--- En la ciudad de Trelew, a los 21 días de agosto del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo López Mesa y Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G. , I. E. c/ A. S.A. s/ Dif. de hab. e Indem. de ley”** (Expte. n° 22.848 - año: 2008) 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. 198.----------

------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó: ----------

---------- **I**.- La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda por diferencias salariales originadas en la insuficiente liquidación de horas extras laboradas y francos compensatorios no gozados, así como por diferencias en las indemnizaciones derivadas del despido; desestimó en cambio los reclamos de los agravamientos indemnizatorios previstos en los arts. 16 de la ley 25.561 -prorrogado por el art. 4 de la ley 25.972-, 1 y 2 de la ley 25.323.----------

--- Ambas partes apelaron ese fallo y fundaron sus respectivos recursos con las piezas de fs. 179/187 vta. y 188/190 vta. -que recibieran sus respectivas réplicas a fs. 192/193 vta. y 194/195-, informes donde expresaron los agravios que a continuación trataré.----------

--- **II**.- Con invocación de su anterior pronunciamiento firme en la causa n° 8.390/04 de su juzgado (Sent. n° 27/2005), el “a quo” decidió que, por aplicación del art. 225 L.C.T., la aquí demandada era responsable de la antigüedad adquirida por la trabajadora desde que ésta, aunque en calidad de empleada de la tercera contratante C. P. S.R.L., comenzara a prestar servicios en el establecimiento más tarde adquirido por A. S. A. , que en el caso habría sido en septiembre de 2001.----------

--

--- Las dos recurrentes han cuestionado tal conclusión; la demanda sosteniendo que las obligaciones laborales asumidas por el adquirente de un establecimiento, según el precepto legal indicado, son las nacidas de las

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

relaciones directas entre los trabajadores y el transferente y no las surgidas de las relaciones indirectas de ellos fijadas en el art. 29 L.C.T.; de su lado la actora afirmó, en síntesis, que la prueba arrimada al proceso demostró que el ingreso de la actora a C. P. S.R.L. lo fue en 1997, “blanqueándola” esta última empresa en 1999.----------

--- Las referidas impugnaciones de las partes no resultan sostenibles a la lumbre de la sentencia dictada en el anterior proceso citado por el juzgador de origen -“G. , J. C. y otros c/ A. S. A. s/ dif. de hab. e indem. de ley”, (Expte. 8.390, F. 97, Año 2004) del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Trelew, a la vista en este acto-, fallo que sobre dicho punto adquirió firmeza, pues aunque apelado en su día acerca de tal tópico no fueron expresados agravios por los allí recurrentes, cual surge del decisorio con que esta alzada resolviera otras quejas sí vertidas en c. 20.335 S.D.L. 25/05, voto del Dr. Manino. En ese fallo, pasado así en autoridad de cosa juzgada, se declaró que A. S.A. debe hacerse cargo de la antigüedad que los empleados de C. P. S.R.L. habían adquirido desde que, como mano de obra proveída por la última, comenzaron a desempeñarse en el establecimiento luego transferido a la anterior.-

--- Esa cosa juzgada, que puede ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa (art. 347 últ. párr. C.P.C.C.), existe en el caso, allende la ausencia de la triple identidad que exigía la doctrina clásica, superada y abandonada hace ya décadas. Cierto es que, como regla, la sentencia se pronuncia “entre las partes” (Carnelutti, “Derecho procesal...”, EJEA 1971, I-315) y no aprovecha ni perjudica a los terceros (“res inter alios iudicata, tertio neque nocet neque prodest”, expresaban los romanos), pero el adagio no tiene valor absoluto, siendo conocidos, así sea a título de excepción al mismo, los efectos reflejos o mediatos del fallo, que en ciertos casos alcanza con su eficacia no sólo a las partes, sino igualmente a los terceros. En nuestro país fue Carlos J. Colombo quien reivindicó, en lugar de esa rígida teoría de las tres identidades, la de la “identidad de controversias”, apoyándose en sólidas y claras razones: no pueden los jueces estar atados a fórmulas inflexibles que rijan la existencia o no de cosa juzgada, correspondiéndoles en cambio realizar un examen integral de las contiendas para determinar si existe entre ellas conexidad, continencia,

accesoriedad o subsidiaridad y si la jurisdicción corre el riesgo de contradecirse (“Código Procesal...”, Abeledo-Perrot 1969, II-95), fórmula que hizo camino, pues la receptó fielmente el art. 347 C.P.C.C. de la Nación al añadírsele una segunda parte a su inc. 6° mediante la ley 22.434 -con beneplácito de la mejor doctrina (confr.: Fenochietto, “Cuestiones litigiosas amparadas por la cosa juzgada”, L. L. 1.988-E-334 y sgts.)- y en nuestro ámbito provincial a través de la ley 2.203 que efectuara idéntica incorporación.----------

--- Aun cuando una persona no haya tenido intervención en el proceso anterior -aquí la actora de este nuevo pleito, que no fue parte en el precedente-, puede ella igualmente resultar alcanzada por los efectos reflejos de la sentencia que en él se dictara, en la medida que sus derechos estén vinculados a la relación jurídica objeto de ese decisorio, en virtud de conexidad, dependencia o interferencia jurídica o práctica. Si en la anterior litis se juzgó que la aquí demandada era responsable de la antigüedad acumulada por los empleados de C. P. S.R.L. desde el ingreso de ellos al establecimiento más tarde adquirido por A. S. A. , no es posible apartarse ahora de tal decisión. Es que al ser la relación jurídica sustancial juzgada en esta especie íntimamente conexa a la del pleito precedente -la actora de este nuevo proceso integró el grupo de empleados de C. P. S.R.L. suministrados a A. S. A. como mano de obra que fue a desempeñarse en el establecimiento luego transferido a la segunda empresa nombrada-, la cosa juzgada a propósito de la referida antigüedad alcanza tanto a la demandada en ambas causas, cuanto a la aquí demandante en razón de la identidad jurídica de la cuestión definida (este cuerpo, c. 14.973 S.D.C. 19/04, c. 15.672 S.D.C. 9/00, c. 21.958 S.D.L. 45/07). Recuérdese en este aspecto que “la antigua y mera *función negativa* de la cosa juzgada: la imposibilidad general de abrir nuevos procesos: *non bis in ídem*, ha sido sustituida, en los procesos modernos, por la llamada *función positiva* de la cosa juzgada, que lo que impide es que en ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado” (Guasp, “Derecho procesal civil”, 3era. ed., I-554).----------

--- La cuestión de autos se traslada entonces a establecer cuándo inició la actora su desempeño, para C. P. S.R.L. sí, pero cumpliendo tareas dentro del

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

establecimiento luego adquirido por A. S. A. El sentenciante de la anterior instancia concluyó que fue en septiembre de 2001, basándose en las testificales que cuidadosamente analizara (fs. 168 vta./169), correspondiendo destacar que tal apreciación de las testimoniales no fue materia de agravio. No es atendible la objeción de la actora en el sentido que se encuentra demostrado en la causa su trabajo para C. P. S.R.L. anterior a esa época, toda vez que ello no conmueve la circunstancia que se desempeñaba fuera del establecimiento después adquirido por la demandada. Nótese que en la previa sentencia el elemento adoptado como dirimente no fue el momento de ingreso de los trabajadores a C. P. S.R.L., sino el instante en que, como mano de obra suministrada por ésta, iniciaron su desempeño en el establecimiento comprado por A. S.A. Tal conclusión no es revisable ya por haberse arribado a ella en un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada y encontrar además sólido apoyo en la norma del art. 225 L.C.T.----------

--- Podrá algún testigo referir el ingreso de la actora a C. P. S.R.L. en 1997 (fs. 118, resp. a la preg. 8va.) y los recibos de fs. 4/6 de la documental reservada acreditar que aquella empleadora le reconocía el acceso a la labor el 1º/11/99, mas nada de ello quita que la prestación de servicios en el establecimiento transferido recién fue iniciada en septiembre de 2001.----------

--- Opino pues que este punto del decisorio atacado merece confirmación.-------

--- **III**.- Objetó la empresa demandada que el juzgador del otro grado reconociera a la actora acreedora del total de las horas extras por las que ella reclamara, haciendo a ese fin aplicación del art. 57 del C.C.T. 372/04. Argumentó esta recurrente que el reloj fichador de las entradas y salidas del personal existía, que las tarjetas y planillas horarias presentadas y que la demandante desconociera están certificadas por escribano, que la declaración jurada prestada por la trabajadora sólo crea una presunción “iuris tantum” desvirtuada en la especie por la testimonial rendida y que, de todos modos, la existencia de un convenio de compensación de débitos y créditos por horas extraordinarias de labor fue probada, resultando su validez admitida por la jurisprudencia de nuestros tribunales.----------

--- De acuerdo al expreso texto del art. 57 C.C.T. 372/04, la declaración jurada del trabajador resulta relevante ante la falta de la documentación de los horarios de labor cumplidos. Tal es precisamente el caso de autos, pues, aunque contara la demandada con el reloj fichador, las copias de las tarjetas y planillas que las suplantaran en caso de no funcionar aquél fueron desconocidas por la actora en su autenticidad (fs. 56), sin que en el curso del proceso ésta fuera acreditada. Nada cambia en ello la circunstancia que las copias presentadas las certificara un escribano, toda vez que las atestaciones del notario -puestas el 6/8/07, es decir con mucha posterioridad a los hechos a los que las tarjetas se habría referido- se limitaron a certificar que “la presente fotocopia es fiel reproducción de su original” (fs. 33/48 de la doc. res.). Por tanto, inaplicable resulta aquí el art. 993 Cód. Civ., pues el oficial público sólo dio plena fe de la fidelidad de las copias con sus originales, pero no de la veracidad de los datos consignados en estos últimos, referidos a hechos no cumplidos por el escribano ni sucedidos en presencia suya.---

--- Ausente en autos entonces documental horaria atendible, cobra relevancia la declaración jurada de la trabajadora. Constituye la misma un juramento estimatorio, especie del género de las declaraciones de parte como medios de prueba que puede entonces ser impugnada por prueba posterior (confr.: Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-18, nº 186, “l”). Mas en el subexamen no han sido colectadas probanzas hábiles para echar por tierra el tal juramento estimatorio.----------

--- En efecto, no lo perturba la declaración testifical de K. G. C. , que negara el desarrollo de labores en horas suplementarios, porque ella ingresó a la empresa sólo en octubre de 2006, de modo que no le es posible informar sobre lo acaecido en todo el período anterior (fs. 125, resps. a las grales. de la ley y a la 12da. preg.). Tampoco conmueven esa declaración jurada los dichos de J. A. Bastida, quien reconoció que la recogida de información sobre horas laboradas por el personal no la hacía él en forma directa, sino a través de la oficina de personal (fs. 126 vta., resp. a la repreg. 2da.). Igualmente inhábil a dicho fin ha sido la deposición de M. A. Sosa, visto que declaró ignorar si la actora realizó

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

horas extraordinarias que quedaran impagas y si bien dijo que la empresa las abonaba lo refirió a su caso personal, lo que veda extender la afirmación a otros trabajadores (fs. 127 vta., resps. a las pregs. 6ta. y 9na.).----------

--- Concluyo por lo expuesto que ha sido correcta la decisión del sentenciante del anterior grado en el sentido de atenerse para fijar las horas suplementarias cumplidas por la actora a la declaración jurada de ella.----------

--- Tocante al alegado convenio de compensación de débitos y créditos originados por horas extras, concuerdo con el Señor Magistrado “a quo” en que su celebración no fue acreditada. El único testigo que lo mentó fue K. G. C. (fs. 125/vta., resps. a las pregs. 13era. y 20ma.), mas, como antes indicara, dado el ingreso de esa declarante a la empresa en época tardía en relación a la debatida, a ella no le es dado suministrar información confiable acerca de lo acontecido con anterioridad. Falta de demostración la celebración del convenio de marras, es inhacedero expedirse sobre la virtualidad jurídica que, en hipótesis, él habría podido tener.----

--- **IV**.- Hemos de adentrarnos ahora en el tópico relativo a cuáles de todas esas horas han de liquidarse con recargos y el valor de éstos. En dicho aspecto la actora se agravió de que el sentenciante las limitara a las que excedieron las comprendidas en el salario garantizado del art. 87 C.C.T. 372/04. Añadió que, además, dada la continuidad y permanencia suya en relación con la demandada, ella debe ser encuadrada como personal mensualizado y no jornalizado, de modo que su salario había de calcularse de acuerdo al art. 12 “in fine” de la convención colectiva y sobre esa base obtener el valor de cada hora extra.----------

--- Liminarmente al margen dejaré la cuestión de si la actora debía ser considerada personal mensualizado de la empresa por la larga extensión temporal de su relación, ya que ese capítulo no fue propuesto a la decisión del Señor Juez de Primera Instancia al demandar, quedándole vedado entonces a la alzada el resolverlo (art. 277 C.P.C.C.). Por lo demás, señalaré, así sea a mayor abundamiento, la imposibilidad de aplicar en el caso de la actora la normativa

del art. 12, categoría 3, del C.C.T. 372/04, que rige para el personal administrativo -empleados de recepción de materia prima, de cargas, enfermeros, cuentacorrentista, empleados de depósito de materiales, pañoleros, encargados de comedor, ayudantes de chofer, encargados y supervisores de área- y no para el personal de planta de producción que, cual la demandante, se desempeñaba como filetera , enmarcada entonces en el art. 10, categoría 3 de la convención; mal puede darse un cambio de categoría sin la correlativa modificación de la función cumplida.----------

--- Donde sí acompañaré a la actora es en su crítica a la decisión del “a quo” de computar como horas extraordinarias de trabajo únicamente las cumplidas tras haber alcanzado la operaria un haber que superara el salario mensual garantizada del art. 87 C.C.T. 372/04. No es ese el esquema adoptado por la convención colectiva, que prevé la liquidación de haberes supeditada a la “carga horaria” y ajustándose a “lo estipulado en el cuadro horario del presente convenio” (art. 20, párrs. 1º y 2º), cuadro este dado por las pautas de la ley 11.544 y de la L.C.T. a las que remite el convenio en sus arts. 23, 53 y 59, refiriéndose el último párrafo de este último concretamente a los recargos porcentuales para las horas extras contemplados en la L.C.T. Pues bien, en tal aplicable marco del art. 201 L.C.T. los recargos sobre el valor del salario habitual rigen para las horas laboradas en exceso de la jornada diaria los días comunes y las trabajadas los días sábados después de las 13 hs., domingos y feriados. Esto es, que el carácter suplementario de la hora de trabajo -y con ello el recargo de valor- viene dado por el exceso sobre la jornada legal y tiempo en que esa hora fue laborada y no por la superación de un salario mínimo garantizado.----------

--- El salario mensual garantizado que el art. 87 del C.C.T. 372/04 establece importa un “piso” en los haberes del trabajador del sector, un mínimo por debajo del cual sus haberes de una mensualidad no pueden caer. Conscientes las estipulantes de esa convención colectiva de las estacionales fluctuaciones en la provisión de materia prima y su influencia en la dación de trabajo, lo instauraron para garantir a los trabajadores el ingreso menor compatible con su

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

subsistencia. Por ello, para su cómputo deben ser considerados “todos los importes nominales *que por cualquier concepto* percibiera el trabajador” (art. 87 inc. “b” cit.). Es decir que para establecer si el trabajador ha superado tal piso o no, se atiende también a los importes de las horas extras a que se hubiere hecho acreedor (“*por cualquier concepto*”), de donde se sigue que ellas han de tenerse en cuenta a fin de computar los recargos salariales no sólo una vez excedido el mínimo garantizado, sino igualmente para la conformación del mismo. De lo contrario, si las horas laboradas por debajo de la garantía se hubieran cumplido en exceso de la jornada legal ellas habrían de abonarse sin adicional alguno, solución claramente ilegal e inequitativa. Por tanto, puesto que horas suplementarias son las trabajadas por encima de la jornada legal y no las que exceden el mínimo garantido, considero que el perito contador que las liquidará en la etapa de ejecución de sentencia (art. 516 C.P.C.C.) deberá atender para establecer los recargos de valor determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C.T. 372/04 al tiempo en que fueron laboradas, no a que con ellas resultara sobrepasado o no el salario mensual garantizado del art. 87 de dicha convención.----------

--- Atinente a los valores del salario unitario por esas horas, la actora no ha expresado crítica concreta y razonada en punto al que el “a quo” determinara correspondía a la hora normal, obvia base de cálculo de los recargos porcentuales, pues ciñó sus impugnaciones a la inaplicabilidad al efecto del art. 87 del convenio colectivo y a su pretendido encuadre dentro del personal mensualizado. Por ende, el valor básico de $ 6,76 y, consecuentemente, los de $ 10,14 para las horas al 50 % y de $13,52 para las que tienen un incremento del 100 % ganaron firmeza.-------

--- **V**.- Corresponde ahora ingresar al tratamiento del agravio de la demandada relativo al reconocimiento por el juzgador del incremento salarial por francos compensatorios no gozados.----------

--- Comenzaré subrayando que la actora no acreditó haberlos dejado de disfrutar. Antes bien, las declaraciones testificales parecen indicar lo contrario

(fs. 126 vta, resp. a la preg. 16ta.; fs. 127 vta., resp. a la preg. 10ma.). Pero lo dirimente en la especie es que la trabajadora no demostró haber ejercido su derecho a tomar el franco por su propia decisión, comunicándolo formalmente a la empleadora claro está, en la semana siguiente a aquella en que hubo de otorgársele el descanso compensatorio. Es bien sabido que para que proceda el recargo por día de descanso no gozado en los términos del art. 207 L.C.T., es menester que el trabajador a quien le hubiera sido omitida la compensación resuelva por sí tomarse el franco de manera compulsiva, antes de la finalización de la semana siguiente a aquella en que debió de serle otorgado el descanso compensatorio. Caso contrario, caducará su derecho a tomarlo y no corresponderá tampoco compensarlo en dinero, toda vez que la norma procura, como finalidad higiénica, el disfrute efectivo del descanso (confr.: S.C.B.A., T. y S.S. 1993-979; C.N. Trab., sala V, s. 47.149 y 47.933, cits. en “Manuales de Jurisprudencia La ley -Ley de Contrato de Trabajo”, 2da. Ed., pág. 394).----------

--- Consecuentemente, este rubro debe ser desagregado de la condena.----------

--- **VI**.- Formuló también agravio la actora sobre la forma en que habrá de ser liquidada la indemnización prevista en el art. 245 L.C.T., indicando que a ese fin habrá de atenderse a su verdadera antigüedad y los auténticos haberes que por horas extras devengó.----------

--- Sobre la antigüedad computable al efecto ya me he expedido, inclinándome por la confirmación del decisorio en crisis que la determinó como la acumulada por la actora desde septiembre de 2001.----------

--- Atinente a los salarios devengados por horas extraordinarias, lleva razón esta apelante en su argumentación: una vez liquidados los montos que por esa labor suplementaria efectivamente devengó, a tales importes habrá de atenderse para calcular la indemnización del art. 245 L.C.T. Cuando la remuneración del trabajador despedido se compone de elementos fijos -en el caso el salario básico horario del personal jornalizado, convertido a mensual mediante la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

multiplicación por 200 horas (art. 11 del C.C.T. 372/04)- y elementos variables -en el subexamen la remuneración de las horas extras cumplidas-, antes de agregar a los primeros estos últimos debe resolverse si ellos han sido normales y habituales. Si en efecto lo fueron -cual efectivamente ocurrió en la especie con las horas extras-, sus importes se adicionarán período mensual por período mensual a los fijos; el resultado económicamente más importante es el “mejor” y representará la base del cálculo del resarcimiento (esta sala, c. 22.198 S.D.L. 46/03, c. 22.763 S.D.L. 35/08, entre otras).----------

--- Sobre esta misma cuestión la demandada hizo notar en su pieza de agravios que el tope puesto a la base de cálculo por el art. 245, párr. 2° L.C.T. no es el de $ 4.284,42 indicado por el juzgador del previo grado, que fuera establecido mediante Res. (S.T.) n° 104/06 como fruto de un acuerdo salarial al que fue extraña la empleadora, sino el de $ 2.855,91 determinado por Res. (S.T.) n° 284/04 para la zona del Chubut. Es exacto lo apuntado por esta recurrente, pues la Res. (S.T.) n° 104/06 homologó un acuerdo salarial al que arribaran el Sindicato de Trabajadores de Industrias de la Alimentación de la Provincia de Buenos Aires y la Cámara Industrial Pesquera y Afines de Necochea, fijando en consecuencia para ese ámbito subjetivo el tope de marras, que no es dado extender a otro contorno por analogía (doc. del art. 16 L.C.T.). Para nuestra zona del Chubut rige el tope establecido por el art. 2 de la Res. (S.T.) n° 284/04, que lo hiciera en relación al C.C.T. 372/04, celebrado entre la Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras.----------

--- Frente a dicho importe del tope vigente en la zona, se derrumba la argumentación mediante la cual a fs. 170 vta., párr. 2°, el “a quo” descartara el planteo de inconstitucionalidad de dicho límite máximo formulado por la actora en su demanda. Tal cuestión se actualiza hoy, ante la posible aplicabilidad de un extremo máximo a la base del cálculo indemnizatorio que podría lesionar el derecho de la actora, y debe pues ser fallada por la alzada. Ello así porque a consecuencia de la apelación del vencido y por virtud de la plena asunción de la competencia dentro de la cuestión objeto del recurso, incumbe al tribunal “ad

quem” conocer de las cuestiones oportunamente planteadas por la actora vencedora, que se vio impedida de recurrir algún aspecto del fallo por serle favorable -en el caso, la fijación de un tope alto, que convenía a sus intereses-, y que resultaren desestimadas o no consideradas en la sentencia de primera instancia (doc. del art. 277 C.P.C.C.). Si bien ha de ceñirse al punto objetado, al abordarlo tiene la cámara de apelaciones amplias facultades, iguales a las que sobre la materia asistían al “a quo”, correspondiendo ocuparse de las argumentaciones de la actora, sometidas a esta instancia a tenor del conocido principio de la apelación implícita, mecanismo equilibrador de la igualdad de las partes y protector de la defensa en juicio (esta sala, c. 19.953 S.D.L. 60/04, c. 22.110 S.D.L. 32/07, c. 22.523 S.D.L. 23/08, entre muchas).----------

--- Hemos tenido ya ocasión de expedirnos sobre tal tema. En efecto, siguiendo la enseñanza doctrinal emanada de los fallos de la Corte Suprema Nacional, declaramos que la imposición normativa de un tope para el cálculo de la indemnización por despido sin causa no es en sí misma pasible de objeción constitucional, sino que es en la concreta aplicación de dicho límite donde, “ex hypothesis”, puede llegar a producirse la lesión constitucional y ello cuando el derecho de tal jerarquía resulte suprimido o desnaturalizado al fijar el resarcimiento en una suma absurda, que signifique en la realidad la “pulverización” del contenido económico del crédito (C.S.N., D.T. 1998-A-515 y sgts.; esta sala, c. 18.409 S.D.L. 3/03).----------

--- A posteriori, el Alto Tribunal Federal precisó aún más su criterio al declarar que no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial establecida en el art. 245 párr. 1° L.C.T. para el cálculo de la indemnización sea reducida en más del 33 % por aplicación de los párrafos siguientes del mismo precepto (D. T. 2004-B-1211), doctrina que igualmente siguiera este cuerpo (c. 21.455 S.D.L. 33/06).-------

--- Pues bien, en la especie dicha pulverización del crédito no se advierte. Veamoslo así sea en un cálculo estimativo de la base de la liquidación fijada en el art. 245 párr. 1° L.C.T. Cual vengo de puntualizar, en el caso las

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

remuneraciones estuvieron compuestas por el elemento fijo salario básico horario y el elemento variable horas extras cumplidas. El básico se obtiene, de acuerdo al art. 11 del C.C.T. 372/04, multiplicando por doscientas horas el valor de hora simple que el juzgador de origen fijara en decisión firme en $ 6,56, de manera que ascendería a $ 1.312. En cuanto a las horas extras cumplidas, de la declaración jurada de la trabajadora -de cuya habilidad probatoria ya me he ocupado- surge que la mensualidad en que mayor cantidad de labor en tiempo suplementario desarrolló fue la de diciembre de 2006, con 64 horas al 50 % y 154 horas al 100%, con lo cual esa debió ser la "mejor" remuneración mensual. Si esas cantidades de horas las multiplicamos por el valor unitario de ellas -$10,14 para las al 50 % y $ 13,52 para las al 100 %, determinados por el "a quo" en decisión no atacada- arribamos a que la retribución de las horas extraordinarias alcanzaría a $ 2.731,04. Adicionado el salario básico a tal guarismo llegamos a un total de $ 4.043,04 como base de cálculo del art. 245 párr. 1° L.C.T. Restado a tal importe el 33 % de la reducción que nuestra Corte Suprema de Justicia declaró tolerable, estamos ante la suma de $ 2.708,83. En tanto el tope vigente para la actividad en el Chubut alcanza, según el art. 2 de la Res. (S.T.) n° 284/04, a $ 2.855,91 su aplicación no importaría una degradación insoportable del derecho de la trabajadora que justifique la declaración de inconstitucionalidad.----------

--- **VII**.- Quejóse la actora de la desestimación de su reclamo fundado en el art. 16 de la ley 25.561, con la modificación introducida por el art. 4 de la ley 25.972 y de acuerdo a la disposición del dec. 1.433/05.----------

--- Y a hemos tenido ocasión de expedirnos sobre esta cuestión, declarando que el agravamiento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561 -con su prórrogas y modificación del art. 4 de la ley 25.972- sólo cesó de ser aplicable a partir del 19/9/07, al entrar en vigencia el dec. 1.224/07 P.E.N. que declarara cumplida la condición resolutoria establecida por la ya citada norma del art. 4 de la ley 25.972 (esta sala, c. 22.811 S.D.L. 48/08) . Desde que el despido de autos tuvo lugar en mayo de 2007 y para entonces el agravamiento indemnizatorio regía,

la demandante resulta acreedora del mismo. El rubro debe ascender a la suma equivalente al 50 % de la indemnización establecida en el art. 245 L.C.T. (arts. 4, párr. 2° de la ley 25.972 y 1° del dec. 1433/05).----------

--- **VIII**.- Tal como señala la actora apelante en su informe de agravios, acerca del agravamiento indemnizatorio reglado en el art. 1° de la ley 25.323 no se pronunció el Señor Magistrado de la otra instancia, tocándole entonces a esta alzada suplir la omisión (art. 278 C.P.C.C.).----------

--- Tal incremento es procedente cuando al momento del despido la relación laboral no se halle registrada “o lo esté deficientemente”, según reza la norma, de manera que en esta litis el reclamo debe ser acogido. En efecto, para la época de la ruptura del vínculo la relación se hallaba registrada, pero haciendo constar a la trabajadora con una antigüedad en el empleo menor a la real, como antes he expresado. Así pues, al capital de la condena habrá de añadirse por este concepto una suma equivalente a la indemnización que sea determinada para el art. 245 L.C.T.----------

--- **IX**.- Impugnó igualmente la demandante el rechazo de su reclamo fundado en el art. 2 de la ley 25.323, sosteniendo que, contra lo argumentado por el sentenciante de origen, la norma no requiere para su aplicación que el empleador haya dejado de abonar en su totalidad las indemnizaciones derivadas del despido, bastando para tornar procedente el incremento de ellas que no haya pagado exactamente lo que correspondía.----------

--- En mi concepto, la decisión desestimatoria debe ser confirmada, aunque por distinto motivo al vertido por el “a quo”, cual es facultad de la alzada hacer, pues que el tribunal de apelación resuelva un punto en sentido idéntico pero con fundamentos diferentes a los del fallo del anterior grado, sólo supone el ejercicio por los jueces de la causa de la facultad que les incumbe de determinar y aplicar el derecho que la rige, en tanto no se alteren los presupuestos fácticos (art. 271 últ. párr. C.P.C.C., su doc.; confr.: C.S.N., L.L. 149-411; esta sala, c.

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

20.839 S.D.C. 5/06, c. 21.548 S.D.L. 42/06, c. 22.110 S.D.L. 32/07).----------

---

--- Nótese que el precepto tiene por supuesto de aplicación que “el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones” y en el subexamen la realización de tal requerimiento fehaciente no fue acreditada.-

--- Cierto es que a fs. 8 vta. aseveró la actora haber reclamado, mas sin identificar siquiera porqué medio de comunicación y sin que tampoco aparezca la intimación en la única carta documento dirigida a su adversaria cuya copia acompañara. Al afirmar haber reclamado la actora no hizo sino *alegar*, esto es, cual enseñara Guasp, introducir al proceso un dato fáctico, que para convertirse en material lógico de construcción de la sentencia debía pasar primero por la depuración que supone su prueba (opus cit., I-312/313). Los datos fácticos necesitan ser probados para que adquieran relevancia, ya que la sentencia debe basarse, como regla, en la prueba y no en la alegación, es decir, en los hechos comprobados de la causa (arts. 360, 386 C.P.C.C.); alegar y no probar se torna inhacedero, porque quien afirma soporta la carga de probar su aseveración (art. 377 íd.) y el incumplimiento de ella supone soportar el riesgo de dejar indemostrado el hecho afirmado, por aquello de que la carga de la prueba no es más que “la repartición del riesgo de la falta de prueba” (Carnelutti, “Lezioni...”, ed. 1933, II-346).----------

--- Puesto que la intimación fehaciente -esto es, que haga plena fe en juicio- es requisito de procedencia del incremento indemnizatorio en cuestión, su inconcurrencia en la especie determina la frustración del reclamo.----------

--- **X**.- Objetó la actora que el pronunciamiento atacado no incluyera la condena a entregar nueva certificación de servicios ni ordenara comunicar a la A.F.I.P. los aportes previsionales evadidos. Ninguna de las dos observaciones es aceptable.-

--- La primera de ellas, porque la expedición de un nuevo certificado de servicios no fue un reclamo actoral incluido en la demanda. Mal pudo pues el sentenciante del previo grado ocuparse de una reclamación que la demandante

no había formulado, so pena de violar el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 330 incs. 3º y 6º C.P.C.C.) y mal puede hoy la cámara dirimir ese capítulo no planteado en su ocasión (art. 277 C.P.C.C.).----------

--- La segunda, porque la comunicación a la A.F.I.P. prevista en el art. 15 párr. 2º L.C.T. -agregado por el art. 44 de la ley 25.345- fue establecida por el legislador para el supuesto de celebración de acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios homologados, caso que no es el de autos.----------

--- **XI**.- Por las consideraciones expuestas entiendo que la sentencia apelada debe ser revocada en cuanto a: 1) el cálculo de las diferencias en las remuneraciones de horas extraordinarias de labor; 2) el modo de liquidar la indemnización por antigüedad; 3) el acogimiento del reclamo por francos compensatorios no gozados, que ha de desestimarse; 4) el rechazo de las reclamaciones de los agravamientos indemnizatorios establecidos en los arts. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones y 1º de la ley 25.323, las que deben prosperar.----------

--- Corresponde en cambio confirmar el fallo en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

--- Dado que la complejidad de la liquidación de los distintos rubros de la condena fuerza a diferir su práctica para la etapa de ejecución de sentencia con intervención de un perito contador (art. 516 C.P.C.C.), aprecio imprescindible fijar al experto pautas concretas y claras para llevar a cabo su tarea. A mi ver, ellas deberán ser las siguientes:----------

--- A) Establecer la diferencias insolutas existentes entre las remuneraciones por horas suplementarias abonadas a la actora y las que surjan de liquidarlas nuevamente, atendiendo a la cantidad de horas extras descriptas en los cuadros de fs. 13/35 con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C.T. 372/04, fijándose el valor de las horas extraordinarias al 50 % en $

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

10,14 y el de las horas extras al 100 % en $ 13,52.----------

--- B) Determinar la diferencia impaga en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., atendiendo a una antigüedad de la trabajadora en el empleo de seis años y ocho meses y estableciendo como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada entre mayo de 2006 y mayo de 2007, según los parámetros que he indicado en el considerando VI de este voto, mas sin superar el tope legal que allí mismo he consignado.---------- C) Determinar igualmente las diferencias insolutas que puedan existir entre los importes abonados por indemnización sustitutiva del preaviso omitido y su integración, s.a.c. y vacaciones proporcionales, y los que correspondieran según los arts. 123, 156, 232 y 233 L.C.T.----------

--- D) Establecer el monto del incremento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, que habrá de equivaler al 50 % de la indemnización del art. 245 L.C.T.-

--- E) Determinar el importe del agravamiento indemnizatorio del art. 1º de la ley 25.323, que deberá equivaler al total de la indemnización del art. 245 L.C.T.-----

--- Por imperio del art. 279 C.P.C.C. corresponderá adecuar a este decisorio la condena en costas pronunciada en la anterior instancia, lo que torna cuestión abstracta, de aquellas que los jueces no han de decidir por falta de actualidad (doc. del art. 242 C.P.C.C.), la propuesta por la demandada apelante con el último de sus agravios (fs. 190 vta.).----------

--- En autos la actora resultó triunfante en siete de las pretensiones de las nueve que acumulara -la salarial por horas extraordinarias y las indemnizatorias fundadas en los arts. 245, 232, 123 y 156 L.C.T., 16 de la ley 25.561 y 1º de la ley 25.323- y vencida en las dos restantes -las relativas a francos compensatorios no gozados y a el incremento resarcitorio del art. 2 de la ley 25.323-, de modo que quedó delineado un vencimiento parcial y mutuo. En la prudencial distribución de las costas a que da lugar el mismo (art. 71 C.P.C.C.) no debe imperar un criterio puramente aritmético, aherrojado por la suma

dineraria reclamada en la demanda y el monto de la condena. Ha de resolverse en cambio esa cuestión con un enfoque global del resultado del litigio y valorar las costas con criterio jurídico, cual tantas veces declarara nuestro Superior Tribunal de Justicia (S.D. 7/91, 47/92, 57/92, 3/93, 9/96, entre otras), en el que pesa tanto la entidad económica de cada una las pretensiones acumuladas como el número de ellas que progresan o son rechazadas. Opino que el balance final del litigio, sopesadas las cuestiones articuladas por su importancia jurídica y contenido cuantitativo, conduce a distribuir las costas motivadas por el trámite de las pretensiones deducidas imponiéndolas a la demandada en un 80 % y a la actora en un 20 %.----------

--- Corresponde igualmente fijar los honorarios por las labores profesionales de la anterior instancia y vista la extensión, calidad, eficacia de las mismas, así como los caracteres en que fueran desarrolladas, propongo establecerlas en favor de los Dres. H. A. A. , D. F. P. y D. G. L. en las sumas respectivas equivalentes al 19,20 %, al 11,80 % y al 4,10 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (arts. 6, 7, 9, 13, 19, 47 del dec.-ley 2.200).----------
--

--- Tocante a las costas de segunda instancia, la actora logra triunfar en cuatro de sus siete agravios, mientras que la demandada resulta derrotada en cuatro de los cinco que de su lago expresara. También aquí pues acaece un vencimiento parcial y mutuo y sopesando tanto el número de impugnaciones que progresan y son desestimadas, cuanto el contenido patrimonial de ellas, considero que las costas de esta instancia deben distribuirse de modo idéntico a las de la instancia anterior (art. 71 C.P.C.C.).----------
----

--- En lo que atañe a los emolumentos por los trabajos profesionales de alzada, por aplicación de las mismas pautas apreciativas ya indicadas, propicio regular los honorarios de los Dres. H. A. A. , D. F. P. y D. G. L. en las sumas respectivas equivalentes al 5,80 %, al 3,20 % y al 1,15 % del antes mentado monto del proceso (arts. cits. de la normativa arancelaria y su igual nº 14).-------
----

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- Me pronuncio pues en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.-

--- **A LA PRIMERA CUESTION**, el Señor Juez Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo: ----------

--- Que a fs. 2/12vta. se presenta el Dr. H. A. A. en nombre y representación de la Sra. I. E. G. , iniciando demanda contra A. S.A., por cobro de la suma de PESOS CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA CON QUINCE CENTAVOS ($ 197.580,15), con más sus intereses y costas.---------- Manifiesta la reclamante que comenzó a trabajar a las órdenes de C. P. S.R.L. en noviembre de 1997, cumpliendo funciones de filetera. Que primero lo hizo en Trelew, siendo trasladada luego al Puerto de Rawson y que recién en 1999 se registró la relación laboral. Aclara que la mayoría de los trabajadores previo a ser registrados por A. S.A. permanecieron como empleados dependientes de C. P. S.R.L., que era una “prestadora de servicios”. Sigue diciendo que A. S.A. absorbió el personal de C. P. S.R.L. sin que variaran en nada sus funciones ni su lugar de trabajo; alega que, simplemente, a fines de 2003 cambió de empleador “en el recibo”.---------- Prosigue el relato indicando que en el mes de noviembre de 2003 su empleadora comenzó a liquidarle los haberes a nombre de A. S.A. pero con dos irregularidades: una en la fecha de ingreso y otra en el pago incorrecto del concepto horas extras. Refiere que muchos de sus compañeros reclamaron judicialmente por la incorrecta liquidación de sus horas extras y obtuvieron sentencia favorable. Aduce que en forma sorpresiva el día 8 de mayo de 2007 la empresa bajo la excusa de “reestructuración” la despide, colocándose dicha situación dentro del marco legal del despido sin justa causa por parte de la empleadora. Practica liquidación, funda en derecho, ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda, con costas.---------- ------- Que corrido traslado de la demanda, a fs. 49/53 se presenta el Dr. D. G. L. con el patrocinio letrado de la Dra. D. P. , en representación de A. S.A., procediendo a contestar la demanda. Luego de negar los hechos alegados por su contraria, manifiesta que la actora ingresó a laborar en relación de dependencia de A. S.A. el 5 de diciembre de 2003, habiendo prestado tareas, inicialmente

bajo la modalidad de trabajo por temporada y con posterioridad al año 2005, bajo la modalidad de trabajo por tiempo indeterminado, hasta su despido el 3 de mayo del año 2007.---------- Indica que la actora era empleada del sector de fileteado y clasificado, encuadrada dentro de la categoría 3 jornalizada del CCT de la actividad, desarrollando tareas propias de su grado convencional y percibiendo por sus servicios la remuneración que sucesivamente fue imponiendo la normativa. Indica que su representada adquiere el inmueble donde se asentaría la nueva planta de procesamiento en la ciudad de Rawson, recién en el año 2003. Afirma que resultan ajenas a esa parte las circunstancias que describe la actora como acontecidas en una supuesta relación laboral con la firma C. P. S.R.L., desarrollada con anterioridad a su contratación; más aún cuando la actora no demanda a quien denuncia como empleadora primaria. Y que la actora pretende una impropia liquidación de francos compensatorios no gozados insinuando que no prestó tareas en tiempo ordinario y extraordinario en período en que la planta de procesamiento estuvo cerrada por inexistencia de materia prima.---------- En lo tocante a la extensión de la jornada diaria de labor manifiesta que la planta desarrolla un trabajo zafrero en coincidencia con la duración de la temporada de pesca de la denominada “flota amarilla” y “flota artesanal” y que, dentro de la temporada, la jornada de labor normal y habitual era de 48 horas semanales sin involucrar la realización de horario extraordinario. En relación a la liquidación de francos compensatorios expone que, más allá que la planilla diaria de prestación evidencia la existencia de descansos de la trabajadora en la semana que eventualmente prestó tareas en horario inhábil, cualquier supuesta diferencia no puede ser relacionada dinerariamente en este estadio, pues implica desnaturalizar el instituto higiénico del franco. Funda en derecho, ofrece prueba y solicita el rechazo del reclamo, con costas.---------- Que abierta la causa a prueba a fs. 60 y vta. y producidas las que informa la actuaria a fs. 143, se pusieron los autos para alegar, haciendo uso de ese derecho ambas partes, llamándose a fs. 164 autos para sentencia, y dictándose la sentencia de mérito a fs. 166/171vta. de autos.---------- Que la sentencia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

actora en contra de A. S.A., quedando librado el resultado económico a la prueba pericial contable a realizarse en etapa de ejecución de sentencia, con costas a cargo de la vencida respecto a lo que resulte del punto I y por su orden sobre la porción del reclamo que fuera desestimado quedando su determinación también deferida a la etapa de ejecución de sentencia.---------- El Sr. Juez de grado resolvió en dicha sentencia que “es la demandada A. S.A. quien debe hacerse cargo de la antigüedad que la demandante poseía con anterioridad a su fecha de registración con la demandada. Ahora bien, contrariamente a lo dicho por la demandante en el alegato de bien probado entiendo que la fecha de inicio que ha quedado realmente acreditada no pude ser otra mas que el mes de septiembre de 2001, ese mes más o menos es el momento que los testigos referencian como el de inicio de la relación de empleo de G. con C. P. resultando, esta última proveedora -aparentemente desde ese tiempo en exclusividad- de la mano de obra utilizada por A. S.A.”. -------- En apoyo de su decisión, sostuvo el a quo que “El testigo Rodrigo Ayilef -fs. 118- dice que el entró en septiembre de 2001 a trabajar y que G. entró en la misma fecha. Juan Alberto Bastida -fs. 126- dice que G. tiene que haber estado desde los orígenes trabajando refiriéndose con ello al año 2001, fin del 2001.Julio Alberto Sosa cuya declaración obra a fs. 140 dice que C. P. era una empresa de servicios, que hacían la mano de obra de A. S.A., que comenzaron en octubre/noviembre de 2001 y terminaron a fines de 2002 principios de 2003; que eran exclusividad de A. S.A., que trabajaban solamente para A. -se entiende que se refiere a ese período-; que cree que G. entró en la primera temporada que fue noviembre de 2001”.---------- Siguió diciendo el juez de instancia que “Se advierte y puede concluirse, que si bien G. pudo haber trabajado para C. P. con anterioridad al mes de octubre de 2001 es de tener en cuenta que esa empresa brindó mano de obra exclusivamente para la demandada sólo a partir de fines de 2001 -según ha sido acreditado-, siendo ello así, estimo justo que ésta sea la fecha o momento límite sobre el cual A. deba hacerse cargo de la responsabilidad que le compete respecto a la antigüedad, pues antes de ese momento no me ha quedado en claro la relación o vinculación que pueda haber existido entre G. - C. P. y A. como para extenderlo más allá de octubre de 2001.ASI LO DECLARO”.----------

---------- Luego expuso que “Superado el tema de la fecha de inicio del vínculo me adentraré a tratar la cuestión del salario garantizado, luego de un análisis minucioso de las disposiciones convencionales es que entiendo que éste debe absorber o absorbe hasta su concurrencia cualquier acreencia que pueda resultar a favor de la trabajadora, en otras palabras, determina esa remuneración un mínimo que debe ser respetado, se trabaje 1 o 30 o lo que sea hasta llegar con su equivalente a ese importe, a partir de ese momento o tope se computará el excedente, de lo contrario implicaría un calculo de manera errónea, tal como se realiza en la demanda donde se tomó un salario garantizado -mayor al que correspondía- compensándolo sólo con las horas normales, el cálculo que aparentemente es efectuado en la liquidación practicada en la demanda se basa en multiplicar por 200 -horas- el salario horario -$ 8,35-, pues si se observa el resultado da $ 1.670,00 o lo que es igual la suma de $ 1.391,5 más $ 278,30 = $ 1.669,80; calcula el trabajador toda hora extra o franco compensatorio por fuera del salario garantizado, entiendo que ese calculo no resulta correcto ni justo. En realidad el salario garantizado para el período trabajado y para la categoría de G. era de $ 987,60 -incluido el adicional por zona desfavorable-, si dividimos a ese monto por el valor horario establecido para las escalas salariales del CCT 372/04 -$ 6,76 para la categoría 3 zona y presentismo incluidos- nos da la cantidad 146 -horas- a partir de allí se consideraran los importes que correspondan como hora normal, al 50 o al 100 %”.---------- Siguió diciendo que “El texto de la norma convencional resulta claro, pues determina en su art. 87 inc. b que: *“Para el cómputo del pago garantizado se considerarán todos los importes nominales que por cualquier concepto percibiera el trabajador durante todo el mes o la quincena, según el caso, a excepción del salario familiar”*. Desde este último punto de vista la demandada -en este sentido- liquidó correctamente los salarios, pues computó el salario garantizado para luego y una vez superado éste abonar los importes por horas trabajadas arribando así al total abonado. Por otro lado, la reclamante ha tomado un valor horario superior a aquel que da cuenta las escalas salariales determinadas para el sector pues, para la Categoría 3 el valor horario incluido los adicionales por zona desfavorable y presentismo incluido asciende a $ 6,76. Se advierte con facilidad que en su liquidación tomó un valor

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

horario de $ 8,35, conforme lo dicho en el párrafo anterior, también aquí surgen diferencias en los cálculos con aquellos que fueron efectuados formando parte del escrito de demanda”.---------- Luego indicó el a quo que “En cuanto a la cantidad de horas que se dice trabajada es de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 57 del convenio aplicable a la actividad, el que dispone la obligatoriedad de que todo establecimiento tenga a la vista del personal un reloj de pared y un fichero. Que este último contenga una tarjeta por cada trabajador donde se registrara la hora de entrada y salida del establecimiento. Establece la norma además que esas fichas podrán ser controladas por la Organización Sindical cuando lo crea conveniente y que falta de tal documentación y comprobación de los horarios se estará al juramento del trabajador si reclamara salarios por trabajos complementarios o suplementarios, indicando que lo que resulte de tales tarjetas deberá tener estricta correlación con los recibos de pagos y toda otra documentación laboral, debiendo dicha tarjeta ser firmada por el trabajador al final de cada quincena. Presentadas las mismas por la empresa, la parte demandante negó su autenticidad en oportunidad del traslado que fuera conferido conforme surge de fs. 56, de tal manera no pueden ser consideradas por el suscripto a los fines probatorios, máxime si se tiene en cuenta que se trata de copias fotoestáticas no alterando en nada lo dicho el hecho de que hayan sido certificadas por ante escribano. Haciendo aplicación de lo establecido en el artículo de referencia es que se estará al juramento prestado por la trabajadora en el escrito de demanda, sin embargo para su liquidación se deberán tener en cuenta las pautas determinadas y ya fijadas respecto al salario garantizado, la manera en que debe ser calculado el trabajo que exceda el importe fijado para este concepto y el valor horario. Tampoco ha demostrado la demandada que haya existido el convenio de debitos y créditos mediante los cuales se compensaban las horas trabajadas conforme surge de las declaraciones testimoniales de K. G. C. -fs. 125. Así las cosas habrá de determinarse, una vez firme esta sentencia, mediante la realización de la prueba pericial contable si existen diferencias a favor de la reclamante teniendo en cuenta que el valor horario de un empleado jornalizado por todo el período reclamado en demanda era de $ 6,76 -integrado este importe con el adicional por zona desfavorable y presentismo, conforme lo

determina el art. 21 del convenio-, que el valor hora extra al 50 % ascendía a $ 10,14 y al 100 % a $ 13,52 y que el salario garantizado había sido fijado en $ 987,60 para la Categoría 3, categoría ésta detentada por la demandante. Deberá considerarse a los fines de llevar adelante la pericial contable como hecho cierto que las horas efectivamente trabajadas resultan ser las que da cuenta el Anexo I de la demanda".----------

------- De ello extrajo el juez apelado como colofón que "...la base resultará siempre el importe del salario garantizado -$ 987,60- calculándose a partir de allí y hasta las 176 como horas normales, luego se liquidarán como extra al 50 o al 100 % siempre que estas últimas hayan sido trabajadas luego de las 13 horas del día sábado y hasta las 24 del día domingo -art. 64 CCT 372/04- o como franco compensatorio en caso que así deba ser liquidado, deberá asimismo tener en cuenta el experto lo dispuesto en el art. 54 del convenio; obtenido ese resultado el perito lo cotejará con lo efectivamente percibido en cada período por el trabajador dejando de lado sólo lo cobrado -en caso que así haya sido- por asignaciones familiares-, de tal manera se obtendrán las diferencias -si las hubiere- a favor de la demandante. Vale señalar que ha sido planteada la inconstitucionalidad del tope establecido respecto a la indemnización prevista en el art. 245 de la L.C.T., debo decir respecto a ello que a ojo de buen cubero y en una hipótesis de máxima el cálculo al que el perito contador habrá de arribar para tomar el monto base para obtener la indemnización que por el despido debió abonarse no superará el tope establecido para el sector, el que conforme veo en Errepar on line asciende a $ 4.284,42 a la época de la disolución contractual, de tal manera es que corresponde desestimar la cuestión constitucional invocada pues no se ha provocado lesión alguna al demandante que afecte un derecho constitucionalmente protegido. ASI LO DECLARO".---------- Luego, en cuando al incremento indemnizatorio previsto en el art. 16 de la ley 25.561 -art. 4 de la ley 25.972- dispuso el a quo su desestimación, "pues el despido se produjo en el mes de abril de 2007, así las cosas y como ya lo dejara sentado en la sentencia nº 55/08 dictada en los autos "Singler, Raúl c. Sociedad Anónima Importadora Exportadora de la Patagonia S/Indem. de Ley" (Expte. Nº 9530 - Año 2007 - Letra 9530), oportunidad en que dijera que "...ninguna duda deja el

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

texto legal al establecer que se prorroga la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la Ley N° 25.561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) resulte inferior al DIEZ POR CIENTO (10%), pues como lo indica el fallo citado en el párrafo anterior la condición para que la norma pierda vigencia es que el índice de desocupación resulte inferior al 10%, de ahí que entiendo de manera automática al encontrarse el mismo por debajo a ese guarismo la disposición legal y por tanto el incremento indemnizatorio no debe ser aplicado". Por tal razón es que considero no cabe adentrarme a verificar si la fecha de inicio o comienzo de la relación fue posterior al 1 de enero de 2003 y si ello significó un aumento de la planta de personal de la demandada, pues el rechazo se presenta por la falta de operatividad de la norma una vez cumplida la condición en ella establecida - índice de desempleo menor al 10 %. ASI LO DECLARO".---------- Luego, en cuanto a la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, el juez de grado estimó que "más allá de las eventuales diferencias que pudieran surgir entre lo abonado en concepto de indemnizaciones y lo que se debería haber pagado lo cierto es que la demandada pagó conforme lo que el demandante venía percibiendo, produjo el despido de acuerdo a la facultad que la ley le otorga y desinteresó a su dependiente, de tal manera es que considero que no resulta justo imponer a A. S.A. el pago de la sanción determinada en el art. de marras, razón por la cual este rubro, con independencia del resultado final al que se arribe luego de practicarse la pericial contable será desestimado. ASI LO DECLARO".------ Y aclaró que "el argumento propuesto por la defensa en punto a que los francos compensatorios no pueden ser compensados en dinero resulta desde mi modo de ver relativo, pues si además de no gozar del correspondiente descanso no cobra una compensación se produciría un enriquecimiento sin causa de lado de la parte empleadora que se benefició con el trabajo de su dependiente en detrimento y a costa de la salud física, psíquica y económica de éste, la lógica me impone que adopte la solución ya adelantada. ASI LO DECLARO".---------- Y expresó finalmente en cuanto a las costas y honorarios que estimaba justo "que los mismo sean íntegramente soportados por la parte demandada y sobre el importe que resulte

de la liquidación finalmente a practicarse en la etapa procesal oportuna, conforme las pautas habituales fijadas en cuanto a porcentajes por este Juzgado.Respecto a la porción del reclamo que fuera desestimado -art. 16 ley 25.561 y art. 2 ley 25.323-, al haber sido el mismo producto de un control efectuado por el suscripto y más que nada respecto a un tema novedoso y altamente opinable considero que las costas deberán ser soportadas en el orden causado, ninguna duda guardo en punto a que esta decisión resulta justa en el marco debatido en esta litis".----------

---------- Que contra dicha sentencia dedujeron sendos recursos de apelación, la actora a fs. 173 y la demandada a fs. 177, siendo concedidos los mismos a fs. 174 y 178, respectivamente, y sostenidos a fs. 179/187vta. y fs. 188/190vta.---------- Agravia a la actora que la sentencia de grado haya mandado realizar una pericia contable en etapa de ejecución de sentencia para determinar el monto por el que progresa la acción. Aduce que el a quo no ha dado todas las pautas necesarias para que un perito liquide el crédito de su parte, porque no ha dicho nada sobre diversos puntos debatidos en autos. Cuestiona el salario garantizado tomado como base por el a quo y el límite de horas extras considerado por éste. Impugna el recorte de la antigüedad de la actora al año 2001, indicando que corresponde retrotraerlo a 1997. Dice que la fecha de 2001 considerada es un dislate, porque o el derecho de la trabajadora contra A. S.A. surgió en 1997 o en 2003. Afirma que el ingreso "furtivo" de la trabajadora a A. S.A. no fue inocente sino fraudulento. Invoca jurisprudencia de esta Cámara y del Máximo Tribunal de la Provincia. Reclama la aplicación de la multa de los arts. 1 y 2 de la ley 25323 y considera plenamente procedente en autos la multa del art. 16 de la ley 25561. Alega que no procedía dejar sin efecto el incremento indemnizatorio establecido por dicha norma de modo automático, y tilda de falsos a los índices del INDEC. Hace "reserva de casación" y reserva caso federal y solicita se revoque la sentencia apelada.------

---

--- Corrido traslado de dichos agravios a la demandada, ésta los contesta a fs. 192/193vta.----------

--- --- Se agravia la accionada del serio déficit de motivación y de la inadecuada fundamentación que –dice- padece la sentencia apelada. A su vez,

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

también imputa al juzgador de grado una apreciación laxa de las testimoniales colectadas en esta causa. Se agravia también la accionada de que se imputa a su parte las obligaciones de empleadores anteriores de la actora, y de que se le hayan concedido el total de horas extras que reclamó, aunque a un valor menor al esgrimido por ella. Indica que no es imputable a su parte que el reloj de control de ingreso no funcionara, porque no ha podido conseguir relojeros que asistan al puerto a repararlo. Cuestiona luego el tope considerado por el juez a quo, exponiendo que resulta inaplicable al caso por ser aplicable en la Provincia de Buenos Aires, mientras que aquí el tope aplicable es de $ 2855,91, que surge de la resolución ST 284/04. Impugna también la asignación de costas a su parte, afirmando que deben distribuirse de acuerdo al progreso del reclamo. Solicita la revocación de la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia de agravios, con costas.---------- Corrido traslado de dichos agravios a la actora, ésta los contesta a fs. 194/195.--

--- Ingresando al tratamiento de las apelaciones deducidas contra la sentencia de grado, comenzaré por analizar la cuestión de la antigüedad de la trabajadora al servicio de la demandada, analizando si la decisión de grado en este aspecto es sostenible o padece los graves vicios que le endilga la actora.---------- El Sr, Juez a quo esgrime un anterior pronunciamiento suyo en la causa n° 8.390/04 de su juzgado (Sent. n° 27/2005), en relación al tema de la antigüedad de la actora y quien debe hacerse cargo de ella. Dice textualmente al respecto el juez de grado que “el tema de C. P. - A. S.A. quedó resuelto en sentencia nº 27/2005 dictada en los autos nº 8390/04 habiendo adquirido firmeza en lo que al punto en concreto resulta de interés por falta de apelación de la parte demandada, pero útil resulta recordar aquí que en aquella oportunidad dijera que : “En concreto fuera L. S.A. o C. P. S.R.L. y siempre dentro de la hipótesis al adquirir la propiedad A. S.A en mayo de 2002 los demandantes ya se encontraban trabajando y por lo dispuesto en el art. 225 de la L.C.T. la accionada resulta responsable por la antigüedad adquirida por los trabajadores al tiempo de la transferencia, siendo ésta la razón por la cual es responsable directo de las obligaciones que como empleador le competían”.---------- Luego indica que “Distintos tribunales del país han entendido que: “El cambio de denominación del sujeto empleador torna aplicable lo previsto en los

arts. 29 y 225 de la ley de contrato de trabajo (DT, t.o. 1976-238) en cuanto el primero establece que los trabajadores contratados por terceros serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación, y el segundo establece que en caso de transferencia del establecimiento, el contrato de trabajo debe continuar con el adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se derivan" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III • 09/06/2004 • Pavka, María L. c. Atento Argentina S.A. • DT 2004(octubre), 1392)... Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV • 22/02/2001 • Fontes, Hugo M. y otro c. Consorcio Conexim S.R.L. y otros • DT 2002-A, 301 - JA 2001-IV, 223 - ED 192, 514) "Si se acredita que hubo una continuidad en la explotación del establecimiento, entendido éste como la unidad técnica o de ejecución que describe el art. 6° de la ley de contrato de trabajo (DT, 1974-805, t. o. 1976-238), y que entre ambos empleadores se operó una transferencia del mismo en los términos del art. 225 de la ley de contrato de trabajo, la sucesora debe respetar la antigüedad adquirida por sus dependientes bajo las órdenes de la transmitente"... Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII • 14/10/1998 • Sanabria, Marcos N. y otro c. Promatex S. A • DT 1999-A, 692). "El artículo 225 de la ley de contrato de trabajo (DT, 1976238) regula las consecuencias de la transferencia o cesión de un establecimiento (unidad técnica o de producción, art. 6º, ley de contrato de trabajo), sobre los contratos de trabajo en ejecución al tiempo de producirse, que continúan con el adquirente quien asume, entre otras cargas, la responsabilidad solidaria con el transmitente por los créditos existentes al tiempo de la cesión...Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII • 23/10/1997 • Rein, Myriam J. c. Farmacia Av. de Mayo 1102 S. C. S. y otro). Si la ruptura del contrato de trabajo se produjo con posterioridad a la transferencia del fondo de comercio y por una causa distinta (el enlace de la trabajadora), sólo resulta responsable por las indemnizaciones emergentes de dicha ruptura quien decidió la misma, es decir, el nuevo empleador pues, por aplicación de lo normado en el art. 225 de la ley de contrato de trabajo (DT, 1976-238), la solidaridad sólo abarca los créditos devengados a favor del trabajador hasta el momento de la transmisión del establecimiento, incluyendo los derivados de la denuncia del contrato de

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

trabajo a raíz de la injuria que le puede provocar al trabajador dicha transmisión, pero no comprende las deudas devengadas con posterioridad, salvo el caso de fraude laboral (art. 14, ley citada)".---- Sigue diciendo sobre este punto el juez de grado que "se decidió allí que el momento a considerar como de inicio del vínculo era aquel en el cual los trabajadores habían comenzado a prestar labores en Costas, pues tanto el espacio físico como las maquinarias y demás enseres que hacían a la explotación industrial eran propiedad de A. lo que indicaba que desde mi punto de vista la empleadora no resultará otra más que esta última, es más ésta también proveía -ello con lógica razón- la materia prima para ser procesada". Y concluye que "Por los argumentos que he vertido en los párrafos anteriores y encontrando los mismos apoyo en las citas jurisprudenciales precedentemente efectuadas y tal como lo adelantara, es la demandada A. S.A. quien debe hacerse cargo de la antigüedad que la demandante poseía con anterioridad a su fecha de registración con la demandada. Ahora bien, contrariamente a lo dicho por la demandante en el alegato de bien probado entiendo que la fecha de inicio que ha quedado realmente acreditada no pude ser otra mas que el mes de septiembre de 2001, ese mes más o menos es el momento que los testigos referencian como el de inicio de la relación de empleo de G. con C. P. resultando, esta última proveedora -aparentemente desde ese tiempo en exclusividad- de la mano de obra utilizada por A. S.A.".---------- El juzgador de instancia echa mano a la sentencia dictada en la causa "G. , J. C. y otros c/ A. S. A. s/ dif. de hab. e indem. de ley", (Expte. 8.390, F. 97, Año 2004) del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Trelew), que he tenido a la vista al momento de votar, haciéndola valer en estas actuaciones para decidir que, por aplicación del art. 225 L.C.T., la aquí demandada era responsable de la antigüedad adquirida por la trabajadora desde que ésta, aunque en calidad de empleada de la tercera contratante C. P. S.R.L., comenzara a prestar servicios en el establecimiento más tarde adquirido por A. S. A., que en el caso habría sido en septiembre de 2001.---------- Ambos recurrentes impugnan esa conclusión: 1) la demandada sosteniendo que las obligaciones laborales asumidas por el adquirente de un establecimiento, según el precepto legal indicado, son aquellas nacidas de las relaciones directas

entre los trabajadores y el transferente y no las emanadas de las relaciones indirectas de ellos fijadas en el art. 29 L.C. T.; 2) la actora pretendiendo hacerse fuerte en la prueba arrimada al proceso para demostrar que su ingreso a C. P. S.R.L. se produjo en 1997, "blanqueándola" esta última empresa en 1999, con lo que cuestiona la fecha de corte de 2001, tildándola de “dislate”.---------- El caso es que vistas las constancias de la causa caratulada "G. , J. C. y otros c/ A. S. A.”, ya referida, que fuera requerida por esta Cámara y en este acto tengo a la vista, ambas impugnaciones de las partes no resultan inacogibles, por cuanto la sentencia dictada en dicho proceso ha adquirido firmeza en este punto; es que, la cuestión de la responsabilidad de A. SA por acreencias reclamables a C. P. SRL no fue materia de cuestionamiento por los apelantes en su momento y esta Cámara no tuvo entonces oportunidad de expresarse sobre él en el fallo dictado por esta Sala y registrado como S.D.L. 25/05, con primer voto del Dr. Manino.---------- De tal modo, coincido con lo propuesto por el Dr. Velázquez en su voto sobre que este aspecto de la cuestión ha sido materia de un pronunciamiento que ha adquirido firmeza, por lo que es dable tener por cierto que esa temática se encuentra alcanzada por la cosa juzgada. Así, ha pasado en autoridad de cosa juzgada que A. S .A. debe hacerse cargo de la antigüedad que los empleados de C. P. S.R.L. habían adquirido desde que, como mano de obra proveída por la última, comenzaron a desempeñarse en el establecimiento luego transferido a la anterior.---------- Y es sabido que la cosa juzgada lleva a tener por verdaderos e incuestionables los hechos que han adquirido firmeza, a mérito del principio romanista *"res iudicata pro veritate habetur"* (cfr. NICOLIELLO, Nelson, “Diccionario de latín jurídico”, JM Bosch editor, Barcelona, 1999, p. 258).----------

--- Bien se ha dicho que en tanto la necesidad de justicia propugna que una decisión sea revisada tantas veces como sea indispensable para alcanzarla, la necesidad de certeza postula que, una vez logrado cierto grado de estabilidad, por agotamiento de las vías impugnativas o por su falta de ejercicio, la "res iudicata pro veritate habetur", adquiriendo inmutabilidad, signo distintivo de la cosa juzgada material (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 28/5/92, “Bello, Nieves M. c. Schembri, Carlos

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

A. J.”, LLC 1993-178).---------- La cosa juzgada que provoca la sentencia del caso “G. , J. C. y otros c/ A. S. A.” ya citado puede ser declarada de oficio en cualquier estado de la causa (art. 347 últ. párr. C.P.C.C.), y es aplicable en este caso a mérito de la teoría de la "identidad de controversias", receptada por el art. 347 inciso 6 CPCyC del Chubut, que textualmente edicta *“Cosa juzgada. Para que sea procedente esta excepción, el examen integral de las DOS (2) contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiaridad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión en el nuevo juicio que se promueve”*.---------- Esta norma, en la redacción que le diera el legislador de la ley 2203, recoge el criterio moderno en materia de cosa juzgada (ARAZI-ROJAS, "Código Procesal...”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2001, T. II, pág. 204; CNCiv., Sala E, 27/6/85, “Ughelli de Rosati Filomena y otra c. Cabrera, Ricardo R.”, LL 1986-A, 621), que algún autor ha llamado “redimensionamiento de la eficacia de la cosa juzgada” (PEYRANO, Jorge W., “A propósito del redimensionamiento de los alcances de la cosa juzgada”, en LA LEY 1985-E, 174).---------- Este autor ha expresado en dicho trabajo que “...se viene operando una especie de redimensionamiento de la eficacia de la cosa juzgada y, también, que dicho reacomodamiento no es en un solo sentido, por ejemplo, en el de su ensanchamiento. Por el contrario, los cambios registrados son de "doble mano" porque, desde ángulos distintos, redundan en que los alcances de la "sentencia firme" sean, a la vez, mayores y menores que los clásicamente reconocidos”.---------- Es así que no resulta discutible que en autos impera la cosa juzgada, al darse los presupuestos para ello, conforme seguidamente se verá.----------

--- El fundamento del instituto de la cosa juzgada es el de impedir pronunciamientos contradictorios sobre un mismo tema o temas conexos. En este proceso ese riesgo es evidente, pudiendo en caso de no aplicarse el instituto fallarse aquí que la actora está laboralmente ligada a la demandada por un plazo mayor o menor que sus compañeros de tareas, lo que podría dar lugar a diferencias irritantes.---------- Jurisprudencialmente se ha declarado que la existencia de

cosa juzgada puede declararse aun de oficio por los jueces y si bien éstos no se encuentran atados a fórmulas legales que definan sus requisitos, previo examen integral de las dos contiendas, están facultados para determinar si por tratarse del mismo asunto o si por existir conexión, continencia, accesoriedad o subsidiariedad, la jurisdicción no debe correr el riesgo de ser inducida a la contradicción (Cám. Civ. y Com. Quilmes, sala II, 29/8/97, “El Halcón”, LLBA 1998-409).----------

--- La sustancia del caso que nos ocupa aquí es exactamente igual a la resuelta en el precedente citado, siendo también la misma demandada, aunque no ciertamente la actora. Pero claramente la actora de autos resulta alcanzada por los efectos reflejos de la sentencia que en el otro proceso se dictó, dada la identidad -o al menos continencia- de su temática con la ya resuelta en el otro proceso. Se da en consecuencia uno de los supuestos que el art. 347 inc. 6 CPCyC tiene en cuenta a los efectos de la cosa juzgada.----------

---------- Respecto de la continencia ha expresado FALCÓN que la cosa juzgada se produce en virtud de la continencia, una causa contiene a la otra, de la cual es parte. “La cosa juzgada es total para el contenido y parcial para el continente, sin perjuicio que pueda tener el aspecto parcial para la totalidad de la cuestión” (FALCON, Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 54).----------

--- Como dijera el colega preopinante, Dr. Carlos A. Velázquez, en un bien fundado voto suyo emitido en esta Sala “Lucen así en los repositorios judiciales precedentes en los que se concluyera que aun cuando una persona no haya tenido intervención en un proceso, puede ella igualmente resultar alcanzada por los efectos reflejos de la sentencia que en él se dictara, en la medida que sus derechos estén vinculados a la relación jurídica objeto de ese decisorio, en virtud de conexidad, dependencia o interferencia jurídica o práctica, ya sea en cuanto a su existencia, ya en cuanto a la posibilidad de efectiva realización. En suma, la circunstancia de que un sujeto no haya intervenido en el juicio no significa que sea él un tercero totalmente ajeno a la conducta reglada por la norma individual dictada; si la relación jurídica sustancial juzgada le es común o conexa, la cosa juzgada le beneficia o le perjudica, según el caso,

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

alcanzándole la identidad jurídica de la cuestión definida (cfr. esta Sala, 16/5/08, "Binder, Alberto Aníbal y otro c/ Banco del Chubut S.A. y otros s/ Cobro de Pesos", registrada bajo el Nº 11 DE 2.008 – SDC, con cita de fallos de la Cám. 2da. Apel. La Plata, sala I, 8/10/96, JUBA 7, base SCSBLP sums. B-252.436 y B-252.437).----------

--- Siguió expresando el colega de Sala que “Los límites subjetivos de la cosa juzgada deben ser extendidos para abarcar a aquellas personas que no intervinieron en el juicio anterior -como en la especie acontece con los aquí demandantes- cuando los actos jurídicos sobre los que el mismo versó han sido analizados exhaustivamente en el fallo, pues no es posible, sin grave mengua de la seguridad jurídica, que en un nuevo pleito se reexaminen, dada la conexión jurídica existente en lo que hace al objeto litigioso. Recuérdese en este aspecto que "la antigua y mera función negativa de la cosa juzgada: la imposibilidad general de abrir nuevos procesos: non bis in ídem, ha sido sustituida, en los procesos modernos, por la llamada función positiva de la cosa juzgada, que lo que impide es que en ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado" (esta Sala, 16/5/08, voto del Dr. Velázquez in re "Binder, Alberto Aníbal y otro c/ Banco del Chubut S.A. y otros s/ Cobro de Pesos", registrada bajo el Nº 11 DE 2.008 – SDC, con cita de Guasp, "Derecho procesal civil", 3era. ed., I-554).---------- Y concluyó sus desarrollos manifestando que “Lo dirimente es entonces determinar si se trata en ambos procesos de una misma situación jurídica (confr.: C.N. Paz, sala IV, L.L. 141-658, f. 25.398 S; C.N. Civ., sala G, E.D. 90-611) y lo que se pretende debatir en el nuevo ha sido ya resuelto en el anterior (esta Sala, 16/5/08, voto del Dr. Velázquez in re "Binder, Alberto Aníbal y otro c/ Banco del Chubut S.A. y otros s/ Cobro de Pesos", registrada bajo el Nº 11 DE 2.008 – SDC).----------

---

--- En el caso que nos convoca, la situación jurídica base de autos está íntimamente relacionada a la del pleito citado puesto que la aquí accionante fue parte de un grupo de trabajadores de C. P. S.R.L. suministrados a A. S. A. como mano de obra y que fuera a desempeñarse en el establecimiento luego transferido a la aquí demandada; ello así, lo que en el proceso citado se

resolviera con relación a la antigüedad de desempeño de esos trabajadores alcanza tanto a la demandada en ambas causas, al igual que a la actora de autos vista la identidad jurídica de la cuestión definida (cfr. en similar tesitura, voto del Dr. Velázquez, en sentencia de esta Sala del 7/6/04, in re "A. , F. M. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (registrada bajo el Nº 19 DE 2.004 - SDC.-; ídem, 27/6/07, "B. , L. A. c/ INDUSTRIA PESQUERA P. S.A. y/otros s/ cobro de hab. e indem. de ley", registrada bajo el Nro. 45/07 S.D.L; ídem, 16/7/99, in re "O. C. DE S. L. c/ LA P. Y OTRA y/o quien resulte responsable s/ COBRO DE PESOS y su acumulado F. S. S.A. c/ C. , F. y/u otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", registrada bajo el Nº 33 DE 1999 - S.D.C.).----------

------- En palabras que utilizara PEYRANO en un comentario a fallo, ya citado, “...puede inscribirse a la sentencia aquí glosada, en la predominante (y bienvenida) línea que tiende a concederle a la "sentencia firme" alcances menos reñidos con la economía procesal y más congruos con las nuevas concepciones que ya no miran con prevención todo cambio que afecte el "tabú" del respeto irrestricto de la "triple identidad" tantas veces defendida a ultranza, sin parar mientes en que la institución de la autoridad de la cosa juzgada -como se ha dicho tantas veces- no es connatural al proceso civil (por lo que es imaginable un sistema procesal que admita la permanente renovación de cuestionamientos contra las sucesivas sentencias) y que, por ende, debe regular -y entenderse- del modo más rendidor para el mejor Servicio de Justicia” (PEYRANO, Jorge W., “A propósito del redimensionamiento de los alcances de la cosa juzgada”, en LA LEY 1985-E, 174).----------

--- Es aplicable aquí el criterio de que a los efectos de determinar la existencia o no de cosa juzgada el juez no se encuentra atado a fórmulas legales que definan sus requisitos. Previo examen integral de las dos contiendas está facultado para determinar si por tratarse del mismo asunto o si por existir conexión, continencia, accesoriedad o subsidiariedad, la jurisdicción no debe correr el riesgo de ser inducida a contradicción (SCBA, 20/10/81, “Trinchina, Vito c. Mellor Goodwin, S. A.”, en La Ley online).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- Sentado ello, se ha corrido el problema y ya no se trata de dilucidar si cuando la actora trabajaba para C. P. S.R.L es tiempo computable de antigüedad del que deba responder A. S. A., puesto que ya hemos visto que la respuesta a ello es afirmativa, al existir cosa juzgada al respecto en otro proceso. El problema es, a estas alturas, determinar el término a quo o de inicio de desempeño de la accionante para C. P. S.R.L., pero en el seno del establecimiento adquirido por A. S.A.----------
El desempeño anterior para la empresa C. A. SRL es irrelevante aquí, en la medida en que no se haya prestado en relación con la aquí demandada y en el establecimiento luego adquirido por ésta. De tal suerte, la crítica del actor sobre la determinación de la fecha de corte, al igual que algunas manifestaciones críticas que descarga sobre tal determinación sentencial –magüer su estilo cargado y las apelaciones emotivas e ideológicas que realiza- carecen del mínimo de técnica recursiva necesario para conmover lo resuelto por el juez de grado con relación a este punto.----------
---------- La propia norma esgrimida por el juez de grado es clara al respecto: *"...En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el trasmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquellas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el trasmitente y los derechos que de ella se deriven"* (artículo 225, Ley 20744).----------
---------- Lo que provocó la exigibilidad del crédito de antigüedad de la actora a la aquí demandada es la transferencia del establecimiento, de modo que es a partir del ingreso de la actora a éste que puede serle reconocida la antigüedad con cargo a A. SA. ------
---------- Bien se ha resuelto que "la recta interpretación del art. 225 de la ley de contrato de trabajo está dada en el sentido que las únicas obligaciones que pasan al adquirente con motivo de la transferencia del establecimiento son las que emergen de los contratos de trabajo vigentes a la fecha de celebrarse esa operación y no otras" (SCJ Mendoza, Sala II, 1/2/02, "Fernández Bernabé c. Lanín S.A.", LLGran

Cuyo 2002, 401 y DT 2002-B, 1840).---------- El sentenciante de la anterior instancia concluyó que fue en septiembre de 2001 cuando la actora ingresó a trabajar al establecimiento luego transferido; se apoyó para ello el a quo en diversas testimoniales (cfr. fs. 168vta, testigo...., y 169, testigo), las que fueran analizadas con esmero y detalle, sin que recibiera una crítica igual de detallada ni cuidadosa del recurrente esa apreciación.---------- Los adjetivos calificativos que el recurrente emplea para cuestionar este extremo son irrelevantes e inconducentes y no pueden ocultar que esa es la solución correcta a aplicar en autos. Máxime cuando el apelante no ha podido o no ha sabido refutar racionalmente las alegaciones del juez en este sentido, limitándose a expresar una ácida queja, empero sin conmover los asertos del juzgador en esta materia.---------- Es dable recordar que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (Cám. Civ. y Com. Neuquén, Sala I, 29/2/96, “A. B. , F. c/ U. s/ Accidente”, en J. , base Neuquén, sumario Q0000046; sentencias de esta Sala, del 19/6/08, in re “F. , R. D. c/ B. H. S.R.L. Y OTROS s/ Indem. de ley” (registrada bajo el Nº 38 DE 2.008 – SDL y del 4/7/08, in re “P. , V. C/ M. , H. O. s/ Dif. de hab. e indem. de ley” (registrada bajo el Nro. 47 de 2008).---------- El apelante no ha demostrado la existencia de incorrección alguna en la apreciación de la prueba por el juzgador de grado en este aspecto y tal determinación debe tenerse por consentida, pues el apelante ha pretendido echar mano de argumentos genéricos, o emocionales, en cualquier caso, inacogibles, que no conmueven sino reafirman la sentencia apelada, al mostrar con mayor evidencia, si cabe, su acierto en este punto. Por tanto, este agravio debe rechazarse.---------- Otro aspecto cuestionado del fallo de grado es el reconocimiento a la actora del total de las

horas extras por las que ella reclamara, tópico impugnado por la demandada.----------

El apelante adujo que el reloj controlador del personal existía, pero que a veces no funcionaba, lo que pretende no le es imputable, pues no conseguía personal idóneo para repararlo en la zona. Indicó también que las tarjetas y planillas horarias presentadas -que la demandante desconociera- están certificadas por escribano; asimismo que la declaración jurada prestada por la actora crea una presunción "iuris tantum", la que ha sido desvirtuada en este caso por prueba testimonial y que, de todos modos, la existencia de un convenio de compensación de débitos y créditos por horas extraordinarias de labor fue probada.---------- Adelanto que no posee razón el apelante en este aspecto. La propia demandada ha reconocido en sus agravios que el reloj no funcionaba a veces, lo que descalifica los comprobantes que de él surgen, pues claro está que no son los únicos pertinentes, sino que deben ser completados por otras constancias, justamente para acreditar el ingreso y egreso de los trabajadores en los períodos en que no funcionara el reloj.----------

En un supuesto así adquiere importancia la previsión del art. 57 C.C.T. 372/04, que convierte a la declaración jurada del trabajador en un elemento importante de convicción ante la falta de la documentación de los horarios de labor cumplidos.---

--- Además existe otra norma de gran importancia en la temática, que es el art. 42 de la ley provincial 69, que dispone: *“Cuando en virtud de una disposición legal o reglamentaria de trabajo exista la obligación de llevar libros, registros o planillas especiales, y a requerimiento judicial no se los exhiba o resulte que no reúne las exigencias legales y reglamentarias, incumbirá al empleador la prueba contraria si el trabajador o sus derechohabientes prestan declaración jurada sobre los hechos que debieran consignarse en los mismos”*. Entiendo que el mal funcionamiento del reloj de control de ingreso y egreso es imputable al accionado, al igual que la falta de documentación sobre el particular llevada de manera irreprochable, lo que resulta especialmente de consideración porque el demandado tenía la obligación de colaborar con el tribunal en el esclarecimiento de la verdad, porque era quien estaba en mejores condiciones de probar, motivo por el cual no habiendo sido eficiente en probar la cantidad

de horas realmente trabajadas por la actora, debe estarse al juramento de su contraria, asignándole plenos efectos, a falta de elementos de peso que lo contradigan,----------

--- Al carecerse en autos, entonces, de prueba documental válida y confiable para establecer el horario real cumplido por la actora durante todo el tiempo de desempeño, su declaración jurada adquiere un efecto definitorio, pese a la alegación en sentido contrario del demandado. Máxime cuando los testigos que pretenden oponérsele no prestan un testimonio sólido. Por caso, la testigo C. ingresó a desempeñarse en la empresa en octubre de 2006 (cfr. fs. 125), con lo que mal puede deponer válidamente sobre el período anterior a su ingreso. Tampoco demuestran la falta de trabajo extraordinario los testimonios de los testigos Sosa (fs. 127 vta.) y Bastida (fs. 126 vta.) por carecer sus dichos de convictividad y no poder deponer sobre extremos de hecho que no les constan personalmente en el caso de la actora.---------- ---------- Tampoco ha sido acreditado debidamente el supuesto convenio de compensación de horas extras con horas corrientes no laboradas. La única testigo que afirma en autos su existencia ingresó a trabajar para la demandada en 2006, con lo que hasta ese punto carece de conocimiento.----------

--- De tal suerte, no ha sido eficiente el cuestionamiento de la demandada a este punto del fallo, debiendo confirmarse el mismo, compartiendo por ende el criterio del Dr. Velázquez en este tema.---------- ---------- Sentado que el número de horas extraordinarias a liquidar a la actora es el que ella reclamara, toca analizar seguidamente cuáles de esas horas han de liquidarse con recargos y el valor de ellas.---------- ----------

--- La accionante se agravió de que el sentenciante las limitara a las que excedieron las comprendidas en el salario garantizado del art. 87 C.C.T. 372/04. Añadió que su salario debía calcularse al abrigo del art. 12 "in fine" de la convención colectiva, para obtener sobre esa base el valor de cada hora extra.---------- La temática de si la actora debía ser considerada personal mensualizado de la empresa, en vista de lo dilatado de su desempeño para la accionada no puede ser analizado en esta instancia, en

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

atención a que se trata de una cuestión no introducida tempestivamente a la litis y no sometida a la decisión del juez de grado, lo que impide a esta Cámara adentrarse en ella a tenor de lo dispuesto en el art. 277 C.P.C.C.---------- Como quiera que sea, es dable aclarar que no asiste razón a la actora en su pretensión de que se le aplique el art. 12, categoría 3, del C.C.T. 372/04, pues ella se desempeñaba como filetera, encuadrada en el art. 10, categoría 3 de la C.C.T., mientras que el art, 12 cat. 3 rige para el personal administrativo y no para el personal de planta de producción. La actora, por las labores que desempeñaba no encuadra dentro de la categoría y norma que pretende, debiendo rechazarse su alegación en sentido contrario.---------- En cambio sí acierta la actora al impugnar el criterio del juez de grado de computar como horas extraordinarias de trabajo únicamente las cumplidas tras haber alcanzado la operaria un haber que superara el salario mensual garantizada del art. 87 C.C. T. 372/04.---------- Este criterio no encaja en el esquema adoptado por la convención colectiva, que prevé la liquidación de haberes supeditada a la "carga horaria" y ajustándose a "lo estipulado en el cuadro horario del presente convenio" (art. 20, párrs. 1° y 2°), marcado por las pautas de la ley 11.544 y de la L.C. T. a las que reenvía la convención en sus arts. 23, 53 y 59.---------- En el seno del art. 201 L.C.T. los recargos sobre el valor del salario habitual rigen para las horas laboradas en exceso de la jornada diaria los días comunes y las trabajadas los días sábados después de las 13 hs., domingos y feriados. De tal manera, a diferencia de lo establecido en el fallo de grado, el carácter suplementario de la hora de trabajo se configura ante el exceso sobre la jornada legal y según el tiempo en que esa hora fue laborada y no por la superación de un salario mínimo garantizado.---------- Dicho en palabras llanas, más que el número de horas trabajadas importa el día y hora en que lo fueron para decidir si son o no ellas pasibles de un pago con recargo.---------- El salario mensual garantizado (art. 87 C.C. T. 372/04) no es otra cosa que un piso o base de salario para los trabajadores del sector, pero ese piso o base no engloba horas trabajadas en

horas o días para los que la LCT establece un recargo de salario.---------- Quien suscribieron la C.C.T. sabían de las fluctuaciones de su actividad y por eso establecieron un piso salarial para evitar a los trabajadores bajas abruptas de salario. Para el cómputo del salario base o garantizado deben considerarse "todos los importes nominales que por cualquier concepto percibiera el trabajador" (art 87 inc. "b" C.C.T.). De ello debe colegirse que las horas extras deben tenerse en consideración para computar los recargos salariales no sólo una vez excedido el mínimo garantizado, sino también para la conformación del mismo. En caso contrario, el piso o base funcionaría como un límite para el pago de horas extras, que podría dar lugar a soluciones ilegales o injustas y no parece ser ese el objetivo de los firmantes de la convención al establecer el salario garantizado.---------- ------- Dado lo expuesto, el perito contador que liquidará en la etapa de ejecución de sentencia (art. 516 C.P.C.C.) las horas suplementarias deberá atender para establecer los recargos de valor determinados por los arts. 201 L.C.T .y 54 del C.C.T. 372/04, al tiempo en que ellas fueron trabajadas y no a si con ellas resultara sobrepasado o no el salario mensual garantizado ya mencionado.---------- Para determinar los valores de esas horas, la actora no ha formulado un ataque frontal y concreto sobre el salario normal determinado por el "a quo", motivo por el cual este valor ha quedado asentado con firmeza como base de cálculo de dichas horas, al no haber sido cuestionado idónea o hábilmente. Ello así, el valor de $ 6,76 – base de cálculo de las horas extras- permitirá al adicionarle un 50% obtener el valor unitario de las horas al 50%, que será el de $10,14 y el valor de $13,52 para las horas extras al 100 % .---------- ------- Dejando ello atrás, debe abordarse el agravio de la accionada respecto del reconocimiento por el a quo del incremento salarial por francos compensatorios no gozados. Anticipo que asiste razón al apelante en este punto y, por ende, dicho rubro debe ser descontado del capital de condena, conforme las razones que daré seguidamente.---------- ---------- *Dispone el art. 207 LCT que “Cuando el trabajador prestase servicios en los días y horas mencionados en el artículo 204, medie o no autorización, sea por disposición del empleador o por cualquiera de las*

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

circunstancias previstas en el artículo 203, o por estar comprendido en las excepciones que con carácter permanente o transitorio se dicten, y se omitieren el otorgamiento de descanso compensatorio en tiempo y forma, el trabajador podrá hacer uso de ese derecho a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal de ello efectuada con una anticipación no menor de veinticuatro (24) horas. El empleador, en tal caso, estará obligado a abonar el salario habitual con el ciento por ciento (100 %) de recargo".---------- De tal modo, para que proceda el recargo por día de descanso no gozado en los términos del art. 207 L.C.T., es menester que el trabajador a quien le hubiera sido omitida la compensación resuelva por sí tomarse el franco de manera compulsiva, antes de la finalización de la semana siguiente a aquella en que debió serle otorgado el descanso compensatorio, pues de lo contrario el mismo pierde ese derecho.----------

---------- El Prof. GRISOLIA explica sobre el punto que "Como excepción a la prohibición de ocupación de los días sábados después de las 13 horas y domingos, quedan habilitados los trabajadores que se dedican a actividades que por razones de interés general se llevan a cabo durante el fin de semana; entre ellas pueden citarse los espectáculos públicos, bares y restaurantes, centros de compras, museos, oficinas turísticas, establecimientos de salud, etc. Es decir que existen distintas modalidades de trabajo en las cuales las principales prestaciones se efectúan los fines de semana —por ejemplo, el caso de los shoppings—, lo cual produce un cambio automático de los días de trabajo y descanso; esto deriva en que sea una práctica habitual que los trabajadores presten servicios, por ejemplo, entre los días miércoles y domingo y que se les otorgue el descanso compensatorio los lunes y martes" (GRISOLIA, Julio Armando, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", Edit. Depalma, Buenos Aires, 2003, T. I. Nro. 5609/14310, versión online).----------

---------- Sigue diciendo luego que "El trabajador que presta servicios durante el fin de semana tiene derecho a gozar de un franco compensatorio equivalente al tiempo de su prestación, dentro de los 7 días posteriores al franco trabajado. El incumplimiento del empleador de otorgar el descanso compensatorio torna operativo lo dispuesto en el art. 207 de la LCT,

que establece que el trabajador podrá hacer uso del derecho a dicho descanso a partir del primer día hábil de la semana subsiguiente, previa comunicación formal al empleador con una anticipación no menor de 24 horas, por lo cual resulta obligatorio pagar el salario habitual con el 100% de recargo. Aunque la ley no lo dice, la jurisprudencia mayoritaria entiende que el trabajador tiene derecho a percibir el recargo mencionado si se toma el descanso compensatorio por sí mismo, ya que de lo contrario no procede. El término que tiene el trabajador para tomarse el franco compensatorio opera en la práctica como un plazo de caducidad. El descanso tiene una finalidad higiénica y la ley busca que el trabajador lo goce: por eso no hay norma que obligue al pago del descanso no gozado" (GRISOLIA, Julio Armando, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", Edit. Depalma, Buenos Aires, 2003, T. I. Nro. 5609/14310, versión online).---------- ---- La actora de autos no ha dado cumplimiento a las mandas del art. 207 LCT, motivo por el cual no cabe reconocerle este rubro. En primer término existe un óbice probatorio para el acogimiento de este segmento de la condena: la accionante no acreditó que no se le concedieran. Ocurre que las declaraciones testimoniales indican lo contrario (cfr. fs. 126 vta., testimonio del testigo Bastida y fs. 127 vta. testimonio del testigo Sosa).---------- Peor aún, la trabajadora no demostró haber ejercido su derecho a tomar el franco por su propia decisión, comunicándolo formalmente a la empleadora en la semana siguiente a aquella en que hubo de otorgársele el descanso compensatorio. Ello así, su derecho al cobro de francos compensatorios ha caducado de pleno derecho y así debe declararse aquí.---------- Toca ahora en turno avocarse al agravio de la actora sobre la forma en que habrá de ser liquidada la indemnización del art. 245 L.C.T.; respecto de la antigüedad a considerarse en este aspecto se tomará en cuenta solamente el desempeño de la actora desde septiembre de 2001 en beneficio de la demandada, en razón de la ya explicada transferencia del establecimiento que impide tomar en cuenta una antigüedad mayor en este caso .----------

--- En cuanto a si los salarios devengados por horas extras integrarán la base de cálculo de la antigüedad, la respuesta es positiva. Una vez liquidados los

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

montos que por ellas se devengó, a tales importes habrá de atenderse para calcular la indemnización del art. 245 L.C.T. Cuando la remuneración del trabajador despedido se compone de elementos fijos y variables como es el caso de autos, si los elementos variables han sido normales y habituales, esto es, no esporádicos u ocasionales, ellos deben ser acumulados a los elementos fijos del sueldo para obtener la mejor renumeración normal y habitual.----------
---

--- Se ha juzgado que a los efectos de calcular la indemnización por antigüedad, el art. 245 LCT, dispone que debe considerarse la mejor remuneración mensual, normal y habitual. En tal sentido, mientras que los rubros variables reúnan los requisitos de normalidad y habitualidad, resulta procedente su inclusión, sin que sea posible recurrir a cálculos o promedios distintos de los previstos por la ley (CNTrab., Sala III, 30/9/1997, “B. , E. v. M. SA s/diferencias de salarios” y mi voto en sentencia de esta Sala, del 31/7/08, in re “C. , C. A. c/ S. S.A. s/ Indem. de ley”, registrada bajo el Nº 49 DE 2.008 – SDL.-).----------
---

--- En el caso de autos las horas extras laboradas por la actora eran constantes, pagándosele mensualmente una suma por ese concepto. Por ello deben sumarse las horas extras laboradas por la actora a los efectos de obtener el salario base del cálculo de antigüedad.----------
---

--- La jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que el dispositivo del art. 245 LCT no alude a promedio alguno, respecto al salario tomado como base de cálculo de la indemnización, sino que sólo refiere a la mejor remuneración mensual, normal y habitual, por lo que, no obstante el desequilibrio de sus haberes, no puede aceptarse la tesis del “promedio”, atendiendo el carácter variable de las comisiones que integran el módulo salarial, debiendo considerarse la mejor remuneración en términos absolutos (CNTrab., Sala II, 6/6/2000, “R. , E. v. S. AFJP y otros s/despido” y mi voto en sentencia de esta Sala, del 31/7/08, in re “C. , C. A. c/ S. S.A. s/ Indem. de ley”, registrada bajo el Nº 49 DE 2.008 – SDL.-).----------
- Claro que el monto obtenido al sacar el cálculo de lo que corresponde a la actora por antigüedad no puede exceder el tope contemplado en el mismo art.

245 LCT. Pero ¿de qué tope estamos hablando en autos? La demandada se agravió de que se utilizara en la instancia anterior un tope inaplicable al caso. Posee razón la apelante sobre que el tope aplicable a este caso no es el que utilizara el a quo sino que en esta zona del Chubut rige el tope establecido por el art. 2 de la Res. N° 284/04, que homologara el C.C.T. 372/04, celebrado entre la Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras.---------- Coincido con el Dr. Velázquez sobre que dicho tope no es inconstitucional en este caso, al no advertirse en el caso particular y concreto de autos un menoscabo injusto de los derechos de la actora ni, menos, la pulverización del crédito del accionante. Los cálculos que el distinguido juez de primer voto realizara en su aporte al Acuerdo, demuestran que no quedan menoscabados irrazonablemente los derechos de la actora de autos con la aplicación del tope que resulta de aplicación a su caso. Ello, pues no se traspasa en el caso el límite máximo del 33% de afectación que la CSJN declaró tolerable como quita o cercenamiento de derechos fundados en una ley. No dándose el supuesto de máxima degradación de derechos individuales, inadmisible a la luz de la Constitución Nacional cuando traspasa cierto límite máximo, no se justifica en autos la declaración de inconstitucionalidad, última ratio del ordenamiento y como tal de procedencia excepcional y de interpretación restrictiva.---------- También impugnó la actora el rechazo de su reclamo fundado en el art. 16 de la ley 25561. Recientemente esta Sala, a través de un primer voto del suscripto ha declarado la constitucionalidad de la prórroga de la vigencia de la ley 25561 por decreto y por ende la constitucionalidad de la aplicación de esta norma a casos posteriores a su original fecha de aplicación tope (cfr. mi voto en sentencia de esta Sala, del 31/7/08, in re “C. , C. A. c/ S. S.A. s/ Indem. de ley”, registrada bajo el Nº 49 DE 2.008 – SDL.-).---------- Ahora bien, ¿hasta cuándo fue aplicable la ley 25561? En otras palabras ¿cesó de pleno derecho al comunicar el INDEC una tasa de desempleo menor al 10% o fue necesario la sanción de una norma que disponga el cese de su aplicación?---------- Esta Sala se ha expedido ya sobre esta temática, declarando que el agravamiento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25, 561 -con su prórrogas y

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

modificación del art. 4 do la ley 25.972- cesó en su aplicación a partir del 19/9/07, al entrar en vigencia el dec. 1.224/07 P.E.N. que declarara cumplida la condición resolutoria establecida por el art. 4 de la ley 25.972 (cfr. Sentencias de esta Sala, c. 22.811 S.D.L. 48/08). El mismo criterio es aplicable a este caso.---------- Ello así y como el distracto en este caso ocurrió en mayo de 2007, es decir dentro del plazo de vigencia de la ley, conforme el Decreto 1.224/07, la apelante tiene razón siendo acreedora la actora de dicho agravamiento indemnizatorio, debiendo modificarse la sentencia de grado en este aspecto, asunto en el que también comulgo con la solución propuesta por el Dr. Velázquez.----------

--- También cuestiona la actora que no se haya resuelto en la instancia anterior su reclamo de aplicación de la multa establecida en el art. 1° de la ley 25.323. Como no se expidió sobre el punto el a quo, la omisión debe ser salvada por esta Cámara. (art. 278 C.P.C.y C.).---------- El agravamiento indemnizatorio que la norma contempla es procedente cuando al momento del despido la relación laboral no se halle registrada "o lo esté deficientemente", según reza la norma; estando probado en autos que la actora no estaba registrada con toda su antigüedad reconocida ni por el total de los emolumentos que percibía, el reclamo debe ser acogido. En tal supuesto, al capital de la condena debe añadirse por este concepto una suma equivalente a la indemnización que sea determinada para el art. 245 L. C. T .---------- También apeló la actora el rechazo de su reclamo fundado en el art. 2 de la ley 25.323, sosteniendo que, contra lo argumentado por el sentenciante de origen, la norma no requiere para su aplicación que el empleador haya dejado de abonar en su totalidad las indemnizaciones derivadas del despido, bastando tornar procedente el incremento de ellas que no haya pagado exactamente lo que correspondía.---------- En este aspecto carece de razón el apelante, motivo por el cual la resolución de grado debe ser confirmada, aunque por fundamentos distintos a los del a quo. --------- El art. 2 de la ley 25323 es absolutamente claro y no deja lugar a dudas en su interpretación. Dicha norma establece que: *“cuando el empleador,* ***fehacientemente intimado por el trabajador*** *no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts.... y consecuentemente lo obligare a iniciar acciones*

judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%”.---------- En el caso de autos falta uno de los requisitos indispensables para acoger el planteo: no ha acreditado la actora haber intimado al empleador en la forma exigida por la norma.---------- Como dije en un voto anterior de mi autoría, la falta de intimación fehaciente por el trabajador a su empleador en el que se le exige el cumplimiento de sus obligaciones veda el acogimiento de una pretensión como la que aquí analizo ((cfr. mi voto en sentencia de esta Sala, del 31/7/08, in re “C. , C. A. c/ S. S.A. s/ Indem. de ley”, registrada bajo el Nº 49 DE 2.008 – SDL.-).----------

---

--- La norma dice concretamente **“intimación fehaciente”** y, al tratarse de un beneficio excepcional es de interpretación restrictiva, con lo que no cabe conjeturar el cumplimiento del recaudo, sino que debe probárselo acabadamente, lo que no ha ocurrido en autos.---------- Bien se ha resuelto a su respecto que la intimación fehaciente exigida por el Art. 2° de la ley 25.323 se constituye como la última oportunidad para que el empleador ajuste su conducta a las disposiciones legales vigentes, y cumpla con la obligación de abonar las indemnizaciones correspondientes, por lo tanto debe ser expresa, clara, concreta y no en forma general citando solamente el número del cuerpo formativo (CNTrab., sala IV, 27/3/08, “M., J. A. c. L. C. S.R.L. y otros”, en La Ley Online). ---------- Se ha declarado también que es improcedente la indemnización prevista en el art. 2° de la ley 25.323 si no puede tenerse por cumplimentada formalmente la intimación fehaciente referida al pago de las indemnizaciones por despido que establece la norma, dado que en modo alguno se advierte un concreto emplazamiento ni intimación de pago de los rubros a que hace referencia la norma (CNTrab., sala V, 14/6/06, “I., M. E. c. A. S.R.L.”, DJ 04/10/2006, 369).---------- Por tal motivo, soy de la opinión que la multa del art. 2 de la ley 25323 no puede aplicarse en autos. En sentido concordante, el Excmo. STJ de esta Provincia ha resuelto en un precedente respecto de la interpretación de esta

norma que “la sanción pecuniaria de carácter punitivo prevista en el dispositivo legal de análisis, no tiene su causa fuente en la propia extinción injustificada del vínculo laboral sino en la mora del empleador en su obligación del pago de la indemnización por despido incausado, extremos que deben acreditarse en la litis para la operatividad de la sanción. Al decir, del Dr. Juan Carlos Fernández Madrid, en Expte. N° 21.085/02 “... el bien protegido no es estrictamente el despido arbitrario ....” (Sala VI- CNTrab. 15/07/04 -elDial.com AA2651, igual criterio tuvo la Sala V- CNTrab. en fecha anterior 29/12/03 -elDial AA266A)” (STJ Chubut, Sala Civil, 30/5/06, decisión unánime liderada por el voto del Dr. Pasutti, en autos “H. , J. A. y otros c/ DLS A. L. S. A. s/ Demanda Laboral (Indemnizaciones)”, registrada bajo el N° 06/S.R.E./06).----------

--- El Dr. Pasutti sostuvo luego allí que la intimación fehaciente del empleador es un requisito legal de cumplimiento necesario y dado que en ese caso no había sido cumplido, propuso la casación de la sentencia de alzada en este punto, lo que el Acuerdo acogió.---------- Siendo ello así, y como en autos no se ha probado tal intimación, no se cumple uno de los presupuestos esenciales establecidos por la ley para la procedencia del pago de este rubro, motivo por el cual, el reclamo del mismo debe rechazarse, lo que propongo.---------- Finalmente la actora se agravia de que el fallo de grado no incluyera la condena a entregar nueva certificación de servicios ni ordenara la comunicación de lo ocurrido en este caso, respecto de los aportes previsionales evadidos, a la AFIP. Anticipo que no prosperarán ninguna de ambas pretensiones.---------- En cuanto al certificado, porque el reclamo de su emisión no fue incorporado en la demanda, por lo que el juez a quo no se expidió sobre él y menos aún puede esta Cámara ingresar al tratamiento de una temática no puesta a consideración del juez de instancia, pues ello implicaría infringir lo establecido por el art. 277 C.P.C.C..---

--- La comunicación a la AFIP tampoco procede, porque según el art. 15 párr. 2° L.C.T. -agregado por el art. 44 de la ley 25.345- el legislador contempló dicha comunicación para el caso de celebración de acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios homologados, supuesto que claramente no se da en

este caso.---------- No dándose el presupuesto de hecho tenido en mira por la norma, la comunicación a la AFIP no es procedente, aunque siempre puede hacerla la parte o su letrado –como cualquier particular que se entera de una irregularidad impositiva o previsional-.---------- Los desarrollos realizados respecto de la primera cuestión planteada, convencen de la pertinencia de disponer lo siguiente:----------

---A) La modificación de la sentencia apelada en lo atinente a: ----------1) la manera de calcular la indemnización por antigüedad; ----------2) el reclamo de francos compensatorios no gozados, que se desestima en esta instancia, dejando sin efecto el reconocimiento del rubro efectuado en la instancia anterior;----------3) las reclamaciones de los incrementos indemnizatorios fijados por los arts, 16 de la ley 25.561 y modificaciones y 1° de la ley 25,323, que se declaran procedentes en esta instancia, revocando el rechazo dispuesto en la anterior instancia;---------- 4) el cálculo de las diferencias de horas extraordinarias de labor;---------- B) A excepción de esos cuatro aspectos, corresponde confirmar el fallo de grado en todos lo demás que han sido materia de recurso y agravios.---------- C) Establecer las siguientes pautas para la cuantificación de los diversos rubros motivo de condena, al momento de proceder -en etapa de ejecución de sentencia- el perito contador a calcular los créditos reconocidos a la trabajadora en esta litis:-----1) Las diferencias existentes entre las remuneraciones por horas suplementarias abonadas a la actora y las que surjan de liquidarlas nuevamente, atendiendo a la cantidad de horas suplementarias descriptas en los cuadros de fs. 13/35 con los recargos establecidos en los arts. 201 L.C. T. y 54 del convenio 372/04, determinando el valor de las horas extraordinarias al 50 % en $ l0,14, mientras que el de las horas extras al 100 % asciende a la suma de $ 13,52.----------2) En cuanto al monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., se tomará como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada entre mayo de 2006 y mayo de 2007 pero aplicándole el

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

tope legal, conforme se consignara en los considerandos de este voto.----------

---3) Incluir en el cálculo a realizarse las diferencias insolutas que puedan existir entre los importes abonados por indemnización sustitutiva del preaviso omitido y su integración, s. a. c. y vacaciones proporcionales, y los que correspondieran según los arts. 123, 156,232 y 233 L.C.T.----------

--- 4) Determinar que el monto del plus indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, alcanzará al 50 % de la indemnización del art. 245 L.C.T.----------

--- 5) Establecer que el agravamiento indemnizatorio reconocido por el art. 1° de la ley 25.323, equivaldrá al total de la indemnización del art. 245 L.C. T.---------

--- D) Respecto de la imposición de costas, dado que se modifica aquí el decisorio de grado, por lo que forma en que prospera la demanda difiere de la tenida en cuenta por el juez al imponer las costas de grado, por imperio de lo estatuido por el art. 279 C.P.C.C., deberá readecuarse la condena en costas pronunciada en la anterior instancia.---------- Ello torna de abstracta consideración el último de los agravios de la demandada; y como las litis se vertebran en conflictos actuales de intereses y no en disquisiciones abstractas, académicas o doctrinales, no cabe pronunciarse respecto de aspectos cuya resolución devendría neutra para la suerte de estos autos, lo que así debe declararse en este aspecto. ----------

--- Debe procederse entonces a una nueva distribución de costas de ambas instancias, de acuerdo a la suerte final del litigio. Y ¿cuál ha sido ésta? La accionante ha vencido en definitiva en siete de las nueve pretensiones que dedujera en autos, siendo derrotada y vencida en las dos restantes -relativas a francos compensatorios no gozados y a el incremento resarcitorio del art. 2 de la ley 25.323. Este resultado marca un vencimiento parcial y mutuo de las partes.---------- Siendo ello así, en lo relativo a la imposición de costas, dada la forma en que prosperara la demanda, hago mía la propuesta del Dr. Velázquez y considero adecuado imponer las costas en un ochenta por ciento

(80%) a la demandada y en un veinte por ciento (20%) a la actora, manteniendo a los efectos de la imposición de costas la medida aproximada del vencimiento parcial y mutuo en la litis, con lo que se aplica la regla del art. 71 CPCyC: *"Si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos"*..----------
---------- Ello así, por cuanto no hallo en este caso mérito para aplicar la facultad excepcional conferida a los jueces por el art. 68, segundo párrafo CPCyC: *"…el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad, al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad"*.----------

--- En relación a las costas de segunda instancia, es mi opinión que ellas deben distribuirse de igual modo que las de la instancia anterior (art. 71 C.P.C.C.), dado que esa es también la medida del vencimiento parcial y mutuo en esta alzada,-------

--- E) En cuanto a los honorarios correspondientes a la instancia anterior, los oportunamente regulados en la sentencia modificada deberán readecuarse al nuevo resultado del pleito (art. 47 segundo párrafo, Ley 2200), motivo por el cual –en concordancia con lo propuesto por el Dr. Velázquez- creo que resulta ajustado a la labor cumplida en esta litis, a su eficacia y resultado obtenido, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 7, 9, 13, 19, 47 de la ley arancelaria vigente, asignar al Dr. H. A. A. , por sus tareas de primera instancia, el coeficiente del 19,20 % del monto del litigio, asignando paralelamente a la Dra. D. F. P. el 11 ,80 % y al Dr. D. G. L. , el 4,l0 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.----------
----

--- F) Por último, propongo regular los honorarios de los mismos profesionales, por sus labores correspondientes a esta instancia, en los siguientes coeficientes: para el Dr. Hugo A. A. , del 5,80 %; para la Dra. D. F. P. el 3,20 % y para el Dr. D. G. L. , el 1,l5%, en todos los casos a calcularse sobre el monto del proceso que se determine en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución (arts. 6, 7, 9, 13, 14, 19 y 47, Iey 2.200).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- Respecto de la primera cuestión, me pronuncio en forma parcial POR LA NEGATIVA. ----------

---

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

--- Visto al acuerdo antes alcanzado, corresponde:----------

--- 1) Revocar la sentencia apelada en cuanto a: a) el cálculo de las diferencias en las remuneraciones de horas extraordinarias de labor; b) el modo de liquidar la indemnización por antigüedad; c) el acogimiento del reclamo por francos compensatorios no gozados, que se desestima; d) el rechazo de las reclamaciones de los agravamientos indemnizatorios establecidos en los arts. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones y 1º de la ley 25.323, que prosperan.----------

--- 2) Confirmar ese fallo en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

--- 3) Fijar para la liquidación de los distintos rubros de la condena en la etapa de ejecución las siguientes pautas a las que el perito contador que intervenga habrá de ceñirse:----------

--- A) Establecer la diferencias insolutas existentes entre las remuneraciones por horas suplementarias abonadas a la actora y las que surjan de liquidarlas nuevamente, atendiendo a la cantidad de horas suplementarias descriptas en los cuadros de fs. 13/35 con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C.T. 372/04, fijándose el valor de las horas extraordinarias al 50 % en $ 10,14 y el de las horas extras al 100 % en $ 13,52.----------

---

--- B) Determinar la diferencia impaga en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., atendiendo a una antigüedad de la trabajadora en el empleo de seis años y ocho meses y estableciendo como base

de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada entre mayo de 2006 y mayo de 2007, según los parámetros indicados en el considerando VI de mi voto a la primera cuestión, mas sin superar el tope legal que allí mismo consignado.-------

--- C) Determinar igualmente las diferencias insolutas que puedan existir entre los importes abonados por indemnización sustitutiva del preaviso omitido y su integración, s.a.c. y vacaciones proporcionales, y los que correspondieran según los arts. 123, 156, 232 y 233 L.C.T.----------

--- D) Establecer el monto del incremento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, que habrá de equivaler al 50 % de la indemnización del art. 245 L.C.T.-

--- E) Determinar el importe del agravamiento indemnizatorio del art. 1º de la ley 25.323, que deberá equivaler al total de la indemnización del art. 245 L.C.T.--------

--- 4) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en un 80 % y a la actora en un 20%.----------

--- 5) Fijar, por adecuación a la presente, los honorarios de los Dres. Hugo A. A. , Daniela F. Pino y Diego G. L. , por sus tareas de primera instancia, en las sumas respectivas equivalentes al 19,20 %, al 11,80 % y al 4,10 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.----------

--- 6) Regular los honorarios de los mismos profesionales y en idéntico orden, por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 5,80 %, al 3,20 % y al 1,15 % del antes mentado monto del proceso.----------

--- ASÍ LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION,** el Señor Juez Doctor LÓPEZ MESA, dijo: ------ Los desarrollos realizados respecto de la primera cuestión planteada, convencen de la pertinencia de disponer lo siguiente:----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- A) La modificación de la sentencia apelada en lo atinente a: ----------1) la manera de calcular la indemnización por antigüedad; ---------- 2) el reclamo de francos compensatorios no gozados, que se desestima en esta instancia, dejando sin efecto el reconocimiento del rubro efectuado en la instancia anterior;----------3) las reclamaciones de los incrementos indemnizatorios fijados por los arts, 16 de la ley 25.561 y modificaciones y 1° de la ley 25,323, que se declaran procedentes en esta instancia, revocando el rechazo dispuesto en la anterior instancia;---------- 4) el cálculo de las diferencias de horas extraordinarias de labor;---------- B) A excepción de esos cuatro aspectos, corresponde confirmar el fallo de grado en todos lo demás puntos que han sido materia de recurso y agravios.---------- C) Establecer las siguientes pautas para la cuantificación de los diversos rubros motivo de condena, al momento de proceder -en etapa de ejecución de sentencia- el perito contador a calcular los créditos reconocidos a la trabajadora en esta litis:-----1) Las diferencias existentes entre las remuneraciones por horas suplementarias abonadas a la actora y las que surjan de liquidarlas nuevamente, atendiendo a la cantidad de horas suplementarias descriptas en los cuadros de fs. 13/35 con los recargos establecidos en los arts. 201 L.C. T. y 54 del convenio 372/04, determinando el valor de las horas extraordinarias al 50 % en $ l0,14, mientras que el de las horas extras al 100 % asciende a la suma de $ 13,52.----------

--- 2) En cuanto al monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., se tomará como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada entre mayo de 2006 y mayo de 2007, pero aplicándole el tope legal.-----

--- 3) Incluir en el cálculo a realizarse las diferencias insolutas que puedan existir entre los importes abonados por indemnización sustitutiva del preaviso omitido y su integración, s. a. c. y vacaciones proporcionales, y los que correspondieran según los arts. 123, 156,232 y 233 L.C.T.----------

--- 4) Determinar que el monto del plus indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, alcanzará al 50 % de la indemnización del art. 245 L.C.T.----------

---5) Establecer que el agravamiento indemnizatorio reconocido por el art. 1° de la ley 25.323, equivaldrá al total de la indemnización del art. 245 L.C. T.----------

--- D) Visto el resultado del pleito definido finalmente en esta instancia, las costas de ambas instancias habrán de imponerse en un 80% a la accionada y en un 20% a la actora.----------

--- E) Asimismo los honorarios regulados en la sentencia modificada deberán readecuarse al nuevo resultado del pleito (art. 47 segundo párrafo, Ley 2200), motivo por el cual creo que resulta ajustado a la labor cumplida en esta litis, a su eficacia y resultado obtenido, etc, asignar al Dr. H. A. A. , por sus tareas de primera instancia, el coeficiente del 19,20 % del monto del litigio, asignando paralelamente a la Dra. D. F. P. el 11 ,80 % y al Dr. D. G. L. , el 4,l0 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.----------

--- F) Por último, propongo regular los honorarios de los mismos profesionales, por sus labores correspondientes a esta instancia, en los siguientes coeficientes: para el Dr. H. A. A. , del 5,80 %; para la Dra. D. F. P. el 3,20 % y para el Dr. D. G. L. , el 1,l5%, en todos los casos a computarse sobre el monto del proceso que se determine en la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.----------

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

------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haber coincidencia de opinión y hallarse vacante la restante vocalía de la Sala (art. 8 de la ley 1130, Textos ley 4550).--------- Trelew, 21 de agosto de 2.008.----------

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

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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- REVOCAR la sentencia apelada en cuanto a: a) el cálculo de las diferencias en las remuneraciones de horas extraordinarias de labor; b) el modo de liquidar la indemnización por antigüedad; c) el acogimiento del reclamo por francos compensatorios no gozados, que se desestima; d) el rechazo de las reclamaciones de los agravamientos indemnizatorios establecidos en los arts. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones y 1º de la ley 25.323, que prosperan.----------

--- CONFIRMAR ese fallo en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

--- FIJAR para la liquidación de los distintos rubros de la condena en la etapa de ejecución las siguientes pautas a las que el perito contador que intervenga habrá de ceñirse:----------

------ ESTABLECER la diferencias insolutas existentes entre las remuneraciones por horas suplementarias abonadas a la actora y las que surjan de liquidarlas nuevamente, atendiendo a la cantidad de horas suplementarias descriptas en los cuadros de fs. 13/35 con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C.T. 372/04, fijándose el valor de las horas extraordinarias al 50 % en $ 10,14 y el de las horas extras al 100 % en $ 13,52.----------

------ DETERMINAR la diferencia impaga en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., atendiendo a una antigüedad de la trabajadora en el empleo de seis años y ocho meses y estableciendo como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada entre mayo de 2006 y mayo de 2007, según los parámetros indicados en el considerando VI del voto del Dr. Velázquez a la primera cuestión, mas sin superar el tope legal que allí mismo consignado.----------

------ DETERMINAR igualmente las diferencias insolutas que puedan existir entre los importes abonados por indemnización sustitutiva del preaviso omitido y su integración, s.a.c. y vacaciones proporcionales, y los que correspondieran

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

según los arts. 123, 156, 232 y 233 L.C.T.----------

------ ESTABLECER el monto del incremento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, que habrá de equivaler al 50 % de la indemnización del art. 245 L.C.T.-

------ DETERMINAR el importe del agravamiento indemnizatorio del art. 1º de la ley 25.323, que deberá equivaler al total de la indemnización del art. 245 L.C.T.----

--- IMPONER las costas de ambas instancias a la demandada en un 80 % y a la actora en un 20%.----------

--- FIJAR, por adecuación a la presente, los honorarios de los Dres. H. A. A. , D. F. P. y D. G. L. , por sus tareas de primera instancia, en las sumas respectivas equivalentes al 19,20 %, al 11,80 % y al 4,10 % del monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución.--------

---

--- REGULAR los honorarios de los mismos profesionales y en idéntico orden, por sus labores de alzada, en las sumas respectivas equivalentes al 5,80 %, al 3,20 % y al 1,15 % del antes mentado monto del proceso.----------

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

FDO.: CARLOS A. VELAZQUEZ – MARCELO J. LOPEZ MESA

REGISTRADA BAJO EL Nº 53 DE 2.008 – SDL.- Conste.-