--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T., D. F. c/ “X” S.R.L. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley”** (Expte. Nº 496 - año 2009) 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. 91.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 67 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 62/64 vta., por el cual se hace lugar a la demanda promovida por los actores, condenando a la empresa demandada a abonar, en el término de diez días, las sumas que se detallan para cada uno de los codemandantes, con más intereses, imponiendo las costas a la accionada.----------

--- A fs. 69/80 vta. obra el informe del art. 62 de la ley 69 presentado por la demandada, del que se confiere traslado a fs. 81, el que fuera contestado por la actora a fs. 82/84 vta.----------

--- I.- Haré una breve reseña de los agravios de la demandada y de la contestación que de los mismos efectuara la actora.----------

--- 1) La demandada refiere que en el decisorio apelado se hace lugar a la demanda por aplicación de un antecedente análogo dictado por la Sala “A” de este Cámara, aún cuando el juez de grado difiere del criterio aplicado. En el citado antecedente, por aplicación de lo dispuesto por el art. 9 de la LCT se concluyó que el valor horario para la retribución de las tareas suplementarias debe componerse, con los rubros normales y habituales, comprensivos del salario básico, antigüedad y premio por asistencia si éste fue devengado en el mes correspondiente a cada liquidación. Agrega consideraciones de dicha decisión de Alzada. Seguidamente se refiere a la sentencia de primera instancia que fue revocada en el antecedente señalado, para luego transcribir párrafos del decisorio que aquí se recurre.----------

--- Ya en el capítulo de los agravios, la recurrente señala que existió una incorrecta interpretación de las normas vigentes, por cuanto entiende que se efectuó una aplicación analógica en forma excesivamente extensiva, debido a que el Laudo que generara el Acta Acuerdo del 25/06/75 no deroga ni modifica el art. 10, inc. “c” del CCT 460/73, el cual sigue vigente. Agrega que en el convenio original y en las actualizaciones de las que se dan cuenta, se produce la expresa aclaración que la antigüedad se computa a los efectos del cálculo de las horas extras pero nada se dice del premio por presentismo, por lo que el art. 10 es claro al indicar que la base de cálculo es el salario básico más la antigüedad, mientras que el art. 11 del laudo que

establece el presentismo no lo incorpora a la base de cálculo de las horas extras. Señala que el mismo se calcula para la labor de los choferes de larga distancia como incentivo adicional por el uso y abuso de las horas extras.----------
--- Indica que las normas convencionales son ley para las partes, citando jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional del Trabajo de Capital Federal. Se refiere luego a distintas posiciones acerca de qué se entiende por “salario habitual” en la norma del art. 201 de la LCT. Transcribe un acuerdo de octubre de 1974, así como diversos artículos del CCT 460/73, para finalmente referirse al laudo del Expediente Nº 580.525/75, destacando que no se modificó la redacción del art. 10 del CCT 460/73. Posteriormente ilustra acerca del trabajo por equipos en el caso del transporte por automotor de pasajeros de larga distancia, con expresa mención de diferentes normas al respecto.----
--- En forma de síntesis, y con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señala que los principios rectores en materia laboral, como el *in dubio pro operario* de la norma y de la condición más beneficiosa exigen para su aplicación que se esté en presencia de una colisión normativa que cree dudas fundadas acerca de la ley aplicable. Reitera que no existe modificación ni derogación del art. 10 del CCT 460/73 y que en forma pacífica las horas extras se vienen liquidando en la forma en las que lo hace la empresa accionada. Agrega finalmente que ni el art. 201 de la LCT dice expresamente que el presentismo debe tomarse como base cálculo para la liquidación de las horas extras y que el fallo citado es específico para los choferes de larga distancia.----------
--- 2) La actora, al contestar el memorial, enfatiza que el presente expediente resuelve una contienda igual a la que se sustanciara hasta el fallo de la Sala “A” de este Cuerpo plasmado en la SDL Nº 26/2009, en el cual el juez de grado rechazó la demanda haciendo plena aplicación del art. 10 del CCT 460/73, mientras que la Cámara revocó dicha decisión, haciendo lugar a la demanda en virtud de la aplicación del Acta Acuerdo de 1975 que determina que las horas extras se calculen con antigüedad y presentismo. Expresa que ni el convenio colectivo ni el acta acuerdo efectúan distinción alguna entre choferes de larga y corta distancia. Considera que las citas normativas, jurisprudenciales y doctrinarias que realiza la contraria resultan genéricas o ajenas a la cuestión aquí debatida. Destaca que el art. 7 del laudo instituyó un premio a la asistencia, por lo que este adicional fue creado después de celebrada la convención colectiva, lo que conduce a interpretar que si el presentismo no figura en el art. 10 del CCT es porque a la fecha del mismo dicho adicional no existía. Señala como tardía la referencia a la distinción entre los choferes de larga y corta distancia. Finaliza citando parcialmente el antecedente citado de la Sala “A” de este Cuerpo.----------
--- II.- Reseñados los agravios vertidos por la demandada y la contestación de la actora, paso a su tratamiento.----------
--- 1) Ante todo diré que no le asiste razón a la actora cuando manifiesta, al contestar los agravios de la contraria, que la denuncia de que el adicional por presentismo es

aplicable sólo a los choferes de larga distancia, se trata de una cuestión tardía que no fue introducida oportunamente. Es que la accionada, al contestar demanda, hizo expresa referencia a que *"...los actores pretenden aplicarse el régimen del cálculo del valor hora del personal de larga distancia a su labor, cuando no se discute y es público y notorio que se trata de personal afectado al transporte de corta distancia..."* (ver contestación de demanda a fs. 52, 3er. párrafo). Es así que el argumento mentado resultó introducido en la etapa procesal oportuna por lo que deberá ser considerado.---------- 2) Dicho lo anterior, diré de manera liminar que la cuestión aquí debatida es idéntica a la que le cupiera decidir a la Sala "A" de este Cuerpo en el antecedente: "Z., C. A. y Otros c/ El "X" S.R.L. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley" (Expte. 000142/2009, SDL Nº 26/09, del 14/04/09). Encuentro conveniente hacer referencia, previo a entrar directamente en la cuestión concreta en disputa, que en interpretación del art. 201 de la LCT, como criterio general, se ha sostenido que las horas extras se calculan sobre la base del salario normal correspondiendo tomar en cuenta para ello los rubros como el pago en especie y demás adicionales que se ajustan al derecho vigente (conf. CNAT, Sala II, 6/10/60, "G.T.", 1962-100). En sentido concordante se consideró que las comisiones constantes y el presentismo deben ser computados para el pago de las horas extraordinarias (conf. CNAT, Sala VI, 20/3/96, "D.T.", 1996-A, 954) ; así como que para calcular el valor hora de los trabajadores mensualizados deben computarse el salario mensual, así como las bonificaciones permanentes de igual periodicidad (conf. CNAT, Sala VII, 31/8/95, "D.J.", 1996-1-1270).-

Sentado lo precedentemente considerado, es de señalar que el Acta Acuerdo suscripta el 25/06/75 (Expte. M.T. Nº 580.525/75) no limita su aplicación general al personal de larga distancia. De hecho cuando contempla alguna norma que comprende solamente al mismo, ello queda expresamente expuesto. Tal es el caso de los arts. 5, 8 y 9. Ninguna referencia a dicho personal efectúa el art. 6 que dispone: *"Cálculo del valor hora: al efecto de establecer el cálculo del valor hora, en todos los casos que sea necesario según lo establece la presente Convención, se procederá de la siguiente manera: la remuneración normal mensual del trabajador se dividirá por 192 y al valor hora resultante se le agregarán los incrementos que correspondan".* Por su parte el art. 7 establece: *"Premio a la asistencia: las partes acuerdan en instituir un premio a la asistencia para el personal de conducción de...".* Es decir que resulta claro que las dos normas que revisten pertinencia para la cuestión a decidir no se circunscriben al personal de larga distancia, sino que comprenden al personal en general.---------- A la luz de lo precedentemente expuesto, resulta comprensible que el CCT 460/73 no previera el mentado adicional por presentismo, dado que el mismo fue introducido con posterioridad por el Acta Acuerdo referida. Así el art. 10, inc. c) del citado convenio sólo hacía referencia, para el cálculo del valor hora, a *"...La remuneración mensual del trabajador, sueldo básico y bonificación por antigüedad...y al valor resultante, se le adicionarán los incrementos que correspondan".* En cambio, como se dijera " ut supra"

el art. 6 del Acta Acuerdo del 25/06/75 sólo hace referencia a la remuneración normal mensual del trabajador, sin expresa mención de la antigüedad, lo cual importa una fórmula lo suficientemente amplia para comprender los eventuales adicionales normales y habituales que se establecieran, entre ellos el adicional por presentismo del art. 7 de la misma Acta Acuerdo.----------

--- En consecuencia de lo expuesto es dable colegir que no le asiste razón a la apelante, tanto en circunscribir el cómputo del adicional por presentismo para el personal de larga distancia, como en señalar que el Acta Acuerdo del 25/06/75 no modificó el art. 10 del CCT 460/73. Y aquí he de compartir lo razonado en el antecedente citado de la Sala “A” de este Cuerpo, en cuanto a que si existe alguna duda acerca de la interpretación de las normas en cuestión, por aplicación del art. 9 de la LCT, prevalecerá la más favorable al trabajador. Es que la regla *“in dubio pro operario”* es una directiva dada al juez o al intérprete para que opte en una norma por el sentido más favorable al trabajador, debido a que se ampara al más débil, que en el derecho laboral es el acreedor (conf. Sardegna: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. Universidad, 1999, pág. 79).----------

--- En definitiva, a la luz de lo argumentado, postulo la desestimación del recurso interpuesto.----------

--- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada a la demandada apelante (conf. art. 68 del CPCC). Propongo asimismo regular los honorarios de los letrados actuantes en esta sede, Dres. M. M., letrado apoderado de la demandada, y A. M. S., letrado apoderado de la actora, en un 25% y 30% respectivamente, atendiendo al resultado del pleito y a la extensión y eficacia de las tareas, en ambos casos sobre lo regulado en la anterior instancia a la dirección letrada de cada parte; con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 14, 47 y concs. de la ley 2200).---------- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- Ha interpuesto recurso de apelación la parte demandada “El “X” S.R.L.” (fs. 67) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 62/64 vta.) por el cual se hace lugar a la demanda condenándola a que, en el plazo que fija, se abone a los actores, los siguientes importes, a saber: al Sr. D. F. T., la suma de $ 6.416,39; M. A. P., la suma de $ 7.026,58; O. A. R., la suma de $ 2.069,11; J. A. P., la suma de $ 8.181,14; P. O. P., la suma de $ 6.877,56; R. M. B., la suma de $ 8.117,79; O. A. S., la suma de $ 6.797,45¸ J. D. S., la suma de $ 6.331,25; R. D. M., la suma de $ 6.335,64; O. A. S., la suma de $ 7.618,02; y, al Sr. N. A. J., la suma de $ 7.689,49. Todos dichos importes con más los accesorios que se indican y costas.---------- El escrito de expresión de agravios se encuentra glosado a fs. 69/80.---------- Ordenado su traslado a la parte contraria a fs. 81, éste fue

evacuado por escrito que luce agregado a fs. 82/84 vta..---------- I.- La reseña de los agravios formulados por la parte demandada recurrente ha sido suficientemente realizada por el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.---------- Sin embargo si resulta útil individualizar cuáles han sido los motivos de los agravios vertidos a efectos de proveer a un mejor y más claro orden expositivo. Así, los puntos del cuestionamiento excluyentemente se encuentran vinculados a la interpretación de las normas atinentes a la actividad del transporte automotor a efectos de computar para la determinación del valor de las horas suplementarias el adicional por presentismo o no.---------- II.- Bien advierte el Dr. De Cunto que la postulación impugnativa por la cual se aduce que solo es computable el “presentismo” según acta acuerdo de fecha 25/06/75 (Expte. M.T. N° 580.525/75) para el trasporte de larga distancia no reúne novedad alguna tal como lo interpretara la parte actora al responder los agravios formulados. Es que bastará con verificarlo de la lectura del escrito de responde en el que en párrafo subrayado se afirmó el mismo aserto defensivo (vide: fs. 52).---------- Asimismo, resulta dirimente establecer como plafón de cualquier análisis a emprender en el supuesto a resolver cómo corresponde computar la hora suplementaria o, dicho de otra manera, sobre que base económica deberá calcularse el valor hora suplementaria correspondiente a cada trabajador que las cumpla.---------- Para cuantificar las horas extras debemos tomar en primer término y como base de cálculo el “salario habitual”, en los términos del art. 201 de la L.C.T., comprendiendo todos aquellos rubros que se devengan habitualmente y descartando los que se abonan en forma extraordinaria. Y sobre la inclusión del adicional por presentismo a dicho concepto de habitualidad remunerativa no encuentro viable que sea posible ponerlo bajo duda alguna en el supuesto planteado en autos.---------- Se ha dicho con respecto a los adicionales en general que éstos son un plus que pueden percibir los trabajadores en virtud de determinadas circunstancias, que pueden referir, como en la especie, al presentismo. Ahora bien, dicho adicional como cualquier otro que se establezca, liquidable mensualmente junto con el salario, conforma la remuneración total. Es que salario habitual es el que todo trabajador gana todos los meses, esto es, el básico y adicionales permanentes de igual periodicidad (Conf. Fernández Madrid, Juan Carlos, en “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 3ra. ed., año 2007, T. I, pág. 1608, n° 12.14.6.6, apartado “a”).---------- Es por ello que, tengo para mí, comprendiendo el adicional por presentismo la remuneración normal y habitual del trabajador, éste se encuentra comprendido en el módulo salarial a computar a los fines del cálculo de la valor hora suplementaria con más el recargo que correspondiere.---------- De otro lado, en cuanto al argumento relativo a que el Acta acuerdo referida solo contempla el cálculo de dicho

adicional por presentismo para el personal del transporte de larga distancia debo decir que no comparto de ningún modo dicha afirmación. Ello habida cuenta que no surge expresamente tal límite de su texto. Pero además, coincido plenamente con el análisis que efectuara el Dr. De Cunto en cuanto claramente, cuando se pactó en dicho acuerdo alguna específica restricción de sus disposiciones para el personal de larga distancia explícitamente se indicó dicha circunstancia, no siendo el caso relativo a la base de cálculo para las horas extras previsto por el art. 6°, en concordancia con el art. 7°, de dicho acuerdo, el que prevé el premio por asistencia para el personal de conducción, sin que se discrimine según sea el tipo de transporte (corta o larga distancia).---------- Es en esta hermenéutica que concuerdo con la posición que entiende que cuando el Acta acuerdo posterior al convenio de la actividad (C.C.T. 460/75) alude a que las horas extras se calcularán sobre la remuneración normal mensual de los trabajadores, omitiendo especificar al básico y al adicional por antigüedad, expande el módulo de su cálculo comprendiendo todo adicional remunerativo liquidable mensualmente, parámetro éste en el que ya he dicho se inserta el premio a la asistencia.---------- Y, si alguna duda pudiera registrarse sobre la inteligencia dada a la presente cuestión, debe resolverse igualmente bajo la regla interpretativa *"in dubio pro operario"* contenida en el art. 9 del régimen legal del Contrato de Trabajo. Esto es que, que el valor horario que se determine a los efectos de liquidar las horas suplementarias debe extraerse de la remuneración normal y habitual, integrada tanto del básico como de los adicionales por antigüedad y asistencia –en el supuesto de éste último cuando haya sido devengado según concurra el presupuesto fáctico al que se supedita- (conf. Arts. 6 y 7 del Acta acuerdo del 25/06/1975).---------- En consecuencia, concluyo, corresponde desestimar el recurso planteado. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

III.- Conclusión: ----------

Por todo lo expuesto procede 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.).---------- Los honorarios de los Dres. M. M., letrado apoderado de la parte demandada; y, A. M. S., letrado apoderado de la parte actora, por sus tareas de alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos en las sumas respectivas equivalentes al 25% y 30% de las que merecieran por su actuación en el anterior grado, con más el I.V.A. pertinente (Conf. Arts. 6 y 14 de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).---------- Finalizo mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la AFIRMATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) CONFIRMAR el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios. II) Con costas en la Alzada a la demandada apelante, regulándose los honorarios profesionales de los Dres. M. M. y A. M. S., en un 25% y 30% respectivamente, sobre lo regulado en primera instancia para la dirección letrada cada parte, con adición del I.V.A. correspondiente.---------- Así lo voto.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, 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 licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 9 Ley 1130, texto 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 el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas en la Alzada a la demandada apelante.----------

--- REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. M. M. y A. M. S., en un 25% y 30% respectivamente, sobre lo regulado en primera instancia para la dirección letrada cada parte, con adición del I.V.A. correspondiente.----------

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

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2009 – SDL – CONSTE.-

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

cg