

SENTENCIA DEFINITIVA – CAUSA Nº 76693/2016 “GRAMAJO PEDRO ERNESTO C/MAYCAR S.A. S/DESPIDO” – JUZGADO Nº 42

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los **19/09/2018** reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

El Dr. Alejandro H. Perugini dijo:

Contra la sentencia que consideró que la demandada abonó en forma insuficiente la liquidación final condenándola a cancelar las diferencias correspondientes, y a su vez desestimó el reclamo por horas extras formulado en el inicio, se alzan ambas partes a mérito de los memoriales agregados a fs. 135/140 (actora) y 142/143 (demandada), naturalmente en función de los aspectos de la resolución que a cada una de ellas ha resultado adverso.

Meras razones de orden sugieren comenzar por los agravios formulados por la demandada, quien se queja por la decisión del Sr. Juez de grado de condenarla a abonar diferencias en la liquidación final, a cuyo fin sostiene que la suma de \$ 22.428,70- tomada como mejor remuneración normal y habitual resulta incorrecta, dado que el importe contiene una cantidad de horas extras mucho mayor a lo normal.

Cabe destacar al respecto, por un lado, que los arts. 271 y 277 del CPCCN impiden la consideración de cuestiones no propuestas a la decisión del Juez de primera instancia, y por otro, que expresar agravios supone una crítica concreta y razonada de los aspectos de la sentencia que generan perjuicio, especificando, puntualmente, cuales son los errores en los que aquella pudiera haber incurrido en la apreciación de los hechos o la aplicación del derecho. En tal sentido, la tardía manifestación respecto de la realización de horas extras mayor a la habitual en el mes de febrero de 2016, no alegada en la contestación de la demanda y no respaldada en prueba alguna, no supera el plano de una mera manifestación de disconformidad que no satisface el requerimiento previsto en el art. 116 de la L.O., por lo que el agravio, tal mi propuesta, deberá ser desestimado.

En lo que refiere al recurso interpuesto por la actora, ha de tenerse en cuenta que el reclamo relativo a horas extras al 50% refiere, exclusivamente, a la calificación que pudiera realizarse sobre la hora de almuerzo, cuya existencia no ha sido materia de discusión.

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia en criterio que comparto, para que el tiempo de almuerzo o refrigerio pueda considerarse ajeno a la jornada de trabajo, debe acreditarse que el trabajador tiene la libertad de gozarla según sus preferencias, disponer de ese tiempo en su propio beneficio y, fundamentalmente, que el empleador no pueda exigir la



ejecución de ninguna prestación durante su transcurso, ni condicionar ni supeditar tal descanso a las necesidades funcionales de la empresa (CNAT, Sala X, 13/2/2003 "Aguirre Blanco, Abdona c/Hoteles Argentinos SA s/accidente - Ley 9688" elDial.com - AA18DB).

En tal sentido, no solo se encuentra acreditado que el demandante, tal como se señala en la sentencia de grado, permanecía en el establecimiento de la demandada durante el almuerzo, sin que ésta haya aportado prueba alguna a la causa que revele la libre disponibilidad y la falta de sujeción del trabajador a eventuales requerimientos de su empleador durante ese lapso, sino que éste, concretamente, no ha negado la afirmación contenida al respecto en la demanda, por lo que cabe tener por cierto que, tal como allí se señaló, durante ese tiempo permanecía en el lugar a disposición del empleador.

Por consiguiente, y en tanto las horas extras reconocidas y abonadas por la demandada, de las cuales da cuenta la pericial contable, no refieren a la permanencia del actor en el lugar de trabajo durante el horario del almuerzo, ha de considerarse que la jornada habitual del actor se extendió de lunes a viernes de 7 a 16,30 y sábados de 7 a 12,30, lo cual determina la existencia de 5 horas extras semanales que no han sido adecuadamente remuneradas.

En lo relativo al cumplimiento de actividades los días domingos, he de coincidir con lo señalado en origen respecto de que no han sido adecuadamente acreditadas.

A tales efectos, he de tener en cuenta, preliminarmente, que la única prueba ofrecida en orden a este punto de la controversia ha sido la testimonial, y que el art. 456 del CPCCN dispone que la fuerza de convicción de dicha prueba ha de ser evaluada por el Juez en función de los principios de la sana crítica, considerando las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de tales declaraciones.

En tal sentido, es mi criterio que el esfuerzo puesto en los agravios con el fin de establecer coincidencias entre los testimonios de los diferentes testigos, no supera el plano de una mera discrepancia con la valoración realizada en la sentencia que, de tal modo, no logra conmover sus conclusiones, pues aun cuando todos ellos refieran a la prestación de servicios los días domingos, ninguno alude, solo para comenzar, a una habitualidad como la que señala la demanda, y tampoco coinciden en la modalidad de pago a la que ha hecho referencia el demandante en su presentación inicial.

Mientras Catalisano (fs. 70) dejó de trabajar en el año 2009, por lo cual no podría dar cuenta de lo ocurrido con posterioridad, y descartado tal testimonio, solo Villalba (fs. 81) e Ibañez (fs. 98) dicen haber trabajado los domingos con el actor. No obstante, el primero de ellos tiene juicio pendiente con la demandada y el segundo no puede precisar cuántas veces ello habría ocurrido, punto en el que éste último tampoco corrobora lo dicho por los dos primeros, que aludieron, sin mayor precisión y sin coincidencia, a prestaciones en uno y dos domingos por mes, según pudiera ser requerido, discrepando con



el segundo respecto de las tareas que el actor habría cumplido en tales oportunidades.

Por su parte, no es solo Diez (fs. 97) quien refiere que la demandada carece de actividad los días domingos, sino que Torres (fs. 95), testigo de la parte actora, en momento alguno refiere a prestaciones en dicho día de la semana, pese a aludir a prestaciones "trasturno" que se habrían cumplido incluso de noche.

Ninguno corrobora la modalidad de pago referida en el escrito inicial, y por el contrario, no se advierte que el recurso haga alguna referencia destinada a desacreditar la afirmación contenida en la sentencia, respecto de la inexistencia de toda referencia a un concepto denominado "premio" en la composición salarial del actor, bajo la cual supuestamente, según dichos de la demanda no ratificados por ningún testigo, se ocultaba el pago de las prestaciones dominicales.

Si a ello se suma que, en definitiva, todos refieren efectivamente al cumplimiento de horas extras, pero éstas, a excepción del discutible concepto relativo al almuerzo, aparecen abonadas no solo al 50% sino también al 100%, en pormenorizada descripción que la demandada ha entregado al perito contador, de cuyo informe no surge referencia alguna a actividad de la demandada en los días domingos, he de concluir que los testimonios, tal como se ha señalado en grado, carecen de la necesaria precisión, concordancia y respaldo en otros elementos de prueba como para otorgarles credibilidad en orden a la finalidad pretendida en los agravios.

Consecuente con ello, de prosperar mi voto, ha de incluirse en la condena la suma de \$ 54.339,84- correspondientes a 5 hs extras semanales por el período reclamado conforme cálculo realizado por el perito contador a fs. 107, no impugnado, por lo que el monto final a ser abonado por la demandada, en los plazos y con los accesorios fijados en origen, alcanzará la suma de \$ 206.059,95.

Si bien el art. 71 del CPCCN contempla la distribución de las costas del proceso en atención al éxito obtenido por cada una de las partes, la jurisprudencia ha señalado, pacíficamente y en criterio que comparto, que a tales fines no puede considerarse una pauta meramente numérica o matemática, debiendo considerarse los aspectos jurídicos y técnicos comprometidos en la decisión.

Conforme a ello, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 279 del CPCCN, no advierto motivos para modificar la imposición de las costas de ambas instancias a la demandada, sustancialmente vencida, ni para regular los honorarios de la representación y patrocinio de las partes y perito contador en un porcentaje diferente al establecido, desde que éstos lucen adecuados a la importancia, mérito y extensión de las tareas cumplidas a la luz de las pautas arancelarias aplicables a este proceso (conf. Ley 21.839; Ley 24432 y art. 38 L.O.).



Los honorarios de actora y demandada por las tareas cumplidas en esta instancia serán regulados en el 25% y 25% de lo que les corresponda percibir por sus tareas en la instancia anterior.

En relación con la adición del IVA a los honorarios regulados, esta Sala ha decidido en la Sentencia Nro. 65.569 del 27 de septiembre de 1993 en autos "Quiroga, Rodolfo c/Autolatina Argentina S.A. s/ accidente-ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles S.A. s/recurso de apelación" (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio –adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto". Atento lo expuesto, en caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional.

De prosperar mi voto, propiciaré: **I.-** Modificar el monto diferido a condena, y consecuentemente, elevarlo a \$ 206.059,95 (pesos doscientos seis mil cincuenta y nueve pesos con noventa y cinco centavos). Conforme los intereses fijados en la instancia anterior. **II.-** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida. **III.-** Confirmar los honorarios regulados en la instancia anterior. **IV.-** Regular los honorarios de actora y demandada en el 25% y 25%, respectivamente, de lo que les corresponda percibir en la instancia anterior.

La Dra. Diana R. Cañal dijo:

Por análogos fundamentos adhiero al voto del Dr. Perugini.

Oído lo cual, el **TRIBUNAL RESUELVE: I.-** Modificar el monto diferido a condena, y consecuentemente, elevarlo a \$ 206.059,95 (pesos doscientos seis mil cincuenta y nueve pesos con noventa y cinco centavos). Conforme los intereses fijados en la instancia anterior. **II.-** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida. **III.-** Confirmar los honorarios regulados en la instancia anterior. **IV.-** Regular los honorarios de actora y demandada en el 25% y 25%, respectivamente, de lo que les corresponda percibir en la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

Diana Regina Cañal
Juez de Cámara

Alejandro H. Perugini
Juez de Cámara

Ante mi: María Lujan Garay

4 **Secretaría**

Fecha de firma: 19/09/2018

Firmado por: DIANA REGINA CAÑAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA LUJAN GARAY, SECRETARIA

Firmado por: ALEJANDRO HUGO PERUGINI, JUEZ DE CAMARA

