000037/2011

--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil once, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Dante Ferrari y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V. R. A. c/ A. S.A. y/o quien resulte titular, propietario, locador, armador y/o responsable de los buques de pesca A. – Ti. y M. S. s/ Cobro de haberes e Indemnización de Ley” (Expte. 37 – Año 2011 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. 372.----------

---- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos D. Ferrari dijo: ----------

----**I.** La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 347/351 vta.) acogió parcialmente la demanda entablada por el actor -quien invocó haber realizado tareas paralelas como cocinero además de las de marinería- en reclamo de diferencias indemnizatorias impagas en algunos rubros de la liquidación final efectuada con motivo de su despido sin causa.---------- ----------

----**II.** El fallo es apelado por la representación letrada de A. S.A. a tenor de la pieza glosada a fs. 356/359 que contiene, en síntesis, los siguientes motivos de agravio: 1) al momento del despido se encontraba vigente la ley 25.972 y el Decreto 1433/2005, que fijaban la indemnización adicional del art. 16 de la ley 25.561 en el 50%. Expresa la parte apelante que dicho porcentaje debía calcularse únicamente sobre la indemnización por antigüedad, con exclusión de todo otro rubro. 2) La ley 25.972 dispuso en su art. 4, último párrafo, que la suspensión de los despidos sin causa no resultaba aplicable en el caso de los contratos de trabajo celebrados a partir del 1°/01/2003 en cuanto impliquen un aumento en la plantilla total de trabajadores existente al 31/12/2003. Hacia la demostración de este último hecho apuntaba la prueba pericial ofrecida por su parte, viéndose privada de dicho medio probatorio en virtud de la providencia dictada el 03/08/2010, que le dio por decaído el derecho a producir dicha pericia. 3) Tras hacer una reseña de las incidencias previas al dictado de la providencia ya mencionada, la recurrente replantea la prueba en esta alzada, afirmando que de esa manera podrá demostrar el hecho contemplado en la ley como condición para eximirla del pago de la indemnización agravada. Deja planteado el caso federal y solicita que oportunamente se revoque la sentencia apelada, con costas.---------- ----------

----**III.** La pieza es respondida a fs. 361/364 vta. por la contraparte, quien sostiene que ha operado la preclusión de la pericia contable ofrecida. A mérito de ello pide el rechazo de la apertura a prueba solicitada en esta instancia y la confirmación del fallo apelado, con costas.---------- ----------

----**IV.** El replanteo de prueba es resuelto mediante al auto interlocutorio de fs. 367/368

en sentido contrario a lo solicitado por la apelante, a tenor de los fundamentos allí vertidos.---------- ----------

----**V.** Así las cosas, debo decir que con el rechazo del pedido de apertura a prueba en esta alzada quedó sellada la suerte adversa de la apelación incoada.----------

----Es que, en efecto, si durante el desarrollo del proceso la parte interesada no produjo la prueba ofrecida para demostrar el hecho exigente en el que basaba su defensa, resulta claro entonces que la pretensión entablada debe prosperar, por cuanto no existe ninguna constancia de que la ex empleadora haya cumplido con la previsión del art. 4° *in fine* de la ley 25.972.----------

----Al respecto, esta sala ha tenido ocasión de sostener en reiteradas ocasiones que el reparto de la carga probatoria se regula a través del principio de que la prueba del hecho debe darla aquella parte que tiene interés en afirmar su existencia, en cuanto le es favorable su efecto jurídico debiendo, por tanto, probar el presupuesto de hecho del norma que invoca como fundamento de su defensa (conf. art. 381 –antes 377– del C.P.C.C.; texto seg. Ley XIII N° 5; su doctrina – aplicable al fuero por remisión de los arts. 44 y 73 de la ley XIV N° 1).----------

----**VI.** Considero que le asiste razón en cambio a la apelante acerca de la base de cálculo y cuantía del rubro en cuestión. Tal como ya lo ha sostenido esta sala en otros precedentes con referencia al alcance de este plus resarcitorio, también es clara la legislación (art. 4°, 2do. párrafo, Ley 25.972 – art. 1°, Decreto 1433/05) en cuanto a que el mismo se aplica solo respecto de la indemnización por antigüedad, conforme a lo establecido en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias.----------

----Por tal motivo, debe modificarse al fallo en este aspecto a fin de reducir dicho rubro a la suma de $ 10.837,50, de manera que la demanda deberá prosperar, en definitiva, por la suma de $ 24.740,72, lo que así dejaré propuesto al acuerdo.--------- ----------

----**VII. Conclusiones:** ---

----A mérito de lo expresado precedentemente, opino que el fallo apelado deberá modificarse única y exclusivamente en cuanto al monto de condena por el que prospera la demanda entablada, fijándolo en la suma de $ 24.740,72.----------

----De compartirse esta postura, propicio asimismo distribuir las costas de alzada a mérito de los respectivos triunfos y derrotas, imponiéndolas en un 90% a cargo de la demandada y en el 10% restante por cuenta de la parte actora (conf. art. 72, C.P.C.C. – texto seg. ley XIII N° 5).----------

----Asimismo, propongo fijar los honorarios de los letrados actuantes en esta sede en los siguientes porcentajes, atendiendo a la extensión, calidad, eficacia de las respectivas tareas y resultados obtenidos en cada caso, conforme a las escalas arancelarias vigentes: a) para el Dr. L. A. N., en el 4,7%; b) para la Dra. G. M.C. M., en el 6% (arts. 5, 6, 8, 13, 46 y conc., Ley XIII N° 4).---------- ----------

----Voto entonces a esta cuestión por la PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

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

------En acatamiento del principio procesal de economía, en su vertiente de tiempo, me remito a la reseña que de los antecedentes del caso, la decisión impugnada y los agravios vertidos por la recurrente realizara el colega ponente. Concuerda mi opinión con la del preopinante y para fundar mi voto individual, según la manda del art. 169 de la Const. Prov., basta con formular las consideraciones siguientes.- ----------

----I.- Si la empleadora alegó la inaplicabilidad al caso del agravamiento indemnizatorio del art. 16 de la Ley 25.561, con la modificación de la Ley 25.972, por haber implicado la celebración del contrato de trabajo con el actor un aumento en su plantilla de trabajadores, sobre ella pesaba la carga de probar esa última circunstancia por configurar ella el supuesto de hecho para la aplicación de la norma en que sustentaba su defensa (arts. 381 C.P.C.C.).- ----------

----En la especie la interesada no satisfizo tal carga, pues fue declarado el decaimiento de su derecho a producir la prueba pericial que había de aportar dicho elemento de juicio. Por cierto que al expresar agravios la recurrente replanteó la probanza antes esta alzada, mas por la improcedencia del pedido este tribunal lo ha desestimado a fs. 367/368. En suma, el cuadro probatorio no se ha alterado en esta segunda instancia respecto de aquel que el Señor Magistrado de origen apreciara. La demandada entonces debe soportar las consecuencias desfavorables de dicho déficit acreditativo, por aquello de que el “onus probandi” no es sino “la repartición del riesgo de la falta de prueba” (Carnelutti, “Lezioni...”, ed. 1933, II-346).- ----------

----II.- Por lo contrario, sí debe ser acogido el agravio vertido en subsidio por la apelante sobre el mismo ítem del agravamiento indemnizatorio. Es que este incremento resarcitorio sólo debe alcanzar a la indemnización por antigüedad mentada, por así haberlo dispuesto expresamente los arts. 4, párr. 2° de la ley 25.972 y 1° del dec. 1.433/05, normas que con ello se separaron del anterior modelo del art. 2° del dec. 2.014/04, derogado expresamente por el art. 2° del dec. 1.433/05 (este tribunal, c. 209/09 S.D.L. 29/09, c. 551/10 S.D.L. 5/11). Dicho incremento debe ser fijado así en $ 10.837,50.- ----------

----III.- Tales las razones por las que entiendo que la sentencia apelada debe ser modificada a fin de fijar el capital de condena en la suma de $ 24.740,72, confirmando el decisorio en lo demás que fuera materia de agravios.----------

----Visto que termina prosperando una de las dos impugnaciones formuladas y es en cambio desestimada la otra, queda delineado en esta instancia un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuir las costas de ella para, atendiendo al muy distinto contenido económico de esos dos agravios, imponerlas en un 90 % a la demandada y en el restante 10 % al actor (art. 72 C.P.C.C.). ----------

----Los honorarios por las tareas de alzada deben ser regulados en las sumas propuestas por el colega antes sufragante, acordes a la extensión, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).-------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

----Me expido en esta cuestión entonces PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------
--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ---------- ---
----En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) MODIFICAR el fallo apelado única y exclusivamente en cuanto al monto de condena por el que prospera la demanda entablada, fijándolo en la suma de $ 24.740, 72. II) Distribuir las costas de alzada en un 90% a cargo de la demandada y en el 10% restante por cuenta de la parte actora, fijándose los honorarios profesionales por las tareas de alzada como sigue: a) para el Dr. L. A. N., en el 4,7%; b) para la Dra. G. M. C. M., en el 6%.---------- ----------
----Así lo voto.---------- ------
----**A ESTA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió:----------
----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Ferrari, reflejo fiel del acuerdo antes alcanzado.----------
--- 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 mayo de 2.011. ----------
----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**: ----------
--- MODIFICAR el fallo apelado única y exclusivamente en cuanto al monto de condena por el que prospera la demanda entablada, fijándolo en la suma de $ 24.740, 72.----------
--- DISTRIBUIR las costas de alzada en un 90% a cargo de la demandada y en el 10% restante por cuenta de la parte actora.----------
--- FIJAR los honorarios profesionales por las tareas de alzada como sigue: a) para el Dr. L. A. N., en el 4,7%; b) para la Dra. G. M. C. M., en el 6%.----------
--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

CARLOS DANTE FERRARI
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.011 – SDL.- Conste.- ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA