

Contrato De Trabajo Jornada De Trabajo Tiempo Parcial Excepcionalidad Prueba

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Jornada de trabajo. Tiempo parcial.

Excepcionalidad. Prueba Se hace lugar a demanda por despido interpuesta por el actor, atento a la incorrecta registración de su jornada de trabajo, pues el trabajador se desempeñaba en un horario de jornada completa, no obstante encontrarse registrado como de media jornada, configurando dicho incumplimiento contractual una grave injuria laboral que imposibilitó la continuidad de la relación de trabajo (art. 92, LCT).

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2016. Se procede a votar en el siguiente orden: El Doctor Mario S. Fera dijo: I.- Contra la sentencia de primera instancia que rechazó el reclamo en lo principal, recurren el accionante y el demandado a fs. 205/207 y fs. 209/210, recursos que merecieron las réplicas de sus contrarias de fs. 216/218 y fs. 219/220 respectivamente. Asimismo, la parte actora cuestiona las regulaciones de honorarios efectuadas a los profesionales intervinientes por considerarlos elevados y, por su parte, a fs. 204, fs. 211 y fs. 201 su representación letrada, la representación letrada del demandado y la perito contadora respectivamente objetan los propios por bajos. II.- Por razones de método, trataré en primer término la queja del actor en la que cuestiona la decisión del sentenciante, de consideró que no logró acreditar el horario de trabajo denunciado en la demanda, sostiene que se debió aplicar en el caso la inversión de la carga probatoria, objeta que no fueran admitidas las diferencias salariales reclamadas, sostiene que debió tenerse por acreditada la fecha de ingreso invocada con fundamento en la presunción establecida en el art. 55 de la L.C.T., cuestiona el rechazo de las indemnizaciones derivadas del despido y de las sanciones establecidas en los arts. 1 y 2 de la ley 25323 y en los arts. 9 y 15 de la 24013, la base de cálculo utilizada para liquidar los rubros de condena y la distribución de costas. Con relación a la primera de dichas cuestiones, el actor sostuvo en el inicio que se desempeñó para el demandado a partir del 01/09/11, realizando tareas de ayudante de cocina, de lunes a viernes de 7.30 a 17.30 Hs y los sábados de 9.00 a 14.00 Hs. Argumentó que, no obstante la fecha de ingreso y el horario de trabajo referidos, fue registrado recién el 12/12/11 como trabajador de jornada reducida. Por el contrario, al contestar la demanda el accionado sostuvo que el actor comenzó a trabajar en la fecha en que fue registrado y que se desempeñaba de lunes a viernes de 7.30 a 12.30 o de 11.30 a 16.30 Hs., conforme la rotación admitida en el CCT 389/04 aplicable. El magistrado, después de analizar los testimonios brindados en autos, concluyó que los mismos no resultan idóneos a fin de acreditar que el actor haya ingresado a trabajar con anterioridad a la fecha de ingreso registrada ni que se haya desempeñado en horario denunciado en el inicio. Adelanto que, de prosperar mi voto, la queja relativa a la jornada laboral desempeñada por el accionante ha de tener favorable recepción. Entiendo que -como sostuvo el recurrente-, dado que el desempeño de una jornada a tiempo parcial se trata de una excepcionalidad, incumbía al demandado la carga de acreditarla, es decir probar que su contrato de trabajo del accionante se ajustaba a las previsiones contenidas en el artículo 92 ter de la L.C.T. (ver Barrios, Verónica Beatriz c/Kanuteo S.R.L. y otros s/Despido, S.D. N° 17.533 del 22/12/11, del registro de esta Sala, entre otros). Sin embargo, lo cierto es que ninguno de los testigos ofrecidos por la demandada dio cuenta del horario de trabajo del actor. En efecto, sobre este punto, el testigo Escobar (fs. 119) manifestó que veía al actor cuando iba a almorzar al mediodía, sin dar precisiones sobre su horario de trabajo, y respecto del horario del bar manifestó que cuando el deponente se iba de su trabajo a las 18.00 Hs. el bar ya estaba cerrado. Pérez (fs. 120) dijo que solía ir al bar a las 15.00 Hs., que los días que vio al actor lo vio en ese horario y que no lo veía siempre, sino que lo vio únicamente la mitad de las veces que fue. Que ? ... el bar tenía un horario que abría a la mañana y hacía medio turno hasta las cuatro de la tarde ...?. Que abrían de lunes a viernes de 8.00 a 16.00 Hs. y que lo sabía por haber consultado los horarios. Por su parte, Álvarez (fs. 140) manifestó que solía ver al actor a la mañana cuando iba a desayunar, que cuando iba a la tarde después de las 14.00 hs. a veces lo veía y a veces no. En cuanto a los horarios de apertura del local, dijo que eran de lunes a viernes, que los sábados ha pasado y lo ha visto cerrado y que los días de semana lo ha visto abierto hasta las 14.00 o 15.00 Hs. y a veces hasta las 16.00 Hs. Finalmente, Paoletti (fs. 141) manifestó que veía al actor todos los días en distintos horarios. Ejemplificó que algunas veces lo ha visto por la mañana cuando ha pasado para reservar algún plato y en el horario de la comida, en el que el accionante le ha preparado la ensalada. Agregó, de un modo un tanto confuso, que ? ... sabe que del día que ha ido a la mañana no hay registro en su cabeza de una continuidad cuando ha ido a la tarde y a veces no estaba o viceversa sin no lo veía al actor pero si estaba en otro horario ...?, dijo que iba a comer a las 15.00 o 16.00 Hs. y que no puede precisar el horario del cierre del local aunque sabe que es después de las 16.00 Hs. En definitiva, ninguno de los deponentes pudo dar cuenta del horario de trabajo del actor. Si bien los últimos tres manifestaron que en ciertas oportunidades que han ido al local y no han visto trabajando al accionante, ello de ningún modo resulta suficiente para tener por acreditado que éste se desempeñaba en jornada reducida, por cuánto ninguno de los testigos precisó en cuántas oportunidades concurrieron al local, ni en cuántas ocasiones vieron al actor prestando sus tareas y en cuántas no. Además, cabe agregar que el

accionante pudo encontrarse cumpliendo sus tareas en el local al margen de sus percepciones, máxime teniendo en cuenta que llega fuera de debate ante esta alzada que el accionante prestaba tareas de ayudante de cocina. En definitiva, -reitero- ninguno de ellos pudo dar cuenta del horario de trabajo del actor y, por tanto, considero que el accionado no logró acreditar que la jornada en que se desempeñaba el trabajador no excedía los 2/3 de la jornada máxima legal a los que hace referencia el art. 92 ter citado, es decir que éste prestara servicios en una jornada a tiempo parcial. En consecuencia, propongo tener por cierto que el accionante realizaba una jornada completa de labor.

III.- No obstante lo resuelto precedentemente, considero que no corresponde admitir las diferencias salariales reclamadas. Digo ello, porque la demanda no cumple a mi criterio con las exigencias prescriptas por el art. 65 L.O. sobre este punto. El actor se limitó a denunciar cuál sería a su entender la remuneración que le hubiese correspondido percibir como salario básico, a la que le sumó ciertos adicionales de convenio. Sin embargo, no indica en forma clara y precisa cuál era la calificación del local gastronómico en el que se desempeñaba a fin de determinar la escala salarial correspondiente, a qué período corresponde el salario básico denunciado, en qué circunstancias se sustentan sus reclamos respecto del cobro de los adicionales referidos y cuáles serían en concreto los montos de las diferencias entre el salario devengado y el efectivamente percibido en cada uno de los meses en que trabajó el actor. De tal manera, entiendo que, del modo en que ha sido articulada la pretensión no es posible verificar la procedencia de las diferencias salariales reclamadas.

IV.- En cuanto a la fecha de ingreso, considero que el cuestionamiento no cumple con relación a este punto el requisito de debida fundamentación previsto en el art. 116 L.O. Ello, pues el apelante no precisa de qué modo habría quedado acreditado que ingresó a trabajar el 01/09/11 como sostuvo en la demanda, a pesar de haber sido registrado recién el 12/12/11. No pierdo de vista que el recurrente sostuvo en la queja que el hecho de haberse encontrado registrado como trabajador de jornada reducida constituye una deficiencia e irregularidad en el registro de los libros de la demandada (art. 53 de la L.C.T.), que torna operativa la presunción contraria a la parte demandada emergente en el art. 55 la norma citada. Sin embargo, considero que dicha circunstancia no resulta suficiente para aplicar la presunción referida respecto de la fecha de ingreso del accionante, sino que este debió aportar pruebas eficaces para acreditarla, lo que sella la suerte de la queja.

V.- Conforme lo resuelto en el considerando II.-, han quedado acreditados parte de los incumplimientos que el actor invocó en sustento del distracto dispuesto, a saber, que se desempeñaba en un horario de jornada completa no obstante encontrarse registrado como un trabajador de media jornada. Entiendo que dicho incumplimiento constituyó una injuria laboral que, por su gravedad, tornó imposible la prosecución del vínculo. En consecuencia, a mi entender, resultó legítima la decisión del trabajador de dar por finalizado el vínculo en los términos de los arts. 242 y 246 de la L.C.T. mediante la misiva del 19/02/13, que conforme surge de lo informado a fs. 113 fuera recibida por la empleadora el 21/02/13. Por lo tanto, sugiero revocar la sentencia de grado y condenar a la demandada a abonar al actor las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T.

VI.- En virtud de lo resuelto en el considerando IV.- corresponde desestimar la sanción solicitada con fundamento en el art. 9 de la ley 24013, en tanto no se cumplen en el caso los presupuestos de aplicación de dicha norma.

VII.- Distinta suerte correrá la sanción prevista en el art. 15 de la ley 24013, dado que se encuentran configurados los recaudos indispensables para su progreso. Ha quedado acreditado en autos que el accionante dio cumplimiento con la intimación a la que hace referencia el art. 11 de la norma citada, en la que requirió a su empleador que proceda a registrar correctamente su relación laboral, que -en esa misma fecha- comunicó a la Administración Federal de Ingresos Públicos dicho requerimiento (ver sobre de prueba de fs. 4 e informe del Correo Oficial de la República Argentina obrante a fs. 113), como así también que el vínculo finalizó dentro de los dos años de cursada la intimación referida. Como consecuencia de lo resuelto precedentemente, corresponde rechazar la multa del art. 1 de la ley 25323, pues la sanción establecida en dicha norma no resulta ser acumulable con la prevista en el art. 15 de la ley 24013 que fuera admitida.

VIII.- En cambio, corresponde hacer lugar a la sanción prevista en el art. 2º de la ley 25.323, en tanto el demandado ha incumplido con la obligación indemnizatoria a su cargo, no obstante haber sido intimado por el accionante mediante misiva del 19/2/13 (ver sobre de prueba de fs. 4 e informe del Correo Oficial de la República Argentina obrante a fs. 113), obligándolo a iniciar la presente acción judicial a fin de obtener el reconocimiento de los derechos invocados.

IX.- Por su parte, el demandado cuestiona la condena a abonar la integración del mes de despido pues argumenta que no ha quedado claro en la sentencia de grado cuál habría sido la fecha de la desvinculación, la procedencia de la multa prevista en el art. 80 de la L.C.T. y la condena a hacer entrega de la documentación prevista en dicha norma. En cuanto a la primera de dichas cuestiones, lo resuelto en el considerando IV.- torna innecesario su tratamiento. Respecto del agravamiento previsto en el art. 80 de la L.C.T., entiendo que la queja debe ser rechazada. En primer lugar cabe señalar que, mediante la misiva del 29/05/13 (ver sobre de prueba de fs. 4 e informe del Correo Oficial de la República Argentina obrante a fs. 113), el accionante ha dado cumplimiento con los requisitos establecidos por el art. 3 del Decreto 146/01. En atención a que la relación laboral entre las partes finalizó el 21/02/13, fecha en que la demandada tomó conocimiento de la decisión adoptada por el actor de dar por finalizado el vínculo, al momento en que éste intimó al accionado a hacer entrega de los certificados en cuestión habían transcurrido holgadamente los 30 días de extinguido el vínculo requeridos por el art. 3 citado. No pierdo de

vista que la recurrente argumenta que el actor efectuó dicho requerimiento en la misiva rescisoria y que, por tanto, éste resultó prematuro. No obstante, lo relevante en el caso es que el accionante reiteró dicha intimación el 29/05/13 conforme fuera detallado precedentemente. Dado que ha quedado determinado que la relación laboral entre las partes finalizó el día 21/02/13, fecha en la que el demandado se anotició del despido indirecto adoptado por el actor, resulta innecesario expedirse respecto a la invocada imposibilidad de confeccionar los certificados previstos en el art. 80 de la L.C.T., los que deberán reflejar los datos reales del vínculo de conformidad con lo resuelto precedentemente.

X.- A fin de establecer la base de cálculo para practicar la liquidación de condena, en primer lugar cabe señalar, que si bien en el inicio la parte actora planteó la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo de ciertos aumentos salariales asignados a los empleados comprendidos por el CCT 130/75, lo cierto es que no ha sido cuestionada en forma concreta el encuadramiento convencional del actor y que al momento de fundar la procedencia de las diferencias salariales el accionante tuvo en cuenta la escala salarial correspondiente al CCT 389/04 (ver fs. 20 vta./21). En este contexto, dado que llega firma a esta alzada que el actor desempeñaba tareas como ayudante de cocina, corresponde asignarle la categoría 3 del CCT 389/04 citado y, teniendo en cuenta que se tuvo por cierto que desarrollaba sus tareas en una jornada completa, considero que el salario básico denunciado en el inicio: \$ 4.521.- resulta compatible con la escala salarial de dicho convenio aplicable a la fecha de la desvinculación (febrero de 2013). Repárese que el monto del mismo resulta de adicionar al básico de convenio establecido para dicha categoría para los trabajadores que se desempeñasen en establecimientos calificados como ?C? -una copa- (\$ 3.560.-), las sumas de \$ 712 y de \$ 249.- establecidas por acuerdos salariales del año 2012. No pierdo de vista que en el segundo acuerdo salarial de dicho año se le asigna a las sumas acordadas el carácter no remunerativo. Sin embargo, esta Sala ha coincidido con lo expuesto por Dr. Gregorio Corach al votar en los autos ?Páez Karina Paola y otros c/ Telecom Argentina S.A. s/ diferencias salariales' (SD N° 42968 del registro de la Sala VII del 2 de noviembre de 2010) respecto a que resulta inaceptable sostener que por imperio de un acuerdo sindical pueda atribuirse carácter no retributivo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del art. 103 de la L.C.T. tiene carácter de indisponible y esto no puede ser modificado por la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo que no puede purgar un acto viciado, puesto que los convenios colectivos de trabajo sólo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral. No incluiré en la base de cálculo la incidencia de las horas extras reclamadas, dado que no fue cuestionado en forma específica ante esta alzada lo resuelto en la sentencia de grado respecto a que no fue acreditado que el accionante se desempeñara en exceso de la jornada legal. Por lo expuesto, en los términos del art. 56 L.C.T. fijaré la remuneración de \$ 4.521.- como base de cálculo para practicar la liquidación de condena.

XI.- Como corolario de lo expuesto, teniendo en cuenta que el vínculo se extendió desde el 12/12/11 hasta el 21/02/13, tomando como ?mejor remuneración mensual normal y habitual devengada durante el último año de servicio? (art. 245 1er párrafo de la L.C.T.) la suma de \$ 4.521.- -conforme fuera resuelto en el considerando anterior- y ciñéndome estrictamente a los rubros reclamados en autos y a la expresión de agravios formulada por el accionante, corresponde hacer lugar a la demanda por los siguiente rubros y montos: 1) Indemnización por antigüedad (1 período): \$ 4.521.-; 2) Indemnización sustitutiva del preaviso (1 período): \$ 4.521.- 3) SAC s/ indemnización sustitutiva de preaviso: \$ 376,75; 4) Días trabajados febrero 2013: \$ 3.390,75; 5) Integración del mes de despido: \$ 1.130,25; 6) SAC S/ Integración del mes de despido: \$ 94,19; 7) SAC proporcional: \$ 659,31; 8) Vacaciones no gozadas 2012: \$ 2.531,76; 9) Vacaciones proporcionales 2013: 361,68; 10) SAC S/ vacaciones no gozadas 2012: \$ 30,14; 11) Art. 15 ley 24013: \$ 10.172,25 (Indemnización por antigüedad + indemnización sustitutiva de preaviso + integración del mes de despido); 12) Multa art. 2 ley 25323: 5.086,12 (50% Indemnización por antigüedad + Indemnización sustitutiva de preaviso + Integración del mes de despido); 13) Indemnización art. 80 de la L.C.T.: \$ 13.563.-, lo que asciende a un monto total de condena de \$ 46.438,32. Dicho monto devengará intereses conforme lo dispuesto en la sentencia de grado que no ha sido cuestionado ante esta alzada -con las salvedades dispuestas en el Acta nro. 2630 del 27/04/2016-.

XII.- El nuevo resultado que propicio me lleva a dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios dispuestas en la sentencia de grado (art. 279 del C.P.C.C.N.) y a proceder a su determinación en forma originaria, lo que torna abstracto el tratamiento de las apelaciones sobre estos temas. Sugiero imponer las costas de ambas instancias al demandado (art. 68 primer párrafo del C.P.C.C.N.). De conformidad con el mérito, calidad y extensión de las tareas desempeñadas, analizado todo ello a la luz de las pautas arancelarias vigentes, sugiero fijar los estipendios por la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada y perito contador por su actuación en la instancia de grado, en el ...%, ...% y ...% respectivamente para cada uno de ellos, que se calculará sobre el nuevo monto total de condena comprensivo de capital e interés (Arts. 38 de la L.O., ley 21.839 mod. 24.432 y dec. Ley 16638/57). Con relación a los emolumentos por los trabajos realizados ante esta alzada, aconsejo regularlos en el ...% de lo que a cada representación letrada le corresponda por lo actuado en la anterior instancia (art. 14 de la ley 21.839).

El Doctor Álvaro E. Balestrini dijo: Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede. El Doctor Roberto C. Pompa no vota (artículo 125 de la LO). A mérito del acuerdo al que se arriba, el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar la sentencia de fs.

192/200 y elevar el monto de condena a la suma de PESOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$46.438,32), con más los intereses dispuestos en el considerando respectivo; 2) Imponer las costas de ambas instancias a cargo del accionado; 3) Fijar los estipendios a la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada y perito contador por su actuación en la instancia de grado en el ...%, ...% y ...% respectivamente que se calcularán sobre el nuevo monto de condena comprensivo de capital e intereses y 4) Regular los honorarios de las representaciones letradas de las partes en el ...% de lo que a cada una le corresponda por lo actuado en la anterior instancia. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

DR. ÁLVARO E. BALESTRINI Juez de Cámara DR. MARIO S. FERA Juez de Cámara

Correlaciones: Maidana, Gabriela Anabel c. KICARDI SA y otros s. despido - Cám. Nac. Trab. - Sala IX - 13/04/2015
010965E