



NEUQUEN, 10 de abril de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALVAREZ ANTONIO CRISTOBAL Y OTRO C/ AUTOTRANSPORTES ANDESMAR S.A. S/ COBRO DE HABERES"**, (JNQLA1 EXP N° 450852/2011), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori**, dijo:

I.-A fs. 490/491 obra la expresión de agravios de la demandada fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 08.03.17 (fs. 479/485); pide se revoque conforme los argumentos que expresa.

Cuestiona que el juez de grado se haya realizado una valoración parcial y deficiente de la prueba, destacando que la metodología implementada por el perito contador al confeccionar informe pericial consistió en realizar la liquidación de los rubros reclamados en base a la libreta de trabajo aportadas por éstos, luego consideró las que acompañara su parte y luego comparó las mismas con los recibos de haberes, y en la sentencia solo se tuvo en cuenta la parte del informe que se realizó con las primeras.

Señala como inconsistencias, que no se haya considerado que su parte desconoció la autenticidad y contenido de las libretas de trabajo aportada por los actores, y no se produjo prueba tendiente a acreditar la veracidad de los datos; no se ponderó en forma integral dichos instrumentos con los recibos de haberes y su coincidencia con los itinerarios que acompañó, suficientes para rechazar la demanda; que al dictarse sentencia sobre la parte del informe pericial contable realizado sobre las libretas de los actores en forma exclusiva, se perdió de vista que la determinación de las horas de trabajo mensuales que allí se efectuó arroja



resultados absurdos puesto que se han determinado más horas que las que posee un día; con un examen global se habría concluido que lo percibido por los actores era correcto y nada se les adeudaba.

Que de los recibos de haberes que no fueron considerados surgen los días no laborados por los actores en cada mes por vacaciones o licencia por enfermedad, y descontado a ello los seis francos mensuales, se obtiene los efectivamente trabajados en cada mes, y dividiendo las horas determinadas por el contador (horas al 50%, francos /feriados trabajados, falta de descanso) se habría advertido que en algunos meses son más de 24 hs. trabajadas por día lo que es absurdo.

Que las libretas de trabajo que acompañó son razonables porque concuerdan con los recibos de haberes del actor y las planillas de itinerario, aún cuando puedan existir a criterio del perito diferencias mínimas; cita el caso de 9 meses en que el resultado de las horas trabajadas por día de ambos trabajadores conforme la pericia alcanza excede las 20 horas y llega a 42,19 y 31,8.

Que su parte adelantó al contestar la demanda e impugnar la pericia contable que siguiendo el criterio de los actores se llegaría a resultados absurdos puesto que se estaba solapando las horas de trabajo, ya que una misma hora laborada se reclama como hora, extra y como privación de horas de descanso, que solo se puede advertir al analizarse el mes completo de trabajo y no en forma individual, rubro por rubro como incorrectamente lo hacen los actores y el perito.

Sustanciado el recurso, responden uno de los actores a fs. 499/501; pide se rechace con costas, y en principio que se lo declare desierto por incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Respecto a las libretas de trabajo considera acertado que el juez de grado le haya dado validez a la



presentada por la actora por estar certificada y la de la demandada ser copia simple, surgiendo claro que son llenadas arbitrariamente por la demandada conforme el recibo de haberes, es decir, se lleno después de confeccionar éste y de acuerdo a él; que el informe de fs. 273/282 acredita la obligación de los choferes de colectivos de llevar con ellas la libreta de trabajo en la que consta el horario que cumplen, entrada y salida, y que debe ser en dos ejemplares, una para cada una de las partes, siendo que la del actor está llena con la firma de personal de tránsito, y la de la demandada no tiene firma de nadie.

Que la empleadora fue intimada por auto de fecha 24 de abril de 2012 a presentar itinerario a los cuales estaban sometidos y correspondientes a los viajes efectuados por los actores entre abril de 2009 y mayo de 2011, expresión de ruta, lugares de destino y horarios de partida y llegada, registro que fija el art. 6 inc. c. de la Ley 11.554, registro de control horario y asistencia, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 921, y no fueron acompañados por lo que se hizo efectivo aquel, teniendo por cierta la documental de la actora.

Acerca de que se obtienen resultados absurdos por trabajar más horas que tiene el día, señala que maliciosamente se suman todas las horas mencionadas, entre ellas las horas nocturnas, pero se hace la distinción de estas horas para aplicar los 8 minutos por hora adicional, pero no como horas distintas a las ya contempladas en el informe; se suman también las horas de descanso, solo discriminadas al solo efecto de determinar el valor al 100% y tampoco son distintas a las contempladas por el perito.

Que la demandada solo se limita a tomar en su conjunto las horas en los meses que hace referencia pero no discrimina cada uno de ellos para demostrar el error, por la sola y sencilla razón que daría a luz su error, con lo que la



crítica no tiene sustento fáctico ni jurídico; a título de ejemplo en el Anexo V del informe correspondiente al actor Álvarez, la recurrente toma todas las horas mencionadas y las sumas, y ese es el yerro de interpretación del informe en que incurre, cuando la perito describe en el cuadro en primer lugar el total de horas trabajadas en el ciclo, luego detalla cuáles de esas corresponden al ciclo básico y cuáles son al 50% o feriados, no correspondiendo sumar las horas totales con las del primer cuadro, debiendo haber cuestionado los anexos anteriores donde la especialista describió día por día hora por hora la carga horaria de la actora, que no arroja dudas sobre la corrección del informe.

II.- Que a fs. 492/495, por su propio derecho los letrados del actor (Álvarez) interponen recurso por considerar altos los honorarios fijados en el 7% del capital e intereses a favor del letrado del otro actor (García) y bajos los determinados para sí por 4 y 7%, no resultando ajustada la distribución porcentual de la retribución que se hace en la sentencia, porque el último solo intervino a fs. 419/420, sin hacer nada, a lo largo de las 485 fojas restantes, y reconociéndole que el porcentaje se aplique sobre todo el monto, cuando sólo le correspondería respecto de lo que ha prosperado para su cliente.

Sustanciado el recurso, no es respondido.

III.- Que la sentencia de grado condena a la demandada a pagar a los actores las diferencias de haberes derivadas de las horas extras, por feriados trabajados impagos y en razón de la afectación del tiempo de descanso entre jornada y jornada, considerando la liquidación de las diferencias salariales resultante de las libretas de trabajo prestadas por aquellos, en razón de lo normado por el art. 9 del CCT 460/73, y rechazando los francos trabajados.

En relación a la autenticidad de las libretas de trabajo presentadas por las partes, luego de cotejar que la de



los actores son copias certificadas, y las de la demandada copia simple, concluye que se atenderá a la veracidad de las primeras.

Luego, para el cálculo de las diferencias, advierte la existente según se siga una u otra información que aportan las partes, destacando ante la impugnación de la demandada, el perito explicó el procedimiento seguido en los 10 anexos respecto a la fuente empleada con detalle pormenorizado de cada uno de los rubros; y que con motivo de la medida de mejor proveer procedió al desglose de las conclusiones globales, fijando el importe adecuado a cada trabajador, para concluir que no resultan suficientes los argumentos expuestos en la impugnación ni motivos para apartarse de las conclusiones a las que arribó la experta, con excepción de los resuelto en relación al rubro de los francos trabajados.

Que para abordar la materia traída a decisión procede citar de manera liminar que, cabe recordar que el marco legal lo define la ley 11544 donde se establece una jornada de 8 horas diarias y 48 semanales, en tanto el decreto 16115/33 autoriza la distribución desigual del tiempo semanal de trabajo siempre que no se trabajen más de 9 horas diarias: las que excedan el límite diario o semanal se consideran horas extraordinarias (art. 201 LCT); finalmente, el Convenio Colectivo Trabajo 460/73 establece en su art. 9 inc. a: "El personal de media y larga distancia y auxiliares de abordó, a los efectos de la percepción del sueldo básico mensual, deberá cumplir un ciclo de doscientas (200) horas mensuales; cumplido el mismo toda hora trabajada en exceso será retribuida con un incremento del 50%...El sueldo del trabajador no sufrirá disminución alguna si por causas ajenas al mismo no cubriera dicho ciclo", y en su inc. b, en consonancia con el primer párrafo del art. 197 de la LCT, dispone: "Se considera tiempo de trabajo el transcurrido desde la hora de iniciación de los



servicios hasta la terminación de los mismos, incluso los lapsos fijados para llevar a cabo las obligaciones previas y posteriores", la que a su vez fue modificada por el art. 5 del Acta Acuerdo Complementaria del 25 de junio de 1975 (Expediente N° 580.525/75 MTEySS).

Luego, en relación a la crítica vinculada con la prueba de las horas cumplidas en exceso por los actores, la base fáctica seguida en sentencia, parte de tener por cierta la información proveniente de las libretas acompañadas por los actores, análisis que procede confirmar considerando que la empleadora contaba con todos los recursos registrales a su disposición para desvirtuar el contenido de aquellas, fundamentalmente a través de los registros especiales que la ley le impone llevar sobre las horas en exceso laboradas por los choferes de larga distancia, tal la imposición de los arts. 6° inc. c de la Ley 11.544 y el 21 del Dec. 16.115/33, y que en el caso no fueron acompañados, aun cuando se admite y se evidencian en los recibos que el horario suplementario se concretaban en forma habitual.

Que efectuada por los actores la declaración de fe conforme la última parte del 1° párrafo del art. 38 de la Ley 921, y coincidente con norma del art. 55 L.C.T., frente a la falta de exhibición de los registros, quedó configurada la presunción favorable de "las afirmaciones del trabajador...sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos", y del art. 388 CPCyC en cuanto erige la negativa de una parte a presentar documentos en poder suyo en presunción contraria a ella (conf. C.N. Trab., Sala I, 30/11/12 "Pereira Luciano c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ despido" [Fallo en extenso: elDial.com - AA7C56]), luego de haber sido intimada notificada a fs. 261 a presentar el registro que fija el art. 6 inc. c. de la Ley 11.544 y registro del control horario y asistencia de los actores conforme auto de fecha 24.04.2012 y bajo apercibimiento de lo



dispuesto en las normas citadas (fs. 238 y vta), y responder que ello surgía de las libretas de trabajo (fs. 271 y vta).

Queda, entonces, relativizada la convicción que la recurrente pretende asignar al contenido de las planillas y recibos de haberes acompañadas, cuando lo decisivo era exteriorizar el registro legal, al que fue intimado en el proceso, y que al no concretarlo, hizo operativa la presunción citada.

De todas formas, y fundamentalmente la documentación que aporta la empleadora, cede respecto a la acompañada por los actores porque contiene los registros de las entradas y salidas en que intervienen funcionarios del transporte de los lugares en los que cumplieron tareas y permitieron evidenciar los períodos o ciclos laborales; y nuevamente, era aquella, que es empresaria del transporte, la que estaba en mejores condiciones para desvirtuar que dichos horarios o los viajes eran inexistentes, o sin la intervención de los choferes indicados.

En este sentido, habré de citar lo sentenciado por la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut):

"En las circunstancias del caso que nos convoca la accionada tenía la obligación de llevar libros donde constaran las horas extraordinarias laboradas por el personal, a tenor de lo dispuesto por el art. 6, inc. c), Ley 11.544 y el art. 21, Dec. 16.115/33. Las libretas de trabajo con que la empresa pretendió tener por cumplida su obligación de llevar libros, resultan inidóneas para llenar la obligación a cargo de la empleadora, la que no puede pretender sustituir una obligación por otra. Ello así, no se requería de mayor prueba para que se tengan por realizadas horas extras de labor por la actora, pues la presunción que juega a su favor y que emana de las citadas normas, en todo caso, revertía sobre su contraparte la obligación de probar en contrario, quedando la actora desobligada de cumplir una labor probatoria a que no



estaba obligada y que además pudo juzgar innecesaria, como en efecto lo era, dadas las circunstancias del caso, hasta tanto su contraparte desvirtuara la presunción con que cargaba, lo que no ha ocurrido en autos. En consecuencia, debe presumirse -lo que a falta de prueba convincente en contrario adquiere plena fe- que la actora ha desarrollado horas extras de labor en beneficio de la accionada, las que no le han sido remuneradas.

Para finalmente agregar: "Pero, no puede admitirse sin examen ni crítica alguna los altos guarismos de horas extras que la actora dice haber laborado para la demandada. Entonces, una cosa es la realización de las horas en sí mismas y otra, decididamente diversa, la cantidad de ellas que se reclaman." (Dr. López Mesa, según su voto en "Arabia, José c/ Transportes Don Otto S.A s/ cob. de pesos e indem. de ley" - Sent. 14/03/2013).

Que estimé oportuno citar el correcto análisis seguido en el pronunciamiento del Tribunal Chubutense, porque precisamente el último párrafo transcrito se vincula con la segunda de las críticas que plantea la aquí recurrente, cuando señala que los cálculos admitidos en la sentencia, con base en el dictamen pericial, llevan al absurdo de consagrar que los actores laboraban más de 19, 20, 30 y hasta 40 horas diarias.

Así, el juez del primer voto en el fallo que se cita, Dr. Velázquez, correctamente antes había analizado que:

"Es inverosímil, harto improbable, que un conductor de larga distancia se desempeñe, sobre las ocho horas de jornada legal, otras doce horas extras diarias las treinta jornadas mensuales u otras ocho horas y media por día, toda vez que ello habría importado laborar veinte horas diarias a lo largo de todo el mes en el primer supuesto y dieciséis horas y media en el segundo, lo que parece contravenir el límite de la propia resistencia humana a la



fatiga, de la capacidad anatómica de absorción del esfuerzo físico.".

Que sin embargo, y como bien lo reseña el actor al responder los agravios, en los presentes no se concreta este error aritmético, conforme a que en los Anexos I, II, III, IV, V, VI VII, VIII, IX y X, el perito contador realiza una pormenorizada descripción de los horarios que implicaban los ciclos de los viajes y el tiempo que insumían resultante de las cuatro libretas de trabajo cotejadas, aclarando que si bien se había informado horario de entrada y salida diaria, sin proveerse datos sobre el lugar, si era su residencia o no, rechazando la superposición sino que es el resultado de la liquidación, y todo ello referenciado mes a mes con cada recibo de haberes (fs. 425/428) mientras la recurrente se limita a señalar el resultado de las sumas lineales incluidas en los cuadros para inducir al exceso denunciado, cuando lo cierto es que son el resultado de tener que discriminar las consecuencias de la adición de los 8 minutos en las horas nocturnas, y la discriminación de las cumplidas al 50% y 100% conforme sean días feriados/francos y durante el descanso, llegando firme y consentido a esta instancia el rechazo de las cumplidas cuando correspondía gozar de los francos, luego de haber sido precisadas finalmente en un pormenorizado desglose a fs. 458/462, que no mereció observaciones, resultando de ello los montos de condena.

De todas formas, este exceso horario enunciado en la apelación no lo hizo notar la empleadora al tiempo en que se contestaron los sucesivos traslados del dictamen pericial y sus ampliaciones, exteriorizando aún más que se trata de una desinterpretación de aquel que, incluso, recién se intenta introducir al apelar.

Cabe atender que conforme lo regulado en los arts. 475 y 476 del CPCY C, no puede atacarse el dictamen pericial si no se lo realiza en la etapa procesal oportuna,



por lo que no propuesto el pedido de explicaciones, en principio, es inatendible la objeción posterior fundada en la insuficiencia técnica del dictamen (conf. CN. Civ., Sala E, 15/2/89, ED, 134-605).

Así lo exige el buen orden del procedimiento, pues se permite al técnico que amplíe y explique sus conclusiones; situación prácticamente imposible si las observaciones son propuestas en los alegatos o en oportunidad de expresar agravios (conf. CNFed. La Plata, Sala I, 31/7/84, RepLL, XLIV-1682, nº 22).

Por ello el silencio en estas circunstancias es más terminante que respecto de los demás medios de prueba, discutibles en cuanto a su valor y eficacia con independencia de la conducta de las partes en el momento de su producción (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, Tº 2, pág. 515).

En consecuencia, y aun cuando resulte extemporáneo el cuestionamiento dirigido a la pericia, también la pretensa crítica no es tal, dado que obvia las precisiones contenidas en el dictamen y los elementos que se analizaron con base en el registro de los viajes, con suficiente detalle de horarios, y adecuadamente valorados por el sentenciante.

Conforme las consideraciones fácticas y jurídicas desarrolladas, se habrán de rechazar los agravios de la demandada.

IV.- Pasando a considerar el recurso de los letrados del actor, como bien destacan se fijó que retribución de la tarea profesional considerando el monto total por capital e intereses, en el 4% y 10 % los honorarios de los Dres. ... y ..., que actuaron hasta fs. 419 (05.08.14), en el carácter de apoderado y patrocinante de ambos actores, respectivamente, mientras que al letrado que actuó por sólo uno de ellos desde dicha oportunidad, se determinaron en el 7% del total.



Indudablemente hubo un error de apreciación, que aún pudo ser subsanado mediante aclaratoria, desde que en principio la base para el profesional que asistió aún en el doble carácter a uno de los actores, el Sr. Álvarez, debe ser calculada tomando como base el crédito de éste, con la adición de los accesorios.

Luego, y a tenor de la actividad cumplida, estimo justificado que conforme las pautas establecidas en los arts. 6, 7, 8, 10, 20 y 39 de la Ley 1954, se confirme el 7% sobre el valor antes indicado.

Finalmente, atendiendo a la relevancia y la mayor labor cumplida mientras los Dres. ... y ... ejercieron la representación conjunta, procede confirmar el porcentaje del 4% y 10% respectivamente, para aplicar sobre el total del importe de condena e intereses, acreciéndose por la actividad vinculada con el actor Sr. García en el 1,2% y 6% a calcularse sólo sobre el crédito al que accede este último.

V.- Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo el rechazo de la apelación de la demandada, y haciendo lugar parcialmente a la de los letrados del actor, modificar la regulación de honorarios estableciendo la retribución del los Dres. ... y ... en el 4% y 10% respectivamente, a ser aplicado sobre el total del importe de condena e intereses, y también respectivamente en el 1,2% y 6% sobre el monto del crédito del Actor Sr. García, y los del Dr. ... en el 7% a calcularse sobre el crédito del Actor Sr. Alvarez.

VI.- Atento la forma en cómo se decide, las costas de la Alzada se impondrán a cargo de la demandada en su calidad de vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC), regulándose los honorarios de los letrados intervinientes por el actor en el 35% de los que devenguen en la instancia de grado, y el 30% los correspondientes al letrado de la accionada (art. 15 L.A. vigente).

El Dr. Ghisini, dijo:



Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 479/485 vta., modificándola respecto a la regulación de honorarios, estableciendo la retribución de los Dres. ... y ... en el 4% y 10% respectivamente, a ser aplicado sobre el total del importe de condena e intereses, y también respectivamente en el 1,2% y 6% sobre el monto del crédito del Actor Sr. García, y los del Dr. ... en el 7% a calcularse sobre el crédito del Actor Sr. Alvarez.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en su calidad de vencida (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA