



ACUERDO N° 94. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres días del mes de agosto de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el **Doctor OSCAR E. MASSEI** y la **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la Secretaria titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"GARCE JUAN CARLOS C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. N° 3381/2011**, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal, y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.-** A fs. 600/609 se presenta el apoderado del Sr. Juan Carlos GARCE e interpone formal acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Cutral Co. Solicita el pago de 1.814 horas extraordinarias al 100% y 1.707 horas extraordinarias liquidables al 50% (606 días de francos compensatorios) que, según afirma, le corresponden por ley.

Dice que ingresó a trabajar el 4 de enero de 1994 para la Municipalidad de Cutral Co, cumpliendo funciones en el Sector Servicios Públicos, en horarios extraordinarios, encuadrándose su relación en la Ordenanza 604/86 -Estatuto y Escalafón Del Personal de la Municipalidad de Cutral Co-.

Agrega que, en todo momento, se desempeñó sin faltar a sus obligaciones, comprometiéndose la demandada a abonar horas extras excedentes (60 mensuales) que eran cubiertas con guardias activas y pasivas.

Expone que durante los años 2003 y 2004 la Municipalidad de Cutral Co contaba con poco personal. Por ello, los agentes públicos concedores de determinados oficios realizaron un gran esfuerzo para cumplir con las tareas de Servicios Públicos y, por igual motivo, trabajaban casi 12 horas diarias sin descanso compensatorio alguno y sin que las



horas en exceso fueran abonadas, en franca violación a lo establecido por el art. 27 inc. d) de la Ordenanza 604/86.

Menciona que el 25 de febrero de 2005, con la finalidad de exigir su pago, presentó un reclamo administrativo solicitando la entrega de las planillas de control, para determinar con exactitud cuántos francos compensatorios le adeudaban.

La demora de la demandada motivó la interposición del amparo por mora que tramitó bajo Expte. 38876/05 en el Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, de Procesos Ejecutivos, Laboral y de Minería Nro. 2 de Cutral Co. Finalmente, en dicho trámite fue presentada la documental solicitada en su reclamo.

Relata que el 2 de junio de 2009 solicitó, mediante nota que se le otorguen los francos compensatorios adeudados sin obtener respuesta. El 18 de junio de 2010 petitionó que se expidan sobre su reclamo. El 8 de julio de 2010 se dicta Resolución que, con fundamento en el art. 10 del Decreto 1233/88, rechaza su reclamo por considerar que si percibía por las horas trabajadas una suma en concepto de guardia, no correspondía el pago de otro concepto.

Afirma que la Municipalidad rechaza el goce de francos compensatorios solicitados, convertidos en horas extras, con fundamento en un Decreto que se encuentra en pugna con los arts. 14 bis, 16 y 31 de la Constitución Nacional.

Finalmente, dice que el 9 de diciembre de 2010 volvió a presentar su reclamo, expresado en días, pero tampoco obtuvo respuesta y lo dio por tácitamente denegado.

Dice que el 31 de julio de 2009 se jubiló sin poder gozar jamás de los francos compensatorios que tantas veces reclamó. Por ello, entiende que corresponde que los mismos se conviertan en horas extraordinarias.

Funda sus derechos en la Ordenanza Municipal N° 604/86, L.C.T. y Constitución Nacional.



Ofrece prueba y practica liquidación.

Indica que el valor hora que corresponde a los años 2003/2004 es de \$2,03. Luego, por un total de 3.521 horas arriba a un importe de \$14.295,26 de capital. Por último, practica liquidación de intereses. Además, practica otra liquidación tomando como referencia el valor hora a la fecha de interposición de su demanda.

Finalmente, formula petitorio.

II.- A fs. 638 y vta., por RI 258 se declara la admisión del proceso.

A fs. 641/642 el actor opta por el procedimiento ordinario. A fs. 643 se ordena el traslado de la acción a la demandada y al Sr. Fiscal de Estado; éste último toma intervención a fs. 646.

III.- A fs. 651, en atención a la constancia de notificación de demanda -agregada a fs. 648/49- se tiene por incontestada la demanda por la Municipalidad de Cutral Co y se abre la causa a prueba. Clausurado dicho período, alegó la parte actora a fs. 758/759.

IV.- A fs. 762/766, dictaminó el Sr. Fiscal General, quien propició el acogimiento de la demanda.

V.- Encontrándose firme y consentido el llamado de autos para sentencia, la causa se encuentra en estado para el dictado del fallo definitivo.

VI.- Entonces, tal como ha quedado planteada la cuestión, el reclamo de autos se circunscribe al pago de 1.814 horas extraordinarias al 100% y 1.707 horas extras al 50 % (606 días de francos compensatorios) que el actor afirma haber trabajado en el período comprendido entre septiembre de 2003 a octubre de 2004.

La Municipalidad de Cutral Co no contestó demanda. Sin embargo, su postura frente al reclamo del actor surge del Decreto Nro. 1438/10 del 5 de Julio de 2010 (agregado a fs.



628) que rechaza el reclamo administrativo del 30 de junio de 2009.

Cabe destacar que el 9 de diciembre de 2012 el actor realiza un nuevo reclamo en similares términos y fue denegado tácitamente, por ello, sólo es posible extraer los fundamentos de la negativa del Decreto mencionado.

VII.- Ingresando al tratamiento de la cuestión, es preciso señalar que la prueba de las horas extraordinarias, respecto al número como al lapso y frecuencia, está a cargo del accionante, en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo invoca (art. 377 del C.P.C. y C.).

En éste sentido, es pacífica la jurisprudencia, en cuanto a que "No puede olvidarse que debe mediar demostración cabal de la efectiva prestación de tareas fuera de la jornada normal y legal, tanto en lo que se refiere a los servicios prestados, como al tiempo de su cumplimiento (DT, 1989-B, 2190) y, que las horas extras, por apartarse del régimen horario común, exigen una prueba exhaustiva, concreta, precisa y claramente determinada" (DT. 1999-A, 99).

Bajo ésta óptica, se analizarán las constancias de la causa a fin de determinar si efectivamente se encuentra acreditada la realización de las horas extras reclamadas por el actor.

De la documental aportada por el actor -copia de su legajo personal- surge que, durante todo el período reclamado el actor trabajó más de 60 horas extraordinarias por mes -es decir que superó las dos guardias activas y pasivas acordadas-, así surge que:

- En el mes de septiembre de 2003, el actor trabajó 80 horas extraordinarias en días sábados y domingos y 108 horas extraordinarias de días hábiles (conforme planilla de control agregada a fs. 584).



- En octubre de 2003 trabajó 16 horas el día sábado 25 y 16 horas el domingo 26 (total 32 horas extraordinarias) y 50 horas extraordinarias durante los días de semana (cfr. Planilla de fs. 585).
- En noviembre de 2003 trabajó 160 horas extraordinarias durante los fines de semana (todos) y 190 horas extraordinarias en días hábiles (cfr. Planilla de control de fs. 586).
- En diciembre de 2003 trabajó 208 horas extraordinarias durante días inhábiles y 130 horas extraordinarias en días hábiles (conf. fs. 587).
- En enero de 2004 realizó 144 horas extraordinarias durante días inhábiles y 160 horas extras en días hábiles (cfr. fs. 588).
- En febrero de 2004 trabajó 180 horas extras durante días inhábiles y 120 horas extras en días hábiles (cfr. fs. 589).
- En marzo de 2004 trabajó 128 horas extraordinarias en días inhábiles y 170 horas extras en días hábiles (cfr. fs. 590).
- En abril de 2004 realizó 113 horas extraordinarias en días inhábiles y 130 horas extras en días de semana (cfr. fs. 591).
- En mayo de 2004 trabajó 112 horas extras durante los fines de semana y 130 horas extraordinarias en días de semana (cfr. fs. 592).
- En junio de 2004 realizó 112 horas extraordinarias en días inhábiles y 130 horas extras en días de semana (cfr. fs. 593).

De fs. 481 surge que la comuna demandada no desconocía que el actor prestaba funciones excediendo el tiempo comprendido en las dos guardias activas y pasivas pactadas. Así, con fecha 9 de diciembre de 2003, el Coordinador Ramirez Luis solicita a la Secretaría de Servicios



Públicos que "las horas extras sobrantes de las guardias realizadas por el agente GARCE Juan Carlos desde el mes de septiembre de 2003 pasen a descanso compensatorio" y, conforme surge del Memorándum 190/03, el Coordinador General informa a Personal que el Sr. GARCE gozará de un día de descanso por semana, debido a que se encuentra a cargo del relevo de guardias y, por ello, debe prestar servicio durante toda la semana.

A fs. 598/599 el actor acompaña planilla de horas extras para descanso compensatorio, de la que surge que la totalidad de horas extras laboradas desde septiembre de 2003 a octubre de 2004 (luego de descontar las que fueron abonadas en concepto de guardias) totalizan un total de 606 días de descanso compensatorio (dicha planilla data del 25/11/2004). El Memorándum 262/2004 da cuenta de ello e informa que el actor percibe el beneficio de dos guardias activas y dos pasivas por mes, que comprende un total de 60 horas pagadas por mes.

La falta de contestación de la demanda y la negativa a remitir la documental que fuera requerida en los términos del art. 388 del C.P.C. y C. (conforme notificación de fs. 751) otorga a la documental, aportada por el actor, una presunción de veracidad.

La Municipalidad de Cutral Co a fs. 625, al remitir los antecedentes correspondientes al reclamo impetrado por el actor, acompañó la planilla de horas extras para descansos compensatorios y el Memorándum 262/2004 en originales, los que coinciden, en su contenido, con la documental aportada con la demanda.

Asimismo, de las testimoniales agregadas a la causa, surge que era habitual que el Sr. GARCE realizara horas extras.

En este sentido, el Sr. Fuentes, al ser preguntado por la jornada de trabajo del Sr. GARCE responde que "



...trabajaba todo el día, el horario era de 8 a 14 hs. y de ahí a veces seguía, pasaban de largo... su jornada de trabajo era sin horario de salida ya que continuaba por mucho tiempo más de lo habitual" (confr. fs. 701). En similares términos declara el Sr. Mercado a fs. 702. A fs. 703 el Sr. Miranda da cuenta que GARCE trabajaba todos los días de la semana y también los sábados y feriados; el Sr. Soto por su parte declara, a fs. 708, que GARCE muchas veces se quedaba hasta las 22 hs., que hacía el transporte del aeropuerto casi siempre, casi todos los días, agrega que lo sabe porque hacían las guardias juntos y agrega que trabajaba de lunes a lunes en los horarios y con las guardias indicadas.

En definitiva, si bien las testimoniales no permiten esclarecer con exactitud la cantidad de días y horas en exceso trabajadas por el actor, dan cuenta que, en reiteradas ocasiones, el actor prolongaba su jornada y que prestaba servicios en días inhábiles. Los testimonios, resultan coherentes, con los registros emanados de la demandada y acompañados por el actor. Con tales elementos, cabe darle pleno valor convictivo a la documental aportada por el actor como correspondiente a la obrante en su legajo personal.

En definitiva, cabe tener por acreditado que la Municipalidad demandada acordó, con el actor, concederle francos compensatorios para compensar las "horas extras sobrantes de las guardias" (cfr. fs. 481) y que, la cantidad de horas extras laboradas por el actor (que excedían los dos guardias activas y pasivas acordadas) totalizaban -al 25 de noviembre de 2004- 606 días de francos compensatorios sin usufructuar (conforme documental remitida por la demandada en oportunidad de requerir los antecedentes administrativos y agregada a fs. 623/632).

En éste punto, se destaca que si bien las planillas referidas consignan que el actor durante el período reclamado,



y aún después, tuvo descansos compensatorios, cabe inferir que los 606 días consignados como pendientes de usufructuar son los efectivamente adeudados, desde que al dictarse el Decreto 1438/2010 se consignó el mismo número de días compensatorios.

VIII.- Resta considerar, si tal como sostuvo la demandada al dictar el Decreto 1438/10, con fundamento en el art. 10 del Decreto 1233/1988, la percepción de dos guardias activas y dos guardias pasivas (que conforme surge del Memorándum 262/2004 comprenden un total de 60 horas pagadas por mes) impide la percepción de las horas extras reclamadas por el actor.

El Decreto 1233/88, en su artículo 10 dispone: "La prestación y afectación del agente al servicio de "guardias" durante el período del mismo, no dará derecho al mismo a la percepción correspondiente a horarios extraordinarios (horas extras)".

Dicha disposición no puede ser interpretada aisladamente, por el contrario, su intelección ha de realizarse en forma integral con el ordenamiento en la cual se inserta.

Así no puede dejar de considerarse las disposiciones contenidas en la Ordenanza 604/86 -Estatuto y Escalafón del Personal de la Municipalidad de Cutral CO (que a su vez remite a la Ley de Contrato de Trabajo para los casos que no puedan ser resueltos por ese Estatuto y en la medida que no contravengan sus disposiciones) y los derechos establecidos en la Constitución Nacional y Provincial.

En éste sentido el art. 28 inc. 2) de la Ordenanza 604/86, en consonancia con el art. 14 bis de la Constitución Nacional, establece que todo trabajador tiene derecho a una retribución justa. A continuación, en el Título 2 Retribución Justa, en el art. 37, expresamente indica que sin perjuicio de los subsidios, compensaciones y otros beneficios que se establezcan en el Estatuto, o dispuestos por otra normal



legal, todo agente que preste servicios tendrá derecho a la percepción de horas extras; finalmente en el art. 55 indica la forma en que se abonarán las horas extras.

En tal contexto, cabe interpretar que el art. 10 del Decreto 1233/88, impide el pago de horas extras por el tiempo que el agente se encuentre afectado a las dos guardias activas y pasivas por mes (60 horas por mes) no obstante, en modo alguno puede extenderse dicha limitación al tiempo que exceda las 60 horas que implican las guardias contempladas en dicha norma y, tal es así, que la propia demandada acordó con el trabajador que el tiempo que excedía las guardias pactadas pasarían a descanso compensatorio (cfr. Memorandum 190/03).

En autos, se encuentra acreditado que el actor desde septiembre de 2003 a octubre de 2004 contabilizó horas extras (en exceso a las 60 horas mensuales comprendidas en las guardias activas y pasivas pactadas) en tal cantidad, que la propia demandada las ha convertido en 606 días de francos compensatorios, sin gozar, al 25 de noviembre de 2004. También, se probó que desde el año 2005 manifestó su intención de reclamar el pago de las horas extras sobrantes de las guardias, sin obtener respuesta favorable, desde que la Administración optó por convertirlas en descansos compensatorios que no fueron usufructuados.

Aún cuando el actor se haya afectado al servicio de dos guardias activas y dos guardias pasivas por mes (que implicaban 60 horas extraordinarias), probado que trabajó un sobre tiempo, que luego implicó la conversión aludida, es claro que GARCE en función de la acumulación de horas en exceso a la jornada pactada, adquirió un derecho subjetivo, porque las mismas eran de conocimiento del empleador (claramente éste conocía su realización y que las mismas excedían las horas abarcadas por las guardias abonadas), en tanto fueron registradas y autorizadas (en éste punto señaló que en el Memorandum 190/03 claramente se hace referencia a



que GARCE estaba a cargo del relevo de guardias y por ello debía prestar servicios durante toda la semana).

Como es sabido, el pago -en este caso de horas extras- es un derecho irrenunciable de todo trabajador. La misma Constitución Nacional señala: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes... retribución justa; ...igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis)...", simbolizando esto, que nadie está obligado a trabajar sin ser remunerado. Máxime, cuando el principio general rector en esta materia es aquél que indica que el trabajador no está obligado a realizar horas extras, excepción hecha de aquéllos supuestos que encuadran en el concepto de fuerza mayor y exigencias excepcionales de la empresa, hipótesis en las que el trabajador debe realizarlas jugando, en tal caso, el criterio de colaboración con el empleador.

He tenido oportunidad de expedirme sustentando este mismo criterio, en una causa de aristas similares. Pueden verse sobre el particular, los autos: "Painenao José c/ Municipalidad de Centenario s/ Acción Procesal Administrativa" Acuerdo N° 57 (31/08/2010) Expte. N° 1120/04 del registro de esta Secretaría actuante, en la cual sostuve: "...Ahora bien, aunque la norma le dé a la Administración opciones para saldar las horas extras, la causa de la obligación que pesa sobre ella -en cualquiera de estos supuestos- es el beneficio obtenido por el mayor tiempo trabajado a su favor por el agente y, cuando el agente de manera efectiva trabaja más allá de la jornada a la que está obligado legalmente y lo hace en beneficio de la Administración, por orden expresa de ésta o porque ella lo consintió, permitió o avaló de manera habitual, aquél adquiere un verdadero derecho subjetivo que incorpora a su patrimonio" (cfr. C. C. Adm. de 1ª. Nominación de Córdoba, "Franchi Ferreira, Luis Rodolfo C. Pcia. de Córdoba", LLC 2009 (octubre), 1998).



También expresé y viene al caso citar que: "En este cuadro de situación, resulta legítima la pretensión del accionante de que éstos se le abonen, pues de otro modo se le estaría privando de un derecho subjetivo ya adquirido plenamente, afectándose su derecho de propiedad".

Porque: "Es claro que la disposición mencionada estaba dirigida a los fines de la contención del gasto que insumía la realización de horas extras, pero como tal, estaba dirigida a los funcionarios que pretendieran su realización y, no a los empleados que conforme a lo dispuesto en el Estatuto... les impone la obligación de "cumplir el horario de horas extraordinarias, cuando razones de servicio así lo requieran, con francos compensatorios o retribución extra, de conformidad con las disposiciones presupuestarias o especiales que se dicten al efecto". (Cfr. C. C. Adm. de 1ª Nominación de Córdoba, 14/2/07, "D'Amore, Alberto c. Pcia. de Córdoba -Plena jurisdicción-").

Y concluía, en dicha oportunidad, señalando que: "De tal forma, dado que el empleado ha cumplido con su deber y la Administración no con el suyo (otorgar la retribución extra) no queda otro camino más que ordenarle que efectivice la "retribución extra"".

"Ello así toda vez que, habiendo transcurrido a la fecha un tiempo que excede todo lo razonable para hacer efectivo el derecho del accionante, el otorgamiento de los francos compensatorios acumulados (que de haberse acordado oportunamente hubiera sido legítimo), no logra compadecerse con los principios que informan la relación de empleo público, las necesidades del servicio y más aún, con el derecho del agente a una retribución justa, compensatoria del esfuerzo realizado y del rendimiento obtenido, o sea de la utilidad o provecho logrado con el esfuerzo del empleado." (Cfr. Linares Quintana, Segundo V. "Tratado de la Ciencia del Derecho



Constitucional" Editorial Plus Ultra, Bs. As., 1979, T. V, p. 471).

Desde esta premisa y prueba analizada, debe asumirse que GARCE incorporó a su patrimonio el derecho que reclama y en la medida en que ha quedado acreditado en autos.

IX.- Resolver lo atinente al monto de condena tiene similares aristas a las presentadas en los autos mencionados en el acápite anterior, es que también aquí, existe un grado de complejidad inusual dada en primer lugar por la falta de respuesta de la Perito Contadora a los puntos periciales propuestos por la parte actora (entre los que solicitaba determinar la cantidad de horas extras al 50 y 100%, el monto que las mismas implicaban y los intereses), en éste punto es claro que si bien la Perito no pudo obtener el Decreto 1233/88 lo cierto es que los restantes puntos periciales podrían haber sido respondidos con la documental obrante en la causa o bien recabando la información complementaria desde que cuenta con facultades para concurrir en forma personal a verificar la documental que estime necesaria y, en segundo lugar, tampoco es posible determinar cuál ha sido el mecanismo utilizado para proceder a la conversión de las horas extras realizadas por el Sr. GARCE en días de descanso compensatorio.

Tal como se sostuvo en el Acuerdo N° 57 (31/08/2010), Expte. N° 1120/04, la dificultad que presenta la determinación del "quantum" no puede constituir un obstáculo para el efectivo reconocimiento (ahora en dinero) del derecho cuyo desconocimiento quedó patentizado.

Es que, no puede olvidarse que la función de los jueces, comprometida con la búsqueda de la verdad para adoptar decisiones justas, impone evitar, con los mecanismos a su alcance, las hipótesis procesales que dificulten o hagan imposible el fallo. La renuncia consciente a la verdad material es incompatible con el servicio de justicia ("El



Debido Proceso". Osvaldo Alfredo Gozaíni. Rubinzal Culzoni, Editores, pág. 326/327).

Entonces, partiendo de considerar que la única certeza que se ha adquirido en esta causa en relación con la efectiva prestación de horas extras por parte del actor, viene dada por la acreditación de los "606 días de francos" (por la conversión ya aludida), será esa misma cantidad de días, los que, debidamente liquidados deberán ser pagados al accionante.

A tal efecto, tomando la remuneración "promedio" que surge de los recibos de haberes acompañados por el actor a fs. 567/568, esto es la suma de 336,99, y dividiéndola por los 30 días laborados en un mes, determina una remuneración diaria de \$11,23; luego, aplicando el recargo establecido en el art. 207 de la L.C.T. (de aplicación supletoria de conformidad al art. 147 de la Ordenanza 604/86) y multiplicado por los 606 días debidos, arroja la suma de \$13.610,76.

En consecuencia, corresponde fijar en \$13.610,76 el monto de condena.

Esa suma, devengará intereses que se calcularán, desde el 25/11/04 -considerando la fecha de certificación de horas extras para descansos compensatorios, conf. fs. 571- y hasta el 1/1/2008, a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde tal fecha y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual de dicha entidad bancaria (cfr. Ac. 1590/09 in re "Alocilla").

X.- En cuanto a las costas, deberán ser soportadas por la accionada vencida, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 CPCyC y 78 de la Ley 1305). **MI VOTO.**

La Señora Vocal **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI**, dijo: por compartir ampliamente los fundamentos y conclusiones a las que arriba el Doctor Massei, es que voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE:** 1º) Hacer lugar a la demanda incoada



por Juan Carlos GARCE contra la Municipalidad de Cutral Co y, en consecuencia, condenar a la demandada al pago de la suma de \$13.610,76 en concepto de horas extras adeudadas correspondientes al período septiembre de 2003 a octubre de 2004 con más los intereses; a dicha suma se le adicionarán los intereses que se calcularán, desde el 25/11/04 y hasta el 1/1/2008, a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde tal fecha y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual de esa entidad bancaria. Dada su naturaleza, sobre dichas sumas se practicarán las retenciones debidas en concepto de aportes y contribuciones; 2º) Imponer las costas a la accionada vencida (cfr. art. 68 del C.P.C.y C. y 78 de la Ley 1.305); 3º) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 4º) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívense.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Vocal

Vocal

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria