

## Contrato De Trabajo Jornada Laboral Presuncion

### JURISPRUDENCIA

### Contrato de trabajo. Jornada laboral. Presunción

### Se revoca

parcialmente la sentencia admitiendo una jornada de trabajo y una remuneración inferiores a las otorgadas en baja instancia, con su consiguiente proyección sobre la base de cálculo de los rubros concedidos, y rechazando la multa del art. 1 de la ley 25323.

En la ciudad de Rosario, a los 03 días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reunieron en Acuerdo las Juezas de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dras. Roxana Mambelli, Lucía María Aseff y Adriana María Mana, con el fin de dictar sentencia en los autos caratulados "Messineo, Marcelo Alejandro c/ Ambroggio Rubi Nancy s/ cobro de pesos" -Expte. N° 129/2018-. La sentencia N° 1677 cuyo testimonio fue glosado a fs. 72/80, dictada el 04 de septiembre de 2017 por el titular del Juzgado de Distrito de 1ª Instancia en lo Laboral de la 7ª. Nominación de esta ciudad, recepitó parcialmente la demanda promovida por Marcelo Alejandro Messineo contra Rubi Nancy Ambroggio, condenándola a pagarle los rubros admitidos - indemnización por antigüedad y por falta de preaviso, haberes adeudados (febrero, marzo y abril de 2009), vacaciones no gozadas proporcionales año 2009, SAC año 2008 y proporcional año 2009, incrementos indemnizatorios previstos en los artículos 1 y 2 de la ley 25.323 y 15 de la ley 24013 y entrega de las constancias y certificados de trabajo previstos en el art. 80 de la LCT bajo apercibimiento de astreintes - con intereses y costas. Contra el pronunciamiento se alzó la demandada a fs. 82 interponiendo recurso de apelación parcial, siendo concedido a fs. 83. Elevados los autos y radicados en esta Sala expresó agravios a fs. 102/104, los que fueron respondidos por la parte actora a fs. 106/108. Sustanciado el trámite, han quedado los presentes en estado de resolver. Efectuado el estudio de la causa, se resolvió plantear las siguientes cuestiones: 1. ¿ES JUSTA LA SENTENCIA RECURRIDA? 2. ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR? Practicado el sorteo de ley, resultó el siguiente orden de votación: Dras. Aseff, Mana y Mambelli. A la primera cuestión: La Dra. Aseff dijo: Se queja la parte demandada porque considera que el juez de grado ha tomado con liviandad los testimonios prestados en autos mediante una valoración alejada y parcial de sus dichos, aplicando incorrectamente la presunción del art. 23 de la LCT porque no se probó la relación de dependencia jurídica, técnica ni económica, receptando erróneamente los rubros propios de un despido incausado, por lo que solicita la revocación parcial del fallo apelado, con costas. En tal sentido, sostiene que el despido indirecto fue totalmente infundado, ya que el actor no probó las injurias o causales invocadas en su telegrama rescisorio. Se agravia puntualmente de la recepción de los siguientes rubros: art. 15, ley 24013, porque dice que no se cumplió con la notificación a la AFIP del art. 11, LNE, además de que nunca existió despido; de los arts. 1 y 2, ley 25323, por existir elementos que justificaron la conducta de la empleadora; de los haberes de los meses febrero, marzo y abril 2009, ya que no existió relación laboral y el actor se sintió injuriado por un hecho que no probó; y entrega de las constancias y certificados de trabajo, que no corresponde porque el actor prestaba servicios por cuenta propia. También se agravia del interés fijado en la sentencia. Trataré los agravios como mejor proceda adelantando que cotejada la sentencia de grado con la normativa de aplicación al caso en examen, las pruebas rendidas y las quejas vertidas he arribado a la conclusión de que algunas de ellas exhiben suficiente idoneidad para modificar parcialmente el fallo recurrido. 1. La relación habida entre las partes El juez de grado ha basado su sentencia, básicamente, en tres pilares: 1) la prueba testimonial, 2) la aplicación de la presunción contenida en el art. 23 de la LCT en su interpretación amplia - que esta Sala comparte -, y 3) la receptada en el art. 55 de la LCT. Pero a pesar de invocar las reglas de la sana crítica - que lo incluye - considero que se ha desentendido del sentido común que debe presidir nuestras decisiones en la medida que no ha tenido en cuenta la demasía postulatoria que anima la demanda, y mediante una valoración sesgada de la prueba testimonial aplicó, sin matices, la presunción de art. 55 de la LCT. Veamos: El actor afirma que laboraba en el hotel de la demandada todos los días de lunes a sábados de 9 a 18 horas y que lo hizo ininterrumpidamente durante 12 años encargándose del mantenimiento general del establecimiento. O sea que según su versión de los hechos habría laborado 54 horas semanales para la accionada. Mas esta afirmación no se condice con lo declarado por los testigos, incluso los que él mismo ofreciera - ver fs. 39/ 42 - porque si hacía changas varias y arreglos en el barrio, no se explica en qué momento del día pudo haberlos hecho, salvo excepcionalmente, porque sabido es que los trabajos de albañilería, plomería, pintura y afines se hacen preferentemente de día, y si el actor se ocupaba diariamente a las 9 y se desocupaba a las 18, salvo en los meses de pleno verano le quedaba poco tiempo con luz natural para ocuparse de hacer estas trabajos, que generalmente la necesitan, lo que es público y notorio. Sin contar que después de 9 horas diarias de trabajo que incluía también los sábados, poco tiempo le quedaba para descansar, comer y tener actividades de esparcimiento como cualquier persona normal antes de irse a descansar. Advierto así que el testigo Zulatto, que alquilaba un departamento al lado del hotel, que era de sus dueños - aunque no los conoce, lo que no deja de ser extraño si había celebrado con ellos un contrato de locación y el inmueble era contiguo al establecimiento - cuando se refiere al actor, a quien sus

propietarios mandaban si había que hacer algún arreglo en su vivienda, dice: "...creo que tenía un horario, había días que estaba y días que no (pero) me daba cuenta de que estaba todo el día allí?. No solo resulta contradictoria en sí misma la declaración, porque si primero declara que no estaba todos los días luego no puede afirmar que estaba todo el día allí, sino que en cuanto al horario se expresa en tiempo potencial pese a ser el vecino más próximo. Pascual conoce al actor del barrio pero no al hotel ni a los dueños, no obstante lo cual declara "lo veía haciendo algunas changas, entrando y saliendo del hotel Tauro?. Y a la 7ª. pregunta, sobre si sabe si éste lo hacía todos los días, responde "lo veía seguido, hacía trabajos en el barrio?. Otro que se contradice en sus dichos porque primero afirma que no conoce el hotel pero luego sostiene que veía al actor entrando y saliendo del mismo, mas sin precisión de días ni horarios. Y en rigor de verdad cabe concluir que lo veía seguido porque hacía trabajos en el barrio Villasboas que vive enfrente, declara que lo veía en el hotel "...por la mañana y hasta las 18 o 19 horas estaba seguro...? - excediendo incluso la jornada denunciada en la demanda, lo que hace parecer su testimonio como de favor o amistad - pero también dice que después que terminaba el horario de trabajo solía hacer changas para los vecinos del barrio y que a ella le puso un reflector. Y sabe que trabajaba en el hotel porque "lo hemos visto pintando, haciendo trabajos ahí?, y también "trabajos de herrería?. Mientras que De Blasis lo conoce porque el actor le ha hecho algunos trabajos de plomería y pintura, habiendo sido traído siempre por su hermano Luis Messineo que le hizo muchos trabajos. Que con él trabajó por su cuenta, pero pocas veces, una o dos, y que a ambos les pagaba por trabajo hecho. Los testigos de la demandada - fs. 44/45 - que trabajan en el hotel en distintos puestos cuando declaran, son: Almada, conserje y mucamo, desde hace 6 años, Herrera que es conserje y también Ana Velia Vega desde la misma época, todos según dicen "anotados? - registrados - desde su inicio, y coinciden en que el actor hacía changas para la demandada, que lo llamaban cuando lo necesitaban y no con demasiada frecuencia porque en el hotel hay una persona encargada de mantenimiento que se llama Germán López. Que Almada lo llamó para que le colocara una bañera en su casa y Vega para que le pusiera unas membranas en la suya. Teniendo en cuenta su condición de dependientes de la accionada y que habiendo declarado en el mes de noviembre del año 2011 su antigüedad se remonta al año 2005, mientras que el actor esgrime la existencia de una relación laboral iniciada en junio de 1997 y concluida en el mismo mes del año 2009, se impone analizar sus dichos con la estrictez y los límites que se derivan de estas circunstancias. Por otra vertiente, obra a fs. 15 en fotocopia un certificado de habilitación de la Municipalidad de Rosario - no cuestionado por la demandante - que si bien es posterior a la extinción del vínculo, da cuenta de que el hotel ubicado en esa dirección es de propiedad de la Sra. Ambroggio, tiene una capacidad de 39 personas y que no se pueden utilizar las habitaciones 20-22-24-26-28 y 30 por no contar con ventilación e iluminación natural. Sin desmerecerlo, parece ser un establecimiento de modestas proporciones y comodidades, que difícilmente hubiera requerido la presencia constante de una persona de mantenimiento de lunes a sábados y durante 9 horas diarias, si además hacía changas en el barrio y prácticamente las hizo para todos quienes prestaron declaración testimonial, por lo que ésa parece ser una de sus ocupaciones habituales, además de la que desempeñaba en el hotel. Además, la atenta lectura de su primer reclamo postal indica más bien trabajos discontinuos porque dice que percibía una remuneración promedio mensual de \$ 3.700, lo que se indicaría que cobraba por cada trabajo realizado y que no siendo un empleado estable a disposición del establecimiento por los días y horas semanales que afirma haber trabajado, es lógico que en lugar de una remuneración también estable se refiera a un promedio. Como nuestro derecho no acepta la categoría de "changas? y el actor solía ser la persona que se encargaba del mantenimiento del hotel, coincidiré con el a quo en que la relación que unió a las partes fue de carácter laboral y clandestino, pero para darle un encuadre razonable la reduciré a una media jornada de 4 horas diarias de lunes a sábados, promedio, sin perjuicio de que pudiera haber sido llamado para tareas de mantenimiento fuera de esos horarios, en función de lo cual, en virtud de la facultad que me asiste conforme lo establecido en el art. 56 de la LCT, le asignaré un salario promedio de \$ 2000 en lugar de los \$ 3700 que denuncia como retribución por jornadas extendidas de 54 hora semanales que no ha probado siquiera sumariamente, y que no podría haber cumplido si además laboraba por su cuenta haciendo trabajos de pintura, albañilería, plomería y afines en el barrio porque, sencillamente, no le hubiera quedado tiempo para vivir y solo podría haberlos hechos excepcionalmente, no siendo ésta la situación que describen los testigos sino, al contrario, la de cierta habitualidad. Y así lo entiendo porque entre su relato y las pruebas colectadas que antes reseñé, hay una discordancia que desde la lógica, el tiempo disponible y el sentido común resulta insalvable, lo que me lleva a expresar, como en otros casos, las siguientes reflexiones: La alta especialización así como el vivir a veces en una suerte de microclima tribunalicio y legal, son factores que contribuyen a que se pierdan de vista ciertos principios generales del derecho - los límites de una protección especial, la primacía de la realidad, la buena fe, la equidad, etc. - y el sentido común que debe animar nuestras decisiones cuando las constancias de la causa muestran, como en este caso, que haber aplicado la norma ritual en forma cuanto menos parcialmente desentendida de las constancias de la causa, no arrojó un resultado viable ni admisible siquiera desde el punto de vista de las invocadas reglas de la sana crítica - que como antes dije están integradas por las de la lógica, la experiencia y el sentido común - por lo que el plus de protección legal que la norma otorga al actor en su carácter de trabajador debe ser entendido en el puntual contexto de las pruebas antes meritadas. Por eso, en

casos como el presente, nuestras decisiones deben ser adoptadas respetando mínimos marcos de razonabilidad y estándares valorativos compartidos por la sociedad en que vivimos que, además, puedan ser comprendidos y receptados por quienes la integran, lo que en este punto del análisis - sintéticamente y sólo a mayor abundamiento - me lleva a discurrir en torno a la noción de sentido común, que ha preocupado a algunos filósofos desde Aristóteles hasta G. E. Moore (1873- 1958), cuyas dificultades de conceptualización no se me escapan como así tampoco el cuidado con que debe ser empleada en materia jurídica, sobre todo cuando están en juego protecciones especiales que el derecho dispensa a determinadas personas o funciones para no caer en excesos formalistas. Dicho esto sin dejar de tener en cuenta, por otra vertiente, que el common sense es una pauta receptada desde antiguo en el derecho anglosajón - que habitualmente se ha distinguido por su practicidad - y que el sentido común es uno de los elementos que, reitero, en nuestro sistema integra las reglas de la sana crítica racional. En la medida en que el derecho es una expresión de la razón práctica - tal como fue entendida sobre todo a partir de Kant, y profundizada en el último medio siglo por los juristas y los filósofos que se ocuparon de las teorías de la argumentación - y que al mismo tiempo constituye el instrumento creado por los hombres para dirimir pacíficamente sus conflictos haciendo posible la vida en sociedad, tal parece que ninguno de sus principios fundamentales podría haber sido elaborado al margen del sentido común compartido por la comunidad en la que emergió, se desarrolló y se aplica. Y en el caso venido en revisión, el sentido común indica que esta persona que hacía multiplicidad de changas en el barrio según lo confirmó la prueba testimonial de ambas partes, no podía estar todo el día prestando servicios de mantenimiento durante 9 horas diarias de lunes a sábados y 12 años continuos en un hotel de modestas dimensiones, porque no hay razones para concluir que su presencia era necesaria con esa intensidad, y porque si así fuera no hubiera tenido tiempo de hacer tantas tareas fuera del establecimiento como surge de la prueba testimonial. Comparto con el a quo la aplicación del art. 23 de la LCT porque la prestación de servicios fue acreditada, pero el análisis de la prueba rendida me lleva a aceptarla con los límites antes mencionados, porque ni aun sosteniendo la teoría amplia al respecto encuentro elementos para receptar íntegramente sus pretensiones. Y en cuando a la aplicación del art. 55 de la LCT, he de decir que la presunción que emana de dicha normativa tampoco puede aplicarse de manera mecánica sino que debe proyectarse sobre hechos verosímiles y sustentarse en otros medios de prueba que le sirvan de aval, advirtiendo en este caso que parte de ellos obran en sentido contrario. En estos casos cobra relevancia lo que ha expuesto Hernando Devis Echandía (en "Compendio de Pruebas Judiciales, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso", T. 2, pág. 59), en conceptos que esta Sala suele citar, cuando alude a "la razón del dicho" como uno de los presupuestos de la eficacia probatoria del testimonio, que han sido expuestos por la Dra. Mambelli en "Ponce" Acuerdo N° 49/2013, "Almada" Acuerdo N° 163/2015, entre otros. Se trata de "las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho. Es indispensable que el testigo explique, cuándo, dónde y de qué manera ocurrió el hecho, y cuándo, dónde y cómo lo percibió o conoció". Insiste en que "para la eficacia del testimonio es indispensable que aparezcan en forma clara, exacta y completa, tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho narrado, como las mismas circunstancias del conocimiento que de éste tuvo el testigo. Las primeras no son suficientes. Un testigo puede decir cuándo y cómo ocurrió un hecho, por estar inventándolo, porque otra persona se lo dijo, o porque tuvo conocimiento directo y personal en el momento de ocurrir... Además es indispensable que en virtud de tales circunstancias haya sido posible adquirir ese conocimiento, es decir, que entre aquéllas y éstas exista concordancia y no desacuerdo desde los diversos puntos de vista psicológico, lógico y físico...". Conceptos que resultan de aplicación a todos aquellos que declararon que el actor hacía changas en el barrio y especificaron las que éste hizo en su domicilio (poner un reflector, colocar unas membranas o una bañera, hacer trabajos de albañilería y pintura, etc.) lo que otorga verosimilitud a sus relatos. Vinculado con el presupuesto analizado, Devis Echandía agrega otro, conforme el cual es indispensable "que no aparezca imposible ni improbable la ocurrencia del hecho en esas circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone", lo que conduce a situar en términos más razonables la relación habida entre las partes, así como la extensión horaria y la consiguiente remuneración que el actor pretende. De allí que, concluye, "la razón del dicho puede ser buena o mala. No es suficiente que exista. Para que el testimonio sea probatoriamente eficaz debe contenerla y parecerle al juez clara, precisa, completa y convincente física y lógicamente". Y evaluados en conjunto los testimonios y demás pruebas rendidas, si bien arrojan - presuncionalmente - la existencia de una relación dependiente, no deja de ser limitada respecto del salario y la jornada de trabajo denunciados por el actor, lo que necesariamente se habrá de proyectar sobre la base de cálculo de los rubros admitidos en la sentencia impugnada, que postulo confirmar pero con esta modificación. Todo lo cual me conduce a receptar parcialmente los agravios de la apelante en el sentido antes expresado, porque comparto su apreciación de que existió una valoración parcial de la prueba, que llevó al juez de grado a hacer prevalecer mecánicamente las presunciones establecidas en los artículos 23 de la LCT y 55 del CPL sobre algunas probanzas que requerían aplicarlas con algunos matices. Pero rechazar su queja respecto a la entrega de las constancias y certificado de trabajo, ya que probada la relación entre las partes su condena luce correcta.

2. El despido indirecto La apelante sostiene que resultó totalmente infundado y que el actor no logró

acreditar las causales o injurias invocadas en su telegrama, esto es: el no pago de los salarios. Sin embargo, no le asiste razón. Tal como señaló el a quo, el intercambio telegráfico entre las partes fue reconocido, por lo que llega firme a esta instancia que el despido indirecto operó en fecha 16.06.2009 ante la negativa de la empleadora, que no sólo rechazó adeudar los haberes reclamados sino la existencia de relación laboral entre las partes. En tal sentido, probada la existencia del vínculo laboral, en los términos antes expuestos, el rechazo de la demandada justificó la decisión de la actora, sin que logre su acotado agravio conmover la decisión de baja instancia. Además, no luce acreditado en autos el pago de los haberes reclamados, lo que no sólo justifica el despido dispuesto por la actora -sumado ello a la negativa de la relación- sino también la condena a su pago, que corresponde confirmar.

3. El art. 15 de la LNE y los arts. 1 y 2 de la ley 25323 Al respecto, la demandada sostiene que ninguna de dichas multas procede porque no ha existido despido, argumento que cabe sin más rechazar. Asimismo, sostiene que la recepción del art. 15 de la LNE debe ser revocada, atento a que el actor no cumplimentó con la comunicación a la AFIP que impone el art. 11, inc. B, LNE. Pero ignora el recurrente que la comunicación a la que alude es requisito para la procedencia de las indemnizaciones previstas en los arts. 8, 9 y 10, LNE, pero no para la aquí referida. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ?Di Mauro? (31.05.05, LL, 2005-E-809), donde señaló que el recaudo de notificación fehaciente a la AFIP no resulta exigible a los fines de la condena al pago del art. 15 de la LNE, atento a que dicha multa no se encuentra comprendida en la enumeración introducida por el art. 47 de la ley 25345. En cuanto a las multas de la ley 25323, la demandada sostiene que deben ser rechazadas por existir elementos que justificaron su conducta, argumento que podría sostener, en todo caso, para solicitar la morigeración del art. 2, pero no del art. 1. Sin embargo, otorgada la multa del art. 15 de la LNE el a quo incurrió en un error al condenar al mismo tiempo al pago del incremento del art. 1 de la ley 25323, que expresamente establece que ?El agravamiento indemnizatorio establecido en el presente artículo, no será acumulable a las indemnizaciones previstas por los artículos 8°, 9°, 10 y 15 de la Ley 24.013?. Por lo que, teniendo en cuenta además que el reclamo de registración se hizo encontrándose aún vigente el vínculo entre las partes, propicio la revocación de la condena con sustento en dicha norma. Finalmente, entiendo que debe confirmarse el incremento del art. 2 de la ley 25323, en tanto la actora debió transitar esta vía para obtener el pago de las indemnizaciones correspondientes, más allá de las conclusiones arribadas al tratar el primer agravio, ya que la conducta de la demandada fue la negación lisa y llana del vínculo laboral.

4. La tasa de interés La queja en este punto no resulta idónea para modificar la tasa dispuesta en baja instancia, desde que el recurrente sólo se limitó a sostener que la aplicada resulta abusiva ?y trae aparejada una violación del derecho de propiedad?. Sin mayores argumentos al respecto, sin señalar qué tasa entiende resultaría ajustada a derecho, y sin acreditar perjuicio concreto; además, de que la impuesta no se advierte prima facie como irrazonable ni excesiva. Teniendo en cuenta que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la resolución del litigio (cfr. Fallos, 272:225; 274:113; 276:132, entre otros) las razones hasta aquí expuestas me conducen a propiciar la recepción parcial de los agravios de la demandada.

Determinados los extremos que anteceden y en relación al interrogante sobre la justicia del fallo voto, pues, por la afirmativa parcial.

A la misma cuestión: La Dra. Mana dijo: Atento lo expuesto precedentemente, voto en idéntico sentido.- A la misma cuestión:

La Dra. Mambelli dijo: Que habiendo procedido al estudio de los autos y advirtiéndose que existen dos votos totalmente coincidentes, se abstiene de emitir opinión sobre la cuestión planteada en virtud de lo dispuesto por el art. 26 de la ley 10160.- A

la segunda cuestión: La Dra. Aseff dijo que corresponde: I.- Receptar parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada, admitiendo una jornada de trabajo y una remuneración inferiores a las otorgadas, con su consiguiente proyección sobre la base de cálculo de los rubros concedidos, y rechazando la multa del art. 1 de la ley 25323. II.- Confirmar el pronunciamiento

recurrido en lo demás que ha sido materia de revisión. III.- Imponer las costas por el trámite cumplido en esta sede en un 50% a cada una de las partes de conformidad con lo normado en el art. 102 del CPL. IV.- Fijar los honorarios de los profesionales actuantes en el 50 % de los que, en definitiva, les sean regulados en primera instancia. A la misma cuestión: La Dra. Mana dijo: Corresponde

votar el voto propuesto por la Dra. Aseff, así voto.- A la misma cuestión: La Dra. Mambelli dijo: Que como dijera precedentemente y de conformidad al art. 26 de la ley 10.160, me abstengo de emitir opinión.- A mérito del Acuerdo que

antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral; RESUELVE: I.- Receptar parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada, admitiendo una jornada de trabajo y una remuneración inferiores a las otorgadas, con su consiguiente proyección sobre la base de cálculo de los rubros concedidos, y rechazando la multa del art. 1 de la ley 25323. II.-

Confirmar el pronunciamiento recurrido en lo demás que ha sido materia de revisión. III.- Imponer las costas por el trámite cumplido en esta sede en un 50% a cada una de las partes de conformidad con lo normado en el art. 102 del CPL. IV.- Fijar los honorarios de los profesionales actuantes en el 50 % de los que, en definitiva, les sean regulados en primera instancia.

ASEFF MANA MAMBELLI (art. 26, ley 10160) NETRI

042570E