--- En la ciudad de Trelew, a los 02 días de octubre 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. Carlos Dante Ferrari y Marcelo López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S. P. , M. F. c/ A. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley”** (Expte. n° 22.902 - 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. 182.---------- ------- **A LA PRIMERA CUESTION** 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- y 2 de la ley 25.323.---------- ---------- Ambas partes apelaron ese fallo y fundaron sus respectivos recursos con las piezas de fs. 160/167 vta. y 173/175 vta. -la primera de ellas fue replicada a fs. 176/177, no habiendo sido en cambio contestado el traslado de la segunda-, informes donde expresaron los agravios que a continuación trataré.---------- II.- La primera de sus impugnaciones la dirigió el actor contra la decisión adoptada por el “a quo” a propósito de su categoría laboral, señalando que resultó acreditada en la causa su pertenencia a la n° 2 del personal jornalizado, dado su desempeño como operario de cámara de congelado o “camarista”.---------- Lleva razón el apelante en esta crítica al decisorio. Por más que los testigos C. G. C. , J. A. B. , M. A. S. y M. H. I. le hayan atribuido al demandante el revistar en la categoría n° 1, en su condición de peón general (fs. 105, 106, 107 vta., resps. a la preg. 2da.y fs. 121, resp. a la preg. 5ta.), es lo cierto que los dichos de otro deponente, C. M. M. , demostraron que el trabajador cumplía tareas como operario de las cámaras de congelado. En efecto, al ser ese testigo inquirido acerca de “si conoce las funciones que desempeñaba S. P. en la planta de A. ” (preg. 8va. del interrogatorio obrante a fs. 96 de la causa “Gaido, Flavia Carina

c/ A. S.A. s/ diferencia de haberes e indemnización de ley", expte. 9.440, año 2007 del Juzgado en lo Laboral de esta ciudad, a la vista en este acto por hallarse hoy la causa radicada en esta Cámara, sala "B", como c. 22.838), respondió: "él comenzó siendo un peón, los primeros tres meses del contrato, pero ahí ya se lo empieza a trabajar en las cámaras y hasta la fecha en que yo estuve en la planta que fue septiembre de 2006, él seguía cumpliendo funciones de camarista" (resp. a dicha preg. 8va., fs. 95 de autos, donde se agregara, de acuerdo al art. 376 C.P.C.C., tal constancia de los antes indicados actuados).---------- No hesito en reconocer prevalencia a esta última deposición, proveniente de quien fuera directo compañero de labor del actor por desempeñarse el dicente mismo como camarista y encargado de cámara (interrogatorio y declaración citadas, 2da. preg. y su respuesta), mientras que los anteriores indicados no tenían un contracto tan permanente y estrecho con él, pues eran oficinistas, encargado general de la planta, supervisor de ella y gerente (fs. 105, resp. a la preg. 15ta.; fs. 106, resp. a la preg. 4ta.; fs. 107 vta., resp. a las grales. de la ley; fs. 121 vta., resp. a la preg. 16ta.).---------- Aunque el operario no haya sido formalmente promovido a la categoría n° 2 prevista en el art. 10 C.C.T. 372/04 -así surge de los recibos de haberes obrantes en la doc. res. en los que figura como "categoría 1"-, su realización de tareas distintas a la originales de peón y comprendidas en una categoría superior le otorgaron el derecho a percibir el salario de esta última (arts. 27 y 48 del C.C.T. cit.).---------- Así pues, en el recálculo de los salarios reclamados ha de estarse al valor horario básico propio de la categoría n ° 2 del art. 10 de la mentada convención.---- --- III.- Objetó la empresa demandada que el juzgador del otro grado reconociera al actor la calidad de acreedor del total de las horas extras por las que 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. 52), sin que en el curso del proceso ésta fuera acreditada.---------- Nada cambia en ello la circunstancia que algunas las copias presentadas las certificara un escribano -sólo las correspondientes a las tarjetas de enero a julio de 2006 (fs. 6/8 de la doc. res.), mas no las planillas restantes (fs. 9/30 idem)-, toda vez que la atestación del notario -puesta el 21/8/07, es decir con mucha posterioridad a los hechos a los que las tarjetas se habría referido- se limitó a certificar que el documento adjunto de dos fojas era “copia fiel de su original” (fs. 8 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 del trabajador. 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. 105, resps. a las grales. de la ley y a la 12da. preg.). Tampoco conmueven esa declaración jurada los dichos de J. A. B. , 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. 106 vta., resp. a la repreg. 2da.). Igualmente inhábil a

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

dicho fin ha sido la deposición de M. A. S. , visto que, si bien dijo que la empresa las abonaba, refirió tal manifestación a su caso personal, lo que veda extender la afirmación a otros trabajadores (fs. 107 vta., resps. a las pregs. 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 el actor a la declaración jurada de él.---------- 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. 105/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 el demandante 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, dada la continuidad y permanencia suya en relación con la demandada, él debe ser encuadrado 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 el actor debía ser considerado personal mensualizado de la empresa por la extensión temporal de su relación con ella, 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 del actor 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 el demandante, se desempeñaba como peón y "camarista" luego, enmarcado entonces en el art. 10, categorías nros. 1 y 2 de la convención; mal puede darse un cambio de categoría sin la correlativa modificación de la función cumplida.- ----------

Donde sí acompañaré al actor es en su crítica a la decisión del "a quo" de computar como horas extraordinarias de trabajo únicamente las cumplidas tras haber alcanzado el operario 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 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

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.---------- Llegamos así a la cuestión de los valores unitarios a asignar a esas horas extraordinarias. A diferencia de un caso anterior fallado por este tribunal, en el que la categoría de la trabajadora no estaba cuestionada y el valor atribuido por el “a quo” a la hora simple -base de cálculo de las otras- no pudo ser revisado por la alzada ante la ausencia de una crítica concreta y razonada por aquella apelante (arts. 265, 266, 271 C.P.C.C.), en esta especie será menester determinar dichos valores unitarios de oficio. Es que al ser acogido el primero de los agravios del aquí actor y serle reconocida entonces su pertenencia a la categoría n° 2 del art. 10 C.C.T. 372/04, resulta imprescindible establecer cuál era el salario horario para la misma, tema que obviamente el sentenciante de origen no trató dada su decisión de mantener al trabajador dentro de la categoría n° 1 de la normativa indicada.---------- Pues bien, ninguna prueba acerca de ese monto fue arrimada a los autos, de manera que corresponde zanjar la cuestión por aplicación del concepto de carga de la prueba, sucedáneo o sustitutivo de probanzas inexistentes (art. 377 C.P.C.C., su doc.; confr.: Rosenberg, “La carga de la prueba”, EJEA 1956, págs. 11/25, n° 3; Carnelutti, “La prueba civil”, 2da. ed., Apéndice VII, pág. 219; Devis Echandía, ob. ind., I-445, “h”; este tribunal, c. 11.644 S.D.L. 75/95, c. 16.336 S.D.L. 55/00). Precisamente para supuestos como el del subexamen nuestro ordenamiento procesal laboral consagra una concreta regla: “en los juicios donde se controvirtiera el monto por cobro de salario, sueldo u otras formas de

remuneración en dinero o en especie, la prueba contraria a la reclamación corresponderá a la parte patronal demandada" (art. 44 de la ley 69). Por tanto, frente a la ausencia de probanzas acerca del valor unitario de las horas de labor, hemos de estar a las manifestaciones del actor al demandar, 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).---------- En consecuencia, los valores a tener en cuenta serán: ---------- A) Para el período junio a noviembre de 2005: $ 10,89 para la hora extra al 50 % y $ 14,52 para la hora extra al 100 % (fs. 10/15).---------- B) Para el lapso corrido entre diciembre de 2005 a diciembre de 2006: $ 11,71 para la hora extraordinaria al 50 % y $ 15,61 para la hora extraordinaria al 100 % (fs. 16/28).---------- C) Para el ciclo transcurrido entre enero y mayo de 2007: $ 12,71 para la hora suplementaria al 50 % y $ 16,95 para la hora suplementaria al 100 % (fs. 29/33).------ 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 el actor 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 el trabajador 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

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 el demandante 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 los auténticos haberes que por horas extras devengó.---------- Lleva razón este 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 multiplicación por 200 horas (art. 11 del C.C.T. 372/04), y el plus por zona desfavorable (art. 21 ídem)- y elementos variables -en el subexamen la remuneración de las horas extras cumplidas y el adicional por presencia-, 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. 156, párr. 2°, el “a quo” descartara el planteo de inconstitucionalidad de dicho límite máximo formulado por el actor 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 del demandante, 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 el actor vencedor, que se vio impedido 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.

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

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 es notable. 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 remuneraciones estuvieron compuestas por los elementos fijos salario básico horario y plus por zona desfavorable y los elementos variables horas extras cumplidas y presentismo. De la declaración jurada del trabajador -de cuya habilidad probatoria ya me he ocupado- surge que la mensualidad en que más devengó como adicional por presencia y mayor cantidad de labor en tiempo suplementario desarrolló fue la de diciembre de 2006, con 69,53 horas al 50 % y 137,16 horas al 100% (fs. 28) . Si esas cantidades de horas las multiplicamos por el valor unitario de ellas -$ 11,71 para las al 50 % y $ 15,61 para las al 100 %- arribamos a que la retribución de las horas extraordinarias alcanzaría a $ 2.955,25 Adicionado a tal guarismo el salario básico de $ 1.300,75, el plus por zona desfavorable de $ 260,15 y el presentismo de $ 199,41, llegamos a un total de $ 4.715,56 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 $ 3.159,42. 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 importaría una degradación insoportable del derecho del trabajador que justifica la declaración de su inconstitucionalidad en la aplicación del mismo al caso.---------- VII.- Quejóse el actor 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, el demandante resulta acreedor 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. 1.433/05).---------- VIII.- Impugnó igualmente el 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 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. 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. 6 vta. aseveró el actor haber intimado a la demandada, mas ni identificó siquiera porqué medio de comunicación lo habría hecho. Tampoco aparece en la documentación de autos intimación alguna, pues el trabajador sólo anejó la carta documento mediante la cual la empresa lo despidió directamente, mas ninguna que él remitiera a la última (v. fs. 7 vta., cap. VII, pto. 1).---------- Al afirmar haber intimado a la empleadora el actor 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

su prueba (“Derecho procesal civil”, 3era. ed., 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.), so pena que el hecho aseverado sea considerado inexistente.---------- 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.---------- IX.- 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 la reclamación del agravamiento indemnizatorio establecido en el art. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones, la que debe 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 suplementarias descriptas en los cuadros de fs. 10/33 con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C.T. 372/04, fijándose el valor de esas horas para el período junio a noviembre de 2005 en $ 10,89 para la hora extra al 50 % y $ 14,52 para la hora extra al 100 %; para el lapso corrido entre diciembre de 2005 a diciembre de 2006 en $ 11,71 para la hora extraordinaria al 50 % y $ 15,61 para la hora extraordinaria al 100 %; y para el ciclo transcurrido entre enero y mayo de

2007 en $ 12,71 para la hora suplementaria al 50 % y $ 16,95 para la hora suplementaria al 100 %.---------- B) Determinar la diferencia impaga en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., tomando como base de cálculo la suma de $ 4.715,56 -la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador, correspondiente al mes de diciembre de 2006- y sin atender al tope legal de dicho artículo, que se declara inconstitucional en aplicación al caso.---------- 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.--------
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. 174 vta./175 vta.).----------
---------- En autos el actor resultó triunfante en seis pretensiones de las ocho que acumulara -la salarial por horas extraordinarias y las indemnizatorias fundadas en los arts. 245, 232, 123 y 156 L.C.T. y 16 de la ley 25.561-, además de en su planteo de inconstitucionalidad, y vencido 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

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 al actor 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, el demandante logra triunfar en cinco de sus siete agravios, mientras que la demandada resulta derrotada en cuatro de los cinco que de su lado 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).----------
---------- Me pronuncio pues en esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.---- **A LA MISMA PRIMERA CUESTION**, el Dr. López Mesa dijo: ---------- Que la sentencia de grado acogió parcialmente el reclamo por diferencias salariales originadas en una deficiente liquidación de horas extras laboradas y francos compensatorios no gozados y también por diferencias constatadas en las indemnizaciones derivadas del despido; el juzgador a quo rechazó, por el contrario, los reclamos de agravamientos indemnizatorios establecidos en el art. 16 de la ley 25.561 -prorrogado por el art. 4 de la ley 25.972- y en el art. 2 de la ley 25.323.-------- Que contra dicha sentencia se alzan ambas partes –a fs. 158 la actora y a fs. 171 la demandada-,

siendo concedidos los respectivos recursos a fs. 159 y 172, y fundados respectivamente a fs. 160/167 vta. y 173/175 vta.----------

--- Se agravia en primer término la actora de la decisión adoptada por el juez de grado respecto de su categoría laboral, apuntando que está probada en la causa la pertenencia de su parte a la categoría N° 2 del personal jornalizado, en virtud de su desempeño como operario de cámara de congelado, ocupación que en la jerga se conoce como "camarista". El resto de sus agravios será directamente espigado en mi voto al darles tratamiento, medida que se justifica por razones de brevedad y a fin de no reiterar la mención de los mismos.---------- El demandado se agravia en cambio de la concesión del reclamo de horas extras realizado por el actor, entendiendo que no se encuentra probada su realización. En segundo lugar cuestiona la concesión de montos por francos compensatorios no gozados, impugnando el rubro concedido y finalmente cuestiona la asignación de costas a su parte en la medida en que se la hiciera, por entender que la medida en que progresa la demanda es muy inferior al porcentaje de costas que se asignara a su parte.----------

--- Que corrido traslado de las expresiones de agravios de cada parte a su contraria, a fs. 176/177 es contestado el recurso de la actora, no siendo en cambio evacuado la actora el traslado del recurso de la demandada.----------

--- Ingresando al análisis del primer agravio de la actora, encuentro que la crítica que ella hace al decisorio es atinada y merecerá acogida. Si bien es cierto que los testigos C. , B. , S. y l. (cfr. fs. 105, 106, 107 vta. y 121) le atribuyeron al accionante la categoría N° 1 de revista, como condición de peón general, no es menos cierto que otro testigo, el Sr. C. M. M. , afirmó que el trabajador cumplía tareas como operario de las cámaras de congelado (cfr. 95 de autos).----------

Analizando con detenimiento este testimonio surge que dicho testigo preguntado para que diga *"si conoce las funciones que desempeñaba S. P. en la planta de A. "* (pregunta octava del interrogatorio obrante a fs. 96 de la causa "Gaido, Flavia Carina c/ A. S.A. s/diferencia de haberes e indemnización de ley", expte. 9.440, año 2007 del Juzgado en lo Laboral de esta ciudad, que he

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

tenido a la vista al momento de proyectar el voto) contestó textualmente que: *"él comenzó siendo un peón, los primeros tres meses del contrato, pero ahí ya se lo empieza a trabajar en las cámaras y hasta la fecha en que yo estuve en la planta que fue septiembre de 2006, él seguía cumpliendo funciones de camarista"* (cfr. fs. 95 -respuesta a la octava pregunta-).---------- Analizados en detalle los diversos testimonios ya mencionados, no puede dudarse en asignarle mayor entidad a la declaración del testigo M. , colocándola en cuanto a peso convictivo por sobre las deposiciones de los testigos C. , B. , S. y I. , que si bien son cuatro, sus declaraciones carecen de la significatividad de la de M. y además, debe tenerse en cuenta que el testigo M. fue compañero de labores del actor, al laborar juntos como camaristas (cfr. fs. 95, respuesta a la segunda pregunta), con lo que tomó contacto de visu y en forma diaria y personal con todos los hechos que declara, en tanto los restantes testigos no poseían ese contracto permanente con el actor, al desempeñarse los declarantes en labores administrativas o de encargados de planta (cfr. fs. 105, respuesta a la pregunta decimoquinta, fs. 106, respuesta a la cuarta pregunta, fs. 107vta., respuesta a la primera pregunta; fs. 121 vta., respuesta a la decimosexta pregunta).---------- Es así que, aun cuando el actor no fue ascendido a la categoría N° 2 prevista en el art. 10 C. C. T. 372/04 -pagándosele el sueldo como encuadrado en la categoría 1ª, la realización por él de labores diferentes a las peón y enmarcadas en otra categoría de mayor relevancia y sueldo le otorgaron el derecho a percibir el salario de esta última, a mérito de lo dispuesto en los arts. 27 y 48 del C.C. T. aplicable al caso).---------- De tal suerte, deben recalcularse los salarios reclamados por el actor, utilizando al efecto el valor horario básico propio de la categoría 2 del art. 10 de la convención colectiva de trabajo Nro. 372/04.---------- Dejando dicho agravio atrás, ingresaré al primer cuestionamiento de la demandada al reconocimiento por el juez de grado al actor del total de las horas extras reclamadas por él. En descargo de su responsabilidad, adujo la accionada que el reloj fichador de las entradas y salidas del personal existe, que las tarjetas y planillas horarias presentadas están certificadas por escribano, que la declaración jurada prestada

por la trabajadora sólo crea una presunción "iuris tantum", que ha sido desvirtuada en autos por el testimonio de diversos declarantes y que la existencia de un convenio de compensación de débitos y créditos por horas extraordinarias de labor fue probada aquí, resultando la validez de tal convenio declarada por la jurisprudencia de nuestros tribunales.---------- Anticipo que el agravio no merece acogida y así lo sostendré, de acuerdo a los fundamentos que expondré seguidamente. En primer término, conforme al texto del art. 57 de la C. C. T. mencionada supra, la declaración jurada del obrero adquiere relevancia, al compás de la falta de acreditación de los horarios de labor efectivamente cumplidos por el empleado. Ese es el supuesto de autos, ya que el desperfecto del reloj fichador hace que no se pueda contar con tarjetas de control de horarios fiables, y las copias de las tarjetas y planillas que las suplantan fueron desconocidas por la actora en su autenticidad (fs. 52), no habiendo sido acreditada en autos la exactitud de sus menciones.---------- Esta irrelevancia de las tarjetas y planilla sustitutivas de las constancias del reloj fichador para resolver sobre las horas extras en autos no es alterada porque las copias presentadas fueran certificadas por un notario –y sólo una parte de ellas, correspondientes al período enero-julio de 2006 (cfr. fs. 6/8 de la documental reservada)-, dado que el escribano se limitó a certificar la fidelidad del documento adjunto a su original, pero sin poder –obviamente- dar fe del contenido de éste, ya que para ello el escribano debió haber permanecido 24 horas cada día de los períodos que certificara y tomar razón de los efectivos ingresos y egresos de personal, lo que constituye un dislate.---------- De tal manera la certificación practicada por el escribano no mejora la eficacia probatoria de las constancias arrimadas por la demandada, no siendo aplicable a ellas el art. 993 Cód. Civ., pues el notario sólo dio válidamente fe de la fidelidad de las copias con sus originales, no pudiendo acreditar la veracidad de los datos consignados en los documentos que certificara, al tratarse de hechos no realizados en presencia del escribano ni, menos, realizados por él.---------- Es dable recordar que, conforme edicta el art. 993 C.C., el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, de la existencia material exclusivamente de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como

cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. Y ninguno de ambos extremos de hecho se cumple en autos, con lo que no es aplicable la norma a las constancias traídas por la accionada, lo que produce que ellas carezcan de fe por sí mismas y al haber sido negadas en su autenticidad por la contraria, carecen de virtualidad en este caso.---------- Ello así, se carece en este caso de documentos hábiles y conducentes sobre el horario efectivamente cumplido por la actora, lo que agiganta la importancia de la declaración jurada de ella, la que es dable aquí consignar no ha sido desmerecida, aminorada o deshecha por prueba contraria obrante en la causa.---------- En tal supuesto, ha sido correcta la decisión del magistrado de instancia de fijar las horas suplementarias cumplidas por el actor, en consonancia con la declaración jurada de éste, pues a falta de otros elementos de prueba, ella resulta indiscutible.----- Ingresando al siguiente punto planteado por la accionada, relativo al convenio de compensación de débitos y créditos mencionado por esa parte, es dable aseverar liminarmente que dicho convenio no fue acreditado debidamente en cuanto a su formalización y alcance, lo que lleva al deber de prescindir de tal alegación, no advirtiéndose error en la sentencia de grado en este punto. No se opone a esta aseveración la declaración obrante en autos a fs. 105/vta. (respuesta a las preguntas decimotercera y vigésima), pues el testigo declarante allí no puede brindar testimonio directo sobre hechos sucedidos fuera de su presencia. Y como no está probada la existencia y alcance de dicho convenio, constituiría un sinsentido abundar en consideraciones sobre él.---------- Sentado que hay ningún óbice para el pago de horas extras al aquí actor, debe darse el paso siguiente y, entonces, analizar cuáles de esas horas deben liquidarse con recargos y a qué valor.---------- El actor se agravio de que las horas extras concedidas en pago se limitaran a las que excedieron las comprendidas en el salario garantizado del art. 87 C.C. T. 372/04. Argumentó el apelante que vista la continuidad y permanencia suya en relación con la demandada, su parte debe ser encuadrada como personal mensualizado, por lo que su estipendio debe calcularse de acuerdo al art. 12 "in fine" de la convención colectiva citada y sobre esa base obtener el valor base de cálculos

de las horas extra.---------- No puede entrarse a analizar si corresponde o no considerar personal mensualizado al actor, puesto que se trata de un hecho no propuesto a la decisión del juez de primera instancia, lo que lo encuadra en el art. 277 CPCyC e impide tratarlo aquí.---------- Si gozará de acogida, en cambio, la impugnación del actor apelante a la decisión del juez de instancia de computar como horas extraordinarias de trabajo sólo aquellas cumplidas luego de superado el salario mensual garantizado. Analizada la cuestión con detenimiento advierto que el adoptado por el juez a quo no es el criterio plasmado por la convención colectiva, que remite a la LCT en este punto.----------

--- 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.---------- Como lo dijera en mi voto de la causa “G. , I. E. c/ A. S.A. s/ Dif. de hab. e Indem. de ley” (Expte. n° 22.848 - año: 2008, sentencia registrada al Nro. 53 de SDL 2008, Sala A), 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.---------- Dije allí también que quienes 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.). Y aseveré

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

luego que 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 (cfr. mi voto de la causa “G. , I. E. c/ A. S.A. s/ Dif. de hab. e Indem. de ley”, sentencia registrada al Nro. 53 SDL de 2008),.---------- 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.---------- Pero debe darse otro paso más y definirse el valor base de dichas horas extras. Dicha determinación debe hacerse necesariamente de oficio, dada la modificación de la sentencia de grado en cuanto a la categoría de revista reconocida al actor, aspecto que influye en este tópico.---------- Y no allegada probanza alguna en abono de su valor, resulta aplicable al caso la norma prevista en el art. 44 de la ley de rito laboral provincial, que estatuye que "*en los juicios donde se controvirtiera el monto por cobro de salario, sueldo u otras formas de remuneración en dinero o en especie, la prueba contraria a la reclamación corresponderá a la parte patronal demandada*". Coincido con el Dr. Velázquez en su criterio de que ante la ausencia de probanzas acerca del valor unitario de las horas de labor, debe estarse a las manifestaciones del actor realizadas al demandar.---------- Resulta de aplicación a este caso el criterio plasmado en diversos votos de mi autoría en sentencias de esta Sala sobre que la carga de la prueba es un imperativo del propio interés, que pesa sobre cada uno de los litigantes para que acrediten la verdad de sus afirmaciones respectivas, mediante su propia actividad, si quieren evitar la pérdida del proceso, pues ella no es otra cosa que la necesidad de probar para vencer, y el riesgo de no probar es perder el litigio (esta Sala, mi voto, en sentencia del 13/8/08, in re “M. , R. G. y otro c/ S. s/

cobro de pesos laboral"; registrada bajo el Nro. 52 de 2008 SDL; ídem, 23/9/08, in re "A. , S. A. c/ S. , H. y otro s/ cobro de pesos – laboral", registrada bajo el Nº 59 de 2.008 – SDL; en igual sentido, Cám. CC Neuquén, Sala 1ª, 15/2/96, "F. , O. E. c/ A. D. G. e H. S.R.L.", en Juba sum. Q0000027; ídem, 18/5/95, "C. , A. M. y otro c/ H. , D. O. y otro", en Juba sum. Q0000902).---------- Ajustando dicho criterio al caso de autos, debe dejarse sentado que el riesgo de no probar, cuando se tiene la carga de hacerlo, es fracasar en la pretensión. En este caso, ante la falta de prueba arrimada por el accionado y a tenor de lo dispuesto por el art. 44 de la ley 69, deberá estarse a las manifestaciones del actor en la demanda, Ello asi, los valores a considerar para el cálculo de horas extras serán los que siguen: ----------

---**1) Horas laboradas en el período Junio/Noviembre de 2005:** se tomará como base un valor de $ 10,89 para la hora extra al 50 % y de $ 14,52 para la hora extra al 100 % (cfr. fs. l0/15).---------- **2) Horas laboradas desde Diciembre de 2005 a diciembre de 2006:** se tomará como base un valor de $ 11,71 para la hora extra al 50% y de $ 15,61 para la hora extra al 100 % (cfr. fs. 16/28).----------

--- **3) Horas laboradas entre enero y mayo de 2007:** se tomará como base un valor de $ 12,71 para la hora incrementada al 50 % y de $ 16,95 para su similar al 100 % (cfr. fs. 29/33).---------- Resuelto lo anterior, procede tratar el agravio de la accionada respecto del reconocimiento al actor del incremento salarial por francos compensatorios no gozados, aspecto en que la impugnación saldrá triunfante.----------

--- Resulta de aplicación el art. 207 LCT que dispone:"*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 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*

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

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. G. 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" (G. , 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" (G. , Julio Armando, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", Edit. Depalma, Buenos Aires, 2003, T. I. Nro. 5609/14310, versión online).---------- La parte actora de autos no ha dado cumplimiento a las mandas del art. 207 LCT, motivo por el cual no cabe reconocerle este rubro. El actor no ha probado que no se le hayan concedido tales francos. Por el contrario, existen testimonios (cfr. fs. 126 vta, respuesta a la pregunta decimosexta; fs. 127 vta., respuesta a la pregunta décima) que acreditan lo contrario.---------- Pero el valladar insuperable para esta pretensión del actor era que el mismo no ha demostrado no haber ejercido su derecho a tomar el franco por una decisión que no era suya, comunicándolo formalmente a la empleadora en la semana siguiente a aquella en que debió otorgársele el descanso compensatorio. Ello así, su derecho al cobro de francos compensatorios ha caducado de pleno derecho y así debe declararse aquí. Evidentemente no ha reparado en ello el juez de grado al conceder un monto por el rubro, el que al ser indebido, debe ser desagregado de la condena, modificándose la sentencia revisada en este sentido.----------Se agravió asimismo la parte actora en su recurso de la forma de liquidación de la indemnización contemplada por el art. 245 L.C.T., expresando que a ese fin debiera tomarse en cuenta los auténticos haberes que por horas extras le corresponden a la actora.---------- 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 montos que por ellas se devengó, a tales importes habrá de atenderse para calcular la indemnización del art. 245 L.C.T. Es que, 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, como ya lo dijera en mi voto de la causa “G. , I. E. c/ A. S.A. s/ Dif. de hab. e Indem. de ley” (Expte. n° 22.848 - año: 2008, sentencia registrada al Nro. de 2008), y cuadra repetir aquí, vista la identidad sustancial *en este aspecto* de ambas litis.--------- 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, “Boixader, Eduardo v. Multicanal 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 mis votos en sentencias 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. y de la causa “G. , I. E. c/ A. S.A. s/ Dif. de hab. e Indem. de ley”, registrada al Nro. 53 SDL de 2008).---------- 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.----------

--- Es así que el tope puesto a la base de cálculo por el art. 245, párr. 2° L.C. T. es el de $ 2.855,91 determinado por la Resolución (S. T.) N° 284/04 para la zona del Chubut. Coincido con el Dr. Velázquez sobre que es exacto lo señalado por la demandada en su recurso acerca de que 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 posible aplicar por analogía (doc. del art. 16 L. C. T .). a una zona diferente a la tenida en consideración al celebrarlo, como es esta zona del Chubut, en la que rige el tope establecido por el art. 2 de la Res. (S. T.) N° 284/04, que aprobara 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.---------- El cambio de tope tomado en cuenta aquí renueva la virtualidad del planteo de inconstitucionalidad de dicho tope introducido por la accionante en su escrito liminar. Y en aras de dar tratamiento a ese planteo de inconstitucional cabe afirmar que el mismo podría ser acogido sí y sólo sí quedara demostrado en autos que por aplicación del tope la acreencia debida al actor sufre un detrimento que vaya más allá del 33% de lo debido al mismo (cfr. CSJN, 14/9/04, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA”, en D. T. 2004-B-1211), doctrina aplicada recientemente por esta Sala en una sentencia donde la demandada es la misma que aquí (sentencia del 21/8/08, in re “G. , I. E. c/ A. S.A. s/ Dif. de hab. e Indem. de ley”, registrada al Nro. 53 SDL de 2008),

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

aunque en ese caso con resultado sustancial diferente al que sucederá aquí, diferencia que se justifica por las particularidades de uno y otro caso.---------- ---------- En lo que aquí interesa, en este caso la "pulverización" del crédito es tangible y significativa, como ha demostrado el vocal preopinante. Tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida por el actor en el mes de Diciembre de 2006, y se aplica a las horas extras trabajadas por el actor ese mes los valores unitarios definidos supra para las horas al 50% y al 100%, se obtiene en concepto de horas extras la suma de $ 2.955,25, que sumado al salario básico de $ 1.300, 75, al plus por zona desfavorable de $ 260, 15 y al presentismo de $ 199,41, se obtiene un total de pesos cuatro mil setecientos quince con cincuenta y seis ($ 4.715,56), que sería la base de cálculo del art. 245 párr. 1° L.C. T, sin la aplicación tope o techo alguno.---------- ---------- Si se piensa que el tope vigente para la actividad en que se desarrollara el actor en Chubut, según el art. 2 de la Res. (S. T.) N° 284/04, es de $ 2.855,91, la reducción a la indemnización por aplicación del tope excedería largamente el 33% para casi tocar el 40%, en rigor, siendo del 39,44% tal reducción, lo que lleva a pensar que su aplicación importaría una degradación insoportable del derecho del trabajador que justifica la declaración de su inconstitucionalidad en la aplicación del tope a este caso, al contrariar su implementación al mismo el precedente de la CSJN ya citado.---------- ---------- Luego, el actor cuestiona el rechazo de su reclamo relativo a la aplicación del 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 a este caso. También este agravio habrá de prosperar. ---------- 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 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, el 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, debiendo ascender el rubro debe 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).---------- Se agravió asimismo el actor del rechazo de la aplicación del art. 2 de la ley 25.323 a este caso, esgrimiendo que la norma no exige para su aplicación que el empleador haya dejado de abonar en su totalidad las indemnizaciones derivadas del despido. En este ataque, el apelante no goza de razón, por lo que el agravio no será acogido, bien que por motivos diversos a los dados por el a quo.---------- En mi voto de la causa “C. , C. A. c/ S. S.A. s/ Indem. de ley”, fallada por esta Sala el 31/7/08, y registrada bajo el Nº 49 de 2.008 – SDL), tuve ocasión de desarrollar extensa y profundamente el tema de los requisitos para la aplicación de esta norma. Recordé allí que 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%*”.----------Sostuve luego en ese voto que la imposición al patrón de una multa encuadrable en el art. 2 ley 25323,

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

según dicha norma, tiene tres presupuestos básicos: ---------

--- **a) falta de pago de indemnizaciones debidas al trabajador por el patrón**. Este presupuesto se encuentra cabalmente cumplido en autos, toda vez que todavía el empleado no ha percibido su acreencia. ----------

--- **b) Que el trabajador se haya visto obligado a iniciar acción judicial para percibir su crédito**.---------- Esta situación también se da en autos, no dándose ninguna excepción.----------

--- **c) Intimación fehaciente por el trabajador a su empleador en el que se le exige el cumplimiento de sus obligaciones.**----------

--- La norma dice concretamente **"intimación fehaciente", es decir que la remisión de una intimación fehaciente es requisito esencial para la percepción de este agravamiento indemnizatorio el que,** al tratarse de un beneficio excepcional es de interpretación restrictiva, por lo que no puede soslayarse el incumplimiento de este recaudo.----------

--- 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, "Mouls, Jorge Argentino c. Lafuente Combustibles 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, "Ibañez, María E. c. Apremmda S.R.L.", DJ 04/10/2006, 369).---------- Y es allí donde falla la pretensión actora sobre este

agravamiento indemnizatorio, pues no luce en autos una intimación al empleador que cumpla con los recaudos de esta norma. No suple esa falta la manifestación del actor de fs. 6vta. sobre que intimó a la demandada, sin identificar siquiera el medio por el que se practicó la intimación. No existiendo pruebas de su realización ni de sus términos, no puede acogerse este reclamo, pues no se cumple un requisito esencial para la aplicación del art. 2 de la ley 25323.---------- Todo lo expuesto con anterioridad, demuestra que procede en autos la modificación parcial de la sentencia apelada en los siguientes aspectos: ----------

---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 ha de desestimarse; ----------

---d) el rechazo de la reclamación del agravamiento indemnizatorio establecido en el art. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones, la que debe prosperar.---------- En los restantes aspectos motivo de cuestionamiento procede la confirmación del fallo apelado, ---------- Y en consideración a la dificultad de la determinación de los diversos montos que integran la condena, es menester diferir para la etapa de ejecución tal liquidación, debiendo intervenir un perito contador (art. 516 C.P.C.C.) al efecto.------ Para que la labor de éste se oriente según pautas claras y objetivas, se le suministrarán al mismo seguidamente, las que habrá de seguir para liquidar las acreencias debidas al actor de autos. Tales las siguientes: ---------- 1) Las diferencias entre las remuneraciones por horas extras percibidas por la actora y las que surjan de liquidarlas nuevamente, de acuerdo a la cantidad de horas contenidas en los cuadros de fs. 10/33, se determinarán con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C. T. 372/04, tomando como base los valores unitarios de dichas horas, según los períodos en que fueron realizados, contenidos supra en mi voto.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- 2) Fijar la diferencia insoluta en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., tomando como base de cálculo la suma de $ 4.715,56 -la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que tuviera derecho el trabajador, correspondiente al mes de diciembre de 2006- y sin aplicarle el tope legal de dicho artículo, dada su inconstitucionalidad.---------- 3) Establecer las diferencias impagas que existieran 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 el monto del incremento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, en el equivalente al 50% de la indemnización del art. 245 L.C. T.---------- Dada las importantes modificaciones efectuadas en este decisorio a la sentencia de grado, la imposición de costas allí efectuada ha perdido virtualidad, debiendo readecuarse la incidencia de tales gastos causídicos al nuevo resultado del pleito (art. 279 C.P.C.C.).---------- Coincido con el Dr. Velázquez sobre que de acuerdo al resultado del pleito, a la procedencia de algunos rubros reclamados y rechazo de otros, la prudencial distribución de las costas a que da lugar tal resultado, de acuerdo al art. 71 C.P.C.yC. no puede plasmar un materialismo de exactitud matemática, que equipare porcentajes de montos reclamados con montos que prosperan y sobre éstos últimos y sin ninguna corrección se apliquen las costas en base a un criterio meramente aritmético.---------- Por el contrario, la imposición de costas en éste y en casos similares, debe hacerse a partir de un enfoque global del resultado del litigio y valorando las costas con criterio jurídico. De tal modo y según ese esquema, para la imposición de costas, pesa tanto la entidad económica de cada una las pretensiones introducidas a la litis, como el número de ellas que progresan o son rechazadas. Y, ello así, coincido con la propuesta del vocal preopinante sobre que sopesadas las cuestiones articuladas por las partes, su importancia jurídica y contenido cuantitativo, lleva a disponer la distribución de las costas generadas en autos, imponiéndose éstas en un 80 % a la demandada y en un 20 % a la accionante.----------

---------- En cuanto a los estipendios profesionales de primera instancia, en atención a la extensión, calidad, eficacia de las labores desarrolladas por cada profesional, considero que corresponde regular dichos honorarios en los siguientes porcentajes: para los Dres. H. A. A. , D. F. P. y D. G. L. en las sumas respectivas equivalentes al 19,20 %, al 11,80 % y a1 4,10 % del monto del proceso que se determine (arts. 6, 7, 9, 13, 19, 47, Ley 2.200).----------
--- En lo relativo a las costas de esta instancia, existiendo también un vencimiento parcial y mutuo, que sopesado según las pautas dadas supra, amerita similar imposición a la de grado (art. 71 C.P.C.C.).----------
---------- Por último, los estipendios de alzada han de ser fijados, de acuerdo a la eficacia, extensión y resultado de las labores profesionales respctivas en los siguientes porcentajes: para el Dr. H. A. A. , en el 5,80 % ; para la Dra. D. F. P. en el 3,20 % y para el Dr. D. G. L. en el 1,15%, en todos los casos del monto del proceso que se determine en ejecución de sentencia (arts. 6, 7, 9, 13, 14, 19 y 47, Ley 2.200).----------
---------- Por las razones expuestas, a la primera cuestión, voto PARCIALMENTE 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 la reclamación del agravamiento indemnizatorio establecido en el art. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones, que prospera.----------
---------- 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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

horas suplementarias descriptas en los cuadros de fs. 10/33 con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C.T. 372/04, fijándose el valor de esas horas para el período junio a noviembre de 2005 en $ 10,89 para la hora extra al 50 % y $ 14,52 para la hora extra al 100 %; para el lapso corrido entre diciembre de 2005 a diciembre de 2006 en $ 11,71 para la hora extraordinaria al 50 % y $ 15,61 para la hora extraordinaria al 100 %; y para el ciclo transcurrido entre enero y mayo de 2007 en $ 12,71 para la hora suplementaria al 50 % y $ 16,95 para la hora suplementaria al 100 %.------- B) Determinar la diferencia impaga en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., tomando como base de cálculo la suma de $ 4.715,56 -la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador, correspondiente al mes de diciembre de 2006- y sin atender al tope legal de dicho artículo, que se declara inconstitucional en aplicación al caso.--------

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.---

--- 4) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en un 80 % y al actor en un 20%.----------
---------- 5) 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.--------
---------- 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 Dr. López Mesa dijo: ----------
----

--- En vista de la coincidencia existente entre ambos votos, corresponde dictar el siguiente pronunciamiento: ----------

--- 1) Modificar parcialmente la sentencia apelada en los siguientes aspectos: ----

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 ha de desestimarse; ----------

d) el rechazo de la reclamación del agravamiento indemnizatorio establecido en el art. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones, la que debe prosperar.----------

------- 2) Confirmar el fallo apelado, en los restantes aspectos motivo de cuestionamiento. ----------

------- 3) Diferir para la etapa de ejecución la liquidación de los rubros debidos al actor, debiendo intervenir un perito contador al efecto, el que se sujetará a las siguientes pautas en dicha labor: ----------

a) Las diferencias entre las remuneraciones por horas extras percibidas por la actora y las que surjan de liquidarlas nuevamente, de acuerdo a la cantidad de horas contenidas en los cuadros de fs. 10/33, se determinarán con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C. T. 372/04, tomando como base los valores unitarios de dichas horas, según los períodos en que fueron realizados, contenidos en mi voto a la primera cuestión.----------

---------- b) Fijar la diferencia insoluta en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., tomando como base de cálculo la suma de $ 4.715,56 -la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que tuviera derecho el trabajador, correspondiente al mes de diciembre de 2006- y sin aplicarle el tope legal de dicho artículo, dada su

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

inconstitucionalidad.---------- c) Establecer las diferencias impagas que existieran 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) Determinar el monto del incremento indemnizatorio del art. 16 de la ley 25.561, en el equivalente al 50% de la indemnización del art. 245 L.C. T.---------- 4) Readecuar la imposición de costas efectuada en la instancia anterior al nuevo resultado del pleito decidido en esta instancia (art. 279 C.P.C.C.).---------- 5) Distribuir las costas correspondientes tanto a esta instancia como a la anterior en un 80 % a la demandada y en un 20 % a la accionante.---------- 6) Regular los estipendios profesionales de primera instancia, en los siguientes porcentajes: para los Dres. H. A. A. , D. F. P. y D. G. L. en las sumas respectivas equivalentes al 19,20 %, al 11,80 % y a1 4,10 % del monto del proceso que se determine (arts. 6, 7, 9, 13, 19, 47, Ley 2.200).---------- 7) Regular los estipendios de alzada en los siguientes porcentajes: para el Dr. H. A. A. , en el 5,80 % ; para la Dra. D. F. P. en el 3,20 % y para el Dr. D. G. L. en el 1,15%, en todos los casos del monto del proceso que se determine en ejecución de sentencia (arts. 6, 7, 9, 13, 14, 19 y 47, Ley 2.200).----------

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

------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, Textos ley 4550).----------

------- Trelew, 02 de octubre 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**: ----------

--- 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 la reclamación del agravamiento indemnizatorio establecido en el art. 16 de la ley 25.561 y sus modificaciones, que prospera.---------- 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: ---------- 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. 10/33 con los recargos determinados por los arts. 201 L.C.T. y 54 del C.C.T. 372/04, fijándose el valor de esas horas para el período junio a noviembre de 2005 en $ 10,89 para la hora extra al 50 % y $ 14,52 para la hora extra al 100 %; para el lapso corrido entre diciembre de 2005 a diciembre de 2006 en $ 11,71 para la hora extraordinaria al 50 % y $ 15,61 para la hora extraordinaria al 100 %; y para el ciclo transcurrido entre enero y mayo de 2007 en $ 12,71 para la hora suplementaria al 50 % y $ 16,95 para la hora suplementaria al 100 %.----------

B) DETERMINAR la diferencia impaga en el monto correspondiente a la indemnización del art. 245 L.C.T., tomando como base de cálculo la suma de $ 4.715,56 -la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador, correspondiente al mes de diciembre de 2006- y sin atender al tope legal de dicho artículo, que se declara inconstitucional en aplicación al caso.-------- 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.-

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

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- 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. VELÁZQUEZ – MARCELO J. LOPEZ MESA

REGISTRADA BAJO EL Nº 67 DE 2.008 – SDL.- Conste.-
c.

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA