



NEUQUEN, 9 de agosto de 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"MUÑOZ REYES, DIEGO NICOLAS C/ DISTRIB. Y LOGISTICA 1914 S.R.L S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**, (JNQLAI EXP N° 471076/2012), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

**I.-** La sentencia de primera instancia (fs. 174/180 vta.), hizo lugar a la demanda promovida por cobro de indemnizaciones contempladas por los artículos 232, 233 y 245 (con más la incidencia del SAC sobre las dos primeras), vacaciones no gozadas e incidencia del SAC sobre el rubro SAC proporcional, rechazando en cambio la procedencia del reclamo de horas suplementarias, reparación del daño moral e indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25.323.

Para decidir de este modo estableció que los hechos controvertidos y conducentes a elucidar se relacionaban con establecer si el trabajador prestó servicios en exceso de la jornada legal, la existencia de justa causa de despido y a partir de ello los presupuestos de admisibilidad de cada concepto reclamado.

Luego de analizar las actuaciones y la prueba producida determinó que no quedó acreditada la realización de horas extras alegadas por el trabajador ni tampoco la existencia de las causales



invocadas por la empleadora para la extinción contractual.

Con ello, admitió las indemnizaciones previstas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, las vacaciones y SAC proporcional.

Por no hallar configurados los presupuestos que cada pretensión requiere rechazó las indemnización por daño moral, la indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25.323 y el reclamo de horas suplementarias.

**II.-** El fallo es apelado por la parte actora a fs. 186/190.

El recurrente exterioriza dos agravios concretos, relativos a la desestimación del reclamo de horas suplementarias y al rechazo de la indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25.323

En relación al primer tópico, expresó que la jornada ordinaria denunciada daba cuenta del trabajo en exceso de la jornada legal, que la empleadora no exhibió el registro especial que indica el artículo 6 de la ley 11.544 ni el del artículo 52 de la LCT y además que de las declaraciones testimoniales se desprende acreditada la existencia de horas suplementarias.

Entiende, con fuente en la reforma del artículo 54 de la LCT (art. 1 de la ley 27.321, del 16/11/2016) y las disposiciones de los convenios 1 y 30 de la OIT, así como las presunciones de los artículo 55 de la LCT y 38 de la ley 921 debió tenerse por acreditada la realización de horas suplementarias y condenar a la demandada.



Respecto del restante agravio, considera errónea la conclusión elaborada por el *a quo* en orden a la ausencia de intimación fehaciente, en la comprensión de que la ley no impone ninguna forma determinada para realizar la intimación, de lo que se sigue que el pedido de audiencia ante la autoridad administrativa resulta el mejor medio de intimación disponible.

Interpreta que se encuentran presentes los recaudos impuestos por el artículo 2 de la ley 25.323, por lo que solicita que se admita la procedencia de la indemnización.

Conferido que fue el traslado, la parte demandada no hizo uso de la facultad de replicarlo.

**III.-** Ingresando al estudio de la cuestión planteada, voy a tratar en primer lugar el agravio relativo al rechazo de las horas suplementarias.

Corresponde señalar que el reclamo de horas suplementarias constituye una pretensión que no tiene particularidades que supongan un tratamiento diferente que el de cualquier otra.

Debe distinguirse adecuadamente el reclamo del trabajador que sostiene haber realizado determinadas horas suplementarias en exceso a una jornada que ordinariamente se acota a la legalmente prevista, que el reclamo de otro trabajador que afirma que su jornada de laboreo ordinaria y permanente sobrepasa los límites legales. La diferencia entre ambas hipótesis reside en que en este último caso bastará con acreditar que la jornada ordinaria excede la legalmente prevista y en



el primero resultará indispensable una mayor precisión probatoria en cuanto a las fechas.

Pongo de relieve este aspecto en este estadio del tratamiento del recurso, por cuanto resulta habitual la imposición al trabajador reclamante de una carga descriptiva lindante con lo humanamente posible, cual es la de identificar con total precisión las horas trabajadas en exceso, lo que encierra un artificio discursivo que encarna una escasa preocupación por el trabajo humano digno, que no puede escindirse de la limitación de la jornada legal.

El Tribunal Superior de Justicia determinó en la causa "Reyes Barrientos" (Acuerdo N° 10 del 16/07/2016) que ha existido una evolución jurisprudencial en el sentido antes indicado.

Todo el desarrollo de las primeras reglas provenientes de la Organización Internacional del Trabajo pusieron énfasis sobre la limitación de la jornada de trabajo, como elemento estructurador del nuevo orden internacional derivado de la finalización de la primera guerra mundial.

Nuestro país, miembro de la OIT desde sus albores, ratificó el convenio N° 1, relativo a las horas de trabajo en la industria, que fue establecido en ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales (v. artículo 2°).

Pocos años más tarde se sancionó la ley 11.544, que en su artículo primero fijó el límite en ocho horas diarias o cuarenta y ocho a la semana, lo que marca un parcial apartamiento del régimen



convencional, al permitir una mayor flexibilidad en la organización de la jornada diaria.

En su artículo 6° la ley denominada de jornada de trabajo reprodujo, con leves e insustanciales modificaciones, el artículo 8° del convenio N° 1 de la O.I.T., por lo que las disposiciones inicialmente dirigidas a la industria, resultaron a partir de 1929 aplicables con carácter general a todas las actividades económicas, con las excepciones del artículo 1° y las exclusiones del artículo 3°.

La O.I.T. fue adoptando progresivamente convenios internacionales para las diferentes actividades, en gran parte ratificados por nuestro país (v.gr, convenios Nros. 30, 31, 46, 47, 49, 51, 57, 61, 67, 76, 93, 109 y 180).

La ley de contrato de trabajo reguló la jornada de trabajo articulando con la ley 11.544, a partir del reconocimiento de la situación preexistente, estableciendo en el tópico de horas suplementarias una clara direccionalidad al regular bajo el influjo del orden público de protección (art. 201, LCT).

Por ello es que si bien la ley parte del arquetipo contractual del contrato a tiempo completo, lo que se desprende de la regulación del contrato a «tiempo parcial» como una “modalidad” (art. 92 ter LCT), establece a la vulneración ordinaria de tal límite como un dato sólo achacable al empleador que no incide en la extensión del derecho del trabajador (dice el artículo 201 de la



LCT, ´medie o no autorizaci3n del organismo administrativo competente´).

Considero que si el trabajador acredita por cualquiera de los medios de prueba disponibles que su jornada ordinaria es superior a los l3mites legalmente previstos, resulta contrario a toda la l3gica que informa el derecho procesal laboral imponerle cargas adicionales que no tienen sustento alguno.

A partir del cambio de paradigma operado con el tr3nsito de la Constituci3n liberal de 1853/1860 -con las reformas de los postulados del constitucionalismo social recogidas en la reforma de 1957-, al de la constitucionalizaci3n y plena vigencia de los derechos humanos fundamentales derivada de la reforma constitucional del a3o 1994, innegablemente se han colocado a los derechos fundamentales en el centro de la regulaci3n.

Los derechos econ3micos, sociales y culturales son una categor3a matriz que tiende a satisfacer la exigencia de colocar a la persona -en este caso en su faz de trabajador- en el centro de la escena.

Los convenios de la O.I.T. anteriormente referidos tienen rango *supra legal*, de lo que se desprende que cualquier regulaci3n legal debe ser en primer lugar armonizada en t3rminos hermen3uticos y luego jerarquizada por debajo de aquellos (cfr, C.S.J.N, causa "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A., sent. de 26 de marzo de 2014, cons. 8°, fallos, 337:315).



Sentado lo anterior y en forma coherente con lo expuesto, corresponde indagar si el trabajador acreditó que su jornada laboral ordinaria y habitual coincidiera con la narrada en su demanda, que excede la legalmente prevista.

Luego de analizar detenidamente la prueba testimonial rendida en la causa, no encuentro que exista un yerro en el razonamiento del magistrado de la anterior instancia.

Ello, por cuanto los testigos Espinosa (4'19), Muñoz Reyes (3'40), Carrasco (15'30), Damm (3'56) fueron contestes en que en el puesto de trabajo del actor, como repartidor, no existía un horario fijo y que trabajaban hasta culminar el horario, de lo que se sigue que no está acreditado el cronograma de trabajo narrado por el actor y por el contrario, está comprobado que la forma de organización del trabajo ordinaria daba cuenta de una fluctuación diaria en la cantidad de trabajo.

De esta manera, se concluye que no ha quedado acreditado el presupuesto en que el demandante fincó su reclamo de horas suplementarias, que constaba en un trabajo con un diagrama ordinario y habitual de once horas diarias de lunes a viernes y seis horas los días sábados.

No existe modo con la prueba colectada en la causa, de reconstruir la versión de los hechos expuesta por el accionante, en el sentido de determinar -con habitualidad- un exceso en la jornada.

Por otra parte, también indicaron los testigos que los repartidores, por la naturaleza de



sus funciones, estaban marginados del sistema de control horario -por tarjetas- que la empresa tenía. En este sentido resultó veraz el testimonio de Carrasco, quien demostró tener un conocimiento acabado de la situación y cuya declaración -debidamente correlacionada con su semblante, tono de voz y expresión gestual-, impresiona como sincera.

En este orden, entiendo que sólo a partir de la acreditación del extremo causal invocado en la demanda resultaba relevante ponderar la negativa del empleador a exhibir el registro del artículo 6 de la ley 11.544, por cuanto en rigor sólo está obligado a llevarlo y exhibirlo si en el establecimiento se realizaban horas suplementarias y en lo que concierne estrictamente al caso, si el reclamante hubiera acreditado el laboreo en exceso del esquema legal máximo, lo que no ocurrió.

Con ello, concluyo que debe desestimarse el agravio.

En relación a la crítica concerniente al rechazo de la indemnización fundada en el artículo 2 de la ley 25.323, adelanto que tampoco resultará procedente.

Esto es así, por cuanto si bien es cierto que la intimación «fehaciente» que la norma prevé puede llevarse a cabo a través de cualquier medio que haga fe en forma indudable (v. definición del vocablo destacado, disponible en <https://dle.rae.es/?id=HisLHGw>), no es menos cierto que debe existir una intimación a abonar las indemnizaciones contempladas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT.





De la lectura de las constancias documentales de fs. 22/25 no se desprende la existencia de intimación alguna, ni tanto menos que reúna los caracteres propios de lo fehaciente.

El acto de intimar constituye un realizativo que no se limita a describir o registrar una situación, sino a transformar la realidad a través del empleo del lenguaje. Sólo puede entenderse que una persona ha intimado a otra -hacer-, cuando escogiendo las palabras adecuadas las plasma en el lenguaje -decir- (cfr., John Austin, *Como Hacer Cosas Con Palabras*, p. 5 y siguientes, ed. Paidós).

Ello sin perjuicio incluso de considerar que denegada que fuera a fs. 80 vta. la prueba tendiente a requerir la remisión del expediente administrativo completo, la parte actora no urgió su replanteo en esta instancia, con lo que resulta imposible verificar si al interior del expediente administrativo se llevó a cabo alguna notificación en que constara la intimación concreta de pago por parte del actor en relación a las indemnizaciones previstas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT.

En definitiva, la parte actora abdicó de acreditar el extremo fáctico que hoy sostiene en su recurso, de lo que se sigue la improcedencia del agravio.

**IV.-** En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con imposición de



costas en su condición de vencida (art. 17 y 54, ley 921; y 68 del CPCC).

Se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo establecido en el pronunciamiento de grado y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

**Tal mi voto.**

El **Dr. Marcelo J. 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.-** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia de la anterior instancia en todas sus partes.

**2.-** Imponer las costas de Alzada a la parte actora en atención a su condición de vencida (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

**3.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).

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

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**

**Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO**



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**