----En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil veinte, 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: **“R., D. O. c/ T. D. O. S.A y otro s/ Cobro de pesos e indem. de ley” (Expte. N° 27 – Año 2020 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. 187.----

----**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 por la demandada a fs. 170, que fuera concedido a fs. 171, contra la sentencia definitiva de la anterior instancia dictada a fs. 163/168 y vta. que hizo lugar a la demanda laboral entablada por D. O. R. y condenó a T. D. O. S.A y a T. P. S.A. en forma solidaria a abonar al actor la suma de $1.832.930,30 en el plazo de diez días, con más sus intereses a computarse desde la mora y hasta el efectivo pago de acuerdo a la tasa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales, con capitalización desde la notificación de la demanda, y con imposición de costas a las accionadas vencidas.----------

---La expresión de agravios luce a fs. 172/173, el traslado conferido a fs. 174 fue evacuado por su contraria a fs. 175/177, y la parte demandada apelante impugna el fallo ya que hizo lugar a un pedido de horas extras sin prueba alguna y basándose en presunciones inaplicables. Señala que el Juez se limitó a aplicar una presunción en contra por no haber acompañado la planilla de horas extras cuando se dijo que la empresa no cuenta con las mismas ni tiene obligación legal de tenerlas. Afirma que los testigos solo indicaron haber visto esporádicamente al actor realizando tareas a contra turno o fuera de su horario de trabajo, por lo que no se puede presumir que el trabajador prestaba horas extras todos los días y de hecho así quedó demostrado que R. en esporádicas veces concurría fuera de su horario a prestar tareas en el galpón de la empresa. Dice que la “pericia informática” (sic) ha ido clara y demostrativa que las pocas horas extras que realizaba, se le abonaban en su totalidad. Se agravia ya que el juez trastocó la carga de la prueba pretendiendo que sea la empleadora quien demuestre que el actor no cumplía horas suplementarias cuando el actor era quien lo debía probar y no lo hizo. Cita fallos en apoyo de su postura. Agrega que la pericia contable carece de utilidad ya que el perito se limitó a contabilizar el relato que efectuó el actor. Considera que no habiendo probado el actor las horas extraordinarias que reclama y no siendo válidas las presunciones utilizadas por el sentenciante para hacer lugar a la demanda, corresponde la revocación de la sentencia recurrida, con costas. ----------

---A su turno, al contestar el traslado conferido el actor señala que el escrito de fundamentación de los agravios que contestan es copia fiel de varios que ha presentado con anterioridad la demandada. Indica que aquel escrito constituye sin más un intento de demorar una sentencia definitiva que, hasta la fecha, siempre revalidó lo decidido en primer grado. Señala que la recurrente infringe lo dispuesto por el art. 280 del CPCC cuando en su expresión de agravios se refiere a una pericia informática, la cual no se mencionó en la demanda ni en su contestación, ni se realizó en autos. Indica que en autos no se habló de trabajo a contra turno a contrario de lo que dijera la recurrente en aquél escrito, ni que tampoco fue mencionado en la demanda o en su contestación y que los testigos no han hecho referencia a que R. trabajara bajo esa modalidad. Luego transcribe la valoración efectuada por el juzgador. Expresa que la presunción de la no exhibición de la documental cuya obligación dimana de la ley y mediando juramento estimatorio constituye para los casos como el de autos, en los que hay identidad en las demandadas así como en lo reclamado y en la especialidad de los empleados reclamantes, cosa juzgada en los términos del art. 350 inc. 6º del CPCC. Asimismo refiere que hubo pruebas (testimonial y documental) y presunciones que se ajustan a derecho. Señala que el contador no “contabilizó” sino que utilizó el material científico que disponía y convirtió mes por mes el reclamo utilizando para su tarea elementos confiables aportados a la causa. Estima que es una falacia que la accionada no lleve libro de registro de horas extras ya que paga ese rubro y la empresa reconoce en sus recibos de sueldo la habitualidad de las horas extras que realizan los conductores de larga distancia, por lo que el art. 55 LCT invierte la carga de la prueba. Solicita se confirme la sentencia recurrida, con costas. ----------2. Tocante a la deserción del recurso de apelación requerido por el actor señalo que dicho recurso presenta un mínimo de suficiencia técnica, al menos en cuanto se refiere a las presunciones que aplicara el juzgador, y ello autoriza a ingresar a su estudio, máxime si se considera que la deserción del recurso debe interpretarse con criterio restrictivo en razón de la garantía de defensa en juicio (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 101, pág. 275), sin perjuicio de que pueda eventualmente declararse la deserción parcial respecto de algunos tramos de los agravios.----------

-----3. Al ingresar al estudio del recurso de apelación desde ya señalo que el esforzado argumento referido al supuesto valor probatorio de una prueba informática que no fue ofrecida por ninguna de las partes (ver demanda, p. X, fs. 21/24 y vta.; contestación, p. VI, fs. 38) y por ende no proveída ni producida (apertura a prueba, fs. 63; informe del Actuario, fs. 93), resulta inaudible por el evidente desajuste habido respecto de las circunstancias comprobadas de la causa. ----------

--4. Efectuada esa salvedad, destaco que la crítica de las recurrentes se centra en considerar que la prueba testimonial rendida en la causa no acredita que el actor

cumpliera las horas extras pretendidas en demanda, sumado a que el juez se limitó a aplicar una presunción en contra por no haber acompañado la planilla de horas extras cuando se dijo que la empresa no cuenta con las mismas ni tiene obligación legal detenerlas.----------

-----Con ese alcance, en cuanto al reclamo formulado en demanda por horas extraordinarias no abonadas destaco que el horario de trabajo y en particular las horas suplementarias en exceso de la jornada legal, no son datos que deban consignarse en el Libro Especial previsto por el art. 52 de la L.C.T., por lo que la falta de exhibición de ese libro o de tarjetas horarias no genera la presunción contemplada en los arts. 41 de la Ley XIV N° 1 y 55 de la L.C.T. Así se expresa que en relación a la jornada legal de trabajo corresponde la inversión de la carga probatoria por aplicación del art. 55 LCT, al no exhibir el empleador los libros del art. 52 ofrecidos como prueba. Pero respecto a las horas extraordinarias, tratándose de una obligación que excede la jornada legal, es la propia trabajadora quien debe acreditar todos y cada uno de los supuestos de su acción. Ello significa que a tal reclamo no le son aplicables los apercibimientos del art. 55 y la presunción de que él emana ante la no exhibición del libro de sueldos y jornales (TSJ Córdoba, sala Laboral, sent. N° 199, del 7/12/00, ver en Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Disponible on line en: www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Default.aspx; ver también Rodríguez Mancini, Jorge, Director, Barilaro, Ana Alejandra, Coordinadora, “Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada”, La Ley, 2007, T. II, págs. 597/598). La falta de exhibición de las planillas horarias no trae aparejada ninguna consecuencia respecto de la demostración del cumplimiento de las jornadas extraordinarias por cuanto no existe disposición legal o reglamentaria que obligue a conservarlas ni tampoco a exhibirlas (S.C. Buenos Aires, agosto 20-1991, “Aculian, O. H. c. Matadero y Frigorífico Regional Azul S.A.”, TSS, 1992-322).----------

-----Por ello, en principio es carga del accionante probar el presupuesto de hecho de excepción (cumplimiento de horas suplementarias) de la norma que sirve de fundamento a su pretensión, conforme lo establece el art. 381, segundo párrafo, del C.P.C.C. Así lo sostuvo la C.S.J.N. en los autos caratulados “Blasco, Manuel Osvaldo c/Barce Mazzarella y Cía S.R.L.”, 22/10/01, al indicar “…que, por tratarse de reclamos basados en supuestos de excepción -como es la extensión de la jornada normal de trabajo- cabe exigir prueba fehaciente de que tal prestación ha existido…” (Fallos, 314:1322; también en La Ley Online: AR/JUR/2919/1991).----------

-----Ahora bien. A partir de considerar que la carga de la prueba de las horas extras pesa sobre el trabajador que las invoca la accionada sostiene que el actor no demostró que cumpliera la cantidad de horas suplementarias reclamadas en demanda.----------

--Desde ya que si bien la recurrente no invocó que esa prueba debe ser categórica y

fehaciente hago notar que no cabe en esta materia exigir un rigor probatorio más estricto al que se requiere para la acreditación de otros hechos.----------

-----No omito señalar que parte de la doctrina sostiene que la prueba de las horas extraordinarias ha de ser fehaciente (Altamira Gigena, coordinador, “Ley de contrato de trabajo”, Astrea, 1981, T. 2, pág. 245). Que su prueba está a cargo del trabajador, el que a ese efecto deberá producir prueba fehaciente (Sardegna, Miguel Ángel, “Ley de Contrato de Trabajo”, Editorial Universidad, 1989, pág. 586). Su apreciación debe ser realizada con carácter restrictivo (Meilij, Gustavo Raúl, “Contrato de Trabajo”, Depalma, 1981, T. II, pág. 301).----------

----Sin embargo, frente a esa postura se consideró que en materia de horas extras no es dable exigir un rigorismo probatorio distinto del requerido para la acreditación de otros hechos, máxime si se tiene en cuenta que por encontrarse los registros en manos del empleador, al trabajador suele resultarle difícil la acreditación de tal extremo (CNTrab., sala I, 20/03/2003, “Ikei, Sebastián J. c. Galdar S.A. y otro”, DT, 2003-B, 1395).----------

----Y siguiendo esta corriente jurisprudencial esta sala “B” ya se pronunció en ese sentido entre otros pronunciamientos c. 22.654, S.D.L. 35/08, y c. 285/09, S.D.L. 79/09, c. 212/11, S.D.L. 23/11, y más recientemente en c. 314/17, S.D.L. 60/17, c. 405/18, S.D.L. 96/18, y c. 14/20, S.D.L. 05/20, pues no cabe aplicar un criterio restrictivo o estricto pues se trata de la prueba de un hecho, como cualquier otro, por lo que no hay norma o principio alguno que imponga un mayor rigor probatorio.----------

-----Contra la posición restrictiva comparto la idea de aquellos que sostienen que “no existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso”, así lo ha dicho la sala 10ª en autos “L., L. S. c/ J. S A s/Despido”, del 17 de julio de 2001. C. E. A., contrariando a la posición restrictiva, por no tener justificación teórica ni práctica, concluye -luego de citar jurisprudencia que avala su posición, y teniendo en cuenta la normatividad vigente en materia de carga de la prueba- en que: 1) controvertida la misma, la carga de la prueba está en cabeza del principal, y 2) en defecto de registros válidos, por aplicación del artículo 55 de la LCT, corresponde tener por cierta la jornada denunciada por los actores en la demanda. En un fallo reciente la Sala 9ª en autos “Jiménez Alabiso, Lorena Yanina c/ Electrotel S.A. s/ despido” del 06 de marzo de 2020 también ha dicho que no existe norma legal alguna que establezca que su valoración deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso; lo que implica concluir que el horario de trabajo puede ser probado por cualquiera de los medios de prueba expresa o implícitamente admitidos por la ley orgánica, y la valoración de tales elementos debe ser realizada conforme los principios de la sana crítica, como

dispone el art. 386 del CPCC (SAIJ: FA20040006). ----------En la misma línea de pensamiento, Perugini, luego de afirmar que no existe norma ni principio jurídico que avale que el horario denunciado en una demanda no pueda ser tenido por cierto -salvo prueba en contrario-, señala que los jueces deben valorar tales pruebas conforme a las reglas de la sana 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. Y concluye en que los jueces deben resolver de este modo, valorando los elementos de juicio obrantes en la causa a fin de determinar cuál es la verdad procesal sobre el tema, sin apelar a argumentos dogmáticos (Cantard, Albor Ángel, "Horas extraordinarias", en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006-1, págs. 147/148). En ese sentido, Julio A. Grisolía señala que "sólo cuando se compruebe el trabajo en tiempo extra puede considerarse que el empleador tenía obligación de asentar el exceso en el libro del art. 52, LCT, y la eventual falta de exhibición de éste podría generar una presunción acerca de la extensión del ya comprobado trabajo en tiempo suplementario conforme art. 55, LCT" ("Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", 2da edición actualizada y ampliada, La Ley Tomo III, pág. 2674). ----------

---Por lo demás, esa postura contraria a la posición restrictiva es doctrina sentada por el Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados "T., M. S. y otros c/S. N. S.A. s/dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. N° 21.173-T-2007), del 10/10/2008, S.R.E. N° 11/2008, al precisar 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" (del voto del Dr. Caneo), y que "exigir un rigorismo probatorio extremo no tiene asidero legal … no media en este caso ninguna diferencia con otro rubro de naturaleza laboral" (voto del Dr. Royer). Criterio también seguido por el S.T.J. en autos caratulados "M., O. A. c/ S. N. S.A. s/cobro de hab. e indem. de ley" (Expte. Nº 21.174-M-2007), del 10/10/08, S.R.E. Nº 12/2008, al expresar "No hay motivo alguno para imponer tal regla de interpretación, por cuanto, se trata de un reclamo laboral –horas suplementarias- como puede serlo de cualquier otro tipo de pretensión de la misma naturaleza. Es suficiente, que el actor haya probado que las horas extras fueron laboradas y el tipo de tareas cumplidas; para la viabilidad judicial de su reclamo; porque ésta fue la base y límite de su pretensión, y respecto de la cual recae la carga de su acreditación (art. 377, segundo párrafo del C.P.C.C. por remisión expresa del art. 45 de la Ley Nº 69 vigente). Con esto quiero decir, que contra la posición restrictiva en la que se enroló la Alzada, -hoy- comparto la idea de aquellos que sostienen que "no existe norma legal alguna que establezca la valoración de la prueba de las horas extraordinarias deba ser realizada con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba

ser más contundente que para cualquier otro hecho litigioso” (del voto del Dr. Caneo).----
--------Y es a partir de considerar que la carga de la prueba de las horas extras pesa sobre el trabajador que las invoca las codemandadas sostienen que era “… el actor quien debía probarlo y no lo hizo” (fs. 172 vta., segundo párrafo). ----------
----Sin embargo, esa postura desatiende que esa parte si bien expuso que R. “… en esporádicas veces concurría fuera de su horario … ”, lo cierto es que con ello reconoció en su expresión de agravios que el actor desarrollaba una jornada de trabajo cumpliendo horas suplementarias pues la crítica se limita a señalar que “… los testigos sólo indicaron haber visto muy esporádicamente al actor realizando tareas a contraturno o fuera de su horario de trabajo” (ver p. II., fs. 172, último párrafo). ----------
-----Y esa admisión se incorporó al proceso ya que es de su esencia que los materiales de conocimiento aportados por cualquiera de las partes benefician o perjudican a las mismas, indistintamente, o sea, cual fuere su resultado, ya que dejan de pertenecer al oferente y se incorporan al proceso para entrar al servicio de la justicia que en éste se realiza (Eisner, Isidoro, “El principio de adquisición procesal (Su ámbito de vigencia)”, La Ley t. 128, 1032). Por virtud del principio de adquisición, los resultados de la actividad procesal que realizan las partes dentro del proceso se logran para éste, al margen de quien haya producido los actos respectivos y de la distribución de las cargas de afirmación y de la prueba (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial …”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1982, T. I, par. 163, pág. 619). Cualquier afirmación o prueba aportada por una de las partes son elementos de convicción y se adquieren para el proceso, en virtud del principio de adquisición y comunidad probatoria, con independencia de la parte que los haya arrimado (Devis Echandía, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, Víctor P. de Zavalía, 1970,T. I, pág. 445, esta Cámara, en su composición de sala única, c. 9.780, S.D.L. 82/92; c. 9.927, S.D.C. 20/92; c. 10.084, S.D.L. 97/92).----------
----Además, esa manifestación de los recurrentes referida a que los testigos lo vieron al actor cumplir horas extras “muy esporádicamente” no se compadece con los dichos de Ríos, G. y Toledo (ver testimonios, fs. 85/86, 87/88 y 89/vta.). Para ello aclaro que tal expresión se refiere a compartir trayectos, y en ese aspecto, los testigos antes individualizados que conocen al actor por haber trabajado como choferes en las mismas empresas de transporte, brindaron claro detalle de las trazas que hacía R., lo que así resulta de sus declaraciones (respuesta a la 4ª pregunta, Ríos, fs. 85/86 y Gonzalez, fs. 87/vta.; y Toledo, respuesta a las 3ª, 4ª y 5ª pregunta, fs. 89/vta).----------
-----En tales condiciones, el juzgador luego de analizar a fs. 165/vta. las declaraciones de los testigos antes individualizados, así como la prueba informativa rendida por la Torre de Control de la Terminal de Ómnibus de Trelew, considerando que por su habitualidad la demandada debió llevar el Registro de Horas Suplementarias ante la falta de

cumplimiento de la intimación cursada a la empresa, aplicó la presunción prevista por el art. 41 de la Ley XIV N° 1 y en consecuencia tuvo por acreditado que el actor cumplía horas extras con habitualidad.----------

----Frente a esa valoración probatoria efectuada conforme a las reglas de la sana crítica y de acuerdo a los dichos de esos testigos, las apelantes esbozan una argumentación en paralelo entendiendo que los testigos solo indicaron haber visto al actor muy esporádicamente realizando tareas fuera de su horario de trabajo. Nótese entonces que se trata de una mera apreciación personal pues con ello no se hace cargo mediante una crítica concreta y razonada del razonamiento seguido por el juzgador al valorar dichos testimonios.----------

------Descartada entonces la pretendida crítica a la prueba testimonial rendida en la causa, resulta evidente que las empresas demandadas estaban obligadas a llevar el Registro de Horas Suplementarias. ----------

-----Al respecto, toda vez que el art. 6, inciso c), de la ley 11.544 impone la obligación de inscribir en un registro únicamente las horas suplementarias de trabajo cuando las mismas son cumplidas por los trabajadores con habitualidad, es evidente que en esta causa por haberse acreditado tal extremo la patronal tenía la carga de presentar dicho registro.------

----Ello se corrobora con la admisión expresa de las accionadas en lo que se refiere a las horas extras cumplidas por el actor no sólo al expresar agravios como ya se señalara sino también al contestar demanda ya que si bien negaron que le correspondan las reclamadas reconocieron que al trabajador se le liquidó y pagó las cumplidas (“- Que el trabajador devengare horas extras, descansos, francos o feriados que no se hubieren liquidados y pagados”, novena negativa, fs. 36; “Que no se abonen horas extras aun cuando la actividad supere las 192 horas mensuales, ni que las horas extras aparezcan mágicamente en los recibos”, vigésimo tercera negativa fs. 36 vta.).—----------

---Por lo demás, el cumplimiento habitual de horas trabajadas en tiempo suplementario también resulta de los recibos de haberes del actor que reservados en este acto tengo a la vista (ver fs. 85, 87, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 99, 102 y 104) por lo que, teniendo en cuenta lo establecido por el art. 8 del Convenio n° 1 OIT, y por el art. 11 pto. 2 del Convenio n° 30 OIT, ambos ratificados y de jerarquía supralegal conforme art. 75 inc. 22) Const. Nacional, la firma está obligada a llevar un registro especial en el que conste el trabajo prestado en horas extraordinarias (confr. CNAT Sala 6ª, “Gallardo Roberto Ezequiel c/ COTO C.I.C.S.A. s/ Despido”, 17 de abril de 2013, SAIJ: FA13040040).----------

----En ese marco, cabe señalar que el actor prestó el juramento estimatorio previsto en el art. 41 de la Ley XIV N° 1 en debida forma (ver declaración jurada, p.6., fs. 24, primer párrafo), individualizó la cantidad de horas extraordinarias (ver cuadro, fs. 8, explicación, fs. 8/ vta. y manifestaciones, fs. 8vta/09 vta..), y peticionó se intime a la demandada a presentar el Registro de Horas Suplementarias previsto en el art. 6, inciso “c”, de la ley

11.544 y art. 21 del decreto 16.115/33, bajo el apercibimiento dispuesto en dicha norma procesal (ver fs. 21 vta.). ----------

----Ese requerimiento fue proveído favorablemente, cursándose la respectiva intimación a las codemandadas (providencia de fs. 27/vta., y cédulas de notificación obrantes a fs. 28/29 y 30/31), sin que al contestar demanda presentaran el registro de horas suplementarias pues se limitaron a exponer que no llevan “registros horarios de horas extras, planillas de viáticos ni planillas de viaje” (fs. 35 vta., primer párrafo).----------

----En ese contexto, ante la falta de presentación del Registro de Horas Suplementarias, le incumbía a las empleadoras la prueba contraria sobre los hechos que debieron consignarse en dicho registro en virtud de la presunción contemplada en el art. 41 de la ley de procedimiento laboral y también en el art. 55 de la L.C.T. En este último aspecto se señala que el artículo comentado (art. 55, L.C.T.) establece una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus derechohabientes contenidas en su demanda, y que versasen sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos, en caso de falta de exhibición a requerimiento administrativo o judicial de los libros, registros, planillas u otros elementos de control. Se trata de una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, por cuanto la ley no la establece como iuris et de iure (Rodríguez Mancini, Jorge, Director, Barilaro, Ana Alejandra, Coordinadora, obra y tomo citado, págs. 587/588). ------

-----Dicho de otro modo. Una vez probada la realización habitual de horas extras era carga de las empleadoras demostrar el cumplimiento de la obligación genérica de llevar el registro de las horas laboradas pues esa obligación le es impuesta por el art. 6, inciso c, de la ley 11.544, y el art. 21 del decreto 16.115/33.----------

----Ese es el criterio de esta Cámara de Apelaciones, sala “A”, c. 20.371, S.D.L. 30/05, c. 21.191, S.D.L. 56/07, c. 582/17, S.D.L. 16/17, c. 513/16, S.D.L. 38/17, y sala “B”, c. 22.654, S.D.L. 35/08, c. 212/11, 23/11, c. 165/18, S.D.L. 50/2018, entre otros pronunciamientos.-

----Asimismo y a nivel nacional también se dijo que comprobado el tiempo extra laborado por el trabajador, el empleador tiene la obligación de asentar dicho exceso en el registro que indica el art. 6º de la ley 11.544 y en el libro del art. 52, LCT. Y la falta de exhibición de ambos genera una presunción favorable acerca de la extensión del ya comprobado trabajo en tiempo suplementario (art. 55, LCT) (sala 2ª, 17/11/2011, “Paz, María Lorena Judith v. Borges 1757 SA y otros”, SD 99.904, eldial.com AL3AF8).----------

----Y así lo expuso la juzgadora a fs. 166/167 con cita del fallo de la sala “A” de esta Cámara de Apelaciones, autos caratulados “A., J. c. T. D. O. S.A. s/cobro de pesos e Indem. de ley”, c. 06/13, S.D.L. 02/2013 del 14/03/13).----------

-----En ese contexto, los fallos citados por las recurrentes a fs. 172 vta. sin brindar explicación alguna no tienen vinculación con el caso de autos por lo que nada corresponde señalar pues la mera transcripción, por profusa que sea, de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la

causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquéllas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1988, T. III, págs. 359/360 y cita de pronunciamientos).----------

-----Por tales razones, se desestiman los agravios formulados por la parte demandada al pretender considerar que el actor no demostró las horas extraordinarias que reclama y que no resultan aplicables las presunciones utilizadas por el juzgador.----------

---4. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de Alzada a las codemandadas apelantes vencidas, conforme al criterio objetivo de la derrota ante el fracaso de sus agravios (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. C. D. E. y D. A. E. P., en su carácter de letrados apoderados del actor, en conjunto, y del Dr. A. P. A., letrado apoderado de las codemandadas, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,85% y 2,75%, respectivamente, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------

----Finalizo el tratamiento 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. 163/168 vta., así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada a fs. 172/173, y de la contestación de la actora de fs. 175/177, me eximen de reiterar el relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------I.-

Habré de examinar los agravios en el orden en que fueron tratados por el Dr. Vergara para un mejor seguimiento de este decisorio. ----------

---1) En primer lugar habré de coincidir con el colega preopinante en que corresponde desestimar el pedido de deserción total del recurso que reclamara la actora en su contestación a los agravios (ver fs. 175/vta.). Es que debe considerarse que más allá de la razón o no de los agravios, la apelante ha cuestionado la aplicación de la juzgadora de una presunción por no haber adjuntado, su parte, la planilla de horas extras. Y al respecto aduce diversas razones por las cuales no tenía la obligación legal de tenerlas y por ende acompañarlas. A ello añade una crítica a la valoración de la prueba testimonial y que el juez trastocó la carga probatoria. Es así que se cumplió con el mínimo de cuestionamiento necesario para que se presente la crítica concreta y razonada exigida legalmente. ----------

-----A lo anterior cabe añadir que en casos de duda, es decir, si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. Tal es la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al

apelante, a condición de que el agraviado individualice aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad (conf. CN. Civ., Sala E, 30/9/80, LL, 1981-A-154; C 1era. Apel. Mercedes, 15/6/67, LL, 127-930). Se tiene decidido, en esta orientación, que los agravios no necesitan ajustarse a formalidades sacramentales e inclusive su cumplimiento a los efectos del recurso ha de ser apreciado con tolerancia, según una interpretación que se estima adecuada a una mejor aplicación de la garantía de defensa en juicio (conf. CN. Com., Sala A, 27/3/81, ED, 93-592; íd., Sala C, 28/1/78, LL, 1981-A-558, 35.739-S; entre otros).----------

-----2) Sentado lo anterior, también concuerdo con el Dr. Vergara en cuanto a que el argumento de la recurrente respecto a una pericia informática que demostró que se abonaban al actor las pocas horas extras que realizaba (ver fs. 172 vta., 1er. párrafo), resulta inaudible. Es que ni en la demanda (ver fs. 21/24, pto. X), ni en la contestación de la misma (ver fs. 37 vta./38 vta., pto. VI), se ofreció dicha prueba, por ende tampoco fue proveído en el auto de apertura a prueba (ver fs. 63) y mucho menos producida (ver informes de fs. 93 y 104).----------

----Descartado el argumento precitado, es de destacar que la crítica de la quejosa radica en cuestionar la presunción que la juzgadora hizo derivar de la falta de adjunción de las planillas de horas extras, dado que se argumenta que no debía llevarlas por cuanto no existen elementos que permitieran presumir que el actor las trabajara, resaltando que los testigos sólo lo vieron esporádicamente trabajando fuera del horario laboral ordinario. En cuanto a la prueba de las horas extras, ha de expresarse que 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, entre otros). 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). ----------Sentado lo anterior ha de decirse que la apelante no niega que el actor cumpliera las horas extras, ya que admite que esporádicamente las realizaba en el galpón de la empresa (ver fs. 172, último párrafo). Respecto de ello habré de concordar con el Dr. Vergara en cuanto a que en virtud del denominado principio de adquisición, los resultados de la actividad procesal que realizan las partes dentro del proceso se logran para éste, al margen de quien haya producido los actos respectivos y de la distribución de las cargas de la afirmación y de la prueba. En tal forma las pruebas constituyen elementos de convicción comunes a todas las partes intervinientes en el proceso, de manera que el juez en el decisorio puede hacer mérito indistintamente de ellas, con prescindencia de cuál haya sido la que le hubiere aportado. Los actos son para el proceso y benefician o perjudican indistintamente a las partes, inclusive a aquélla que los solicitó u ofreció. Lo cual relativiza, por lo demás, las reglas de distribución del *onus probandi* (conf. Morello-Sosa-Berizonce: “Códigos...”, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1982, Tº I, págs. 619/620). En consecuencia de lo anterior, dicha admisión quedó incorporada al proceso.----------3) Las quejosas aducen que los testigos indicaron haber visto al actor realizar tareas en horas extraordinarias también de manera esporádica (ver fs. 172, último párrafo), sin embargo ello no es lo que se desprende de los testimonios rendidos. Así el testigo Ríos (ver fs. 85/86) manifestó que compartió muchas vueltas con R., haciendo el trayecto Trelew-Buenos Aires, y que el actor hacía prácticamente ese recorrido, y da precisiones respecto del horario insumido en dicho trayecto, el cual necesariamente involucra la realización de horas suplementarias (ver respuestas a fs. 85/vta.). Coincide en ello el testigo G. (ver respuestas a fs. 87), el testigo Toledo (ver respuestas a fs. 89/vta.), y el testigo M. (ver fs. 90). Todos los testigos concuerdan en que el actor realizaba dicho trayecto, y que les pagaban por vuelta. A la luz de lo anterior entiendo que la juzgadora,

como consecuencia del análisis de la prueba testimonial, entre otras pruebas, concluyó en que se acreditó la realización de las horas suplementarias (ver sentencia a fs. 165/vta. y 166 vta., 3er. y 4to. párrafos). Sobre este aspecto ya he señalado que amén de la prueba producida, cabe agregar que dada la actividad desarrollada por las demandadas resulta viable inferir el cumplimiento de horas extras por los choferes (conf. esta Sala “B”, SDL N° 50/18, y SDL N° 14/19). ----------

-----Como corolario de lo anterior, la sentenciante consideró que la parte demandada fue intimada a acompañar el “Registro de Horas Suplementarias”, dada la obligatoriedad del mismo en caso de habitualidad en la realización de dichas horas, por lo que la falta de adjunción de dicho registro, unido al juramento estimatorio del art. 41 de la ley XIV N° 1, condujo al juez de grado a aplicar la presunción normativa que cuestiona la apelante (ver sentencia a fs. 165 vta. “in fine”/166, 1er. párrafo). Es de señalar que la actora requirió la intimación a la contraria a fin de que agregue el citado registro y explicitó la declaración jurada referida a fs. 24, pto. X, 6), lo cual se proveyó a fs. 27, 2do. párrafo y se efectivizó con las notificaciones de fs. 28/31. Las codemandadas respondieron que no estaban obligadas a llevar tal registro (ver fs. 35 vta., 2do. párrafo).----------

---De lo anterior se colige, tal como argumenté en los antecedentes mentados, que resulta correcto lo razonado por la jueza de grado en cuanto a que el “Registro de Horas Suplementarias” resultaba obligatorio dada la habitualidad en el desempeño, y atento a que las demandadas fueron intimadas a acompañar dicho registro, y no lo adjuntaron, lo que aunado al juramento estimatorio del art. 41 de la ley XIV N° 1 del actor (ver fs. 24, 1er. párrafo), todo ello condujo a la “a quo” a aplicar la presunción que establece dicha norma. ----------

-----Al respecto ha de señalarse en cuanto a la obligación de llevar el libro de registro de horas suplementarias del art. 6, inc. c) de la ley 11544, que resulta razonable exigirla cuando las mismas se cumplen habitualmente, tal como ha quedado demostrado con la prueba testimonial. El art. 55 de la LCT establece: *“La falta de exhibición a requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los artículos 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causahabientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos”.* Al respecto es de destacar que en los reclamos por horas extras, y de conformidad con lo normado en el artículo 6, inc. c, de la ley 11544 y su decreto reglamentario 16115/33 (“Las Empresas llevarán Registros Permanentes de todas las prolongaciones de la jornada de trabajo, que sean excepcionales, la indicación de su función en horas y días, causas que obedezcan y personal comprendido en las excepciones”), la presunción del art. 55 de la LCT resulta operativa, aun cuando lo cierto es que la mayoría de la salas de la CNAT evalúan el tema con particular estrictez, y parte de la jurisprudencia estima que por no ser uno de los requerimientos del artículo 52 de la

LCT la inscripción del horario de tareas, las horas laboradas en exceso deben ser acreditadas de manera fehaciente sin que en su beneficio opere la presunción (conf. Sforsini, María Isabel, en Ackerman-Sforsini: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, págs. 485/496). ----------

--Habré de señalar, a fin de reforzar la confirmación del decisorio, que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPN -art. 390 del CPCC Chubut-, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí (conf. C.2da. Civ. y Com. La Plata, Sala III, 12/2/80, DJBA, 118-367). Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica (conf. CN. Civ. Sala E, 31/12/76, LL, 1977-C-182), ni de fragmentar el todo integrado por la reunión de los elementos probatorios (conf. SCBA, 9/11/79, DJBA, 109-329). En apoyo de la doctrina expuesta, la Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valuar en conjunto las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlos ni armonizarlos en su totalidad, al expresar que “la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso” (conf. CSJN, 2/10/90, LL, 1991-B-280). Del análisis conjunto de la prueba testimonial y de la falta de adjunción del registro requerido se deriva la corrección de la presunción aplicada por la juzgadora.----------

---Finalmente habré de agregar que en virtud de lo razonado precedentemente, es que no resulta de aplicación analógica al presente la jurisprudencia citada por las quejosas a fs. 172 vta., dos últimos párrafos, amén de que se ha sostenido que carece de contenido la expresión de agravios que transcribe textualmente fallos jurisprudenciales sin vincularlos a los hechos que los motivan (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442).----------

----En suma, por todo lo argüido es que corresponde rechazar el recurso de apelación deducido.----------

----II.- En consecuencia de todo lo expuesto y razonado, corresponderá confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravios, con costas a las apelantes vencidas (conf. arts. 57 de la ley XIV N° 1, y 69 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1). ----------

----En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas realizadas en esta sede, dado el mérito y extensión de las mismas, así como el resultado del pleito, concuerdo en establecer los emolumentos de los letrados apoderados de la actora, Dres. C. D. E. y D. A. E. P., en conjunto, en un 5,85%; y los del letrado apoderado de las codemandadas apelantes, Dr. A. P. A., en un 2,75%; en ambos casos sobre el monto total de condena y

con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII N° 4, y leyes 23349 y 23871).----------

----Voto entonces a esta cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

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

----Visto el acuerdo antes alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de Alzada a la parte demandada apelante vencida; y c) regular los honorarios de los Dres. C. D. E. y D. A. E. P., en conjunto, y del Dr. A. P. A., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,85% y 2,75%, respectivamente, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. que pudiere corresponder. -------

-------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 haberse logrado la mayoría y encontrarse en uso de licencia el Dr. Sergio Rubén Lucero al momento de efectuarse el sorteo (Art. 7° y 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 la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios. ----------

--IMPONER las costas de Alzada a la parte demandada apelante vencida. ----------

-- REGULAR los honorarios de los Dres. C. D. E. y D. A. E. P., en conjunto, y del Dr. A. P. A., por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,85% y 2,75%, respectivamente, del monto de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. que pudiere corresponder.----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO **RAÚL ADRIÁN VERGARA**

JUEZ DE CÁMARA **PRESIDENTE**

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2020 - SDL - CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA