

Despido Despido Injustificado Horas Extras Diferencias Salariales Principio De Congruencia

JURISPRUDENCIA

Despido. Despido injustificado. Horas extras. Diferencias salariales.

Principio de congruencia Se revoca la sentencia apelada y se hace lugar al reclamo incoado por el actor con motivo de un despido injustificado, haciéndose lugar a las indemnizaciones laborales. Ello así, al no tenerse por acreditada suficientemente la falta atribuida en la comunicación rupturista y con entidad suficiente para poner fin al vínculo laboral, ya que las pretendidas filmaciones no fueron acompañadas a la causa y los testigos no fueron presenciales. Buenos Aires, 10 de octubre de

2017 En la Ciudad de Buenos Aires reunidos los integrantes de la Sala VI a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia en estas actuaciones, practicando el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación. EL DR. LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO: I. Contra la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda recurre el actor, a tenor del memorial de agravios, obrante a fs. 287/297, cuya réplica por parte de la accionada, Oriol S.A., luce agregada a fs. 299/300. Asimismo, el trabajador se agravia por la forma en que fueron impuestas las costas del juicio (ver fs. 297/vta.). El Señor Juez ¿a quo? desestimó la pretensión del trabajador porque consideró que los testimonios de Artigas, Fernández y Jara resultaban idóneos para tener por demostrados los hechos endilgados a aquél referidos a que ¿...despacha(ba) platos y bebidas a las mesas del restaurante y no los informa(ba) a la caja con lo cual se apropia(ba) de los importes que por ellos abona(ban) los clientes...?. Asimismo, no hizo lugar al reclamo con fundamento en la ley 24.013, toda vez que el emplazamiento previsto en el art. 11 de la norma citada había sido remitido por el dependiente cuando el vínculo ya se encontraba extinguido. A su vez, rechazó las diferencias salariales solicitadas, así como también el reclamo en concepto de daños y perjuicios y multa del art. 80 de la L.C.T. (ver fs. 282/286). II. El trabajador se agravia por cuanto el sentenciante de grado: 1. Consideró ¿...demostrado por la demandada los hechos que configuraban causal de despido directo en los términos del art. 242 LCT? (ver fs. 287/293, apartado A). La incidencia que sobre este agravio tiene el que el actor deduce en segundo lugar (ver fs. 293vta. ¿in fine?/294, apartado B), dirigido a cuestionar la decisión del ¿a quo? de tener por extinguido el vínculo laboral mediante la misiva que le envió el empleador el 10/11/2010 ¿...pese a que el Correo mencionara que el domicilio al que se enviara se encontraba cerrado...? (ver fs. 294), me lleva a analizarlo con carácter previo. En mi criterio, en este aspecto, no asiste razón al recurrente. En efecto, del informe expedido por el Correo Oficial a fs. 115/123, el que no mereció observación alguna por las partes (arg. art. 403 del C.P.C.C.N.), se desprende que la CD ... que Oriol S.A. le remitió al dependiente el 10/11/2010, en la que le notificó su despido (ver fs. 119), aunque salió a distribución los días 11 y 12 de noviembre ¿...fue devuelta por el agente distribuir con la observación ¿CERRADO CON ASIVO',...?. Por ello, ¿...vencido su plazo de guarda fue devuelta al domicilio del remitente? (ver fs. 123). Surge de lo expuesto que pese al ¿aviso de visita? que la empresa de correo le dejó a Urbano en su domicilio (v.gr.: El Laurel 1778, Ciudad Evita, Provincia de Buenos Aires), lo cierto es que, éste no retiró de la oficina postal la carta documento. Por consiguiente, y tal como lo tiene dicho la jurisprudencia, dicha comunicación rescisoria del 10/11/2010 debe tenerse por válida y surtir plenos efectos, ya que si bien quién elige un medio de notificación corre con los riegos que tal medio conlleva, ello no es así cuando, como acaece en el ¿sub lite?, la notificación no fue entregada por circunstancias ajenas al empleador. Las consideraciones expuestas y propias del fallo apelado, me llevan a proponer que, de ser compartido mi voto, se confirme lo decidido en la anterior instancia en lo referido a que el vínculo laboral quedó extinguido el 10/11/2010. Esta iniciativa sella, asimismo, la suerte de la queja que deduce el actor a fs. 294vta. dirigida a cuestionar el rechazo de las multas de la ley 24.013, toda vez que la intimación del art. 11, fue cursada por aquél cuando la relación laboral ya se encontraba finalizada. Sentado lo expuesto, corresponde abocarse al fondo mismo de la cuestión sometida a conocimiento de esta Alzada. Al respecto, creo necesario memorar que, conforme surge de la misiva de fs. 45 y copia de fs. 119, el 10/11/2010, Oriol S.A. dispuso el despido con justa causa del trabajador sobre la base de que había ¿...se ha constatado fehacientemente (de lo cual existen testigos y filmaciones de cámaras de seguridad) que conjuntamente y en complicidad con el cocinero Sr. Fabián Camilo Yori Linares despachaba platos y bebidas a las mesas del restaurante y no los informa a la caja con lo cual se apropia de los importes que por ellos abonaban los clientes, hecho que constituye injuria grave y absoluta pérdida de confianza lo que torna imposible la continuidad de la relación laboral que nos une, motivo por el cual queda despedido con causa y por su exclusiva culpa...?. Ahora bien, para determinar si la decisión rupturista adoptada por la empleadora resultó o no ajustada a derecho corresponde determinar si ésta ha logrado probar que el actor incurrió efectivamente en los incumplimientos imputados en la comunicación de referencia (arg. art. 377 del C.P.C.C.N.) y, en caso afirmativo, si la conducta mereció o no la sanción máxima. En mi opinión, los elementos de prueba glosados en autos y, en

particular, las declaraciones testimoniales rendidas a instancias de la demandada (ver fs. 144/145; fs. 152/154; fs. 187/189 y fs. 193), las que han sido impugnadas a fs. 159/162 y fs. 195/196, ponderadas a la luz de la sana crítica (arg. arts. 386 del C.P.C.C.N. y 90 de la L.O.), no autorizan a tener por acreditada la falta denunciada en la comunicación rescisoria, ni permiten formar convicción acerca de su entidad como para poner fin a la relación laboral. Digo esto, porque, si bien, al rescindir el vínculo, la empresa dijo que, además de testigos, contaba con ?filmaciones de cámaras de seguridad? que permitían constatar ?fehacientemente? (sic.) el hecho que se le atribuía al actor, lo cierto es que tales filmaciones ni siquiera fueron ofrecidas como prueba en la causa (ver fs. 58/59) y, a su vez, los deponentes que declararon, en líneas generales, no fueron presenciales, sino que se pronunciaron sobre los hechos a partir de comentarios de terceros (v.gr.: la madre de Artigas; ?empleados/gente de confianza?; ?compañeros de trabajo del actor?; etc.). Así, Artigas (ver fs. 144/145), quién dijo que ?administra los locales gastronómicos de la demandada?, al ser interrogado sobre el motivo del despido de Urbano, señaló que ?Todo comenzó por indicarle a los clientes que la cocina cerraba a las 16 hs. y bueno eso derivó en una suspensión -esto habrá sido un mes antes del despido- y luego ocurrió algo más grave que fue quedarse con el cobro de las mesas. Que todo esto lo sabe por empleados de confianza que alertaba al dicente sobre lo que estaba pasando y por gente que allegada al dicente que ha sido enviada por el mismo dicente para ver si realmente ocurría esto, y también por las cámaras de seguridad. Manifiesta el dicente que puntualmente ha ido la madre de él a las 16.15 hs. y ha pedido algo y el actor le dijo que la cocina estaba cerrada? (ver fs. 144 ?in fine?/145, el destacado me pertenece). Luego, más adelante, el deponente volvió a afirmar que ?...tomó conocimiento de que el actor se quedó con la cobranza de las mesas, cuando se lo alertan unos compañeros de trabajo, como Claudia Jara, Demian Fernández, y por las cámaras de seguridad y gente de confianza - que son amigos del dicente que iban como clientes del restaurante y le comentaba que pedían la cuenta y no llevaba tickets-?. Por ende, se observa de los dichos del dicente que éstos fueron meramente referenciales a partir de comentarios de su madre; amigos o, bien, otros empleados, lo que resta eficacia convictiva a su declaración (arg. art. 445 del C.P.C.C.N.). Similar apreciación puede efectuarse en torno a las declaraciones de Jara (ver fs. 187/189) y Fernández (ver fs. 152/154). En efecto, Demian Fernández (ver fs. 152/154), dijo saber que ?...el actor tuvo apercebimientos (...) le comentaron al dicente, que esto lo sabe por comentarios de Agustín...?. No soslayo que el deponente también refirió que en una ?única oportunidad? (sic.) lo había visto ?directamente? a Urbano quedarse con el cobro de las mesas, al afirmar que ?...estando el dicente comiendo en el local, vio como le pedían la cuenta al actor y él automáticamente cantaba el importe a cobrar (...) Que esto fue al medio día, en el horario que el dicente almuerza de 13:30 a 14:30hs. más o menos, no recuerda la fecha?. Sin embargo, más adelante el deponente había expresado que él ?...trabajaba de 8hs. a 16hs. de lunes a sábados...? como encargado de compras. Por otra parte, que pese a que, también el testigo dijo que ?...el Sr. Agustín le ha mostrado al dicente un video? (ver fs. 153), éste -insisto- no fue adjuntado a la causa. A su vez, de la declaración de Fernández surge que, en general, ?...tenía(n) muchos baches...? en el control de la comanda, razón por la cual ?...fueron actualizándose...? y, en la actualidad, el sistema es electrónico. ?Que aclara el dicente que en cuanto a las mejoras esto era porque ha ocurrido que la entrada de productos o mercadería no estaba justificada en lo que era la venta por sistema o cajas (...) Que esto se debía o porque se tomaban o comían los productos y se vendían sin pasar por caja. Que esto era frecuente...? (ver fs. 153 ?in fine?). Los dichos del dicente ponen de relieve que el hecho que se le atribuyó al actor, en realidad, era ?frecuente? (sic.) que ocurriera, sin que, por lo demás, existan elementos indubitados que autoricen a sostener que Urbano lo hubiera realizado. No modifica lo expuesto la declaración de Jara (ver fs. 187/189), la cual ha sido observada a fs. 195/196. Así lo creo por cuanto la dicente refirió a la nota que ?...Agustín le propuso hacer (...) diciendo lo que sucedía,...?, lo cierto y concreto es que, no reconoció la constancia original que luce agregada en el Sobre Nro. 6353, agregado por cuerda (ver, asimismo, copia de fs. 36), la cual fue desconocida por el actor a fs. 64, pto. II. Por otra parte, y aun partiendo de la autenticidad de dicha nota, no puedo dejar de advertir un aspecto temporal sin duda relevante. Así, obsérvese que esta comunicación se encuentra fechada el 16/11/2010, esto es, seis (6) días después a que la empresa resolviera la extinción del vínculo, por lo que lógico es concluir que el hecho que allí pretendió denunciarse no pudo incidir en la decisión rupturista. Por último, tampoco permite tener por acreditada la causa del despido el testimonio de Pizzarro (ver fs. 193), pues, al ser interrogado sobre el punto, dijo desconocer ?...hasta cuando trabajó el actor, que sabe por rumores de compañeros que se comentaba que se quedaba con la plata de las mesas?, por lo que sus dichos, al igual que los de Artigas, fueron meramente referenciales (arg. art. 445 del C.P.C.C.N.). El contexto probatorio reseñado unido a que la empleadora no acompañó las filmaciones de las cámaras de seguridad que, en su tesis, acreditaban ?fehacientemente? el hecho (arg. art. 377 del C.P.C.C.N.), no autoriza -en mi criterio- a tener por acreditado que el actor se hubiera ?apropiado? de los importes que abonaban los clientes del restaurante, ni mucho menos que el perjuicio invocado mereciera la sanción máxima. Las consideraciones hasta aquí expuestas me llevan a proponer que, de ser compartido mi voto, se revoque el fallo de primera instancia en este aspecto. Por consiguiente, correspondería declarar injustificado el despido dispuesto por Oriol S.A. y, en su mérito, hacer lugar a las indemnizaciones correspondientes (arg. arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T.), así como también las previstas en los arts. 123 y 156 de la L.C.T., desde

que el empleador no adjuntó a la causa constancia alguna que acredite su pago (arg. art. 138 de la L.C.T.). No obstante, adelanto que también resultará procedente el incremento indemnizatorio del art. 2° de la ley 25.323, desde que las indemnizaciones derivadas del despido no fueron abonadas y, por ello, obligaron al actor a que, previa intimación fehaciente a su pago (ver TCL ... del 29/11/2010, ver fs. 3), iniciara el presente litigio para que le fuera satisfecho su crédito. 2. Rechazó el reclamo por ?...diferencias salariales y la realización de horas extras,...? (ver fs. 294vta. ?in fine?/297, apartado C). En primer lugar, me abocaré a analizar lo referido al reclamo por horas extras y, a mi juicio, en este aspecto, asiste razón al apelante. Ello es así, por cuanto, del somero análisis de los testimonios rendidos a instancia de la propia empleadora por parte de Artigas (ver fs. 144/145) y Fernández (ver fs. 152/154), así como también los de fs. 149/151 (Andriola) y fs. 191/192 (Bentancour), surge demostrado que Oriol S.A. llevaba una planilla horaria. Así, Artigas -quién, reitero, administra los locales gastronómicos de la demandada- dijo que ?para el control de horario del actor, había una planilla de ingreso donde firman cuando entran y al egreso también firman? (ver fs. 144). Idéntica afirmación formuló Fernández, pues, también, expresó que ?...firmaba cuando llegaba, más que nada se controlaba el horario de entrada pro el tema de llegadas tarde, y la salida igual. Si había alguna hora extra se anotaba en la planilla,...?. Sin embargo, el perito contador desinsaculado en la causa a fs. 225, sólo dijo haber tenido a la vista la ?planilla horaria del mes de agosto de 2010? y, luego, ante la impugnación formulada por la parte actora (ver fs. 236/237) el experto agregó que ?...si bien solicitó a la parte demandada las planillas horarias (...) no fueron puestas a disposición,...? (ver fs. 241 ?in fine?, pto. IV apartado 1), el destacado me pertenece). En este contexto, y teniendo en cuenta lo previsto en el art. 8° del Convenio Nro. 1 de la OIT y por el art. 11, pto. 2 del Convenio Nro. 30 de la OIT, ambos ratificados por nuestro país, y de jerarquía supralegal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional); normas internacionales que, a su vez, se encuentran receptadas en los arts. 6° de la Ley 11.544 y 21 del decreto 16115/33; corresponde concluir que la demandada estaba obligada a llevar un registro especial en el que constara el trabajo prestado en horas extraordinarias (ver, del registro de esta Sala, SD Nro. 66.335 del 13/05/2014, ?Cabrera Julio Manuel c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ Diferencias de salarios?). Ante la ausencia de exhibición, y lo dispuesto por los arts. 52 incs. g) y h) y 55 de la L.C.T., corresponde presumir que son ciertas las horas extras denunciadas en el escrito de inicio, siendo la accionada quien debía producir prueba en contrario, circunstancia que no aconteció (arg. art. 377 del C.P.C.C.N.). Por lo tanto, considero procedente el reclamo de las horas extraordinarias reclamadas en el escrito inicial, esto es, 92 hs. al 50% y 636 hs. al 100% (ver fs. 8, pto. VI). Asimismo, también resultará procedente el reclamo por diferencias salariales que el apelante introduce a fs. 296 sobre la base de que ?...se encontraba registrado a tiempo parcial...?, pese a que laboraba ?turnos de 9/10 horas?. Así lo creo, por cuanto el detenido análisis de los recibos de sueldo agregados en el sobre Nro. 6353 y el de fs. 87 correspondientes a los meses de diciembre de 2009; enero y febrero de 2010, surge que Urbano, en tal período, percibió un sueldo básico de \$ 1.645, que, de estar a los informado por el perito contador (ver fs. 228, rta. 9), corresponde a una ?jornada completa?. Sin embargo, la empleadora no sólo no justificó porque razón a partir de marzo de 2010 comenzó a abonarle la remuneración de una ?jornada reducida?, sino que, lo que es más relevante aun, en oportunidad de comparecer al proceso, señaló que el ?actor laboraba en jornada reducida? (ver fs. 55vta.), pese a que, en los meses señalados, ella misma le había pagado el salario de una jornada completa. Lo expresado unido a los testimonios de Andriola (ver fs. 149/151) y Bentancour (ver fs. 191/192), los que no fueron objeto de observación alguna por parte de la empleadora, avalan la postura del recurrente. En efecto, Andriola manifestó que ?el horario del actor era rotativo, turnos de 9 hs. que podían ser de 10 hs. que habría y el horario de salida nunca se sabía...? (ver fs. 149). Por su parte, Bentancour señaló que el actor entraba ?...a las 15hs., (...) hasta las 24hs., pero siempre se iban más tarde, porque era hasta que no había más gente?, lo que pone de relieve que aquél laboraba en jornada completa de 8 hs., además de las horas extras denunciadas al inicio, aspecto sobre el que ya me he expedido. Ahora bien, para determinar la remuneración devengada por el actor tendré en cuenta que en marzo de 2010 y, luego, desde este mes a la fecha del despido -el 10/11/2010- devengó un salario básico de \$ 1.645 y \$ 2.056. A su vez, a estas sumas corresponde añadir los adicionales del CCT 389/04 (ver informe de UTHGRA de fs. 113), esto es: adicional por alimentación del 10%; adicional por asistencia perfecta (10%); adicional por complemento de servicio (12%) y adicional Capital Federal y GBA (6%), los que fueron abonados por la empresa (junto con el acuerdo salarial 2010) pero sobre un salario básico distinto, conforme surge de los recibos de sueldo. Por ello, el salario mensual devengado por Urbano ascendió a \$ 2.486,34 en marzo de 2010 y luego, a \$ 3.104,78, en el período comprendido entre abril de 2010 al distracto, con excepción de mayo, junio y septiembre que fue de \$ 2.899,18, pues en dichos meses no el actor no percibió el adicional por asistencia perfecta. Desde esta perspectiva de análisis, existe un crédito a favor del actor en concepto de diferencias salariales y SAC del primer semestre de 2010 de \$ 12.365,44 (Pesos doce mil trescientos sesenta y cinco con cuarenta y cuatro ctvos.). A su vez, cabe reconocer un crédito de \$ 2.141,76 por 92 horas extras al 50% y de \$ 19.741,44 por 636 por horas extras al 100%, lo que hace un total de \$ 21.883,20. Por consiguiente, a los fines del cálculo de los rubros que corresponde diferir a condena, tendré en cuenta que la fecha de ingreso de Urbano fue el 3/12/2009 y la de egreso el 10/11/2010 y que la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por éste

ascendió a \$ 3.104,78. Por ello, el actor será acreedor de la siguiente liquidación: 1) Indemnización por antigüedad: \$ 3.104,78; 2) Indemnización sustitutiva de preaviso más SAC: \$ 3.363,51; 3) Indemnización integración mes de despido más SAC: \$ 2.242,33; 4) Días trabajados de noviembre de 2010: \$ 562,03 5) SAC proporcional 2do. semestre de 2010: \$ 1.131,33; 6) Vacaciones proporcionales de 2010 (12 días): \$ 1.490,29; 7) Art. 2º de la ley 25.323: \$ 4.355,31; 8) Diferencias salariales: \$ 12.365,44; 9) Horas extras: \$ 21.883,20; Todo lo cual determina un total de \$ 50.498,22 (Pesos cincuenta mil cuatrocientos noventa y ocho con veintidós ctvos.); crédito que devengará intereses desde su exigibilidad hasta su total cancelación de acuerdo con la tasa de interés dispuesta por esta Cámara en el Acta 2601 del 21/05/2014 y el Acta Nro. 2630 del 27/04/2016.

En atención al nuevo resultado del litigio, corresponde dejar sin efecto lo decidido en la instancia de grado en materia de costas y honorarios (art. 279 del C.P.C.C.N.), lo que torna abstracto el tratamiento de la queja obrante a fs. 297/vta. En coherencia con lo expuesto, sugiero imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido, en tanto no encuentro mérito para apartarme del principio general de derrota que rige en la materia (art. 68 del C.P.C.C.N.). Por consiguiente, y en atención a la extensión e importancia del trabajo realizado, valor económico del litigio y pautas arancelarias de aplicación, propicio regular los honorarios del patrocinio y representación letrada de la parte actora y del demandado, Oriol S.A., por sus actuaciones en primera instancia, y el perito contador en el ...%; ...% y ...%, respectivamente, del monto total de condena -capital e intereses- (art. 38 de la L.O., 6º, 7º y conchs. de la ley 21.839, ley 24.432.; decreto ley 16.638/57). Asimismo, regúlense los honorarios de los representantes letrados intervinientes en esta Alzada en el ...% de lo que, en definitiva, les corresponda por sus labores en la instancia previa (art. 14 de la ley 21.839, ya citada).

LA DRA. GRACIELA L. CRAIG DIJO: Adhiero al voto que antecede en lo principal que decide, aunque disiento con la solución que propone mi distinguido colega en tanto, sin perjuicio de haber tenido por acreditado el cumplimiento de las horas extras denunciadas al inicio, omitió receptar su incidencia en la base de cálculo de las indemnizaciones derivadas del distracto. Digo ello, por cuanto, tal como lo sostenido en casos similares al presente (véase, mi voto, en la SD Nro. 68.486 del 28/04/2016, Martínez Cristián Marcelo c/ Alpi Asoc. Civil s/ Despido?), la congruencia es la debida correlación entre la pretensión, objeto del proceso y la resolución judicial, por lo tanto se viola dicho principio cuando estos términos no se adecuan correctamente. Podemos hablar de la existencia de una congruencia interna, que refiere al silogismo, motivación y argumentación en la sentencia y de una congruencia externa, que hace mención al pronunciamiento respecto de la pretensión de las partes. Este principio establece un límite al sentenciante para que actúe conforme a la ley asegurando la coherencia de su construcción lógica y que sus resoluciones no se constituyan en arbitrarias, cumpliendo el fin último de las mismas entre las partes en el contrato de trabajo.

Ahora bien, en el caso de marras, teniendo en cuenta que se tuvo por probado el cumplimiento por parte de Urbano las referidas horas en forma permanente y habitual, de conformidad con lo previsto por el art. 245 de la L.C.T. y considerando a su vez las facultades otorgadas por el art. 56 de la ley 18.345, corresponde tener en cuenta las mismas, adicionándolas en la base de cálculo de las indemnizaciones. Sabido es que el art. 56 de la L.O. faculta a los jueces a fallar ?ultra petita?. En efecto, esta norma prescribe específicamente que ?Los tribunales podrán fallar ?ultra petita?, supliendo la omisión del demandante. La sentencia fijará los importes de los créditos siempre que su existencia este legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto?, lo que implica que, cuando el juez o tribunal, determina la cuantía de lo adeudado en concepto de cosa demandada, no debe atenerse al cálculo inicial, sino que debe determinar el verdadero monto adeudado, pudiendo fallar por más de lo pedido, en relación con la cosa pedida, teniendo en cuenta las pruebas producidas y las disposiciones legales que resulten de aplicación. El fundamento de dicha facultad (arg. art. 56 de la L.O.) reside en los principios fundamentales que inspiran nuestra disciplina y, en especial, el principio protectorio de raíz constitucional (arg. art. 14 bis de la Ley Fundamental). Según Ernesto Krotoschin ?La jurisprudencia, por lo general, ha comprendido en el sentido que acaba de exponerse, la faculta de sentenciar ultra petita. Aplicando este, criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aun cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o que corresponde disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización en cambio, si sólo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltante para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de servicios?. Encuentro cumplidos en la causa los requisitos ineludibles por los que el juez o tribunal puede otorgar cantidades superiores o materias distintas, a saber; que aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso; que la pretensión haya quedado acreditada y probada de modo tan incuestionable que haya podido producir convicción absoluta en el juez sobre la precedencia del derecho; que la aplicación de la norma (art. 56 de la LO) que la facultad se ejerza ?pro operario? y que versen sobre derechos irrenunciables. Ello así, en virtud de la facultad ?ultra petita? referida, el Juez Laboral puede otorgar un mayor monto por indemnización por antigüedad en caso de que el actor incurra en un error al no considerar determinados rubros (incidencia de la hora extra) en la base de cálculo para las indemnizaciones procedentes. En el ?sub lite?,

quedó debidamente probado que el actor cumplía trabajo extraordinario de manera habitual y regular, por lo que sin duda la suma que le correspondía percibir por dicho concepto, integraba su remuneración y, por ende, debe considerarse su incidencia a los efectos del cálculo de la indemnización por antigüedad y demás rubros. En consecuencia, atendiendo al salario determinado en el voto que antecede (\$ 3.104,78) y la suma calculada en concepto de horas extras (8 hs. al 50% y 56 al 100% por mes), corresponde fijar la nueva base de cálculo en la suma de \$ 5.092,02 (\$ 3.104,78 remuneración mensual + \$ 1.924,48 horas suplementarias -8 hs. al 50% y 56 al 100% por mes-). En coherencia con lo expuesto, de ser compartido mi voto propongo recalcular los rubros admitidos en la instancia de origen, conforme a la nueva base de cálculo aquí establecida. Por ello, el trabajador resultará acreedor de las siguientes sumas: 1) Indemnización por antigüedad: \$ 5.029,02; 2) Indemnización sustitutiva de preaviso más SAC: \$ 5.448,10; 3) Indemnización integración mes de despido más SAC: \$ 3.632,07; 4) Días trabajados de noviembre de 2010: \$ 1.676,34; 5) SAC proporcional 2do. semestre de 2010: \$ 1.832,49; 6) Vacaciones proporcionales de 2010 (12 días): \$ 2.615,08; 7) Art. 2º de la ley 25.323: \$ 7.054,59; 8) Diferencias salariales: \$ 12.365,44; 9) Horas extras: \$ 21.883,20; Todo lo cual determina un total de \$ 61.536,33 (Pesos sesenta y un mil quinientos treinta y seis con treinta y tres ctvos.); crédito que devengará intereses desde su exigibilidad hasta su total cancelación de acuerdo con la tasa de interés dispuesta por esta Cámara en el Acta Nro. 2601 del 21/05/2014 y el Acta Nro. 2630 del 27/04/2016. MIGUEL ANGEL PIROLO DIJO: Mis distinguidos colegas coinciden en la solución que debe adoptarse con respecto a distintas cuestiones involucradas en esta causa; pero disienten en torno a la inclusión o no de las horas extra en la base de cálculo de las indemnizaciones derivadas del distracto, por lo que mi voto ha de referirse estrictamente a este punto de divergencia. En ordena ello, habida cuenta que dicho rubro reviste naturaleza salarial y de las facultades que emergen del art. 56 de la LO, adhiero a la solución propuesta por la Dra. Craig. Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la L.O.) el Tribunal RESUELVE: I) Revocar la sentencia de primera instancia y, en su mérito, condenar ORIOL S.A. a abonar al actor, MATIAS ADRIAN URBANO la suma de \$ 61.536,33 (Pesos sesenta y un mil quinientos treinta y seis con treinta y tres ctvos.); crédito que devengará intereses desde su exigibilidad hasta su total cancelación de acuerdo con la tasa de interés dispuesta por esta Cámara en el Acta 2601 del 21/05/2014 y el Acta Nro. 2630 del 27/04/2016; II) Imponer las costas de ambas instancia a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C.C.N.); III) Regular los honorarios del patrocinio y representación letrada de la parte actora y del demandado, Oriol S.A., por sus actuaciones en primera instancia, y el perito contador en el ...%; ...% y ...%, respectivamente, del monto total de condena; IV) Regular los honorarios de los representantes letrados intervinientes en esta Alzada en el ...% de lo que, en definitiva, les corresponda por sus labores en la instancia previa. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. LUIS A. RAFFAGHELLI JUEZ DE CAMARA GRACIELA L. CRAIG JUEZ DE CAMARA MIGUEL ANGEL PIROLO JUEZ DE CAMARA Correlaciones: Herrera, Aldo Mercedes c/Panificadora Panex SRL s/despido - Cám. Nac. Trab. - Sala VII - 24/04/2017 - Cita digital IUSJU016025E Acosta, Javier Walter c/Auto Generali SA s/despido - Cám. Nac. Trab. - Sala X - 01/09/2017 - Cita digital IUSJU021390E

023254E