--- En la ciudad de Trelew, a los días de noviembre 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 del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“S., Á. R. c/ A. T. S.A. s/ Cobro de haberes e indemn. de ley” (Expte. Nº 380 - Año 2011 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 206.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:---------- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto a fs. 178 por la demandada, que fuera concedido a fs. 179, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 169/175 que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por Á. R. S. y condenó a A. T. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $17.794,36.-, con más sus intereses, en concepto de diferencias salariales, y al depósito dentro del mismo plazo del certificado de trabajo previsto por el art. 80 de la L.C.T., y asimismo rechazó las pretensiones referidas a las indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, integración mes de despido, con más las indemnizaciones contempladas por el art. 2 de la ley 25.323 y art. 80 de la L.C.T., con imposición de costas a la demandada por la porción del reclamo que prospera y al actor por la que se desestima.---------- La expresión de agravios luce a fs. 183/185, el traslado conferido a fs. 186 fue evacuado por su contraria a fs. 195/196 y vta., a fs. 197 fue declarado desierto el recurso de apelación deducido por el accionante a fs. 180, y sostiene la apelante que hay una contradicción en los considerandos del Juez ya que sostuvo que no es posible adulterar o computar menos kilómetros que los efectivamente recorridos para luego hacer lugar a diferencias de sueldo que estarían integradas en parte y en mayor proporción dentro de los rubros objeto del reclamo, por el concepto diferencias en kilómetros recorridos. Estima que si no hay registros adulterados y tampoco posibilidad de que se oculten kilómetros claramente no pueden existir diferencias de sueldo en ese rubro. Señala que el actor ni siquiera identificó mínimamente la cantidad de kilómetros que pretende se le reconozcan y sin ese dato ningún valor tiene para resolver la cuestión la declaración y juramento del trabajador en los términos de la ley de rito. Se agravia por lo resuelto ya que el trabajador reclamó diferencias de sueldo de manera genérica englobando en un único importe por período varios conceptos adicionales que resulten del CCT de la actividad y sin especificar cantidades para ninguno de los rubros que peticiona, de kilómetros, ni la carga y descarga, ni los viáticos, las noches de pernoctada fuera de su domicilio. Afirma que el Juez tomó, no sin antes advertir la falta de precisión de la pretensión, para declarar procedentes las diferencias en forma parcial, lo expuesto por el perito contador al

comparar lo cobrado por el actor con lo cobrado por el testigo V. Entiende que al perito nadie le encomendó la comparación y aún así lo consignó como “observaciones”, y tampoco que investigue sobre los hechos de la causa y aún así dijo que los viajes los realizaban conjuntamente V. y el actor. Afirma que por no ser un hecho controvertido ninguna de las partes le preguntó al perito que efectúe tal comparación, por lo que el perito rebasó ampliamente su función, y de esa manera se simplificó la cuestión comparando el sueldo de dos choferes, cuando no existe la posibilidad de que hayan conducido esas dos personas la misma cantidad exacta de kilómetros, cuando además V. era el chofer principal y el actor no. Reitera que causa agravio que S. no aclarara al promover demanda cuál era la diferencia en kilómetros conducidos o recorridos supuestamente omitidos por la empresa y también ya que nada probó. Entiende que en el caso el Juez debió apartarse del dictamen pericial y rechazar la demanda por falta de prueba, y que tampoco puede admitirse aquello de que la pericia no fuera impugnada ya que la “ocurrencia” de un perito de comparar dos sueldos desplazó las facultades de apreciación y decisoria del juez de la causa. Además considera que se equivocó el Juez ya que no existían pruebas que corroboren el dato suministrado por el perito, y por el contrario, está la declaración de A., a cuyo fin transcribe las respuestas a la 9ª y 4ª pregunta, testigo que debió ser valorizada por el Juez por su desempeño en la logística de la empresa y sus dichos fueron coherentes y razonables. Agrega que por el contrario el testimonio de V. introdujo en autos la situación de que conducían 50% cada uno porque no es algo que el actor haya pretendido en su demanda. A continuación la cuarta página de los agravios (fs. 184 vta.) es idéntica a la página dos (fs. 183 vta.) por lo que nada corresponde señalar. Finalmente expresa que eran trabajos similares pero objetivamente tenían distintas responsabilidades y algunas funciones a cargo de V. no lo eran del Sr. S., por lo que no puede solucionarse el pleito con el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea ya que los trabajos de estas personas tenían distintas exigencias y responsabilidades y nunca pudieron ser comparados. Peticiona se revoque el fallo y se rechace la demanda en todas sus partes, con costas.----------

--- A su turno al contestar el traslado conferido la parte actora expresa que la contradicción lógica entre los considerandos y la parte resolutiva a la que alude la apelante no tiene el desarrollo suficiente para ser considerado en sentido propio un agravio pues no hay una crítica concreta al razonamiento empleado por el juzgador. En cuanto a la falta de precisión de las sumas reclamadas es un argumento que no puede prosperar ya que el reclamo tiene fundamento en los hechos expuestos en el escrito de inicio, y que resulta suficiente para indagar la procedencia del reclamo que individualice el accionante el sustento fáctico en que se funda, y en tal sentido, se invocaron los hechos en los que se basó el reclamo de diferencias salariales. Respecto a que su parte no precisó el kilometraje recorrido, debe hacerse mérito de la dificultad que importa dicha tarea, ya que por su naturaleza varía en cada período de la relación

laboral. Sostiene que cargar al trabajador con la obligación de individualizar cada kilómetro recorrido y hacer depender de ello la suerte del reclamo es irrazonable, y que se demandó el pago de diferencias salariales originadas en la circunstancia de que la demandada le abonó, en algunos períodos, una remuneración distinta a la que correspondía a su categoría según sus tareas y errónea liquidación del kilometraje recorrido. Agrega que el art. 4.2.15 del C.C.T. Nº 40/89 contiene un dispositivo orientado a facilitar la prueba sobre ese punto, o sea que el trabajador aportó los elementos fácticos disponibles, los que evaluados a la luz de las normas convencionales vigentes eran más que suficientes para establecer el monto de las sumas adeudadas. Acerca de que el juez de grado no debió tomar aspectos vertidos en la prueba pericial contable, señala que con el objeto de dilucidar la procedencia del reclamo el Juez de grado tuvo en cuenta, especialmente, la pericia contable agregada a la causa, y en ella se determinó que el actor revistió durante el período que se reclama en demanda en la categoría de chofer de larga distancia, y por otra parte se comprobó en la causa que S. realizaba viajes junto con el chofer V. Destaca que pese a ello, conforme surge de la pericia contable, la empleadora le abonaba a V., en concepto de adicional por kilometraje recorrido y demás adicionales del convenio, una suma superior a la que pagaba al actor, y si viajaban juntos era imposible que a su parte le corresponda percibir una remuneración inferior. Afirma que en rigor de verdad no es cierto que el perito se apartara del objeto de la labor pericial, tratándose de aspectos relevantes y conducentes para la elucidación del litigio, y por otra parte, si la demandada creía que el profesional designado se extralimitaba en su función debió impugnar aquellos puntos de la misma que vulneraban su derecho de defensa, y al no ejercer esa facultad consintió que la prueba sea incorporada al proceso y valorada por el juez en la sentencia. Solicita el rechazo del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia.----------

--- 2. Tocante a que existe contradicción entre los considerandos y la decisión de hacer lugar parcialmente a las diferencias salariales, cabe señalar que las expresiones vertidas por el juzgador a fs. 170 vta., último párrafo, han sido sacadas de contexto por la apelante pues el razonamiento efectuado tuvo como finalidad tomar por ciertos los datos suministrados por el informe pericial tal como surge del último renglón de fs. 170 vta. y dos primeros renglones de fs. 171 (“ ... ***ello indefectiblemente me lleva a tomar como ciertos los datos obtenidos por el perito contador y volcados en su detallado informe*** ...”).----------

--- Por ello, se rechaza esa porción de la queja.----------

--- En lo que hace a que el actor ni siquiera identificó mínimamente la cantidad de kilómetros recorridos y que se reclamó diferencias de sueldo en forma genérica, cabe advertir que esa parte al contestar demanda cuestionó que la actora no consignara la cantidad de kilómetros que dice haber recorrido y afirmó que se lesionó el derecho de defensa de su parte (p. III-B, fs. 28 vta., último párrafo).----------

--- En ese direccionamiento, tales manifestaciones no resultan conducentes como oposición a la pretensión del actor pues en todo caso en el marco del presente proceso sumario si la parte consideró que se encontraba lesionado su derecho de defensa debió al contestar demanda interponer excepción previa de defecto legal (arts. 350 inc. 5º y 492 del C.P.C.C, de aplicación conforme al art. 48 de la Ley XIV Nº 1), pues ese impedimento procesal se da en el caso en que las imprecisiones, ambigüedades u omisiones, en definitiva impidan u obstaculicen el ejercicio de la defensa contraria (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1990, T. IV-B, 226).----------

--- En cuanto a que sin ese dato (cantidad de kilómetros) ningún valor tiene para resolver la cuestión la declaración y juramento del trabajador, debe precisarse en primer lugar que dicha omisión carece de toda relevancia respecto a la inversión de la carga probatoria impuesta por el art. 43 de la Ley XIV Nº 1, pues dicha normativa no establece tal limitación.----------

--- A su vez, en cuanto a la falta de valor de esa declaración debe expresarse que ya al contestar demanda esa parte señaló que S. omitió prestar declaración jurada con relación a los kilómetros que dice haber efectuado (fs. 29, primer párrafo).----------

En tal sentido, el alcance previsto por el art. 41 de la Ley XIV Nº 1 no está referido a la necesidad de que el trabajador preste declaración, en el caso, sobre la cantidad de kilómetros pretendidos sino “... sobre los hechos que debieron consignarse en los mismos”, con clara alusión a “... libros, registros o planillas especiales ...”. Y en este último aspecto, el art. 4.2.15. del C.C.T. 40/89 obliga al empleador a llevar por duplicado una planilla de contralor de kilometraje recorrido debidamente rubricada, y el art. 4.2.18. establece que la ausencia de las formalidades prescriptas en este Capítulo autoriza a que el obrero preste declaración jurada con clara alusión al supuesto en que el empleador no lleve o no exhiba la planilla de contralor, en cuyo caso se produce una inversión de la carga de la prueba ya que la misma deberá ser aportada por el empleador.----------

--- En ese contexto, la declaración jurada prestada por el trabajador en su escrito de demanda (p. V. c, fs. 5 vta.) se adecuó a los recaudos exigidos por dichas normativas pues requirió la exhibición del “... Libro art. 52 de la L.C.T., legajo personal de la actora, recibos de haberes y planillas de contralor de Kilometraje recorrido (Art. 4.2.15 C.C.T. 40/89)” ... todo bajo apercibimiento del art. 42 y 44 de la ley 69, a cuyo efecto ... presto declaración jurada exigida por la Ley y el inciso 4.2.18 C.C.T. 40/89...” (el subrayado me pertenece).----------

--- Mal entonces puede entenderse que tal declaración lo es con relación a los kilómetros pretendidos pues la exigencia legal alude a libros, registros o planillas especiales, y el art. 4.2.18. del convenio colectivo antes citado prescribe también la declaración jurada en caso de ausencia o falta de exhibición de la planilla de contralor de kilometraje recorrido exigida por el art. 4.2.15.----------

--- Con tales alcances, se desestima la queja.----------

--- A renglón seguido formula crítica la recurrente al entender que al perito nadie le encomendó que compare lo cobrado por el actor con lo cobrado por el testigo V. Afirma que por ello rebasó el perito su función. Estima que tampoco puede admitirse aquello de que la pericia no fuera impugnada en ese aspecto por las partes, dado que en el caso la "ocurrencia" de un perito de comparar dos sueldos ha desplazado las facultades de apreciación y decisorias del juez de la causa".---------- Al respecto, si a entender de la parte el perito se extralimitó en su dictamen debe considerarse que las irregularidades en el ofrecimiento, producción, agregación de la prueba y de los medios probatorios en si, que pueden originar el pronunciamiento nulitivo, deben reclamarse por vía de incidente. Es ahí, con motivo del traslado del dictamen pericial a las partes, el momento de plantear la nulidad (De Santo, Víctor,"Nulidades procesales", Editorial Universidad, 1999, par. 45, págs. 232 y 233).----

--- Se evidencia entonces que ante el traslado conferido del informe pericial a fs. 143 y pedido de explicaciones de fs. 144 la accionada tenía pleno conocimiento del cotejo efectuado por el experto sin que formulara en la instancia de origen cuestionamiento alguno que debió ser canalizado por el incidente de nulidad.----------

--- Por lo demás, aun cuando se obviara tal circunstancia procesal la demandada tuvo la oportunidad de impugnar el dictamen pericial a fin de que el juzgador entendiera oportunamente en la cuestión, por lo que al no haber ejercido esa facultad no puede recién en esta instancia cuestionar el mismo.----------

--- En ese aspecto, el ordenamiento procesal otorga la posibilidad de cuestionar la prueba pericial al conferirse traslado de la misma o en oportunidad de alegar, al establecer que "La falta de impugnaciones o pedidos de explicaciones u observaciones a las explicaciones que diere el perito, no es óbice para que la eficacia probatoria del dictamen pueda ser cuestionada por los letrados hasta la oportunidad de alegar con arreglo a lo dispuesto por el artículo 481" (art. 477, segundo apartado del tercer párrafo, del C.P.C.C., aplicable por remisión de los arts. 44 y 73 de la Ley XIV Nº 1).----------

--- Y en tal sentido la demandada no impugnó el dictamen pericial contable y tampoco presento el alegato de bien probado (ver informe, fs. 167).----------

--- Nótese además que la demandada sólo requirió una aclaración del dictamen ("**SOLICITA ACLARACION**", fs. 144), por lo que claramente se diferencia de la observación o impugnación.----------

--- Así, distinta situación se plantea cuando el dictamen suscita no sólo un mero pedido de explicaciones, sino verdaderas observaciones o *impugnaciones* en cuanto al fondo de su contenido. En tal caso, la evaluación de su eficacia probatoria, su demérito, puede efectuarse en esa oportunidad o bien reservarse para los alegatos (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1992, T. V-B, pág. 413).----------

--- En ese contexto, si la pericia fue agregada a los autos y se dio traslado a las partes, pero no se utilizó el pedido de explicaciones (art. 473, Cód. Procesal), resultan

improcedentes los cuestionamientos planteados en sede de agravios, ya que aquella oportunidad no es recuperable, pues implicaría una tardía verificación probatoria en etapa ya clausurada, instalando una peculiar situación en la que ya no se podría oír al experto. Con posterioridad a esos momentos previstos por la ley, para presentar impugnaciones o pedidos de explicaciones u observaciones a las explicaciones que diere el perito, habrá precluido la facultad para hacerlo (Cám. 1ª Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala II, 9/4/91; ídem, 29/10/92; ídem, 4/7/96; ídem, 6/5/93; ídem, 11/8/94; ídem, 5/9/96; elDial-W3BB8) (Highton-Areán, “Código Procesal ...”, Editorial Hammurabi, 2007, T. 8, págs. 501 y 503, y cita de fallos).----------

--- O sea, la impugnación del contenido del peritaje se puede hacer en dos oportunidades: en primer lugar dentro del quinto día a contar desde que se notificó el traslado del peritaje y, en segundo lugar, si no se ha hecho en dicho plazo, en la oportunidad de presentar el alegato (Arazi, Roland, “La prueba en el proceso civil”, Ediciones La Rocca, 1991, pág. 287).----------

--- Es criterio de esta sala “B”, c. 15.001, S.D.L. 126/99, c. 15.940, S.D.L. 44/00, c. 16.471, S.I.C. 101/00, c. 756/09, S.D.C. 15/10, entre otros pronunciamientos.----------

--- En consecuencia, si la parte no impugnó la pericia al ser notificada del pertinente traslado (providencia de fs. 143, y notificación de fs. 143 vta.) ya que solo requirió aclaración, y tampoco presentó el alegato de bien probado, oportunidad para efectuar impugnación del dictamen, es evidente que no corresponde en esta instancia volver a tratar dicha cuestión por haber sido alcanzada por el principio de preclusión.----------

--- De acuerdo con el principio de *preclusión*, en cambio, el proceso se halla articulado en diversos períodos o fases dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse uno o más actos, siendo ineficaces aquéllos que se ejecutan fuera del período que le es asignado (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 2da. ed., 6ta. reimpresión, T. I, par. 53, pág. 279). Sabemos que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada. Mediante la clausura definitiva de cada una de ellas y el pase a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o produzcan con posterioridad resultan ineficaces (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1982, T. I, págs. 621/622).----------

--- Por lo demás, cabe hacer notar que la aclaración peticionada por la accionada lo fue respecto de la respuesta brindada por el experto al punto 5 ofrecido por la parte actora con relación a los ítems kilómetros recorridos y viáticos sobre los mismos, horas extras, control de carga y descarga, y asignaciones no remunerativas, y precisamente esa contestación del experto objeto del pedido de aclaración incluyó las observaciones (ver fs. 138 vta.) que recién en esta instancia se impugnan.----------

--- O sea, que la demandada lejos de formular impugnación requirió una aclaración del dictamen pericial, y posteriormente ante la condena impuesta modificó su conducta al expresar agravios para recién entonces sostener que el Juez debió apartarse del

dictamen pericial.----------

--- Tal dualidad en la conducta procesal seguida por la accionada no merece ser amparada por aplicación de la doctrina de los actos propios.----------

--- La doctrina de los actos propios, emanada de los términos del art. 16 del Código Civil, constituye un principio general del derecho. Es derivación directa del principio de buena fe con fundamento en los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, y su aplicación es deber inexcusable para el órgano jurisdiccional, de acuerdo al art. 34 inciso 5 apartado d) del C.P.C.C. (López Mesa, Marcelo J., “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia”, Depalma, 1997, págs. 74/76, y cita de fallos).----------

--- Una pretensión o una defensa que se formula dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto no puede prosperar, ya que ello infringiría el principio de buena fe ante la imposibilidad de “venire contra factum”, del cual es derivación necesaria e inmediata (Diez Picazo, “La doctrina de los actos propios”, Bosch, Barcelona, 1963, págs. 223 y 163, respectivamente).-------

--- La esencia de la conducta contradictoria es el impedimento de hacer valer el derecho que en otro caso se podría ejercitar. Lo obstativo se apoya en la ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la que precede. La ilicitud reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico considerado éste irrescindiblemente, noción aplicable en el ámbito extracontractual o contractual -y también y fundamentalmente, dentro del proceso judicial- y que conlleva como sanción, la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de quien intenta ponerse en contradicción con su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Morello-Stiglitz, “La doctrina del acto propio”, L.L. 1984-A-866; y Morello, “Dinámica del contrato. Enfoques”, Editora Platense S.R.L., 1985, págs. 59/60). El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues de lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen (Morello-Stiglitz, ob. cit., pág. 866).----------

--- En síntesis, si la demandada estimó que el perito se extralimitó en sus funciones debió plantear en la instancia de origen el respectivo incidente de nulidad o en su caso impugnar la prueba pericial, sea al notificarse de su traslado o al momento de alegar, por lo que la cuestión traída recién en esta instancia fue alcanzada por el principio de preclusión, a lo que se agrega la conducta contradictoria asumida ya que anteriormente lejos de impugnar el dictamen pericial sólo se limitó a formular un pedido de aclaración.-

--- Por lo demás, la carga de la prueba contraria al reclamo del dependiente por diferencias salariales quedó en cabeza de la empleadora ya que la demandada incumplió con la obligación de exhibir las planillas de contralor de kilometraje recorrido (art. 4.2.15. del C.C.T. 40/89) por el período anterior a Enero del 2008, tal como lo

peticionara el actor al requerir la exhibición de documentación laboral y ofrecer prueba pericial (p. V. c. y f. 1 y 2; fs. 5 vta.), y lo consignara el experto a fs. 137, primer párrafo (“No fueron puestas a disposición del perito planillas de control de kilómetros por período anterior a Enero del 2008”), por lo que ante la declaración jurada prestada por el trabajador resultan aplicables las presunciones contenidas en los arts. 41 de la Ley XIV Nº 1 y 4.2.18 del C.C.T 40/89, incluso la presunción prevista por el art. 43 de la citada ley.----------

--- Y ante la inversión de la carga probatoria resulta manifiesta la insuficiencia de la declaración de la testigo A. ya que sus dichos no permiten apartarse del dictamen pericial, pues el dictamen referido a cuestiones técnicas no puede enervarse por medio de declaraciones de testigos (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 2, pág. 524).----------

--- Por otra parte, esa testigo expresó que se hizo cargo de la batea en enero o febrero de 2008 y que antes de enero de 2008 no sabía cuantos kilómetros se hacían (respuesta a la 1ª y 2ª pregunta, fs. 110), por lo que sus dichos basados en su experiencia (respuesta a la 9ª pregunta, fs. 110 vta.) resultan manifiestamente insuficientes ya que el reclamo por diferencias salariales se ubica entre agosto de 2007 y enero de 2008, lo que así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 44 de la Ley XIV Nº 1).----------

--- Finalmente, a fs. 185 la apelante señala de modo genérico que los trabajos eran similares pero objetivamente tenían distintas responsabilidades y algunas funciones a cargo de V. no lo eran del Sr. S., por lo que entiende que no es de aplicación el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea, con cita de jurisprudencia y doctrina.---------- En tal sentido, se tratan de afirmaciones genéricas, en todo caso apreciaciones subjetivas, por lo que no hay agravio que atender.---------- No constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso; o las apreciaciones personales; o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1988, T. III, págs. 354/355 y 371, y cita de fallos).----------

--- También, debe ponderarse que la demandada no le exhibió al perito contador las planillas de control de kilómetros recorridos por el período anterior a enero de 2008 (ver fs. 137, primer párrafo), y ese es el lapso principalmente objeto del reclamo por diferencias salariales, por lo que esa falta de colaboración debe ponderarse al dictado de la sentencia.----------

--- Desde esa perspectiva debe atenderse a la regla de distribución de la carga de la prueba al colocar la misma en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla (conf. Peyrano y Chiappini, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 107-1005).----------

--- Y en este direccionamiento, no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la “regla” conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquéllos. Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la *conducta* obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar en contra del infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. Expresándolo con las palabras del artículo 163, inciso 5°, apartado 2° del Código Procesal, esa *falta de cooperación activa*, entre otras matizaciones, traduce “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del juicio y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones” (Morello, “La Prueba. Tendencias modernas”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1991, págs. 60/61). ----------

----Ello significa que las partes deben colaborar con el juzgador aportando los elementos que permitan dilucidar el caso, recayendo la carga probatoria en cabeza de aquel que se encuentre en mejor situación de probar, por lo que su conducta pasiva aferrándose a una mera negativa constituye una violación al principio de buena fe y al deber de colaboración que el juez no puede dejar de valorar al tiempo de dictar sentencia, en los términos previstos por el último párrafo del inciso 5° del art. 165 del C.P.C.C.----------

----Por tales razones, se desestiman los agravios vertidos por la apelante. ----------

----3. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante 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 prudente regular los honorarios de los Dres. A. S. R. P. y L. C. B., letrados apoderados de las partes actora y demandada, en las sumas porcentuales equivalentes al 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades fijadas para los emolumentos de primera instancia referidos a la condena habida y con relación a los profesionales que actuaron por cada una de esas partes, y en caso de no alcanzar el mínimo de la ley del arancel en la suma de ocho jus (arts. 5, 7, 6, 8, 13, 36, 38, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

----La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 169/175, así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada recurrente a fs. 183/185 y de la contestación de la misma por parte de la actora a fs. 195/196 vta., me eximen de realizar nuevamente dicho relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------

----I.- Seguiré el criterio utilizado por el Dr. Vergara en cuanto a examinar los agravios en el orden expuesto por la apelante, los que, por lo demás, están dirigidos contra el reconocimiento de las diferencias salariales reclamadas por el actor.- ----------

----1) La demandada comienza por destacar lo que considera una contradicción en la sentencia, en cuanto el juez razonó que no es probable que la empleadora realizara alguna maniobra para adulterar menos kilómetros que los efectivamente recorridos para ahorrarse unos pesos, pero luego hizo lugar a las diferencias de sueldo integradas en su mayor proporción por el concepto de diferencias en kilómetros recorridos como chofer. Considera que si no hay registros adulterados, la consecuencia es que no existen diferencias de sueldo (ver fs. 183 “in fine”). Al respecto es de señalar que no existe contradicción en el razonamiento del sentenciante, ya que la recurrente no se hizo cargo, al menos en este agravio, de toda la argumentación del mismo. Es que el juez, en el párrafo analizado, argumentó que *“en concreto estimo poco por no decir nada probable que la demandada realizara una maniobra de este tipo para ahorrarse unos pocos pesos en el pago del salario, ello indefectiblemente me lleva a tomar como ciertos los datos obtenidos por el perito contador y volcados en su detallado informe, por tal razón, en lo que hace a los cálculos de este rubro no puedo menos que estar a lo informado por el auxiliar de la justicia”* (ver sentencia a fs. 170 vta. “in fine”/171, 1er. párrafo).- ----------

----Es así, que el agravio debe desestimarse ya que no se examinó la totalidad del razonamiento del juez en lo que a este punto se refiere.- ----------

----2) En segundo lugar la demandada cuestiona que el actor ni siquiera identificó mínimamente la cantidad de kilómetros que pretende le sean reconocidos, por lo que entiende que ningún valor tiene la declaración jurada que efectuara en la demanda de acuerdo a la ley ritual. A ello añade que se reclamaron diferencias de sueldo de manera genérica, sin especificar la cantidad de kilómetros, ni la carga y descarga, ni los viáticos, y las noches de pernoctada fuera de su domicilio. De todo ello concluye que no pueden determinarse las diferencias, sino se conoce la cantidad de kilometraje recorrido, la que nunca fue declarada ni probada por el actor (ver fs. 183 vta., primeros párrafos).- ---------

----Comparto lo expuesto por el colega prevotante en cuanto a que la falta de identificación de la cantidad de kilómetros recorridos, en todo caso debió haber dado sustento a la demandada a deducir la defensa de defecto legal, en cuanto pudo haber afectado su derecho de defensa en juicio al no saber a ciencia cierta aquello de lo que debía defenderse (conf. arts. 45 de la ley XIV Nº 1, y 350, inc. 5 y 492 del CPCC, según remisión del art. 48 de la ley XIV Nº 1). Es que corresponde oponer la excepción de defecto legal cuando la demanda no se ajusta a los requisitos que exige la ley, en principio los enunciados en el art. 330 del CPCCN (art. 333 del CPCCChubut). La omisión de tales requisitos o la ambigüedad u oscuridad en la redacción de la demanda, dan contenido a esta excepción, cuya finalidad es tutelar el derecho de defensa del demandado (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Comentado", Ed. Astrea, 1993, Tº 2, págs. 214/215).- ----------

----Respecto a la invalidez de la declaración jurada prestada por el actor en la demanda (ver fs. 05 vta., pto. V, c; conf. art. 41 de la ley XIV Nº 1), cabe expresar, como lo indicara el Dr. Vergara, que en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la ley XIV Nº 1, en materia del monto del salario, sueldo u otras formas de remuneración, la prueba contraria al reclamo corresponde a la accionada. Pero amén de ello, cabe recordar que la disposición del art. 41 de la ley XIV Nº 1 establece la necesidad de declaración jurada del trabajador o sus derecho habientes sobre los hechos que deben consignarse en los libros, registros o planillas especiales, que por ley o reglamentación, esté obligado a llevar el empleador. Y de acuerdo al CCT 40/89, por su art. 4.2.15 el empleador tiene la obligación de llevar por duplicado una planilla rubricada por la Autoridad de Aplicación en la cual se asentarán los kilómetros recorridos en cada viaje, que firmarán ambas partes y mensualmente el principal entregará el o los duplicados debidamente firmados. Por su parte el art. 4.2.18 del mismo convenio establece que la no observancia de las disposiciones del capítulo o la ausencia de las formalidades prescriptas en él, harán pasible al empleador a abonar las mensualidades y retribuciones por kilometraje y demás ítem previstos en la planilla anexa que reclame el trabajador, con la sola prueba de su declaración jurada, salvo la prueba en contrario que aporte el empleador.- ----------

----De lo expuesto se desprende que la declaración jurada referida se ajustó a las disposiciones antedichas, ya que se hizo expresa referencia a la normativa citada (ver fs. 05 vta., pto. V, C). De allí que se equivoca la apelante cuando expresa que la declaración jurada se refiere a la cantidad de kilómetros recorridos "a secas", sino que la misma debe ser correlacionada con los datos que, por las disposiciones mentadas, la demandada debía hacer constar en los registros cuya exhibición se le solicitó (ver fs. 11 y cédula de fs. 16/vta.).- ----------

----Por todo lo expuesto es que comparto también el rechazo de este agravio.- ----------

----3) Seguidamente la recurrente se queja de que el juez tomó en cuenta lo expuesto por el perito, quien comparó lo cobrado por el actor con lo percibido por el testigo V., sin advertir que nadie encomendó al experto dicha comparación, por lo que éste se extralimitó en el cometido que le fue asignado. Agrega que el perito simplificó la cuestión mediante la comparación que efectuara, sin tener en cuenta que V. era el chofer principal y el actor no, por lo que el juez debió apartarse del dictamen pericial (ver fs. 183 vta., últimos párrafos/184, primeros párrafos). Debe señalarse que dado el tenor de la observación que se efectúa a la experticia -extralimitación del perito en la función asignada- la demandada debió deducir un incidente de nulidad, ya que aunque no se prevé esta posibilidad en el art. 477 del CPCC, ello es factible si la pericia contiene inexactitudes, documentación incorporada al proceso subrepticiamente, o gruesos errores de fundamentación que desnaturalizan el dictamen como tal. Frente a graves falencias, si no se promovió a tiempo propio el incidente respectivo y en su reemplazo simplemente se requirieron explicaciones, implícitamente las partes

convalidaron el defecto (conf. CN. Com., Sala B, 14/4/87, LL, 1987-D-577), independientemente de la eficacia probatoria que le atribuya el juez (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, págs. 513/514).- ----------

----En la especie, ante el traslado de la pericia de fs. 143, la demandada se limitó a pedir una aclaración puntual (ver fs. 144). Es decir que ni siquiera ejerció su derecho a impugnar la pericia, tal como lo prevé el art. 477, 2do. párrafo del CPCC. Al respecto es de destacar que la ahora apelante no impugnó las conclusiones transcriptas en ninguna de las oportunidades que prevé el art. 477, 3er. párrafo del CPCC. Las partes pueden impugnar, total o parcialmente, el dictamen en dos oportunidades expresamente señaladas por el precepto comentado; primero, dentro del quinto día de correrse el respectivo traslado de la pericia, y a continuación, si no lo han hecho en ese lapso, en la oportunidad de alegar de bien probado. Esto vale como doctrina aplicable a los juicios ordinarios y sumarios, pero no en los sumarísimos, en los cuales deben aceptarse las objeciones a la eficacia del dictamen pericial al expresar agravios contra la sentencia fundada en la opinión del experto (conf. CN. Civ., Sala C, 30/6/88, LL, 1989-A-654, 38.072-S). En los juicios ordinarios y sumarios, con posterioridad a los dos momentos específicos para presentar las impugnaciones que indica la norma analizada, precluye la facultad de hacerlo (conf. CNAT., Sala II, 29/5/89, DT, 1990-B-1381; CN. Com., Sala B, 14/4/87, LL, 1987-D-57 ; CNFed.Civ.yCom., Sala I, 2/2/86, LL, 1989-B-618, nº 6011). Es que la pericia no observada en primera instancia no puede ser impugnada en la alzada; el silencio, en estas circunstancias es más terminante que respecto de los demás medios de prueba, discutibles en cuanto a su valor y eficacia con independencia de la conducta de las partes en el momento de su producción (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, pág. 515) (conf. esta Sala “B”, SDC Nº 015/2010, del 05/05/2010).----------

----En consecuencia de lo expuesto, cabe concluir que mediante el agravio examinado, la demandada pretende impugnar la pericia practicada en autos cuando precluyó la oportunidad procesal de hacerlo. Al respecto debe recordarse que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada, y mediante la clausura definitiva de cada una de ellas y el paso a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o produzcan con posterioridad resultan ineficaces. Es así que la consagración del principio preclusivo importa, en esencia, que el dogma de la voluntad aparezca sustituido por las consecuencias de carácter objetivo. Quien pierde una expectativa en el proceso, fundamentalmente se abstiene de ejercer un derecho o una facultad que hace a su defensa. Y es precisamente de esta idea de la preclusión, de la que nace, tan rico en matices, el concepto de cargas procesales. La preclusión se concibe como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal (conf. Morello-Sosa-Berizonce: “Códigos...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1982, Tº I, págs. 621/623).- ----------

----A lo dicho hasta aquí debe agregarse que, de acuerdo a lo prescripto por el art.

4.2.15 del CCT 40/89, correspondía a la empleadora la prueba contraria al reclamo por diferencias salariales, de acuerdo a cómo ofreció la prueba pertinente el actor (ver fs. 05 vta., pto. V, c y f.1 y f.2). Al respecto el perito informó que no fueron puestas a su disposición las planillas de control de kilómetros por el período anterior a enero de 2008 (ver fs. 137, 1er. párrafo) de lo que cabe derivar la validez de la declaración jurada prestada por el actor, y la aplicación de las presunciones establecidas en los arts. 41 y 43 de la ley XIV Nº 1 y 4.2.18 del CCT 40/89). La recurrente expresa que el sentenciante de grado se equivocó porque no existían pruebas que corrobore el dato suministrado por el perito, indicando que, por el contrario, la declaración de la testigo A. contradecía abiertamente lo dictaminado por el experto (ver fs. 184, anteúltimo párrafo). Sin embargo ante la validez de la declaración jurada del actor, como el juego de las presunciones referidas, cabe señalar que el dictamen referido a cuestiones técnicas no puede enervarse por medio de declaraciones de testigos (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem, pág. 523). Por lo demás la testigo citada (ver fs. 110/vta.), refirió a la diferencia entre chofer titular y ayudante en base a su experiencia (ver respuesta novena), sin embargo antes había referido que se hizo cargo de la batea en enero o febrero de 2008 (ver respuesta primera), y que antes de esa fecha no sabe cuántos kilómetros se hacían (ver respuesta segunda). Y es del caso recordar que el reclamo del accionante por diferencias salariales se ubica temporalmente básicamente entre agosto de 2007 y enero de 2008 (ver fs. 05, pto. IV, A),1) a 7).----------

----Es de señalar que a fs. 184 se reproduce nuevamente -entiendo que inadvertidamente- lo expuesto a fs. 183 vta., por lo que no hay agravio que atender al respecto. Finalmente se señala que el actor tenía trabajos similares a V. pero sus responsabilidades eran distintas, por lo que no se podía echar mano del principio constitucional de igual remuneración a igual tarea (ver fs. 185). Esto último, amén de no hacerse cargo de las razones expuestas en la sentencia de grado y en la presente, especialmente las referidas a la validez de la declaración jurada del actor, las presunciones legales de aplicación y el valor de la experticia ante su falta de nulidad o impugnación, no pasa de ser una mera afirmación genérica, o una discrepancia de la interpretación judicial sin mayor fundamento, o la formulación de una apreciación subjetiva, lo que resulta insuficiente técnicamente a efectos de constituir una crítica concreta y razonada en los términos del art. 268 del CPCC (conf. CN. Civ., Sala , 21/5/90, LL, 1992-A-269; ídem, Sala E, 21/5/91, JA, 1991-IV-6).----------

----En síntesis, por todas las razones expuestas es que coincidiré con el colega prevotante en la desestimación de los agravios examinados.- ----------

----II.- En virtud de lo todo lo razonado, habré de acordar en que corresponde propiciar la confirmación de la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de apelación, con costas a la demandada apelante, en virtud de la aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art. 69 del CPCC).- ----------

----En cuanto a la regulación de honorarios en esta sede, dado el resultado del pleito,

extensión y entidad de los trabajos realizados en esta instancia de apelación, deviene razonable fijar los mismos al Dr. A. S. R. P., letrado apoderado del actor, en un 30%; y al Dr. L. C. B. letrado apoderado de la accionada, en un 25%; en ambos casos sobre los emolumentos establecidos en la instancia de origen, y en caso no alcanzar el mínimo legal en la cantidad equivalente a 8 jus (conf. arts. 5, 7, 6, 8, 13, 36, 38 y 46 de la ley arancelaria), con más el IVA respectivo (conf. leyes 23349 y 23871).----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.-------

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

----Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia a la demandada vencida; y c) regular los honorarios de los Dres. A. S. R. P. y L. C. B., por sus tareas de Alzada, en las sumas porcentuales equivalentes al 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades fijadas para los emolumentos de primera instancia referidos a la condena habida y con relación a los profesionales que actuaron por cada una de esas partes, y en caso de no alcanzar el mínimo de la ley del arancel en la suma de ocho jus, con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Así lo voto. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

----En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del mismo.----------

----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 encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Sergio Rubén Lucero al momento de efectuarse el Sorteo (Art. 7º 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 la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

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

----REGULAR los honorarios de los Dres. A. S. R. P. y L. C. B., por sus tareas de Alzada, en las sumas porcentuales equivalentes al 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades fijadas para los emolumentos de primera instancia referidos a la condena habida y con relación a los profesionales que actuaron por cada una de esas partes, y en caso de no alcanzar el mínimo de la ley del arancel en la suma de ocho jus, con más el I.V.A. pertinente.----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA
PRESIDENTE

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

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA