

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 14 días del mes de junio de 2018, se reúnen en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dra. Alejandra M. Paolino y Dres. Carlos M. Cuellar y Jorge A. Serra, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "CHAVEZ, Eduardo H. C/ VIA BARILOCHE S.A. S/ ORDINARIO (I) - Expte. N° A28C2/16", que fuera iniciada el 18/4/14. 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. Jorge A. Serra; segundo votante, Dra. Alejandra Paolino y tercer votante, Dr. Carlos M. Cuellar.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Serra dijo:

---I) ANTECEDENTES:

---I-A) A fs. 3/10 se presenta el Dr. Rodrigo Guillermo Cano, en su carácter de apoderado del Sr. Eduardo Hipólito Chávez.- En tal carácter, inicia demanda contra "Vía Bariloche S.A.", a la que reclama la suma de \$ 269.112.-, más intereses y costas.-

---Sostiene que trabajó más de seis años como chofer de larga distancia para dicha empresa, realizando viajes a las ciudades de El Bolsón, Esquel, Neuquén, Cipoletti, Buenos Aires, entre otras, como así también con destino a Osorno y Puerto Montt en el vecino país de Chile.- Trabajaba un promedio de 350 horas mensuales (15 ó 20 vueltas por mes), superando ampliamente la jornada laboral establecida en el CCT 460/73.-

---Efectúa una descripción de las rutas y horarios que se cumplían en temporada alta y baja (ver fs. 4/5), invocando la falta de liquidación de horas extras y viáticos.-

---Manifiesta que las condiciones de trabajo le generaron una situación de stress laboral (la cual la empleadora no denunció a la ART), afección por la cual se halla en uso de licencia médica y habiendo transcurrido más de un año desde la primera manifestación, fue informado que entraría en período de reserva de puesto.-

---Detalla las sumas que reclama en concepto de horas extras y viáticos (fs. 6/7), ofrece prueba (fs. 7vta./9vta.) y funda en derecho su pretensión (fs. 9vta.).-

---I-B) A fs. 11 se corrió traslado de la demanda y a fs. 34/47 se presentan los Dres. Fernando Valenzuela y Hernán Gandur en representación de Vía Bariloche S.A.- Niegan los hechos invocados en la demanda, señalando que el actor nunca determinó con claridad las fechas en que consideraba que le correspondía percibir horas extras y

tampoco lo hizo en el escrito de demanda (ver fs. 38/40).-

---Sin perjuicio de ello, oponen excepción de prescripción respecto de todo reclamo que supere los 2 años, en los términos del art. 256 de la LCT.-

---Impugnan la liquidación realizada en concepto de horas extras y viáticos (fs. 40/44) y ofrecen prueba (fs. 44/46).-

---I-3) A fs. 57 la parte actora se pronunció respecto del planteo de prescripción formulado por la accionada y a fs. 69 se celebró audiencia en los términos del art. 36 de la ley 1504, no habiendo las partes arribado a ningún acuerdo en esa instancia conciliatoria.-

---Por ello, a fs. 74/75 se proveyó respecto de la prueba ofrecida por las partes y una vez que fue diligenciada la que obra agregada, a fs. 246 se puso la causa a disposición de las partes a los fines de alegar, habiendo ejercido dicha facultad la demandada y actora, conforme presentaciones que obran a fs. 247/52 y fs. 253/56, respectivamente.-

--- A fs. 257 se dispuso la integración del Tribunal con el Dr. Carlos M. Cuellar (cf. Res. 347/17 STJ) y a fs. 259 se ordenó el pase de los autos al Acuerdo para sentencia.- Hallándose firme dicha providencia, corresponde emitir un pronunciamiento definitivo en este acto.-

---II) HECHOS:

---Conforme lo dispuesto por el Art. 53 de la Ley 1504, habré de referirme en primer término a las cuestiones de hecho que considero relevantes para la resolución de la presente causa.-

---En tal orden de ideas, cabe señalar que:

---1) No existe controversia entre las partes respecto a la existencia de la relación laboral invocada por el actor, ni en lo que se refiere al tiempo durante el cual se ha extendido la misma hasta el inicio de demanda.-

---2) En cuanto al reclamo deducido por horas extras, ha resuelto de manera uniforme este Tribunal, que en estos casos corresponde exigir una prueba fehaciente para determinar con certeza que la prestación -de todos estos días de trabajo reclamados- haya sido efectivamente cumplida.-

---En tal sentido ha señalado que : "... la jurisprudencia, entre tantos fallos ha dicho: "Las reclamaciones por horas extras han de ser juzgadas con estrictez, exigiéndose la prueba efectiva y convincente de su realización (cfr. Vázquez Vialard y otros, en "Tratado de Derecho del Trabajo", Bs. As., 1983, T. 4, P. 81). Y no corresponde como principio, la aplicación de la presunción que prevé la LCT: 55, ya que el horario de

tarea no es un requisito que deba constar en el libro especial de la LCT: 52 (cfr. Cntrab Sala iv, 3.4.97, "Ortiz c/ Hogares Stella Maris srl", ja 1998-iii-121; id. Sala vii, 28.11.95, "Gondora c/ Kim Kyu Cha", dt 1996-a-1223; id. Scba, 20.8.91, "Aguilar c/ Matadero y Frigorífico Regional Azul"). (En igual sentido: sala d, 30.6.08, "Club comunicaciones s/ fideicomiso s/ inc. De verif. De crédito prom. Por Elvecia Casal"). Autos: CLUB DEPORTIVO ESPAÑOL S/ QUIEBRA S/ INC. DE REV. POR BUZNEGO MONICA ISABEL Y OTROS. - Ref. Norm.: L. 20744: 55. L. 20744: 52. - N° Sent.: Causa: 121016/02. - Sal

---En sentido concordante ha sostenido el STJ que "...Rubros tales como las diferencias o las horas extra resultan materia de estricta apreciación probatoria..." (cf. STJRNSL: SE 129/15, "S., D.F. c/ IFES SRL s/ ordinario s/ inaplicabilidad" (expte. nro. 26663/13-STJ, FALLO DEL 17/12/15).-...) (fallo citado en autos AUTOS "NOVICOFF MIRKO C/DEDOS S.R.L. S/ SUMARIO. Expte.Nro. 26215/15 Sent. del 13/9/16).-

---Y la jurisprudencia resulta clara y pacífica al sostener: "La inversión de la carga de la prueba no opera cuando el actor no demostró haberse desempeñado en la categoría que manifiesta y sobre cuya base invocó la remuneración en la demanda. " (cf. SCBA, L 73195 S; Fecha: 19/02/2002; autos "Ragosa, Vicente Ricardo c/ Cicarelli, Fineschi y Cía. S.R.L. s/ Despido"; SCBA, L 84984 S; Fecha: 11/03/2009, autos "Martorello, Raúl Aníbal c/ Molina, Daniel Héctor s/ Haberes adeudados, diferencias salariales, etc.", fallos publicados en Lex Doctor", jurisprudencia que citara al emitir mi voto en autos "PORRO ANDRE, María Paz y Otra C/ SANSO GABRIELA - REBATTINI S.H. S/ SUMARIO (I) (Conc.Puntoriero)", Exp. N° 22391/10, sentencia dictada el día 6/5/15.-

---Conforme el criterio expuesto, cabe señalar que ha sido claro el testigo Silvio Orcesi, respecto a los distintos horarios que correspondían a los servicios que partían desde esta Ciudad a El Bolsón, San Martín de los Andes o Puerto Montt, habiendo señalado que en el caso de esta última ruta, por ejemplo, los choferes debían presentarse a las 6,00hs. aproximadamente (a los fines de partir una hora después) y que arribando a esta Ciudad a las 21,00/21,30hs., concluían su labor una vez que realizaban las tareas referidas al baño químico, aproximadamente a las 22,00hs.-

---Respecto del horario de presentación de los choferes y las tareas que debían cumplir luego del arribo a la terminal de esta Ciudad, también se ha referido el testigo Jorge Anticura quien se desempeña como Encargado de Trafico de Via Bariloche y estimó también en alrededor de media hora la limpieza del baño químico.-

---Me remito en ambos casos y en los que he de referir más adelante, al registro

audiovisual de las declaraciones testimoniales.-

---Ahora bien, más allá de haber cuestionado la demandada la autenticidad de las tres libretas de trabajo adjuntadas por el actor (reservadas en sobre AC28C2/A (GR -que tenemos a la vista en este acto-) y siendo que se hallan intervenidas por la Secretaría de Trabajo, debo inclinarme por receptar el valor probatorio de las mismas.-

---En este sentido, los testigos Orcesi y Aldo López han reconocido que tenían una libreta de trabajo, señalado el primero que la empresa tenía una copia y la misma no ha adjuntado la mismo o ningún otro listado de los viajes realizados por el actor y planillas de los horarios de ingreso y egreso en los días en que cumplió servicio durante los años 2013 a marzo de 2015.-

---Además, habiendo sido requerida la exhibición de dicha documental en forma expresa a fs. 8, tratándose de registros que deben estar en poder de la demandada y siendo que se hallaba debidamente intimada, ante el juramento prestado por la parte actora a fs. 8vta., corresponde tener por ciertas las atestaciones insertas en dichas libretas.-

---Cabe señalar en este punto, que si bien a fs. 11 se consignó erróneamente la foja del requerimiento, la accionada no formuló pedido de aclaración alguno al respecto y de una simple lectura del escrito de inicio surge con toda claridad que instrumental debía ser exhibida.-

---Y si bien en las libretas de manera casi uniforme se consignan jornadas laborales de 12hs., en función de lo cual se habrían liquidado las horas extras detalladas en los recibos de haberes adjuntados por la demandada (cuyo originales obran en sobre nro. AC28C2/D), de un análisis de los registros remitidos por la Dirección Nacional de Migraciones (ver fs. 146 y ss.), en concordancia con las hojas de ruta adjuntadas por el actor y que se hallan reservadas en Secretaría, surge que la jornada laboral cuando el actor cumplía el servicio a Puerto Montt, se iniciaba antes de las 7,00hs. y debía necesariamente concluir a las 22,00/22,30hs, aproximadamente.-

---Basta para ello, ver que el horario de ingreso al país del ómnibus era aproximadamente a las 19,30hs., a lo que debe agregarse un mínimo de poco más de dos horas y media hasta esta Ciudad (contando la parada en Villa La Angostura) y la tareas posteriores al arribo a terminal.-

---Por ello, siendo que el actor realizó conforme dicho listado un promedio de aproximadamente 12 viajes mensuales a Puerto Montt durante el período de los dos años anteriores a su licencia, más viajes adicionales a El Bolsón o vespertinos a Puerto

Montt, por ejemplo, considero razonable fijar la cantidad promedio de 35hs. extras mensuales que no han sido liquidadas por la empleadora.-

---Finalmente y en función del criterio estricto a que me he referido, aclaro que tengo en cuenta además para no reconocer un número mayor, que en el caso del servicio a San Martín de los Andes el horario de retorno oscilaba en la hora de registro (ver testimonio Silvio Orcesi) y que corresponde deducir las sumas que efectivamente percibió en concepto de horas extras.-

---3) En lo que se refiere al reclamo en concepto de ?viáticos? (ver fs. 6vta.), entiendo que el mismo sólo puede prosperar por el monto correspondiente a almuerzo o cena (art. 18 CCT, 463/73).-

---En efecto, siendo que los choferes desayunan y meriendan en el ómnibus de manera idéntica a los pasajeros (ver dichos de los testigos Contreras), estimo que no corresponde liquidar monto alguno por tal concepto, como tampoco en concepto de alojamiento en tanto en aquellos casos (no habituales) en que el actor debió pernoctar en Puerto Montt, lo hacían en un ?bungalow? provisto por la empresa (ver testimonio de Aldo López).-

---En cambio, siendo que Chávez cumplía de manera habitual una jornada de 12 horas, no ha acreditado la demandada que le liquidara los viáticos correspondientes al almuerzo, mediante la exhibición de los recibos pertinentes.-

Máxime, teniendo en cuenta que tal como lo ha reconocido propio personal de la misma al declarar en la causa, las unidades no pueden llevar comida al país vecino.-

---III) DECISORIO:

---III-1) En consecuencia, la pretensión deberá prosperar por la cantidad de 35horas extras que deberán liquidarse por mes, por el período que abarcan los dos años anteriores a la intimación cursada y hasta el inicio de la licencia por enfermedad (10/4/2013 al 25/3/15 -calculando el proporcional en ambos meses).-

---Dichas horas deberán liquidarse al 100% de su valor, en tanto se realizaron dentro de las 12 horas de descanso obligatorio, conforme lo determinado en forma expresa por el CCT 460/73 (art. 9º, incs. ?a?, ?b?, ?d?, ?h?, e ?i?).-

---En el caso de los viáticos, el reclamo prosperará por los correspondientes ?almuerzo o cena? , calculados por 24 días al mes durante idénticos período (en tanto corresponden a cualquier ruta de las que realizaba el actor.-

---III-2) Las sumas por las que prospera la demanda devengarán a partir de la fecha de mora en el pago de cada período mensual en que se devengaron las sumas receptadas y

hasta el 31-12-14 un interés del 24% anual; desde el 1/1/15 y hasta el 31/8/16, deberá calcularse un interés del 36% anual.-

---A partir del 1/9/16 y hasta el efectivo pago, se devengará la tasa vigente en el Banco de la Nación Argentina "para préstamos personales libre destino, en operaciones de hasta 36 cuotas mensuales", conforme la doctrina fijada por el STJ de la Provincia en autos "Guichaqueo Eduardo Ariel C/ Provincia de Río Negro (Policía de Río Negro) S/ Accidente de Trabajo S/ Inaplicabilidad de Ley" Expte Nro 27.980/15 STJ.-

---III-4) En cuanto se refiere a las costas del pleito, estimo que las mismas deberán ser impuestas en un 65% a la parte demandada y en el 35% restante al accionante, por considerar que en este caso se configura en forma clara un supuesto de vencimiento parcial y mutuo en los términos del art. 71 del Cod. Proc. Civ. y Com.

---III-5) Finalmente y en cuanto al reclamo formulado por el actor en su alegato a los fines de la liquidación de diferencias salariales (ver fs. 255vta./256), el mismo no podrá prosperar.-

---Ello así, ya que más allá de resultar de aplicación normas de orden público, el Tribunal debe ajustar su actuación a insoslayables principios procesales de raigambre constitucional, tales como el de preclusión o congruencia, cuya violación tornarían de pleno derecho la sentencia en arbitraria.-

---Por lo expuesto, propongo al Acuerdo:

---1.- Hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a Via Bariloche S.A. a abonar al demandante Eduardo H. Chávez, la suma equivalente a la cantidad de 35 horas extras que deberán liquidarse en una proporción del 100% de su valor, por mes y por el período 10/4/2013 al 25/3/15 -calculando el proporcional en ambos meses)-.

---En el caso de los viáticos, el reclamo prosperara por los correspondientes a "almuerzo o cena?", calculados por 24 días al mes, durante idéntico período.-

--Las sumas fijadas en los párrafos precedentes devengarán desde la fecha de mora y hasta el efectivo pago, los intereses establecidos en el Considerando III-2.-

---La liquidación de las sumas fijadas deberá ser practicada por la parte actora en el plazo de cinco días.-

---2.- Imponer las costas del proceso en un 35% al actor y en el restante 65% a la demandada, por haber existido vencimiento parcial y mutuo en los términos del art. 71 del CPCC.-

---3.- En cuanto se refiere a la excepción de prescripción, en función de la forma en que se interpusiera el reclamo y lo aquí resuelto, su tratamiento se torna abstracto.- Con

costas por su orden, en función de la forma en que se resuelve (arts. 68 y 69 CPCC).-

---4.- Diferir la regulación de honorarios, para la oportunidad en que exista panilla de liquidación aprobada.-

---5.- Las sumas fijadas en los apartados precedentes deberán abonarse en el plazo de diez días, a partir de la aprobación de la liquidación definitiva y regulados los honorarios profesionales.-

---Mi voto.-

---A la misma cuestión planteada, los Dres. Alejandra M. Paolino y Carlos M. Cuellar, dijeron:

---Por compartir en lo sustancial los considerandos precedentes y la forma en que se resuelven las pretensiones deducidas en la causa (inclusive la deducida en el alegato del actor), adherimos al voto del Dr. Jorge A. Serra.-

---Así lo votamos.-

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

---I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a Vía Bariloche S.A. a abonar al demandante Eduardo H. Chávez, la suma equivalente a la cantidad de 35 horas extras que deberán liquidarse en una proporción del 100% de su valor, por mes y por el período 10/4/2013 al 25/3/15 -calculando el proporcional en ambos meses)-.

---En el caso de los viáticos, el reclamo prosperara por el correspondientes ?almuerzo o cena?, calculado por 24 días al mes, durante idéntico período.-

--Las sumas fijadas en los párrafos precedentes devengarán desde la fecha de mora y hasta el efectivo pago, los intereses establecidos en el Considerando III-2.-

---La liquidación de las sumas fijadas deberá ser practicada por la parte actora en el plazo de cinco días.-

---II.- Imponer las costas del proceso en un 35% al actor y en el restante 65% a la demandada, por haber existido vencimiento parcial y mutuo en los términos del art. 71 del CPCC.-

---III.- Declarar abstracta la excepción de prescripción.- Con costas por su orden, en función de la forma en que se resuelve (arts. 68 y 69 CPCC).-

---IV.- Desestimar el reclamo formulado por el actor a fs. 255vta./256.-

---V.- Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que exista panilla de liquidación aprobada.-

---VII.- Las sumas fijadas en los apartados precedentes deberán abonarse en el plazo de

diez días, a partir de la aprobación de la liquidación definitiva y regulados los honorarios profesionales.-

---VIII.- Hágase saber que en la oportunidad de practicarse liquidación definitiva se deberá incluir las sumas correspondientes a impuestos y contribuciones de ley, ello a los fines de la emisión del formulario de costas N° 008, debiendo cancelarse el mismo previo a la liberación de fondos en autos (art. 2585 del Código Civil y Comercial de la Nación y la Acordada N° 18/14 del S.T.J.).-

---IX.- Regístrese, protocolícese y notifíquese por Secretaría la presente.-

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS M. CUELLAR

Juez de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara

Ante mí:

María de los Angeles Pérez Pysny

Secretaria de Cámara Subrogante

