--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil doce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“I., C. E. c/ D. L. C. P. S.A. s/ Diferencia de haberes e indemn. de ley”** (Expte. 159 – Año 2012 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. 225.---------- ----------

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

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de este Tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 208) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 200/204 vta.) por el cual se hizo lugar a la demanda entablada por el Sr. C. E. I. en contra de la sociedad que gira en el comercio bajo la denominación de “D. L. C. P. S.A.”, condenando a esta última a que, en el plazo que fija, abone al actor la suma que surja de la pericial contable a practicarse teniendo en cuenta las diferencias por horas suplementarias efectivamente trabajadas y los adicionales estipulados, tal como se expusiera en el considerando respectivo; con más las costas.---------- El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 214/218.----------Corrido traslado del mismo a la parte contraria a fs. 219, éste fue evacuado por escrito que se encuentra glosado a fs. 220/221.---------- ----------

----I.- Sostiene que el fallo que apela rescata como importante el informe de la municipalidad de Puerto Madryn, por cuanto de la documental reconocida se extrae la hora en la cual el actor con el vehículo, con el cual transportaba mercadería y la repartía en la localidad de Puerto Madryn, ingresaba a la ciudad pasando por el control de bromatología. A partir de ello –dice- se deduce el horario en el cual se efectuaba el control bromatológico. Expone que con ello se echa por tierra lo sostenido por su parte al contestar a la demanda y lo declarado por los testigos que ofreciera, resultando dirimente para el juzgador a los fines de otorgar razón a la parte actora. De allí se tuvo como cierto que el actor iniciaba su jornada a las 7:30 hs. y culminaba como máximo a las 20 hs., completando así las 12:30 hs. diarias; y que entre las 13:30 hs. y las 16:30 hs. el actor se encontraba a disposición de la empleadora. Efectuada la reseña de los argumentos o motivos en los que sustentara el juzgador de la anterior instancia la condena en su contra, postula que la sentencia en crisis no se compadece con los principios aplicables a la materia y que el juzgador consideró en forma fragmentada la prueba producida obviando aspectos fundamentales que obligaban a arribar al rechazo de la acción promovida. Se agravia, dice, por cuanto la sentencia que recurre parte de falsas premisas y elabora una conclusión que no se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa. Expresa que, como punto de partida, debió el juzgador tener

en cuenta un principio básico cual es que la prueba de la prestación de servicios en horas extraordinarias está a cargo del trabajador, debiendo demostrar fehacientemente su número, modalidad, frecuencia y lapso de las mismas. Sostiene que esa probanza debe ser categórica, relacionada con el quantum de las tareas extraordinarias cumplidas, así como respecto de la fecha y duración de su realización sin que pueda basarse en meras presunciones. Indica que dichas pautas que asevera son rectoras, han sido ignoradas en la sentencia, pues el fallo se basa en simple presunciones elaboradas a partir de cuatro controles de bromatología elaborados en casi diez años de relación laboral. A partir de los datos que emergen de dichos controles el Sr. Juez a quo deduce que, con carácter general, todos los días el actor laboraba 12:30 hs.. Manifiesta que si se tiene en cuenta que el actor acompaña 22 controles de abasto y que sólo en 4 de ellos se observa el ingreso a la ciudad fuera del horario de jornada de trabajo, la única presunción que se podría extraer de ellos es que en el período que comprenden –junio de 2005 a febrero de 2006- realizó horas extras en el 18,18% de los días trabajados y no en forma regular, continua e ininterrumpida como se sostiene en la sentencia. Así emerge, sigue diciendo, de los recibos de sueldo. En el mes de junio de 2005 se le liquidaron al actor 20 horas extras al 50% y 3 horas extras al 100%. En el mes de julio, 11 horas extras al 50%, circunstancia que derriba –entiende- la presunción construida en la sentencia a partir de los controles de bromatología. Interpreta que ello quiere decir que cada vez que el actor laboró alguna hora en exceso de su jornada de 8 hs. se le abonó. A igual conclusión se arriba –expresa- de la atenta lectura de los restantes recibos de sueldo. Observa que si habitualmente, como lo sostiene el juzgador a quo, el actor tenía una jornada de 12:30 hs., hubiera podido acompañar mayor cantidad de controles bromatológicos que acreditaran dicho extremo y, si no lo hizo es porque sencillamente no existían. Hace notar que la sentencia parte de la base de que todos los lunes, miércoles y viernes I. pasaba por el control bromatológico de Puerto Madryn y por ello se confeccionaban los partes diarios. Se pregunta, entonces, ¿ cuál es la razón por la que I. no ofició a la Municipalidad para que los remita?. Y se responde, hay una sola: los controles bromatológicos eran confeccionados dentro de su jornada laboral de trabajo. El Sr. Juez a quo descarta los testimonios concordantes y no impugnados que brindaran los testigos de su parte y que dan cuenta del habitual cumplimiento de una jornada legal de trabajo del estricto pago de cada una de las horas extras trabajadas. Afirma que el juzgador a quo sin sustento en prueba alguna descalifica los dichos de los testigos compañeros de trabajo de I., que refieren que entre las 12:00 hs. y las 16:30 hs. no se hacían tareas de reparto, porque los clientes no los recibían en dicho horario. Por ende, expone, todos los repartidores en ese horario interrumpían su jornada. Para ello, indica, toma en forma parcial los testimonios de los testigos G. y B., ignorando las demás declaraciones prestadas en autos que no fueron impugnadas y que dan cuenta de la existencia de un receso de cuatro horas en la mitad de la jornada. Señala que aún tomando como referencia el horario de cierre de los

comercios, que según su experiencia el juzgador tomara, desde esa hora hasta las 16:30 hs. el actor no desplegaba actividad y no obstante lo cual el sentenciante consideró que trabajaba horas extras. Realiza dos objeciones a ello, a saber: i) que no todas las actividades comerciales tienen las mismas características y ii) que todos los testigos que trabajaban con I. son contestes en declarar que al medio día no realizaban actividad laboral alguna. Refiere en cuanto a las características de la actividad vinculada con la fruta y verdura, que cobra especial relevancia la declaración prestada por O. G., quien dijo que desde las 12 a las 16:30 hs. algunos comercios cierran y otros están llenos de clientes y no se puede entregar mercadería. Es decir, apunta, nunca puede entregarse mercadería al medio día, sea porque el dueño del negocio está atendiendo a sus clientes y, por ende, no puede distraerse atendiendo al proveedor; sea porque están cerrados, lo que destruye –concluye- la afirmación realizada en la sentencia. Añade que los testigos B., T. y P., indican en forma concordante que entre las 12 y las 12:30 hs. y las 16:30 y 17 hs., no realizan tareas de reparto, de lo que se deriva –expresa- que si su función era repartir y en ese lapso no desarrollaban sus tareas sino que descansaban. Estos dichos son ratificados por el testigo E., propuesto por la actora, quien declaró que I. iba a primera hora de la mañana o última de la noche, pero nunca situó su trabajo en horas del medio día y ello, sostiene, porque sencillamente no realizaba tareas en dicho horario. Repite que, pese a lo afirmado en la sentencia, no se verifica en autos el cumplimiento del principio de demostrar fehacientemente el número, modalidad, frecuencia y lapso de las horas extras laboradas. Afirma que no probó el actor que su jornada se extendiera todos los días a 12:30 hs.. Advierte que si, como lo afirma en la demanda, trabajó durante 10 años 14 hs. diarias, un sinnúmero de personas habrían percibido tal circunstancia y hubiera estado en condiciones de probarlo. Destaca que lo que se afirma no es la realización esporádica de horas extras sino que se trata de un comportamiento permanente durante 10 años que no se compadece –expresa- con la total ausencia de prueba en que incurrió. Finalmente, cuestiona que el sentenciante considerare que el actor entre las 13:30 hs. y las 16:30 hs., se encontraba a disposición de la empleadora, citando para ello fallos que no tienen relación con el caso, pues refieren a actividades preparatorias previas a la iniciación del trabajo o tareas posteriores complementarias a la labor principal, extremos que no se verifican en autos. Señala que su parte reconoció que las tareas preparatorias del reparto, integraban la jornada de trabajo del actor, pero lo cierto es que bajo ningún aspecto –asevera- puede incluirse en su jornada de trabajo los períodos de descanso, pues el actor tenía una jornada de trabajo que se interrumpía al mediodía y se reiniciaba a las 16:30 hs.. Asegura que se encuentra probado que en el lapso indicado el actor no desarrollaba tarea alguna, disponía de dicho tiempo a su antojo y por ello no fue acreedor a ninguna hora extra. Es más, agrega, en las situaciones puntuales en las que desarrolló tareas en exceso de su jornada de trabajo fue debidamente remunerado y así quedó reflejado en los recibos de sueldo y hojas

móviles acompañadas al expediente. Destaca que la sola circunstancia de que no se lo obligara a volver a la base de la empresa en Trelew, a dejar el camión para buscarlo al reiniciar la jornada, es insuficiente para tener por acreditada la existencia de la prestación o puesta a disposición de su tiempo a favor del empleador. Efectúa cita jurisprudencial de extraña jurisdicción a cuya lectura remito. Se agravió también de que se la condenara a su parte al pago de diferencias salariales por el período comprendido entre los meses de mayo de 2005 y el 15 de febrero de 2007, cuando conforme surge de las constancias de autos y resulta un hecho no controvertido, la relación laboral se extinguió el 16 de febrero de 2006. Efectúa reserva de caso federal.----------

--- Al responder a los agravios formulados la parte actora expone que la demandada impugnante sustenta los mismos en dos cimientos principales, el primero, que la sentencia en crisis no se compadece con los principios aplicables a la materia; el segundo, que el juzgador ha considerado en forma fragmentada la prueba producida. En cuanto al primero de los puntos, indica que la contraparte solo transcribe una cita doctrinal y una jurisprudencial, sin plantear elementos o valoraciones concretas del veredicto, de los cuales se interprete que la sentencia sea contraria a las premisas del derecho laboral. Respecto de la segunda cuestión, señala que el juzgador apreció de la prueba producida aquella que le mereció mayor fuerza de convicción para sustentar su veredicto, encontrándose tal prerrogativa dentro de las facultades que expresamente el Código le atribuye, en tanto que no tiene obligación de explicitar la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente aquellas que fueren esenciales y decisivas para fallar la causa. Expresa que el Sr. Juez a quo valoró en conjunto la totalidad de la prueba producida en la causa, aún cuando tal apreciación no la efectuó en el sentido pretendido por la contraparte, pues siguiendo las reglas de la sana crítica estimó como decisivas las constancias de los controles de abasto. En referencia a los controles de bromatología y las presunciones que en base a ellos efectuara el juzgador destaca que el sentenciante estableció de manera categórica que los testigos propuestos por la empleadora siempre refirieron a que I. se desempeñaba en el horario comprendido entre las 7:30 hs. y las 20:00 hs.; que cargaba mercadería a repartir en Puerto Madryn alrededor de las 7:30 hs. –testigos T. y B., fs. 107 y 155, respectivamente. Es decir, continúa diciendo, el Juez de la anterior instancia valoró las afirmaciones de los testigos ofrecidos por la empleadora para determinar el horario de ingreso y egreso de su parte. Asimismo, en cuanto la demandada afirma que con el pago de horas extras realizado en los meses de junio y julio de 2005, quiere decir que siempre le fueron pagadas, se descarta a simple vista de los controles de abasto de donde surge que las horas extras laboradas superan ampliamente las pagadas por la empresa, más aún debiendo tenerse en cuenta el tiempo de traslado desde la ciudad de Trelew a la de Puerto Madryn y viceversa. En cuanto al lapso comprendido entre las 13:30 o 14 hs., y las 16 o 16:30 hs., sólo señalará –expresa- que no tuvo en cuenta la contraparte el tiempo que le llevaba al trabajador trasladarse de una ciudad a otra, los controles de abasto

realizados dentro de ese horario y que no todos los negocios a los cuales se les realizaba el reparto cerraban en ese lapso de horario. Agrega que la contraparte no manifestó agravio alguno en lo relativo al adicional de manejo de dinero. Culmina afirmando que el recurso entablado carece de la debida fundamentación crítica que haga viable la revocación de la sentencia de la anterior instancia.----------

I.- En los límites fijados por los agravios que se han formulado y cuya reseña se realizara precedentemente, ingresaré a su examen comenzando por dejar establecido, desde ahora y antes de cualquier otro posible análisis, que en el conflicto traído a resolución concurre un dato fáctico que tornó en dirimente para que en la anterior instancia se admitiera el reclamo de diferencias salariales derivadas del cumplimiento de horas suplementarias impagas, el cual fue tenido por probado y cierto por el juzgador a quo, cual es: que el actor Sr. I. cumplió una jornada diaria ininterrumpida de lunes a viernes que se extendía de 7:30 hs. hasta la 20:00 hs. –una extensión diaria de 12:30 hs.-; y, los sábados de 7:30 hs. a 12:30 hs. -5 horas-.----------

Este puntual hecho, que insisto, fue el determinante para viabilizar la porción de la estimación favorable de la pretensión actoral originaria, comprende ineludiblemente considerar que desde el ingreso de I. a la planta del establecimiento de la empresa empleadora y hasta su regreso al mismo, el actor cumplió con sus tareas de repartidor de frutas y verduras que comercializa la demandada en Puerto Madryn y que, durante el lapso de pausa obligada entre las horas que van de las 13:30 o 14:00 hs. a las 16:00 a 16:30 hs., se encontraba a disposición de la patronal.---------- Ahora bien, hete aquí que este dato, que repito fue el relevante para el resultado del pleito no mereció de parte de la demandada apelante -al tiempo de sustentar su recurso- un ataque preciso, concreto y razonado. No al menos como lo exige que fuera realizado el art. 268 del Código del rito (Aplicable en la especie conforme art. 73 de la Ley XIV N° 1).---------- ----------

----Abro un paréntesis para descartar algunos de los pretendidos fundamentos en los que se basara el impugnante para intentar infructuosamente poner en crisis el fallo que apela. Ello, aún cuando no es lo decisivo para elucidar el potencial buen éxito que pudiera tener el presente recurso en análisis.---------- ----------

----Así, por caso, se asevera que se habría omitido aplicar lo que se denomina como *“principios aplicables en la materia”* (Sic) (Vide: escrito de expresión de agravios –fs. 214 vta./215-), en relación a la carga de probar las horas extraordinarias, en cuanto se postula con apoyo en cita doctrinal, que su prestación debe ser demostrada de manera fehaciente y categórica.---------- ----------

----Al respecto es clarificador poner en la palestra para la correcta visualización del tópico que las horas suplementarias comportan una excepción al principio general de limitación de la jornada laboral. Esto es, la jornada limitada de labor fue establecida con un sentido tuitivo de los trabajadores a punto que la Ley establece los límites máximos a fin de poner coto a la “tentación” que pudiera tener cualquier trabajador que, por una

situación de necesidad o por cualquier otro motivo, pudiera aceptar trabajarlas ante el “atractivo” que pudiera resulta contar con un empleador que cumpla con el correlativo pago de las horas suplementarias que cumpliere.----------

--- En esa dirección la jornada de trabajo fue, desde siempre, un tema relacionado con la protección de la vida, integridad física y la salud de los trabajadores. Las razones que han justificado tal perspectiva tutelar se han subdividido como vinculadas a causas biológicas (acción de la fatiga) y de índole organizacional y productiva (posibilidad de atención y el consecuente nivel de rendimiento). Es por ello que la jornada de trabajo, junto a su contrapartida –los descansos-, a no dudarlo, constituye uno de los institutos que conforma los pilares fundamentales del derecho del trabajo y que dan el marco esencial de la protección de quienes trabajan en relación de dependencia (Conf. Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Ley 11.544/29 y su reglamentario N° 16.115/33; y, Arts. 196/206 de la L.C.T., y Dcto. 2882/79).----------

--- 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, de otro lado, que se pudiera postular válidamente que deban valorarse los elementos de prueba que se hubieren aportado bajo algún susodicho criterio “estricto” o “restrictivo”. Insisto, bastará con que pruebe haberlas trabajado por cuanto éste es el hecho sobre el cual se sustenta su petición y sobre el que carga con el peso de su acreditación (Conf. Art. 381 del C.P.C.C., de aplic., art. 44 de la Ley XIV N° 1).----------

--- Y, en el particular supuesto de autos, estimo, coincidiendo absolutamente con el Sr. Juez de grado, que el actor satisfizo el “*onus probandi”* que recaía sobre él. Ello así, tanto con la prueba informativa producida por el Municipio de Puerto Madryn, que da cuenta de la autenticidad de la documental que fuera acompañada con la demanda y que consisten en las constancias del control de abasto emitidas por la Dirección de Bromatología respecto del transporte de sustancias alimenticias, donde se consignan –entre otros datos individualizadores del vehículo, peso de carga y datos del conductor-, la fecha y hora en que se efectuara dicho control (Vide: fs. 108/116); añadido a ello la corroboración que de dichos datos se extrae de las testimoniales valoradas puntillosamente por el juzgador de grado. ----------

---- La ponderación de tales elementos de prueba por el judicante, se encuentran indefectiblemente englobada en el ámbito de los hechos que fueran admitidos por la propia patronal, en consonancia con los recibos que aportaran de consuno ambas partes, donde constan los pagos de horas extras que se reconociera como cumplidas por el actor, aún cuando se afirma que se abonaron puntualmente (ver: escrito de contestación de la demanda –fs. 47 vta.-; id., ver también recibos de haberes obrantes a fs. 18; 20; 23; 25; 27; 29; 31; 33; 35; 37; 39; 41; 47; 49; 51; 53; 55; 57; 59; y, hojas

móviles del libro especial que en copia certificada se encuentra reservadas en la caja de seguridad del Tribunal –ver constancia de fs. 49-, y que tengo a la vista) (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; N° 15/03; N° 35/08, N° 16/11, entre otras, CAT).----------

----Esto es, lejos se encuentra de la verdad la afirmación efectuada por la empleadora demandada, en cuanto sostuviera en su responde que el actor prestó sus tareas *“…**no superando** su jornada de trabajo **jamás** las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales,…”* lo cual, además, se corrobora con la lectura del párrafo completo cuando de continuo se auto-contradice al afirmar *“…percibiendo correcta y puntualmente sus remuneraciones correspondientes durante todo el período que trabajó **incluidas las horas extras que le pudieren haber correspondido**…”* (Sic)(Vide: escrito contestatario, punto V, 2do. párrafo de fs. 47 vta.)(lo destacado en negrita me pertenece).---------- ----------

----Empero y ya cerrando el paréntesis que se abriera “infra”, aclarando que debe considerarse lo que fue expuesto solo a título *“obiter dicta”*, lo decisivo en la especie –repito- es que la extensión de la jornada laboral que estimó acreditada el Sr. Juez de primera instancia, lo es a partir de considerar que I. se encontraba “a disposición” de la patronal demandada durante el lapso de pausa o espera que obligadamente lo retenía en Puerto Madryn con el vehículo repartidor que conducía sin poder disponer del tiempo en beneficio propio ni para el descanso, lapso ésta que iba desde las 13:30 o 14:00 hs. y hasta las 16:00 a 16:30 hs..---------- Ahora bien, aún cuando coincido con la impugnante que la cita doctrinal y jurisprudencial que realizara el juzgador no es estrictamente ajustada al supuesto planteado en la especie, toda vez que la misma refiere al tiempo computable antes –tareas preparatorias- y después del horario máximo legal –trabajos posteriores complementarios-, el que también integra y se computa en su extensión en la jornada laboral; la solución para el caso no varía. Paso a explicarme. El caso que se presenta en este particular supuesto bajo análisis se encuentra relacionado al cómputo del lapso intermedio entre la hora de ingreso y de egreso del trabajador a sus tareas, es decir, el tópico vinculado a las pausas obligadas entre la porción de desempeño efectivo matinal y el vespertino sin poder hacer cosas en provecho propio.---------- En tal dirección, nótese que el actor en autos concurría a la planta del establecimiento de la patronal a las 7:30 hs., cargaba su camión y se trasladaba a la zona asignada de reparte –Puerto Madryn-, regresando recién a las 20:00 hs. al establecimiento comercial. La cuestión es, ¿corresponde computar dentro de su jornada laboral el lapso de pausa existente entre las 13:30 o 14:00 hs. a las 16:00 a 16:30 hs., ello así debido a que no es controvertido en autos que éste no retornaba a su hogar encontrándose obligado a permanecer en dicha localidad para continuar con sus tareas?, y la respuesta que doy a dicho interrogante es, sin hesitación alguna, por la afirmativa. Coincido de tal modo con lo

resuelto por el Sr. Juez a quo respecto al punto.---- El mismo doctrinario citado por el Sr. Juez de primera instancia, ha expuesto que para establecer qué pausas integran la jornada continuada de trabajo y cuáles no, debe distinguirse entre la inactividad obligada por razones objetivas vinculadas con la naturaleza de la explotación o del trabajo y otras pausas breves que tienen por finalidad el descanso del trabajador para que éste tome una merienda (Conf. Fernández Madrid, Juan C., “Relaciones individuales de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, ed. año 2011, T. II, pág. 1303, apart. b).----------

----Este tiempo *vacío,* durante el cual el trabajador debe mantenerse a disposición o en reserva, forma parte de la duración del trabajo efectivo (Conf. Krotoschin, Ernesto, en “Tratado práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. Depalma, 3ra. Ed, año 1977, T. I, pág. 596).----------

----Y, el caso presenta el supuesto en el cual la pausa obligada se debió a las particularidades –lejanía- del lugar de la prestación de tareas del actor e intereses de la patronal –merced a que ha de entenderse que dicha modalidad fue diagramada por la empleadora fundándose en necesidades y conveniencia de la empresa-, quien debía trasladarse a Puerto Madryn a realizar el reparto de mercaderías a la mañana y, previa pausa obligada debido al cierre de los comercios que visitaba, continuaba a la tarde para recién volver al establecimiento de la empleadora ubicado en Trelew al término de su jornada laboral. Es decir, el actor prestaba su fuerza laboral a la demandada, computado el horario de ingreso y egreso, sea con prestaciones efectivas o estando a disposición de la patronal, con una jornada laboral de 12:30 hs. diarias ininterrumpidas (Conf. Art. 197 de la L.C.T.; Art. 2° del Convenio 30 de la O.I.T., año 1930, ratificado por Ley 13.560 y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).----------

--- En tal contexto hermenéutico, a mi juicio, resultan en verdad inaudibles, las siguiente alegaciones pretendidamente impugnativas, a saber: que durante el lapso de espera o inactividad aludido *“…el actor no desarrollaba tarea alguna, disponía de dicho tiempo a su antojo y por ello no fue acreedor a ninguna hora extra…”*; o que *“…la sola circunstancia que no se lo obligara a volver a la base de la empresa en Trelew, a dejar el camión para buscarlo al reiniciar la jornada, es insuficiente para tener por acreditada la existencia de la prestación o puesta a disposición de su tiempo a favor del empleador…”* (Sic)(Ver: escrito de expresión de agravios –fs. 217-).----------

--- Por todo lo expuesto, entonces, propiciaré al acuerdo la desestimación *“in totum”* de los agravios formulados. Sólo corresponde efectuar la siguiente salvedad, cual es, que en verdad la condena desorbitó el período por el que corresponde abonar las diferencias salariales que se admiten, puesto que el período abarcado por la condena no puede ir más allá de la fecha en que, son contestes las partes, se produjo la ruptura del vínculo laboral (16/02/2006). En consecuencia, merced a que estimo que tal yerro se debió más a un error de pluma que de contenido de la voluntad decisoria, corresponde subsanar el mismo precisando debidamente el aspecto mencionado.--------

--- III.- En relación a la impugnación dirigida a la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes por estimarlo altos, la que fuera introducida al plantear el recurso de apelación en contra del pronunciamiento definitivo (fs. 207), cabe rememorar que los mismos fueron fijados del siguiente modo, a saber: a los letrados apoderados de la parte actora, quien reviste la calidad de vencedora en el pleito, se estableció en la suma equivalente al 13% con más el 40% por procuración; mientras que a los letrados apoderados de la parte demandada, en conjunto, que resultó perdidosa en el pleito, se estableció la suma equivalente al 8% con más el 40% por procuración. ----------

----Pues bien, atendiendo a la extensión, calidad y eficacia de las tareas cumplidas por cada uno de los letrados partícipes en el anterior grado; como asimismo, contemplado que –de común- este Tribunal de alzada, cuando debe readecuar honorarios de primera instancia, establece los emolumentos de los letrados de la parte vencedora en el 14%, con más el adicional por procuración del 40%; y, para la parte vencida, el 10%, con más el accesorio por procuración del 40%, en verdad resulta que, los honorarios que fueran fijados en la anterior instancia no son, a mi juicio, de modo alguno elevados y/o excesivos (Conf. arts. 5; 6; 8; 9 y conc. de la Ley XIII N° 1).----------

----En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación en cuanto cuestiona por altos los honorarios fijados a los letrados intervinientes en primera instancia. Así lo dejo propuesto al acuerdo.----------

----IV.- Conclusión: ----------

----En consonancia con lo dicho, propongo confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con la aclaración de que las diferencias salariales que prosperan comprenden el período corrido entre el mes de mayo de 2005 y el 15 de febrero del año 2006. Ello, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada vencida en ella (Conf. Arts. 57 de la Ley XIV N° 1 y 282 del C.P.C.C.).-------

--- Los honorarios profesionales de la Dra. G. A. T. C., letrada apoderada de la demandada recurrente; y, de la Dra. M. T. M., letrada apoderada del actor, por sus tareas cumplidas por ante esta alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos del siguiente modo, a saber: en las sumas respectivas equivalentes al 2,8% y al 4,55%, del monto de capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. Arts. 5 y 13 de la Ley XIII N° 4; y, leyes 23.349 y 23.871).----------

---

----Finalizo el tratamiento de la presente cuestión pronunciándome en ella 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. 200/204 vta., así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada recurrente a fs. 214/218 y la contestación a la misma de la actora a fs. 220/221, me eximen de reiterar el relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la

brevedad.- ----------

----I.- Habré de seguir el criterio utilizado por el Dr. Lucero en cuanto al orden de tratamiento de los agravios, si bien se puede decir que estamos frente a un solo gran agravio con diferentes argumentaciones, ya que todo el arsenal de fundamentación desplegado por la apelante ataca la apreciación de la prueba que efectuara el juzgador de grado con relación a la extensión de la jornada laboral del actor y en consecuencia a la procedencia o no del reclamo de diferencias salariales.- ----------

----1) La recurrente comienza por señalar que la sentencia en crisis no se compadece con los principios aplicables en la materia, dado que el juzgador debió tener en cuenta el principio básico según el cual la prueba de la prestación de servicios en horas extraordinarias está a cargo del trabajador, debiéndose demostrar fehacientemente y de manera categórica. Considera que esto ha sido ignorado en el decisorio ya que se basa en simples presunciones elaboradas a partir de cuatro controles de bromatología (ver fs. 214 vta., últimos párrafos/215, primeros párrafos). Habré de compartir con el Dr. Lucero en cuanto a que el trabajo genera la necesidad de una reparación física y psíquica del ser humano que lo realiza, y así, como dos caras de una misma moneda aparece el concepto de descanso, lo que implica limitación, restricción a la duración diaria del trabajo a través del régimen jurídico de la jornada propiamente dicha. El régimen que regula la extensión de la jornada laboral se complementa no sólo imponiendo un descanso o pausa mínima diaria, sino también otra periódica o semanal -“descanso semanal”- y finalmente, una interrupción más prolongada que es el receso anual o “vacaciones”, que parte de una necesidad higiénica del trabajador pero que obedece también a otras razones. El cúmulo de motivos que obligan al Estado a restringir el tiempo de trabajo atañe al “orden público laboral” por sobre la voluntad de las partes, y entonces, disposiciones sobre jornada, descanso semanal, licencias anuales y especiales, deben ser respetadas y su violación no sólo implica severas penas administrativas para el empleador, sino que habilita al dependiente a ejercer acciones en protección del derecho en cuestión, que pueden llegar hasta el despido indirecto (conf. Zuretti (h), Mario E., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, ed. La Ley, 2007, Tº III., págs.714/716).- ----------

----En dicha inteligencia el art. 199 de la LCT admite excepciones al límite máximo de la jornada laboral vinculadas al carácter del empleo del trabajador y por circunstancias permanentes y transitorias. En el caso de las relativas al carácter del empleo del trabajador y por circunstancias permanentes dicho límite puede ser sobrepasado sin consecuencias. En cambio, en el supuesto de excepciones temporarias, si bien el legislador las contempla y permite, impone recargos en la retribución de esas tareas, que suelen denominar indistintamente “suplementarias”, “extraordinarias” o “extras”. De tal manera busca disuadir al empleador de requerir dichos servicios extraordinarios -que atentan especialmente contra la integridad psico-física del trabajador- agravando su costo. En ese orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 201 de la

LCT, se considera suplementario o extraordinario el trabajo que se realiza por encima del tope legal, pero asimismo, mayoritariamente la jurisprudencia también entiende como tal el que se ejecuta por encima del límite impuesto por convenio colectivo aunque no supere el máximo legal, con fundamento principal en que el convenio colectivo de trabajo tiene el efecto propio de una ley en un ámbito específico de actividad (conf. Zuretti (h), op. cit., idem, págs. 794/796).- ----------

----Es cierto que alguna opinión doctrinaria ha considerado que con relación a la prueba de dichas horas suplementarias ha de ser fehaciente (conf. Altamira Gigena (coordinador): “Ley de contrato de trabajo”, Ed. Astrea, 1981, Tº 2, pág. 245; Sardegna: “Ley de Contrato de Trabajo”, Ed. Universidad, 1999, pág. 586). En forma concordante se expidió la jurisprudencia al manifestar que *“Las horas extraordinarias deben probarse de modo asertivo, efectivo, categórico y convincente, tanto en lo que respecta a los servicios prestados como al tiempo en que se cumplieron...El trabajo extraordinario debe ser probado por quien lo alega, dado que lo que se presume es que la jornada no excede el máximo legal”* (conf. CNAT., Sala I, 17/9/93, DT, 1994-B-1977); así como que *“no es suficiente la prueba de presunciones a los efectos de acreditar el cumplimiento de servicios en horas suplementarias”* (conf. CNAT, Sala IV, 18/3/68, JA, 1968-III-377). Sin perjuicio de ello, se ha aceptado en varios casos, aplicar las presunciones procesales previstas en los arts. 71 y 86 de la ley nacional de procedimiento laboral, argumentándose -entre otras razones- que no es dable exigir a su respecto 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 (conf. CNAT., Sala I, 20/03/03, DT, 2003, B-1395; Sala V, 23/03/79, DT, 1979, p. 484). En concordancia con esta última línea jurisprudencial se ha expedido este Cuerpo (conf. CANE, Sala “B” , SDL Nº 35/08 del 22/05/08). Es que atinadamente se ha dicho 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. Al no existir ninguna norma ni principio jurídico que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto -salvo prueba en contrario-, se señala que los jueces deben valorar tales pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, 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. Es así que los jueces deben resolver, 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 (conf. Cantard, Albor Ángel: “Horas extraordinarias”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, págs. 147/148).- ----------

----A la luz de los criterios interpretativos expuestos es que coincidiré en que el actor acreditó las horas extras, al menos en los términos en que fue acogida la demanda. Es

que además de la prueba informativa de fs. 108/116 que da cuenta de los controles de la Dirección de Bromatología de la Municipalidad de Puerto Madryn -los que no se reducen a cuatro como señala la apelante, sino que suman veintidos-, el juzgador apreció de manera precisa las declaraciones testimoniales, señalando en cada caso los motivos por los cuales desatendía algunas de las respuestas dadas por los declarantes (ver sentencia a fs. 201 vta, último párrafo; 202 vta., 2do. párrafo/203 vta., 1er. párrafo). Y como consecuencia de dicho análisis concluyó que se encontraba demostrado que I. cumplía una jornada de 12.30 horas, desde las 7.30 horas hasta las 20.00 horas de lunes a viernes y de 5 horas los sábados (ver sentencia a fs. 203 vta., 1er. párrafo y fs. 204, 1er. párrafo). A ello debe añadirse, como bien lo apunta el colega preopinante, que la propia demandada admitió que el actor laboró con extensión de la jornada, esgrimiendo haber abonado las horas suplementarias correspondientes (ver contestación de demanda a fs. 47 vta., 2do. párrafo y recibos de haberes obrantes a fs. 18, 20, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35, 37, 39, 41, 47, 49, 51, 53, 55, 57 y 59 de la documental reservada).- ----------

----2) Sin perjuicio de lo anterior, comparto lo expuesto por el Dr. Lucero en el sentido de que lo realmente dirimente en el “sub exámine”, resulta ser que la extensión de la jornada laboral estimada por el juez “a quo” es consecuencia de considerar que el actor se encontraba “a disposición” de la demandada durante el período de pausa existente entre las 13.30 o 14.00 horas hasta las 16.00 y 16.30 horas. Concretamente el juzgador argumentó que *“...no podemos dejar de considerar que más allá que la gran mayoría de los negocios --que comercializan frutas y verduras cierran en un horario comprendido entre las 13.30 o 14.00 y las 16.00 o 16.30 horas, lo cierto es que el accionante se encontraba a disposición de la empleadora en ese lapso, al menos no ha sido demostrado lo contrario. En concreto no acreditó D. L. C. P. S.A. que C. E. I. dispusiera de ese par de horas en su propio provecho”* (ver sentencia a fs. 202, 1er. párrafo “in fine”). Y dicho argumento no fue atacado en la expresión de agravios en los términos del art. 268 del CPCC (conf. art. 73 de la ley XVI Nº 1), ya que la apelante se limitó a afirmar que *“...bajo ningún punto de vista puede incluirse en la jornada habitual los períodos de descanso pues el actor tenía una jornada de trabajo que se interrumpía al mediodía y se reiniciaba a las 16,30 hs.”* (ver fs. 216 vta. “in fine”/217, 1er. párrafo).------

----Al respecto cabe considerar que el Convenio Nº 30 de la OIT, en su art. 2 establece que *“A los efectos del presente Convenio, la expresión “horas de trabajo” significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durantes los cuales el personal no se halle a disposición del empleador”.* Esta norma resulta concordante con lo dispuesto por el art. 197 de la LCT que en sus dos primeros párrafos dispone: *“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. Integrarán la jornada de trabajo los períodos de interactividad a que obligue la prestación contratada, con exclusión de los*

que se produzcan por decisión unilateral del trabajador...". En comentario a dicha norma se ha entendido que el principio general del concepto que establece nuestra legislación es pues, el del tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, o sea 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 trabajador a disposición del empleador, se la utilice o no; pero en este caso, a condición de que no pueda disponer de su actividad en beneficio propio. Así se considera computable como tiempo de trabajo: a) el lapso durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador; b) cuando el trabajador permanece inactivo dentro de la jornada, siendo esa inactividad extraña a su voluntad, a su negligencia, o a causa legítima de suspensión del contrato; y c) el tiempo necesario para su alimentación, dentro de la jornada, cuando la naturaleza del trabajo o la voluntad patronal exigen la permanencia del dependiente en el lugar de trabajo. De lo expuesto resulta que, dentro del concepto de jornada laboral, existen períodos de inactividad o interrupciones a la prestación efectiva del trabajo, los que, en la medida en que objetivamente son impuestos por la propia tarea, son computables como parte de la jornada de trabajo (conf. Zuretti (h), op. cit, ídem, págs. 729/731).----------

----A la luz de los conceptos desgranados, resulta claro que el actor no podía disponer del lapso comprendido entre las 13.30 o 14.00 horas y las 16.00 o 16.30 horas en su propio beneficio, ya que el tiempo que le podía insumir regresar a Trelew y retornar a Puerto Madryn resultaba prácticamente igual al lapso antedicho. Por lo demás la interrupción en cuestión era debida al cierre de los comercios en los cuales el actor efectuaba el reparto de mercaderías, por lo que tampoco se trataba de una interrupción por decisión unilateral del trabajador. Es así que no resultan atendibles los argumentos esgrimidos en la expresión de agravios relativos a que durante el lapso indicado el actor no desarrollaba tarea alguna y que disponía de dicho tiempo a su antojo (ver fs. 217, 2do. párrafo).----------

----En síntesis, a la luz de todo lo razonado concordaré con el Dr. Lucero en que procede rechazar los agravios formulados, con la aclaración que asiste razón a la apelante en cuanto a que las diferencias salariales que se condena a pagar son las correspondientes al período comprendido entre el mes de mayo de 2005 y el 15 de febrero de 2006 (ver fs. 217 vta. 3er. y 4to. párrafos), y no de 2007 como equivocadamente se deslizó en la sentencia (ver sentencia a fs. 204, 1er. párrafo "in fine"), dado que no existe controversia respecto a que la relación laboral cesó por renuncia del actor el 16 de febrero de 2006 (ver demanda a fs. 15 vta., anteúltimo párrafo). Es de hacer notar que se trató de un evidente error numérico que bien pudo haber sido objeto del recurso de aclaratoria reglado en el art. 168, inc. 2 del CPCC (conf. art. 73 de la ley XIV Nº 1), por lo que no procede revocar la sentencia ni siquiera parcialmente, sino tan sólo aclarar el aspecto mencionado. ----------

----3) Por último corresponde tratar la apelación de honorarios deducida por la

demandada con fundamento en que los mismos resultan altos (conf. art. 48 de la ley XIII Nº 4). En la sentencia en crisis se establecieron los emolumentos de los letrados apoderados del actor vencedor, en conjunto, en un 13% con más el 40% por mandato; mientras que los de los letrados apoderados de la demandada perdidosa, también en conjunto, fueron determinados en un 8% con más el 40% por mandato (ver sentencia a fs. 204, pto. II de la parte resolutiva). A la luz de los criterios de mérito y extensión de las tareas de los profesionales intervinientes, como del resultado del pleito, y teniendo en cuenta que usualmente este Cuerpo cuantifica los honorarios en un 14% para los letrados de la parte vencedora y en un 10% para los de la vencida, amén del porcentual por mandato, no encuentro que los emolumentos cuestionados resulten excesivos (conf. arts. 5, 6, 8 y 9 de la ley arancelaria), por lo que procede desestimar el recurso examinado. ----------

----II.- Por los motivos expuestos, corresponde confirmar el fallo apelado, con la mera aclaración de que al establecerse el período por el cual debe determinarse las diferencias salariales, el mismo es el comprendido entre el mes de mayo de 2005 y el 15 de febrero de 2006. ----------

----Las costas de esta instancia se imponen a la demandada perdidosa (conf. art. 57 de la ley XIV Nº 1). En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas cumplidas en esta sede, atento la extensión y mérito de los trabajos realizados, así como el resultado del pleito, procede establecer los emolumentos de la letrada apoderada de la actora, Dra. M. T. M. en un 4,55%; y los de la letrada apoderada de la demandada, Dra. G. A. T. C. en un 2,8%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia y con más el IVA (conf. arts. 5, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871). ----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto 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 venido en apelación en todo lo que fuera materia de agravios, aclarando que los conceptos por los que prospera la demanda y que deberán ser liquidados mediante perito contable en la etapa de ejecución de la sentencia, comprenden el período corrido entre el mes de mayo de 2005 y hasta el 15 de febrero del 2006. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada recurrente vencida. 3) REGULAR los honorarios por las tareas cumplidas en esta segunda instancia del siguiente modo: a la Dra. G. A. T. C., en la suma equivalente al 2,8%; y, a la Dra. M. T. M., en la suma equivalente al 4,55%, ambas alícuotas a calcular sobre el monto del capital de condena que se liquide en la esta de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.---------- ASI 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. Lucero, 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 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 venido en apelación en todo lo que fuera materia de agravios, aclarando que los conceptos por los que prospera la demanda y que deberán ser liquidados mediante perito contable en la etapa de ejecución de la sentencia, comprenden el período corrido entre el mes de mayo de 2005 y hasta el 15 de febrero del 2006. ----------

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

----REGULAR los honorarios por las tareas cumplidas en esta segunda instancia del siguiente modo: a la Dra. G. A. T. C., en la suma equivalente al 2,8%; y, a la Dra. M. T. M., en la suma equivalente al 4,55%, ambas alícuotas a calcular sobre el monto del capital de condena que se liquide en la esta de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

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

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº** **DE 2012 – SIL.- CONSTE.----------**

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA