--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil once, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S., R. O. c/ T. P. S.A. s/ diferencia de haberes e indem. de ley” (Expte. Nº 212 - año 2011 CAT)** 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. 221.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

--- Vienen estos actuados a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 209) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 203/206), por el cual se hace lugar en todas sus partes a la demanda planteada por el Sr. R. O. S. condenando a la empresa demandada, que gira en el comercio bajo la denominación “T. P. S.A.”, a que, en el plazo que se fija, abone al actor la suma de $ 73.011,94 con más los intereses indicados en el considerando respectivo; todo ello con costas.----------

--- El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 212/214.----------

--- Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 215), el mismo fue evacuado por escrito glosado a fs. 216/217.----------

---I.- 1) La parte demandada recurrente expone en sostén de su impugnación que se agravia de que el juzgador de grado decidiera admitir la demanda otorgando singular importancia a la pericia contable practicada en autos y prescindiendo de las restantes pruebas colectadas. Asimismo, cuestiona que el Sr. Juez a quo infiera que la pericia contable ha sido consentida por su parte. Indica que dicha pericia contable no le fue notificada a su parte. Advierte que únicamente la parte actora se notificó solicitando mediante diligencia explicaciones al perito, produciendo dichas explicaciones el perito con un nuevo informe (fs. 187) en el cual expuso que *“…no hay manera de determinar el horario efectivamente trabajado por cuanto se encuentran incompletas e ilegibles en determinados períodos…”* (sic). Expresa que la actora se notifica y pide que se practique la pericia en base a los dichos de la demanda, proveyéndose favorablemente –dice- a dicho requerimiento el 02/11/10. Destaca nuevamente que ninguno de dichos informes le fue notificado a su parte. Efectúa la cronología de las actuaciones señalando que a fs. 191/192 el perito presenta la experticia, informe que sí le fue notificado a su parte. Ante lo expuesto, postula que las actuaciones así producidas con posterioridad a la primera pericia son nulas por afectar su derecho de defensa, advirtiendo que el recurso de apelación comprende al de nulidad, por lo que resulta procedente que en este estadio procesal pueda su parte cuestionar e impugnar la

pericia y su eficacia probatoria. Destaca a mayor abundamiento que el informe de fs. 191/192 no puede considerarse como notificación de toda la pericia en tanto está destinado a practicar una liquidación en base a los dichos de la actora. Advierte que es sobre el escrito de fs. 162/169 que su parte tenía objeciones que formular toda vez que allí el contador manifestó que era imposible calcular las horas extras cuando, asevera, dicha operación era perfectamente posible realizar, pero que no tuvo la oportunidad de expresarlas. Pasa al tratamiento de la pericia contable en base a los fundamentos vertidos por el Sr. Juez a quo toda vez que, asegura, no tiene copia de la misma. Indica que en esencia el experto contable manifiesta que las libretas se encuentran incompletas e ilegibles en determinados períodos, además de poseer tachaduras. Señala que pretende transcribir en un anexo los datos que se encuentran reflejados en la libreta. A partir de ello colige que no puede pretender practicar la pericia para la cual fue designado. Destaca que ninguna información aporta sobre los motivos por los cuales no puede hacerlo. Pone en consideración que la libreta se estructura por mes, con sus respectivos días y para cada uno de estos, tres casilleros (discriminados por hora de entrada-hora de salida-hora de salida real). No se entiende, ni tampoco lo explica el perito –dice- porque resulta ilegible si está perfectamente detallada las horas de entrada y salidas cuando trabajó. Aporta como ejemplo concreto que en el anexo confeccionado por el perito, en el cual vuelca los datos consignados en la libreta, surge que los primeros días del mes de marzo de 2007 no hay registros, está vacío. Vale decir, la libreta estaría incompleta. Pero si contrastamos ese dato con la libreta acompañada por su parte surge que sí hay registros con los respectivos horarios de entrada y salida de S.. Otro ejemplo, expone, figura también en el anexo que el mes de agosto de 2007 está vacío. Pues bien, dice, de la libreta surge que todos los días de ese mes un signo “O” o “LO”, el cual significa que el trabajador está haciendo uso de licencias ordinarias (remite a la parte final donde consta el significado para cada símbolo). Es lógico colegir, concluye, porqué durante dicho período estaba vacía, porque el trabajador estaba de licencia. Continúa diciendo que el perito menciona que hay enmiendas o tachaduras no salvadas. Al respecto se pregunta en qué lugar de la libreta las observa puesto que no las consigna expresamente por lo que se cercena el derecho de defensa de su parte al no poder constatar si esos dichos son ciertos. Sostiene que es lógico que su parte no haya dado información de cómo liquidó los haberes del actor toda vez que la misma se encuentra en la libreta. En suma, expresa, el perito no solamente no explica porque considera “ilegible la libreta”, sino que tampoco calcula las eventuales horas extras que el actor realizó durante los períodos supuestamente ilegibles. Por tal circunstancia, dice, es que impugna la pericia practicada en orden que no interpretó ni leyó correctamente los datos volcados en la misma debiendo, postula, haberse expedido en base a la información que contenía la

libreta. Sostiene al respecto que no correspondía calcular las horas extras en base a los dichos del actor, toda vez que las horas extras consignadas en la demanda no tienen ninguna apoyatura real que las sustente para tomarlas como válidas. 2) Se agravia también de que el magistrado del anterior grado considere que resulten aplicables al caso y en su contra las presunciones derivadas de la obligación de llevar en debida forma la libreta de trabajo del actor. Expone que, en primer lugar, yerra el magistrado cuando parte de la premisa que las libretas no son llevadas en debida forma, en tanto no tiene eficacia probatoria la medida que la sustenta, esto es, la pericia contable. De allí, estima, que si la premisa de razonamiento está equivocada la conclusión corre la misma suerte, esto es, que pueda resolverse la cuestión en base a las consideraciones expuestas por el actor. 3) Postula que no se acreditaron las horas extras reclamadas, sosteniendo que la jurisprudencia es conteste en que las horas suplementarias, por su carácter excepcional, deben ser probadas por quien las invoca de un modo eficaz y concluyente, tanto respecto a su efectiva realización como de su número. A partir de allí, evalúa que con el material probatorio colectado no surge en forma concreta y específica los recorridos realizados, ni las horas extras, ni tampoco la cuestión referente al descanso obligatorio previsto por la norma legal. Advierte que el testigo C. manifestó ante la pregunta referida al sistema de francos de la empresa que en Comodoro tenían 12 horas de descanso, en Buenos Aires igual y después el franco lo tomaban ellos mismos, que era decisión suya. El testigo A., agrega, manifestó que trabajó muy poquito, un mes y medio, cuarenta y cinco días (con S.) respondiendo, ante la pregunta sobre cada cuántos recorridos los conductores usufructuaban francos, contestó no recordarlo. Alude finalmente al testimonio del Sr. T., quien respondió que trabajaba en la oficina de tráfico y preguntado sobre si conocía el recorrido que realizó el actor manifestó recordar que el último que hizo fue Bariloche-Comodoro Rivadavia. En consecuencia, concluye, al no haberse producido prueba concreta y asertiva sobre recorridos del actor, ni las horas extras efectivamente trabajadas corresponde el rechazo de la demanda.----------

--- Al responder a los agravios vertidos por la demandada el actor expone que resulta falsa la afirmación de que todo el fallo se construye a partir de las conclusiones a las que arriba el experto contable. Indica que el fallo parte del hecho acreditado por la instrumental acompañada por ambas partes, de la que surge una deficiente consignación de las horas trabajadas en la libreta de trabajo, cuya obligación como documentación laboral debía cumplir la empleadora según art. 38 del C.C.T. 460/1973. Resalta que en el fallo se expuso que era la demandada quien tiene el deber ineludible de contar y volcar en la libreta en cuestión la cantidad de horas que cada uno de sus empleados realiza, para de esa manera poder por un lado controlar que no se supere las establecidas como máximo en el C.C.T. mientras, por el otro, le permite liquidar los salarios de manera precisa. Señala que las conclusiones del perito se pusieron a consideración de las partes sin objeción alguna por lo que, se sostiene en el fallo –dice-

que no quedaba otra alternativa que la propuesta por la actora, pues no podría nunca llegarse a determinar con exactitud la extensión de la jornada y el consiguiente trabajo en horas extras, únicamente por la negligencia de la demandada de no llevar la documentación laboral conforme a derecho, ajustando su conducta a lo dispuesto por el C.C.T. 460/1973, a la Ley de Contrato de Trabajo y la Ley procesal Nro. XIV –1-, citando el art. 43 de esta última. Es decir, señala, la demandada no solo no objetó los informes periciales sino que no aportó, como era su obligación, la prueba contraria a las afirmaciones de la actora, es más destaca que el juzgador advirtió que no fue desconocido el recorrido ni las horas alegadas en la demanda remitiéndose la demandada a afirmar que abonó lo que le correspondía al trabajador indicando que recaía sobre ella aportar la prueba fehaciente y concluyente sobre la manera que liquidó el pago de las horas suplementarias dando, de allí, relevancia a lo expuesto por el perito contador respecto a la inexactitud e irregularidades con que era llevada la libreta de trabajo prevista en el art. 38 del C.C.T., mientras que determinada la liquidación a fs. 191/192 la empleadora nada dijo, no impugnó ni observó como incorrectos los datos brindados por el contador M.. Destaca que en tal contexto agrega los efectos de la declaración jurada prestada por el actor a fs. 7 y vta., previstos en el art. 41 de la Ley XIV N° 1, como un elemento más para reforzar los argumentos dados para declarar procedente la demanda. En relación a la afirmación de la contraria de que nunca fue notificada de la pericia contable sobre la cual se fijó el valor de la condena, expone que de las constancia de autos surge que el demandado jamás objetó hasta la fecha las providencias simples que fueron notificándose ministerio ley respecto de las actuaciones del experto y pericia contable agregada a la causa. Resalta que en ninguna oportunidad –a fs. 170, 187, 190, 193- lo hizo, por lo que –concluye- la oportunidad para cuestionar el contenido de la misma feneció al vencimiento de los plazos respectivos que tuvo para cuestionar las providencias enunciadas. Respecto a la pericia realizada sobre el rubro horas extras su parte manifiesta, expresa, que como surge de fs. 194 y vta., obra cédula de notificación dirigida a la contraria en el último domicilio constituido (fs. 181) con el objeto de notificar la pericia agregada en autos, documento este que fue debidamente acompañado en la oportunidad de diligenciarse la cédula, según surge del informe realizado por el oficial notificador H. J. L.. Por ello, afirma, no puede cuestionar en esta instancia el contenido de la misma, habiéndose vencido –sostiene- el plazo previsto para atacar las providencias de fs. 189 y 190, y en mayor medida cuando estuvo notificado de la pericia según surge de la ya mencionada cédula de fs. 194 vta. Más allá de ello, indica que la liquidación practicada en el escrito introductorio no fue impugnada por la demandada y en la oportunidad que tuvo para acercar información para que el idóneo realice la experticia solo se limitó a hacer caso omiso a las intimaciones que en tal sentido recibió según surge de la causa y de las propias

expresiones del perito. Hace referencia a las aplicación de las presunciones indicando que equivocadamente el recurrente entiende que el magistrado las aplicó sobre la base de los dichos del perito, lo cual –sostiene- es inconsistente ya que las libretas fueron aportadas por las partes siendo claro el apartamiento de las formas con la que fueron llevadas las mismas. Expresa que la demandada pretende enrostrar a su parte la carga de probar las horas extras cuando se han tornado de aplicación las presunciones legales y cuando los dichos de la demanda en tal sentido no han sido contradichos ni mucho menos fue demostrada su inexistencia. Finalmente bajo el titulado “de la inconsistencia de los agravios” manifiesta que la demandada se agravia respecto de la procedencia del rubro horas extras aduciendo que el juzgador no valoró la prueba producida en autos sin advertir que de la lectura del fallo surge que éste no se ha apartado de una valoración racional de las probanzas traídas a la causa, sopesándolas en una confrontación con los datos de la realidad y según las máximas de la experiencia, en una concatenación lógica que derivó el razonamiento favorable a la pretensión actoral, según las reglas de la sana crítica. Efectúa citas jurisprudenciales a las que remito.----------

--- II.- En los límites demarcados por los agravios formulados por la demandada recurrente y por el respectivo sostenimiento del fallo producido por la actora al evacuar el traslado de los mismos; ingresaré a su tratamiento siguiendo la misma cronología con el que fueran expuestos.----------

--- Resulta útil advertir desde el mismo inicio del análisis a emprender que la cuestión litigiosa materia de decisión jurisdiccional centra exclusivamente en la controversia trabada con respecto a la realización de las horas suplementarias denunciadas como cumplidas por S. y cuyo reconocimiento y débito reclamó obteniendo su reconocimiento mediante el fallo ahora apelado.----------

--- Es interesante destacar en tal sentido que el actor en su demanda sostuvo que como chofer de la empresa empleadora cumplía un recorrido que comprendía el trayecto Trelew-Retiro, Retiro-Comodoro, Comodoro-Rio Gallegos; Rio Gallegos-Trelew, turnándose en la conducción con su compañero de labor. Aseveró que en el cumplimiento del itinerario indicado trabajaba sin solución de continuidad hasta su regreso a la base (Trelew) lugar donde recién se le otorgaban los francos.----------

--- En tal sentido indicó que su jornada laboral comenzaba con la partida de Trelew a las 20:30 hs., empleando un lapso de veinte (20) horas hasta arribar a Retiro -Buenos Aires-. Su recorrido continuaba, según expuso, partiendo de la ciudad de Buenos Aires a las 21:05 hs. del día siguiente de su partida de Trelew, hacia Comodoro Rivadavia, a la cual arribaba a las 22:15 del día siguiente de su partida de Buenos Aires (24:10 hs.) permaneciendo hasta las 23:15, hora en la cual partía hacia Rio Gallegos, ciudad ésta última a la que arribaba a las 9:45 hs. de la mañana siguiente –del cuarto día de trabajo consecutivo puesto que estaba a disposición de la demandada-. De esta última ciudad partía nuevamente hacia Trelew, lugar donde recién bajaba del vehículo para

descansar. Precisó que si bien se le abonaban horas extraordinarias de valor, nunca se lo hacía por la totalidad de las sumas devengadas según la verdadera cantidad de horas suplementarias desempeñadas (Vide: punto III del escrito de demanda –fs. 4 y vta.-).----------

--- Ahora bien, hete aquí que al momento de trabarse la litis la empresa empleadora en su responde a la demanda, luego de la negativa puntual de cada uno de los hechos expuestos por el actor en su libelo, expresó respecto a un dato que estimo desde ya como esencial para elucidar el punto de controversia bajo examen, lo siguiente: *"…**El horario de trabajo del actor, al igual que el de todos los conductores, guarda directa vinculación con la duración del recorrido asignado,** aclarándose que ningún chofer viaja solo, estableciéndose turnos y relevos para asegurar que no se supere el máximo de horas de conducción que impone la normativa vigente. Del mismo modo, la distribución de las tareas en la semana y en el mes se efectúa de tal modo que las horas de trabaja de cada chofer correspondan a las previstas por el C.C.T. aplicable…"* (Sic)(Vide: punto IV del escrito de contestación de la demanda –fs. 15-).----------

--- Del párrafo transcripto precedentemente se puede individualizar, repito, un reconocimiento que cuenta con extrema trascendencia para la elucidación de la presente controversia, cual es: que el horario de los conductores –como el actor- *"guarda directa vinculación con la duración del recorrido asignado"*, lo cual, por lo demás, es compatible con lo previsto convencionalmente al establecerse como "tiempo de trabajo" el transcurrido desde la hora de iniciación de los servicios hasta la terminación de los mismos, incluso los lapsos para llevar a cabo las obligaciones previas y posteriores (Conf. Art. 9°, incs. b y d del C.C.T. 460/73).----------

--- Ahora bien, a la par, tal aserto trae a colación un punto o aspecto del análisis con el cual corresponde conjugarlo, cual es, el relativo a aquello que se afirma a continuación: *"estableciéndose turnos y relevos para asegurar que no se supere el máximo de horas de conducción que impone la normativa vigente"*.----------

--- Sobre el tópico, téngase presente que el inciso a) del ya citado art. 9° del convenio aplicable establece: *"El personal de media y larga distancia y auxiliares de abordo, a los efectos de la percepción del sueldo básico mensual, deberá cumplir un ciclo de doscientas (200) horas; cumplido el mismo toda hora trabajada en exceso será retribuida con un incremento del cincuenta por ciento (50%)…"* (Sic).----------

--- Y digo que la extensión de la jornada que se admite al trabarse la litis –en cuanto se reconoce que el horario del actor guarda relación al tiempo que insumen los trayectos o viajes que se le asignaran, es decir, computándose el punto de partida como su comienzo; y, el de arribo, como su culminación- es de extrema relevancia puesto, tengo para mí, que a tenor de la redacción actual del art. 197 de la L.C.T., el cual establece textualmente *"Se entiende por jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el*

trabajador ***esté a disposición del empleador*** *en tanto no puede disponer de su actividad en beneficio propio.* ***Integrará la jornada de trabajo los períodos de inactividad a que obligue la prestación contratada****, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador…"*(Sic), ya no puede predicarse de que la circunstancia de que en el texto legal vigente ya no se prohíba medir la jornada por la duración de la tarea asignada al trabajador –tal como figuraba antes en el art. 214 "in fine" de la ley 20.744/74-, no sería óbice para entender que dicha omisión normativa de prever tal prohibición legal -insisto, hoy inexistente-, no entrañaría cambio alguno. Tal tesitura fue expuesta por alguna doctrina argumentando para ello que tal prohibición solo era una disposición aclaratoria del principio relativo a la jornada máxima que sólo cede en los caso de excepción que consagra el régimen general (conf. Arts. 89 y 203 de la L.C.T.) y, específicamente, el art. 3° inc. c) de la Ley 11.544 (Vide: Fernández Madrid, Juan Carlos, aludiendo a posición de Vázquez Vialard, en "Relaciones individuales de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, ed. año 2011, T. I, pág. 1313).----------

--- Es que soy de la opinión que la primera cuestión a la que da respuesta el art. 197 de la L.C.T. aludido, es precisamente la atinente a qué lapso se encuentra comprendido en la jornada de trabajo definida por la ley. La norma ha optado, en respuesta a tal cuestión, por uno de los criterios posibles el que se ha dado a llamar criterio del tiempo "nominal". Dicho criterio se diferencia del denominado "trabajo efectivo", según el cual debe computarse el tiempo neto de trabajo realmente prestado, descontados los lapsos de pausas. Por el otro, se diferencia del criterio más amplio, que considera comprendido dentro de la jornada todo el período que transcurre desde que el trabajador sale de su domicilio hasta que regresa a él (Conf.: Sureda Graells, Víctor A., "La jornada de trabajo" en Deveali, Mario L., director, "Tratado de derecho del trabajo", Ed. La Ley, ed. año 1964, T. II, Cap. II, págs. 21 y sgtes.).----------

--- Asimismo, es útil tener presente que la actividad de transporte automotor de pasajeros se encuentra entre aquellas actividades que, por sus especiales características, han sido materia de reglamentación particular en lo que refiere al régimen de la jornada legal, entre otros tópicos. Ello así, de acuerdo a las potestades que en tal sentido se le otorga al Poder Ejecutivo por el art. 4° de la ley 11.544 y, concordantemente, por los arts. 1° y 5° del Dcto. 16.115/33. Estimo que la más trascendente –si se permite la expresión- la constituye el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte el que, en su Anexo II titulado *"Normativa sobre condiciones de trabajo, medicina, higiene y seguridad en el trabajo de los conductores del autotransporte colectivo de pasajeros por camino"*, permanece vigente hasta la actualidad (véase art. 4° del Dcto. N° 2254/92 y art. 95° de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449).----------

--- Y, en consecuencia, para discernir respecto al reconocimiento del cumplimiento de tareas de cierta cantidad de horas máximas, por encima del tope horario de la jornada legal (8 horas) de los conductores de colectivos de larga distancia; más allá de un límite

legal, es ineludible recurrir al Reglamento antes referido, cuyo anexo II debe considerarse, en lo pertinente, como una de las reglamentaciones especiales a la que remite el art. 5° del decreto 16.115/33 el cual debe ser compatibilizado con el art. 9° del C.C.T. 460/73.----------

--- Recuérdese que esta última norma convencional citada establece en su inciso a) que el personal de media y larga distancia y auxiliares de abordo, a los efectos del sueldo básico mensual, deberán cumplir un ciclo de doscientas (200) horas; cumplido el mismo toda hora trabajada en exceso será retribuida con un incremento del cincuenta por ciento (50%). Establece, a la par, que si no se llegara a cubrir el número de horas del ciclo por causas ajenas al trabajador éste no sufrirá disminución alguna en el sueldo básico mensual. Asimismo, igualmente rememoro, tal como ya lo indicara “supra”, dicho artículo del convenio de la actividad en su inciso b) precisa que 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. Ratificando en su inciso d), en estricta concordancia con la norma general contenida en el art. 197 de la L.C.T., que se considera tiempo de trabajo, todo aquel tiempo en que el personal se encuentre a órdenes.----------

--- Asimismo, el art. 14° del anexo II del decreto 2254/92, en relación a la jornada de trabajo para los conductores de media y larga distancia establece que cuando el cumplimiento del horario de trabajo se efectivice en medio del trayecto, la empresa deberá relevarlos de sus tareas, no pudiendo reanudarlas hasta la siguiente jornada. Indica también que las horas extraordinarias no podrán exceder de cuatro (4) horas diarias por ningún concepto. Cuando el trabajador cumpliere su horario y arribando a la cabecera, terminal o parador faltare su relevo, solo podrá ser requerido en la medida en que la continuación del horario de trabajo no exceda la cantidad de horas extraordinarias normadas y no afecte el descanso correspondiente. Finalizado este período (cuatro horas), el empleador deberá prever la existencia de personal dispuesto a suplantarlo. Precisa, además, que los relevos solo podrán efectuarse en cabecera, terminal o paradores habilitados y que la pausa prevista en el art. 197 “in fine” de la L.C.T., no podrá ser afectada aunque el recorrido o vuelta se concluya con retraso.-------

--- Es decir, que la norma sobre las condiciones de trabajo, medicina, higiene y seguridad que rige a los conductores del autotransporte colectivo de pasajeros por camino, no deja librada al empleador, ni tampoco al trabajador, la cantidad de horas extraordinarias que hayan de trabajarse con el solo requisito de pagar el recargo según supere el ciclo de 200 horas contemplado convencionalmente, sino que impone un límite preciso a la jornada máxima, incluidas las horas suplementarias a la misma. Y es natural que así suceda, puesto que el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte tiene por objetivo primordial amparar la seguridad en el tránsito y evitar accidentes

(entre otros, los que pueden derivar de la fatiga de los conductores luego de una larga jornada de trabajo).----------

--- La norma citada, conjugada con el Convenio que rige la actividad de autotransporte colectivo de pasajeros, entonces, impone que el personal de transporte de media y larga distancia sea efectivamente relevado (en cabeceras, terminales o paradores habilitados), lo cual significa sin lugar a otro tipo de interpretación, de que deje de prestar servicios, esto es, readquiera el poder de disponer de su actividad en beneficio propio (Art. 197 de la L.C.T.).----------

--- Habida cuenta de lo cual, corresponde establecer genéricamente que sumadas a las ocho horas de jornada legal las cuatro extraordinarias hacen doce horas. Aún más, si se admitiera, por vía de hipótesis, que a las ocho horas de la jornada legal ha de agregarse la hora adicional autorizada por el decreto 16.115/33, para el caso de distribución desigual, el máximo sería de trece horas.----------

--- En tal marco de análisis, encuentro que solo con partir del reconocimiento explícito de la patronal respecto a que la extensión de la jornada guardaba directa vinculación con la duración del recorrido asignado, aún cuando el actor viajara con otro chofer en el recorrido a realizar, solo con verificar la veracidad de los lugares de partida y destino descriptos por el actor en su demanda como recorrido asignados a su cargo, da una pauta determinante para inferir una extensión de jornada cumplida por él que impone, a quien se opone o diga lo contrario, que aporte la prueba en contrario. Ello, sin perjuicio de la acreditación de la empresa empleadora de haber cumplido acabadamente con los relevos pertinentes en las cabeceras, terminales o paradores habilitados intermedios entre puntos de partida y destino.----------

--- Estimo que no abunda establecer a esta altura del análisis que “relevar” implica que toda la tripulación sea reemplazada por otra. Esto es, que los dos conductores sean reemplazados a fin de terminar con el trayecto asignado cuando éste importe superar la jornada legal máxima permitida (8 horas más 4 horas suplementarias) sin afectar la seguridad vial. Ello, redundo, independientemente del modo en que tales horas se calculen, sea como comunes o extraordinarias.----------

--- De tal manera, observo que los debidos relevos, que se afirmó al contestar la demanda que se cumplían, se trata de un presupuesto fáctico que requería indispensable acreditación, la cual, repito, recaía indudablemente en cabeza de la patronal. Ello así, en tanto que importan o configuran el presupuesto de hecho de la norma de aplicación al supuesto y que acreditado –si se probare que se cumplían en debida forma- restituía a quien afirma haber trabajado durante horas suplementarias la carga de acreditarlo. Recién ubicados desde este punto de partida –haber acreditado la patronal haber cumplido con los relevos; y, ante la falta de acreditación de las horas extraordinarias denunciadas- eventualmente podría ser eximida la empresa de transportes de pasajeros demandada de ser pasible de condena por los importes correspondiente al cumplimiento de jornadas en exceso del tope máximo legal

constituido por el ciclo de 200 horas contemplado convencionalmente y cuyo reconocimiento se pretende en autos (Conf. Art. 381, párrafo 2do., del C.P.C.C. –según ley XIII N° 5 Anexo A-; de aplicación al caso por vía del art. 44 de la Ley XIV N° 1 – antes ley 69-).----------

--- Así, pues, adelanto opinión desde ya que revisado todo el material probatorio aportado a la presente causa no hallo elemento de prueba alguno que permita siquiera inferir que los relevos se realizaran del modo que se debían efectuar, según se extraer de una interpretación armónica y coordinada de las normas citadas “supra”, el que sería sintéticamente dicho: el relevo de la dupla de choferes debe ser realizada, como máximo, en ciclos temporales no superiores a un máximo turno -por tripulación- de 26 horas, pudiendo la dupla reemplazada reintegrarse a sus labores para continuar con el trayecto no antes de cumplir con las doce horas de descanso entre una jornada de labor y la siguiente.----------

--- En el contexto hermenéutico que vengo exponiendo, no soslayo que el juzgador del anterior grado emite su veredicto admitiendo “in totum” el reclamo autoral sustentándose principalmente en la deficiente manera de consignar las horas trabajadas en la libreta de trabajo. A partir de tal plafón valorativo, el Sr. Juez a quo encuentra que, con la pericial contable producida en autos (fs. 162/169 vta.), se refrenda la valoración que efectuara en relación a tal documento de registro laboral exigido específicamente para la actividad (Conf. Art. 38 del C.C.T. 460/73). Asimismo, descarta que el silencio del trabajador denunciado por la empleadora significara consentimiento alguno y señala que si bien no puede afirmarse que el trayecto habitual cumplido por el actor era el denunciado en demanda, observa que ése no fue desconocido por la demandada, quien se limitó a afirmar que había abonado al mismo lo que correspondía. En consonancia con esto último es que, valiéndose de la presunción de verdad derivada de la “declaración jurada” del trabajador formulada en demanda, en los términos previstos por el art. 41 de la Ley XIV N° 1, tiene por corroborado el mérito que antes realizara.----------

--- Ciertamente que, a pesar de que no fue del todo correcto el enfoque normativo dado por el actor como fundamento de la pretensión deducida en su demanda, no obstante que realizó citas jurisprudenciales que se encuentran en consonancia con la interpretación expuesta al comienzo de mi voto; esto es, no se afirmó que superara el ciclo horario de 200 horas establecido convencionalmente como parámetro a partir del cual, recién las horas cumplidas en exceso del mismo deban ser calculadas como suplementarias (debiéndose abonar al 50% más del valor hora normal); lo concreto es que para decidir como lo hiciera, el juzgador se circunscribió a poner en la palestra la omisión de llevar en debida forma la libreta de trabajo impuesta a la patronal por el art. 38 del C.C.T. 460/73.----------

--- La demandada apelante opone a tal argumento expuesto por el Sr. Juez a quo una mera aserción de lo contrario, sosteniendo que en la libreta que acompañada *"…surge que sí hay registros, con los respectivos horario de entrada y salida de S.…"*; o bien, contraponiendo una afirmación contraria a lo expuesto por el perito en su dictamen, quien indicó que la libreta se encontraba incompleta e ilegible. En tal sentido expone que: *"…Téngase en consideración que la libreta se estructura por mes, con sus respectivos días y para cada uno de estos, tres casilleros (discriminados por hora entrada – hora salida- hora salida real).(…)Pues bien, no se entiende, ni tampoco lo explica el perito, porque resulta ilegible se está perfectamente detallada las horas de entrada y salidas cuando trabajó…"*(Sic)(Véase escrito impugnativo –fs. 213-). Al respecto señalaré que esta afirmación de lo contrario a lo ya valorado antes por el juzgador no constituye la indispensable crítica exigida por el Código del rito. El a quo, expresó que de la simple vista de la aludida libreta de trabajo de S., que fuera presentada por la empresa empleadora (vide: fs. 61/77), surgía que la misma no se encuentra llevada en debida forma; máxime cuando, luego, dicha valoración fue refrendada con lo expuesto por el perito contador quien corrobora y da fortaleza al mérito del juzgador (Vide: puntos 1 "in fine" y 5 de fs. 168 y 168/169 respectivamente). Es que, a todo evento lo argüido por la recurrente importa una valoración paralela, distinta, subjetiva e interesada, pero huérfana de materia crítica que permita ejercer la facultad revisora de este Tribunal de alzada.----------

--- En tal sentido se ha dicho, con criterio que comparto en el caso, que una mera discrepancia con el criterio sustentado por él a quo en la valoración de las probanzas arrimadas a la causa no basta para fundar la apelación, máxime cuando es sabido que la apreciación de dichos elementos está gobernado por el principio de la sana crítica del juez (Conf. CNFed.Civ. y Com., Sala III, 13-10-93, J.A., 1996-I, síntesis, n° 1/24693; id., CNPaz, Sala I, 30-6-68, L.L., 134-1021).----------

--- De todas formas, solo a mayor abundamiento, adunaré de mi cuño que, en verdad, de la simple vista de las libretas de trabajo presentadas por el actor y por la demandada resulta francamente imposible determinar el horario durante el cual se desempeñó efectivamente S.. Es que basta con observar que cuando el perito alude a tachaduras se está refiriendo al modo en que se intentó consignar el dato exigido por la norma convencional y sus reglamentaciones –esto es, consignar la hora de entrada y salida del trabajador al momento del inicio y culminación de la tarea-. Esto fácilmente puede constatarse de la revisión de las libretas reservadas en caja de seguridad del Tribunal que tengo a la vista, de las que surge que se utilizó una cruz o tilde, lo cual obviamente no satisface la exigencia normativa de consignar horarios (Conf. Art. 38 del C.C.T. 460/73; dcto. 1335/73; dcto. 1038/97; y, Res. 17/98 MTSS).----------

--- Por otra parte, debo poner igualmente de resalto que el juzgador debe tener fundadas razones para apartarse de las conclusiones de los peritos. Es que, si bien las normas procesales no otorgan al dictamen el carácter de prueba legal, lo cual le permite

al magistrado formar su propia convicción, para apartarse de él debe apoyarse en otros elementos de juicio que le permitan concluir en el error o en el inadecuado uso que el perito ha hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, se lo supone dotado. Asimismo, téngase presente que el perito no es un agente judicial para inquirir o rastrear elementos a favor de la tesis de las partes que propusieron la pericia o bien, no se declararon desinteresadas de la medida. Su cometido es dictaminar sobre lo que le haya sido concretamente suministrado, con el propósito de dar a conocer su opinión técnica que se le requiriera respecto a las particularidades del uso y a los elementos probatorios obrantes en la causa. Por último, señalo que cuando un informe pericial se encuentra suficientemente fundado, como el de marras, debe otorgársele valor probatorio. Es que la sana crítica aconseja seguirlo cuando no se oponen al mismo, argumentos científicos o datos comprobados en la causa que se contrapongan a lo dictaminado (Conf. CNFed.Civ. y Com., Sala III, 2-10-97, L.L., 1999-B-809; id., CNFed.Civ. y Com., Sala III, 5-5-95, SAIJ, sum. D0009216; ídem, Cám.Apel.Civ. y Com. Quilmes, Sala II, 19-2-98, SAIJ, sum. B2950410; Cám.Apel.Civ. y Com. Morón, Sala II, 23-4-96, SAIJ, sum. B2351050).----------

--- Desde otra óptica, descarto que la falta de impugnación a las conclusiones del dictamen pericial contable producido en autos pudiera tener incidencia alguna en su valoración judicial. Es que tal circunstancia no significa aceptación tácita de su contenido, ni impide formular las observaciones que se estimen convenientes en una posterior oportunidad procesal, pues esta circunstancia no le da más fuerza de la que es propia del dictamen. Empero la opinión de los litigantes no puede prevalecer sobre la del experto, máxime cuando las pretensas críticas dirigidas a la experticia no se encuentran refrendadas en los elementos de prueba idóneos con los que se cuenta, en particular con las libretas de trabajo que se tienen a la vista.----------

--- Bien hizo el Sr. Juez a quo, en valerse primero de su propia apreciación de las libretas para, luego, verificar si la misma encontraba corroboración con lo informado respecto de ellas por el perito contador que dictaminara sobre los datos que debía extraer de las mismas. Y digo de tal manera, por cuanto en la apreciación el juez debe tener en cuenta otros factores que se suman a la pericial, como lo constituía de manera decisiva las libretas de trabajo presentadas por las partes, ello tanto para completar como para comparar el dictamen pericial con su propia apreciación (Conf. Arts. 390 y 481 del C.P.C.C. –según Ley XIII N° 5 Anexo A-).----------

--- Desde otra perspectiva, también corresponde advertir que la prueba pericial producida en el proceso laboral se notifica *ministerio legis,* al día siguiente de haberse proveído su agregación ordenándose su correspondiente traslado a las partes (conf. Arts. 15 y 16 de la Ley XIV N° 1 –antes ley 69-). Teniendo presente ello, nótese que la pericia agregada a fs. 162/169 vta., solo mereció observación por parte del actor, quien

requirió su ampliación (vide: diligencia obrante a fs. 170 vta. “in fine”). Ello motivó que el perito expusiera sus explicaciones por escrito glosado a fs. 187, donde ratificó lo informado respecto al punto 5° de la pericia distinguiendo lo informado en el mismo respecto a lo expuesto por otro perito en una causa que se individualiza, explicando que en ellas el experto tuvo un detalle de las horas laboradas diariamente durante el período sujeto a estudio, situación que, ratifica, es totalmente contraria a la de autos, indicando: *“…Como lo expresara en la respuesta al punto 5) en el informe presentado, manifesté que a partir del estado de las libretas de trabajo que me impedían obtener la información fehaciente para elaborar lo solicitado en el punto, requerí a la demandada la documentación de respaldo de las liquidaciones mensuales efectuadas sin obtener respuesta positiva de ello…”* (Sic)(Vide: fs. 187). Obsérvese que hecho saber a las partes de dichas explicaciones por proveído de fs. 188, solo la parte actora se expidió, solicitando en la diligencia obrante a fs. 188 vta. “in fine”, que se proceda a dar respuesta al punto 5° de pericia en cuestión teniendo como base los datos aportados en la demanda. Admitiéndose ello por providencia de fs. 189, que tampoco mereció cuestionamiento alguno de parte de la demandada hora recurrente, se produjo la ampliación de la prueba pericial, la cual se encuentra glosada a fs. 191/192 vta. Ordenado su traslado a las partes por providencia de fs. 193, ninguna observación o impugnación mereció de ellas.----------

--- De la reseña efectuada no encuentro ningún vicio formal que pudiere pregonarse que afectara, de manera alguna, al debido y amplio ejercicio del derecho de defensa de la parte demandada impugnante, de suerte tal que pudiere dar andamiento al planteo pretensamente nulificante de lo actuado en el anterior grado. Ello, allende de que le asiste razón a la parte actora, quien al responder a los agravios vertidos por la demandada pone en la palestra que, a todo evento, aún cuando existieran tales vicios procedimentales la oportunidad para denunciarlos por la vía correcta ha fenecido (incidente de nulidad a interponer dentro de los cinco días de conocidos o de haberlos podido conocer) habiendo operado la preclusión procesal a su respecto. En tal sentido, aclaro, soy de la opinión de que el planteo de nulidad deducido por la vía de la interposición del recurso respectivo solo puede estar referido a defectos formales –extrínsecos o intrínsecos- en el modo de estructurar formalmente el decisorio atacado de nulo, no pudiendo por dicha vía denunciarse vicios de forma ocurridos en el trámite del procedimiento cumplido con anterioridad a su dictado. A todo evento, máxime cuando los supuestos vicios del procedimiento anterior, como ya lo señalara, se encuentran firmes por consentidos.----------

--- Ahora bien, a la par, tengo dicho antes de ahora que si el trabajador reclama el pago de horas suplementarias que denuncia haber trabajado y lo prueba, como debe hacerlo respecto de cualquier otro hecho que forme parte del presupuesto de hecho de la norma invocada en sustento de su pretensión o reclamo, no veo por qué habría de exigírsele prueba categórica, terminante o exhaustiva o como quiera calificárselas; o

bien postular que deban valorarse los elementos de prueba que hubiere aportado bajo algún criterio “estricto” o “restrictivo”. Basta con que pruebe haberlas trabajado por cuanto, insisto, éste es el hecho sobre el cual se sustenta su petición y sobre el cual carga con el peso de su acreditación. Y, en el particular supuesto de autos estimo que la satisfizo con la ya aludida admisión tácita de la demandada del recorrido o trayecto asignado al actor más las presunciones emanadas de las falencias formales de las que adolece el documento de registración esencial para verificación, cual es, la libreta de trabajo donde debía consignarse el horario de partida, llegada y demás circunstancias que permitieran efectuar el cómputo del horario de tareas cumplido. Y, viendo tal elemento de prueba ponderado por el juzgador, indefectiblemente englobado en su valoración en el ámbito de los hechos admitidos por la propia patronal y en consonancia con los recibos que aportara ésta como constancia de pagos de horas extras que reconoce fueron cumplidas por la actora (ver: negativa 13 -fs. 14 y vta.; y, fs. de la documental reservada) (Art. 377, 2do. párrafo del C.P.C.C., de aplic. por vía del Art. 45 de la Ley 69)(Conf.: Perugini, Eduardo, “Algo sobre las horas extras”, en D.T., 1994-B-1370)(Conf. S.D.L., sala B, Nro. 44/02; id., S.D.C., N° 15/03; id., S.D.L. N° 35/08; CANE).----------

--- Otra de las cuestiones dirimentes para resolver el presente conflicto consistió en determinar si la patronal demandada en estos actuados se hallaba obligada a contar con registro de horas suplementarias de modo tal que pudiere operar sin más la presunción prevista en el Art. 41 de la Ley XIV N° 1, en concordancia con los arts. 53 y 54 de la L.C.T.----------

--- Correctamente establecido que fue por el juzgador del anterior grado que por imperio de lo exigido por el art. 38 del C.C.T. 460/73 y su reglamentación, tanto los conductores como las empresas de transporte colectivo de pasajeros de media y larga distancia deben contar con libreta de trabajo, es indudable que si se realizan horas suplementarias pesa principalmente sobre la patronal la obligación genérica de llevar un correcto y preciso registro de las mismas, tal cual lo impone el Art. 6, inc. “c” de la Ley 11.544 y el art. 21 de su reglamentación por Dcto. 16.115/33. Sin embargo tal obligación genéricamente impuesta solo es exigible bajo la condición de que tales horas suplementarias se trabajen o, dicho en palabras de la Ley, que se acrediten *“...horas suplementarias de trabajo hechas efectivas...”* (sic).----------

--- Resulta indudable en esta línea hermenéutica que era de principal interés de la empleadora merced, insisto, a lo reconocido por ella, llevar un adecuado registro de horas suplementarias que le permitiera demostrar las efectivamente laboradas por sus dependientes y, eventualmente, que las abonadas eran ni más ni menos que aquellas que fueran efectivamente cumplidas.----------

--- Y como ya lo he señalado, admitido que fue por la demandada que el horario de trabajo del actor, al igual que el de todos los conductores, guarda directa vinculación con la duración del recorrido asignado y, concomitantemente, no negado que el recorrido que se le asignara al actor sin solución de continuidad –y, añado, sin haber acreditado que cumpliera con los relevos correspondientes como lo afirmara-, era el que éste denuncia en su demanda (Trelew-Buenos Aires; Buenos Aires-Comodoro Rivadavia; Comodoro Rivadavia-Rio Gallegos; Rio Gallegos-Trelew) el análisis se traduce en verificar a partir de las distancias existentes entre los distintos puntos de partida y de arribo que comprende tales trayectos asignados –atendiendo, además, a los distintos horarios de salida y arribo-, si es factible presumir el cumplimiento de horas suplementarias.----------

--- Y evidentemente, sin mayor esfuerzo, puede concluirse sin hesitación que el actor debió cumplir tareas de conducción en exceso del límite convencional y reglamentario fijado (13 horas como máximo entre horas normales y suplementarias; y, con 12 horas de descanso entre una jornada de labor y la siguiente).----------

--- Es que, por vía de dicha interpretación, que emana de la presunción que se torna operativa siempre solo a partir de tal reconocimiento fáctico, por aplicación de los arts. 41 de la ley XIV N° 1 –antes ley 69- y 52, inc “g” y 55 de la L.C.T., indudablemente se encuentra a cargo de quien niega la prestación de tareas extraordinarias impagas acreditar que no se cumplieron o que se cumplieron y fueron abonadas, tal como se asevera en la especie al tiempo de responder a la acción.----------

--- Insisto, a partir del reconocimiento de la empleadora consistente en que el personal cumplía con habitualidad horas extraordinarias y que el actor en particular las laboraba tal como se corrobora de los recibos de haberes agregados a fs. 96/116, se invierte la carga de probar la porción a la cual restringiera tal admisión y, ante la falta de cumplimiento del *“onus probandi”* sobre tal puntual aspecto de su defensa torna con plena operatividad la verdad presumida por la ley de los hechos que se alegaran en demanda (Art. 381, 2do. párrafo del C.P.C.C. –Ley XIII N° 5 Anexo A-; de aplic. por vía del art. 44 de la Ley XIV N° 1 -antes Ley 69-).----------

--- Para concluir diré, en relación al silencio del trabajador que es aducido por la empleadora tanto al responder a la demanda como ahora al fundar el recurso deducido en esta segunda instancia, que en Derecho no reclamar el cumplimiento de una obligación no significa solamente no hablar, estar callado, sino también no adoptar ningún comportamiento que implique una exteriorización de la voluntad. Es la ausencia de toda manifestación externa, comprendiendo por ende, también la omisión (Conf.: Spota, “Tratado de derecho civil –parte general-“, T. I, vol. 3 (8), pág. 229, n° 1898; id. Brebbia, Roberto, “Hechos y actos jurídicos”, T. I, pág. 252, & 2).----------

--- Es obvio pues, que dentro de tal significación jurídica del silencio, lejos se encuentra el supuesto planteado de haber acontecido. Ello es dicho sobre la base fáctica de que el reclamo en sede judicial haya sido efectuado, aún cuando se lo hiciera con

posterioridad a la disolución contractual, lo cual parece indiferente a los fines de la existencia del derecho al cobro de las horas suplementarias cumplidas que se esgrime en estos actuados.----------

--- Y menos aún comparto la idea de que pueda pregonarse que hubiera algún atisbo de voluntad tácita del trabajador a partir de su supuesta inactividad por el lapso de vigencia del vínculo laboral. Y asevero que no puede compartirse la consecuencia atribuida al silencio que se le imputa al actor, habida cuenta que no se dan en la especie ninguno de los presupuestos en virtud de los cuales se exceptúa del principio general contenido en el artículo 919 del Código Civil enunciado en los siguiente términos: *"El silencio opuesto a actos, o a una interrogación**, no es considerado como una manifestación de la voluntad**, conforme al acto o a la interrogación..."*. Y es que en el caso no concurría obligación legal a pronunciarse, de modo tal que el principio general enunciado es plenamente operativo (Conf. CNCiv., Sala F, 15/12/88, LL, 1989-C-248).--

--- Es ineluctable que no se encuentra comprendido el supuesto bajo examen entre aquellos casos en que existe obligación legal de explicarse por una relación de familia; ni tampoco concurre en la especie el tercer supuesto de excepción provisto por la norma en comentario, cual es, que exista una relación entre el mentado silencio y alguna declaración o conducta anterior del dependiente. Insisto tales hipótesis contenidas en el texto legal no se configuran de manera alguna en el caso, por lo que mal puede afirmarse que el silencio que se postula tenga la consecuencia que se le pretende atribuir con apoyo en la autoridad de las citas jurisprudenciales, en tesitura que, como vengo de exponer, no comparto.----------

--- Y ello lo digo, desde sus dos vertientes posibles, dado que no se explicita cuál es el efecto que se induce del mentado silencio del trabajador demandante con la claridad debida, esto es si lo es: a título de "consentimiento" o a título de "renuncia de derechos".----------

--- Ya se ha establecido que el silencio por sí solo, salvo los supuestos indicados por la ley en los cuales existe obligación legal de pronunciarse, no tiene efecto jurídico como consentimiento. Y a título de renuncia tácita (Art. 873 del Código Civil) tampoco puede interpretarse que se haya configurado ésta en el supuesto de marras atento a la referida conducta seguida por el actor, que se expresa por vía del ejercicio de la acción tendente a obtener el reconocimiento jurisdiccional del derecho a la percepción de las diferencias salariales devengadas con motivo del cumplimiento de trabajo en horario suplementario por el período comprendido en el reclamo.----------

--- Es que para que concurra una renuncia tácita debe haber un comportamiento revelador del abandono que se hace de alguna facultad, el que se trasluce a partir de la incompatibilidad de esa conducta con la pretensión de ejercer el derecho. Y esa conducta puede configurarse en un hacer o un no hacer. Cuando la conducta se

enmarca en un no hacer, solo es posible que tenga injerencia el tiempo de prescripción por el lapso legalmente previsto a tal efecto, cuando tal modo de extinción de las obligaciones fuere invocado por el deudor.----------

--- Y, por último, se suma a todo lo dicho la noción de irrenunciabilidad que es propia y connatural al sentido tutelar del ordenamiento laboral y que se expresa y entiende en la siguiente forma según Américo Plá Rodríguez: “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio” (aut. cit., “Los principios del derecho de trabajo”, 3ra. ed. Act., año 1998, págs. 117).----------

--- Y tal noción de irrenunciabilidad es puntualmente normada por la Ley de Contrato de Trabajo en los Art. 7, 12 y concordantes (máxime con el texto agregado por Ley 26.574), en cuanto vedan la posibilidad de convenir o interpretar (ya sea con el consentimiento tácito o expreso del trabajador), condiciones *“in peius”* de los derechos del trabajador.----------

--- Para concluir, entonces, tal alusión a la omisión de reclamo por el trabajador durante la vigencia del vínculo laboral, traducido en que no exteriorizó una protesta o disconformidad respecto a las horas suplementarias que ahora reclama, no puede operar como una suerte de disvalor probatorio “per se” desde que no existía un deber legal de pronunciarse en un sentido u otro; máxime cuando, es norma genérica e imperativa la irrenunciabilidad de los derechos en los que se encuentren involucrados intereses generales (Conf. Arts. 872, 873, 919 del Cód. Civil y su conc. con los Arts. 12 y 58 de la L.C.T.)(Conf. Carcavallo, Hugo “El consentimiento tácito y los alcances de la irrenunciabilidad”, en T.S.S. 1999-385).----------

--- En síntesis, entonces, propondré al acuerdo la desestimación de los agravios vertidos por la parte demandada recurrente. Así lo voto.----------

--- III.- Conclusión:----------

--- Por todo lo expuesto, soy de la opinión de que corresponde confirmar el fallo venido en apelación en todo aquello que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada recurrente vencida en ella (Conf. Art. 57 de la Ley XIV N° 1).----------

--- Los honorarios de los letrados intervinientes, por sus tareas de segunda instancia, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo que deben ser fijados de la siguiente forma, a saber: al Dr. M. F. R., letrado apoderado de la parte demandada recurrente, en la suma equivalente al 25% de los que le fueran regulados por su actuación en la anterior instancia; y, al Dr. C. H. A., letrado apoderado del actor, en la suma equivalente al 30% de los emolumentos que se le fijaran en la anterior instancia. En ambos casos con más el I.V.A. correspondiente (Conf. Arts. 5, 6, 13 y conc. de la ley XIV N° 4 –antes ley 2.200-; y, leyes 23.349 y 23.871).----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CÁMARA

--- Culmino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 209, que fuera concedido a fs. 210, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 203/206 que hizo lugar a la demanda entablada por R. O. S. y condenó a T. P. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $73.011,94.-, con más sus intereses, en concepto de horas extraordinarias adeudadas y diferencias en los rubros de la liquidación final y sueldo anual complementario, con imposición de costas a la sociedad vencida.----------

---

--- La expresión de agravios luce a fs. 212/214, el traslado conferido a fs. 215 fue evacuado por su contraria a fs. 216/217, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. Lucero, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

--- 2. Afirma el actor al exponer los hechos en su escrito de demanda que desde el inicio de la relación laboral realizó el trayecto Trelew-Retiro, Retiro-Comodoro, Comodoro-Río Gallegos, Río Gallegos-Trelew, turnándose en la conducción del vehículo con su compañero de labor. Agrega que cumplía una jornada laboral que se iniciaba a las 20:30 hs. desde la ciudad de Trelew, empleando un lapso de 20 horas hasta arribar a Retiro-Buenos Aires, partiendo desde esa ciudad a las 21:05 del día siguiente de su partida de la ciudad de Trelew hacia la ciudad de Comodoro Rivadavia a la que arribaba a las 22:15 del día siguiente a su partida de Buenos Aires, partiendo una hora después hacia la ciudad de Río Gallegos a la que arribaba al día siguiente a las 9:45 -cuarto día consecutivo de trabajo a disposición de la demandada-, para finalmente salir nuevamente a la ciudad de Trelew, lugar en el que recién bajaba a descansar. Pone de relieve en consecuencia que si bien siempre percibió sumas de dinero en concepto de horas extraordinarias de labor, la empresa no abonó la totalidad de las sumas devengadas por la verdadera cantidad de horas extraordinarias laboradas (p. III, fs. 4/ vta.).----------

--- Esa es la controversia materia de decisión jurisdiccional.----------

--- A su vez, la demandada en su escrito de contestación luego de negar diversos hechos invocados por el actor (p. III, nros. 1 a 16, fs. 14/vta) manifestó que “*El horario de trabajo, al igual que el de todos los conductores, guarda directa vinculación con la duración del recorrido asignado, aclarándose que ningún chofer viaja solo, estableciéndose turnos y relevos para asegurar que no se supere el máximo de horas de conducción, que impone la normativa vigente. Del mismo modo, la distribución de las*

tareas en la semana y en el mes se efectúa de tal modo que las horas de trabajo de cada chofer correspondan a las previstas por el C.C.T. aplicable.” (p. IV, fs. 15) (el subrayado me pertenece).----------

--- Así, cabe poner de relieve una afirmación que resulta dirimente para dilucidar la cuestión ya que la empresa admitió expresamente que el horario de trabajo se vincula de modo directo con la duración del recorrido que se le asigna a los conductores.---------

--- En consecuencia, esa admisión expresa de la demandada se incorporó al proceso en virtud del principio de adquisición procesal, y es de su esencia que los materiales de conocimiento aportados por cualquiera de las partes benefician o perjudican a las mismas, indistintamente, o sea, cual fuere su resultado, ya que dejan de pertenecer al oferente y se incorporan al proceso para entrar al servicio de la justicia que en éste se realiza (Eisner, “El principio de adquisición procesal (Su ámbito de vigencia)”, La Ley t. 128, 1032).----------

--- Es que, por el principio de adquisición, los resultados de la actividad procesal que realizan las partes dentro del proceso se logran para éste, al margen de quien haya producido los actos respectivos y de la distribución de las cargas de afirmación y de la prueba (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1982, T. I, par. 163, pág. 619).----------

--- Por lo demás, esa afirmación de la patronal resulta concordante con el C.C.T. 460/73 al establecer en cuanto a la jornada de trabajo que 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, y también todo aquel tiempo en que el personal se encuentre a órdenes (art. 9, incisos b) y d).----------

--- Y en ese contexto, el citado convenio dispone que el personal que presta servicios en las empresas de media y larga distancia y los auxiliares de a bordo deben cumplir un ciclo de 200 horas a los efectos de percibir el sueldo básico mensual, y cumplido el mismo toda hora de trabajo en exceso será retribuida con un incremento del 50% (art. 9, inciso a).----------

--- Se agrega a ello que el art. 197 de la L.C.T. claramente prescribe que se entiende por **jornada de trabajo todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador** en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio, y también **los periodos de inactividad a que obligue la prestación contratada**, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador.----------

--- En tales condiciones, no se advierte cual es el alcance de la manifestación de la empleadora al sostener que “...*ningún chofer viaja solo, estableciéndose turnos y relevos para asegurar que no se supere el máximo de horas de conducción, que impone la normativa vigente”*, toda vez que en el caso de los conductores de media y

larga distancia la jornada de trabajo se computa desde el inicio hasta la terminación del servicio pues durante ese período el trabajador permanece a órdenes.----------

--- O sea. No puede considerarse período de descanso el tiempo durante el cual el chofer no conduce en el trayecto pues el tiempo de trabajo se computa durante todo el recorrido (desde el inicio hasta su terminación) -incluso los lapsos previos y posteriores necesarios para llevar a cabo las obligaciones laborales que hacen a ese servicio- pues durante todo ese lapso el trabajador está a disposición de su empleador.----------

--- En todo caso, si durante el recorrido un chofer reemplaza al otro en la conducción del vehículo es tiempo vacío que como tal integra la jornada de trabajo, salvo que se produzca el relevo por cambio de la dotación en los lugares habilitados.----------

--- Debe distinguirse entre las pausas durante las cuales el trabajador no está obligado a trabajar, ni a estar dispuesto para ello, y el tiempo en que el trabajador no trabaja, pero tiene que mantenerse a disposición del empleador. Este tiempo *vacío*, durante el cual el trabajador debe mantenerse a disposición o en reserva, forma parte de la duración del trabajo efectivo (Etala, Carlos Alberto, “Contrato de trabajo”, Astrea, 1998, pág. 410).----------

--- Y con referencia al art. 197 de la L.C.T. se sostiene que el lapso a computar como trabajado abarca el tiempo de “prestación efectiva y concreta de servicios” y también aquél durante el cual el trabajador pone su capacidad de trabajo a disposición del empleador, se la utilice o no; pero en este caso, a condición que no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Dicho criterio nominal se compadece con el concepto de salario que prescribe el art. 103, LCT -en particular “in fine”- de donde emerge el principio: “ningún salario sin puesta disposición de la fuerza de trabajo del dependiente a favor del empleador” (Rodríguez Mancini - Barilaro, “Ley de Contrato de Trabajo”, La Ley, 2007, T. III, pág. 730).----------

--- A su vez, la actividad del transporte público automotor de pasajeros por sus particularidades queda comprendida en reglamentación específica en cuanto hace a la jornada de trabajo, y como tal dentro de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo conforme al art. 4 de la ley 11.544, y arts. 1 y 5 del Decreto 16.115/33, a lo que cabe agregar el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte, cuyo Anexo II (Normativa sobre condiciones de trabajo, medicina, higiene, y seguridad en el trabajo de los conductores del autotransporte colectivo de pasajeros por camino) continúa vigente de acuerdo al Decreto 692/92, texto ordenado por el Decreto 2254/92, de acuerdo al alcance del art. 95 de la Ley 24.449, pues este último artículo solo deroga los arts. 3 a 7, 10, y 12, y el anexo I.----------

--- Así, a los fines de reconocer la realización de tareas en función de las horas máximas sobre el límite de la jornada legal de ocho horas de los conductores, en el caso de transportes de larga distancia, resulta necesario considerar el citado

Reglamento, en particular el Anexo II, por tratarse de una de las reglamentaciones especiales a la que remite el art. 5 del Decreto 16.115/33 (“... se efectuará por medio de reglamentaciones especiales para cada industria, rama de industria, comercio u otra actividad que presente características profesionales tales que requieran la determinación de normas específicas que contemplen sus modalidades técnicas y los preceptos legales aplicables”), y su armonización con el art. 9 del C.C.T. 460/73.----------

--- En este último aspecto, reitero lo ya expuesto con relación a los incisos a), b) y d) del citado artículo, a saber: 1) ciclo de 200 horas y retribución con un incremento del 50% cumplido el mismo; 2) jornada de trabajo a computarse desde la hora de iniciación de los servicios hasta la terminación de los mismos con inclusión de los lapsos fijados para llevar a cabo las obligaciones previas y posteriores; y 3) tiempo de trabajo como todo aquel tiempo en que el personal se encuentre a órdenes, en un todo de acuerdo con el art. 197 de la L.C.T. al establecer que la jornada de trabajo es todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador.----------

--- Por su parte, el art. 14 del Anexo II del Decreto 692/92, texto ordenado por el Decreto 2254/92, sobre “Jornada de trabajo” establece: “Para los conductores de media y larga distancia, cuando el cumplimiento del horario del trabajador se efectivice en medio del trayecto, la empresa deberá relevarlos de sus tareas, no pudiendo reanudarlas hasta la siguiente jornada. Las horas extraordinarias no podrán exceder de cuatro (4) horas diarias por ningún concepto. Cuando el trabajador cumpliere su horario y arribando a la cabecera, terminal o parador faltare su relevo, sólo podrá ser requerido en la medida en que la continuación del horario de trabajo no exceda la cantidad de horas extraordinarias normadas y no afecte el descanso correspondiente. Finalizado este período (cuatro horas), el empleador deberá prever la existencia de personal dispuesto a suplantarlo. Los relevos sólo podrán efectuarse en cabeceras, terminales o paradores habilitados. La pausa prevista en el art. 197 en su último párrafo, no podrá ser afectada aunque el recorrido o vuelta se concluya con retraso ” (segundo, tercero, cuarto, y quinto párrafo).----------

--- En tales condiciones, la cantidad de horas extraordinarias a realizarse no es materia disponible para las partes por razones que hacen a las condiciones de trabajo, medicina, higiene y seguridad que rigen la materia. No queda al arbitrio del empleador establecer su número con el sólo recaudo de abonar el incremento previsto convencionalmente una vez superado el ciclo de 200 horas. Por el contrario, la citada reglamentación especial al contemplar esa modalidad de trabajo impone una clara limitación a la jornada de trabajo máxima en resguardo de la seguridad vial.----------

--- En ese contexto, los conductores de media y larga distancia una vez cumplido su horario deben ser relevados en cabeceras, terminales o paradores habilitados, salvo cuando faltare su relevo en cuyo caso sólo se permite la continuación del horario de trabajo en tanto no exceda la cantidad de horas extraordinarias normadas (cuatro horas). Ello importa que cada uno de esos trabajadores deben dejar de prestar servicios

indefectiblemente una vez finalizado el período total de doce horas sin poder efectuarse una interpretación distinta ante el claro texto del art. 14 del ya referido Anexo II.----------

--- A lo sumo, aun cuando por hipótesis se interpretara que esa normativa debe integrarse de modo armónico con las disposiciones que resultan del Decreto 16.115/33 por aplicación del supuesto contemplado en su art. 1, inciso b) (distribución desigual), sólo podría adicionarse una hora más por lo que ese máximo alcanzaría a un total de trece horas.----------

--- En ese encuadre, toda vez que la empleadora admitió expresamente que "*El horario de trabajo del actor, al igual que el de todos los conductores guarda directa vinculación con la duración del recorrido asignado...*" (fs. 15, dos primeros renglones del cuarto párrafo), la mera compulsa del itinerario asignado que se detalla en el escrito de demanda con especificación de los lugares de partida, etapas, y destino, brinda un claro parámetro para poder alcanzar cual era la extensión de la jornada laboral cumplida en calidad de conductor, no bastando la mera negativa en la que se colocó la patronal pues debió aportar prueba en contrario que acredite fehacientemente el cumplimiento de los relevos en cabeceras, terminales o paradores habilitados, conforme lo impone el art. 14 del Anexo II ya indicado.----------

--- Y relevo es acción y efecto de reemplazar a una persona con otra en cualquier empleo ("Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, 2001, T. h/z, pág. 1937), lo que significa necesariamente el cambio o reemplazo de la dotación en los lugares habilitados, tal como acaece en materia de aviación comercial en el caso de relevo de la tripulación de a bordo.----------

--- Agrego en cuanto a la demostración en contrario que si la demandada afirmó que los relevos se cumplían "... *para asegurar que no se supere el máximo de horas de conducción que impone la normativa vigente*" (fs. 15), ese es un presupuesto de hecho de la norma invocada como fundamento de su defensa, y como tal se encontraba a su cargo acreditarlo (art. 381, segundo párrafo, del C.P.C.C., de aplicación en virtud del art. 44 de la Ley XIV Nº 1).----------

--- Es que, cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el art. 377 del C.P.C.C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal ...", Astrea, 1983, T. 2, págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo, respectivamente).----------

--- Lo fundamental es la posición sustancial de la parte en el proceso, respecto al efecto jurídico que del hecho debe deducirse, de acuerdo con la norma jurídica por aplicar que lo contempla como presupuesto, es decir, determinar cuál de las partes pretende ese resultado, aun cuando esa parte no haya invocado en su favor tal norma, pues al juez le corresponde aplicarla oficiosamente: *jura novit curia* (Devis Echandía, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", Víctor P. de Zavalía, 1970, T. I, pág. 487).----------

--- En síntesis, el análisis debe partir por considerar que se encontraba a cargo de la empleadora acreditar que efectivamente cumplimentó con los relevos impuestos normativamente, y a partir de tal presupuesto absolverla de condena en caso de que el actor no demuestre la realización de las horas extraordinarias invocadas en demanda en exceso del ciclo de doscientas horas establecido por el art. 9, inciso a) del C.C.T. 460/73.----------

--- Con tales pautas, la compulsa de la prueba arrimada a esta causa permite señalar que la empresa no acreditó que los relevos se efectuaran de la manera exigida normativamente, aun considerando que por tratase de dos conductores el máximo del turno en función de la dotación alcanza las veinticuatro horas, o a lo sumo las veintiséis horas adicionando una hora más a las doce por cada integrante de la tripulación.----------

--- No omito tampoco considerar que el juzgador admitió íntegramente el reclamo fundándose de modo esencial en ***la inexactitud e irregularidades con que era llevada la libreta de trabajo prevista en el art. 38 del CCT***, conforme lo que resulta de la prueba pericial contable (anexos, fs. 162/166; informe, fs. 167/169 y vta.).----------

--- Asimismo, aun cuando el sentenciante señaló que no puede saberse a ciencia cierta si el trayecto habitual del actor era el denunciado en demanda, lo cierto es que ponderó que ***este punto no fue desconocido en el escrito de responde, donde la empleadora sólo se limitó a afirmar que había abonado al trabajador lo que le correspondía***, como también agregó ***los efectos que en este contexto trae aparejado la declaración jurada del actor prestada a fs. 7/7 vta. prevista en el art. 41 de la Ley XIV -1-.***----------

--- En definitiva, sin perjuicio de las diversas argumentaciones antes expuestas que sirvieron de base para estructurar el fallo, lo cierto es que la decisión tuvo sustento básicamente en las inexactitudes e irregularidades con que se llevaba la libreta de trabajo (art. 38 del C.C.T. 460/73) y esa omisión de llevar en debida forma ese instrumento es imputable a la empleadora.----------

--- Desde esta perspectiva, frente a ese fundamento del juzgador la demandada simplemente formuló una mera apreciación en sentido contrario al expresar que de la libreta "... surge que si hay registros, con los respectivos horarios de entrada y salida de S." (fs. 213, octavo párrafo). También manifestó "... que la libreta se estructura por mes, con sus respectivos días y para cada uno de estos, tres casilleros (discriminados por hora entrada – hora salida – hora salida real). Pues bien, no se entiende, ni tampoco lo explica el perito porque resulta ilegible si está perfectamente detallada las horas de

entrada y salidas cuando trabajó" (fs. 213, quinto y sexto párrafo).Y esa manifestación es también una mera apreciación, un simple disenso, que como tal carece de crítica concreta y razonada por lo que no constituye agravio.----------

--- Nótese que el Sr. Juez de la anterior instancia apreció la deficiente consignación de las horas trabajadas en la libreta de trabajo, y esa ponderación resultó corroborada por el informe del perito contador (párrafo final del punto 1, fs. 168; punto 5, fs. 168 vta./169).----------

--- Así, las manifestaciones vertidas al expresar agravios sólo denotan el particular punto de vista de la recurrente al desarrollar en forma paralela un análisis propio para arribar a una personal conclusión, sin hacerse cargo de las razones brindadas por el sentenciante, por lo que no hay agravio que atender.----------

--- Si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, limitándose a insistir en su punto de vista, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto. (Morello, Sosa, y Berizonce, ob. cit., 1988, T. III, pág. 371, y cita de pronunciamientos).----------

--- Se trata en todo caso de un mero disenso con el criterio sustentado por el juzgador al valorar los elementos probatorias reunidos en la causa que incumple la manda impuesta por el art. 268 del C.P.C.C.----------

--- En este orden de ideas la expresión de agravios carece de contenido si: …d) Simplemente disiente o discrepa de la interpretación judicial, sin dar fundamentos a la oposición o formula apreciaciones subjetivas … h) No ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 1, págs. 838/839).--------

--- El mismo déficit se ofrece si sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas sobre la prueba, sin indicar de modo concreto dónde existe el error invocado y cuales son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por el juzgador (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. III, pág. 355 y cita de pronunciamientos).----------

--- Por lo demás, cabe agregar que de la compulsa de las libretas de trabajo presentadas por ambas partes que en este acto se tienen a la vista no es posible precisar la jornada de trabajo cumplida por el actor. En ese direccionamiento, el experto a fs. 168 vta./169 señala que las libretas de trabajo presentan tachaduras. Y esa expresión debe armonizarse con el siguiente párrafo obrante a fs. 169 en el que destaca que el Decreto 1038/97 exige registros permanentemente actualizados, debiendo consignarse la hora de entrada y de salida del trabajador al momento del inicio y culminación de las tareas. Pues bien, en este aspecto puede verificarse que en

las libretas de trabajo se utilizaron cruces o tildes que evidentemente incumplen los recaudos exigidos legalmente (art. 38 del C.C.T. 460/73, Decreto 1335/73, Decreto 1038/97, y Resolución MTSS Nº 17/98).----------

--- Asimismo, en cuanto a la valoración de la prueba pericial, el juez es soberano al sentencia en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta la doctrina judicial; pero en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá “aducir razones de entidad suficiente” para apartarse de las conclusiones; “razones muy fundadas” para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho. En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto, debiendo fundar su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 2, pág. 523).----------

--- Ello significa que el juez puede apartarse del dictamen pericial, desde que éste no lo enlaza necesariamente, y aun cuando sus conclusiones resulten terminantemente asertivas. Pero para hacerlo legítimamente ha de expresar los fundamentos de su convicción contraria (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1992, T. V-B, pág. 435). Los jueces, por lo tanto, pueden apartarse de las conclusiones periciales dando los fundamentos de su convicción contraria (SCBA, Ac. y Sent., 1976, v. I, p. 321 y 554; 1976, v. II, p. 244; 1977, v. II, p. 71).----------

--- En síntesis, el juez puede apartarse de las conclusiones del dictamen pericial pero para hacerlo debe contar con razones muy fundadas que permitan demostrar que la opinión del experto carece de una explicación técnica adecuada.----------

--- Sabido es que el apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (Falcón, “Código Procesal...”, Abeledo-Perrot, 1984, T. III, págs. 416/417, y cita de pronunciamientos).----------

--- Si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito -técnicamente ajeno al hombre del derecho- para desvirtuarlo, es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error o el inadecuado o insuficiente uso que el técnico hubiere hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado. O sea, que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquél debe encontrar apoyo en razones serias, es decir,

en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. V-B, págs. 455/456 y cita de fallos).----------

--- Con tales pautas, es evidente que la postura de la quejosa sólo traduce un mero disenso, en todo caso una valoración subjetiva, al sostener que en las libretas “está perfectamente detalladas las horas de entrada y salidas...”, pero sabido es que la simple opinión de una parte, sin aportar principios científicos o datos técnicos que permitan apartarse de las conclusiones a las que arriban los expertos, es insuficiente como para constituir agravio.----------

--- En ese contexto, el juzgador armonizó adecuadamente la prueba documental y pericial producida al verificar en primer lugar las falencias que presentaban las libretas de trabajo, para luego corroborar tales irregularidades con la pericia contable producida, conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390, 391, y 481 del C.P.C.C.).----------

--- Tocante a la manifestación vertida por la apelante en el sentido que no fue notificada de la pericia contable producida (fs. 212 vta., primer párrafo), debe señalarse que la notificación por cédula sólo está prevista en los supuestos contemplados por el art. 16 de la Ley XIV Nº 1, entre los que no se cuenta el traslado del dictamen, por lo que el mismo se notifica por ministerio de la ley (art. 15 del citado ordenamiento).----------

--- Por lo demás, la pericia contable de fs. 167/169 y vta. (Anexos a fs. fs. 162/166) dio lugar al pedido formulado por el actor a fin de que amplíe el informe por entender que no se dio cumplimiento al punto 5 ofrecido (diligencia obrante a fs. 170 vta.), y ello mereció la contestación del experto de fs. 187 ratificando lo ya informado en cuanto a que el estado de las libretas de trabajo le impidió obtener información fehaciente, por lo que “... requerí a la demandada la documentación de respaldo de las liquidaciones mensuales sin obtener respuesta positiva a ello” (el subrayado me pertenece).----------

--- Y esa contestación del perito en la que puso de relieve la evidente falta de colaboración de la demandada por no aportar la documentación de respaldo se hizo saber a las partes según providencia de fs. 188, sin que la empresa efectuara cuestionamiento alguno.----------

--- Es más, ante el pedido de la parte actora de fs. 188 vta. el Tribunal efectuó a fs. 189 un nuevo requerimiento al experto que dio lugar a la ampliación que luce a fs. 191/192 y vta. Esa ampliación pericial fue objeto de un nuevo traslado conforme providencia de fs. 193 que fue notificado a la empresa al domicilio constituido por su nuevo apoderado (ver p. III, escrito de fs. 181; cédula de notificación de fs. 194/vta.), sin que mereciera observación alguna.----------

--- Se evidencia entonces que la parte demandada tenía conocimiento de la presentación de la prueba pericial contable, al menos desde que fuera notificado por cédula el 17/12/10 (ver fs. 194 vta.), sin que oportunamente formulara en la instancia de origen cuestionamiento alguno que en todo caso debió ser canalizado por incidente de nulidad.----------

--- Por otra parte, tampoco le asiste razón al quejoso al sostener que el recurso de apelación incluye el de nulidad (fs. 212 vta., parte final del séptimo párrafo).----------

--- En efecto, en el ordenamiento procesal laboral el recurso de nulidad debe interponerse “juntamente” con el de apelación en el mismo término y se substanciará por los mismos trámites” (art. 63 de la Ley XIV Nº 1), por lo que el recurso de apelación no comprende el de nulidad.----------

--- En ese direccionamiento, la parte demandada no interpuso recurso de nulidad al apelar la sentencia dictada (ver escrito de fs. 209), por lo que no se encuentra abierta ate esta Alzada esa vía procesal desde que en el límite del recurso el tribunal según providencia de fs. 210 sólo concedió el de apelación.----------

--- Desde otra perspectiva, con relación a la nulidad del procedimiento introducida recién al expresar agravios (se pretende la nulidad de todo lo actuado desde la primera pericia practicada, fs. 212 vta., séptimo párrafo), debe señalarse que la vía elegida es improcedente.----------

--- Para ello, señalo que el recurso de nulidad solo procede contra las sentencias definitivas dictadas con violación de las formas y solemnidades de carácter substancial (art. 62 del citado ordenamiento), y no por vicios del procedimiento anterior a las mismas.----------

--- O sea que aun en el caso de que el recurso de apelación comprenda el de nulidad (ver art. 255 del C.P.C.C.), cabe destacar que el recurso de nulidad se circunscribe a los errores de la propia sentencia, de modo que los vicios del procedimiento anterior al acto no constituyen motivos de recurso. Por el contrario, han debido ser impugnados por la vía incidental en la primera instancia. En suma, el recurso de nulidad comprende los vicios u omisiones que contenga la resolución, mientras que el incidente de nulidad (art. 169, CPN), constituye el medio idóneo para denunciar las irregularidades procedimentales que precedieron a la sentencia (Fenochietto-Arazi, ob. cit., T. 1, pág. 793).----------

--- Bien claramente se desprende del artículo 253 (hoy 255) bajo análisis que la nulidad que autoriza el recurso homónimo, subsumido en el de apelación, es la que asienta en *defectos de la sentencia*. Porque los vicios anteriores, es decir, los del procedimiento en la instancia de origen, han debido ser atacados por conducto del *incidente de nulidad* (arts. 169 y sigtes.). Porque si el objeto del recurso de nulidad es -como se dijo- exclusivamente la reparación de defectos de la sentencia, resulta totalmente ajena a ese carril la enmienda de eventuales vicios de trámite -que debieron denunciarse en todo caso en la primera instancia, dentro de los cinco días de conocidos, y subsanados

allí si correspondía-. Circunscriptos, entonces, los motivos del recurso de nulidad a la infracción en la sentencia “en sí misma” de las formalidades y solemnidades estatuidas por ley (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. III, págs. 237/238).----------

--- El fin inmediato del recurso nulificatorio es denunciar los vicios extrínsecos de la resolución, no los intrínsecos. Teleológicamente apunta a los aspectos formales de ella, no a la justicia de su contenido, pues esto último es objeto del recurso de apelación. Queda delimitado así el ámbito de este remedio procesal, en principio, a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, tiempo y forma que pudieren afectar a una resolución judicial en sí misma. ... El recurso de nulidad es un remedio excepcional. Síguese por ello que su concesión es de carácter restringido, y las condiciones de admisibilidad deben examinarse con criterio riguroso. ... Es un axioma en el estudio y teoría de las nulidades procesales, *la fórmula que declara improcedente el recurso de nulidad, cuando se trata de vicios o defectos reparables por vía del recurso de apelación* (Maurino, “Nulidades procesales”, Astrea, 1982, par. 148, 151 y 152, págs. 177, 182/183, respectivamente).----------

--- En consecuencia, el alegado vicio de procedimiento al que alude la apelante resulta inadmisible cuando se lo canaliza por la vía del recurso de apelación abierto contra la sentencia definitiva, presentándolo como un agravio más de los que causaría ese decisorio (conforme criterio de esta Cámara, en su composición de sala única, c. 11.817, S. D. L. 104/96; en igual sentido, esta Sala “B”, c. 14.591, S.D.C. N° 02/99).------

--- Es que, el vicio de procedimiento debe ser motivo de planteo por la vía incidental (S.D.L. 104/96 ya citada; en igual sentido, esta sala “B”, c. 16.034, S.D.C. 8/2000), por lo que no resulta procedente su introducción dentro del ámbito del recurso de apelación como intentara el quejoso.----------

--- De tal modo, el incidente de nulidad (art. 171 del C.P.C.C.) constituía el medio idóneo para denunciar oportunamente las supuestas irregularidades de procedimiento que precedieron a la sentencia.----------

--- A su vez, descarto en el caso la expresión de la recurrente en cuanto a que la prueba de las horas suplementarias debe probarse de modo eficaz y contundente, por aplicación de un criterio más estricto o restrictivo.----------

--- Al respecto, se sostiene que la prueba de las horas extraordinarias ha de ser fehaciente (Altamira Gigena, coordinador, “Ley de contrato de trabajo”, Astrea, 1981, T. 2, pág. 245). Que su prueba está a cargo del trabajador, el que a ese efecto deberá producir prueba fehaciente (Sardegna, Miguel Ángel, “Ley de Contrato de Trabajo”, Editorial Universidad, 1989, pág. 586). Su apreciación debe ser realizada con carácter restrictivo (Meilij, Gustavo Raúl, “Contrato de Trabajo”, Depalma, 1981, T. II, pág. 301).-

--- Sin embargo, frente a esa postura se consideró que en materia de horas extras no es dable exigir un rigorismo probatorio distinto del requerido para la acreditación de otros

hechos, máxime si se tiene en cuenta que por encontrarse los registros en manos del empleador, al trabajador suele resultarle difícil la acreditación de tal extremo (CNTrab., sala I, 20/03/2003, “I., S. J. c. G. S.A. y otro”, DT, 2003-B, 1395).----------

--- Y siguiendo esta corriente jurisprudencial esta sala “B” ya se pronunció en ese sentido en c. 22.654, S.D.L. 35/08, y c. 285/09, S.D.L. 79/09, pues no cabe aplicar un criterio restrictivo o estricto pues se trata de la prueba de un hecho, como cualquier otro, por lo que no hay norma o principio alguno que imponga un mayor rigor probatorio.-------

--- Contra la posición restrictiva comparto la idea de aquellos que sostienen que “no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso”, así lo ha dicho la sala 10ª en autos “L., L. S. c/ J. S A s/Despido”, del 17 de julio de 2001. Claudio E. Andino, contrariando a la posición restrictiva, por no tener justificación teórica ni práctica, concluye -luego de citar jurisprudencia que avala su posición, y teniendo en cuenta la normatividad vigente en materia de carga de la prueba- en que: 1) controvertida la misma, la carga de la prueba está en cabeza del principal, y 2) en defecto de registros válidos, por aplicación del artículo 55 de la LCT, corresponde tener por cierta la jornada denunciada por los actores en la demanda. En la misma línea de pensamiento, Perugini, luego de afirmar que no existe norma ni principio jurídico que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto -salvo prueba en contrario-, señala que los jueces deben valorar tales pruebas conforme a las reglas de la sana critica, y que la posición restrictiva es incompatible con la realidad y la lógica, ya que exige un mayor rigor probatorio a un hecho que, cuando es real, es de difícil probanza por parte del trabajador afectado. Y concluye en que los jueces deben resolver de este modo, valorando los elementos de juicio obrantes en la causa a fin de determinar cuál es la verdad procesal sobre el tema, sin apelar a argumentos dogmáticos (Cantard, Albor Ángel, “Horas extraordinarias”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, págs. 147/148).----------

--- Por lo demás, esa postura contraria a la posición restrictiva es doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia.----------

--- “No hay motivo alguno para imponer tal regla de interpretación, por cuanto, se trata de un reclamo laboral -horas suplementarias- como puede serlo de cualquier otro tipo de pretensión de la misma naturaleza. Es suficiente, que el actor haya probado que las horas extras fueron laboradas y el tipo de tareas cumplidas; para la viabilidad judicial de su reclamo; porque ésta fue la base y límite de su pretensión, y respecto de la cual recae la carga de su acreditación (art. 377, segundo párrafo del C.P.C.C. por remisión expresa del art. 45 de la Ley Nº 69 vigente). Con esto quiero decir, que contra la posición restrictiva en la que se enroló la Alzada, -hoy- comparto la idea de aquellos que sostienen que “no existe norma legal alguna que establezca la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la

convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso" (del voto del Dr. Caneo, en autos caratulados "M., O. A. c/ S. N. S.A. s/cobro de hab. e indem. de ley" (Expte. Nº 21.174-M-2007), del 10/10/2008, S.T.J., S.R.E. Nº 12/2008).----------

--- Asimismo, cabe ponderar en el presente caso que la demandada admitió la realización de horas extras por el actor y así resulta de la negativas nº 10, 13, y 14 (fs. 14 vta.) pues en definitiva al formular las mismas negó la cantidad invocada en demanda pero reconoció que el trabajador efectivamente trabajó horas suplementarias, máxime si se considera que así resulta de los recibos agregados a esta causa y que obran reservados a fs. 96/98, 100/101, 103/105, 110, y 112/116.----------

--- De tal modo, cualquier afirmación o prueba aportada por una de las partes son elementos de convicción y se adquieren para el proceso, en virtud del principio de adquisición y comunidad probatoria, con independencia de la parte que los haya arrimado (Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 5a. edición, I-445, "h"; esta Cámara, en su composición de sala única, c. 9.780, S.D.L. 82/92; c. 9.927, S.D.C. 20/92; c. 10.084, S.D.L. 97/92).----------

--- Con tales pautas, resulta suficiente que el actor pruebe haber realizado horas extras -en el caso esa carga se encuentra cumplida con los recibos arrimados a la causa antes individualizados a lo que se suma la admisión de la empleadora antes expuesta- para que entonces bien ponderara el juzgador las irregularidades que presentan las libretas de trabajo acompañadas a la causa.----------

--- Así, ante las falencias de esa documental la empresa incumplió con el deber de registrar, y ello hace operativa la presunción contemplada en el art. 41 de la Ley XIV Nº 1 ante la declaración jurada prestada por el dependiente a fs. 6/vta. del escrito de inicio.----------

--- Por otra parte, si la empleadora reconoció que el actor prestaba habitualmente tareas en tiempo suplementario a la jornada legal era la principal interesada en demostrar el cumplimiento de la obligación genérica de llevar el registro de las horas laboradas, pues esa obligación le es impuesta por el art. 6, inciso c, de la ley 11.544, y el art. 21 del decreto 16.115/33.----------

--- Es criterio de esta sala "B", c. 22.654, S. D.L. 35/08, y también de la sala "A", c. 21.191, S.D.L. 56/07.----------

--- En tales condiciones, la empresa no acreditó como era su carga que cumpliera con los relevos correspondientes en atención a la falta de cumplimiento de la obligación de llevar el registro de horas laboradas, por lo que la inversión de la carga probatoria hace operativa la presunción de verdad de los hechos invocados en demanda (art. 381, segundo párrafo, del C.P.C.C., y art. 41 de la Ley XIV Nº 1).----------

--- Destaco también que el fallo de la anterior instancia desechó la posibilidad de consentimiento por el empleado por no realizar ningún tipo de reclamación durante la relación laboral.----------

--- En este último aspecto, cabe destacar que el transcurso del tiempo sin efectuar reclamos no importa silencio como manifestación de voluntad, excepto en los supuestos previstos por el art. 919 del Código Civil que no se dan en el caso de autos.----------

--- Además, la intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que induzca a probarla es restrictiva (art. 875 del Código Civil).----------

--- Por eso, la falta de reclamo durante la vigencia de la relación laboral y eventual demora posterior no cabe ser interpretado como admisión toda vez que no se admiten presunciones en contra del trabajador que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho derivado de su silencio (art. 58 de la L.C.T.), pues la clara directriz fijada por esa norma impide que se valore como presunción en contra de los reclamos judicialmente efectuados por el trabajador la ausencia de reclamos oportunos durante la vigencia del vínculo (CNTrab., sala II, abril 29-994, DT. 1994-B, 2128).---------

--- Conclusión a la que se arriba como consecuencia del principio protectorio que en diversas normas suple la insuficiencia del dependiente para autoprotegerse ante la situación de desigualdad en que se encuentra el trabajador, toda vez que es el empleador el que fija las pautas del contrato y de la relación de trabajo.----------

--- Es criterio de esta sala “B” en diversos pronunciamientos, c. 22.241, S.D.L. 48/2007, c. 53/2008, S.D.L. 15/2009, c. 92/09, S.D.L. 75/09, c. 235/08, S.D.L. 76/2009, c. 389/09, S.D.L. 96/2009, c. 693/09, S.D.L. 117/09.----------

--- Por tales razones corresponde desestimar los agravios vertidos por la apelante.-------

--- 3. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- El fracaso de los agravios traídos por la apelante conducen a imponer las costas de Alzada a la demandada vencida conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. Lucero a favor de los letrados apoderados de las partes actora y demandada en las sumas porcentuales equivalentes al 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas en primera instancia (arts. 5, 6, 8, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. correspondiente.----------

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella. 3) REGULAR los honorarios

de los Dres. M. F. R. y C. H. A., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas equivalentes a las sumas que resulten de aplicar el 25% y el 30% de los emolumentos que les fueran fijados por su actuación en la anterior instancia; con más el I.V.A. pertinente.----------

--- ASI LO VOTO.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación.----------

--- Así lo 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), 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 apelado en todo lo que fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada vencida en ella.----

--- REGULAR los honorarios de los Dres. M. F. R. y C. H. A., por sus tareas de alzada, en las sumas respectivas equivalentes a las sumas que resulten de aplicar el 25% y el 30% de los emolumentos que les fueran fijados por su actuación en la anterior instancia; con más el I.V.A. pertinente.----------

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

REGISTRADA BAJO EL N°_____ DEL AÑO 2011 – SDL – CONSTE.-