



NEUQUEN, 25 de julio del año 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"MAÑUECO JORGE C/ PERFORMANCE S.A. S/DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"**, (JNQLA3 EXP N° 500509/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 159/161, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por entender que el juez de grado ha incurrido en una errónea valoración de la prueba producida.

Dice que el a quo desestima lisa y llanamente los esfuerzos del actor por acreditar los extremos fácticos denunciados, cuando fue la demandada quién no acreditó en forme fehaciente sus negativas y desconocimientos.

Destaca que su parte ofreció como prueba un instrumento idóneo para dilucidar los puntos controvertidos, siendo la demandada quién no cumplió con su obligación de agregarlo al expediente.

Sigue diciendo que, a fs. 146, se tuvo por cumplimentada la prueba documental en poder de la demandada, pero el juez de grado no advierte que el cumplimiento lo fue en forma parcial, habiéndose limitado a acompañar los recibos de haberes del actor, pero no las planillas de ingreso y egreso contempladas en la ley 11.544.



Señala que esta circunstancia, unida a los principios esenciales que rigen en el derecho laboral, hace que la sentencia sea arbitraria.

Manifiesta que el sentenciante de primera instancia no ha querido incorporar una prueba fundamental, que ha producido la demandada, para su perjuicio.

Sostiene que la totalidad de los testigos han sido contestes respecto a la jornada del trabajador, y de todos los empleados de la demandada. Ejemplifica que el testigo Sepúlveda -ofrecido por la demandada- dice que el horario del establecimiento es de 8,30 a 13,00 horas, y de 16,30 a 21,00 horas, de lunes a viernes, y los días sábados, de 8,30 a 13,30 horas y de 17,00 a 21 horas, lo que arroja un resultado de 54 horas semanales, lo que excede ampliamente el máximo legal. Señala que otros testigos sostienen lo mismo.

Cita el art. 9 de la LCT.

Formula queja por la omisión de considerar el reclamo respecto del seguro "La Estrella".

Finalmente, como una consecuencia lógica de los agravios anteriores, se queja del rechazo de la multa prevista en el art. 80 de la LCT y en el art. 2 de la ley 25.323, como así también de la imposición de costas.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- El juez de grado ha rechazado íntegramente la demanda, con fundamento en la falta de prueba respecto de los aspectos de la relación laboral que controvierte y reclama el actor.

Mario E. Ackerman, con cita de Arazi y Rojas, recuerda que la carga de la prueba se vincula con la idea de



que a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal. Y agrega: *"la razón de ser de la carga de la prueba es evitar que por causa de hechos dudosos el juez se abstenga de juzgar la cuestión de derecho que rige la causa. Es por eso que frente a los hechos inciertos, dudosos o simplemente no probados por las partes resultan necesarias ciertas reglas que permitan al sentenciante llegar a una certeza oficial. A tal fin el juez debe responsabilizar a la parte que, según su posición en el caso, debió justificar sus afirmaciones pero, sin embargo, no logró formar la convicción acerca de los hechos invocados, como fundamento de su pretensión.*

*"En este terreno, la duda que pueda surgir de la apreciación de la prueba es consecuencia de que la parte interesada en su producción no fue eficaz, y no logró provocar en el juez la convicción de que los hechos en los que se fundó la pretensión de aquella, realmente existieron o se produjeron según ella afirmó.*

*"Se configura así una de las acepciones jurídicas del sustantivo duda, que consiste en la incertidumbre en que se halla sobre la verdad de un hecho.*

*"Y si tal duda existe es, precisamente, porque no hay prueba suficiente, lo que debe llevar al juez a rechazar la pretensión de quién tenía la carga probatoria y, simétricamente, a resolver el pleito a favor de la parte que no tenía la obligación de probar.*

*"No es ésta, así, una situación homologable a la que plantea la duda en la interpretación del derecho...en la interpretación de las normas laborales, la regla in dubio pro operario no está destinada a compensar la carencia, imposibilidad o insuficiencia de una acción del trabajador,*



*sino a operar como remedio de último recurso para que el juez pueda pronunciarse y administrar justicia” (cfr. aut. cit., “El llamado principio protectorio y la valoración de la prueba en los pleitos laborales” en Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2007-1, pág. 253/254).*

*Esta Sala II, en anterior composición, se ha manifestado respecto de la operatoria del art. 9 de la LCT, con relación a los hechos. Así, se ha dicho que: “...de acuerdo con la nueva redacción del art. 9 de la LCT (conforme Ley 26.248), en caso de duda en la apreciación de la prueba, los jueces se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. “El in dubio pro operario puede tener una virtualidad importante en cuanto a los hechos, en el sentido de aceptar aquellos dudosos, no plenamente o insuficientemente probados, en orden a que resulten más favorables para el trabajador que para sus contradictores...La duda por la cual debe favorecerse al trabajador no es la que surge de la ausencia total de pruebas, al menos debe existir una prueba (de cualquiera de las partes) que lleva a presumir que las cosas ocurrieron de acuerdo con los dichos del trabajador...la desigualdad que existe entre el trabajador y el empleador existe antes, durante y después de la relación laboral, siendo en este último momento una de las causas por las cuales el trabajador verá como muy dificultoso producir prueba evidente e irrefutable de que sus dichos son ciertos, logrando en la mayoría de los casos acercar al juez sólo una duda razonable de que sus dichos son ciertos. Por este motivo, si esta duda no es evacuada por la prueba de su empleador, al momento de inclinar su voto y evaluar cuál fue la realidad de los hechos, el juez debe inclinarse a tener por ciertos los dichos del trabajador en cuanto guarden relación con hechos posibles y reales...No se trata necesariamente de que el tribunal supla deficiencias probatorias, aunque ello puede ocurrir, sino de*



valorar la prueba adecuada a las circunstancias, y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador" (Serrano Alou, Sebastián, "El principio in dubio pro operario y la apreciación de la prueba", Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Ed. Abeledo-Perrot, T. 2009-A, pág. 980) - autos "Retamosa c/ Comunicaciones y Medios S.A.", expte. n° 373.478/2008, sentencia del 1/2/2011; autos "Paniagua c/ Caterino", expte. n° 379.223/2008, sentencia del 5/2/2013, entre otros-.

Lo dicho pone de manifiesto que el trabajador, no obstante su condición procesal de parte más débil, no se encuentra eximido de probar los hechos en que funda su pretensión, y que la regla del art. 9 de la LCT no puede servir para cubrir la omisión probatoria del trabajador. Ello sin perjuicio de la aplicación de las presunciones legales, y de la valoración del material probatorio a la luz de las dificultades probatorias que pueda tener el trabajador.

Bajo estos conceptos es que habré de analizar la queja de la parte actora.

III.- Los primeros agravios de la recurrente se vinculan con el rechazo de la pretensión de cobro de horas extras, entendiendo que existe en autos prueba que avala que el actor laboraba habitualmente más allá de la jornada legal de trabajo.

Respecto de la omisión incurrida por la demandada en orden a acompañar el registro que prevé el art. 6 inc. c) de la ley 11.544, cabe señalar, en primer lugar, que la actora conoció del cumplimiento de la intimación por parte de la empleadora (fs. 144), y sin embargo no formuló objeción alguna respecto de la documentación acompañada, o la falta de ella.



Ahora bien, esta omisión de acompañar el registro antedicho, cuando su presentación le fue expresamente intimada, no es inocua para la empleadora.

Dado que el actor no prestó el juramento de ley (lo hicieron los apoderados, por lo que no se condice con la manda legal), no puede ser aplicable la norma del art. 38 de la ley 921, pero sí resultan de aplicación las prescripciones de los arts. 388 del CPCyC -de aplicación supletoria- y del art. 55 de la LCT.

En autos, surge de los recibos de haberes de fs. 125/141 que al actor se le abonaban horas extras al 100%, habitualmente, en el último tramo de la relación laboral.

Consecuentemente, si la misma empleadora está reconociendo, con su pago, el desempeño de horas suplementarias, va de suyo que estaba obligada a llevar el registro que prevé la ley 11.544.

Tal circunstancia constituye una presunción a favor de las afirmaciones del actor sobre el desempeño de horas extras.

Por su parte, surge de la prueba testimonial incorporada a la causa, que el horario de trabajo de los empleados coincidía con el horario de apertura y cierre del local comercial: de lunes a viernes, de 8,30 horas a 13,00 horas, y de 16,30 horas a 21,00 horas (en invierno el horario vespertino se adelantaba en media hora, de 16,00 horas a 20,30 horas); y los días sábados, de 8,30 horas a 13,30 horas y de 17,00 horas a 21,00 horas.

De lo dicho se sigue que el actor trabaja nueve horas diarias, de lunes a viernes, y nueve horas diarias, los días sábados.



Ello determina que de lunes a viernes el trabajador no hacía horas extras, ya que su horario no sobrepasaba las nueve horas diarias, y al llegar al día viernes había trabajado un total de 45 horas semanales (art. 1, ley 11.544).

Pero, durante el día sábado, el actor excedía el tope de las 48 horas semanales, ya que para no superarlo, debía retirarse a las 11,30 horas de la mañana del sábado, y sin embargo continuaba laborando hasta las 13,30 horas (2 horas suplementarias) y durante la tarde (cuatro horas suplementarias). O sea que, semanalmente, laboraba 6 horas suplementarias.

De los recibos de haberes de fs. 125/141 surge que al actor se le abonaron horas extras al 100% a partir de febrero de 2011 y hasta julio de 2011, pero entre enero de 2011 y marzo de 2010, no se le abonaron horas suplementarias.

La actora reclama 36 horas extras mensuales al 50% por el período febrero de 2010 a abril de 2011.

El juez de grado ha tenido por no probada la fecha de ingreso denunciada por el actor, y ello no fue materia de agravio, por lo que se excluye del reclamo el mes de febrero de 2010.

Conforme lo señalé, surge de los recibos de haberes que al trabajador se le abonaron horas suplementarias todos los meses a partir de febrero de 2011. Si bien es cierto que el demandante reclama 36 horas extras mensuales y las abonadas se ubican entre las 16 horas mensuales y las 12 horas mensuales, lo cierto es que la parte actora no ha explicado como arriba al cálculo de las 36 horas extras mensuales, ya que si computamos cuatro sábados por mes, a 6 horas extras por sábado, estamos en 24 horas extras mensuales.



Luego, dada la omisión incurrida por la actora y considerando los avatares que puede haber tenido la relación laboral (feriados, ausencias laborales), entiendo que corresponde tener por abonadas las horas extras realizadas entre febrero de 2011 y julio de 2011.

Resta por analizar el período comprendido entre marzo de 2010 y enero de 2011. Teniendo en cuenta que, conforme los dichos de la testigo Silvia Andrea Kramm -ofrecida por la parte demandada-, todos los empleados hacen el horario referido de lunes a sábados (acta de fs. 97), y las consecuencias jurídicas derivadas de la omisión de exhibición de los registros pertinentes, entiendo probado que el demandante también realizó horas extras durante el período comprendido entre marzo de 2010 y enero de 2011, ambos inclusive.

Respecto de la cantidad de horas mensuales que realizó el actor durante ese período, y por las razones ya dadas, las cuantifico en 16 horas extras mensuales al 100% -modalidad y máximo abonados por la empleadora-.

De acuerdo con el valor hora calculado en la demanda, cada hora extra al 100% representa una suma de \$ 59,04. Dado que la demandada no ha aportado prueba en contrario, he de estar a este valor.

Considerando que en total, se adeudan al trabajador 176 horas extras, la deuda por este concepto asciende a la suma de \$ 10.391,04.

Este capital devengará intereses desde la fecha de constitución en mora de la demandada (12 de agosto de 2011) y hasta su efectivo pago, los que se liquidaran de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

IV.- En lo que refiere al seguro "La Estrella", la pretensión de la actora aparece totalmente infundada, ya





que solamente figura el rubro en la liquidación, sin que se conozca por qué se lo reclama.

En tanto que la fundamentación que hace la actora al expresar sus agravios resulta extemporánea, toda vez que la cuestión debió ser sometida a conocimiento del juez de grado (art. 277, CPCyC).

Ello determina el rechazo de la pretensión.

V.- La multa del art. 2 de la ley 25.323 no fue reclamada por la parte actora, por lo que no formó parte de la litis, y mal puede la demandada ser condenada a su pago.

En cuanto a la multa del art. 80 de la LCT, el actor no ha intimado la entrega de las certificaciones, conforme lo prescribe la norma legal, por lo que no resulta procedente la multa pretendida.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, dejando sin efecto el rechazo íntegro de la demanda y haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenando a la demandada a abonar al actor, dentro de los cinco días de quedar firme la presente, la suma de \$ 10.391,04, con más sus intereses, de acuerdo con lo establecido en el Considerando respectivo.

Las costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causados (arts. 17, ley 921 y 71, CPCyC).

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, y se regulan los honorarios por la actuación en la instancia de grado en el 7% de la base regulatoria (compuesta por capital más intereses, art. 20 ley 1.594) para la Dra....., en doble carácter por la parte actora hasta fs. 76; 15,4% de la base regulatoria en



conjunto para las Dras. .... y ....., letradas apoderadas del actor; y 16% de la base regulatoria para la Dra....., letrada patrocinante de la parte demandada, todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594. Se hace saber que de no alcanzarse el mínimo legal, deberá estarse a éste.

Los honorarios de las letradas que intervinieron ante la Alzada se regulan en el 4,8% de la base regulatoria, o del mínimo legal, para la Dra.....; y en el 1,92% de la base regulatoria, o del mínimo legal, para la Dra.... (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 159/161, dejando sin efecto el rechazo íntegro de la demanda y haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenando a la demandada a abonar al actor, dentro de los cinco días de quedar firme la presente, la suma de \$ 10.391,04, con más sus intereses, de acuerdo con lo establecido en el Considerando respectivo.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en el orden causados (arts. 17, ley 921 y 71, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, y regular los honorarios por la actuación en la instancia de grado en el 7% de la base regulatoria (compuesta por capital más intereses, art. 20 ley 1.594) para la Dra....., en doble carácter por la parte actora



hasta fs. 76; 15,4% de la base regulatoria en conjunto para las Dras. .... y ....., letradas apoderadas del actor; y 16% de la base regulatoria para la Dra....., letrada patrocinante de la parte demandada (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594).

IV.- Regular los honorarios de las letradas intervinientes ante la Alzada en el 4,8% de la base regulatoria, o del mínimo legal, para la Dra.....; y en el 1,92% de la base regulatoria, o del mínimo legal, para la Dra..... (art. 15, ley 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO**  
**Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria**