

## Despido Encuadramiento Convencional Jornada De Trabajo Injurias Graves Incorrecta Registracion

### JURISPRUDENCIA

Despido. Encuadramiento convencional. Jornada de trabajo. Injurias

graves. Incorrecta registraci3n Se hace lugar a la demanda por despido iniciada por el trabajador, atento a que se encontr3 acreditado que el actor se desempeñ3 en la categoría ?mozo de mostrador?, del CCT 389/04, por lo que resultan procedentes las diferencias salariales derivadas de su incorrecto encuadramiento como ?dependiente de sal3n?. Por otro lado, la empleadora no logr3 demostrar las razones que la llevaron a registrar al trabajador como a tiempo parcial, por lo que tambi3n se la condena en este punto.

Buenos Aires, 20 de octubre de 2016 En la Ciudad de Buenos Aires reunidos los integrantes de la Sala VI a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia en estas actuaciones, practicando el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votaci3n y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuaci3n. EL DR. LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO: I. La sentencia de grado (fs. 172/174), viene apelada en cuanto fondo de la cuesti3n, por ambas partes (a fs. 179/180, la demandada, y a fs. 182/186 la actora), con r3plicas a fs. 193/195 y fs. 197/200. Las letradas de la parte demandada (fs. 176), y la perito contadora (fs. 188), apelan por bajos los honorarios que les fueran regulados. II. El recurso de la demandada ha sido mal concedido, ya que no satisface el requisito para su admisibilidad previsto en el art. 106 de la ley 24.635, toda vez que el valor que se intenta cuestionar ante esta Alzada - \$ 8.891,90 - no supera el tope de apelabilidad fijado por el artculo citado, en el equivalente a trescientas veces el importe de derecho fijado previsto en el art. 51 de la ley 23.187, que a la fecha de resolverse la concesión del recurso (ver fs. 192), ascendía a \$ 18.000. III. El recurso de la parte actora versa sobre los siguientes puntos: a) Encuadramiento convencional del actor: El juez a quo desestim3 la aplicaci3n del convenio invocada por el actor en la demanda, el CCT 389/04, suscripto por la Uni3n de Trabajadores del Turismo, Hoteleros, y Gastron3micos, de la Rep3blica Argentina y la Federaci3n Empresaria Hotelera Gastron3mica de la Rep3blica Argentina, que comprende en su aplicaci3n, entre otros, a los siguientes establecimientos: ?Restaurante con o sin bar, Resto Bar; Wine Bar; Bares y/o Restaurantes Temáticos; Casas de comidas econ3micas con servicios standard; Casas de expendio de comidas vegetarianas o naturalistas ; Grills, Pizzerías ; Pizzas Caf3 ; Establecimientos donde elaboran comidas r3pidas y semi-r3pidas; Panquequerías ; Pancherías ; Hamburgueserías ; Choricerías; Sandwicherías; Snack bares ; Comedores Sindicales, Comedores para el personal de empresas ; Comedores y/o bares y/o cafeterías para estudiantes y personal de establecimientos educativos de todos los niveles; Cervecerías? (art. 5.2 B). El CCT que aplicaba la demandada era el N3 24/88, suscripto por la Federaci3n Argentina de Obreros Pasteleros, Confiteros, Pizzeros, y Alfajoreros y la Asociaci3n de Propietarios de Pizzerías y Casas de Empanadas, para ser aplicado en pizzerías y casas de empanadas. Con relaci3n a la cuesti3n debatida, señaalo que al contestar la demanda la accionada se limit3 a negar que en su establecimiento se prepararan platos de carnes, pastas, y pescados, invocando dogmáticamente la aplicaci3n del CCT 24/88, sin explicar concretamente cuál era la actividad desarrollada en el local de su propiedad que llevaría a aplicar dicha norma convencional, ni adjuntar ning3n elemento - por ejemplo, una carta o men3, que tampoco se le exhibió al perito contador, ver fs. 154- del que se desprendera qu3 tipo de alimentos se comercializaban allí. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que el encuadramiento convencional del trabajador depende de la actividad principal llevada a cabo en el establecimiento, considero que, al no especificarse la misma, la demandada incurri3 en la situaci3n del art. 356, inc. 13 del CPCCN, en cuanto dispone que la negativa general, el silencio, o las respuestas evasivas pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren. Señalo adem3s que, la falta de precisi3n en cuanto al tipo de comidas que allí se sirven, no puede ser suplida por la testimonial de quienes depusieron a instancias de la demandada (Jorge Alberto Bertotto, a fs. 113/114, Carlos Alberto Benenati, a fs. 119/120, Hugo Javier Barroni, a fs. 138, y Jos3 Luis Argañaraz a fs. 139), quienes dicen que el negocio de la demandada era de ?pizza-café?, circunstancia que no fue introducida en la litis por la accionada. Adem3s, encuentro que la presunci3n que emana de la posici3n procesal asumida por Feijo 24 S.A. y lo dispuesto en el art. 356, inc. 13 del CPCCN, se ve reforzada por el testimonio de Eliana Paola Domínguez (fs. 115/116), única testigo que declarara a instancias de la parte actora, quien trabaja en un local sobre la Avenida Rivadavia, a media cuadra del establecimiento donde laboraba el actor, y hacía pedidos allí, de comida, merienda, o caf3, e iba a comer al restaurante, viéndolo al actor en la barra. Y tambi3n abona lo expuesto que en la pericia contable (ver fs. 153 ) se inform3 que de la Plancheta de Habilitaci3n del establecimiento de la demandada, emitida por el GCBA (Direcci3n General de Habilitaciones y Permisos), de fecha 22/11/2005, surgen las siguientes actividades: ?restaurante de cocina, casa de luche, caf3 bar, comercio minorista bar lácteo, despacho de bebida, whisquería, cervecería, casa de comida rotisería, comercio minorista elaboraci3n y venta de pizza, faina, empanadas, postres, flanes, churros, grill, parrilla, confitería, comercio minorista de helados sin

elaboración?. Es decir las mismas que enuncia el CCT 389/04. Con relación a la valoración de la prueba de autos en cuanto a la circunstancia controvertida, corresponde puntualizar que art. 9 de la LCT reformado por la ley 26.428 dispone que en la parte pertinente: "Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la Ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla decidirán en el sentido más favorable al trabajador", reforma que materializa la expresión del principio protectorio que tiene fundamento en el art. 14 bis de la Constitución Nacional cuando dice: "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes" consagrando el principio in dubio pro operario esencia misma del derecho que nos ocupa. Por lo expuesto, propongo modificar la sentencia de grado, y, considerando acreditado que el actor se desempeñó como denuncia, en la categoría "mozo de mostrador", del CCT 389/04, diferir a condena las diferencias salariales derivadas de su incorrecto encuadramiento como "dependiente de salón" del CCT 24/88.

b) El segundo agravio de la parte actora se refiere a la conclusión del a quo relativa a que el señor García se habría desempeñado bajo la modalidad de media jornada. Al respecto, como ha dicho esta Sala en numerosos precedentes de aristas fácticas similares al presente, estaba a cargo de la empleadora acreditar el cumplimiento de la "media jornada", por tratarse de una situación excepcional. Y no encuentro que las declaraciones de las personas que depusieron como testigos a instancias de la demandada, resulten suficientes para acreditar el extremo, teniendo en cuenta que por su calidad de dependientes de la accionada al momento de declarar, y por su posición jerárquica - se trata de los cajeros y encargados del local-, deben ser examinadas con mayor rigurosidad. En efecto, en la contestación de demanda se afirmó que el actor había trabajado de lunes a lunes, de 17 hs. a 21 hs., con un franco los días miércoles. Se dijo también que era posible que se hubiera desempeñado en otro horario, ya que en ocasiones entre compañeros de trabajo (otros dependientes de mostrador), cambiaran el horario por alguna cuestión personal. Circunstancia esta última que no fue acreditada. Por el contrario, observo que Hugo Javier Barroni (fs. 138), testigo de la demandada, dice que el actor entraba a las 17 hs. y se quedaba hasta las "21 o 22 hs.", y José Luis Argañaraz (fs. 139), también testigo presentado por la accionada, dijo que García trabajaba hasta las "21 o 21.30 hs.", es decir que no resultan precisos en cuanto al horario de finalización del trabajo del actor, que podía prolongarse más allá de la hora alegada por la demandada. Además, todos quienes declararan en autos, son contestes en cuanto a que el establecimiento se encuentra abierto hasta la 1.00 hs. de la mañana, diciendo el testigo Argañaraz que "los turnos de trabajo son de 17 a 1.00 horas en caso que esté el personal completo". Lo que lleva razonablemente a presumir que la tarea de García se extendía hasta esa hora, ya que tampoco se ha alegado y menos aún probado que fuera reemplazado por otro dependiente hasta la hora del cierre. Desde esta perspectiva, considero que corresponde en este aspecto modificar la sentencia de grado, y diferir a condena las diferencias salariales provenientes de la falta de pago de las remuneraciones correspondientes al desempeño en jornada completa, dentro de la categoría convencional que ha sido establecida más arriba -"mozo de mostrador", del CCT 389/04-.

c) El tercer agravio, relativo a la fecha de ingreso del trabajador, también habrá de prosperar. Ello así porque, como dice el apelante, de la pericia contable surge que el Libro del art. 52 LCT de la demandada, sobre la base del cual se produjo el informe pericial, fue rubricado el 04/04/2012, es decir con posterioridad, incluso, a la desvinculación de García, el 27/12/2011. A partir de esta circunstancia, resulta de aplicación la presunción del art. 55 de la LCT con relación a la fecha de ingreso denunciada en la demanda - 09/05/2011-, que no encuentro desvirtuada por ninguna prueba de autos, advirtiendo que los testigos presentados por la demandada, no son precisos en cuanto al punto. Propongo, por ello, que se difiera a condena el rubro del art. 1º de la ley 25.323.

d) El cuarto agravio trata sobre el rechazo de la indemnización del art. 80, último párrafo, de la LCT. En este punto, también corresponde otorgar la razón al apelante, ya que las certificaciones que prescribe la norma fueron puestas a disposición del actor a través del telegrama del 22/12/2011 en que se le comunicó el despido (fs. 18), por lo que no se advierte la necesidad de una nueva intimación por parte de aquél, y lo cierto es que la constancia acompañada al contestar la demanda (f. 30/31), no refleja los datos correctos de la relación laboral - fecha de ingreso, categoría, remuneración devengada- que han quedado acreditados en autos. Con lo que la obligación de entrega que prescribe la ley, no ha sido cumplida. Por lo expuesto, considero que los presupuestos fácticos de aplicación de la norma (art. 80 LCT) se encuentran reunidos, por lo que propongo que se condene a la accionada a pagar al actor la indemnización prevista en la misma.

IV. Los rubros y montos que correspondería diferir a condena son los que ha liquidado, en lo pertinente, el perito contador, a fs. 150, cálculos que no han sido objetados por las partes, y que han sido efectuados sobre la base de la fecha de ingreso, y la categoría convencional establecidas en la presente sentencia:

1. 2º SAC 2011 1.736,60 2. Diferencias sal. 26.699,68 3. Int. Mes despido y Días trabajados 4.067,778 4. Vac. prop. con SAC 2.360,70 5. Preaviso con SAC 4.215,51 6. Indem. por antig. 3.891,24 7. Art. 1º ley 25.323 3.891,24 8. Art. 2º ley 25.323 1.945,62 9. Art. 80 LCT 11.673,72  
TOTAL 60.482,09

En cuanto a la tasa de interés a aplicarse, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, corresponde estar a la tasa dispuesta por esta Cámara a través del Acta Nro. 2601 (21/5/2014) y del Acta Nro. 2630 (27/4/2016).

V. De prosperar mi voto, correspondería modificar la sentencia de grado, fijando el monto total nominal de condena en la suma de \$ 60.482,09, que llevará los intereses establecidos en el considerando respectivo.

VI. De conformidad con lo dispuesto en el art.

279 del CPCCN, correspondería dictar un nuevo pronunciamiento en materia de costas y honorarios. Las costas de ambas instancias propongo que se impongan a la demandada, que ha resultado sustancialmente vencida (art. 68 CPCCN). Los honorarios por los trabajos en la primera instancia, los estimo para la representación y patrocinio letrados de la parte actora, de la parte demandada, y de la perito contadora, en el 16%, 12%, y 6%, respectivamente, del monto total de condena más intereses. Los honorarios de Alzada, propongo que se regulen a los letrados intervinientes, en el 25% de lo que les corresponde por su actuación en la etapa anterior. LA DRA. GRACIELA L. CRAIG DIJO: Que adhiero al voto que antecede. Por ello el TRIBUNAL RESUELVE: 1) Declarar que el recurso de la parte demandada ha sido mal concedido (art. 106 LO); 2) Modificar la sentencia de grado, fijando el monto total nominal de condena en la suma de \$60.482,09 (pesos sesenta mil cuatrocientos ochenta y dos con nueve ctvos), que llevará los intereses establecidos en el considerando respectivo; 3) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida; 4) Regular los honorarios por los trabajos en la primera instancia, para la representación y patrocinio letrados de la parte actora, de la parte demandada, y de la perito contadora, en el 16%, 12%, y 6%, respectivamente, del monto total de condena más intereses; 5) Regular los honorarios de Alzada, propongo a los letrados intervinientes, en el 25% de lo que les corresponde por su actuación en la etapa anterior. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Conste que la Vocalía Número Uno se encuentra vacante (RJN art. 109). Regístrese, notifíquese y vuelvan. LUIS A. RAFFAGHELLI JUEZ DE CAMARA GRACIELA L. CRAIG JUEZ DE CAMARA Cor relaciones Gauna, César Antonio c/Quetra SA y otros s/despido - Cám. Nac. Trab. - Sala IX - 06/05/2016 011758E