En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil veintiuno, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de su titular, Dra. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo R. Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D., N. D.l C. c/ S., L. D. V. s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 55/21**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 361/18), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 398), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo R. Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 375/379? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 381, agravios fs. 383/390). Corrido el traslado de ley, fue respondido por la parte actora (fs. 392/393). I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la Sra. N. D. C. D. promovió demanda laboral contra la Sra. L. D. V. S. por la suma de pesos cuatrocientos cuarenta y nueve mil ciento ochenta con cuarenta centavos ($449.180,40) con más los intereses a la tasa activa nominal anual a 30 días para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut y costas. Relató los

hechos. Detalló los rubros reclamados y argumentó respecto de su procedencia. Practicó liquidación. Ofreció prueba. Fundó en derecho. Peticionó. Luego amplió demanda a efectos de ofrecer prueba testimonial. A su turno, contestó demanda la accionada solicitando su rechazo con costas. Negó los hechos. Desconoció la documental que fuera acompañada. Brindó su propia versión de lo ocurrido. Se opuso al progreso de los rubros reclamados. Impugnó la liquidación practicada. Ofreció prueba. Fundo en derecho. Peticionó. Producida que fue la prueba ofrecida por las partes, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta, y en consecuencia condenó a la demandada a abonar a la actora la suma de pesos cuatrocientos veinte mil setenta y ocho con noventa y ocho centavos ($420.078,98) en el plazo de diez (10) días. Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes. I. Análisis de los agravios. Solución:

Contra el decisorio se alzó la parte demandada. Criticó el fallo en virtud de lo resuelto con relación a: 1) Jornada desarrollada, 2) Horas extras adeudadas – Aplicación del CCT 338/2001 y, 3) Cuantificación de rubros indemnizatorios - base de cálculo.

Ante todo, y en acotado relato, diré que sostuvo la actora al incoar demanda que comenzó a trabajar como chofer de auto-remís en fecha 21/10/15, efectuando el alta para la agencia A. como chofer de la licencia n° X., no obstante la relación laboral fue registrada en fecha 02/11/2016.

Señaló que sus tareas consistían en la conducción del vehículo afectado a la mencionada licencia bajo un régimen de 12 horas diarias de trabajo por un día de franco que recaía los días lunes. Especificó que el

automóvil bajo su conducción era el Chevrolet Corsa dominio X., identificado como interno X..

Mencionó que, por las tareas realizadas, percibía un salario compuesto de básico y adicional zona que oscilaba en los $9.500 mensuales aproximadamente. Denunció que tal básico resultaba ser inferior al SMVM fijado para dichos períodos.

Relató que en fecha 22/06/17 sufrió un accidente en circunstancias en que se encontraba desarrollando sus tareas, que la incapacitó transitoriamente hasta el 03/07/17 en que recibió el alta médica.

Refirió que una vez otorgada la misma fue despedida sin expresión de causa, mediante telegrama de fecha 03/07/17, y que ante la falta de percepción de liquidación final intimó a su pago y a la entrega de los certificados de ley. Dijo que habida cuenta de las irregularidades en la relación laboral nuevamente intimó a la demandada. Refirió al intercambio epistolar habido entre las partes.

Luego, individualizó los rubros reclamados: diferencia de haberes, y horas extras no abonadas por el periodo octubre 2015 a julio 2017; diferencia en el pago de la indemnización final; indemnizaciones laborales correspondientes según Ley 25323 arts. 1 y 2; entrega del certificado de trabajo con la totalidad de las constancias registrales, y multa del art. 80 LCT.

A su turno, la demandada sostuvo que la actora comenzó a trabajar para ella en fecha 02/11/16, con una remuneración pactada del 30% de la recaudación bruta del día, siendo los costos del funcionamiento del remís afrontados por la empleadora.

Dijo que la recaudación oscilaba entre los $300 y $600 dependiendo de la altura del mes, cantidad de viajes y horarios de servicio, afirmando que el monto de las remuneraciones nunca fue inferior al SMVM.

Señaló que la jornada de la actora era diurna, y se desarrollaba entre las 07:30 y las 08:00 hasta su salida entre las 16:30 y las 17:00 h de lunes a viernes, y los días sábados de 10:00 a 14:30 h. Refirió que los francos recaían en días domingos o lunes a elección de la actora, que además durante el servicio incurría en pausas, sin estar en servicio.

Manifestó que el horario era manejado por la actora, quien al trabajar a comisión establecía la extensión del mismo. Indicó que la indicación era que el vehículo debía estar en servicio desde la mañana a la tarde y adujo que la particularidad del horario es propia de la actividad.

Agregó que la actora a veces trabajaba media jornada, otras se anotaba dos horas y luego se iba a su casa.

A ello adunó que la accionante conservaba el vehículo afectado a la actividad, que pese al horario de habilitación de la agencia, alegando que nunca existió una pauta concreta sobre el horario a cumplir, solo se le asignó el turno diurno. Efectuó consideraciones al respecto. Se explayó efectuando consideraciones al respecto.

Bien, como antes señalé, de resultas de lo decidido en la sentencia de grado, la recurrente se agravió en tanto la jueza *a quo* tuvo por existente una jornada laboral de 12 h diarias. Sostuvo que dicha conclusión resulta errónea y no se corresponde con los hechos narrados y la prueba cotejada.

Señaló que fue corroborado por los testigos que era la actora quien informaba por radio el inicio de su jornada. Dijo que los testimonios fueron coincidentes en cuanto a cómo se desarrollaban las tareas, cómo se iniciaba y concluía la jornada laboral, circunstancias que, quedaban asentadas en los libros que llevaba la Remisería, conforme exigencias contenidas en la Ordenanza Municipal n° 8611/06.

Afirmó que los libros cotejados permiten apreciar que con habitualidad los viajes comenzaban pasadas las 07, 08 y 09 de la mañana, lo que verifica -a su entender- lo afirmado en la contestación de demanda, y descarta que la jornada laboral iniciara a las 06:00 de la mañana como postularon los testigos ofrecidos por la actora.

Dijo que la magistrada soslayó que la actora tenía asignado el turno diurno, por lo cual la actividad del interno X. con posterioridad a las 17:30 h correspondía a otro chofer y no al débito laboral de la Sra. D.. Arguyó, con base en ello, que los registros existentes de las 19:00, 20:00 y 23 o 24 h no fueron realizados por la accionante. Agregó en referencia que la actora tampoco refirió en su demanda un desempeño laboral en horario como el que sostuvo la Sra. jueza.

Explicó que el cotejo de los libros permite verificar la actividad del interno, en este caso del X., pero no suministra la identidad del chofer, por lo que no autoriza a arribar a la conclusión a que llegó la magistrada *a quo*, quien sin más y con el carácter de habitualidad, se los atribuyó a la actora para luego concluir que la jornada laboral se extendía por 12 horas.

Refirió que además ninguno de los testigos, situó a la actora laborando a las 22, 23 o 24 h, por lo que tal conclusión de modo alguno responde a un razonamiento lógico del cotejo de la prueba.

Expresó que la prueba testimonial que valoró la magistrada para confirmar la jornada desarrollada, nada aporta de diferente. Puntualmente en referencia la testimonial brindada por la Sra. C. (vecina de la actora), dijo que en modo alguno acredita la extensión del horario laboral, pues quedó acreditado con decL.ciones testimoniales, que el horario lo define el chofer al dar inicio a su jornada laboral cuando informa dicha circunstancia a la remisería. Máxime teniendo en

cuenta que el vehículo, como se acreditó también con las testimoniales, habitualmente quedaba en poder de la actora.

Cuestionó también que la magistrada no considerara el planteo referido a las pausas durante la jornada. Adujo que la conclusión a la que arriba la sentenciante sobre las pausas verificadas en los registros documentales es arbitraria.

Denunció que la Sra. jueza no explicó cómo alcanzó tal conclusión al encuadrar las pausas acreditadas en los registros como integrantes de la jornada laboral, ni cómo concluyó que la actora, mientras desarrollaba dichas pausas, estaba a su disposición. Arguyó que dicha conclusión no se apoya en ninguna prueba, y que del cotejo de los registros documentales, surge lo inverso a lo arribado por la magistrada *a quo*.

Sostuvo que quedó demostrado que la actora, al bajarse del vehículo, dejaba asentada dicha circunstancia informándolo al radioperador o directamente no contestaba ante el llamado (asignación de viaje) de este último, por lo que durante esas interrupciones no estaba a disposición, sino que era tiempo que utilizaba en su exclusivo beneficio.

A su entender, no existe duda en cuanto a que las pausas en cuestión son aquellas motivadas en la exclusiva voluntad de la accionante, siendo ella quien decidía en qué momento interrumpir su jornada para atender asuntos suyos; y por ende su capacidad laborativa no estaba al servicio de la actividad remunerada.

Enfatizó que la falta de contestación al radio operador por parte de la actora, no estaba motivada en ninguna otra tarea en beneficio de la patronal, pues las tareas a cargo de la misma consistían en conducir el autoremís interno X., para lo cual debía recibir los llamados del radioperador y transportar a los pasajeros

asignados; y ninguna otra tarea tenía a su cargo que supusiera no permanecer en el vehículo y atender los requerimientos que se le efectuaban.

Invocó lo resuelto por esta Excma. Cámara de Apelaciones en SD 96/2013/L "F., R. O. c/ L., H. M. s/ Demanda Laboral (Indemnización)", expte. 583/2013, en el entendimiento de que el criterio allí sentado resulta de aplicación, y adunó a ello más jurisprudencia al respecto.

Luego, objetó la conclusión arribada por la jueza de grado respecto al día en que la actora gozaba de su franco. Argumentó que en su demanda, afirmó que laboraba sábados y domingos, gozando de franco el día lunes, no obstante quedó acreditado con los libros aludidos, que efectivamente la mayoría de las veces, el interno X. no registró actividad los días domingos e inclusive los días sábados tampoco. Con base en ello, denunció que la demanda fue construida sobre una base estructural falsa con el solo propósito de ver incrementado cada uno de los rubros reclamados.

Sostuvo que la única pauta asignada a la actora fue ocuparse del turno diurno, dando inicio a su jornada y finalizándola, sin ninguna otra especificación que la de informar al radioperador, lo que resulta lógico por la modalidad de la remuneración acreditada, la cual estaba determinada a porcentaje.

Insistió en que se colige del cotejo de los libros que era la propia actora quien manejaba sus horarios, frecuencia y días, atento a la naturaleza de la actividad; lo que descarta -según su parecer- la afirmación de la actora respecto a que laboraba los días domingos. Efectuó el detalle de los asientos que surgen del libro llevado por la remisería que a su entender dan cuenta de lo señalado, para concluir que la magistrada

de grado, resolvió apartándose de las constancias acreditadas de la causa.

Ya en su segundo agravio, criticó lo resuelto en relación a las horas extras adeudadas y la aplicación del CCT 338/01.

En cuanto a la aplicación del CCT 338/01, señaló que está vedada su aplicación en autos en tanto no fue invocado por ninguna de las partes. Explicó que la ausencia de invocación o individualización por las partes no puede ser suplida virtud del principio *iurit novit curia*, ya que para la aplicación de un convenio colectivo de trabajo, las partes deben individualizarlo con exactitud, caso contrario se estará afectando el ejercicio del derecho de defensa.

Dijo que además dicho convenio colectivo de trabajo resulta inaplicable por cuanto su extensión territorial no comprende a la ciudad de Comodoro Rivadavia, estando limitado a algunas localidades de la provincia de Buenos Aires, conforme su art. 2° y las Resoluciones MTEySS n° 44/2003 y 122/2003.

En cuanto a las horas extras, le generó agravio que la magistrada no se pronunciara al respecto de las defensas que invocara con fundamento en el art. 11 del Decreto 16115/33. Insistió en que al ser un porcentaje de la recaudación la pauta para determinar la remuneración, no corresponde la procedencia del rubro "horas extras", pues -conforme su argumento-, en el caso de los conductores de remís, el exceso que pudiera corroborarse respecto de la jornada establecida por la Ley 11544, no puede reputarse como trabajo extraordinario o suplementario.

Agregó que la situación de estos trabajadores es idéntica a la de los corredores remunerados exclusivamente a comisión, que el Decreto 16115/33 exceptúa de la jornada de trabajo. Argumentó que la

solución postulada viene siendo consagrada por diferentes tribunales del país como son las Salas III; V; VI; VII; VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, entre muchos otros. Transcribió extractos jurisprudenciales para abonar su postura.

A su entender, la omisión de la magistrada, equivale a omitir prueba dirimente, atento a lo cual peticionó se haga lugar al agravio y desestime la totalidad de las horas extras reconocidas por la sentencia de primera instancia.

El tercer y último agravio versa sobre la cuantificación de rubros indemnizatorios y la base de cálculo. Subsidiariamente y para el caso que se confirme lo decidido en cuanto a la realización de horas extras reprodujo los fundamentos dados al desarrollar el primer agravio.

Alegó que la base de cálculo utilizada por la sentenciante es incorrecta, insistiendo en que conforme los libros aludidos surge que la jornada tenía una extensión horaria como la expuesta en la contestación de demanda y que habitualmente los domingos gozaba de francos, pues en la generalidad de los casos no registra actividad para dichos días, como así tampoco los días sábados después de las 13 h.

En relación con los restantes rubros -indemnización por antigüedad, preaviso omitido, integración del mes de despido todos con más su SAC; vacaciones proporcionales; indemnización del art. 1 y 2 de la Ley 25323-, cuestionó la base de cálculo considerada por la sentenciante por cuanto resulta ser una remuneración distinta a la que en definitiva corresponde, en tanto comprende el importe asignado a horas extras. Dijo que el cálculo debió efectuarse tomando como base la suma de $11.700. Con base en ello, solicitó la readecuación de los importes de cada uno de los rubros.

La contraria en su responde, y respecto al primer agravio, sostuvo que la afirmación en cuanto a que la actora poseía libertad para activar y desactivar su trabajo a voluntad, realizando una tarea diurna, no se condice con los asientos registrales detallados en la sentencia y tampoco con las afirmaciones de la demandada quien expresó en sus agravios que fue acreditado mediante testimoniales que el vehículo generalmente quedaba en poder de la actora.

Dijo además que por imperio del art. 103 LCT, la remuneración se devenga por el mero hecho de permanecer a disposición del empleador, y la conservación del vehículo implicaba ello.

En cuanto al segundo agravio, afirmó que las horas extras resultan incuestionables. Refirió que justamente los asientos registrables son el indicio requerido por la jurisprudencia a efectos de su acreditación. Por otro lado señaló que de haberse abonado los salarios por comisión, debió de verse reflejado en una heterogeneidad en los recibos de haberes, no obstante, surge de la prueba aportada que la totalidad de los recibos salariales se conforman por un sueldo básico y el ítem zona desfavorable, lo que indica que el salario no era abonado como tal o que se abonaban salarios en negro en fraude fiscal.

Por último, dijo que no se aprecia arbitrariedad en su cálculo, en tanto la sentenciante consideró el sueldo de $11.700, y si bien es cierto que citó la aplicación del CCT 338/01, no se evidencia ninguna modificación que hubiere implicado el ejercicio del mismo.

Finalmente, en cuanto a la tercera queja, sostuvo que resulta una consecuencia de los anteriores agravios, por lo que la base de cálculo empleada solo se verá conmovida en caso que se admita alguno de ellos.

Efectuada entonces la reseña precedente, y adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, suelo reiterar en mis votos que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal, "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)".

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia,* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED 28459, n° 16; íd., 8/3/94, Rep. ED 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED 212-107).

Adelanto que, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravio en el marco de la impugnación formulada, e independientemente del modo en que ha sido efectuado el planteo por el recurrente, habré de abordarlos en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad

jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347209; 345-154; 347-197 entre otros).

Así, y en la faena, se colige del estudio de los antecedentes del caso que la mayoría de las cuestiones objeto de controversia arriban firmes a esta alzada, con excepción de las puntuales a las que hiciera concreta referencia más arriba, las que guardan entre sí concreta ilación, más allá de la forma en que fueran presentadas en el libelo impugnatorio.

En primer lugar, y respecto de la extensión de la jornada laboral que cumpliera la actora y la consecuente procedencia de las horas extras, advierto que el apelante construye una interpretación forzada de lo expuesto en la sentencia de grado, a la vez que introduce cuestiones no propuestas en la etapa procesal oportuna.

En efecto, y dejando de lado las declaraciones testimoniales que, por ser contradictorias en cuanto al horario que laboraba la accionante, no habré de valorar, no cabe duda de que, como bien es sostenido en la sentencia, son coincidentes en la referencia que efectúan acerca del Libro de Registro de Actividades Diarias que debe ser llevado en la agencia de remís.

En esa línea, dijo la señora juez de grado que, habiendo efectuado la compulsa de 16 libros, "emergen registro de actividad del mencionado interno que se extienden más allá de las 8 horas de jornada… y que dan cuenta que en forma habitual los viajes comenzaban entre las 7, 8 o 9 horas de la mañana y finalizaban entre las 19 y las 20 y algunas veces extendiéndose a las 23 o 24 horas…". De allí que concluyó que la prueba objetiva coincide con los dichos de la actora. Aclaro que he cotejado la mencionada documentación –reservada en caja fuerte de esta alzada bajo el n° 12/21- arribando a idéntica conclusión.

El recurrente se queja porque ninguno de los testigos situó a la actora en esos horarios, pero destáquese que el fallo no sostiene sus conclusiones sobre las pruebas testimoniales, sino sobre lo que surge de los libros referidos.

Por otra parte, advierto que incorpora el recurrente en su queja la supuesta existencia de otro chofer, capítulo no propuesto al juez al contestar demanda, y por tanto ajeno a todo tratamiento por esta alzada.

Es que, atento al acotado marco que corresponde a la apelación lo cierto es que "mediante el recurso de apelación no pueden someterse a conocimiento de la alzada defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente. Y si el recurrente las introduce en la expresión de agravios, su tratamiento en la alzada importaría la violación de las normas procesales (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, 266 y 272, CPCCN) (CCivCom Lomas de Zamora, Sala I, 27/2/03, Rep. LL, 2003-1796, n° 33, y LLBA, 2003-1167).

Constituyen capítulos sobre los que no puede pronunciarse el tribunal de alzada todas aquellas defensas que obsten la procedencia de la reclamación de la actora y requieren la alegación y prueba de hechos distintos de los alegados por aquella, cuando no han sido expresamente sometidos a decisión del juez de primera instancia, puesto que lo contrario atentaría flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio.
La decisión a la que se arribara respecto de las horas extras tampoco puede resultar conmovida en razón de la impugnación formulada, ello toda vez que el apelante no hace sino reiterar idénticos conceptos a los que vertiera al contestar demanda, sumado a que allí insistió en que la jornada laboral era de 8 horas.

Tengo dicho ya en anteriores fallos ("A. D. C. y S. P. O Ch. c/ C. d. V. SRL y otros s/ Ordinario (cobro de

pesos)", expte. n° 404/2014, "B., J. A. c/ O., V. R. y otros s/Daños y Perjuicios", expte. n° 45/2015, entre otros) que esta instancia no representa un nuevo proceso, por tanto nada tiene la demandada que volver a repetir en lo argumental, cuando ya lo han hecho ante el señor juez de grado y ha sido ello objeto de puntillosa y correcta valoración y análisis por parte de éste último. Ello atenta en forma manifiesta contra los requisitos del artículo 268 del código de rito.

Adiciono que si el agravio intenta sostenerse sobre la referencia al Dec. 15115/33, pues en nada aplica la citada norma al caso particular, y menos aún su art. 11, en el que ninguna cita se efectúa sobre la labor del chofer de remís. Del mismo modo, la criticada cita al CCT 338/01 efectuada en la sentencia, cuya aplicación podría discutirse desde que, en efecto, no fue objeto de mención por las partes, resulta inocua, pues el artículo individualizado la convención colectiva solo remite a la LCT y al Dec. 16115 que reglamente la Ley 11544 de Jornada Legal de Trabajo. Destaco, a todo evento, y aún a costa de resultar sobreabundante, que mal puede comportar lo expuesto una queja desde que "no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso" (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Tampoco habrá de tener acogida la pretensión de que se modifique la base de cálculo correspondientes a los

rubros indemnizatorios, ello en virtud de que la misma se construye a partir de aquellas remuneraciones que ostentan el carácter normal y habitual, por tanto si se determinó en el decisorio en crisis que las horas extras conformaban el salario, pues corresponde su inclusión a aquellos fines.

Aún si el actor percibe mensualmente el rubro horas extras y un mes no devengó dicho rubro porque no prestó servicios en la empresa -por enfermedad, vacaciones, etc.- dicho rubro de todas formas debe integrar la indemnización por despido porque fue percibido habitualmente en el tiempo.

Con lo expuesto hasta aquí se ha dado efectiva respuesta a los agravios que componen el recurso interpuesto, el que por los fundamentos expuestos propondré sea rechazado y confirmada en consecuencia la sentencia de grado.

Resta resolver a esta altura la cuestión de las costas correspondientes a esta alzada, las que impondré a la demandada apelante vencida por el principio general de la derrota (art. 69 CPCCC). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia confirmar la sentencia de grado en todas sus partes.

2) Imponer las costas de la alzada a la demandada apelante vencida (art. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento en segundo orden el presente pleito por la apelación interpuesta por la parte demandada contra la Sentencia Definitiva nro. 57/2020 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción. La sentencia venida en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a la Sra. L. D. V. S. a abonar a la actora N. D. C. D. la suma de $420.078,98 con más los intereses, impuso las costas a la accionada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 375/379, fs. 381). Se presentó memorial de agravios a fs. 383/391 que fue retrucado a fs. 392/393.

Toda vez que fueron detalladas las cuestiones a decidir por esta alzada y los antecedentes del pleito por el Sr. camarista que me precedió, me abstengo de efectuarlo, iniciando directamente el análisis.

I. El memorial de agravios se asienta exclusivamente en la interpretación de la prueba, pero en nada indica cómo resolvería el apelante el pleito, cuál fue el error en la interpretación, ya que solo hace esa referencia sin advertir que en la sentencia de grado los demás argumentos y fundamentos del fallo dan solidez al mismo.

Adelanto mi decisión concordante con el primer votante, por contener el criterio que comparto en orden a lo sostenido por la doctrina en cuanto "…El fallo apelado se ajusta a derecho pues la doctrina sostiene que "es inatendible el recurso que no traspasa los límites de la exhibición de una subjetividad, sin convencer de la arbitrariedad o el absurdo de la labor axiológica desarrollada por los jueces de grado al apreciar la prueba. Es que no basta oponer al criterio del tribunal sentenciante la propia apreciación personal sobre el mérito de los elementos de juicio allegados al proceso, máxime si el juzgador puede preferir uno sobre otros descartando aquellos que no son conducentes pues hace a sus facultades privativas de apreciación" (Augusto

Mario Morello, “Prueba, incongruencia, defensa en juicio”, Abeledo Perrot, pág. 131, ed. 1977).

Lo cual llevaría inexorablemente a la deserción del recurso; sin embargo, continuando con el criterio amplio de admisibilidad seguido por el tribunal que integro, trataré en el acotado límite de la exposición las quejas, pero recordando lo dicho por el STJ acerca de que el contenido de la impugnación se determina en esa expresión, y su límite externo lo precisa el recurrente; se trata por lo tanto, del acatamiento de normas expresas que rigen tanto para el órgano jurisdiccional como para las partes. El incumplimiento de los requisitos que debe contener el memorial lo convierte en deficiente o incompleto.

La recurrente asienta la queja en la valoración de la prueba testimonial sin objetar en lo más mínimo las deducciones de la prueba que efectuó la sentenciante que descartó en lo referente a la jornada –horas extraordinarias- y fecha de inicio precisamente las deposiciones por las contradicciones y mantuvo en lo pertinente, las coincidencias, pero esencialmente del plexo probatorio que se integró con la documental, siendo esta última la que cerró el fundamento decisorio. En síntesis se presenta como una carencia de lectura del fallo el memorial bajo examen. Resulta inadmisible la queja basada exclusivamente en repeticiones de lo dicho en los estadios anteriores. Este memorial de agravios se asienta exclusivamente en la interpretación de la prueba, pero no indica cómo resolvería el apelante el pleito, cuál fue el error en la interpretación, ya que solo hace esa referencia a su apreciación personal, y la reiteración de sus dichos, sin advertir que en la sentencia de grado los demás argumentos y fundamentos del fallo dan solidez al mismo.

También constituye un yerro de interpretación jurídica, la manifestación respecto de la normativa aplicable y las facultades de la jueza *a quo*, puesto que precisamente el brocardo "iura novit curia" lo único que prevé es la facultad que tiene el juez para calificar correctamente la acción cuando las partes yerran en la invocación del derecho aplicable. Que por otra parte y conforme la prueba documental que fue decisiva en la presente causa, me lleva a la convicción de que lejos estuvieron de acatarse las premisas de la norma que regula la jornada legal por parte de la empleadora. La no presentación del libro pertinente no generó ninguna presunción, a mi modo de ver, sino que tengo la convicción de que las mismas fueron laboradas por la actora y probadas con la documentación a la que hice referencia.

La actora se comprometió, esencialmente, a poner su capacidad personal a disposición de la demandada durante una determinada extensión diaria de jornada, y a brindar un servicio de transporte de pasajeros, en la medida de la provisión de viajes que le otorgaba la demandada, no podía optar por no realizar viajes. Tal circunstancia, obviamente, refleja las condiciones típicas de una relación dependiente porque normalmente el trabajador no cuenta con la posibilidad de no poner su capacidad de trabajo a disposición del empleador dentro de un determinado horario sin motivo suficientemente acreditado, sin correr el riesgo inmediato de ser despedido (arg. arts. 84 y 242 LCT). Es la tipología y característica esencial del derecho del trabajo el poner su fuerza laboral al servicio del empleador, no siendo menester que este la ocupe permanentemente.

Hace mención la apelante a la existencia de otro conductor, suplente o subsidiario, lo que me lleva a recordar que la regla general en punto a las facultades

de la alzada, es coherente con la naturaleza jurídica del recurso de apelación, en el sentido de que no importa un nuevo juicio en el cual sea admisible la deducción de pretensiones u oposiciones ajenas a las que fueron objeto de debate en la instancia precedente (ver comentario al art. 242, § 4).

Por ello, el tribunal de alzada -siempre dentro de los límites del recurso interpuesto- solo puede resolver válidamente respecto de aquellos capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia en los escritos de constitución del proceso. El tribunal no puede conocer en cuestiones planteadas recién en el escrito de expresión de agravios; principio igualmente aplicable aunque se los introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho. Por lo que se rechaza la queja, puesto que de lo contrario se incurriría en una violación al debido proceso objetivo, quebrándose la garantía constitucional de defensa en juicio.

Finalmente, he de hacer también coincidencia con el prevotante respecto de las horas extraordinarias como base del calculo, siguiendo criterio de la normalidad próxima que he mantenido y en concordancia con la jurisprudencia nacional que a los fines ilustrativos cito: “La parte actora pretende que se incluya en la base de cálculo el importe correspondiente a la suma devengada mensualmente en concepto de horas extraordinarias con el (…)%, en tanto la accionada cuestiona que su utilice la mejor remuneración mensual, normal y habitual para liquidar el preaviso y la integración del mes de despido. (…) asiste razón a la parte actora, pues el rubro horas extras se devengó en forma mensual, normal y habitual durante el transcurso de la relación, por lo que corresponde incluirlo en la base de cálculo.” “También asiste parcial razón a la demandada, toda vez que el art. 232 de la L.C.T. dispone que en caso de omitirse el deber

de preavisar, deberá abonarse “una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que le correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art. 231”; en tanto el art. 233 del cuerpo legal citado adopta similar criterio, al establecer que en caso de que la ruptura del vínculo se produzca en fecha que no coincida con el último día del mes, “la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que el despido se produjera”. Las normas citadas claramente establecen una base de cálculo de la indemnización pertinente, distinta a la prevista en el art. 245 de la LCT, pues aluden al salario normal y habitual que debió percibir el trabajador durante el lapso indicado por cada una de ellas. Como lo ha señalado pacíficamente la jurisprudencia, “la pauta establecida en el artículo 245 L.C.T. es aplicable solo para el cálculo de la indemnización por despido y el sueldo anual complementario (Ley 23041). Cuando, como en el caso, se observa la percepción de remuneraciones variables, el criterio de la normalidad próxima rige respecto del preaviso y de los días trabajados en el último mes (…), partidas cuyos montos deben ser recalculados.

”En igual sentido se ha dicho que para el cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e intenta poner al agente en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado, si la rescisión no se hubiera operado y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido.

”De igual modo, se ha resuelto que, cuando el trabajador es retribuido con rubros variables, no hay modo de determinar exactamente cuánto habría ganado

durante el preaviso no otorgado, por lo que resulta equitativo tomar el promedio del semestre. Si en ese lapso existe un mes, de retribución mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que precisamente, torna procedente la aplicación del promedio mencionado" (SD 100.206 – Causa n° 767/2011 – "Villa Fabiana Marcela c/ BTS S.A. y otros s/ despido" – CNTRAB – SALA IV – 16/03/2016 - Citar: elDial.com - AA972D).

La recurrente a fs. 163 en forma general rechazó la pretensión de las horas extraordinarias que habían sido detalladas en la liquidación de fs. 130; la mera generalidad no resulta suficiente, ya que al momento de responder contó con los elementos de valoración suficientes para efectuar una adecuada defensa de su postura y no lo hizo. Del fallo venido en crisis no emerge arbitrariedad en la liquidación ni tampoco surge demostrada del memorial, motivo por el cual rechazo el agravio.

Concluyendo, coincidiendo con el prevotante en los argumentos que expuso y conforme lo que he analizado, habiendo atendido aquellas cuestiones esenciales planteadas con el déficit de técnica en el memorial, detallado oportunamente, se rechaza la apelación de la demandada L. del V. S..

II. El principio de la derrota se impone, por lo cual las costas de la alzada son a cargo de la parte apelante vencida conforme lo dispuesto en el art. 69 del ritual.

En cuanto a los honorarios siguiendo lo dispuesto en la Ley XIII nro. 4, art. 13, propongo para el Dr. J. J. E. el 30% y para el Dr. F. G. S. el 25%, en ambos casos de lo regulado en la instancia de grado.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:Por coincidir, doy por reproducida la fórmula postulatoria del Dr. Hayes, con el agregado de la regulación de los honorarios profesionales.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A, y Ley V-174), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Zanatta no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia confirmar en todas sus partes la sentencia de grado de fs. 375/379.

2) Imponer las costas de la alzada a la demandada apelante vencida.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. J. J. E. en el treinta por ciento (30%) y al Dr. F. G. S. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO R. ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2021

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara