

## Jornada De Trabajo Horas Extras Prueba Presuncion

### JURISPRUDENCIA

### JORNADA DE TRABAJO. Horas extras. Prueba. Presunción

Se resuelve que, habiendo reconocido el empleador la realización de horas extras por parte del actor y la omisión de la empleadora de exhibir al experto contable las planillas de ingreso y egreso del actor al establecimiento, se torna aplicable la presunción establecida en el artículo 55 de la LCT. Buenos Aires, 22 de febrero de 2018. se procede a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR ALVARO E. BALESTRINI dijo: I- Contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar parcialmente al reclamo, recurren ambas partes según los escritos glosados a fs. 509/515 (codemandada Empresa Gutiérrez S.R.L.) y fs. 517/518 (actora), presentaciones respondidas por las contrarias a fs. 522/524 (codemandada Empresa Gutiérrez) y fs. 526/527 (actora). II- El agravio esbozado por la demandada con relación al progreso de las horas extras reclamadas, de prosperar mi voto, no tendrá favorable recepción en la alzada. Lo digo porque, no resulta un dato menor que la propia demandada reconoció que le abonaba al actor horas suplementarias (v. fs. 107vta. en el acápite de los hechos y recibos de sueldo glosados a fs. 73/89). Por ende, la falta de exhibición al perito contador del registro de las horas extraordinarias laboradas -que la empleadora debió llevar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, inciso 2º de la ley 11.544, lleva a aplicar la presunción establecida en el artículo 55 de la L.C.T.-. En similar sentido, se ha expedido este Tribunal en casos que guardaban puntos de conexión con el "sub examine", sosteniendo que acreditada por algún medio la labor en horario extraordinario, la omisión de la empleadora de exhibir al experto contable las planillas de ingreso y egreso del actor al establecimiento, torna aplicable la presunción establecida en el artículo 55 de la L.C.T. (ver, entre otras, S.D. Nº 19.663, de fecha 21/10/14, recaída en autos "Martínez Olga Viviana c/ City Hotel S.A. s/ Despido", del registro de esta Sala IX). No soslayo que dadas las características de la actividad por ella desempeñada (transporte público de larga distancia que rige el CCT Nº 460/73), se encontraría exenta de llevar las planillas de horario que establece el art. 6 de la ley 11.544, sin embargo el propio apelante invoca que las horas extras realizadas por el trabajador se abonaban, toda vez que surgen acreditadas en su libreta de trabajo en poder de la empresa y el trabajador, donde se consignan las horas efectivamente trabajadas por el dependiente (v. fs. 100). El recurrente insiste en la solución contraria, sosteniendo de la prueba documental -recibos de sueldo suscriptos y reconocidos por el actor- surge que a éste se le abonaron todas las horas extras y ello surge del Código 121 "hs. Extras Convenio-", sin embargo soslaya que de un detenido análisis de dicha instrumental se reconocieron solamente los documentos de fs. 66, 67, 68, 69 -acompañados en el responde- que no contienen liquidados dicho Código, aun cuando la parte actora haya acompañado el recibos de sueldo de fs. 139 que lo contiene. Por lo demás, los testigos de fs. 488 y 490 -que pretende hacer valer en la alzada- no han logrado desvirtuar la presunción, pues Ponce (fs. 488) señaló en forma genérica que efectuaban vueltas de 32 horas y que le abonaban por 38 horas, lo que dista del relato del responde y por su parte Muñoz (fs. 490) afirmó que se abonaban 36 horas, lo que tampoco arroja luz sobre el tema. En conclusión, las circunstancias apuntadas en cuanto a que la demandada reconoció que le abonaba al actor las horas suplementarias y la falta de exhibición de la documentación que da cuenta el horario de su dependiente, me forman convicción respecto del horario denunciado en el inicio y receptado por el Sr. Juez de grado. En definitiva, por lo expuesto, sugiero confirmar también este segmento del pronunciamiento de grado. III- Tampoco resulta viable el agravio de la parte demandada dirigido a cuestionar la procedencia de los rubros: "obligaciones previas y anteriores?", "atrasos justificados?" y "recargo por nocturnidad?". Digo ello pues, para admitir las diferencias salariales correspondientes a esos rubros el sentenciante expresó: "... la demandada debió hacer las diligencias necesarias para la realización del peritaje contable en extraña jurisdicción, sin embargo no lo hizo ... consintió expresamente el cierre de la etapa probatoria...". En consecuencia y ante dicha omisión, el Sr. Juez a quo resolvió la aplicable lo dispuesto en el art. 55 de la LCT, y en consecuencia tuvo por cierto que al actor se le abonó en forma incorrecta los adicionales previstos en el art. 9 de la norma convencional. A mi juicio tales fundamentos no se encuentran debidamente rebatidos, pues en definitiva la controversia habida en autos giraba en torno a si las constancias registradas en la libreta de trabajo del actor vinculadas al pago de los adicionales de convenio que aquí se reclamaron (recargo por nocturnidad, atrasos justificados, toma y deje y atraso hora de arribo) se ajustaban a la realidad o no. Tal como fueron invocados los hechos en el inicio, se advierte que concretamente se adujo que las constancias de la libreta de trabajo no reflejaban la realidad y no coincidían con los datos plasmados en las "planillas de viajes" y "hojas de ruta", en las cuales se dejaba constancia del número de interno que conducía, nombre de los conductores, cantidad de viajes, fechas, recorridos, hora de salida llegada y tiempo de trabajo que le insumía cada viaje (v. fs. 5vta. y 7 "in fine"). En ese marco de controversia estimo que las planillas resultaban necesarias para dirimir la cuestión en la medida que justamente lo que se pretendía era corroborar la existencia de diferencias entre ambos asientos de los cuales a su vez pudieran surgir las diferencias salariales pretendidas y tal carga probatoria, a mi juicio y de acuerdo a la

distribución dinámica de la carga de la prueba, pesaba sobre la demandada pues era quien se encontraba en mejor posición para dilucidar la contienda en tanto las planillas las confeccionaba ella y obraban en su poder. Y si bien no soslayo que el demandado a fs. 112 señaló que abonó lo adeudado y que ello surge de los asientos contables, para lo cual acompaña la documental de fs. 66/96 y fs. 122/131 -recibos, planillas y horas de ruta-, sin embargo soslaya que las mismas han sido desconocidas a fs. 185. A esto es oportuno agregar, que las declaraciones testimoniales de Pérez, (fs. 433); Aguilar (fs. 436) y Ponce (fs. 488) son coincidentes en señalar que se registraba en la libreta de trabajo datos desdibujados. En definitiva, considero que deberá confirmarse la sentencia de primera instancia en la medida que considera aplicable al presente caso la presunción del art. 55 L.C.T., respecto de las planillas confeccionadas por la demandada y sobre cuya base liquidaba luego los adicionales convencionales que aquí se reclaman. Como consecuencia de todo lo expuesto propongo que se confirme la sentencia de primera instancia en la medida que fue materia de agravios por la demandada.

IV- Igual suerte desestimatoria correrá el disenso vertido por la parte demandada frente al acogimiento de la multa establecida en el artículo 10 de la ley 24.013, toda vez que contrariamente a lo establecido por el recurrente, de la lectura de las declaraciones que sobre este tópico brindaron los testigos Pérez (fs. 433) y Aguilar (fs. 436) se verifica la existencia de pagos clandestinos que por el monto de sus haberes hace deducible que el salario que se asignó el demandante en el inicio resulte proporcionado y razonable en función de la apreciación global de las características probadas e inferibles de la prestación desarrollada y de la relación laboral de que se trata, y en orden a la índole y modalidad de las tareas y categoría laboral desempeñadas por aquella, horario de trabajo cumplido, tiempo de prestación de servicios y antigüedad laboral que ostentaba la trabajadora (cfr. arts. 56, L.O. y 57, L.C.T. y C.S.J.N Fallos 308:1078 in re "Ortega, Carlos c/Seven Up Concesiones y otra" del 10/7/86). Destaco en particular, que las referidas declaraciones testificales (en especial la brindada por el testigo Aguilar -fs. 436-, quien -conforme declaró- fue testigo presencial de los pagos clandestinos a los empleados), respaldan la decisión adoptada en el fallo apelado, pues, analizadas íntegramente y en sana crítica (arts. 90 de la L.O. y 386 y 456 del C.P.C.C.N.) se observan suficientemente objetivas y verosímiles para acreditar la existencia de retribuciones no registradas. Lo digo, porque los citados testigos fueron coincidentes y precisos respecto de la metodología y modalidad de pago de los salarios instrumentada por la accionada, y fueron contestes en que era práctica común y habitual en la empresa demandada el pago de remuneraciones en forma indocumentada a partir de las 240 horas mensuales, revistiendo sus dichos plena fuerza probatoria y valor convictivo suficiente en este aspecto, por haber sido compañeros de trabajo del actor y por el hecho de haber percibido salarios de esa manera y haber presenciado el momento del cobro de la remuneración por parte de ésta. Así el testigo Pérez señaló que: "... ganaban empresa de 240 horas por recibo y después le pagaban en negro a partir de las 240 horas en hora básica ...?". Por su parte Aguilar manifestó que: "... cobraban por recibo \$3.500 o \$3.200 y les pagaban en negro las horas extras \$2.200 según las horas extras que hacían...?". En dicha inteligencia, cabe poner de relieve que las apreciaciones que formula en el memorial recursivo con el fin de desvalorizar dicha prueba testimonial, carecen de la relevancia pretendida para desmerecerla. Ello pues la circunstancia de que los montos no coincidan exactamente, no desmerece la declaración en cuanto a que la metodología de la empresa era pagar en negro cierta parte de la remuneración; y en cuanto a la declaración de Aguilar, quien tiene juicio con la demandada, es dable señalar que ello no priva a sus dichos de credibilidad, sino que obliga a analizarlos con mayor estrictez (art. 386 del C.P.C.C.N.). Finalmente, arriba libre de controversia lo expuesto por el Juez a quo en cuanto a que ante la duda en el análisis de la prueba debe estarse a lo establecido en el art. 9 LCT. En consecuencia, por los motivos expuestos, voto por desestimar también este segmento de la queja y confirmar lo decidido en la sede de origen a su respecto, en cuanto hace lugar a la multa del art. 10 aludida.

V- Tampoco tendrá la recepción esperada la crítica del demandante ante el rechazo de las diferencias salariales por el rubro "falta de descanso". Digo ello pues, aun cuando asista razón al quejoso en cuanto a que el pago de las horas suplementarias en el 50% no compensarían la "falta de descanso" entre jornada y jornada en el 100% por el periodo de descanso que el actor no hubiera gozado (cfr. CCT n° 460/73), sin embargo el agravio no prosperará en razón de que no se advierte debidamente especificado tal sustento. En este sentido destaco que las únicas referencias fácticas que se encuentran para avalar esta pretensión en el inicio no son sino las que figuran a fs. 8vta., que refiere a que el actor realizaba viajes mensuales y detalla que ello responde a 5 a 7 vueltas, pero nada refiere a los "rebotes" ("el rebote quiere decir que se llega y se vuelve a salir sin las 12 horas de descanso"). A ello se suma que los testigos arrimados a la causa tampoco brindan claridad sobre el rubro acerca del grado de certeza necesario a fin de respaldar la cantidad de horas denunciada a fs. 12 ?in fine?, toda vez que Pérez (fs. 433) refiere en forma genérica que el actor efectuaba 8 o 10 vueltas sin referirse a la cantidad de periodos de descanso sin abonar (v. fs. 433) y Aguilar (fs. 436) que el actor efectuaba 7 vueltas y 9 rebotes (v. fs. 436). Así las cosas, y en tanto en la liquidación practicada a fs. 12 existe una suma global de \$9.898,98 sin especificar como se llega a ella (cfr. art. 65 L.O.), propongo que se desestime la queja.

VI- Asimismo, corresponde confirmar la condena a hacer entrega al actor del certificado de trabajo decidido en la anterior instancia (salvo el de aportes y contribuciones que se puede obtener directamente del ANSES), en tanto no se ha acreditado en autos la oportuna entrega de dichos instrumentos con los reales datos de la

relación laboral. Y si bien no soslayo que el apelante sostiene que resulta de cumplimiento imposible dicha manda atento no surgir del pronunciamiento los montos que deben constar en el mismo, sin embargo el Sr. Juez a quo resolvió su confección, dentro de los treinta días de quedar firme la liquidación a practicarse en la etapa prevista por el art. 132 L.O. y de acuerdo a los parámetros establecidos en el presente pronunciamiento. De modo que corresponde desestimar el agravio en el punto, lo que así voto. VII- Por lo demás, carece de trascendencia recursiva el cuestionamiento de la parte actora tendiente a revertir las costas del proceso, en tanto pretende variar lo resuelto, aduciendo como único argumento que se impongan a la parte demandada vencida en la acción que sustancialmente prospera, soslayando que se rechazó el reclamo en lo principal que decide. VIII- En cuanto a los honorarios regulados en la instancia de grado, que se encuentran apelados por la Dra. María Inés González -por derecho propio- por considerarlos reducidos, teniendo en cuenta el mérito, calidad y oficiosidad de las tareas desarrolladas y lo normado por los arts. 38 L.O., arts. 3 y sig. Ley 21.839, modificada por la ley 24.432, soy de opinión, que resultan adecuados, por lo que propongo su confirmación. IX- Atento la forma de resolverse los agravios, sugiero imponer las costas de alzada, en el orden causado (cfr. art. 68, segunda parte del CPCCN), y a tal fin, regular los honorarios de la representación letrada de cada parte, por sus actuaciones en esta alzada, en el %, de lo que, en definitiva, le corresponda percibir por sus actuaciones en la anterior instancia (art. 14 ley 21.839). EL DOCTOR ROBERTO C. POMPA dijo: Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede. EL DOCTOR MARIO S. FERA no vota (art. 125 L.O.).- A mérito del acuerdo que precede el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo lo que decide y fuera materia de apelación y agravios; 2) Imponer las costas de la Alzada en el orden causado; 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de cada parte, por su actuación en esta alzada, en el % de lo que les corresponda a cada una de ellas por la anterior instancia. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.- Roberto C. Pompa Alvaro E. Balestrini -Juez de Cámara- -Juez de Cámara- Ante mí.- Guillermo F. Moreno -Secretario de Cámara- 028396E