que coinciden los distinguidos vocales preopinantes me abstengo de votar (cfr. art. 125 L.O.). II.- En lo que respecta al reclamo por horas extras trabajadas en exceso de las 7 horas diarias fijadas por el art. 200 LCT, así como la pretensión por horas extras trabajadas en días domingos y feriados, coincido con el Dr. Arias Gibert en que corresponde confirmar el decisorio de grado en este aspecto, por análogos fundamentos a los que allí lucen.

Al respecto, calificada doctrina ha señalado que ?la jornada nocturna tiene un tope máximo de siete horas por día (art. 2, ley 11.544 y art. 200 LCT), sin que ninguna de las normas en juego haga referencia a la existencia de un tope máximo semanal. Aunque no parece haber razón para que no se haya puesto un tope semanal a la jornada nocturna (cuando se adoptó ese criterio para la normal diurna y la insalubre), lo cierto es que la actual redacción del artículo 200 de la LCT no deja margen de interpretación alguna, desde el momento en que dispone claramente que, cuando se alternen horas diurnas y nocturnas, el tiempo que se trabaje en exceso del límite que surja, luego de computar las horas nocturnas con un valor de una hora y ocho minutos de la diurna, se considera ?tiempo suplementario, según las pautas del artículo 201 de la LCT? (Pirolo, Murray en Tratado de Derecho del Trabajo dirigido por Mario E. Ackerman, tomo III, pág. 627). Como consecuencia de lo expuesto, también coincido en que debe tomarse

como base para el cálculo de las indemnizaciones debidas el salario mencionado por el Dr. Arias Gibert. IV.- Asimismo, adhiero al voto mencionado en lo que respecta a costas y honorarios de primera y segunda instancia. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: 1. Elevar el monto de condena a la suma de \$ ?, confirmando la sentencia de grado en todo lo demás que fue objeto de agravio. 2. Costas de alzada por el orden causado atento el vencimiento parcial y mutuo. 3. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en alzada en el ?% de lo que les fuera regulado por su actuación en la instancia anterior. Reg., not. y dev. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. María C. García Margalejo Juez de Cámara Enrique Néstor Arias Gibert Juez de Cámara Oscar Zas Juez de Cámara

Correlaciones: D'Aurizio, Ángel, Algunas consideraciones sobre la jornada de trabajo nocturna y la jornada mixta?, Erreius on line, 2011 Cita digital: