



NEUQUEN, 23 de julio de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"YANCAO FRANCISCO CEFERINO CONTRA SARTORI SILVINA S/ COBRO DE HABERES"**, (JNQLA3 EXP 501618/2013) venidos en apelación a esta Sala III integrada por el Dr. Marcelo Juan **MEDORI** y el Dr. Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. **Ghisini** dijo:

I.- El actor interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 28 de diciembre del 2.017 (fs.86/89), expresando agravios a fs. 94/97 vta.-

Argumenta que el juez de grado incurre en errónea valoración de la prueba al desestimar el rubro "diferencias salariales" y en una equivocada interpretación de los principios aplicables a la carga de la prueba en materia laboral.-

Asegura que su parte probó claramente la jornada laboral y tareas que realizaba el actor y que aun así no se la consideró lo suficientemente convincente, mientras que la demandada solo se limitó a realizar una negativa genérica de los hechos reclamados y no efectuó prueba alguna en la causa.-

Manifiesta que se omite aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, los principios protectorios de la ley 20.744 y la vigencia de la ley 26.429 al momento de fallar que modificó el art 9 de la LCT, extendiendo el principio "in dubio pro operari" a las cuestiones probatorias.

-

Plantea reserva del caso federal y solicita se modifique el fallo recurrido, acogiendo los agravios vertidos, con costas. -

Corrido el pertinente traslado del recurso (fs.98) la parte demandada no responde. -



II.- Ingresando en el análisis de la queja esgrimida por el actor, cabe expresar, que la decisión en crisis rechaza la pretensión de las diferencias salariales por horas extras y errónea categorización laboral, en base a dos testimonios, que según la apreciación del juez, no resultan suficientes para acreditar los hechos denunciados, prosperando en consecuencia, parcialmente la demanda. -

Tal como ha sido efectuado el planteo recursivo se observa que el mismo se encuentra circunscripto a la valoración de la prueba efectuada en la instancia de grado respecto del rubro rechazado.-

Al respecto, y previo a ingresar en la decisión del caso, he de mencionar que he adherido a la aplicación del criterio de las cargas probatorias dinámicas receptada por nuestro Tribunal Superior de Justicia en la causa "Merchan, José Rubén y otros c/ J.R.F. S.R.L. y otros s/ Cobro de Haberes" (Expte. N° 17 - año 2007, Acuerdo N° 4, Sala Civil, 05.03.12).-

En tal orden, se expresó: "*La Ley 921, que regula el proceso laboral local, no contiene una prescripción expresa y general que determine las incumbencias probatorias. Contempla algunos supuestos especiales (Art. 38, 2do. párrafo), y en otros casos determina presunciones (Art. Citado, 1ro., 3ro. y 4to. Párrafos)*". -

"*Como mandato de cierre, dispone que el C.P.C. y C. será de aplicación supletoria, en tanto resulte compatible con su letra y espíritu (Art. 54). Por el contrario, el rito civil cuenta con una norma general que impone a cada parte el deber de probar los hechos controvertidos que sean presupuesto de las normas invocadas como sustento de sus pretensiones (Art. 377)*". -

Y se agregó: "*Su empleo no es directo pues demanda el juicio de compatibilidad. Éste requiere computar, amén de las pautas rectoras de la citada Ley 921, todas las demás que*



son propias del Derecho Laboral y están recogidas en sus distintas fuentes" (cfr.-Sala III, Expte. N° 419805/2010-sent. 16/08/2016 "Gutiérrez Juan Carlos c/ Fideos Don Antonio s.a. s/ Despido Directo por otras Causales").-

En tal orden, observo que si bien la demandada, no ofreció prueba alguna que descalifique este reclamo, la actividad probatoria del actor, resultó ser suficiente para acreditar las diferencias de una parte adeudada de su salario.-

Es así que el testigo Hernández (fs.68) refiere que "sabe que trabajó para Sartori...estaba en la elaboración de productos... sé que trabajaba por la mañana bien temprano hasta cerca del mediodía. Lo sé porque que en alguna oportunidad lo llevé y otras lo fui a buscar... Yancao tenía la llave del local, esas noches que lo llevé era de noche, madrugada vendría ser... debo haberlo llevado unas tres o cuatro veces... sé que era la llave de la panadería porque él me dijo que tenía la llave para entrar a trabajar...yo ingresé al sector de elaboración una sola vez y esa vez estaba trabajando en la elaboración de productos".-

A su vez el deponente Riquelme (fs.68) que lo conoce por ser cliente de su taxi, relata que "lo llevaba dos veces a la semana cuando hacía mucho frío, tipo 3 o 4 de la mañana y por ahí al mediodía lo iba a buscar... que era panadero, porque le decía que hacía cosas ahí, la elaboración... Creo que tenía la llave de la panadería...No lo vio haciendo el pan, solo lo dejaba nada más". -

Y como es sabido: "*En la apreciación de la prueba testifical lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia, requisitos que, de no concurrir total o parcialmente, autorizan a alegar sobre la idoneidad del declarante.*" (Sala III, expte. N° 369617/8 Sent. Octubre/2011,



"Heredia Gabriela verónica contra Expreso Argentino SRL s/Despido Directo por otras Causales".-

Y es que: *"la idoneidad de los testigos resulta del conocimiento que tengan de los hechos sobre los que declaran. El análisis debe circunscribirse a verificar si las manifestaciones de los deponentes son objetivas, serias, convictivas, aspectos que se evidencian a través del detalle circunstanciado de los hechos caídos bajo la acción de sus sentidos"* (CNAT Sala II, Nov.22-1989: "Lera, Tomás Rafael c/Bicci Mario E.", Carpetas DT, 3098).-

Luego, lleva razón el actor en su queja, en cuanto a la coherencia de la declaración de ambos testigos para formar convicción sobre los horarios de entrada y salida, que permiten concluir en que su jornada laboral era completa y no de media jornada, tal como se lo consignó en sus recibos de haberes. -

A igual conclusión cabe arribar respecto de la categoría en que revistaba, dado que de las declaraciones testimoniales se desprende que sus tareas estaban vinculadas a la participación en la elaboración de productos las cuales se encuentran vinculadas a la de "oficial maestro" conforme lo determinan los arts. 4º y 17º del Convenio Colectivo N° 478/06 de aplicación, y no a las de un "Ayudante" conforme se lo había registrado (fs.18/20).-

Prosperará por tanto, el agravio planteado en este sentido, dando adecuada primacía a las declaraciones testimoniales por sobre los registros asentados en los recibos de haberes.-

Es que debemos recordar que en la apreciación del plexo probatorio de todo contrato de trabajo adquiere especial relevancia el principio de primacía de la realidad -como parte integrante de los generales del Derecho del Trabajo a los que refiere el Art. 11 de la Ley 20.744- por medio del cual debe



darse preferencia a lo que realmente ha sucedido en los hechos independientemente de lo asentado por las partes.

Nuestro tribunal Superior de Justicia ha aplicado el criterio de primacía de la realidad en numerosos pronunciamientos, citando las palabras de Plà Rodríguez que transcribiré por compartirlas.-

Señaló: *"En materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes -entiéndase del contrato de trabajo- hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios o instrumentos de control. Lo que interesa es determinar lo que ocurrió en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades"*

(cfr.TSJ de Neuquén, Acuerdo N°12 de fecha 04/09/2012, en autos "Álvarez Claramunt, Santiago Daniel c/ Acquastar S.A. y otro s/ Despido" -Expte. N° 185 - año 2009).-

Sentado lo anterior, tendrá acogida favorable la queja por las diferencias salariales, por la categoría de "oficial maestro" y la jornada continua de siete horas por sobre lo documentado ante la AFIP y los recibos de haberes (fs.18/21), pero no ocurrirá lo mismo con las horas suplementarias que se solicitan.-

Con respecto a la prueba de las horas extras se debaten varias cuestiones.-

Con precisión se ha explicado que: *"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". -*



"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. 6º de la Ley 11.544" (cfr. TSJ de Neuquén, Acuerdo N° 10 del 16/07/2016, en autos "Reyes Barrientos, Segundo B. c/ B.J. Services S.R.L. s/Cobro de Haberes" -Expte. Nro. 70 - Año 2013).-

En el presente caso, el actor reclama el pago de seis horas extras semanales en exceso por todo el periodo que duró su relación laboral (seis semanas), sin embargo, del examen integral de la prueba producida (testimoniales), no cabe más que compartir la conclusión a la que arriba el sentenciante de grado en cuanto a que no se han acreditado que el actor prestara tareas por encima del horario normal.-

Esto me lleva a concluir en que, aún situándonos en el marco del criterio jurisprudencial mayoritario antes citado para valorar la prueba de las horas extraordinarias reclamadas, el accionante no las ha probado, ni siquiera indiciariamente.-

Como corolario de lo expuesto, debo decir que si bien ambos testigos resultan eficaces para corroborar el régimen de jornada completa, no ofrecen mayor precisión horaria para determinar la procedencia del rubro horas extras en la forma peticionada, por lo que el recurso deberá ser rechazado en este aspecto.-

Conforme lo decidido es que se realizará una nueva liquidación de lo adeudado, teniendo en cuenta para ello, las diferencias salariales que resultan de la categoría que quedó establecida como "oficial maestro" con una jornada continua de siete horas (art. 15 del CCT citado).-



A tal fin y observando el acuerdo de recomposición salarial N° 948/13 (26/12/12) para el sector, encuentro que el salario básico de liquidación más la zona favorable (5%) que estipula el actor en su demanda de \$5.012,45 (4.773,77 + 238,68) se corresponde con las escalas homologadas mencionadas.-

En consecuencia, y vigente el periodo de prueba del art. 92 bis, apartado 3, que ha quedado firme, procede la reparación indemnizatoria en los siguientes rubros: Preaviso: \$ 2.506,22 (15 días). SAC s/ preaviso: \$ 208,85. SAC proporcional 47 días: \$ 654,40. Diferencias salariales de julio 2013: \$1.558,65. Haberes del mes de agosto 2013: \$3.466,15. (5.012,45 -1.546,30 abonado). Haberes de septiembre 2 días: \$334,16. Integración mes de despido: No corresponde en periodo de prueba. Multa art. 2 ley 25323: \$ 1.253,11 (50% sobre el preaviso).-

Asciende el total adeudado a la suma de \$ 9.981,54.-

III.- Por todo lo expuesto y considerado, es que propondré al Acuerdo acoger favorablemente la apelación del actor al haberse acreditado las diferencias salariales por la jornada completa de trabajo y errónea categorización laboral, rechazándose las diferencias por horas extras.-

En consecuencia, revocar la sentencia de fs. 86/89 en lo que ha sido materia de recurso, modificando el monto de condena, la que prosperará por la suma de \$ 9.981,54 al 2 de septiembre de 2013, fecha del distracto; e imponer las costas en la instancia de grado a la demandada vencida conforme se resuelve (art. 68 del C. Procesal), mantener los honorarios regulados por resultar adecuados a este pronunciamiento. Las costas de alzada serán impuestas a la accionada por idéntico fundamento y los honorarios profesionales en esta etapa serán regulados en un porcentaje del 30% de los fijados en primera instancia (art. 15 de la L.A.). -



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Tal mi voto. -

El Dr. **Medori** dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**,

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs.86/89, elevando el monto de condena, a la suma de **\$9.981,54** al 2 de septiembre de 2013, fecha del distracto; de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de la instancia de grado al demandado en su calidad de vencido (art. 17 Ley 921).

3.- Mantener los honorarios regulados en la instancia de grado, por resultar adecuados al nuevo pronunciamiento.

4.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921).-

5.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

6.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini- JUEZ Dr. Marcelo Juan Medori- JUEZ Dra. Audelina Torrez-SECRETARIA