--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos A. Velázquez y Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C., R. J. c/ M., H. D. y/o q. rte. prop. y/o resp. del comercio gastronómico “R.” s/ diferencia de haberes e indem. de ley” (Expte. Nº 267 – año 2010)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 103.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Sr. Juez Dr. Carlos D. FERRARI dijo: ----------

--- **I**. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 87/90 vta.) acogió parcialmente la demanda entablada, condenando a H. D. M. a abonar al actor la suma de $ 797,26, con más los intereses que cobra el B. del C. S.A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde que dicha suma fue debida hasta su efectivo pago, imponiendo las costas sobre el punto I. al demandado y sobre la porción del reclamo que resultó desestimado -98%- al actor, procediendo a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.---------- **II.** Los fundamentos del decisorio, en síntesis, son los siguientes: 1) Consideró el juez de grado que en autos sólo quedó en discusión si correspondía encuadrar el vínculo de empleo dentro de las disposiciones contenidas en el CCT 389/04 para el personal gastronómico como se afirmaba en la demanda, o si por el contrario cabía la aplicación del CCT 90/90 de fideeros -rama pastas frescas-. Luego de efectuar un análisis de la cuestión, concluyó que la actividad principal de la demandada resultaba ser la elaboración de pastas frescas. Ello, a más de su conocimiento personal como seguramente también de los apoderados de las partes en conflicto poseían sobre la cuestión, se desprendió -dijo- con claridad del acta de inspección levantada por la actuaria, agregada a fs. 55/56 de autos. Refirió luego, que en la Sentencia Laboral Nº 40/2009 fundó su sentencia, a más de las declaraciones brindadas por los testigos ofrecidos por las partes, en las máximas de la experiencia y en el conocimiento propio de un ciudadano, lo que resultó materia de agravio para la parte demandada quien en su apelación atacó -sin razón y ningún éxito- la cuestión, decisorio que fue confirmado por esta Sala en SDL Nº 87/2009, rebatiendo los argumentos del apelante, efectuando una distinción entre los conocimientos especiales que pudiera tener el juzgador y otra distinta, que son aquellas percepciones corrientes del sentenciante como ciudadano o integrante de una comunidad. Sostuvo que como transeúnte habitual que cotidianamente pasa por las puertas del negocio de propiedad del demandado, más las ocasionales veces que adquirió mercadería en el mismo, no podía más que afirmar junto a las conclusiones que extrajo del acta de inspección llevada adelante por la actuaria ante su expresa

delegación, que en el local comercial de H. M. que en plaza gira con el nombre de “P. C. R.”, ubicado en la calle P.i al fondo, se elaboran pastas frescas tal como su nombre de fantasía lo indica, llámese ravioles, ñoquis, lasagnas, sorrentinos y todo tipo de fideos, ello con independencia de que también además de crudas se las comercializa cocinadas con distintas salsas, por lo que, sin ninguna duda el giro comercial del negocio es la fabricación de pastas, refiriendo que detrás del mostrador o mejor dicho de la heladera que hace las veces de mostrador se observa un vidrio dejando ver la cocina del local. Hizo referencia además de todos los ingredientes y elementos hallados en el local, de lo que se dejó constancia detallada en el informe de Secretaría de fs. 55/56 ya mencionado, no escapando tampoco a su conocimiento que ocasionalmente se comercializaba alguna que otra minuta. Consideró que hubiese resultado erróneo que el demandado aplicara al personal bajo su dependencia el CCT 389/2004, frente a una concreta disposición convencional que engloba la actividad principal del accionado, como lo es el art. 4 del CCT 90/1990 que transcribe en su parte pertinente, sin que hubiese significado que tal aplicación se hubiera visto desvirtuada o desplazada hacia esta última convención colectiva citada. Por lo que afirmó que no tuvo duda alguna que el CCT 389/2004 no resultaba aplicable a la especie, no resultando alterada la decisión adoptada ni por los dichos de la única testigo que depuso en la causa ni por el hecho de que en la habilitación comercial se incluyera como rubro de explotación el de Rotisería, pues justamente allí se incluyó la fabricación de pastas como objetivo del comercio, de modo tal -sostuvo- que el principio de primacía de la realidad debía imperar, ello sumado a lo dicho acerca de las máximas de la experiencia y el resultado del acta de inspección ocular (fs. 55/56), resultaron ser el fundamento de la sentencia. Sostuvo que el actor debió probar en autos que correspondía la aplicación del CCT 389/04 para, de esa forma, haber legitimado su reclamo, pero que ello no ocurrió, sino que por el contrario, no tuvo ninguna duda que ese no era precisamente el convenio que debía regir la vinculación entre las partes, por lo que el despido indirecto en que se colocó el accionante no podía ser amparado mediante una sentencia favorable a su parte y por tanto dicha ruptura no podía más que considerarse injustificada. Manifestó por último, que en autos no obra constancia que el demandado haya abonado al empleado el rubro vacaciones proporcionales reclamado en la demanda, no advirtiendo cuál pudo resultar la razón valedera para su falta de pago, sea al momento de la desvinculación o a más tardar en oportunidad de contestar la demanda con los intereses pertinentes, pues este concepto debió ser abonado sí o sí, siguiendo las pautas y parámetros generales establecidos en la L.C.T., por lo que concluyó, acogiendo la demanda parcialmente por la suma de $ 797,26, con más los intereses que cobra el B. del C. S.A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales, desde que dicha suma fue debida y hasta su efectivo pago, con costas. ----------

--- **III.** El fallo es apelado por la representación letrada del actor a tenor de la pieza obrante a fs. 96/97 que contiene, en síntesis, los motivos de agravio que se sintetizarán

seguidamente.----------

--- Se agravia en primer lugar, por cuanto el juez de grado invocó en la sentencia su experiencia y el conocimiento directo de la actividad comercial de la demandada, para justificar el rechazo del 98% de los importes reclamados, lo que afirma es inaceptable conforme a derecho. Refiere que el *a quo* afirmó que la experiencia -no aclarando sobre qué tema-, y el pasar caminando por frente al comercio de la demandada, y a veces el ser cliente de dicho comercio, le permitieron comprobar la actividad principal de aquél. Manifiesta que, como su parte lo acreditó en autos, R. tiene una cocina al fondo del local donde funciona, no pudiendo visualizarse la cantidad de personal que allí trabaja desde el salón donde el público espera ser atendido, por lo que no se explica, cómo el sentenciante pudo llegar a la conclusión de que la actividad principal del comercio del demandado era la fabricación, venta y reparto de pastas secas y cocinadas, entendiendo además que si el juez de grado era cliente de R., debió excusarse de actuar en estos autos. Se agravia asimismo, por cuanto el *a quo* no dio importancia alguna en el fallo en crisis a los siguientes hechos: que la habilitación comercial, las facturas que se encontraron en los talonarios de R. que el Sr. M. estaba utilizando, como así también las notas de pedido que le iban realizando los clientes, contenían todos la leyenda R. R.; que tal como lo reconoció el juez de grado en su carácter de cliente de R. existía el servicio de delivery; que en la inspección ocular muy pormenorizada que se realizó en el local del demandado, se pudo comprobar que existían decenas de cajas vacías para colocar en ellas las pizzas que se elaboraban y vendían, afirmando que prácticamente no tuvo en cuenta para nada la esclarecedora inspección ocular; que en esa oportunidad se encontró en el freezer varias tartas, fiambres, lenguas a la vinagreta listas para la venta; los letreros que existían en el frente de R. “ROTISERIA”; los talonarios de facturas ubicados sobre la heladera mostrador correspondientes al año 2008, en los que se encontraban facturas emitidas con la descripción de las comidas adquiridas, figurando entre ellas, la venta de milanesas napolitanas, papas fritas y cerveza; los rollos de papel que utilizaba el demandado para envolver la mercadería, que tenían la leyenda impresa ROTISERIA Y FIAMBRERIA, POSTRES, BEBIDAS, LICORES, COMIDAS PARA LLEVAR; la lista de servicios y proveedores hallada en una heladera ubicada a simple vista en el local de atención al público, entre los que se encontraban dos carnicerías, aclarando en ese momento el demandado que allí compraba carne vacuna y pollo. Se agravia también por cuanto el sentenciante no consignó una sola palabra en la sentencia respecto a los diferentes conceptos reclamados por el actor en la demanda, a saber, horas extras, horas nocturnas trabajadas, diferencias de aguinaldos, los básicos del convenio colectivo 89/90 de fideeros, valores éstos que no se compararon con los del convenio gastronómico que invocó su parte. Afirma que el demandado no acreditó de manera alguna cuáles eran los salarios básicos del convenio 89/90 y por lo tanto no formuló al menos una síntesis de qué importes debía abonar por la liquidación final por uno y otro

convenio colectivo y qué importes fueron los que efectivamente se pagaron. Por último se agravia en cuanto a la imposición de costas a su representado como perdedor del 98% de los conceptos e importes rechazados, la que considera injusta, peticionando que las mismas sean impuestas en el orden causado. Concluye en definitiva, solicitando se revoque la sentencia apelada en todas sus partes, con costas. ----------

--- **VI.** Corrido traslado a la contraria del memorial de agravios mediante providencia de fs. 98, el mismo es contestado por la representación letrada del demandado con la pieza procesal de fs. 99/100 vta., peticionando se desestime en todas sus partes la apelación interpuesta por la parte actora, confirmando la sentencia de primera instancia, con expresa imposición de costas.----------

--- **VII.** A fs. 104 se dispuso como medida para mejor proveer: 1) el libramiento de oficio a la Delegación local del Ministerio de Trabajo de la Nación a fin de que informara los básicos y adicionales vigentes en la ciudad de Trelew para la categoría de “Ayudante de cocina” o análogo del CCT 90/1990 y 389/04 durante el período comprendido entre noviembre de 2006 y mayo de 2008 y 2) la designación de perito contador a fin de que practicara planilla comparativa entre los salarios devengados y abonados al actor y los que le correspondería percibir según cada uno de dicho convenios colectivos.----------

--- **VIII.** A fs. 125/135 se produjo el dictamen pericial ordenado, corriéndose traslado a las partes, el que fue evacuado únicamente por la parte actora a fs. 140/vta., tras lo cual a fs. 143 se reanudaron los términos para dictar sentencia.----------

--- **IX.** En lo que refiere al convenio colectivo aplicable, un detenido estudio de los antecedentes en la causa permite advertir que a pesar de las múltiples probanzas aportadas al proceso, el juzgador *a quo* prefirió privilegiar una percepción personal acerca de los hechos controvertidos, para así zanjar el conflicto en sentido adverso a lo sostenido por la parte actora.----------

--- Veamos: A) el actor afirmó que realizaba tareas como ayudante de cocina en el local comercial del demandado –al que caracterizó como una “rotisería, fábrica de pastas y delivery”– y que en el curso de dicha relación laboral fue indebidamente encuadrado en un convenio colectivo distinto del que le correspondía, afirmando que la convención aplicable era el CCT 389/04 para trabajadores gastronómicos. En base a ello, tras reclamar sin éxito las diferencias remuneratorias a las que se consideraba con derecho, terminó dándose por indirectamente despedido. B) En su contestación, el demandado afirmó que su actividad era la elaboración de pastas, que “escapaba ampliamente a lo que una rotisería puede llegar a vender” y que la norma colectiva aplicable al contrato laboral era el CCT 89/90, por lo que los haberes abonados, así como los aportes y contribuciones ingresados, eran los correctos, solicitando por tanto el rechazo las pretensiones incoadas.----------

--- En la etapa probatoria se incorporaron a la causa diversas pruebas que, a mi criterio, validaron la versión del actor.----------

--- **X.** Comenzaré por la más trascendente. Al absolver posiciones, el demandado

reconoció que el local estaba habilitado por el Municipio también como “rotisería”, aunque aclaró que en el carácter de “anexo” (conf. M., ver resp. a la 9na. posición, fs. 47). Recuérdese que la confesión es la *probatio probatissima* y con franqueza, no encuentro en las restantes probanzas recibidas en la causa ningún elemento persuasivo que permita contrarrestar la eficacia probatoria de este medio. En sentido concordante y de conformidad con las reglas de nuestro procedimiento, se ha sostenido que la confesión expresa no se atiende por las reglas de la sana crítica, sino por la identidad e importancia que asume el reconocimiento voluntario de hechos que se imputan, es decir, supone darle eficacia plena (*probatio probatissima* – conf. art. 423, C.P.C.C.). Lo confesado queda reconocido, no porque sea cierto, sino porque ha salido del marco de los hechos que deben ser probados. Para el juez queda fijado y de él puede extraer conclusiones útiles (conf. Gozaini, Osvaldo A., “Notas y estudios sobre el proceso civil” – Univ. Nacional Autónoma de México - p. 120/122 – México, 1994).----------

--- Por lo demás, si alguna duda pudiera suscitar el sentido de esta respuesta, la misma debe ser interpretada a favor del trabajador por la específica aplicación en este fuero del art. 9 de la L.C.T. (texto seg. ley 26.428) que establece en su última parte: “Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.----------

--- **XI.** Otros elementos probatorios vinieron a corroborar la certeza acerca de que en el local del demandado se elaboraba una diversidad de productos alimenticios y no únicamente pastas.----------

--- Así, tenemos por ejemplo el ilustrativo testimonio de V. A. R., quien trabajó para el demandado y fue compañera de tareas del actor entre julio y diciembre de 2007. Esta testigo narró las diversas tareas realizadas en el local, quiénes las llevaban a cabo y luego, al referirse concretamente a los productos que se elaboraban en el local, mencionó: “pizzas, milanesa al plato, fritas, empanadas, lasagnas, arrollados de carne y pollo, canelones, sándwiches de migas, crepes primavera y no me acuerdo qué más” (resp. a la 6ta. preg., fs. 51). Luego, al responder a la décimo primera pregunta, referida a si tenía conocimiento de que el demandado remitiera comidas a otros comercios, oficinas o fábricas, contestó: “a G. le enviaba empanadas en cantidades grandes, a L. B. le mandaba lasagnas cerca del fin de semana, a la DGI a algunos empleados le preparábamos los almuerzos, al G. de J. tapas de empanadas” (misma foja). En cuanto a las tareas del actor, refirió que “se encargaba de elaborar todo, salvo las pastas, que se encargaba D. B., él se encargaba de todo” (resp. a la 9na. preg., misma foja).---------- **XII.** Aunque sobreabundantes, a estas probanzas –que a mi juicio son categóricas y definitorias acerca del tema en disputa– se le añade el informe municipal que, en efecto, corrobora la habilitación del local en el rubro: “Rotisería – Fab. de pastas - Elab. Pan p/Vta. en el local” (ver inf. obrante a fs. 73/74), así como el resultado del reconocimiento judicial

realizado en el mismo establecimiento, donde se verificó, entre otras constataciones relevantes: a) la existencia de cajas con la mención “Rotisería”; b) un freezer conteniendo tartas, fiambres, lenguas utilizadas para la fabricación de lenguas a la vinagreta; c) talonarios de facturas con la denominación “Fábrica de pastas caseras y rotisería”, dentro del cual se encontraron pedidos por pastas con salsa, cocinados, y un pedido donde figura una milanesa napolitana con papas fritas y una cerveza; d) rollos de papel utilizados para envolver la mercadería en los que figuraba la inscripción: “Rotisería y fiambrería, fiambres, postres, bebidas, licores y comidas para llevar”; e) una heladera exhibidora conteniendo para la venta tartitas de distintas variedades, flanes, una bandeja con lenguas a la vinagreta, una pizza armada y cruda; f) tres heladeras exhibidoras verticales con gaseosas, bebidas alcohólicas y yogures y g) un estantería con vinos (conf. acta de fs. 55/56).----------

--- **XIII.** Nada de esto, empero, fue considerado por el sentenciante de primera instancia, quien se limitó a juzgar el caso teniendo en cuenta sus experiencias personales “como transeúnte habitual que cotidianamente pasa por las puertas del negocio cuyo titular hoy se encuentra demandado, más las ocasionales veces que he adquirido mercadería en el mismo...” (textual, fallo, fs. 88 vta.). Con esta impresión subjetiva, “..más las conclusiones que se extraen del acta de inspección llevada adelante por la actuaria ante mi expresa delegación...” expresó que en dicho local comercial “...se elaboran pastas frescas tal como su nombre de fantasía lo indica, llámese ravioles, ñoquis, lasagnas, sorrentinos y todo tipo de fideos, ello con independencia de que también además de crudas se las comercializa cocinadas con distintas salsas”; reflexionó que “...sin ninguna duda el giro comercial del negocio es la fabricación de pastas”, puntualizando que “...detrás del mostrador o mejor dicho de la heladera que hace las veces de mostrador se observa un vidrio dejando ver la cocina del local”, tras lo cual reseñó, entre otros detalles, que según el acta “se encontraban bolsas de harina en cantidad importante”, mencionando otros detalles referidos a las pastas, “...no escapando tampoco al conocimiento del suscripto que ocasionalmente se comercializa alguna que otra minuta” (textual), para concluir, en suma: “Lo que no cabe duda es que la actividad principal es la elaboración de pastas frescas en distintas variedades y que ellas, a más de crudas, eran vendidas ya listas o cocidas, esto sólo no hace que pueda legítimamente desplazar el giro propio del emprendimiento comercial para encuadrar la vinculación dentro del convenio colectivo de los gastronómicos”. Destacó en tal sentido que el art. 4° del CCT 90/1990 establece que el mismo “será de aplicación obligatoria en todos los establecimientos industriales y comerciales que elaboren pastas frescas, discos para empanadas, prepizzas, pastelitos u otros derivados afines, que ocupen o no personal en relación de dependencia”, por lo que –infiere luego– “mal resultaría de esta manera que el demandado aplicase al personal bajo su dependencia el CCT 389/04 frente a una concreta disposición convencional que engloba la actividad principal del demandado sin que signifique que tal aplicación se vea desvirtuada o desplazada hacia

esta ultima convención colectiva". Agrega que "Tampoco se produciría este efecto por el hecho que las pastas producidas en el local de R., una vez cocinadas, sean transportadas hacia los potenciales consumidores en lo que modernamente se denomina como servicio de catering"; señala que no desconoce que "de manera anexa y secundaria se comercialice alguna que otra minuta", sosteniendo que "debe imperar el principio de primacía de la realidad" y que no abriga "ninguna duda de que el CCT 389/04 no resulta aplicable a la especie".----------

--- **XIV.** Tales son, en síntesis, los fundamentos por lo que el sentenciante desestimó la demanda, con la excepción de acoger el rubro impago correspondiente a vacaciones proporcionales, imponiendo al actor el 98% de las costas en la proporción en que resultó perdidoso.----------

--- **XV.** Si bien coincidiré en que el principio de primacía de la realidad debe prevalecer en este fuero laboral, tal como lo ha sostenido este misma sala en numerosos precedentes, considero que su aplicación al caso es precisamente inversa a la efectuada por el juzgador de primera instancia.----------

--- En efecto, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios reseñados con anterioridad –confesión expresa del demandado, testimonial de R., informe de habilitación municipal, leyendas impresas en el packaging, talonarios de facturas, tipos de alimentos elaborados constatados en el local durante la inspección ocular, etc.– la realidad indica que el establecimiento del demandado encuadra como una típica "casa de comidas", de aquellas contempladas en el CCT 389/04. Ello no varía por la circunstancia de que predomine la elaboración de pastas, por cuanto ha quedado de manifiesto que no es el único rubro alimentario producido en dicho local. Por otra parte, habida cuenta de que la actividad del actor podría encuadrar en dos convenios colectivos, si alguna duda subsistiera al respecto, debe entonces zanjarse en pro de aplicar la más favorable al trabajador, por disposición expresa del art. 9 de la L.C.T., y ésta resulta ser el citado convenio para la actividad hotelera-gastronómica, según se desprende de las escalas salariales consideradas en la pericia contable de fs. 125/135.-

--- **XVI.** Ahora bien: más allá de la constatación precedente, de todos modos puede observarse que no existieron diferencias salariales impagas a favor del trabajador, ya que conforme a las escalas de los CCT 90/90 y 389/04, los salarios abonados durante el período del reclamo superaron los fijados por ambos convenios colectivos para dicho período, lo cual permite verificar que el actor no sufrió el menoscabo económico alegado (conf. pericia contable, fs. 126). En consecuencia, opino que debe confirmarse el decisorio en cuanto rechazó dicha pretensión, desestimándose el agravio planteado por el apelante.----------

--- **XVII.** Tampoco hallo procedente las multas reclamadas con base en la ley 25.323.----

--- Así, respecto de la contemplada en el art. 1° de dicha ley, no puede dejar de tenerse presente que el propósito de la norma es sancionar la conducta omisiva o irregular del empleador en materia de registración del contrato de trabajo, y en el caso, la relación

había sido registrada correctamente en lo que refiere a fecha de ingreso, categoría y salarios según la convención colectiva 90/90 (Fideeros – Rama Pastas frescas). La circunstancia de que se haya debatido y resuelto en este proceso la aplicación al trabajador de una convención diferente (CCT 389/04) constituyó un aspecto discutible, sometido a un examen y prueba de los hechos y dependiente, en definitiva, de la interpretación judicial. En consecuencia, no concurren en la especie los extremos que justificarían un reproche y consiguiente sanción a la parte patronal, que evidentemente obró de buena fe al considerar aplicable el convenio colectivo de los pasteros, por lo que considero que el agravio también debe ser rechazado en este tópico.----------

-- Menos aún corresponde acoger la sanción solicitada con base en el art. 2° de la ley 25.323, ya que en la especie no se ha configurado el supuesto previsto en la citada norma para su aplicación.----------

--- **XVIII. <u>Horas extras – horas nocturnas - SAC proporcional:</u>** ----------

--- En mi opinión tampoco puede prosperar el agravio referido a los rubros del título. Esta sala ya ha tenido ocasión de señalar en múltiples ocasiones que el reclamo por horas suplementarias impagas, así como por las laboradas fuera de los horarios normales de la jornada laboral, están sometidas a requisitos de orden procesal destinados a salvaguardar adecuadamente la debida defensa en juicio el demandado. En ese marco conceptual, hemos dicho que el cumplimiento de la carga probatoria del actor (art. 381 - antes 377- del C.P.C.C.; su doctrina – arts. 44 y 73, ey XIV N° 1 – antes arts. 45 y 76, ley N° 69) implica la necesidad de efectuar un detalle pormenorizado de los días y horas en que habría realizado las labores extraordinarias alegadas, requisito que no se satisface con la escueta e insuficiente enunciación contenida en la demanda (conf. mi voto en Expte. 22588 – SDL 16/08; entre otros).----------

--- Dable es señalar además que en el caso, la parte actora tampoco ha satisfecho esta carga probatoria como para poder adquirir un grado de convicción mínimamente aceptable acerca de la supuesta existencia, frecuencia, extensión y demás detalles en punto a este hecho controvertido, ello impide acoger el reclamo en la medida pretendida, por lo que propondré al acuerdo la desestimación de este agravio.----------

--- **XIX.** En el contexto precedente, se aprecia que ha sido adecuada la distribución de las costas efectuada en la anterior instancia en base a los respectivos triunfos y derrotas, atendiendo al ínfimo progreso de un rubro aislado, siendo que las pretensiones acumuladas por el demandante han sido desestimadas en lo sustancial, por lo que nada corresponde modificar a este respecto.----------

--- **XX. <u>Conclusiones:</u>** ----------

--- Como síntesis de las consideraciones expuestas, opino que debe confirmarse el fallo, con costas en la alzada al apelante (art. 57, Ley XIV N° 1), fijándose los honorarios de los letrados actuantes en esta sede en los siguientes porcentajes a calcular sobre que le correspondieron en la anterior instancia, atendiendo a la calidad, extensión, eficacia de sus tareas y a los resultados respectivamente obtenidos: 1) para

el Dr. R. C., en el 25%; 2) para el Dr. A. P. A., en el 28%; 3) para la perito contadora M. T. D. M., en la suma de $ 800.- (arts. 5, 13, 46, 60 y conc., Ley XIII N° 4 – antes Ley 2.200).---------- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.----------

--- En cuanto al primer aspecto debatido, atinente a los rubros que abarcaba el giro comercial del negocio de la demandada, entiendo probado en autos que el negocio de la demandada se dedicaba a la rotisería. No otra cosa surge de la declaración confesional del accionado, quien a fs 47 al absolver posiciones, reconoció que el local estaba habilitado por el Municipio también como “rotisería”, aunque ello constituye un “anexo” –según aclaró el absolvente- (vid. fs. 47, declaración codemandado M., respuesta a la novena posición).----------

--- Reconocido un hecho debatido, el mismo queda fuera de la discusión y el debate, por lo que no cabe ni probar en derredor de él, ya que es superfluo, ni desmentirlo, pues la prueba se produce solo sobre hechos que se encuentran debatidos y uno reconocido, no lo está.----------

--- Hay en nuestro derecho una especie de prejuicio en contra de la confesión, sea ficta o expresa, prejuicio que no se compadece con los textos legales en vigor.----------

--- El art. 427 CPCyC establece que “La confesión judicial expresa constituirá plena prueba”. Ese es el principio general en la materia; y como no se configura en autos ninguna de las tres excepciones que con carácter taxativo la norma enumera luego del principio general, hay que estar a éste.----------

--- Reconocido el hecho expresamente por el absolvente, ello constituye plena prueba en los términos del art. 427 CPCyC, siendo innecesaria la prueba que confirme el hecho reconocido e inadmisible la que lo desmienta, cuando en el caso no se da ninguna de las causales de excepción reconocidas por el art. 427 CPCyC in fine.----------

--- Tal confesión y las pruebas que la corroboran –sobreabundantes pero corroboratorias- no fueron tenidas en cuenta por el a quo, el que resolvió el caso haciendo prevalecer sobre ellas sus experiencias personales “como transeúnte habitual que cotidianamente pasa por las puertas del negocio” del demandado (cfr. fs. 88 vta.).---

--- Con esa impresión personal y un acta que hizo levantar a la actuaria por delegación suya, el a quo desconoció la confesión expresa del demandado y tuvo para sí que en el local del demandado “...se elaboran pastas frescas tal como su nombre de fantasía lo indica, llámese ravioles, ñoquis, lasagnas, sorrentinos y todo tipo de fideos, ello con

independencia de que también además de crudas se las comercializa cocinadas con distintas salsas".----------

--- Esta primera comprobación lo llevó a pensar que "...sin ninguna duda el giro comercial del negocio es la fabricación de pastas", expresando luego que no escapa "al conocimiento del suscripto que ocasionalmente se comercializa alguna que otra minuta", concluyendo que "Lo que no cabe duda es que la actividad principal es la elaboración de pastas frescas en distintas variedades y que ellas, a más de crudas, eran vendidas ya listas o cocidas, esto sólo no hace que pueda legítimamente desplazar el giro propio del emprendimiento comercial para encuadrar la vinculación dentro del convenio colectivo de los gastronómicos".----------

--- Considero que el a quo se ha apartado de la normativa procesal que enmarca sus facultades, al hacer valer prueba no introducida regularmente al proceso, para hacerla prevalecer por sobre un hecho reconocido, lo que resulta inadmisible, porque tal hecho luego de su reconocimiento se hallaba marginado del debate y de la prueba.----------

--- Ahora bien, en el fondo, ello resulta intrascendente en autos, ya que por uno u otro camino, la resolución a darse al sub lite, en lo estrictamente económico hubiera sido la misma, ya que se considere al comercio del demandado como fábrica de pasta o como casa de comidas, lo cierto es que no existen diferencias salariales a reconocer al actor, por el convenio y categoría en que pretende encuadrar, respecto de la que se lo encasillara en el grado.----------

--- Comparando los dos convenios que podrían ser aplicables, según que el comercio del demandado se encuadre en una u otra actividad, surge claro que no existen diferencias salariales impagas a favor del trabajador, pues conforme a las escalas de los CCT 90/90 y 389/04, los salarios abonados durante el período objeto del reclamo han superado los fijados por ambos convenios colectivos para dicho período, lo cual descarta que el accionante haya sufrido algún perjuicio económico por el encuadramiento que se le efectuara (cfr. fs. 126). Ello así, por distintos fundamentos a los dados en él, debe confirmarse el decisorio apelado en lo concerniente al rechazo de tal pretensión.----------

--- En cuanto a las multas cuya aplicación se reclama con base en la ley 25.323, tampoco habrá de gozar de acogida el agravio.----------

--- En lo tocante a la multa establecida en el art. 1° de esa ley, lo que la norma sanciona con la pena de multa es la ausencia de registración o la registración en una categoría menor o un convenio distinto, que cause perjuicio al operario; lo que la norma es la registración irregular, no la registración opinable, realizada de buena fe en casos dudosos. En el caso que nos convoca, la relación laborativa fue registrada correctamente en lo que refiere a fecha de ingreso, categoría y salarios según la convención colectiva 90/90.----------

--- Que se haya debatido en autos aplicar al trabajador un convenio diferente (CCT 389/04) –con el que incluso esta Cámara no comulga- lo que muestra que se trata de

una temática opinable, discutible, esto es, pasible de interpretación, aleja el caso de la ratio legis del art. 1 de la Ley 25323 e impide la aplicación de la multa peticionada por el apelante.----------

--- La imposición de multas en los términos de la norma citada no puede generar un enriquecimiento sin causa del peticionario, quien prevaliéndose de una cuestión dudosa pretenda extraer un lucro, medrando con un encuadramiento –en todo caso discutible-, hecho de buena fe.----------

--- No concurren asi, en este caso, los requisitos que apoyan la imposición de una sanción de multa a la accionada, la que ha obrado de buena fe, pues la buena fe se presume (art. 4008 CC) y no ha sido desvirtuada en autos tal presunción. Ergo, este agravio no puede prosperar.----------

--- La pretensión relativa a la imposición de la multa del art. 2° de la ley 25.323 tampoco puede prosperar, al no darse en el caso el supuesto de hecho contemplado en la norma como factum de aplicación. ----------

--- En cuanto al reclamo concerniente a horas extras, tampoco habrá de merecer acogida, ya que las horas suplementarias impagas, tanto como las trabajadas fuera de los horarios normales de la jornada laboral, quedan fuera del marco de especial protección del régimen laborativo *–lo que se manifiesta en que no se aplican presunciones a su respecto y se requiere la prueba de su efectiva realización-*. Ello así, en materia de horas suplementarias, ellas deben ser debidamente acreditadas en cuanto a su efectiva realización, así como a su cuantía por el reclamante, requisito destinado a preservar el derecho de defensa en juicio el demandado.----------

---La litis laboral, en el área de protección laborativa, aparece a veces como un plano inclinado que muestra en situación desfavorable al empleador, para compensar la vulnerabilidad de la situación económica del operario y que hace cierta aquella aguda frase del maestro Capón Filas de que “en derecho del trabajo, la hiposuficiencia económica, se transforma en supraprotección legal”. Pero, fuera del ámbito tuitivo, en materia de horas suplementarias o fuera de convenio el terreno de disputa se nivela y ambas partes están en igualdad de condiciones, debiendo el operario que reclama haber laborado estas horas y no haberlas percibido, acreditar debidamente sus asertos, so pena de ser inadmisible su reclamo.----------

--- Como dijera en mi voto, que integrara la mayoría, en sentencia de esta Sala, a fin de tornar viable el pago de horas extras, el trabajador carga con la prueba del número, modalidades, frecuencia y lapso de las mismas, pero partiendo de la base indispensable de su adecuada formulación inicial, y debiendo sin perjuicio de ello producir en las actuaciones prueba asertiva y categórica relacionada con el quantum de las tareas extraordinarias cumplimentadas, así como respecto de su fecha y duración (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/05,2010, “A., R. M. c/ E. A. S.R.L. y/o F. S.R.L. y/o B., G. R. y/o quien resulte responsable s/ Diferencia de haberes e indem de ley” (Expte. 173 - Año 2010 CAT), con cita de decisión de la C. Nac. Trab., sala 2ª, 15/06/2004 -

Rajoy, Sebastián L. v. Born Consultora S.A. y otro, en AbeledoPerrot online).----------

--- Agregué allí que la prueba del trabajo en horas suplementarias, debe ser fehaciente; además, el juez debe fijar en las sentencias el quantum y no dejarlas al arbitrio del perito contador, con lo que estaría abdicando del deber de juzgar (C. Lab. Santa Fe, sala 1ª, 03/04/1991 -Millán, José v. Cerra, Saverio) JA 1996-I, síntesis).----------

--- Y que no me parece que exigir una prueba de cierta precisión de un hecho que tiene una importante correlación patrimonial y que excede lo corriente o normal del contrato de trabajo sea exigir demasiado (Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/05,2010, “A., R. M. c/ E. A. S.R.L. y/o F. S.R.L. y/o B., G. R. y/o quien resulte responsable s/ Diferencia de haberes e indem. de ley” (Expte. 173 - Año 2010 CAT). ----------

--- En tal quicio el reclamo de horas extras exige al actor (art. 381, Ley XIII; Nro. V, ex art. 377 C.P.C.C. y arts. 44 y 73, Ley XIV N° 1, ex arts. 45 y 76, Ley N° 69) la realización de un detalle preciso de los días y horas en que dice haber realizado las labores extraordinarias.----------

--- Si la actora no ha satisfecho ni su carga alegatoria con precisión y detalle en cuanto a días y horarios de realización de horas extras, ni si carga probatoria relativa a la efectiva realización de tales horas suplementarias, lo que no permite tenerlas por hechas, tales deficits no permiten receptar el reclamo de tales horas, cuya realización efectiva no está acreditada. Ergo, el agravio no puede prosperar.----------

--- En cuanto a la distribución de costas, la efectuada en el grado ha sido proporcionada a la medida de los respectivos triunfos y derrotas de cada parte. Y dado que las pretensiones del actor han sido desestimadas en su mayoría, no se aprecia motivo alguno para modificar el decisorio de grado en este aspecto.----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar la propuesta del Dr. Ferrari de confirmar el decisorio impugnado en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiéndose las costas de alzada a la apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 57, Ley XIV N° 1).-

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos curiales correspondientes a esta instancia en las siguientes alícuotas: a) para el Dr. R. C., en el 25% de los honorarios que se le fijaran en la etapa anterior; b) para el Dr. A. P. A., en el 28% de sus honorarios de grado; c) para la perito contadora M. T. D. M., en la suma de $ 800. Tales determinaciones arancelarias se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.----------

-- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos D.Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR el fallo apelado; II) Con costas en la alzada a la parte actora, regulándose

los honorarios profesionales en los siguientes porcentajes a calcular sobre que le correspondieron en la anterior instancia: 1) para el Dr. R. C., en el 25%; 2) para el Dr. A. P. A., en el 28%; 3) para la perito contadora M. T. D. M., en la suma de $ 800.---------- ---------- Así lo voto.---------- ----------

--- <u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>, el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi 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).----------

--- Trelew, de diciembre de 2.010.----------

--- 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:----------

---------- **<u>S E N T E N C I A</u>**: ----------

--- CONFIRMAR el fallo apelado; ----------

--- IMPONER las costas en la alzada a la parte actora, regulándose los honorarios profesionales en los siguientes porcentajes a calcular sobre que le correspondieron en la anterior instancia: 1) para el Dr. R. C., en el 25%; 2) para el Dr. A. P. A., en el 28%; 3) para la perito contadora M. T. D. M., en la suma de $ 800.---------- ----------

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

--- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDL.- Conste.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA