000051/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“D., E. D. c/ A. S.A. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley” (Expte. 51 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 198.---------- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:---------- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 178, que fuera concedido a fs. 179, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 172/175 y vta. que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por E- D. D. y condenó a A. S.A. al pago de la suma que determine la pericia contable a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia según las pautas fijadas en los considerandos, con más sus intereses, en concepto de diferencias en la liquidación de horas suplementarias, francos compensatorios, y rubros que componen la liquidación final y las indemnizaciones por despido, con imposición de costas a cargo de la vencida respecto del monto de condena.----------

--- La expresión de agravios luce a fs. 180/184 y vta., el traslado conferido a fs. 185 no fue evacuado por su contraria, y sostiene la apelante que la sentencia decide hacer lugar al 100% de las horas extras reclamadas al señalar el a quo que su parte no habría cumplido con la obligación convencional de tener un reloj de pared y tarjetas para que los trabajadores registraran su ingreso y egreso del establecimiento. Manifiesta que por el contrario se demostró con la prueba testimonial recogida que este reloj y tarjetas si existían, aunque a veces no funcionaran, por lo que es falso que no se cumpliera con dicha obligación convencional. Sostiene que si bien la actora negó en forma genérica la autenticidad de las planillas horarias, que están debidamente certificadas, ello no puede obstar a que de los testimonios obrantes en autos surge el ajuste de las mismas a los hechos de la causa. Aún en el hipotético supuesto de que se entendiera que no existe documentación fehaciente para acreditar la horas extras realizadas por la actora, ello no puede conllevar a entender por exacta la declaración jurada efectuada por el trabajador, por cuanto ésta es una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada si surge fehacientemente la demostración de la falsedad de esta declaración. Afirma que esto ha sido así. La totalidad de los testigos han sido contestes en indicar que la prestación de tareas era zafrera, es decir, sólo concurrían los trabajadores jornalizados, como D., en época de verano, cuando había mercadería para procesar. Menciona al respecto los testimonios de I., C. y S., y entiende que dar completo valor a la declaración jurada del trabajador, ya no sólo de haber trabajado, sino de haber trabajado horas extras en

época de baja temporada donde no había pescado para procesar carece de todo asidero. Las horas extras es un régimen de excepción y su interpretación es restrictiva. Se requiere la prueba del hecho de la ejecución de la hora extra, no pudiendo ser suplida esta prueba, por presunciones legales. Además, la prueba debe ser exhaustiva y fehaciente. De lo expuesto surge que la realización de trabajo en exceso no puede presumirse a partir de la no presentación por parte de la demandada de las llamadas “tarjetas reloj” o planillas de ingreso y egreso. El art. 55 del CCT 372/04 no impone la obligación de registrar en el libro especial el horario de trabajo del trabajador, ni menos mediante el sistema de “tarjetas reloj” del artículo 57 que tampoco integran la documentación complementaria a que se refiere el art. 43 del Código de Comercio. El art. 57 sólo establece una presunción simple, sujeta a la apreciación judicial. Manifiesta que si se demostró que la empresa realiza actividad productiva estacional relacionada con la zafra del langostino, no se puede exigir la prueba negativa de la existencia de fichas horarias, pues durante los meses en los que no se ha trabajado ningún obrero ha fichado y/o llenado planillas horarias. Se interpretó erróneamente la normativa especial que se ajusta totalmente a la letra de la LCT y de otras leyes afines, tales como la Nº 11.544. Transcribe algunos testimonios para ilustrar sobre la arbitrariedad de la decisión, para lo cual destaca los dichos de S. y de I.. Cuestiona que el Sr. Juez de primera instancia hiciera caso omiso a estos testimonios, y además que es de público conocimiento que las empresas asociadas a la pesca artesanal del langostino trabajan durante los meses de verano. Tratándose de cuestiones de derecho se aplicaron normas inadecuadas. Si alguna hora extra debiera ser abonada no podría computarse en la época que la planta no ha trabajado o ha permanecido cerrada. Cita por caso el mes de mayo de 2005. Refiere fallos en cuanto a que las horas de trabajo que exceden la jornada normal deben ser reclamadas con precisión, determinándolas en el escrito de demanda y luego deben ser acreditadas por quien las invoca. También en lo que hace a la falta de exhibición de las “tarjetas reloj” y su alcance por no existir obligación de conservar tales constancias ni de exhibirlas, y sobre el art. 6 inc. c) de la ley 11.544 ya que sólo exige el registro de las horas extras que efectivamente se hubieran realizado, por lo que su ausencia no prueba en modo alguno que tales horas extras se hayan trabajado en forma efectiva. Cita fallo de esta Cámara con relación al hecho público y notorio de que en nuestra región la zafra del langostino se practica durante los meses de verano. Considera que es contradictoria la sentencia ante la imposibilidad de realizar horas extras en un período de inactividad total. Reitera que no se puede exigir a su parte la prueba negativa de las horas extras en períodos en los que la planta no trabajó por estar fuera de la zafra, y que la realización de horas extras es a cargo del peticionante. Sostiene en relación a la interpretación dada por el a quo relativa a la posibilidad de ser compensados en dinero los francos compensatorios que omite indicar que tales francos no pueden ser compensados en dinero si no hay un reclamo del trabajador, temporáneo, de lograr el goce de los mismos. Sostiene que es el criterio de

la legislación, doctrina y jurisprudencia, y cita fallos. Disiente con la apreciación efectuada en relación al tope que se indica como vigente ya que entiende que es el que surge de la Resolución ST 284/04 y asciende para esta provincia a $2.855,91.- La resolución 104/06 que es la indicada por el juez estableciendo un tope de $4.284,42.- homologa una escala salarial diferenciada pactada entre el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación de la Provincia de Buenos Aires y la Cámara Industrial Pesquera y Afines de Necochea y, por ende, una elevación de los topes para estas mismas partes. Señala que esta modificación no se aplica a otras partes que las firmantes ya que para las otras sigue vigente el texto original del CCT 372/04. Sostiene que el a quo dice haberse apegado en su sentencia a lo determinado por esta Cámara en los autos “D. R.”, sin embargo no receptó lo allí dispuesto en relación al tope indemnizatorio, teniendo en cuenta que los Sres. Jueces han coincidido con la postura de su parte. Finalmente se agravia de la distribución de costas ya que se aplican íntegramente a su parte sin respetar el principio de parte vencida en relación a los montos por los cuales la actora ha sido vencida en estos rubros. Solicita se revoque la sentencia recurrida en cuanto es materia de agravios, con costas.---------- 2. Tocante al reclamo por horas suplementarias corresponde señalar que el art. 57 del C.C.T. 372/04 establece que todo establecimiento tendrá a la vista del personal un reloj de pared y un fichero que deberá contar con una tarjeta por cada trabajador donde se registrará la hora de entrada y salida.---------- Ante dicha exigencia es evidente que esa obligación se encuentra incumplida por la empresa pues la propia apelante admite que el reloj a veces no funcionaba, a lo que cabe agregar que respecto a las tarjetas del actor (Nº 657) sólo acompañó copias de las correspondientes al lapso comprendido de enero a abril de 2006 y junio de 2006 (fs. 5/6 de la documental reservada).---------- A su vez, indudable surge que ese sistema de reloj y tarjetas no puede ser suplido por planillas tal como pretende la demandada al agregar las que en copia lucen reservadas a fs. 7/81.---------- Por lo demás, a pesar de que dichas tarjetas y planillas fueron certificadas por escribano público, cabe precisar que la actuación notarial fue cumplida el 25/03/2008 (fs. 82 de la documental reservada), esto es, muy posterior a los hechos que esa documental refiere, por lo que al limitarse a consignar que el documento adjunto que consta de 37 fojas “es copia fiel de su original” no resulta aplicable el art. 993 del Código Civil.---------- En efecto, el oficial público dio plena fe en cuanto a la fidelidad de las copias respecto de sus originales mas ello no alcanza a la veracidad de los datos que se consignaran en los documentos (tarjetas y planillas) pues los mismos están referidos a hechos que no se cumplieron por el funcionario o que no pasaron en su presencia.---------- Dicho de otro modo. Los horarios de ingreso y egreso del personal que reflejan las tarjetas y planillas no son actos en los cuales el oficial público haya

tenido una intervención directa. No se tratan de hechos perceptibles para el escribano.---------- Y la plena fe del instrumento público sólo alcanza a la existencia material de los hechos cumplidos por el funcionario o que han pasado en su presencia, conforme lo previsto por el art. 993 del Código Civil.---------- La plena fe de los instrumentos públicos, consagrada en el art. 993 del Código Civil, se refiere a la verdad material de los hechos presenciados por el oficial público, pero no a la realidad de esa verdad material (López Mesa, Marcelo J., “Código Civil ...”, Lexis Nexis Argentina, 2008, T. II, pág. 214).---------- El art. 993 del Cód. Civil consagra con los efectos de la plena fe hasta que sean argüidos de falsos, la existencia de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. La plena fe de que goza el instrumento público no se extiende a todas las afirmaciones del oficial público, sino solamente a lo que él ha hecho, visto u oído por suceder en su presencia y en el ejercicio de sus funciones (Bueres-Highton, “Código Civil ...”, Editorial Hammurabi, 1999, T. 2C, pág. 57).----------

--- En tales condiciones, la ausencia de la documentación exigible en materia horaria denota claramente el incumplimiento de la obligación impuesta a la empleadora por el art. 57 del C.C.T. por lo que ante tal falencia resulta aplicable la sanción impuesta en dicho artículo al prescribir que: “... A falta de tal documentación y comprobación de los horarios **se estará al juramento del trabajador si reclamara salarios por trabajos complementarios o suplementarios**. ...” (el resaltado me pertenece).----------

--- Se trata en el caso de un juramento “decisorio” establecido por el convenio colectivo de trabajo ya que esa normativa establece de modo imperativo que se estará al juramento del trabajador.----------

--- Así, el juramento es decisorio cuando una parte o la ley defiere a la declaración juramentada de la otra, la decisión sobre la existencia o las modalidades de uno o varios hechos discutidos en el proceso; es decir, cuando el juez debe estarse a lo declarado por quien lo presta. El fin del juramento decisorio es probar plenamente o fijar obligatoriamente hechos controvertidos; no define la controversia, sino que determina el contenido de la sentencia que la resuelve (Devis Echandía, Hernando, “Compendio de la prueba judicial”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, T. I, par. 159 y 161, págs. 335 y 339, respectivamente).----------

--- De tal modo, este medio de prueba fija de modo obligatorio los hechos y determina el contenido de la sentencia, y al tratarse de prueba tasada ello importa atribuirle un valor probatorio absoluto.----------

--- Es criterio de esta sala “B”, c. 22.847, S.D.L. 57/08, y c. 22.838, S.D.L. 58/08, por lo que no le asiste razón a la apelante cuando sostiene que la declaración jurada del trabajador es una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada si surge fehacientemente la demostración de la falsedad de esta declaración.----------

--- En ese contexto, no corresponde ingresar en el análisis que la recurrente efectúa

tendiente a acreditar que existe prueba testimonial o hechos notorios en contrario a ese juramento decisorio.----------

--- Sólo agregaré que la realización de horas suplementarias no tiene porque vincularse necesaria y exclusivamente con la captura del langostino en épocas de verano, pues las jornadas que laborara el actor fuera de esa temporada no impide considerar que pudo incluir la realización de horas extraordinarias.----------

--- A su vez, por tratarse de prueba tasada el juramento decisorio prestado por el trabajador ninguna relevancia tiene las consideraciones efectuadas en cuanto a que las horas extras es un régimen de excepción cuya interpretación es restrictiva y que la realización de trabajo en exceso no puede presumirse y su prueba debe ser exhaustiva y fehaciente.----------

--- Asimismo, desde que en el presente caso es de aplicación una normativa específica (art. 57 del C.C.T. 372/04), la cita de diversos pronunciamientos efectuada sin brindar una argumentación que permita concretamente su aplicación en esta causa no constituye agravio.----------

--- La mera transcripción, por profusa que sea, de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquéllas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Plaense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 359/360, y cita de fallos).----------

--- En síntesis, ante el incumplimiento de la obligación que pesaba sobre la empleadora como consecuencia de la falta de documental horaria atendible concluyo que el juzgador decidió de modo correcto y con ajuste al art. 57 del citado convenio colectivo de trabajo estar al juramento prestado por el trabajador (p. V, fs. 8 del escrito de inicio).-

--- Tales razones conducen al rechazo del agravio.----------

--- 3. Tocante a los francos compensatorios sostiene la apelante que el *a quo* omitió indicar que no pueden ser compensados en dinero si no hay un reclamo del trabajador, temporáneo, de lograr el goce de los mismos.----------

--- En tal sentido, dicha argumentación es reiteración de la ya expuesta al contestar demanda (fs. 35 vta.) sin asumir las razones brindadas en el fallo en crisis para desestimar el planteo, por lo que no hay agravio que atender.----------

--- Se ha puesto de relieve de modo coincidente que si el agravio constituye una reproducción casi literal de una anterior presentación, ello no constituye la crítica requerida por el artículo 265 del código procesal. Idéntica conclusión desestimatoria se ha declarado cuando la queja se insinúa con fundamento en lo expresado en presentaciones anteriores a la sentencia, o si se limita a reiterar argumentos esbozados en primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, pág. 357 y cita de fallos).----------

--- En ese direccionamiento, el juzgador preciso a fs. 174 ***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 por ello podríamos decir que sobre llovido mojado, en otras palabras y en el extremo contrario 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 su salud física, psíquica y económica de éste ... ----------

--- Y ese fundamento que resultó dirimente para dilucidar esa cuestión no fue objeto de embate alguno por la recurrente, por lo que no hay agravio que atender.----------

--- La ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “Persiani e Hijos, José c. Productos Pulpa Moldeada S.A.”, L.L. 1985-A, 309).----------

--- En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada. Si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 360, punto e, 370, y 371, respectivamente, y cita de pronunciamientos).----------

--- En consecuencia, la sociedad demandada en este tramo de la queja incurrió en deserción parcial del recurso por deficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 269 y 270, Anexo A Ley XIII – Nº 5, arts. 265 y 266 del C.P.C.C.).----------

--- 4. Señala la apelante con relación al tope adoptado por el juzgador que el mismo no tiene aplicación al presente caso por resultar de un acuerdo para otras partes interesadas. Manifiesta también que la sentencia se aparta del criterio adoptado por esta Cámara en los autos “D. R.”, teniendo en cuenta que los Sres. Jueces coincidieron con la postura de su parte.---------- En este último aspecto, es evidente el error en que incurre la quejosa pues la lectura del fallo dictado el 16/09/2008 por esta sala “B” en autos caratulados “D. R., R. F. c/ A. S.A. s/Dif. de Hab. e Indem. de Ley” (Expte. 22847 – Año 2008”), S.D.L. 57/08, permite

señalar que se desestimó la queja vertida por la sociedad al pretender considerar como vigente el tope establecido por la Resolución ST 284/04.----- En tal sentido, aun cuando el Acuerdo Nº 119/2005 fue suscripto por la Cámara Industrial Pesquera y Afines de Necochea corresponde destacar que el convenio alcanzado se celebró en el marco del C.C.T. Nº 372/2004, y el art. 1 de la Resolución de la Secretaría de Trabajo Nº 104/2006 al declarar homologado el mismo hace expresa alusión a que dicho acuerdo modifica la escala salarial de las empresas que efectúan la actividad comprendida en el Convenio Colectivo de Trabajo Nº 372/04, en el que si tuvo intervención la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras. A ello cabe agregar que el art. 2 al establecer los importes promedio de las remuneraciones y los topes indemnizatorios a su vez expresamente contempla los montos en concepto de adicional por zona desfavorable equivalentes al 20% y al 30%, porcentajes que se corresponden con los previstos por el art. 85, incisos a), b), y c), del C.C.T. 372/04, de aplicación en la zona patagónica, concretamente del 20% para las Provincias de Río Negro, Neuquén, Chubut, y Santa Cruz (incisos a y b), y del 30% para la Provincia de Tierra del Fuego (inciso c).---------- Por lo demás, si por hipótesis se entendiera que existe duda en cuanto a las partes comprendidas en el mencionado acuerdo, cabe aplicar el principio de la norma más favorable para el trabajador conforme lo previsto por el art. 9 de la L.C.T. ---------- Con tales alcances, dicho Acuerdo Nº 119/2005 resulta de aplicación al presente caso, y ese es criterio ya adoptado por esta sala “B”, c. 22.847, S.D.L. 57/08, y c. 22.838, S.D.L. 58/08.---------- Por tales razones se rechaza la queja.---------- 5. Formula queja la sociedad ya que las costas se aplicaron íntegramente a su parte sin respetar el principio de parte vencida en relación a los montos por los cuales la actora ha sido vencida en estos rubros.---------- En tal sentido, cabe observar que el fallo impuso las costas “... a cargo de la demandada respecto a lo que resulte del punto I ...” (p. II del fallo, fs. 175 vta.), por lo que es evidente que las mismas sólo fueron impuestas a la sociedad vencida en lo que respecta al monto de condena, por lo que la queja resulta desajustada a la decisión adoptada por no ser exacto que las costas se impusieron “íntegramente” a la demandada.---------- Por ello, y en el límite del agravio pues esa es la única queja que se formula, se advierte que la recurrente incurrió en deserción parcial del recurso ante la ausencia de material crítico que atender.---------- 6. Resta por considerar la apelación de la parte demandada de fs. 178 por considerar altos los honorarios regulados al Dr. H. A. A..---------- Al respecto, el fallo en crisis en su punto II dispuso diferir la determinación de los porcentajes que les corresponde a cada uno de los profesionales intervinientes para el momento que se establezca el monto por el cual prospera el reclamo.---------- En tales condiciones, desde que en definitiva

no se regularon honorarios mal puede sostenerse que se apelan “... los honorarios regulados al Dr. H. A. A. por altos” (segundo párrafo del escrito de fs. 178).---------- ---------- Por ello, el recurso de apelación interpuesto resulta inadmisible por prematuro.---------- 7. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69, Anexo A, Ley XIII Nº 5, art. 68 del C.P.C.C.).---------- ---------- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios de los Dres. D. G. L. y D. F. P., letrados apoderado y patrocinante de la parte demandada, en forma conjunta, en la suma porcentual equivalente al 3,5% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4; arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente.---------- --- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.---------- --- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:---------- --- La parte demandada interpuso recurso de apelación (fs. 178) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 172/175) por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. E. D. D., condenándola al pago del monto de condena a determinar mediante el perito que se designe conforme pautas dadas en los considerando, con más un interés que fija y costas.---------- Asimismo, en el mismo escrito de fs. 178, la parte demandada apela la regulación de honorarios del Dr. H. A. A., por estimarlos altos.---------- El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 180/184 y vta..---------- Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 185), éste no fue evacuado.---------- I.- La reseña de los agravios que fueran formulados por la demandada recurrente fue suficientemente realizada por el magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.---------- Sin embargo, resultará útil individualizar cuáles fueron los motivos de los cuestionamientos dirigidos al fallo apelado. Así, pueden identificarse los siguientes, a saber: 1) horas extras; 2) francos compensatorios-su pago cuando no son gozados; 3) tope indemnizatorio vigente para la actividad; y, 4) atribución de las costas.---------- II.- En los límites fijados por tales agravios ingresaré a su tratamiento siguiendo para ello la misma cronología con la que fueran expuestos por la recurrente e individualizándolos del modo en el que estos fueran identificados “supra” a fin de facilitar su ubicación y lectura del análisis que merezcan en mi voto.---------- 1) **Horas extras:** El Sr. Juez a quo para admitir favorablemente la pretensión de cobro del rubro del epígrafe aludiendo a un precedente análogo al presente caso expresó lo siguiente: *“...el art. 57 de la CCT resulta determinante a fin de resolver esta parte del reclamo al establecer, o mejor dicho indicar, como deberá llevarse adelante el control de entrada y salida a la planta por*

parte del personal que trabaje en la misma, este sistema no hace más que asegurar la posibilidad de control por parte del dependiente de que sus haberes le están siendo correctamente liquidados. En autos, en oportunidad de proceder al responde, acompañó la accionada algunas fotocopias de fichas de entrada y salida además de planillas que responden a determinados períodos donde quedaba asentado cuál era el horario de ingreso y egreso de D., estas planillas no conforman las directivas brindadas por el art. 57, planillas que por otra parte junto al resto de la documentación fue negada por la parte actora cuando se le corriera traslado de la documental aportada por A. S.A., de tal manera es que se deberá estar al juramento prestado por el trabajador a fs. 8 de autos..." (sic) (ver: considerando de fs. 173 vta. y 174).---------- En los párrafos transcriptos se encuentra el núcleo argumental sobre el cual se apoyó la motivación expuesta por el juzgador del anterior instancia para admitir el reclamo por las horas suplementarias que se denunciaran cumplidas en el escrito de demanda.---------- En contra de dicha motivación se expone que *"...se demostró con la prueba testimonial recogida que este reloj y tarjetas sí existían, aunque a veces no funcionaran; por lo que es falso que no se cumpliera con la obligación convencional..."* (sic) (vide: expresión de agravios –fs. 180-). Es evidente, en relación a tal porción del cuestionamiento, en cuanto se vincula a la valoración probatoria realizada por el a quo, que existe un desajuste entre tal aseveración impugnaticia con las circunstancias fácticas ponderadas por el judicante. Esto es, el Sr. Juez de primera instancia partió en su análisis de admitir como cierta la existencia de dicho reloj y de las planillas horarias de ingreso y egreso de los dependientes de la empresa demandada aunque descartando que las planillas y fichas acompañadas con el responde pudieran tener fuerza probatoria alguna en contra de las horas suplementarias denunciadas como cumplidas y respecto de las cuales pretende el Sr. D. se reconozcan las diferencias liquidadas en su escrito promocional. Y, destaco que para ello sostuvo que *"...estas planillas no conforman las directivas brindadas por el art. 57, planillas que por otra parte junto al resto de la documentación fue negada por la parte actora..."* (sic).---------- De otro lado, postular que, en la hipótesis de que no exista documentación fehaciente para acreditar las horas extras realizadas por la parte actora no puede conllevar *sine qua non*, a entender por exacta la declaración jurada efectuada por el trabajador, no es más que una afirmación contraria y meramente disidente con la expuesta sobre el punto por el sentenciante de grado.---------- He dicho en antecedentes análogos al presente caso y en relación a la pretensión de cobro de horas suplementarias donde, del mismo modo a como acontece en la especie, el juzgador de primera instancia se atuviera a lo previsto por el art. 57 del convenio de la actividad que, en cuanto dicha norma dispone la obligatoriedad que la patronal cuente con reloj pared y un fichero con tarjetas de ingreso y egreso de cada trabajador, su omisión o falencia importa de manera relevante para la elucidación del agravio

dirigido a la admisión de las horas extras denunciadas por el dependiente en su demanda. ----------

--- Es que cabe ponderar que, la misma textualmente prescribe que *"... A falta de tal documentación y comprobación de los horarios* ***se estará al juramento*** *del trabajador si reclamara salarios por trabajos complementarios o suplementarios..."* (sic) (Art. 57 del C.C.T. 372/04) (el énfasis me pertenece).----------

--- Es decir, este juramento al cual remite la norma convencional de mentas es aquel al cual la doctrina procesal denomina "juramento decisorio o supletorio", reconociendo en él una naturaleza jurídica asimilable a la de una confesión. Esto es, como un medio de prueba provisional en tanto que, supeditado a la condición establecida por la norma convencional, opera como prueba tasada, esto es, produce la fijación formal de los hechos a los que refiere (Conf. Devis Echandía, Hernando en "Compendio de la prueba judicial", Ed. Rubinzal Culzoni, ed. año 2000, T. I, págs. 338/339, n° 160; id. Carnelutti, Francesco, "La prueba civil", trad. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Depalma, 2da. ed., año 1982, pág. 37/39, nota n° 56).----------

--- De allí, es que no tiene caso siquiera referirme a las testimoniales que trae a colación la parte demandada recurrente, en tanto que tal como vengo diciendo, el carácter de prueba tasada atribuido a la misma implica que su valor probatorio es absoluto o "*probatio probatíssima"* y no "*iuris tantum"* como lo pregona la empleadora apelante (Conf sala B, S.D.L., Nº 57/08; y, S.D.L., Nº 58/08, CANE).----------

--- Y, en tal dirección postular como lo hace la recurrente que *"...la realización de trabajos en exceso no puede presumirse a partir de la no presentación por parte de la demandada de las llamadas "tarjetas reloj" o planillas de ingreso y egreso..."*; o, aseverar que *"...la presunción contenida en el art. 57 CCT 372/04 sólo es operativa en caso de falta de presentación de documentación de los registros laborales de los que habla el art. 55 del mismo cuerpo legal y la pauta para justificar las horas extras no se aparta del régimen general de la prueba aplicable al resto de los hechos litigiosos..."* (sic) (ver: escrito de expresión de agravios –fs. 180 vta. "in fine"·-), no es más que un parecer u opinión subjetiva distinta y meramente discrepante con la expuesta por el sentenciante de grado quien, con apoyo precisamente en los antecedentes jurisprudenciales de ésta Cámara de Apelaciones, estuvo a la tesitura hermenéutica de la norma convencional de aplicación que fuera explicitada más arriba.----------

--- De otro lado, bien advirtió el Dr. Vergara, magistrado que me precede en la votación, que la empleadora recurrente previo afirmar que con la prueba testimonial recogida se acreditó que el reloj y las tarjetas existían, admitió de continuo que dicho reloj "a veces no funcionaba", acompañando solo copias de las tarjetas correspondientes al actor por el lapso comprendido entre los meses de abril de 2006 a junio de 2006 (vide: fs. 5/6 de la instrumental reservada). Esto es, poco aporta este breve lapso registrado máxime cuando la propia parte patronal reconoce que el reloj fichador a veces no funcionaba. También comparto que el sistema de registro convencionalmente previsto no es

susceptible de ser suplido por planillas, las que sólo están previstas por el art. 55 del convenio a los fines de comunicar en lugar visible para el personal los horarios habituales de comienzo de tareas y esto, previa autorización de la autoridad de aplicación. De manera que no le asiste razón a la empleadora apelante en cuanto se remite a postular lo contrario.----------

--- Asimismo, coincido que con la certificación notarial obrante a fs. 82 de la documental reservada no se puede acreditar más que aquello que se certifica, esto es, que *"es copia fiel de su original"*, no trascendiendo dicha autenticación más que a lo que enuncia tal leyenda. De manera que, mal podría interpretarse que con dicha certificación se constata la veracidad o fidelidad de los hechos consignados en dicha instrumental por cuanto ciertamente basta con solo observar la fecha en la que se produjera tal certificación notarial, para dejar en evidencia que sucedieron con antelación a ella. Esto es, su valor probatorio se restringe al hecho pasado ante su presencia que, en la especie, se limitó a lo que comprende el enunciado en la aludida leyenda, esto es, que las copias certificadas son fieles a los originales que se le pusieran a su vista (Conf. doctr. Art. 993 del Código Civil).----------

--- Ello magüer, que tampoco parece razonable que se pudiera pensar como asequible la exigencia de la presencia de un escribano en el establecimiento todos los días laborables para que éste pudiera dar fe sobre el horario de ingreso y egreso del personal de la empresa. Es que, para tal constatación es que precisamente el convenio de la actividad contempla, estimo que con suficiencia y eficacia, al sistema de registro de ingreso, lapso de permanencia y del egreso del personal de la empresa mediante la utilización de un reloj y las correspondientes tarjetas personalizadas, imponiendo de tal modo que el ingreso y egreso del personal se deba acreditar por ambas partes de la relación laboral exclusivamente por su intermedio. Dicho sistema funciona con independencia de las eventuales temporadas altas o bajas de captura de la especie que pudieren existir, y tengo para mi, lo consigue clara y de manerae irrefutable, no siendo susceptible de ser suplido por planillas que lo reemplacen como lo pretende sostener sin éxito la patronal.----------

--- Por tales razones es que acordaré con el Dr. Vergara, que esta porción del recurso debe ser desestimada. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

--- 2) **Francos compensatorios-su pago cuando no son gozados:** En relación a los francos compensatorios no gozados cuyo pago en dinero se admite en el fallo apelado, en porción que es la materia del presente agravio, la patronal expresa que éstos no pueden ser compensados en dinero si no hay reclamo temporáneo del trabajador de lograr el goce de los mismos. Respecto al punto también corresponde advertir que tal argumentación ya fue planteada al tiempo de responder a la demanda (véase: fs. 54 vta.).----------

--- Y de hecho fue tal postulación explícitamente contemplada por el juzgador al establecer 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 además de no gozar del correspondiente descanso no cobra una compensación por ello podríamos decir que...en otras palabras...se produciría un enriquecimiento sin causa...de la parte empleadora que se benefició con el trabajo de su dependiente en detrimento y a costa de la salud no solo física y síquica sino también económica de éste."(ver: considerando de fs. 174).----------

--- Es así, que resulta evidente entonces que, en tal porción, éste agravio se reduce a una mera reiteración de lo ya postulado en la traba de la litis y que ahora se pretende renovar sin incorporar la más mínima mención crítica al argumento expuesto por el juzgador para desestimar tal planteo defensivo y que, reitero, ya fuera ensayado sin éxito en el anterior grado. De allí que no se cuenta con materia crítica que atender de tal manera que se habilite a este tribunal de alzada a ejercer su facultad revisora, deviniendo por ello en deserción parcial del recurso en relación al punto (Conf. arts. 265 y 266 del C.P.C.C. –actuales arts. 268 y 269 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).----------

--- 3) **Tope indemnizatorio vigente para la actividad:** Diré "ab initio" que no responde a la verdad que el juzgador del anterior grado se hubiera apartado del criterio seguido por esta alzada en autos caratulados "D. R:, R. F. c/ A. S.A. s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. Nº 22.847-Año 2008) en la materia del epígrafe.----------

---------- Por el contrario, más bien se atuvo a la tesitura establecida tanto en dicho antecedente como en su similar de autos "G., F. C. c/ A. S.A. s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. 22.838-Año 2008).----------

---------- En tales antecedentes se dijo en supuestos análogos al presente caso que, a los efectos de computar el quantum indemnizatorio por despido previsto se deberá estar "prima facie" al promedio general establecido por Resolución N° 284/2004 ST, para la zona, actualizado por Resolución N° 119/2005 ST, para *"...toda la actividad comprendida en el Convenio Colectivo de Trabajo N° 372/04."* (sic) (vide: art. 1ro. de la Resolución de cita). Y tal situación no ha variado magüer que, más recientemente, se hubiera actualizado el promedio de las remuneraciones y topes establecido a través de la Resolución Nro. 104/2006, la que homologara el acuerdo suscripto entre el Sindicato de Trabajadores de Industrias de la Alimentación de la Provincia de Buenos Aires y la Cámara Industrial Pesquera y Afines de Necochea; toda vez que, ésta norma homologatoria explícitamente prescribe que *"...modifica la escala salarial de las empresas que efectúan la actividad comprendida en el Convenio Colectivo de Trabajo 372/2004."*(sic).----------

---------- Y, no abunda destacar que el ámbito de aplicación territorial establecido en la convención de aplicación a la actividad es todo el territorio de la Nación, con la sola exclusión del partido de General Pueyrredón, y el ámbito de aplicación personal comprende los trabajadores que presten servicios de la industrialización del pescado y subproductos de la pesca, desempeñándose en las plantas de procesamiento y elaboración de productos frescos o congelados derivados

de la pesca (conf. arts. 1º y 2º del C.C.T. 372/2004).---------- Tal inteligencia se corrobora con la explícita referencia a los adicionales que por zona desfavorable contempla el art. 2º de la mentada Resolución de la Secretaría de Trabajo Nº 104/2006, en cuanto actualiza los montos correspondientes a dicho rubro por zona desfavorable para las provincias del sur argentino en los porcentuales que prevé el art. 85, incisos a), b) y c) del C.C.T. 372/2004.---------- En consecuencia, pues, corresponderá en sintonía con el criterio seguido por este cuerpo en los aludidos precedentes, desestimar el presente agravio dejándolo así propuesto al acuerdo.---------- 4) **Atribución de las costas**: El fundamento de la queja vertida en relación al modo de atribución de las costas se asienta en el siguiente argumento que paso a transcribir para mayor fidelidad, a saber: *"...se aplican íntegramente a esta parte...sin respetar el principio de parte vencida en relación a los montos por los cuales la actora ha sido vencida en estos rubros..."* (sic) (vide: escrito de agravios –fs. 184 vta. "in fine").---------- El fallo, en el punto II de su parte resolutiva expresa que las costas son a cargo de la demandada ahora recurrente respecto a lo que resulte del punto I postergando la fijación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el monto en que se liquide el monto por el cual prospera la demanda.---------- Como es de ver, de la comparación entre lo decidido sobre el tópico y lo que argumenta la parte recurrente para sostener el agravio vinculado al modo de imposición de las costas, fácil es colegir que mal puede pregonarse que fuera factible asignar la calidad de vencedora a la parte demandada tal como lo postula, al menos en relación a los importes o montos sobre los cuales hubiera obtenido algún éxito parcial o total a partir de la defensa que opusiera.---------- Es por ello, que en el contexto argumental fijado por los términos literales con los que fuera formulado el agravio bajo examen, el mismo no contiene en realidad ninguna crítica que pudiera dar andamiento al ejercicio de la facultad revisora de este tribunal de alzada, por carecer el mismo de la materia sobre cual pudiera expedirse.---------- Ante ello, entonces, propiciaré al acuerdo se tenga por desierto parcialmente el recurso a su respecto. Así lo voto.---------- III.- <u>Apelación de honorarios del Dr. H. A. A.:</u> Se alza la demandada en contra de la regulación del abogado individualizado en el epígrafe por estimar la misma elevada.---------- Ahora bien, hete aquí que verificado que en el fallo apelado se difirió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento en que se liquide el monto por el cual prospera el reclamo formulado por el actor en autos (vide: punto II de la parte resolutiva del fallo –fs. 175 vta.-), mal puede postularse que los honorarios resulta elevados o bajos puesto que, repito, éstos no fueron fijados en porcentual o suma alguna.---------- En consecuencia, vacío de todo contenido ha quedado la dicente

impugnación debiendo considerar desierto el recurso incoado en contra de una regulación de honorarios inexistente todavía.---------- IV.- Conclusión:---------- Por todo lo expuesto, corresponderá confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada recurrente vencida en ella (Conf. arts. 59 de la ley 69 y 279 del C.P.C.C. –actuales arts. 57 de la Ley XIV Nº 1 y art. 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).---------- Los honorarios de los Dres. D. G. L. y D. F. P., letrado apoderado y patrocinante respectivamente de la parte demandada apelante, por sus tareas de alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos en conjunto en la suma equivalente al 3,5% del monto de condena que se liquide en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (conf. arts. 6 y 14 de la Ley 2.200 –actuales arts. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4-; y, leyes 23.349 y 23.871).---- Termino mi intervención en la presente cuestión pronunciándome en ella POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia a la apelante vencida; y c) regular los honorarios de los Dres. D. G. L. y D. F. P., por sus tareas de Alzada, en forma conjunta en la suma porcentual equivalente al 3,5% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente.---------- Así lo voto.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes logrado.---------- ASI LO VOTO.---------- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17; antes art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ---------- **S E N T E N C I A**: ----------

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

---- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

---- IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante vencida. ----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. D. G. L. y D. F. P., por sus tareas de Alzada, en forma conjunta en la suma porcentual equivalente al 3,5% del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. pertinente. ---------

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

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDL – CONSTE.----------