



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

**ACUERDO:** En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los treinta y un (31) días del mes de octubre del año 2019, la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores Alejandra Barroso y Pablo G. Furlotti, y por la Dra. María Julia Barrese, llamada a dirimir la disidencia suscitada; con la intervención de la Secretaria de Cámara Dra. Rosa Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"AGUIRRE JONATHAN ARIEL C/ TARIFEÑO FRANCISCO S/ DESPIDO"** (Expte. 47.305/2016), del Registro del Juzgado Civil, Comercial, laboral y de Minería Nro. 2 de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes, en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes dependiente de esta Cámara de Apelaciones.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

**I.-** A fojas 142/152 se dictó sentencia de primera instancia con fecha 5 de julio de 2019, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente rechaza la demanda, impone costas y difiere la regulación de honorarios hasta que se practique liquidación de los intereses que se hubieran devengado en caso de haber prosperado la misma (arts. 20 y 47 de la LA).

**II.-** Contra el pronunciamiento citado se alza la parte actora quien interpone recurso y expresa agravios mediante escrito obrante a fs. 154/162.

Conferido el pertinente traslado el mismo es contestado por la demandada a fs. 164/167vta. mediante gestor procesal, gestión que es ratificada conforme resulta de fs. 168/169.

### **III.- Agravios:**

El apelante, luego de una reseña de los antecedentes de autos, ingresa a plantear las quejas.

#### **1.- Primer agravio:**

En su primer cuestionamiento, y con transcripción de la parte pertinente del decisorio en crisis, controvierte que el a quo haya considerado que no se realizó una correcta intimación al pago de horas extras ya que no se brindó explicación o detalle preciso para determinar en qué días u horarios se habrían cumplido tales servicios extraordinarios, ni se dan referencias mínimas para establecer si dichas horas son al 50% o al 100%, todo lo cual entiende el sentenciante produjo un estado de indefensión en el empleador.

Considera que la intimación que resulta del telegrama obrante a fs. 3 contiene todos los requisitos que pueden serle exigidos a un trabajador, dentro de la falta de información con que cuenta, siendo que los duplicados recibos de sueldo se le entregaban al actor periódicamente.

Insiste en que en la intimación se aportaron las pautas que claramente permitían al empleador determinar la cuantía de las horas extras que se reclamaban, quien podía calcular el monto de las mismas, sin embargo sólo rechazó dicha comunicación de manera genérica.

Destaca que no se tiene en cuenta que la empleadora en el intercambio telegráfico negó que la jornada del actor excediera el plazo previsto legalmente y que al contestar demanda afirmó en cambio que cuando existía falta de descanso o jornada prolongada las horas extras eran rigurosamente pagadas, como surge de los recibos de sueldo que se acompañaron.

Considera que con la prueba testimonial rendida, debió tenerse por acreditado que la actora trabajaba horas suplementarias de manera habitual.

En cuanto a la extensión de la jornada indica que la empleadora no puso a disposición las planillas horarias ni ninguna documentación respaldatoria de sus dichos.

Señala que del informe pericial contable resulta que la demandada nunca suministró la documentación que la perito le requirió.

#### **2.- Segundo agravio:**

En su segundo planteo controvierte la ponderación de las declaraciones testimoniales de Panguilef y Cabezón.

Por las consideraciones que expone y a las que me remito, entiende que estos testigos acreditan la realización de trabajo desempeñado por encima del tope del horario legal. Transcribe partes pertinentes de las declaraciones.

Destaca que el a quo desliza que uno de los testigos se encuentra alcanzado por las generales de la ley, lo cual no es correcto, además de que no precisa a cuál de los testigos se refiere y por qué motivo sostiene esa conclusión.

#### **3.- Tercer agravio:**

En este planteo considera que el sentenciante ha incurrido en error en la aplicación del art. 242 de la LCT, por los motivos que expone y a los que me remito en honor a la brevedad.

#### **4.- Cuarto agravio:**

En esta queja sostiene que la jurisprudencia invocada en la decisión en crisis resulta inaplicable a este caso por las razones que indica. Transcribe dichos fallos.

#### **5.- Quinto agravio:**

Finalmente cuestiona la imposición en costas, solicitando, en primer lugar, que al hacer lugar al recurso se proceda a imponerlas a la demandada.

Sin perjuicio de ello, y para el hipotético caso en que se confirme lo decidido, igualmente entiende que las

circunstancias ameritan el apartamiento del principio de la derrota y solicita que en ese caso se impongan por su orden.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se haga lugar al recurso interpuesto en lo que ha sido materia de agravios.

**IV.- Contestación de agravios:**

La demandada en su contestación plantea en forma preliminar la deserción del recurso por no cumplir las exigencias del art. 265 del CPCC.

Seguidamente contesta los agravios indicando en primer lugar, con respecto a la intimación al pago de horas extras, que el actor debió saber y precisar qué días y qué horas trabajó y el monto del reclamo.

Sostiene que nadie puede defenderse sin saber qué días se realizaron las tareas que se pide le paguen, su monto y extensión.

Destaca que el a quo se enrola en la pacífica jurisprudencia nacional y local que exige que la prueba de la realización de las horas extras debe ser terminante y no dejar lugar a dudas, máxime si el reclamo se produce contemporáneamente o con posterioridad al despido.

Refiere luego a la valoración de la prueba testimonial, realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas.

**V.-** En forma preliminar, subrayo que considero que las quejas traídas cumplen con la exigencia legal del art. 265 del CPCC.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto

de San José de Costa Rica), en el marco del principio de congruencia.

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

**VI.-** Sentado lo anterior y expuesta brevemente la postura de la apelante, ingresaré al tratamiento de los agravios.

**1.-** La sentencia, luego de señalar algunas circunstancias fácticas del caso en cuanto al intercambio telegráfico y la causa del despido indirecto invocado por el actor (falta de pago de horas extras), ingresa a analizar si la intimación se produjo en debida forma y si la negativa del empleador justifica la voluntad rupturista del demandante, es decir si constituye injuria suficiente de conformidad con lo establecido en el art. 242 de la LCT ya que entiende que las horas extras sin perjuicio de ser normales y habituales no pueden considerarse como una modalidad esencial del contrato de trabajo.

En orden a la intimación señala que el actor intimó el pago de 10 horas semanales sin haber brindado detalle preciso para su determinación, no consignando en qué días y horarios supuestamente cumplió dichos servicios ni da una referencia mínima para que el empleador pueda establecer si las mismas son al 50% o al 100%, ni cuál es el monto exacto que reclama.

Entiende que esta situación produjo un estado de indefensión en el empleador, que le impidió analizar la pertinencia de la interpelación y motivó el rechazo fundado del ambiguo requerimiento.

Invoca el art. 243 de la LCT y sostiene que este incumplimiento es suficiente para desestimar la demanda.

Sin perjuicio de que este motivo sería suficiente para rechazar la demanda como el mismo sentenciante lo pone de manifiesto, continúa analizando la viabilidad del reclamo.

En este orden, considera que existe una orfandad probatoria del trabajo en horas extraordinarias, considerando que de los haberes resulta el pago de horas extras, por lo que la prueba de su insuficiencia debe ser contundente.

Analiza las declaraciones testimoniales rendidas en autos considerando que es la única prueba aportada al respecto y descalifica su valor convictivo considerando que los testimonios no son suficientes para desvirtuar las constancias probatorias documentadas.

Así, concluye que la intimación no fue correcta y que no pudo probarse la causa invocada.

Sin perjuicio de que estas circunstancias hubieran bastado para decidir la cuestión, ingresa seguidamente a valorar el carácter injurioso de la causal invocada (aunque no probada), en los términos del art. 242 de la LCT.

En este marco, considera efímero el plazo de 48 horas otorgado para el cumplimiento de lo requerido, por lo tanto entiende que el despido es incausado, y, en atención a la escueta intimación también injustificado.

Establece el marco teórico recurriendo a la postura que exige determinado estándar probatorio de las horas extras en tanto las mismas resultan ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo.

Cita a tales efectos jurisprudencia de esta Alzada, puntualmente autos "Bustos c/ Vía Bariloche", sentencia de fecha 13 de agosto de 2014, Sala II, integrada en la ocasión por la Dra. Barrese y el Dr. Troncoso integrantes de esta Cámara Provincial de Apelaciones y correspondiente a la OAPyG de SMA. En dicho precedente igualmente se citan los autos "Maluenda c/ Rima" de la ex CTF de Cutral Co, voto del Dr.

Troncoso al que adhiriera en la ocasión la Dra. Martínez de Corvalán y el Dr. Furlotti, sentencia de fecha 15 de septiembre de 2008; y también se cita el precedente "Brizuela c/ Bahía Manzano", de la ex CTF de SMA, con el primer voto de la Dra. Folone, sentencia de fecha 25 de abril de 2013.

En estos términos, rechaza la demanda e impone las costas a la parte actora.

**2.-** Ingresando centralmente a la queja del apelante, destaco que voy a analizar los agravios traídos a esta instancia en forma conjunta, y en primer lugar, desarrollaré el marco teórico que considero aplicable al caso.

**a) Horas extras. Prueba:**

Con relación a la prueba de las horas extras he de disentir con el sentenciante en cuanto sostiene que la demostración de las mismas debe ser contundente y asertiva en cuanto a su extensión inclusive, con cita de jurisprudencia.

En este aspecto, he de citar la doctrina de nuestro Tribunal Superior de Justicia, voto del Dr. Massei al que adhiriera el Dr. Kohon en el precedente "Reyes Barrientos" y que comparto: "...Con respecto a la prueba de las horas extras se debaten -en estos tiempos- varias cuestiones. En primer término, si alcanzan las simples presunciones para tener por demostrada su realización y cantidad; o, en cambio, si es necesario que el trabajador pruebe de manera contundente, precisa y directa esos hechos."

"Por otro lado, acerca de las cargas que pesan sobre el empleador respecto al trabajo complementario, aspecto relacionado directamente con el anterior. (DE MANUELE, Abel Nicolás-FREM, Gabriel, Jornada de Trabajo y descansos, análisis doctrinario y jurisprudencial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2013, pag. 354-55)."

"Los diferentes pronunciamientos judiciales marcan una evolución sobre el tema a partir de exigírsele en otros

tiempos que la persona trabajadora demuestre en forma precisa y estricta las horas extras. En cambio, actualmente basta con probar -por cualquier medio- que se prestó tareas por encima del horario legal, para que se desplace el onus probandi - carga de la prueba- y sea el empleador el que deba exhibir el registro ordenado por el Art. 6° de la Ley 11.544. (aut. y ob. Cit.)."

"Incluso la Suprema Corte de la Buenos Aires ha variado la doctrina anterior: "Acreditado que el actor prestó servicios en exceso de la jornada legal y en atención al contenido de las normas que imponen al empleador la obligación de llevar registro de esa prolongación (arts. 6°, ley 11.544; 21, dec. 16.115/33); más allá de que tales asientos no se realicen en el libro especial del artículo 52 de la LCT toda vez que no hay previsión legal expresa en ese sentido, no hay obstáculo para aplicar los preceptos de los artículos 55 de la L.C.T. y 39 de la ley 11.653, en cuando disponen una presunción relativa de veracidad de la afirmación del trabajador -en este caso referida a su tiempo de trabajo cuando el empleador no cumple su carga de registración" (SCJBA, 22-2-2012, L 99.688 S, "López, Juan Ismael Osvaldo c/ Ardapez S.A. s/ despido")...". (TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NEUQUEN, Acuerdo 10 del 16 de junio de 2016, autos **"REYES BARRIENTOS SEGUNDO B. C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"**, Expte. Nro. 70 - Año 2013).

En el mismo sentido ya he tenido oportunidad de expedirme reiteradamente en autos: **"AGUILERA GRACIELA C/ GIUSSANI JOSE S/ DESPIDO INDIRECTO"**, 29.421/11 de fecha 01/07/2014; también en autos **"RAMIREZ AYELEN MARISOL C/ DOMINGUEZ PABLO ANDRES Y OTRO S/DESPIDO"**, Expte. Nro.: 33235, Año: 2012, sentencia del 30 de julio de 2015; y también en autos: **"ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, Expte 3836/2012 sentencia del 11 de diciembre de 2015; todos

precedentes de la OAPyG de San Martín de los Andes. En el mismo sentido postulé en autos **"NOLAZCO PEREZ VICENTE C/ P.C.C. S.R.L. S/DESPIDO INDIRECTO"**, Expte. Nro.: 29534, Año: 2011, sentencia de fecha 16 de mayo de 2014, OAPyG de Zapala; y también en autos **"PARDO JORGE OMAR C/ TRANSPORTE PEDUZZI SRL S/ DESPIDO INDIRECTO"**, Expte. 57428, Año 2012, Acuerdo de fecha 30 de junio de 2016, de la OAPyG de Cutral Co, voto al cual adhiriera el Dr. Furlotti con cita del precedente "REYES BARRIENTOS" de nuestro TSJ.

Además de ser esta interpretación la doctrina del TSJ de Neuquén y la doctrina legal de la SCBA, igualmente se han expedido en el mismo sentido la CNAT en los precedentes "Kolmaier, Rael c/ Derudder S.R.L. s/ diferencias de salarios", expte. 13.817/99, Sala II, 14/5/2007; "Rodríguez Ayquipa, Carlos c/ Bolzonella, Carlos y otro s/ despido", expte. 6071/06, Sala II, 28/12/2006; (citados en: De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 362); Sala IX, "Terranova, Hugo Marcelo c/ Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. s/despido", 25/03/2013, la ley online, entre muchos otros.

He de agregar que en igual sentido la doctrina destaca que ha habido "... una marcada evolución de la jurisprudencia, en donde en un inicio se exigía una prueba calificada, hasta llegar a la actualidad, en la que prevalecen los principios básicos del Derecho del Trabajo y sobre todo la Constitución Nacional (art. 14 bis) y los tratados internacionales." (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 354)."

"Se afirma que en los años 90, privilegiando la flexibilización laboral sobre los derechos de los trabajadores, la CSJN se inclinó por considerar que la jornada en exceso era un supuesto de excepción que requería prueba fehaciente, sin embargo y, contrariamente "... hoy en día podemos

orgullosamente decir que la realidad jurisprudencial ha variado, esencialmente con la renovación de los tribunales y por un mayor reconocimiento de los derechos sociales, principalmente con la aplicación de los tratados internacionales y de la humanización de las potestades de los trabajadores...".(De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; "Jornada de Trabajo y Descansos...", pág. 354/355).-

En "ALCARAZ C/ CHECHILE" sostuve que participo del criterio que entiende que, si el trabajador consigue demostrar que su trabajo se efectuaba por encima de la jornada legal, cabe considerar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del empleador en cuanto a registrar los mismos en los asientos tipificados por el art. 6 de la ley 11.544, y, en su caso, tenerlas por ciertas (en su extensión), en tanto la estimación realizada en la demanda resulte creíble o verosímil y no visiblemente exagerada y tampoco se encuentre controvertida por la prueba producida.

En este sentido, si se encontrara acreditado que el trabajador prestó tareas en exceso de la jornada, ante la falta de exhibición del registro especial donde conste el trabajo prestado en horas extraordinarias (arts. 52 incs. g. y h. y 55 de la L.C.T. y art. 6 inc. C de la ley 11.544), debe presumirse que es verosímil la jornada y las horas extras denunciadas en el escrito de inicio, es decir que la presunción se aplica a su extensión.

Nuestro Tribunal Superior de Justicia se ha expedido también en forma similar en otro precedente anterior a REYES BARRIENTOS: "...3- Corresponde el pago de las diferencias que en concepto de horas extras reclamadas por la actora, admitidas por la empleadora y corroboradas por los testigos aportados, por cuanto el convenio de la actividad prevé una jornada semanal de 36 hs. y la empleadora no probó llevar el libro de registro especial en el que debía constar el trabajo

efectivamente prestado en horas extraordinarias, obligación que también imponen los Arts. 8 y 11, punto 2, de los Convenios 1 y 30 de la O.I.T., ambos ratificados y de jerarquía supra legal de acuerdo al Art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional...". ("SUÁREZ MARIELA DEL CARMEN C/COMUNICACIONES Y MEDIOS S.A. S/ COBRO DE HABERES", Expte. N° 68 - año 2011, TSJ de Neuquén, Acuerdo 38/15).

Sin perjuicio de resultar reiterativa, también cabe citar jurisprudencia al respecto: "Reconocido el desempeño del trabajador durante horas extra, la ley 11544 art. 6 inc. c, obligaba al empleador a llevar un registro de todas las horas extra trabajadas y ante la falta de tal exhibición, resulta procedente la presunción del art. 55 LCT." (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X • 19/02/1998 • Bonanno, Fabián A. v. Golago S.A. •30000484).

Asimismo, cabe recordar lo dispuesto por el art. 58 de la LCT que impide admitir presunciones en contra del trabajador derivadas de su silencio, o de cualquier otro modo que no sea un comportamiento inequívoco, y aún así, he de agregar, cabe respetar el principio de irrenunciabilidad y el orden público laboral que impone normas inderogables aún para la voluntad de las partes.

En estos términos, la circunstancia de que el trabajador no haya reclamado las horas extras durante la relación laboral o haya guardado silencio al respecto, no tiene ninguna relevancia.

En este mismo sentido ya me he expedido igualmente en autos "CASIANO C/ ASOCIACION DEPORTIVA CLUB LACAR", de la OAPyG de San Martín de los Andes: "...En la relación contractual de trabajo subordinado existen mínimos inderogables que conforman el orden público laboral y que están fuera del ámbito de negociación de las partes, y resultan irrenunciables

para el trabajador; estos mínimos se incluyen ope legis en el contrato de trabajo.”

“Por estas razones y principios, resulta irrelevante que el trabajador haya guardado silencio durante toda la relación laboral o que sólo reclame sus derechos una vez finalizado el contrato de trabajo.”

“En el contrato de trabajo, considerando la situación de desigualdad negocial de las partes, es probable que el trabajador no se encuentre en condiciones de reclamar durante la vigencia de la relación, por temor a perder su fuente de trabajo.”

“La doctrina sostiene en este aspecto que: “...En efecto, el obrero durante la ejecución del contrato siente más que nunca su falta de libertad...” “... El temor... de perder el empleo se transforma en una fuerza de coacción que actúa sobre la voluntad del empleado, como una de las peores formas de la violencia moral...” “... La renuncia de derechos es presumida insuficientemente libre y debe ser anulada. El estado de subordinación llega a su fin al terminar el contrato...” (Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo II, pág. 259, con cita de De Ferrari, Francisco, Derecho del Trabajo)...”. (**CASIANO CLAUDIO ALEJANDRO C/ ASOCIACION DEPORTIVA Y CULTURAL LACAR S/DESPIDO INDIRECTO**”, Expte. Nro.: 34983, Año: 2013. Acuerdo de fecha 16 de mayo de 2016, Sala I de esta Cámara Provincial de Apelaciones, OAPyG de SMA).

**b)** En este marco teórico, he de analizar en primer lugar y por una cuestión lógica si el actor pudo acreditar la realización de horas extras y la falta de pago de las mismas, motivo que invocara como causa del despido indirecto en que se colocó.

En el telegrama de fecha 10 de septiembre de 2015 el actor reclama el pago de 10 horas extras semanales que excederían de

las 48 hs., la cuales alega no le fueron compensadas por descansos ni le fueron abonadas (fs.3).

En su contestación la demandada niega adeudar horas extras, niega también que el actor realice horas extras que no le fueran abonadas y niega asimismo que la jornada ordinaria del actor exceda el plazo previsto legalmente (CD de fs. 4).

Al iniciar la demanda el actor denuncia una jornada laboral de 15.00 hs. a 08.00 hs. del día siguiente durante dos días a la semana y de 24 hs. corridas de 08.00 hs. a 08.00 hs. del día siguiente los fines de semana que se desarrollaban el día sábado o el domingo.

Por su parte la demandada en su contestación niega la jornada laboral denunciada por el actor y afirma que sus horarios eran rotativos, que trabajaba 48 horas semanales y que en las oportunidades en que trabajaba horas extras las mismas le eran abonadas.

En estos términos advierto que la demandada ha acompañado copias de recibos de sueldo a fs. 45/77, de los cuales resulta que a partir del mes de febrero de 2015 se le habrían abonado una cantidad de horas extras al 50% y al 100% un poco variable. En febrero/15 se le habrían abonado 27 horas extras, en marzo/15 56, en abril/15 32, en mayo/15 40, en Junio/15 25, en julio/15 45, en agosto/15 8 y finalmente por los días trabajados de septiembre/15 hasta el despido 8 horas extras.

Cabe señalar entonces que la demandada no niega la realización de horas extras, sino que, en todo caso, expresa que las mismas fueron compensadas con las horas de descanso de conformidad con lo previsto por el CCT 507/07 aplicable al caso, o fueron debidamente abonadas conforme surgiría de los recibos de sueldo que acompaña.

A su vez destaco que esa cantidad de horas extras que reconoce la demandada no difiere sustancialmente de la cantidad de horas extras mensuales que denuncia el actor en su

demanda como trabajadas por mes, esto es la cantidad de 40 horas extra mensuales. Es decir que, si bien no coinciden exactamente, considero que la cantidad de horas extras denunciadas por el actor como trabajadas, no resulta inverosímil.

Cabe considerar también que en el auto de apertura a prueba (fs. 85/87) se le requirió judicialmente a la demandada que acompañe la documentación cuya intimación solicita la actora, para que exhibiera los libros, registros contables y de horarios, planillas y demás documentación necesaria para realizar la pericia contable, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 38 de la ley 921 y art. 388 del CPCC, lo cual le fue debidamente notificado al demandado conforme surge de fs. 100/100vta.

Destaco que de la pericia contable (fs. 112/114), como así también de la respuesta dada a los puntos de pericia puestos por el Juzgado de oficio (fs. 118), surge que la experta requirió la documentación en el Juzgado y le informaron que no habría sido acompañada, a pesar de lo cual se comunicó con el abogado de la demandada quien le manifestó que se la enviarían, pero nunca lo hicieron.

Por su parte, destaco especialmente que los recibos acompañados por la demandada fueron expresamente desconocidos por el actor, y que, los obrantes a fs. 50/55, 62 y 65/77 carecen de firma del actor.

El actor al contestar el segundo traslado, desconoce la totalidad de los recibos acompañados y también desconoce la autenticidad de la firma que ostentan algunos.

Posteriormente, en el escrito obrante a fs. 94, reconoce la autenticidad de la firma inserta en los recibos de fs. 45, 47, 60 y 61 exclusivamente, los cuales no registran el pago de horas extras.

Por su parte, al ordenarse el traslado de demanda se intimó expresamente a la demandada a contestar demanda y acompañar los recibos de haberes correspondientes al periodo de la relación laboral bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 38 de la ley 921 (intimación de fs. 23), que fuera transcripta en la cédula de traslado en la cual igualmente se transcribieron los arts. 21 y 38 de la ley 921 (fs.40/41).

Los recibos acompañados no tienen la firma del trabajador y fueron desconocidos por éste, así como también fue desconocida la autenticidad de la firma que surge de algunos de ellos, sin que la demandada haya aportado ninguna otra prueba al respecto.

De todo lo desarrollado precedentemente en orden a las circunstancias de la causa, y en el marco teórico descrito en VI, 2.- a), considero que corresponde aplicar el apercibimiento dispuesto por el art. 38 de la ley 921 así como lo normado en el art. 55 de la LCT, debiendo tenerse por ciertos los hechos alegados por el actor que en esa documentación debían constar, muy especialmente las planillas horarias de horas suplementarias que es la materia controvertida concretamente en autos (arts. 6°, ley 11.544; 21, Dec. 16.115/33), siendo que medió declaración jurada sobre estos hechos en la demanda conforme lo exige esa norma (fs. 16vta.), y que la demandada no negó la realización de horas extras sino que opuso como hecho impeditivo al progreso de la acción que las realizadas habían sido abonadas, y por ende estaba obligada a llevar registros, e incumplió el requerimiento judicial que se le formulara en ese sentido.

Considero que lo expuesto es suficiente para tener por acreditadas las horas extras denunciadas por el actor en su demanda, sin perjuicio de lo cual pondero que los testigos Sres. Panguilef y Cabezón se expresan en forma conteste, es decir que no desvirtúan los hechos presumidos por la ley, y

entiendo que ninguno de ellos está comprendido en las generales de la ley.

**c)** Sentado lo anterior, y teniendo en consideración que el actor reclama el pago de las horas extras adeudadas, seguidamente ingresaré a tratar el rubro en cuestión.

Como dije, los recibos acompañados resultan insuficientes para acreditar que las mismas fueron abonadas, además de constatar que las horas extras figuran en los recibos de sueldo a partir del mes de febrero de 2015 y hasta el mes de septiembre de 2015, fecha del distracto, conforme lo consigné precedentemente, mientras que el actor reclamó en su intimación se le abonen las horas extras por el periodo no prescripto, es decir, en este caso, desde el mes de octubre de 2013 al mes de agosto de 2015.

Entiendo, contrariamente a lo sostenido por el sentenciante, que el dictamen pericial que informa a fs. 103 numerosos pagos al actor en concepto de horas extras y que se condice con los recibos de sueldo, tampoco es suficiente para acreditar su pago, ya que evidentemente se condice con los recibos de sueldo porque ha sido la única documentación con la que ha podido contar la perito, y si no son válidos los recibos tampoco puede serlo el informe que se funda en tales recibos.

Sin embargo, tengo en cuenta que a fs. 101 obra informe del Banco Credicoop del que resultan las acreditaciones en la caja ahorro sueldo del actor provenientes de la cuenta corriente de titularidad del demandado desde el 16 de diciembre de 2014 y hasta el mes de septiembre de 2015, acreditaciones que se condicen, aunque no totalmente, pero razonablemente, con los montos que resultan de los recibos de haberes y de lo informado por la perito a fs. 103.

No dejo de advertir que existen algunas inconsistencias con los recibos de haberes.

Sin perjuicio de ello, considero equitativo descontar, del importe total de horas extras reclamadas por el actor por el periodo no prescripto, el importe de las efectivamente abonadas conforme resulta de la prueba informativa producida, informe que no ha sido cuestionado por ninguna de las partes.

A los fines del cálculo pertinente por el periodo no prescripto, descontando los montos abonados, he de estar al informe pericial (fs. 103), el que no ha sido impugnado ni observado por ninguna de las partes.

Consecuentemente, las horas extras reclamadas por el actor han de prosperar por los siguientes importes (informe pericial fs. 106): Octubre/13: \$ 1776,00; Noviembre/13: \$ 1776,00; Diciembre/13: \$ 1776,00; Enero/14: \$ 1776,00; Febrero/14: \$ 1776,00; Marzo/14: \$ 1963,44; Abril/14: \$ 1963,44; Mayo/14: \$ 1963,44; Junio/14: \$ 1963,44; Julio/14: \$ 2424,00; Agosto/14: \$ 2424,00; Septiembre/14: \$ 2424,00; Octubre/14: \$ 2424,00; Noviembre/14: \$ 2424,00; Diciembre/14: 2424,00; Enero/15: \$ 2545,20; Febrero/15: \$ 1167,07; Marzo/15: \$ 235,20; Abril/15: \$ 1495,20; Mayo/15: \$ 1075,20; Junio/15: \$ 1560,82; Julio/15: \$ 230,30; Agosto/15: \$ 2255,04; Septiembre/15: \$ 2255,04.- Todo lo cual hace un total de **\$ 44.096,83.-**

En síntesis el rubro reclamado de horas extras no abonadas por el periodo no prescripto ha de prosperar por la suma de **\$ 44.096,83**, (monto que devengará intereses desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén.

**d)** Sentadas todas estas cuestiones, ingresaré a analizar el cumplimiento de los requisitos exigidos por los arts. 243 y 242 de la LCT a los fines de la procedencia de los rubros correspondientes a las indemnizaciones por el despido indirecto en que se colocara el accionante.

El art. 243 de la LCT refiere a la claridad e invariabilidad de la causa invocada para proceder al despido;

la comunicación del distracto debe expresar de modo claro y completo los hechos o conductas que se invocan para tomar esa decisión extintiva y no se admite luego su modificación.

En estos términos considero que la intimación cumple con los requisitos exigidos por el art. 243 de la LCT.

Seguidamente he de valorar la injuria invocada por el actor (falta de pago de horas extras por el periodo no prescripto) en función de los extremos fácticos acreditados conforme desarrollé precedentemente, todo en los términos del art. 242 de la LCT.

Con respecto al trabajo en horas suplementarias se sostiene y comparto que su falta de pago puede indudablemente configurar injuria suficiente para motivar un despido indirecto de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.

Se ha expresado en este aspecto que: "...Es indudable que las horas extraordinarias vienen a quebrantar la limitación de la jornada, la que ha sido establecida en razones de orden público, interés social y defensa de la salud del trabajador, por lo que no es posible convertirlas en habituales, con la burla consiguiente de la jornada legal de trabajo y los efectos nocivos de prolongar en exceso el esfuerzo laboral..." (De Manuele, Abel Nicolás; Frem, Gabriel; "Jornada de Trabajo y Descansos...", pág. 339).

Entonces es válido afirmar que si la falta de pago del salario del trabajador, en general y salvo muy contadas excepciones que puedan presentarse, es injuria suficiente que no admite la continuidad del vínculo, la lógica indica que lo mismo cabe ante la falta de pago de las horas extraordinarias, al menos en principio, con el agravante que se pondera el efecto nocivo que el trabajo en extensas jornadas puede producir en el trabajador, a lo que ha de sumarle que no se le

retribuye esa extensión de la jornada legal, vulnerando doblemente el orden público laboral.

Es decir, con la jornada legal, entre otras cosas, se tiende a privilegiar la salud del trabajador y a facilitar o posibilitar la incorporación de otros trabajadores al mercado de trabajo, pero si no se reconoce en forma amplia la retribución por las horas extras con el recargo correspondiente, difícilmente se mejore el mercado laboral, todo lo contrario.

Los autores citados, ante esta situación justamente requieren que el Estado debe "... posibilitar mecanismos de prueba en los reclamos (de las horas extras) dinámicos y accesibles...". (op. cit. pág. 340).

Se sostiene y comparto que: "La deuda en concepto de horas extra constituye un crédito de naturaleza alimentaria y posee incidencia sobre los restantes rubros salariales, tales como el aguinaldo y vacaciones, los que constituyen una de las principales obligaciones que el ordenamiento legal pone en cabeza de los empleadores. De modo que su falta de pago resulta de gravedad tal como para justificar el distracto, tal como lo hizo el actor, puesto que la falta de pagos de salarios implica -por sí sola- una injuria de entidad suficiente como para justificar el despido (art. 242, LCT). (Espinola Guzmán, Jonathan David vs. Gax S.A. s. Despido /// CNTrab. Sala IX; 14/10/2016; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; 33152/2012; RC J 1437/17).

Con relación al concepto de injuria en sí se argumenta que es "la conducta de una de las partes que afecta el vínculo laboral de un modo tal que justifica que la parte que no incurrió en ella rescinda el contrato con tal invocación", se exige además que esa afectación sea proporcionada entre el acto y la sanción además se requiere que la respuesta sea contemporánea u oportuna (conf. Ackerman, Mario E., Tosca,

Diego M.; "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo IV, pág. 194).

Ponderando las circunstancias del presente caso, muy especialmente la prueba rendida y los términos del intercambio telegráfico, considero que la conducta invocada por el actor resulta suficiente para considerar que la demandada ha incurrido en una conducta injuriosa que justifica la no continuidad del vínculo laboral, atendiendo a la prueba rendida en autos en orden a la realización y pago de las horas extras que reclamó, por lo cual el despido indirecto deviene justificado (art. 242 de la LCT), correspondiendo en consecuencia se liquiden las indemnizaciones correspondientes al distracto conforme se reclamara en la demanda.

e) Consecuentemente, corresponde efectuar los cálculos pertinentes de conformidad con lo peticionado y con la pericia contable rendida en autos (fs. 103/118), y lo dispuesto por el art. 40 de la ley 921.

Reitero aquí las consideraciones vertidas en torno a la procedencia del SAC sobre la indemnización por despido que emití en el precedente "CORONEL HECTOR ELOY C/ TEXEY SRL Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. JCUCI2 N° 65910, Año 2014), de esta Cámara Provincial de Apelaciones, Sala I, en minoría en la ocasión, Acuerdo de fecha 22 de agosto de 2019.

Destaco además, que esta es la postura asumida igualmente por el TSJ local en los autos: **"REYES BARRIENTOS SEGUNDO B. C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"**, N° Expediente 70 - Año 2013, 1er. Voto Dr. Oscar E. Massei al que adhiriera el Dr. Kohon, Ac. 10/16, de fecha 16 de junio de 2016, en el cual nuestro Máximo Tribunal Provincial expresó: "... **4.- Debe incluirse el Sueldo Anual Complementario en la base de cálculo de la indemnización prevista en el Art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo...**".

Considero en forma conteste con esta jurisprudencia, que para determinar la base del cálculo de la mejor remuneración mensual normal y habitual del art. 245 de la LCT, se debe contemplar el SAC, siendo que es esta una remuneración que, si bien se percibe semestralmente, se devenga en forma mensual.

Esta ha sido la inveterada postura de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, posición que fuera reforzada al sancionarse la ley 25877.

Igualmente ha sido la postura de algunas Cámaras Nacionales del Trabajo hasta el dictado del plenario "Tulosai", el que impuso la posición que enarbola mi colega de Sala.

Sin perjuicio de recordar que dichos plenarios (tampoco la doctrina legal de la SCBA) resultan vinculantes u obligatorios para la justicia de esta Provincia, sin embargo destaco que, aún en el ámbito de las Cámaras Nacionales del Trabajo, existen voces que han resuelto de manera distinta aún con posterioridad al plenario "Tulosai", continuando con la posición asumida por la SCBA.

En este sentido cabe transcribir un el siguiente fallo de la Sala VI de la CNAT, del año 2013, cuyas consideraciones comparto y que, aunque refieren a una bonificación anual que se devenga mensualmente, resulta totalmente aplicable al presente caso en que se trata del SAC: "...Seguidamente, me avocaré al tratamiento del agravio de la parte accionante contra la aplicación del plenario "Tulosai" respecto a la determinación de la base de cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido. Adelanto que el agravio debe prosperar".

"Y digo ello, en cuanto entiendo que debe ser incorporado en el análisis para determinar la base de cálculo a la bonificación anual a la que hace mención la actora para calcular la indemnización por antigüedad o despido, tal

tesitura la he mantenido inveteradamente como juez de la Provincia de Buenos Aires, la que por otro lado es la adoptada por la SCBA reiteradamente y de vieja data ("Martín Rosa c. ESEBA" DJJ 5/12/2001; "Hellman Raúl Alberto c. Rigolleau SA LT 1983 XXXI-B,931), situación reforzada por la modificación introducida por la Ley 25877 al art. 245 cambiando el término percibida por devengada, con lo cual se despeja toda duda acerca de que las remuneraciones devengadas por el trabajador deben ser incluidas en la base de cálculo indemnizatorio".

"Coherente con tan simple razonamiento y atento que no formé parte del Plenario 322 de ésta Cámara, en la causa "Tulosai Alberto P. c. Banco Central de la República Argentina s/ Ley 25.561" (19.11.2009), siempre dejé a salvo mi opinión adversa a la doctrina plenaria allí fijada por la mayoría del Tribunal".

"Entiendo que tal doctrina mayoritaria no puede postergar -máxime ante la sanción de la Ley 26.853- el principio protectorio de raigambre constitucional que consagra el art. 14 bis de la Constitución Nacional y en tal sentido, el conflicto de autos en el punto debe ser resuelto a la luz de esta garantía, y a todo evento aplicando el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo, principio o regla según se lo mire, que siempre debe alumbrar la labor del juez laboral".

"La Corte Suprema de Justicia de la Nación -en su actual integración- sintetizó magistralmente, como un nuevo paradigma hermenéutico, que el trabajador es el "sujeto de preferente tutela" en la relación laboral, interpretando dicha cláusula social, a lo que no puede ser ajeno el debate de autos y por ende lo considero inaplicable".

"Y más aún, entiendo que tampoco lo permite el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la doctrina de sus órganos de interpretación (Pacto de San José de Costa Rica ratificado por Ley 23.054) que consagra el principio de

progresividad de los derechos sociales contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos...". (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, SALA VI, "G.,C.N. c. Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ despido" • 24/09/2013, Cita Online: AR/JUR/68931/2013, la ley online, voto del Dr. Raffaghelli al que adhiriera la Dra. Craig).

La SCBA en el mismo sentido: "A la base para el cálculo de la indemnización por antigüedad debe adicionársele la parte proporcional del sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido". (SCBA LP L 64862 S 09/06/1998 Juez SALAS (SD), Carátula: "Rojas Vargas, José H. y otros c/ Mellor Goodwin S.A. s/ Despido". Magistrados Votantes: Salas-Hitters-Pettigiani-Negri-de Lázzari-Laborde, Tribunal Origen: TT0300SI, juba online).

Seguidamente cito en forma parcial el voto de la Dra. Ferreirós, en minoría en el plenario "Tulosai", juntamente con los Dres. Balestrini, Fernández Madrid, Rodríguez Brunengo y Stortini, y a cuyos fundamentos remito por compartirlos: "... De tal manera, parecería ser que interpretamos la ley, sólo para considerar lo litigioso. 1º) LA INCLUSIÓN DEL S.A.C. EN LA BASE DE CÁLCULO DEL ARTÍCULO 245 DE LA L.C.T. Después de casi treinta años de haberme desempeñado como jueza de trabajo en la Provincia de Buenos Aires (San Isidro), debo aclarar, que siguiendo la doctrina legal de la S.C.B.A., que funciona como tribunal de casación, he incluido siempre, como todos los jueces de esa provincia y de muchas otras, en la base de la norma en cuestión, el sueldo anual complementario. Esto era sí, y así lo he hecho, aún antes de la reforma de la L.C.T. por la ley 25.877, que cambió la palabra "percibido" por "devengado". Cuanto más, a posteriori de ello, cuando el legislador nacional advirtió que había que cambiar lo que se hacía cuando se resolvía distinto. Existen en la provincia de Buenos Aires, de la cual no se puede decir que sea una

provincia escasa de juristas de nota, fallos en ese sentido, de antigua data, entre los cuales cabe citar "Hellman, Raúl Alberto c. Rigolleau S.A.", L.T., 1.983, XXXI-B, 931). Recuerdo aun las consideraciones del maestro Juan Manuel Salas, luego presidente de la S.C.B.A., y coordinador de la comisión de reforma de la ley procesal laboral, refiriéndose al tema y votando en tal sentido. La historia, también en el derecho, posee su importancia; así lo considero, porque luego, como adelanté el legislador reformador de la L.C.T., explicitó la situación para que no quedaran dudas y reformó la ley. Ello significó, nada más y nada menos, que indicarle a quienes consideraban lo contrario, que estaban interpretando mal el texto legal y que se estaban apartando del principio protectorio, de rango constitucional, porque aplicaban un criterio contrario al favor operarii. Algo similar puede ocurrir con este fallo plenario, como advierto que ha ocurrido en otros, en los cuales ante la duda, se olvida que lo que debe privilegiarse es la Constitución Nacional. Bueno es recordar que así lo ha interpretado la C.S.J.N., cuando señaló que el trabajador es sujeto de tutela especial. Llama especialmente mi atención, que se ha señalado en ocasiones, que no significa un cambio en la decisión, el reemplazo de la palabra "percibido", por "devengado". Me pregunto yo, si el legislador, cambia el texto legal, para no cambiar la ley. Me pregunto si quienes así opinan habrán analizado la exposición de motivos, de donde surge claro, a mi modo de ver, que se quiere aggiornar la ley, poniéndola a nivel de lo que la jurisprudencia venía diciendo, en muchos casos. Después de todo, la L.C.T. es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del límite de la avenida General Paz...". (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, EN PLENO, Tulosai, "Alberto Pascual c. Banco Central de la República

Argentina" • 19/11/2009, Cita Online: AR/JUR/43858/2009, del voto de la Dra. Ferreirós).

En este sentido ya me he expedido en unos pocos precedentes en los cuales la cuestión ha sido traída a mi conocimiento en esta vocalía, ya que en numerosas oportunidades no me he pronunciado porque las partes no han efectuado cuestionamientos, llegando firme a esta Alzada lo decidido en primera instancia.

Conforme todo lo expuesto, considero que corresponde adicionar el SAC proporcional a la base del cálculo del art. 245 de la LCT.

En síntesis, la demanda ha de prosperar por los siguientes rubros y montos:

- Indemnización por antigüedad (3 periodos): \$ 38.913,42.-
- SAC s/ indemnización: \$ 3.242,78.-
- Indemnización sustitutiva de preaviso: \$ 12.971,14.-
- SAC s/ preaviso: \$ 1.080,93.-
- Mes de septiembre/2015 más integración mes de despido: \$ 10.946,40.-
- Incremento indemnizatorio art. 2 ley 25.323: \$ 25.942,28.-
- **TOTAL: \$ 93.096,95.-**

Debo destacar, sin perjuicio de la forma en que propongo se resuelva el recurso, que advierto que, a pesar del rechazo de las indemnizaciones por despido, el juez a quo ha omitido pronunciarse sobre la procedencia del reclamo del actor por diferencias salariales, adicional por horas nocturnas conforme CCT 507/07 e indemnización del art. 80 de la LCT, sin perjuicio de lo cual estas cuestiones no han sido motivo de agravio para el apelante, por lo cual me encuentro impedida de ingresar a su tratamiento.

**VII.-** Atento la forma en que propongo se resuelva la apelación entiendo que corresponde hacer lugar al recurso

interpuesto por la parte actora, revocando la sentencia apelada y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda condenando a la parte demandada a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente abone al actor la suma de **\$ 137.193,78**, en concepto de horas extras periodo no prescripto, indemnización por antigüedad, SAC sobre indemnización por antigüedad, preaviso omitido, SAC sobre preaviso omitido, mes de septiembre 2015 e integración mes de despido e incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323, sumas a las que deberá adicionársele un interés de la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén desde que cada suma es debida y hasta su total y efectivo pago.

**VIII.-** Las costas de ambas instancias corresponde se impongan a la demandada en su calidad de objetivamente vencida, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 17 y 54 de la ley 921 y art. 68 del CPCC (art. 279 del CPCC).

La regulación de honorarios de esta Alzada corresponde se difieran para el momento procesal oportuno oportuno (arts. 15 y 20 LA, mod. por ley 2933). **Mi voto.-**

A su turno el **Dr. Pablo G. Furlotti**, dijo:

**I.-** La parte actora -por intermedio de letrado apoderada- en escrito de fs. 154/162 expresa agravios contra la sentencia definitiva que luce a fs. 142/152, los cuales merecieron respuesta de la contraria conforme presentación de fs. 164/167vta., cuyos fundamentos y replicas fueron expuestos por la Sra. Vocal preopinante en el voto que antecede, a los que me remito por cuestiones de brevedad.

**II.-** Determinada la postura de las partes -conforme lo reseñado por la Dra. Barroso en el voto que inaugura el Acuerdo- he de ingresar al tratamiento de las quejas deducidas por la parte actora, las que abordaré en el orden propuesto por mi Colega.

**A.- Jornada trabajo - Horas extras**

1.- El actor en la presentación inicial manifiesta que desde el inicio del vínculo laboral cumplió las tareas para la cual fue contratado -Vigilador General (cfr. Convenio Colectivo de Trabajo 507/07- en horarios rotativos en jornadas laborales que se extendían desde las "...15 hs. a las 8 hs. del día siguiente durante dos días a la semana y los fines de semana de 8 hs. a 8 hs. (24 hs. corridas) que se desarrollaban el día sábado o el domingo" (tex.).

El accionado en el responde reconoce que el horario de trabajo era rotativo, pero niega en forma expresa que el demandante durante la totalidad del tiempo que estuvo vigente la relación laboral trabajara más de 48 horas semanales y que en la oportunidad que ello ocurrió [trabajo en horas suplementarias] las mismas fueron debidamente canceladas. También alega que el actor trabajaba de ordinario 48 horas semanales y muchas veces cumplía hasta 12 horas diarias, luego de lo cual gozaba siempre de al menos 12 horas de descanso continuo y recién allí volvía a trabajar.

En fs. 127 y vta. glosa declaración testimonial de Sr. Carlos Emanuel Panguilef -quien dijo conocer al actor por jugar juntos en el equipo de futbol de Villa Paur- de cuyos dichos se desprende que el Sr. Aguirre, a la fecha de la deposición cumple tareas de vigilador en el EPEN en jornadas laborales de 8 horas; que entre los años 2013/2015 el reclamante hacía distintos horarios en la semana "...hacía de 15 horas a 8 horas del día siguiente y los fines de semana trabajaba 24 horas corridas de 8 horas hasta las 8 horas del día siguiente [...] en el periodo 2013/2015 el actor durante la semana hacía dos veces el horario de 15 a 8 horas y después hacía las 24 horas corridas del fin de semana" (tex.); y que conoce lo declarado debido a que en algunas oportunidades

trasladó al actor hasta su trabajo y en otras le llevó comida al lugar en que aquel prestaba servicios.

A fs. 128 y vta. el Sr. Gerardo Antonio Cabezón -quien manifestó conocer al accionante atento ser dependiente del EPEN y haber laborado entre marzo/12-julio/2018 en el predio que dicha empresa posee en San Martín de los Andes cumpliendo tareas en el depósito de materiales- expresa: "...El Sr. Aguirre trabajaba para una empresa de seguridad, el actor hacía de guardia y seguridad del predio del EPEN. [...] Menciona que el actor trabajaba como vigilador en el EPEN en el horario de 15 horas a 8 horas del día siguiente, A veces cumplía horas extras ya que lo veía unas horas más, Desconoce con exactitud cuántos días a la semana hacía el horario de 15 a 8 horas. Asevera que el actor también trabajaba los fines de semana aunque no sabe el horario.- Sostiene que sabe que el actor trabajaba los fines de semana ya que cuando le tocaba ir al predio un fin de semana veía al actor.- [...] Indica que durante la semana laboral veía al actor unas tres o cuatro veces, pero no se bien que régimen tenía.- Destaca que los fines de semana veía al actor en el horario de 9 de la mañana. Asimismo en otras oportunidades lo vió en el mismo día a la mañana a la 2 y después a la tarde.-[...]" (tex.).

"Memoro que para juzgar la eficacia convictiva del testimonio deben valorarse factores subjetivos de idoneidad del declarante y objetivos por el testimonio mismo, en su relación interna y externa con los hechos, por su verosimilitud y coherencia. Asimismo, cabe señalar que para que las declaraciones tengan fuerza legal y convictiva, conforme las reglas de la sana crítica, deben ser veraces, sinceras, específicas, objetivas, imparciales, concluyentes, concordantes y no deben dejar lugar a dudas." (cfr. CNTrab., Sala I, 2002-10-07, "Benítez, Nydia R. c/ Serbin Alter Salomón").

Los testimonios mencionados precedentemente a mi entender -a diferencia de lo que se sostiene en la decisión recurrida- reúnen tales requisitos de acuerdo a lo expresado, puesto que son asertivos, concordantes, dan suficientes razón de sus afirmaciones y corroboran los extremos vertidos por el accionante al momento de iniciar la acción.

No paso por alto que el testigo Cabezón manifestó no conocer con certeza el régimen de trabajo del actor, pero considero que la falta de precisión respecto a la cantidad de días de la semana en los cuales el actor prestaba servicios a favor del accionado en el predio del EPEN en modo alguno resulta suficiente para descartar el tiempo de duración de la jornada de trabajo denunciada en el escrito inicial, toda vez que resulta lógico que el deponente -atento el horario en el cual desarrollaba sus tareas (véase que indicó que trabajaba de lunes a viernes de 8 a 15)- en su carácter de dependiente de la empresa aludida haya tenido conocimiento que el Sr. Aguirre cumplía con la funciones asignadas (vigilador) entre las 15 horas y 8 horas del día siguiente, es decir en el horario asignado al personal de la empresa de energía para su descanso.

Súmese a lo expresado que si bien el Sr. Tarifeño -titular de Organización Lince- al momento de contestar la demanda niega que el accionante ingresaba a trabajar a las 15 y se retiraba a la 8 del día siguiente y que los sábados o domingos iniciaba sus labores a las 8 y las finalizaba la 8 del día siguiente, cierto es que a lo largo de su presentación no precisa con certeza el horario de ingreso y egreso del demandante, extremo este último que permite calificar a dicha negativa como genérica y como tal suficiente para tener por reconocido el horario de prestación de servicios denunciado por el accionante en el escrito de demanda (cfr. 1er párrafo, última parte del art. 21 de ley 921).

Tampoco soslayo que el Sr. Panguilef no cumplía tareas con el actor ni concurría habitualmente al lugar de trabajo de aquel, pero entiendo que dichas circunstancias por sí solas resultan insuficientes para restarle valor convictivo a sus dichos si se tiene presente que en algunas oportunidades trasladó al accionante a su lugar de trabajo, en otras le llevó comida, que su aserto encuentra correlato con el resto del material probatorio rendido en el legajo y la incoada no cuestionó su idoneidad en la etapa procesal pertinente (cfr. art. 458 del C.P.C. y C.).

La prueba hasta aquí mencionada, analizada a la luz de la sana crítica (cfr. art. 386 del C.P.C. y C. y art. 9 de la LCT), me convence que el actor cumplía con las obligaciones a su cargo en el horario de 15 hs. a las 8 hs. del día siguiente, durante dos días a la semana, y los fines de semana de 8 hrs. hasta las 8 hrs. del siguiente (24 horas) los días sábados o domingos, conforme se denuncia en la presentación inicial.

El extremo fáctico referido en el párrafo precedente, el cual -reitero- se encuentra debidamente acreditado, me permite concluir que durante la vigencia del vínculo laboral el Sr. Aguirre desarrolló las tareas a su cargo en exceso al tiempo de trabajo mínimo establecido en la ley 11.544 modificada por ley 26597 y en el art. 9 del Convenio Colectivo de Trabajo 507/07 -normativa convencional cuya aplicación al caso no se encuentra controvertida-, es decir, trabajó semanalmente más allá del tiempo efectivamente regulado.

**2.-** En el legajo se ha demostrado que el actor trabajó a favor del accionado en horas suplementarias (es decir más allá del tiempo laboral previsto en el Convenio Colectivo de Trabajo (art. 9), motivo por el que considero -ante la ausencia de mayores elementos probatorios- ajustado a derecho establecer que el demandante realizó 40 horas mensuales al

100% desde el inicio del vínculo hasta su finalización, ello en atención a que es la patronal quien debió acreditar la extensión y/o quantum de las mismas debido a que es quien detenta la contabilidad (registro horarios previstos en el art. 6 de la ley 11.544).

En tal orden de ideas la Sala Civil del Máximo Tribunal Provincial en el fallo dictado en autos: "Reyes Barrientos, Segundo B. c/ B.J. Services S.R.L. s/ cobro de haberes" (Expte. Nro. 70 - Año 2013 del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios) ha expresado: "Con respecto a la prueba de las horas extras se debaten -en estos tiempos- varias cuestiones. En primer término, si alcanzan las simples presunciones para tener por demostrada su realización y cantidad; o, en cambio, si es necesario que el trabajador pruebe de manera contundente, precisa y directa esos hechos. Por otro lado, acerca de las cargas que pesan sobre el empleador respecto al trabajo complementario, aspecto relacionado directamente con el anterior. (De Manuele, Abel Nicolás-Frem, Gabriel, "Jornada de Trabajo y descansos", análisis doctrinario y jurisprudencial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fé, 2013, pag. 354-55).- Los diferentes pronunciamientos judiciales marcan una evolución sobre el tema a partir de exigírsele en otros tiempos que la persona trabajadora demuestre en forma precisa y estricta las horas extras. En cambio, actualmente basta con probar -por cualquier medio- que se prestó tareas por encima del horario legal, para que se desplace el onus probandi -carga de la prueba- y sea el empleador el que deba exhibir el registro ordenado por el Art. 6° de la Ley 11.544. (aut. y ob. Cit.).- Incluso la Suprema Corte de la Buenos Aires ha variado la doctrina anterior: Acreditado que el actor prestó servicios en exceso de la jornada legal y en atención al contenido de las normas que imponen al empleador la obligación de llevar registro de esa

prolongación (arts. 6°, ley 11.544; 21, dec. 16.115/33); más allá de que tales asientos no se realicen en el libro especial del artículo 52 de la LCT toda vez que no hay previsión legal expresa en ese sentido, no hay obstáculo para aplicar los preceptos de los artículos 55 de la L.C.T. y 39 de la ley 11.653, en cuanto disponen una presunción relativa de veracidad de la afirmación del trabajador -en este caso referida a su tiempo de trabajo cuando el empleador no cumple su carga de registración (SCJBA, 22-2-2012, L 99.688 S, López, Juan Ismael Osvaldo c/ Ardapez S.A. s/ despido)" (del voto del Dr. Massei -al cual adhiriera el Dr. Kohon- en Acuerdo 10/2016 de fecha 16 de junio de 2016).

Resalto que si bien en precedentes de la otrora Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Co y de esta Cámara sostuve una posición contraria a la propiciada por el Sres. Vocales del Tribunal Superior de Justicia, cierto es que en oportunidad de expedirme en la causa "Pardo" (citada por la Sra. Vocal preopinante) realicé un nuevo estudio y análisis de la cuestión a la luz del antecedente jurisprudencial citado y a lo expresado por mi Colega en el voto inaugural de dicho Acuerdo, que me llevaron a modificar mi postura, toda vez que me convencí que la posición asumida por el Máximo Órgano Judicial de la Provincia resulta acorde con los principios protectorios y de primacía de la realidad que resultan aplicables a este tipo de controversias.

**3.-** Por lo antes dicho, lo prescripto en el art. 40 de la ley 921, lo normado por los arts. 103, 203, 208 de la LCT y 9 del Convenio Colectivo 507/07, lo que surge del informe de fs. 101 y teniendo en cuenta el dictamen pericial contable de fs. 103/114 -el cual no fuera cuestionado por las partes en la etapa procesal pertinente- cabe hacer lugar al reclamo del accionante por el concepto y montos que se detallan a continuación: \*Horas extras trabajadas al 100% : Octubre/13: \$

1776,00; Noviembre/13: \$ 1776,00; Diciembre/13: \$ 1776,00; Enero/14: \$ 1776,00; Febrero/14: \$ 1776,00; Marzo/14: \$ 1963,44; Abril/14: \$ 1963,44; Mayo/14: \$ 1963,44; Junio/14: \$ 1963,44; Julio/14: \$ 2424,00; Agosto/14: \$ 2424,00; Septiembre/14: \$ 2424,00; Octubre/14: \$ 2424,00; Noviembre/14: \$ 2424,00; Diciembre/14: 2424,00; Enero/15: \$ 2545,20; Dif. Febrero/15: \$ 1018,00; Dif. Marzo/15: \$ 2036,16; Abril/15: \$ 2545,20; Mayo/15: \$ 2545,20; Junio/15: \$ 2545,20; Julio/15: \$ 2643,84; Agosto/15: \$ 2643,84; Septiembre/15: \$ 2643,84.- Todo lo cual hace un total de \$ 52.444,24.

**4.-** En atención a los argumentos esgrimidos y toda vez que del análisis del material probatorio surge que existe un crédito a favor del trabajador en concepto de horas extras impagas, cabe hacer lugar al aspecto del cuestionamiento bajo análisis en los términos deducido.

**B.- Distracto laboral**

**1.-** Comparto los argumentos expuestos en el apartado 2 inciso b) del voto que antecede relacionados con las previsiones del art. 243 de la LCT, extremo por el cual considero, al igual que la Sra. Vocal que me precede en orden de votación, que la comunicación de la ruptura del vínculo laboral cumple con los requisitos que exige la norma citada precedentemente.

**2.-** Despejado lo anterior he de analizar si los motivos alegados por el accionante para considerarse despedido (art. 246 de la LCT) importan injuria laboral en los términos del art. 242.

**a.-** La justa causa o injuria es un motivo legal de denuncia consistente en el incumplimiento de deberes contractuales propios del vínculo laboral. A los fines de la determinación de la gravedad de la injuria resulta esencial establecer la existencia de una violación grave de un deber contractual de prestación o de conducta, el carácter personal

y comunitario de la relación de trabajo, determina un régimen peculiar de los deberes de prestación, en orden a su violación, y son motivo de resolución de la relación por causa de dicha violación (cfr. C4ta Trab. Mendoza, junio 4-996, DT 1996-B, 2736 y ss).

La última parte del art. 242 de la LCT establece que los jueces tienen a su cargo la valoración de la injuria y que la misma deberá ser realizada en forma prudencial, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la ley, las circunstancias y modalidades personales en cada caso.

Jorge Rodríguez Mancini, al respecto, dice: "...Configuración de la injuria: Las obligaciones del contrato de trabajo se traducen, para ambas partes, en una serie de actos positivos y deberes de conducta, cuya violación, en todos los casos, configura un ilícito contractual en la medida en que el comportamiento no se ajusta a los requerimientos que resultan de la naturaleza de la prestación prometida.- Empero estas violaciones no siempre legitiman el ejercicio de las facultades resolutorias.- En esta materia, el derecho del trabajo, en defensa del principio de estabilidad, ha limitado las posibilidades de denuncia, reservándolas para el caso en que el incumplimiento por su gravedad no consienta la prosecución de la relación, objetiva y subjetivamente ..." ("Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. Astrea, 2004, pág. 449/450).

En el sentido expuesto jurisprudencialmente se ha expresado: "La injuria laboral está dada en general por todo acto u omisión en que puede incurrir, tanto el trabajador como el empleador, que importan daño, menoscabo o perjuicio a la seguridad, honor, interés de una de las partes" (CNAT, Sala III, 31-12-74).- "La injuria es un obrar contrario a derecho o incumplimiento que asume una magnitud suficiente como para

desplazar el principio de conservación del contrato regido por el art. 10 de la LCT" (CNAT., Sala I, 29-11-76, DT 1977-479).- "La injuria laboral está dada en general por todo acto u omisión en que puede incurrir, tanto el trabajador como el empleador, que imparten daño, menoscabo o perjuicio a la seguridad, honor o intereses de una de las partes, o sea que para erigirse en justa causa del despido, el obrar contrario a derecho debe asumir magnitud suficiente para desplazar del primer plano el principio de conservación de contrato" (CTtrab. Mendoza, septiembre 2-992, DT 1992-B, 2074).- "Para que se encuentre habilitada la facultad de rescindir el contrato de trabajo con causa, el agravio dirigido por una parte a la otra debe ser de una total gravedad que destruya los fundamentos de las relaciones obrero-patronales y resulte incompatible con su carácter.- Se trata de un obrar contrario a derecho o incumplimientos que asuman una magnitud suficiente como para desplazar el principio de conservación del contrato regido por el art. 10 de la ley de contrato de trabajo" (CNTrab. Sala II, marzo 23.999, DT 1999-B, 2279).

**b.-** Trasladando los conceptos aludidos al caso bajo análisis considero que la conducta desplegada por el empleador, la cual se encuentra plenamente acreditada en el legajo, importa en el supuesto de autos una falta grave que impidió la continuidad del vínculo laboral. Ello así en atención a que el crédito salarial reviste carácter alimentario y está destinado a satisfacer las necesidades básicas de subsistencia, por lo que la falta de pago íntegro y oportuno de la remuneración por parte del principal constituye un incumplimiento de máxima gravedad configurativo de una injuria que no admite el mantenimiento de la relación de empleo (cfr. art. 242 de la LCT).

En tal orden de ideas se ha indicado: "La falta de pago de las horas laboradas en exceso de la jornada legal, en el caso,

cumplidas desde el domicilio del trabajador, constituye una injuria suficientemente impeditiva de la prosecución del vínculo laboral en los términos del art. 242 de la LCT" (CNATrab., Sala VI, -B.A.M. c/ Citibank NA s/ despido- 06-07-2018, Información Legal - Thomson Reuters (sum), Cita Online AR/JUR/39176/2018).- "Verificada la prestación de servicios en horario extraordinario sin que le sean abonados al trabajador, quedan acreditadas dos injurias centrales del contrato de trabajo: la clandestinización parcial del mismo -horas extras no registradas- y el abono insuficiente de la tarea -es esencial al contrato el pago de los salarios en tiempo y forma adecuadas-" (CALab. Gualeguaychú, Sala II, -González Yari Víctor Rodolfo c/ Empresa ciudad de Gauleguaychú S.R.L. y otras/ enfermedad profesional-, 19-12-2017, Información Legal - Thomson Reuters (sum), Cita Online AR/JUR/102461/2017).- "La pretensión indemnizatoria de un trabajador al colocarse en situación de despido indirecto debe admitirse, dado que de las declaraciones testimoniales surge que había laborado en horario extraordinario y prestado servicios en días feriados; a lo que se suma la falta de exhibición de la demandada de documentación que permitiera determinar el horario desempeñado por el actor, teniendo entonces por ciertas las horas extras denunciadas, en los términos del art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo. [...] El despido indirecto en el cual se colocó el trabajador está justificado, pues la acreditación de una de las causales invocadas por el dependiente en su misiva rescisoria -labores prestadas en horario extraordinario-, obsta a la continuidad del vínculo laboral y, en consecuencia, legitima la denuncia del contrato, eximiendo de analizar la suerte de las restantes injurias invocadas, ello por cuanto el despido puede basarse en varios hechos, y al trabajador le basta probar que uno de ellos revistió la gravedad suficiente como para justificar el despido" (CNATrab., Sala VI, -Zuriaga,

Gustavo Sergio c/ Recordvisión S.A. s/ despido-, 27-04-2017, Información Legal - Thomson Reuters (sum.), Cita Online: AR/JUR/30420/2017).

En virtud a todo lo expuesto considero, atento que la ruptura dispuesta por el trabajador a mi entender resulta proporcionado y consecuentemente ajustado a las disposiciones del art. 242 LCT, que debe reputarse justificado el despido indirecto en el cual se colocó el nombrado (art. 246 LCT).

**3.-** Por todo lo dicho cabe acoger favorablemente el aspecto del cuestionamiento en estudio y, consecuentemente, revocar la decisión en crisis en lo que al punto refiere.

**C.-** Rubros admitidos (conforme reclamo) como consecuencia del distracto

**1.-** En autos se encuentra acreditado -atento los argumentos expuestos precedentemente- que el demandante tuvo motivos suficientes para considerarse despedido, circunstancia por la cual en virtud a lo previsto por los arts. 231, 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato, art. 2 de la ley 25323, cálculos efectuados por el suscripto a la luz de lo normado por el art. 40 de la ley 921 y lo que surge de la prueba pericial contable producida en la causa (no cuestionado por los litigantes) la presente acción prospera por los ítems y monto que continuación se detallan: \* Indemnización por despido: \$ 49.064,40 [se calcula sobre la base de los haberes mes Julio/2015 por ser la mejor remuneración normal y habitual, en la que se incluyen la horas extras devengadas en dicho período atento revestir las misas el carácter de habitual y el SAC ( $\$ 12.453,00 + 2.643,74 + 1.258,06 = 16.354,80 \times 3$ )]; \*Indemnización por preaviso omitido (incluido SAC s/ dicho rubro): \$ 14.722,78 [se toma como base de cálculo los haberes efectivamente percibidos en Agosto/15 con más horas devengadas en dicho periodo]; \* Mes de septiembre más integración mes despido: \$ 10.946,40 e \* Indemnización art. 2

ley 25323: \$ 31.893,59, todo lo cual asciende a la suma de \$ 106.627,17.

En relación a la incidencia del sueldo anual complementario en la base de cálculo de la indemnización por despido o antigüedad destaco, por cuestiones de economía procesal y a fin de evitar un desgaste jurisdiccional, que corresponde aplicar -dejando a salvo la posición en la que me enrolo y que forma reiterada he sostenido [cfr. causa "Coronel" (Ac. de fecha 22 de Agosto de 2019, del registro de la OAPyG de la ciudad de Cutral Co), entre tantas otras]- el criterio sustentado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Reyes Barrientos" (Ac. 10/16) antes citado.

En el precedente citado el Máximo Tribunal Provincial expresó: "...4.- Debe incluirse el Sueldo Anual Complementario en la base de cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo..." (sic.).

**2.-** Advierto que el juzgador ha omitido pronunciarse sobre la procedencia o no del reclamo del actor en concepto de diferencias salariales por adicional horas nocturnas conforme CCT 507/07 e indemnización prevista en el art. 80 de la LCT (cfr. art. 45 ley 25345), pero toda vez que dichas cuestiones no ha sido motivo de agravio para el apelante considero que este Tribunal se encuentra impedido de ingresar a su tratamiento.

### **III.- Conclusión**

En definitiva, por la totalidad de los fundamentos brindados en el apartado que antecede, doctrina y jurisprudencia allí citada, corresponde -lo que así propicio al Acuerdo- hacer lugar al recurso intentado y, consecuentemente, condenar a la parte demandada a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente abone al actor la suma total y definitiva de pesos ciento cincuenta

y nueve mil setenta uno con cuarenta y un centavos (\$ 159.071,41), en concepto de horas extras periodo no prescripto, indemnización por despido, indemnización por preaviso omitido (incluido SAC s/ dicho rubro), mes de septiembre más integración mes despido e indemnización art. 2 ley 25323.

A las sumas precedentemente enunciadas y de conformidad al criterio sustentado por esta Cámara, deberá adicionárseles desde que cada una de ellas es debida y hasta su efectivo pago un interés equivalente a la tasa activa mensual establecida por el Banco Provincia del Neuquén en sus operaciones de descuento.

#### IV.- Costas y honorarias segunda instancia

**A.- 1)** Respecto a las costas de primera instancia y conforme lo dispuesto por el art. 279 del C.P.C. y C., de aplicación supletoria, estimo que debe modificarse la imposición dispuesta en la decisión que se revisa e imponer las mismas a cargo de parte demandada en su carácter de objetivamente vencida (art. 68 y 279 del C.P.C. y C., 17 de la ley 921 y 277 de la LCT -cfr. criterio del Máximo Tribunal de esta Provincia en el precedente "Cardellino").

**2)** Las causídicas de Alzada estimo deben ser impuestas a cargo de la parte demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (arts. 17 de la ley 921, 68 y 279 del C.P.C. y C.).

**B.-** En relación a los honorarios de esta etapa procesal, cabe diferir su regulación hasta tanto se encuentren establecidos y determinados los estipendios profesionales en la instancia anterior (cfr. arts. 20 y 47 ley 1594 modificada por ley 2933). **Así voto.**

Finalmente, la **Dra. María Julia Barrese**, dijo:

Habiendo sido llamada a dirimir la disidencia planteada por los vocales de la Sala I de esta Cámara, en lo que ha sido materia de disidencia, adhiero al voto de la Dra. Barroso, por compartir sus fundamentos y conclusiones. **Mi voto.**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, por **MAYORÍA,**

**RESUELVE:**

**I.-** Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora, revocando la sentencia apelada y, en consecuencia, haciendo lugar a la demanda y condenando a la parte accionada a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente abone al actor la suma de Pesos Ciento Treinta y Siete Mil Ciento Noventa y Tres con Setenta y Ocho Centavos (\$ 137.193,78.-), en concepto de horas extras período no prescripto, indemnización por antigüedad, SAC sobre indemnización por antigüedad, preaviso omitido, SAC sobre preaviso omitido, mes de septiembre 2015 e integración mes de despido e incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323, sumas a las que deberá adicionársele un interés de la tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén desde que cada suma es debida y hasta su total y efectivo pago.

**II.-** Costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 17 y 54 de la ley 921 y art. 68 del CPCC (art. 279 del CPCC).

**III.-** Diferir la regulación de honorarios de esta Alzada para el momento procesal oportuno (arts. 15 y 20 y 47 LA, mod. por ley 2933).

**IV.-** Protocolícese digitalmente (TSJ Ac. 5416, pto. 18).-  
Notifíquese electrónicamente y, oportunamente, remítanse al  
Juzgado de origen.

**Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G Furlotti - Dra. María Julia  
Barrese**

**Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara**