

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 02 días del mes de agosto de 2013, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dres. Juan A. Lagomarsino, Ruben O. Marigo y Cesar Lanfranchi, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "CHAVERO, Carlos C/ CODAO S/ SUMARIO (I) (M 3022/12)", Exp. N° 24290/12, iniciado el 24/10/2012. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

--- Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Juan Lagomarsino; segundo y tercer votante, Ruben O. Marigo y Cesar Lanfranchi.

--- A la cuestión planteada, el Dr. Juan A. Lagomarsino dijo:

--- I) Antecedentes:

--- Se inician las presentes actuaciones con la demanda interpuesta por CARLOS CHAVERO, contra CODAO-COOPERATIVA DE TRABAJO DE TRANSPORTE CHOFERES BCHE LTD, a fin de que se lo condene al pago de la suma de \$ 88.551,68, con mas el accesorio de los intereses y las costas del juicio, en razón de los hechos y el derecho que invoca. Denuncia que comenzó a trabajar para la demandada el 06/10/2007, desarrollando tareas de chofer de corta distancia, con un horario normal y habitual de 8 horas aproximadamente en el turno tarde. Pero reclama que durante enero de 2010 a diciembre de 2011 desarrolló una extensa jornada de doble turno consistente en doble turno (mañana y tarde).

--- Que cumplió dicho horario de tareas en forma periódica, es decir todos los días de la semana (con un franco semanal), realizando un horario promedio continuado aproximado de 7 a 21 horas de la jornada laboral. Dicho horario lo cumplía a excepción de un día a la semana en que gozaba de franco otorgado por la empresa; violentando lo dispuesto por el convenio colectivo de trabajo 460/73 que dispone expresamente en el art. 10 que el trabajador debe gozar de 6 francos mensuales.

--- Continúa su relato sosteniendo que cobraba lo correspondiente a su turno de trabajo, mientras que las horas extras laboradas (el otro turno diario) eran abonadas en negro mediante un recibo común. Por ello reclama diferencias salariales por horas extras mal liquidadas (50% no abonado por la empleadora) durante los años 2010 y 2011, de acuerdo a la escala salarial establecida por convenio, así como también los francos no gozados (que debían ser abonados al 100%).

--- Detalla el intercambio telegráfico por el cual frente a la negativa de la demandada al

pago de las horas extras reclamadas debe iniciar las presentes actuaciones. Practica liquidación y ofrece prueba.

--- Corrido el traslado de ley, La demandada CODAO COOPERATIVA DE TRABAJO DE TRANSPORTE CHOFERES BARILOCH LTDA. a través de su letrado apoderado Dr. RICARDO LUÍS SALVA TIERRA, contesta demanda negando y rechazando los términos de la demanda de autos. Manifiesta que el actor jamás intimó al pago de sumas correspondientes por estos concepto desde que se iniciara la relación laboral hasta marzo de 2012. Que recién lo hace en su carta documento del 21 de Marzo del 2012 de una manera vaga e imprecisa, sin indicar qué cantidad reclama y sí las mismas son al 50 ó 100%. La fijación de los horarios de trabajo está previamente fijada por la empresa en función de tratarse de un servicio público de transporte urbano de pasajeros concesionado y por lo tanto el actor percibió durante todo el tiempo de su desempeño, las remuneraciones consignadas en sus recibos de haberes y acorde con las escalas salariales correspondientes a su categoría.

--- Sostiene que la aseveración del actor es ilógica y falsa, pues sostiene la imposibilidad material de laborar en forma continua la cantidad de horas extras que reclama el accionante; que la demandada tuvo varias inspecciones por parte de la Secretaría de Trabajo de Río Negro en forma conjunta con el sindicato Unión Tranviarios Automotor (UTA) Bariloche y asimismo, existió el contralor permanente de los delegados del personal que jamás hubiesen consentido tal atropello.

--- Opone excepciones de pago, transacción y prescripción; atento al hecho que el actor percibió el crédito correspondiente al concepto horas extras convenido en acta celebrada el 21 de agosto de 2012 en la Secretaría de Trabajo de la Provincia de Río Negro (Expediente N° 107.683-U-2012) y que le fuera pagada en la liquidación salarial del mes de Septiembre/12; conforme documental que acompaña. Respecto a la excepción de transacción expone que el Secretario General de la Unión Tranviarios Automotor (Sec. Bariloche) se presentó ante la Secretaría de Trabajo local exponiendo -entre otros temas- la solicitud de una audiencia "...con el fin de clarificar después de varios meses que se viene reclamando las diferencias de horas extras mal liquidadas, feriados y horas previas no liquidadas"; presentando nota ante la DZT adjuntando un listado del personal y los importes determinados en concepto de horas extras no liquidadas. En ejecución de lo acordado entre la entidad gremial por la representación colectiva de los trabajadores y la demandada en presencia y control de la autoridad administrativa del trabajo, se cumplió lo acordado. Destaca que es relevante que los trabajadores prestaron acuerdo en

asamblea convocada al efecto sobre los montos y forma de pago del rubro reclamado.

--- A todo evento, expresamente opuso como defensa de fondo prescripción acerca de los períodos anteriores a dos años previos al 21 de marzo de 2010, toda vez que no existen hechos suspensivos o interruptivos en los términos del art. 257 de la LCT.

--- Ofrece prueba y pide el rechazo de la acción, con costas.-

---Abierta la causa a prueba se produjo la agregada al expediente, se celebró la audiencia de vista de causa, alegaron las partes y quedaron los autos en condiciones de recibir sentencia.-

--- II) Los hechos:

--- Conforme lo dispuesto por el inc. 1ero. del art. 49 de la ley 1.504, habré de referirme en primer término a las cuestiones de hecho que -relevantes para la resolución de la litis- considero probadas y las que no.

--- A fs. 73/88 se produjo la prueba informativa mediante la cual la Municipalidad de San Carlos de Bariloche acompañó las Actas de Inspecciones realizadas en unidades de la demandada desde marzo/2010 a diciembre/2011, que eran conducidas por el actor.

--- Durante la audiencia de vista de causa declararon los testigos Antenao, Martinez, Catrilaf y Aguilar.

--- En su declaración el testigo Antenao dijo conocer al actor porque tiene una relación de amistad con la familia. Sostuvo que viaja frecuentemente en las unidades de la demandada y de allí que conoció al actor. Describió que utilizaba la unidad que manejaba el actor todos los días en distintos horarios (a las 7,30; 12,00; 13,20 y 14,00 o 15,30/16 hs). Que en dichas ocasiones siempre veía conducir al actor la unidad de la línea "80" con el cual pasaba frente al domicilio del testigo. Más adelante declaró que como empleado de la empresa de seguridad "Elite" cumplía un horario de trabajo de 8 a 20 hs. o de 20 a 8hs. Que en ocasión de concurrir al trabajo o llevar a su hija al colegio veía al actor conduciendo la unidad de la línea "80". Finalmente manifestó que el actor le comentaba que estaba haciendo doblete, significa que hacia horas extras.

--- En el caso del testigo Martinez el mismo es el contador de la empresa en forma independiente. Declaró que intervino en la negociación con la UTA y como consecuencia de la misma se procedió a liquidar las diferencias de los dos últimos años de sueldos. Que el reclamo gremial era por horas extras y francos; que se le pagó a todo el personal dichas diferencias y que no recibió ningún reclamo de parte del actor.

--- La testigo Catrilaf dijo conocer a Chavero del micro del trabajo de él, pues utiliza el servicio de la Codao por su trabajo utiliza el micro cuatro veces al día; la línea 80 que

pasa a una cuadra de su casa. En 2010 y 2011 lo veía siempre al actor a las 9.10, 13.30, 15.30 y 21.00 (a la noche a veces). Era todos los días de lunes a sábados. Actualmente sigue viajando pero hoy solo lo ve a la tarde. No lo veía el domingo porque la testigo no trabajaba dicho día. Que le alcanzaba algo para comer al mediodía y le comentó que no tenía francos, que estaba todo el día conduciendo. Declaró que había días que estaba muy cansado, un cansancio extremo.

--- El testigo Aguilar declaró que conoce al actor, que son amigos. Conoció al actor andando en el colectivo. Pasaba a pedir agua para el mate en su casa cuando pasaba con el colectivo por el frente. El testigo declaró que viajaba diariamente pues tiene turnos rotativos en la planta depuradora y en dichas ocasiones lo veía al actor conduciendo. Muchas veces lo veía a la mañana y cuando salía a la tarde del trabajo. Que le hacía chistes porque no paraba nunca, estaba haciendo doblete que sería doble turno. El testigo viajaba de lunes a lunes con turno rotativo pero actualmente sigue viajando pero hoy no lo vio al actor. Que está en condiciones de afirmar que el actor trabajaba los 365 días en doble turno. Que nunca notó ninguna anomalía en el actor que lo encontraba normal.

--- A pedido de la demandada se tomó posiciones al actor a tenor del pliego obrante a fs. 90, de cuyas respuestas no se obtuvieron modificaciones a las posturas asumidas por las partes en autos.

--- En su alegato la parte actora destacó que el reclamo es por horas extras mal liquidadas por la doble jornada laboral diaria que realizaba seis días a la semana, con un franco por semana. Se opuso a la prescripción conforme a la documentación obrante en autos. Respecto al pago parcial el supuesto acuerdo se refiere a feriados mal liquidados y no a los rubros reclamados en autos. Destaca que se probó con las testimoniales el horario extenso del actor, destacando que el propio contador contestó que hay empleados que se le pagan muchas horas extras. Destacó que no se aportó la libreta de trabajo de horarios.

--- Por su parte la demandada en su alegato destacó la imposibilidad que el actor haya podido realizar la cantidad de horas extras reclamadas. Destacó que ningún testigo del actor trabajó en la empresa. Que el acuerdo se refiere a horas extras mal liquidadas, feriados no pagados. Que los montos fueron elaborados junto con la entidad gremial y que la misma aceptó la propuesta mediante una asamblea, remitiéndose a su contestación de demanda. Que es cierto que los empleados hacen extras pero han tenido inspecciones del Ministerio y no han tenido sanciones por incumplimientos de la

normativa laboral en especial respecto de los horarios y destacó que el horario del actor no podría haber pasado inadvertido por las inspecciones del Ministerio. Finalmente destaca se respete el valor del acuerdo efectuado en el Ministerio.

--- III) La decisión: :

--- El reclamo del actor se refiere a las diferencias que se le adeudan por horas extraordinarias de labor y por francos trabajados no gozados durante el período comprendido entre marzo/10 a diciembre/11.

--- En autos se han planteado pro lo tanto diversas cuestiones a decidir: a) excepción de prescripción; b) francos trabajados no gozados; c) excepción de transacción y de pago y d) horas extraordinarias de labor.

--- A) Atento lo expuesto en los párrafos precedentes la excepción de prescripción articulada por la demandada deberá rechazarse con costas; pues de la liquidación realizada en demanda surge con claridad el período que reclama el accionante el cual se encuentra a derecho teniendo en cuenta la intimación del empleado cursada el 06 de marzo de 2012.

--- B) Ahora bien, a tenor del contenido de la carta documento de fs. 8 la demandada no ha negado en forma categórica la deuda por francos trabajados por el actor. Tampoco ha producido prueba tendiente a demostrar que cumpliera en forma íntegra con lo estatuido en el convenio colectivo del sector.

--- Ante la intimación concreta y fehaciente realizada por el trabajador en su primera intimación (en donde expresamente reclama se le abonen al 100% los francos trabajados no gozados), la demandada contesta con una actitud evasiva sin acreditar el cumplimiento de la normativa convencional referida a los francos.

--- No habiendo la accionada acompañado planillas y/o libreta de asistencia del actor (como medio de acreditar los días laborados por el actor) del exámen de las actuaciones surge con claridad que no ha demostrado que cumplió con el otorgamiento de los francos compensatorios.

--- Ahora bien habrá de realizarse en este caso una consideración particular en cuanto a los francos no gozados.

--- La postura mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sostiene que los francos no gozados no son compensables en dinero. Es decir, el franco debe gozarse efectivamente por razones de higiene y salud; pues lo que pretende la norma es evitar que se cambie trabajo prohibido (art. 162 y 204 L.C.T.) por dinero.

--- Al trabajador solo le cabe la autotutela prevista en el art. 207 L.C.T. tomándose por

si mismo el descanso omitido.

--- No obstante, una postura minoritaria a la que adherimos, sostiene que es muy probable que el dependiente no ejerza ese derecho, bien por no conocerlo o por temor a perder el empleo y frente a la imposibilidad que se le retribuya el tiempo efectivamente puesto a disposición del empleador se produce, ineludiblemente, un perjuicio para el trabajador (contrario al principio protectorio que impregna toda la legislación laboral), beneficiando indebidamente al empleador (enriquecimiento sin causa). Máxime ello puede darse en el caso de autos que el actor era conductor de un medio público de pasajeros de nuestra ciudad.

--- Dicha postura ha sido recepcionada en nuestra jurisprudencia al sostener que los francos compensatorios, al no haberse gozados, sólo funcionan como horas suplementarias (CNAT sala VI 29-3-96 "Rojas Juan c. Seguridad Argentina SA" DT 1996-B-2096; conforme resalta el Dr. Mario S. Fera en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada" pág. 68; Coord. Dr. Raul Horacio Ojeda editada por Rubinzal-Culzoni Editores)

--- Por lo expuesto habiéndose omitido la concesión del franco y ante la falta de ejercicio de la facultad establecida en el art. 207 LCT, estos deben liquidarse como trabajo extraordinario con el recargo del 100% (conf. voto minoritario Dr. Capón Filas, Sala 6 11/05/2004, "Romano, Leonardo M v. Wal Mart Argentina S.A."); en protección de los derechos constitucionales del trabajador.

--- Por lo tanto, respecto del reclamo de los francos trabajados y no gozados, corresponde hacer lugar a lo solicitado por el actor conforme el detalle de la liquidación realizada por el actor a fs. 22vta.

--- C) Con relación a las excepciones de transacción y de pago articulada por la demandada, las mismas deben ser rechazadas pues las actuaciones realizadas ante la Secretaria de Trabajo tuvieron la intervención de la empresa y de los representantes gremiales pero en un reclamo plurindividual.

--- Del análisis de la prueba producida en autos cabe destacar que conforme fs. 23/30 la representación gremial y la demandada llegaron a un acuerdo sobre diferencias salariales en sede del Ministerio de Trabajo.

--- Para que se encuentren reunidos los requisitos de dichas excepciones, el acuerdo en cuestión debió estar suscripto por el propio trabajador; pues las facultades gremiales llegan hasta la representación en el reclamo individual pero el acuerdo con el empleador debe ser expresamente aceptado por el empleado.

--- Los reclamos por los cuales actúa el sindicato si bien son de muchos empleados de la demandada, no quitan que los mismos sean reclamaciones individuales y determinadas para cada trabajador. Dentro de las diferencias salariales reclamadas se encontraban incluidas deudas por horas extraordinarias de labor; con el detalle de las sumas que le correspondían a cada uno de los empleados de la demandada incluido el actor (ver en especial fs. 27/28). Pero el acuerdo de pago de dicho reclamo no se encuentra instrumentado con la firma y aceptación por parte del actor.

--- Por todo lo expuesto corresponde rechazar las excepciones de transacción y de pago interpuestas por la demandada, con imposición en costas.

--- d) Distinta conclusión se arribará respecto al reclamo de horas extras formulado por el actor en su demanda; ello conforme el análisis desde la sana crítica de las pruebas producidas en autos.

--- Conforme la prueba informativa de fs. 73/88 surgen todas las Actas de Inspección realizadas por la Secretaria de Transporte de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche. De una revisión de cada Acta surge que las mismas en primer lugar se refieren a defectos y/o fallas mecánicas de la unidad que conducía el actor y en segundo lugar todas ellas se realizaron en horario de la mañana. Solo una (fs. 82) fue realizada en horas de la tarde.

--- Ello crea una presunción en contra del reclamo de demanda, la cual adquiere mayor certeza si se examinan detalladamente las testimoniales rendidas en autos.

--- Del examen de las testimoniales las mismas no resultan pruebas convictivas de la versión expuesta en demanda. Cabe destacar que los testigos Catrilaf y Aguilar declararon que al actor lo vieron conduciendo unidades de la "Línea 80" de la demandada.

--- Volviendo a revisar el contenido de las Actas de fs. 73/88 se han acreditado dieciséis (16) inspecciones, de las cuales solo en dos (2) de ellas se realizaron en una unidad de la Línea 80 conducida por el actor. Con lo cual las declaraciones de dichos testigos al perder convicción se tornan en carentes de veracidad.

--- Además conforme la regla de la sana crítica las declaraciones testimoniales rendidas en autos también carecen de suficiente fuerza convictiva por otras razones.

--- En primer lugar los testigos propuestos por el actor resultan ser amigos del accionante; amistad que llega a ser de mucha familiaridad (Aguilar le alcanzaba agua caliente cuando pasaba frente a su casa; Cratilaf le alcanzaba algo para comer al mediodía).

--- Tampoco resultan convincentes como prueba de los dichos del actor la declaración de Antenao quien resulta ser amigo de la familia del accionante; quien al principio detalló una serie de horarios en que utilizaba la unidad que conducía Chavero (resulta llamativo que siempre abordaba el ómnibus del actor) para luego declarar que en la época de referencia cumplía un horario de trabajo como empleado de un empresa de seguridad que le era imposible haber visto al actor como chofer de la unidad en cuestión en los horarios antes detallados.

--- Los testigos entre sí han sido contradictorios pues mientras Aguilar sostuvo que el actor no tenía ningún tipo de anomalía, Catrilaf declaró que vio al actor muy cansado con un cansancio extremo. Llegando incluso hasta el absurdo; pues Aguilar también aclaró que el actor trabajaba los 365 días del año.

--- Con el análisis precedente, no se ha llegado a demostrar que al actor se le adeude suma alguna por horas extras; pues el contenido de las testimoniales no acredita que se le adeude sumas mayores a las abonadas mediante recibo de sueldo obrante a fs. 22 y planilla de fs. 27.

--- Con lo cual corresponde el rechazo de la demanda en relación a las horas extras reclamadas. Las costas en este supuesto propongo que se impongan en el orden causado, atento que el actor pudo creerse con derecho a reclamar conforme la demanda de autos. Mi voto.

---A la misma cuestión planteada, los Dres. Ruben O. Marigo y Cesar Lanfranchi, dijeron: Adherimos al voto que antecede.

---Por todo lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, RESUELVE:

--- I) RECHAZAR las excepciones de prescripción, transacción y pago interpuesto por la demandada, con costas a su cargo.

--- II) HACER LUGAR a la demanda contra CODAO-COOPERATIVA DE TRABAJO DE TRANSPORTE CHOFERES BCHE LTD con respecto a los francos no gozados y trabajados a razón de dos (2) por mes conforme fs. 22vta. Liquidación a cargo de la parte demandada, debiendo aplicar desde que cada suma es debida el 24% de interés anual conforme Resolución 02/2008 de ésta Cámara; debiendo por lo tanto depositar en autos el resultado de dicha liquidación en el término de diez (10) días de notificada la presente.

--- III) RECHAZAR la demanda iniciada contra CODAO-COOPERATIVA DE TRABAJO DE TRANSPORTE CHOFERES BCHE LTD con relación a las horas

extras reclamadas por el actor.

--- IV) COSTAS a cargo de la demandada, tomando como base los rubros por los cuales prospera la demanda de autos.

--- V) REGULAR los honorarios de los letrados del actor Dres. Silvina Soledad Vargas y Cristobal Bühner, en forma conjunta y proporción de ley, en el 17% con más el 40% de las sumas que arroje la liquidación ordenada en el precedente punto II), y al Dr. Ricardo Luis Savatierra, letrado de la demandada, en el 11% con más el 40% respecto a las sumas mencionadas, de conformidad con los arts. 6, 7, 8, 9 y c.c. de la L.A., la que deberá ser abonada dentro del mismo término que el monto de capital de condena (monto base de la regulación \$ 23.253,28)

--- VI) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-

RUBEN O. MARIGO JUAN A. LAGOMARSINO CESAR LANFRANCHI
Juez de Cámara Presidente Juez de Cámara

Ante mi:

J. A. De Marinis

Secretario