



**ACUERDO:** En la ciudad de Cutral Co, Departamento de Confluencia de la Provincia del Neuquén, a los once (11) días del mes de Diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; integrada por las señoras Vocales Dras. Gabriela Belma Calaccio y Alejandra Barroso y con el Presidente, Dr. Dardo Walter Troncoso, convocado a fin de dirimir la disidencia planteada, con la intervención de la Secretaria de Cámara Dra. Victoria Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados **"ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** (Expte 3836/2012) venidas del Juzgado de Primera Instancia en Todos los Fueros de la ciudad de Villa La Angostura y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales;

De acuerdo al orden de votos sorteado la **Dra. Gabriela Belma Calaccio** dijo:

**I.-** Que vienen estos autos en apelación en orden a los recursos deducidos por las partes contra la sentencia dictada en fecha 11 de junio del 2015, obrante a fs. **155/163** y vta., en tanto admite la demanda entablada por considerar acreditada la relación laboral, impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Contra tal decisión se alzan actora y demandada a fs. 174/175 y vta. y 169/170 respectivamente.

En primer lugar la actora se queja en dos agravios, sobre el rechazo de las horas extras correspondientes a las jornadas de los domingos, considerando que de la prueba testimonial analizada en la sentencia se concluye sobre la realización de aquellas.



En segundo lugar se queja por el rechazo de la multa prevista en el art. 275 de la LCT, ya que, a su criterio, el desarrollo argumental de la sentencia ha corroborado la conducta maliciosa y temeraria denunciada en la demanda. Finalmente formula reserva del caso federal. La contraria, bilateralizada la cuestión guarda silencio.

A su turno la demandada centra sus agravios en tres cuestiones. En primer lugar critica la sentencia por haber dado validez a las piezas telegráficas que fueran desconocidas por su parte, y no se produjera prueba para acreditar la recepción.

En segundo lugar considera que se ha afectado el principio de congruencia por considerarse en la sentencia rubros no contenidos en los reclamos epistolares.

En tercer lugar se queja por la procedencia del reclamo sobre las horas extras, argumentando que la realidad demuestra que nadie trabaja más de un mes sin exigir puntualmente el pago del exceso en la jornada legal. Trasladado es respondido por la actora a fs. 178/179 en los términos que surgen de tal pieza procesal.

Que preliminarmente ingresaré en el análisis del escrito de expresión de agravios formulado por las partes, evaluando si cumplen con las exigencias del art. 265 del CPCC de aplicación supletoria en orden al art. 54 de la ley 921 y en esa dirección y ponderado que fuera con criterio amplio y favorable a la apertura del recurso, conforme precedentes de esta Sala para armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio, encuentro que, aún con suficiencia mínima responden a aquellas pautas, habilitando su tratamiento, sin perjuicio de algunas consideraciones que formularé en torno a lo expresado por la demandada.

Que como lo he sostenido en numerosos precedentes de esta Sala, los jueces no estamos obligados a seguir puntillosamente todas las alegaciones de las partes, sino



aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas las medidas de prueba sino las que sean conducentes y tengan relevancia para decidir la cuestión sometida a juzgamiento, en este sentido "No es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio" (cfr. "Dos Arroyos SCA vs Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s Revocación y nulidad de resoluciones"; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 08-08-1989; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RCJ 102597/09)...".

Ahora bien dicho lo anterior comenzaré por el estudio de los agravios vertidos por la actora, tratando en este aspecto el primero de ellos y el tercero de la demandada en forma conjunta pues ambos se quejan en relación al reclamo sobre las horas extras.

La accionante sostiene que la sentencia no ha valorado la prueba producida para la procedencia de las horas extras trabajadas los fines de semana. En la demanda reclama por este rubro la cantidad de 720 horas al 100% por un total \$198.096, y la sentencia reconoce sólo 160 horas correspondientes a los días sábados por el importe que consigna en la liquidación.

**II.-** Por su parte la demandada, sostiene que no existen horas extras impagas, con un argumento que no merece réplica por la ausencia total y absoluta de crítica concreta que permita avanzar sobre su estudio. "...El escrito de expresión de agravios debe contener una crítica razonada y concreta de las argumentaciones efectuadas por el juez "a quo", no siendo suficiente la repetición de argumentos, el disenso con el juzgador, ni las afirmaciones genéricas sobre la procedencia de sus planteos sin concretar pormenorizadamente los errores, desaciertos, omisiones en que aquél habría incurrido respecto a las valoraciones de los



antecedentes y el derecho aplicado. Los agravios, en suma, deben consistir en una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, no bastando, a tal fin, efectuar discrepancias con el contenido y fundamentos de la sentencia que el recurrente entienda equivocados. Debe ser precisa, expresando con claridad y corrección, de manera ordenada, porque la sentencia no es justa y los motivos de la disconformidad, indicando cómo el juez ha valorado mal la prueba, omitido alguna que pueda ser decisiva, aplicado erróneamente la ley, o dejado de decidir cuestiones planteadas. Debe, el litigante, expresar, poner de manifiesto, mostrar, lo más objetiva y sencillamente posible, los agravios. No puede menos que exigirse que quien intenta la revisión de un fallo diga porqué esa decisión judicial no lo conforma, poniendo de resalto lo que considere errores de hecho o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos, pues al proceder así cumple con los deberes de colaboración y de respeto a la justicia y al adversario, facilitando al tribunal de alzada el examen de la sentencia sometida a recurso, y delimita el ámbito de su reclamo..."(Tayaquí José Abraham en representación de su hijo Jahaziel Amín Emanuel Tayagüí vs. Instituto Provincial de Salud de Salta s. Amparo /// Corte de Justicia, Salta; 30-abr-2013; Rubinzal Online; RC J 14868/13).

**III.-** Debo adelantar que el agravio no puede prosperar, no sólo porque la requirente no se hace cargo de los argumentos sostenidos por el juez en torno a esta cuestión, sino porque del análisis integral de la prueba incorporada al proceso, no encuentro mérito para apartarme del resultado contenido en la sentencia cuestionada.

En efecto, ninguno de los testigos que depusieron en la causa han logrado acercar con el margen de certeza requerido los extremos sostenidos por la demandante en este punto, sólo Sergio Nervi a fs. 84/85, efectúa una referencia a



labores durante los días domingos, sin ninguna precisión en torno a los servicios que cumplía eventualmente, como al tiempo en que se desarrollaba la prestación, y, en nada ayuda la actora dada la exorbitante inclusión que efectúa al momento de la liquidación del reclamo. En este sentido "...cabe señalar que en los supuestos en que se pretende el cobro de créditos laborales por la extensión de la jornada de trabajo cabe exigir prueba fehaciente de la existencia de tales prestaciones (CSJ Nación, sent. del 22/10/91, "Blanco c/ Barce Mazzarella y Cía SRL), que debe ser categórica y cabal, tanto en lo que se refiere a los servicios cumplidos como al tiempo en que se desarrollaron, careciendo de idoneidad a tales fines una simple referencia testimonial generalizada e imprecisa (CNTr, sala VIII, sent. del 22-4-92, "Retamoso c/ La Rioja 45 SRL)(cfr. Rubinzal online cita RC J 159/04). "Las horas extraordinarias, por su misma naturaleza constituyen actividad probatoria del subordinado y su prueba debe ser asertiva, definitiva, sin dejar lugar a dudas". (CNTr Rosario, Sala II-agosto 28-979 Z, 20-417) "Aún cuando la empleadora no haya llevado el libro de registro de horas extras, la prueba de la misma a cargo del trabajador debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento común del contrato individual del trabajo" (CTrab. Rosario, Sala I, abril 30-980, en LL 981-254) (CAZ SC RSD 91/07).

**IV.-** En relación al segundo agravio, requiriendo la aplicación de la sanción prevista por el art. 275 de la LCT, tampoco puede prosperar, no sólo porque la parte no lo reclamó en el origen y por ello no fue materia de contradicción, no pudiendo en esta oportunidad procesal avanzar sobre tal cuestionamiento, en franca colusión con la garantía de defensa en juicio, sino porque además, "...Para aplicar la sanción máxima por temeridad y malicia, es necesario proceder con prudencia y tener presente que la



imposición de sanciones no puede obedecer a la sola circunstancia de que las acciones y defensas hayan sido desestimadas, ni que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio...". (Cfr. Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada-Antonio Vázquez Vialard-tomo III, pág. 637).

**V.-** Que ingresando en el análisis del resto de los agravios de la demandada, adelanto opinión negativa a su procedencia.

**VI.-** En relación al primero de ellos referido a las comunicaciones epistolares, asiste razón en torno a la ausencia de prueba que acredite la recepción por parte de la demandada, sin embargo de una rápida lectura de la contestación de demanda y particularmente de la misiva que obra a fs. 8, expresamente reconocida por la accionada en la expresión de agravios, surge indubitable que las comunicaciones fueron recibidas. Así en la fotocopia que obra a fs. 3, el trabajador indica su fecha de ingreso; a fs. 7 obra fotocopia de la carta documento remitida, según sello postal, el 29 de octubre del 2012 en cuya virtud, sin precisar fecha de ingreso, intima el pago de la planilla de liquidación. Esta es respondida por el empleador, fotocopia de fs. 8, donde textualmente consigna, entre otras cosas "... niego y rechazo la fecha de ingreso señalada...". Demás está decir que esta circunstancia aduna el convencimiento en relación a la recepción, cuanto menos de la misiva obrante a fs. 3. Lo dicho echa por tierra el débil argumento esgrimido.

**VII.-** En torno al segundo agravio, no resiste el menor análisis. Pretende cuestionar al magistrado, por su ausencia de consideración en orden al principio de congruencia, argumentando en apoyo de tal postura que "...contempla en la liquidación final, montos que no han sido parte de los reclamos epistolares...".



Sin perjuicio de la deserción de este agravio por notable ausencia de crítica, conforme lo indica la norma de rito "...Entre los requisitos formales de admisión del recurso de apelación, figura el memorial de agravios, el cual debe contener una razonada y objetiva tarea crítica de todos y cada uno de los fundamentos de la resolución atacada y sobremanera de aquellos que por su carácter de decisivos sirven de basamento al pronunciamiento. Tal memorial debe ser además autosuficiente con un análisis en el cual se demuestren acabadamente los errores y vicios de la sentencia impugnada. Si la crítica esgrimida por la recurrente se reduce a meras discrepancias o afirmaciones genéricas que no destruyen el raciocinio del a quo, resulta evidente que la expresión de agravios no satisface el mínimo de los requisitos que se exige para su tratamiento...". (López de Morante, Olga Beatriz vs. Consejo General de Educación y/u otros s. Acción de amparo /// Superior Tribunal de Justicia, Santiago del Estero; 15-dic-1998; Secretaría de Información Jurídica del Poder Judicial de Santiago del Estero; RC J 6578/11), yerra el requirente en su interpretación en torno al principio de congruenci. (cfr., art. 163 inc 6° del CPCC).

En aquel sentido se ha dicho "...Al respecto, cabe recordar que si bien es cierto que la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es un punto excluido como regla del recurso extraordinario por constituir una materia propia de los jueces de la causa (Fallos, 270:162; 271:402; 276:111, etc.), tal principio no rige cuando lo decidido signifique un apartamiento de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo, a través de la incorporación de temas no introducidos oportunamente por las partes en el pleito (Fallos, 239:442; 252:13; 255:237, entre otros), regla que no puede cohonestarse mediante la invocación del principio iura novit curia cuando éste excede el ámbito de lo que le es propio (Fallos, 256:529; 261:284; 263:335; 288:21; 300:1015,



etc.), como ocurre cuando se procede "a la admisión de defensas no esgrimidas en debida forma" (vide Fallos: 300:1015; 304:567; 306:1271; 310:1753; 312:2504; 313:228; 315:103; 317:177; 325:162 y 812), de suerte tal que se modifiquen los elementos de la demanda o de la oposición, con la consiguiente lesión del derecho de defensa (Fallos, 306:1993; 307:1487; 314:1175) (González, Lucio Atilio vs. Verra, Elida G. de e Hijos S.H. y/u otros. Laboral - Recurso de inconstitucionalidad /// Corte Suprema de Justicia, Santa Fe; 02-mar-2010; Rubinzal Online; RC J 10686/12). "... En ese sentido, este Tribunal ha declarado que el principio de congruencia postula conducir el pleito en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio, e importa que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa, resultando violado cuando el fallo valora y decide sobre circunstancias ajenas a la forma en que ha sido planteado el reclamo (conf. arts. 18, Const. nac.; 163 inc. 6, CPCC y 47 de la Ley 11653; causas L. 86587, "Zaccardi", sent. del 21-VI-2006; L. 85.547, "Maldonado", sent. del 14-IV-2004; L. 71273, "Cosatti", sent. del 4-IV-2001; entre otras). En consecuencia, viola los arts. 163 inc. 6 del Código Procesal Civil y Comercial y 47 de la ley procesal laboral el fallo que -como el aquí examinado-, al introducir de oficio una cuestión no articulada, se aparta del objeto de litigio determinado por la demanda y contestación, quebrantando de ese modo la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal tutelados por el principio de congruencia (conf. L. 102.190, "G., S.", sent. del 18-V-2011; L. 55.838, "Domínguez", sent. del 4-XI-1997; L. 56.208, "Agüero", sent. del 2-VII-1996; L. 49.874, "Lotto", sent. del 21-IX-1993).

Dicho lo anterior ninguna duda cabe sobre el yerro del requirente, que tampoco fuera introducida como cuestión litigiosa al contestar la demanda, pues el "aquo" se ha





limitado a resolver sobre los puntos propuestos, sin suplir las pretensiones de las partes, desechando aquellos rubros que no fueran acreditados, y haciendo procedentes los probados, sobre los cuales no ha mediado crítica alguna de la parte, llegando firmes a la Alzada, "...Cabe recordar que el juez no puede modificar los presupuestos fácticos del litigio, ni alterar la relación procesal, pues la decisión de acordar derechos no pedidos ni debatidos en el pleito, vulneraría el principio de congruencia afectando en definitiva la garantía del debido proceso. Sin embargo, no debe confundirse este vicio -incongruencia por extra petición- con la facultad discrecional y legítima que posee el juez laboral de desentrañar la verdad real, dentro de los elementos de prueba arrojados al proceso y de las concretas pretensiones de las partes". (Ubelhartt Raúl Horacio vs. BBVA Francés SA s.Cobro de pesos///Corte de Justicia de Catamarca; Rubinzal Online RC J 10176/11).

En consecuencia y conforme lo dicho propongo al Acuerdo:

- 1.- Confirmar la sentencia en todo lo que fuera motivo de agravios.
- 2.- Costas por su orden conforme el resultado de los recursos (art 71 del CPCC de aplicación supletoria)
- 3.- Diferir la regulación de honorarios hasta la etapa procesal correspondiente (art. 15 ley 1594).

Mi voto.

A su turno, la Dra. **Dra. Alejandra Barroso** dijo:

**I.-** Que voy a disentir parcialmente con los fundamentos y solución propiciada en el voto que me precede, dando mis razones.

**II.-** Ingresaré al análisis de los agravios vertidos, consignando en forma preliminar que, al igual que mi colega, considero que, aún con deficiencias, las quejas cumplen con el requisito del art. 265 del CPCC.



**III.- Horas extras:**

Con relación a las horas extras, y como ya lo he expresado en otros precedentes de esta misma Sala, he de reiterar mi posición en orden a los criterios para abordar su valoración probatoria, la cual no coincide con la postura de mi colega de Sala, ni con la expresada en la sentencia por el *a quo*, señalando que adhiero a la postura amplia y no restrictiva en este aspecto.

Brevemente he de consignar los argumentos expresados por Fernández Madrid (entre otros): "...En principio la prueba del trabajo extraordinario está sujeto a las reglas comunes y le corresponde al trabajador que reclama el pago de las horas extraordinarias acreditar los hechos que las justifican... no existe norma jurídica que imponga que las horas extras deben acreditarse con otros medios que no sean los previstos por la legislación para el resto de los hechos litigiosos...".

Con cita de Oscar Ermida Uriarte, el citado autor expresa: "...esa posición restrictiva no tiene justificación teórica ni práctica. Más aún, en la actualidad, en que es un "hecho notorio" que la mayor parte de los trabajadores trabajan horas extras más allá del límite legalmente autorizado, el examen restrictivo de la prueba de estas horas adolece, además, de desconocimiento de la realidad..." (conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; *Tratado práctico de derecho del trabajo*; Tomo II, Ed. La Ley, págs. 1615/1617).

Esta es igualmente la postura al respecto de la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la I Circunscripción Judicial, tal como resulta de autos "MEDINA ANA LAURA C/ CRUCERO DEL NORTE S.R.L. S/ COBRO DE HABERES", voto de los Dres. Federico Gigena Basombrio y Patricia Clerici, Ac. 229/11, sentencia de fecha 13/12/11, en donde se sostuvo que: "...La prueba del trabajo extraordinario está sujeta a las reglas comunes y le corresponde al trabajador que



reclama el pago de horas extras acreditar los hechos que las justifican, siendo válidos todos los medios de prueba, que tendrán distinto valor de acuerdo con las circunstancias del caso (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1615). Esta prueba debe ser categórica y convincente (cfr. CNAT, Sala I, 6/10/1994, "Puerto c/ Editorial Sineret, DT 1995-A, pág. 1016; ídem., Sala II, 28/2/1994, "Pérez c/ Meip Ingeniería", Dt 1994-A, pág. 727; ídem., Sala VIII, 30/7/1993, "Sosa c/ Frigorífico Minguillón", DT 1994-B, pág. 1196).".

"Consecuentemente, puede acreditarse la realización de horas extraordinarias mediante testigos, no siendo imprescindible que se diligencie prueba pericial. Jurisprudencialmente se ha dicho que "el trabajo realizado en horas suplementarias, como dato de la realidad, puede ser demostrado por cualquier medio de prueba, presunciones y testigos incluidos" (cfr. CNAT, Sala VI, 7/6/1996, "Romano c/ Rampello", DT 1996-B, pág. 2099) y que "el trabajo en horas suplementarias, por su naturaleza, suele ser el que mayores dificultades ofrece a los trabajadores para su acreditación, toda vez que las constancias registrales están a cargo de la empleadora y sólo les resta a aquéllos, valerse de testigos. Por ello no corresponde exigir mayor rigor probatorio para las horas extras, toda vez que siendo un hecho litigioso más, rigen las reglas procesales aplicables al resto de los hechos que integran la litis" (cfr. CNAT, Sala IV, 18/4/1996, "Ríos c/ Edelín", cit. por Fernández Madrid, Juan C., op. cit., pág. 1616)...".

En el mismo 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 este sentido se ha expresado que: "...No existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba del cumplimiento de labores durante tiempo extraordinario deba ser realizado con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso. En otras palabras, el horario puede ser probado por cualquiera de los medios de prueba expresa o implícitamente admitidos por la ley y la valoración de la prueba debe ser realizada conforme los principios de la sana crítica, como dispone el art. 386, CPCCN"...". (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 363, con cita de CNAT, Sala X, 13/3/2006, "Ramírez, Mariano Gastón c/ Password S.A. y otros").

La SCBA también ha actualizado su criterio en el mismo sentido, remitiéndome, en homenaje a la brevedad, a los fundamentos expuestos en precedentes recientes como: "Capris, Eduardo Omar c/ Nuncio De Rosa S.R.L. Despido", L. 113.518, sentencia de fecha 29 de octubre de 2014 y "Lopez, Juan Isamel



Oswaldo c/ Ardapez S.A. s/ despido", L 99.688, sentencia de fecha 22 de febrero de 2012.

También 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; entre otros. (citados en: De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 362).

Con estas breves citas y en estos términos, se puede afirmar sin hesitación que lejos está de ser uniforme el criterio jurisprudencial que enarbola el *a quo* tal como afirma en su sentencia; e incluso, no puedo dejar de señalar que, en forma autocontradictoria, funda expresamente su decisión en el precedente CAPRIS de la SCBA, en el cual, por el contrario, se aplican las presunciones legales (procesales) relativas a la veracidad de las afirmaciones del trabajador cuando el empleador no cumple con la carga de registración (conf. fs. 160).

a) En el marco de estas premisas he de considerar en primer lugar el tercer agravio de la demandada. En cuanto cuestiona la jornada de trabajo y las horas suplementarias reconocidas en la sentencia.

En su decisorio, el sentenciante tuvo por probado, conforme la valoración de la prueba que realiza, una jornada de trabajo de Lunes a Viernes de 12.30 a 20.00 hs. y los sábados de 09.00 a 13.00 hs., así como también tuvo por acreditadas la realización de 4 horas suplementarias los días sábados de 16.00 a 20.00 hs.

En su queja, el demandado no realiza una crítica concreta y razonada de la apreciación realizada en la sentencia en crisis, limitándose a remitirse a los dichos del testigo Nervi, en cuanto a la jornada común, sin hacerse cargo de los restantes testimonios valorados ni de lo expresado por



dicho testigo en cuanto no manifestó que el actor "retomaba a las 17"; además, el mencionado, afirmó que sólo compartía con el actor unas horas a la tarde; y, al preguntársele sobre la carga horaria destacó que "...Es difícil en horas exactas no se puede... cantidad de horas no podría decir..." (fs. 84/85). A estar a la prueba apreciada, el sentenciante ha tenido por cierta la jornada de trabajo denunciada por el actor en su demanda, lo cual considero correcto, sin que la parte demandada haya ofrecido prueba que demostrase lo contrario, sino que fundó su defensa en la negativa de la relación laboral.

Con relación a las horas suplementarias, en su expresión de agravios reconoce que las horas extras pueden existir, pero que claramente se pagan, por lo tanto no estarían impagas, lo cual no resiste el mínimo análisis y no fue la postura asumida al contestar demanda, oportunidad en la cual desconoció el vínculo laboral.

Asimismo, cabe recordarle al quejoso 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.

Por estas razones el agravio no puede prosperar.

b) Sentado lo anterior, he de ingresar al cuestionamiento de la actora en orden a las horas extras expuesto en su primer agravio.

Conforme propongo resolver la crítica de la demandada, tengo que llega firme a esta instancia que el actor ha logrado acreditar que su jornada de trabajo excedía la jornada legal.



Queda por establecer la extensión de dicha jornada, siendo que el a quo sólo reconoció 4 horas suplementarias los días sábados de 16.00 a 20.00 hs., mientras que el recurrente estima que deben reconocerse también las horas suplementarias trabajadas los días domingo.

En su demanda el actor denuncia que trabajaba los días domingos de 11.00 hs. hasta, en algunas ocasiones, las 02.00 hs. de la madrugada.

Efectuada una minuciosa valoración de la prueba testimonial rendida, en el marco teórico de análisis desarrollado precedentemente en forma preliminar, considero que el agravio debe ser admitido dado que entiendo que el actor ha logrado acreditar la realización de tareas los días domingo.

En este aspecto, el testigo Pacheco (fs. 79/79 vta.), declaró que el actor daba los turnos para los torneos de fútbol que se realizaban en el lugar los fines de semana y que lo veía a cargo de la organización de los torneos o era la persona al frente de los partidos y los horarios.

El testigo Nervi (fs. 84/85), por su parte, afirmó que en el club donde se desempeñaba el actor este organizaba los torneos que "eran mayormente los fines de semana, todo el día, llevaba desde las 9 más o menos hasta la última hora, siete de la tarde... El torneo nos llevaba sábados y domingos..." y más adelante expresó que había cumpleaños y torneos y que "...prácticamente era todos los fines de semana...".

Por su parte el testigo Lemeillet (fs. 81) en su declaración no alcanza a desvirtuar los testimonios precedentes, en tanto sólo afirma no recordar si el actor trabajaba los domingos, que no es lo mismo que negarlo.

Es decir que el actor realizaba tareas para los torneos y cumpleaños que se realizaban en el club los fines de semana, y entiendo que en esta locución está incluido el domingo, porque el domingo integra el fin de semana. Además



expresamente el testigo Nervi declaró que los torneos, al menos, se realizaban los sábados y domingo, casi todos los fines de semana y desde las 09.00 hs. Hasta las 19.00 hs. de la tarde, siendo su testimonio, en este aspecto suficientemente preciso en cuanto al tipo de tareas, días que se realizaban, y hasta su extensión horaria.

En este punto, me detengo para realizar alguna consideración en torno a la prueba que se requiere no ya para acreditar la realización de una jornada en exceso de la legal, sin para demostrar la extensión de dicha jornada.

En esta cuestión, 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.

No desconozco que existen otras posturas, pero entiendo que la normativa impone obligaciones al empleador, entre ellas el registro del art. 6 que resulta un medio idóneo para demostrar la extensión de una jornada extraordinaria, aunque previamente el trabajador debe demostrar la prestación por encima de los límites normativos, para hacer operativa la obligación impuesta al empleador.(conf. De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 360).

En este sentido se sostiene que: "...Encontrándose acreditado el cumplimiento de tareas en tiempo suplementario, la demandada estaba obligada a llevar un registro especial en el que constara el trabajo prestado en horas extraordinarias (conf. art. 8 del Convenio 1 de la OIT, art. 11, punto 2 del





Convenio 30 de la OIT, ambos ratificados y de jerarquía supralegal conforme art. 75 inc. 22, Const. Nac., receptados en el art. 6, ley 11.544, y art. 21 dec. 16.115/33), y en la medida que la demandada no exhibió documentación alguna relacionada con la jornada de la actora, corresponde presumir que son ciertas las horas extras denunciadas en la demanda, siendo la accionada quien debía producir prueba en contrario (conf. art. 52, incs. g y h, y art. 55, LCT)." (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 360; con cita de CNAT, Sala VI, 15/4/2009, "Moscoso, María Laura c/ Anuntis Segundamano Argentina S.A. s/ despido", expte. 36.398/07, SD 61.304).

Por estos fundamentos, y valorando los testimonios rendidos, entiendo que corresponde hacer lugar al agravio de la actora, determinando que el actor cumplía horas suplementarias los días domingos de 09.00 a 19.00 hs., esto es 10 horas, todos los fines de semana, las que deben calcularse al 100% y durante el periodo no prescripto conforme se calcularan las horas suplementarias de los días sábados y que llega firme a esta Alzada.

En total, corresponde computar 400 horas extras los días domingo, calculándose conforme los parámetros de la liquidación practicada en la sentencia, que no han merecido reparos, por lo cual, este rubro habrá de prosperar por la suma de \$ 13.752,00, a abonar en el plazo y con más el interés moratorio establecido en la sentencia, circunstancias que llegan firmes.

**IV.-** Seguidamente, y por una cuestión de orden lógico, he de ingresar al tratamiento del primer agravio de la demandada, en cuanto cuestiona la autenticidad y recepción de las comunicaciones epistolares remitidas por el actor.

Concretamente afirma que negó, en la contestación de demanda, la recepción de las misivas enviadas



por el actor de fechas 3, 11 y 20 de agosto afirmando que las mismas jamás llegaron a destino.

El despido es un acto jurídico unilateral y recepticio, aún el despido indirecto. Esto quiere decir que la comunicación (del despido) debe llegar a conocimiento del empleador a fin de tenerlo por configurado o perfeccionado.

Esta Sala I ya ha tenido oportunidad de expedirse al respecto en el Acuerdo N° 47, año 2015, del Registro de la Oficina de Atención al Público y Gestión de SMA, en autos "FLORES BELEN DEL CARMEN C/ GEREZ INES MARIA S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. JJUCI1 Nro.: 36270, Año: 2014), en el cual se expresó que: "...El despido, como es sabido, es un acto jurídico unilateral y recepticio que produce plenos efectos extintivos de la relación de trabajo, ya sea por voluntad del empleador o por voluntad del trabajador. Se perfecciona o cobra eficacia a partir del momento en que entra en la esfera de conocimiento del otro, del destinatario, y puede ser inmotivado. En este sentido se ha expresado que "la declaración de voluntad reviste carácter recepticio porque ella se perfecciona e integra y adquiere relevancia y sentido jurídico pleno, cuando en cumplimiento de su función comunicativa llega a la esfera jurídica del destinatario" (conf. Ackerman, Mario E. y otro; Extinción de la relación laboral, Extinción por iniciativa del empleador, por Silvia E. Pinto Varela, pág. 271 vta. y 325 y sig., con cita de Monzón)."

"Al ser recepticia, la declaración de voluntad se emite para llegar al destinatario, pero para que sea eficaz, no basta con que se emita, sino que debe llegar a su conocimiento, por ello cobra virtualidad la que llegue en primer término...".

Asimismo, la Sala II de este mismo Cuerpo se ha pronunciado en idénticos términos en autos: "Iral, Caniullan, Mercedes Isabel c/ Marines, Julio César y otro s/ despido



indirecto por falta de registración o consignación errónea de datos en recibo de haberes", (Expte. Nro.: 38611, Año: 2014), sentencia del 27 de octubre de 2015, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

Yendo al análisis de este caso concreto, se puede apreciar que el actor acompaña prueba documental del intercambio telegráfico entre las partes (fs. 3/8), las cuales resultan ser copias, entre ellas, a fs. 6, acompaña la misiva por la cual el actor hace efectivo el apercibimiento dispuesto y se considera injuriado y despedido por culpa de su empleadora, atento el silencio ante sus anteriores intimaciones, remitida con fecha 20 de agosto de 2011.

El actor en su demanda considera como fecha del despido indirecto la fecha de remisión de este telegrama, y no refiere nada ni indica la fecha de recepción de esta comunicación rupturista.

Por su parte, el demandado al contestar demanda expresa: "Niego y rechazo el total de la documental agregada", y luego realiza negativas particulares de las cuales no resulta que haya cumplido con lo dispuesto por el art. 356 CPCC, de aplicación supletoria, en cuanto a la carga que tenía de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos, cuyas copias se acompañaron.

En cuanto a la documentación, que es motivo de la queja del recurrente, ante una negativa meramente general, han de tenerse por reconocidos y recibidos los documentos acompañados.

Cabe poner de resalto también que el apelante no negó en forma contundente, al contestar demanda, haber



recibido el telegrama que comunicaba el despido de fecha 20 de agosto de 2011, lo cual torna procedente la aplicación de la norma citada y corresponde tenerla por reconocida y recibida, al igual que los restantes telegramas acompañados por el actor.

Por otro lado, esto fue lo decidido por el *a quo* en el auto de apertura a prueba, al no hacer lugar a la prueba informativa al Correo ofrecida por ambas partes por innecesaria (conf. fs. 49/49 vta.), decisión que llega firme al no haber sido motivo de cuestionamiento por ninguna de las partes.

Por estas consideraciones, el agravio introducido en esta instancia no puede prosperar, siendo que han de tenerse por reconocidas y recibidas los telegramas y cartas documento acompañadas con la demanda y que se le atribuyeran, debiendo confirmarse la sentencia en este punto, por mis fundamentos.

**V.-** Con relación al segundo agravio de la demandada en orden a la violación del principio de congruencia, he de adherir a los fundamentos y solución propiciada en el voto precedente, por compartirlos.

**VI.-** Finalmente, he de tratar el segundo agravio interpuesto por la actora con respecto a la aplicación de la sanción prevista en el art. 275 de la LCT, que fuera requerida por esa parte al alegar de bien probado (fs. 152).

En esta cuestión invoca lo dispuesto por el art. 9 de la ley 25.013 que dispuso: "En caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado..., se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el art. 275 de la Ley 20.744 (t.o. 1976)".



En estos términos, voy a compartir la solución que propicia mi colega, en tanto esta cuestión, fue introducida a la decisión de la instancia anterior en forma tardía e improcedente (en el alegato), lo cual impide su consideración en esta Alzada.

**VII.-** Con relación a las costas de esta instancia, teniendo en cuenta la forma en que propicio se resuelvan los agravios, he de imponerlas a la demandada en su condición de vencida sustancialmente (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la LA.

**VIII.-** Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo:

a) Revocar parcialmente el decisorio apelado debiendo adicionarse al monto de condena la suma de pesos trece mil setecientos cincuenta y dos (\$13.752,00) en concepto de horas extras realizadas los días domingo.

b) Imponer las costas de esta instancia al demandado en su condición de vencido (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria).-

c) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 15 LA).

Mi voto.

Luego el **Dr. Dardo Walter Troncoso** dijo:

Tiene dicho la doctrina que las horas extras son aquellas cumplidas por el trabajador bajo relación de dependencia en exceso a la jornada laboral, circunstancia por la cual y teniendo en cuenta el período en que se realizan, el empleador debe abonar las mismas con el recargo correspondiente, pues el artículo 203 de la LCT establece como principio general que el trabajador no está obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos excepcionales



(Grisolía, Julio Armando, "Derecho del Trabajo", Ed. Lexis Nexis, Pág. 429).

En cuanto a su prueba, integrando la antigua Cámara Multifueros de Cutral C6, he vertido opinión en el sentido de que la misma debe ser precisa y certera, estando en cabeza de quien alegue dicha circunstancia el deber de probar su realización (ver autos: "Maluenda, Silvia Raquel c/ Rima S.R.L. y otro s/ Despido y cobro de haberes", Expte. Nro.: 298, Folio: 46, Año: 2.008).

Asimismo, se ha dicho que: "Discutiéndose el trabajo efectuado en horas extraordinarias, la demostración de su realización corresponde al dependiente, rigiendo las normas procesales que imponen a quien afirma la carga de la prueba" (SCBA, L 37003, S, 24-2-1987, López Pereira, José c/ El Sol Estibajes S.R.L s/ Despido, AyS 1987-I, 176 - TSS 1987, 1092); idem SCBA, L 72119, S, 19-2-2002, Dure, Nancy Liliana c/ Curtarsa S.A.I.C. s/ Despido); "Discutiéndose el trabajo en horas suplementarias, rigen las normas procesales que imponen a quien afirma la carga de la prueba" (SCBA, L 39407, S, 6-12-1988, Vera, Elsa María c/ Alonso, Jorge s/ Despido, AyS 1988-IV, 507; SCBA, L 72260, S, 16-5-2001, Debon, Mario G. c/ O.C.A.S.A. s/ Indemnización por despido, DJBA 161, 29); "Cuando lo que se discute es la causa misma de la obligación esto es el trabajo extraordinario que se invoca, y es negado por la accionada, rigen las normas procesales que imponen a quien afirma la carga de la prueba (Art. 375, C.P.C.C.)" (SCBA, L 47492, S, 3-12-1991, Peralta, Raúl A. y otros c/ Crostan, Martín E. y otro s/ Salarios, AyS 1991-IV, 367).

Es que: "...a los fines de demostrar la efectiva prestación de servicios por sobre la jornada laboral, reiteradamente se ha dicho que, cuando, como en el caso, se pretende probar el cumplimiento de un horario extraordinario sólo por testigos, éstos deben ser particularmente precisos y concordantes de modo tal, que no dejen dudas. De lo que se



trata es de exigir, en esta materia, un especial rigor, de modo tal que no aparezcan situaciones dudosas, sino ciertas y convincentes" (Autos: "Viera Adela O. c/ Riccio Enrique E. y otra- Dif. salariales y otros", L.S.16/10/96, entre otros). Ello no es más que la aplicación del criterio que impone al actor -en casos analógicos a esta cuestión-, la carga de arrimar prueba exhaustiva y fehaciente (Conf. STJER, autos: "Caire E. c/ Minetto Jorge y otros", 27/07/95), tal como se ha sostenido por la antigua cámara Multifueros de Cutral C6 en autos "MONSALVEZ, ELBA CIRIA C/ VANOLI & DURAND S.R.L. S/ DESPIDO", (Expte. Nro.: 421, Folio: 65, Año: 2.009) entre otros.

Con estas consideraciones, es que adhiero al voto de la Vocal Dra. Calaccio

**Así Voto.**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citadas, y a la legislación aplicable, la Sala 1 de esta Cámara Provincial de Apelaciones;

**RESUELVE:**

**I.-** Rechazar los recursos interpuestos respectivamente por las partes actora y demandada, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 11 de Junio de 2015 obrante a fs. 155/163 y vta. en todo lo que fuera motivo de agravios, imponiendo las costas de alzada por su orden conforme el resultado de los recursos (art. 71 del CPCC de aplicación supletoria).

**II.-** Diferir la regulación de los honorarios de Alzada hasta el momento en que se encuentren fijados los de la instancia de origen.

**III.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** y oportunamente, vuelvan los obrados al Juzgado de origen.

**Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo Walter Troncoso**



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

Registro de Sentencias Definitivas N° **82/2015**  
Dra. Victoria Boglio - Secretaria de Cámara