

Despido Indirecto Simulacion De Contrato De Trabajo A Tiempo Parcial Mora En El Pago De Salarios

JURISPRUDENCIA

Despido indirecto. Simulación de contrato de trabajo a tiempo

parcial. Mora en el pago de salarios Se revoca la sentencia recurrida, haciendo lugar al despido indirecto invocado al no haberse acreditado el contrato de trabajo a tiempo parcial invocado por la demandada. NEUQUEN, 06 de febrero de 2018 Y VISTOS: En acuerdo estos autos caratulados: ?SCALIA VIVIANA CARINA C/ GARRIDO NESTOR ABEL Y OTRO S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES?, (JNQLA1 EXP N° 454362/2011), enidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo: I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia del 21 de diciembre de 2016 que rechazó la demanda (cfr. fs. 241/245) y que funda a fs. 248/252. Se agravia porque el a quo afirma que las cuestiones a dirimir son solo dos, uno si el despido indirecto en el que se considero incurso la actora resulta procedente y, la segunda si se encuentra probada la responsabilidad de los demandados, admitiendo a párrafo seguido la existencia de otras cuestiones planteadas -fecha de ingreso de la actora, continuidad o no de la relación laboral a partir de su renuncia, la relación entre las dos demandadas. Critica la falta de imparcialidad y el sesgado análisis en la valoración de la prueba producida para concluir que de las declaraciones testimoniales durante la instrucción del expediente, no se ha podido determinar con certeza cuál es el horario en el que trabajaba la señora Scalia. Argumenta que en el caso, se fallo invirtiendo el proceso de elaboración de sentencia conforme los postulados de la sana critica racional dado que primero se arribó a una conclusión y luego se busco de entre las constancias de autos, aquellas pruebas que interpretadas de determinada manera, sirvieran para sostener esta conclusión. Dice que el magistrado analiza la relación laboral como si se tratara de una relación regular, encontrando insólito que en el escrito de interposición de demanda no se haya denunciado el horario de trabajo que la accionante cumplía cuando la realidad es, que las relaciones de trabajo no registradas se caracterizan justamente por su falta de regularidad, entre ellas los horarios excesivos y mutables a conveniencia del empleador; destacando que la cantidad de horas laboradas, si, se encuentran detalladas en el escrito de demanda: eran ocho (8) diarias. Señala que de las mismas pruebas valoradas en la sentencia se puede efectuar un análisis pero orientado a determinar la cantidad de horas de trabajo dado que la señora Scalia no tenía un horario fijo de trabajo. Así, en la contestación de demanda efectuada por Nancy Corletta se da cuenta que la actora laboraba para ella en el gimnasio de la calle Córdoba 153 de la ciudad de Neuquén, media jornada en horario nocturno porque deseaba cursar una carrera de traductorado en el IFES y por ello puede admitirse y sin controversia, el periodo de tiempo que va desde Noviembre de 2009 hasta fines de 2010. Añade, que a dicho reconocimiento, se suma la declaración de uno de los testigos propuestos por la misma demandada, el señor Ángel Painemao quien manifestó ?... conocí a la señora Scalia, ella trabajaba en la sede de calle Córdoba. No recuerdo cuanto tiempo ella trabajo ahí. No sé quién la contrato a ella. Ella hace tareas administrativas, recepción. No me acuerdo. Pero la vi en varios horarios pero no recuerdo porque no iba constantemente a la sede de Pacifico. Yo la vi en la semana casi todos los días. Me parece que era de mañana que yo iba, pero no recuerdo los horarios? (Cfr. fs. 167). Y de la declaración del testigo Feliz Haro surge ?...cuando la conoció a la Sra. Scalia creo que ella ya trabajaba en el gimnasio en Palo Blanco ubicado en la calle Córdoba pero había veces que estaba en el de Basalvilvaso cuando faltaba alguien... a veces estaba de mañana y a veces de tarde. Creo que trabajaba 8 hs. Cuando yo la iba a visitar le mandaba un mensajito por si estaba para tomar unos mates. No se sabe a que hora ella entraba y salía. Lo que se es que por ahí ella abría el gimnasio?. Afirma que ambas testimoniales dan cuenta que la actora no tenía un horario fijo de trabajo mientras se desempeñó laboralmente a las órdenes de los demandados pero arrojan certeza de que la carga laboral era muy superior a la media jornada pretendida por la accionada Corletta y que abarcaba turnos matutinos como de tarde y los reconocidos nocturnos; alcanzando las ocho (8) horas diarias postuladas por esta parte y excediendo las cuatro (4) horas pretendidas por los demandados. Señala la falta de valoración de la declaración testimonial de María Carolina Noel Pardo quien compareció a pedido de la actora, surge ?...yo empecé en diciembre del 2010 hasta marzo del 2011 a trabajar en el gimnasio, entre por Abel, fue por un remplazo en realidad. Era instructora de in door, de bici. Yo trabajaba todos los días de lunes a viernes... me desvincule... porque era un reemplazo.... A Viviana Scalia la conocí en el gimnasio cuando yo empecé con los reemplazos ella estaba como secretaria ...cuando yo llegada al gimnasio ella ya estaba, creo que el horario era a las 7, 7,30 y cuando yo llegaba a las 15 hs ella todavía estaba cumpliendo sus funciones así que creo que hasta las 16 porque yo terminaba mi clase y ella ya estaba yéndose...?. Cuestiona que se haya analizado el litigio como si se tratara de dos empleadores independientes que en distintos momentos emplearon a la Sra. Scalia, cada uno por su cuenta, sin siquiera considerar sus dichos de que en realidad se trataba de los

propietarios de una misma sociedad, el gimnasio Palo Blanco; señala que al explicar porque los dos gimnasios giraban bajo la misma razón social recurrieron a argumentos tan sólidos como manifestar que era por una cuestión de amistad entre ellos, siendo esto suficiente para convencer al juez. Que los demandados son socios en todas las sedes del gimnasio Palo Blanco surge del sentido común ya que ningún comerciante utiliza su nombre comercial para competir con él mismo en el radio de una misma ciudad, y tal calidad lo informan los testigos María Carolina Noel Pardo y Ángel Painemao, agrega que otra de las pruebas no valoradas es la pericial psicológica de la Lic. Patricia Alvarado. Resume que la arbitrariedad de la sentencia deviene evidente ya que no encuentra otro asidero que no sean, los propios dichos de los demandados, que no han hecho otra contribución a la causada que afirmar falsedades, ofrecer como testigos a una empleada del gimnasio y el imparcial testimonio de una persona que resultó ser ni más ni menos que otro socio propietario del gimnasio Palo Blanco: la señora Patricia Giles -según los dichos de dos testigos de la causa, Pardo y Garrido-. Por último argumenta que no se entiende con que fundamento decide no pronunciarse acerca de otras cuestiones oportunamente planteadas por la actora, tales como los malos tratos recibidos por el trabajador, el menoscabo en su salud psíquica debido a ello; por lo que en el entendimiento de que la sentencia no reúne los requisitos establecidos en el art. 163 inciso 4 del C.P.C. y C., solicita se haga lugar al recurso de apelación y revoque la misma. II.- Corrido el traslado de los agravios, contesta la codemandada Nancy Corletta a fs. 262/264. Expresa que nada de lo alegado por la actora en su demanda fue probado; así dijo haber comenzado a trabajar para la suscripta en el año 2007 quedando probado que no fue en esa fecha sino en Noviembre de 2009. En punto a que trabajaba 8 horas diarias quedo probado que en el gimnasio de la calle Córdoba era a la noche siendo el horario de atención de 14 a 19hs; y que el horario que ella cumplía fue pactado entre las partes porque ésta quería estudiar en el IFES traductorado de inglés por la tarde, tal como se probó en el informe acompañado por el IFES; que la relación laboral no estuvo correctamente registrada tampoco pudo probarse; que nunca remitió telegrama laboral intimando a ello a lo largo de la relación laboral que la vinculaba ya que supuestamente estuvo dos años reclamándose verbalmente (del 2007 al 2009). Indica que los testigos sostuvieron que la veían en diferentes horarios, lo que demuestra que éstos podían ser rotativos conforme la carga horaria de sus estudios pero que de ninguna manera, acreditan que su jornada laboral era de 8 horas diarias. Sostiene que al no tener por probada la jornada laboral que cumplía, siendo ello fundamental en la presente acción, es que el A quo no continuo con el análisis de los demás hechos narrados en la demanda; y que gozando de su licencia psicológica, se le abono el sueldo acorde a la jornada laboral registrada. Pero, es cuando mediante telegrama, nos íntimo a que se abonara su salario correspondiente a 8 horas diarias, situación que al ser negada, la actora se pone en situación de despido indirecto. Refiere que de las probanzas de autos no surge indubitablemente que existe vinculación comercial entre ella y el co-demandado; que era una especie de franquicia, de concesión, donde por una conveniencia para ambos podría usufructuar el nombre del gimnasio sin que ello implique una sociedad. Y que de la licencia comercial, el contrato de locación con el Club Pacifico, los recibos de haberes, los servicios e impuestos todos se encuentran a mi nombre. Concluye que la valoración del A quo ha sido correcta, sentenciando con lo esta parte logro probar y la actora no, por ello pide se confirme el fallo impugnado con expresa imposición de costas. A fs. 264 contesta el demandado Garrido, adhiriendo al responde de la señora Corletta. III.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento, resulta que la Sra. Viviana Carina Scalia demanda al Sr. Néstor Abel Garrido y Corletta Nancy, por el cobro de la suma de \$ 38.704,23 con motivo del contrato de trabajo celebrado y por el que laboraba de recepcionista en el gimnasio Palo Blanco en doble turno completando una jornada laboral de 8 horas diarias; expone que con motivo de sus reclamos por la correcta registración comenzó a sufrir malos tratos y tuvo que recurrir a un psiquiatra quien le otorgó licencia por treinta días a partir del 26 de abril de 2011, otorgándole otros treinta días más el 26 de mayo; que cuando se presentó a cobrar su salario correspondiente al mes de Mayo de 2011, en que gozó de licencia por enfermedad, sólo se le pagó el sueldo de una empleada administrativa de tiempo parcial; que por ello el 13 de junio de 2011 envió a su empleador una carta documento intimando a que procedieran a realizarle el correcto pago de sus haberes correspondientes al mes de mayo de 2011, bajo apercibimiento de considerarse despedida por su exclusiva culpa; que así efectivizó el 04 de julio de 2011 con motivo de la falta de reconocimiento de la jornada completa por parte de la empleadora. La sentencia de grado rechaza la acción con fundamento en que la actora no acreditó el horario de trabajo que realizaba ni que percibiera la suma en negro denunciada, con lo que el despido fue injustificado; apoya su conclusión en que las declaraciones testimoniales no lograron dar claridad a la cuestión a dilucidar porque ninguno de los dicentes pudo precisar las horas que trabajaba. A.- Que abordando los agravios, y tal como la expuso el juez de grado, la cuestión litigiosa a resolver consiste en si el despido indirecto en que se consideró incurso la actora resulta procedente, y en torno a ello, si se acreditó el incumplimiento de los demandados a abonarle los haberes de mayo de 2011 por la jornada completa de trabajo -ocho horas- conforme telegramas de fs. 1 y 3 de fecha 13 de junio de 2011 y 4 de julio de 2011, respectivamente. Que se encuentra admitido y no controvertido que la actora no laboró en el mes de mayo de 2011 por gozar de licencia por enfermedad, y que se le liquidó y pagó el salario por dicho período considerando una jornada 4 horas bajo la categoría ?Administrativo Parcial? del CCT 130/75, para empleados de comercio, conforme recibo de fs. 52. Que por un lado

cabe recordar que si bien el art. 198 de la LCT habilita la reducción de la jornada máxima legal, la ley 26.474 (BO. 23.01.09) impuso que cuando se superen el límite impuesto por el art. 92 ter. de la LCT, es decir las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad, la remuneración del trabajador no se regirá por el principio de proporcionalidad, sino que ¿el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa? (art. 92 ter. ap. 1 de la LCT). Que como bien reseña el juez de grado, si bien aquellos con vínculo de amistad son más precisos, los restantes testigos no dan certezas ni precisiones sobre el horario, tratándose de una modalidad laboral de naturaleza excepcional está sujeta a prueba estricta por quien la invoca, de tal forma que no puede surgir únicamente de los registros llevados. ¿No puede perderse de vista que uno de los objetivos fundamentales de la reforma del art. 92 ter de la LCT fue combatir el fraude que se llevaba a cabo frecuentemente por quienes utilizaban esta modalidad contractual para encubrir relaciones de trabajo a tiempo completo, pagando salarios determinados por el empleador, normalmente, por debajo de las escalas salariales vigentes, y realizando menor cantidad de aportes. Por ende, esto es un elemento que debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar la prueba acerca de la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial o a tiempo completo. Si a esto sumamos que el contrato de trabajo a tiempo parcial es una excepción al principio general del contrato por tiempo indeterminado de jornada completa, no puede más que concluirse que la prueba de esta modalidad contractual debe ser de apreciación restrictiva; se requiere por ende una prueba cabal, fehaciente, que brindada por el empleador, convenza, con la certeza necesaria, de que las partes hubieron pactado, efectivamente, la reducción de la jornada, y que así se ha dado en la realidad. Al ser el contrato de trabajo a tiempo parcial una especie del género de la jornada reducida, participa de los mismos principios en materia probatoria, siendo que dicha modalidad está sujeta a prueba estricta por quien la invoca al ser una excepción. Aunque pueda parecer una verdad de Perogrullo, y sea reiterativo, la prueba estricta de la jornada de trabajo reducida no puede surgir únicamente de los registros llevados a cabo por el empleador, que no resulta una plena prueba respecto del trabajador, quien no controla ni posee facultades para participar de su confección. (La prueba de la jornada reducida- SERRANO ALOU, Sebastián, El contrato de trabajo a tiempo parcial y el fraude. Sanciones y prueba, La Ley, Derecho del Trabajo On Line, Viernes 20 de Noviembre de 2009; El contrato de trabajo a tiempo parcial y la reducción del salario, 21 de Febrero de 2011, Novedades Laborjuris, Boletín Diario, entrega n° 36 de 2011 -MJ-DOC-5229-AR / MJD5229 (nota publicada también en Revista Científica del Equipo Federal de Trabajo, N° 70, del 04 de marzo de 2011 <http://www.eft.org.ar>); El artículo 92 ter de la RCT luego de la reforma de la ley 26.474, La Ley, Derecho del Trabajo On Line, Año 6, Miércoles 19 de Octubre de 2011 - LLNOA 2011 (Noviembre), 1057). Que a tenor de lo expuesto, cobra relevancia el originario reclamo que intima la actora para que se satisfaga el pago de la jornada completa, la que sin perjuicio de las dudas que se suscitan sobre el horario verdadero, el de 9 a 13 hs que admiten los demandados (fs. 76 vta. y fs. 91 vta.), conduce irremediamente a la conclusión de que el salario del mes de mayo de 2011 no se abonó íntegramente (8 horas) tal como se le imponía a los últimos conforme a las previsiones de los arts. 187 y 92 ter de la LCT), resultando indiferente si en el transcurso período mensual en que se devengó el pago insuficiente, la trabajadora concretara o no la prestación de 8 horas, y máxime si se hallaba gozando de licencia por enfermedad. ¿El contrato de trabajo a tiempo parcial siempre pudo establecerse por acuerdo individual y luego de la reforma de la ley 24.465 (B.O. 28.3.95) es previsto expresamente por la Ley de Contrato de Trabajo, como lo señala la doctrina ¿esta forma de contratación no constituye una novedad? sino que aunque no reglamentada en forma específica, tuvo vigencia anterior por no colisionar con los principios generales del derecho laboral y ajustarse a las particularidades de la necesidad restringida que tiende a satisfacer (Fernández Madrid-Caubet, ¿Leyes Fundamentales del Trabajo?, p. 55), y con la misma vocación de duración indeterminada que presume el régimen común laboral (Valentín Rubio, Derecho Laboral, p. 114 y ss. t.1). La jurisprudencia ha dicho en casos similares que: ¿El contrato de trabajo denominado a ¿tiempo parcial? es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día, a la semana o al mes, inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual a la actividad. En este caso la remuneración no podrá ser inferior a la proporcional que le corresponde a un trabajador a tiempo completo, establecido por Ley o Convenio Colectivo de la misma categoría o puesto de trabajo. (Autos: Argentini, Elsa Viviana C/ C/ Consolidar A.r.t. S/ P/ Diferencias Salariales - N° Fallo: 06190058 - Ubicación: A000-184 - N° Expediente: 14365, Mag.: ALDUNATE - CUARTA CÁMARA LABORAL - Circ.: 1 - Fecha: 26/07/2006LDT) (conf. ¿CASTILLO ISABEL C/ PAEZ LILIANA S/DESPIDO?, (Expte. N° 330141/5-Sent. 15.12.2009-Sala III) Luego, intimado por vía telegráfica dicho incumplimiento bajo apercibimiento de resolver el contrato el 13.06.2011 (fs. 1), fue rechazado por idéntico medio el 15.06.2011 (fs. 2), quedando habilitado el despido indirecto dispuesto por la trabajadora en forma fehaciente el 04.07.2011 (fs. 3), considerando que la falta de pago de salario configura injuria suficiente que no consiente la prosecución de la relación laboral en los términos de los arts. 242 LCT, y justifica la aplicación del art. 246 del mismo ordenamiento: ¿Cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245?. Se ha sostenido que ¿La mora del empleador en el pago del salario, pese a las intimaciones fehacientes realizadas por los trabajadores, justifica la denuncia del contrato de trabajo por parte de éstos, pues el pago de la retribución constituye la principal

obligación a cargo de aquél. La circunstancia de que con anterioridad los demandantes hubieran tolerado cierta demora en el pago no legitima la actitud de la demandada, pues la falta de pago del salario en tiempo oportuno constituye un grave incumplimiento contractual (Arts. 62, 63, 74 y 242 de la LCT)?, (CNLab., Sala III, ?TATO CIMARELLI, Elena y otro c/ HENDYCOR SA s/ despido?, 15/09/97). B.- Que de conformidad a lo previsto en el art. 26 de la LCT, la condena se extenderá a ambos demandados de manera solidaria considerando los términos de sus respuestas, no haber desvirtuado con prueba alguna la calidad que se les atribuye en la relación laboral, ni la invocada como franquiciante y franquiciado, con documentación registral alguna, respecto a la individualidad y autonomía exigida en este tipo de contrato, y cuando dos testigos los identifican como socios (María Carolina Noel Pardo y Ángel Painemao). Que procede responsabilizar a ambos, al haberse acreditado que integran un sujeto empleador pluripersonal, que de manera común y permanente utilizaron el trabajo de la actora como recepcionista y otras tareas, avalado por la similitud o analogía de sus giros por concomitancia o sucesividad, e identidad de organización administrativa o comercial. Que la doctrina y jurisprudencia ha avalado la aplicación analógica del artículo 26 de la LCT, en los casos en que dos personas jurídicas utilizan en forma conjunta o indistinta los servicios de un trabajador, debiendo entenderse que todas ellas han asumido mancomunadamente el rol del empleador del modo pluripersonal descrito por la norma (CNTrab, sala IV, 16/08/2001- "Antonelli, Iván c/ Imat S.A." citado por Laura Castagnino, en Revista de Derecho Laboral, 2005-2, p. 170). C.- En consecuencia, procede revocar la sentencia, haciendo lugar al despido indirecto invocado y en consecuencia, al no haberse cuestionado la planilla de liquidación de fs. 30 vta., respecto al salario correspondiente a la jornada completa y la deficiente registración del haber procede el pago de los rubros indemnizatorios reclamados: Indemnización art. 246 LCT: \$13.300,64; Falta de preaviso: \$3.325,16; Indemnización mes integración: \$3.325,16, Dif. Mes de mayo de 2011: \$1.342,25; Dif. Mes de Junio de 2011: \$1.662,58; Dif. SAC: \$785,22, Vacaciones proporcionales \$1.662,58 e Indemnización art. 1º Ley 25323: \$13.300,64, lo que totaliza un monto de condena de \$38.704,22 a valores de la fecha del distracto 04.07.2011, y que devengará un interés a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta su efectivo pago, debiendo abonarse la misma en el plazo del art. 51 de la ley 921, bajo apercibimiento de ejecución. IV.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio hacer lugar a la apelación, revocando el fallo recurrido y haciendo lugar a la demanda interpuesta, condenar a los demandados Néstor Abel Garrido y Nancy Corletta a pagar a Viviana Carina Scalia la suma de \$ 38.704,22, con más los intereses fijados en el párrafo anterior. V.- Las costas en ambas instancias serán a cargo de los demandados vencidos (arts. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC). VI.- Regúlanse los honorarios de primera instancia en el 21% para el letrado de la parte actora -en el doble carácter- en el 18% para la letrada que patrocinó a los demandados; en el 30% de aquellos por su labor en la Alzada; y el 4% para la Perito Psicóloga (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 20 y 39 de la ley arancelaria), tomando en cuenta el monto por capital e intereses, y a determinarse en la oportunidad prevista en el art. 51 de la Ley 921. El Dr. Ghisini, dijo: Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo. Por ello, esta Sala III RESUELVE: 1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 241/245 y 255, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda interpuesta, condenando a los demandados Néstor Abel Garrido y Nancy Corletta a pagar dentro del quinto día de notificada a la actora, Sra. Viviana Carina Scalia la suma de PESOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUATRO CON VEINTIDOS CENTAVOS (\$38.704,229, con más los intereses fijados en el punto C, de los considerandos que integran este pronunciamiento. 2.- Imponer las costas en ambas instancias a cargo de los demandados vencidos (arts. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC). 3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se establecen en los siguientes porcentajes: en el 21% para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora; en el 18% para la ..., patrocinante de los demandados; y el 4% para la Perito Psicóloga ... (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 20 y 39 de la ley arancelaria), tomando en cuenta el monto por capital e intereses, y a determinarse en la oportunidad prevista en el art. 51 de la Ley 921. 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.). 5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen. Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA 028423E