

Despido Indirecto Jornada De Trabajo Carga De La Prueba

JURISPRUDENCIA

Despido indirecto. Jornada de trabajo. Carga de la prueba Se

confirma la sentencia que consideró ajustado a derecho el despido indirecto en el que se colocó el trabajador, al considerarse que la causa de despido fue invocada de forma clara y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 de la ley de contrato de trabajo, mientras que se encontraba a cargo de la demandada acreditar los presupuestos fácticos que habrían legitimado la modalidad contractual alegada a los efectos de abonar los salarios del trabajador, a saber media jornada o jornada reducida. Buenos Aires, 08 de marzo de 2019. se procede a votar en el siguiente orden: El Dr. Mario S. Fera dijo: I-Contra la sentencia de primera instancia recurren las partes a partir de las presentaciones de fs. 380/386 (actora) y fs. 387/389 (demandada). A fs. 391/393 y fs. 394/396 obran las contestaciones de la actora y la demandada, respectivamente. Asimismo, a fs. 379 el perito contador apela los honorarios regulados a su favor, por considerarlos reducidos. II-Por razones de método, analizaré en forma alternada y/o conjunta los agravios expuestos por las partes. La demandada se agravia en cuanto la Sra. jueza consideró ajustado a derecho el despido indirecto en que se colocó el actor. Sostiene que la causa de despido no fue invocada de forma clara y que tampoco fue acreditado el horario de trabajo invocado. Estimo que la queja no debe prosperar. Al respecto, observo que en el telegrama de fecha 9/4/2013 el actor no se limitó a intimar a su empleadora por ?diferencias salariales por incumplimiento escala 130/75?, como manifiesta la recurrente, sino que también invocó ?fraude a la ley? por consignar (y abonar la consecuente remuneración) como ?media jornada?, cuando corresponde ?jornada completa?, conforme a horarios y días de trabajo (ver telegrama de fs. 241 e informe correo argentino a fs. 245). En tal sentido, ante la negativa de su empleadora se consideró despedido mediante telegrama de fecha 16/4/2013, ratificando el despacho anterior e invocando como causa de despido ?...la negativa de los hechos denunciados que se corresponden absolutamente con la realidad de como se ha desenvuelto el contrato de trabajo...? (ver telegrama de fs. 243 e informe correo argentino a fs. 245). Consecuentemente, considero que la causa de despido fue invocada de forma clara y de conformidad con lo dispuesto en el art. 243 de la LCT. Ahora bien, teniendo en cuenta que las partes discrepan con relación a la jornada de trabajo en que se desempeñaba el actor cabe destacar que, toda vez que el contrato de trabajo a tiempo parcial es una modalidad excepcional de contratación, la carga probatoria de la extensión de la jornada pesa sobre el empleador que alega una contratación en esos términos (en el mismo sentido: Esta Sala ?in re? ?Senserrich Camaño Demián Ezequiel c/ Telefónica Móviles Argentina S.A. y otro s/ Despido?, S.D. Nº 16.771 del 22/12/2010, entre otros). Consecuentemente, coincido con la Sra. jueza con respecto a que se encontraba a cargo de la demandada acreditar los presupuestos fácticos que habrían legitimado la modalidad contractual alegada a los efectos de abonar los salarios del trabajador, a saber, media jornada o jornada reducida. Sobre el punto, observo que del informe pericial contable surge que el Sr. Manuel Alejandro Islas se encontraba registrado como ?Auxiliar Especializado B? y que el salario abonado era menor al que correspondía según convenio aplicable para tal categoría y para jornada completa (ver fs. 253/vta. y anexo I a fs. 251). A lo expuesto agrego que la accionada no exhibió ningún registro de control horario, u otro medio probatorio idóneo a los efectos de acreditar la jornada de trabajo efectivamente cumplida por el actor (ver informe pericial contable, fs. 253). Con relación a este último punto cabe destacar que el único testigo que hizo referencia expresamente a que el actor trabajaba media jornada y en ?turnos rotativos? (ver declaración de Pablo Daniel Loforte a fs. 200) resultaba ser empleado de la demandada al momento de declarar, lo que desmerece la imparcialidad y verosimilitud de su testimonio (art. 386 CPCCN). En esta línea destaco que cuando el trabajador invoca más de un incumplimiento injurioso, como en el caso particular, basta la acreditación de una sola de las causales invocadas -con gravedad para rescindir el vínculo-, para considerar justificada la decisión rupturista asumida. Por lo expuesto, coincido con la magistrada que me precede en cuanto a que la negativa de la demandada con relación a la jornada laboral invocada por el actor y las diferencias salariales reclamadas -independientemente del reclamo por horas extras, que será analizado en el próximo apartado-, resultó injuria suficiente para justificar el despido indirecto en que este último se colocó, en los términos de los arts. 242 y 246 de la LCT. III- A continuación analizaré el agravio de la parte actora, dirigido a cuestionar el rechazo del rubro ?horas extras?. Estimo que la queja debe prosperar parcialmente. El testigo Héctor Toloza manifestó que ?...el actor concurría a diálisis Berazategui de lunes a sábados en distintos horarios (...) que muchas veces el dicente se iba a las 19 y se cruzaba con el actor que volvió a arreglar las máquinas, que los sábados cuando el dicente se iba a las 19 por ejemplo se cruzaban y los días lunes y martes también por ejemplo, que siempre el actor iba tarde al centro...? (ver fs. 344). Considero que la declaración resulta clara y coincidente con los hechos expuestos en el escrito de inicio, y tengo en cuenta que el testigo percibió de manera directa los hechos sobre los cuales declaró, toda vez que trabajaba en ?diálisis Berazategui? y veía al actor cuando concurría a trabajar a dicho lugar, por lo que le otorgo entidad probatoria (art. 386 CPCCN). En tal sentido, teniendo en cuenta que la

jornada de trabajo del actor se extendía de lunes a viernes de 10 a 18 hs., con guardia pasiva los sábados de 13 a 20 hs. (ver escrito de inicio, fs. 5), estimo que el testimonio citado resulta idóneo para acreditar que se desempeñaba en horario extraordinario. En este orden de ideas, si bien no corresponde aplicar la presunción derivada del art. 55 de la LCT, al no tratarse el horario de trabajo de un registro que deba constar en los libros previstos en el art. 52 del mismo plexo normativo, lo cierto es que ello no quita operatividad a lo normado en el art. 6 de la ley 11.544 que sí dispone la necesidad de exhibir un registro de las horas laboradas en exceso de la jornada legal y normal, y que cobra relevancia una vez que ha sido demostrado el desempeño durante tiempo extraordinario (en el mismo sentido, esta Sala, *¿in re? ¿Cáceres Rosalía Evangelina c/ Kim Ki Eun s/ Despido?*, S.D. N° 15.710 del 30/06/09, entre otros). Por lo expuesto considero que, en el caso, la referida presunción resulta plenamente aplicable. Consecuentemente, tendré en cuenta que el actor trabajaba 4 horas semanales en exceso de la jornada legal (ver escrito de inicio, fs. 11vta./ 13) o, lo que es lo mismo, 16 hs. extras mensuales al 50%. Ahora bien, el actor también reclama las *¿horas extras?* por las guardias pasivas efectuadas los días sábado de 13 a 20 hs. Al respecto, es criterio de este Tribunal que *¿las horas extraordinarias son las que se ejecutan en un trabajo efectivo, tal como lo define en sentido estricto, el artículo 197 de la LCT, primer párrafo, en exceso de la jornada legal o por encima del límite convencionalmente fijado. Esta descripción no es satisfecha por las guardias pasivas: durante ellas, el trabajador dispone libremente de su tiempo en cuanto no sea requerido por el empleador. Pone su fuerza de trabajo a disposición de la empresa, por lo que merece un salario. Pero no presta efectivamente el servicio y dispone supletoriamente de su tiempo, por lo que ese salario pasivo no debe llevar recargo aunque exceda el límite legal de la jornada? (cfe. esta Sala, *¿in re? ¿Folco, Juan Carlos c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G s. Despido?*, S.D. 20.593 del 10/12/15, entre muchos otros).* Por todo lo expuesto, propongo hacer lugar parcialmente al agravio bajo análisis y condenar a la demandada a abonar al actor 16 horas extras mensuales al 50% durante el período no prescripto, lo que equivale a un total de \$16.531,20 conforme cálculo efectuado por el perito contador (ver fs. 253vta.).

IV- Por otro lado, la actora se agravia en tanto la Sra. jueza no consideró acreditada la fecha de ingreso invocada en autos y, en consecuencia, rechazó el reclamo de los incrementos indemnizatorios previstos en los arts. 9 y 15 de la ley 24.013. Estimo que la queja no debe prosperar. Observo que la recurrente reitera los argumentos esgrimidos en presentaciones anteriores insistiendo en que corresponde considerar una fecha de ingreso anterior a la reconocida por la demandada, pero no aporta en esta alzada fundamentos idóneos a fin de rebatir concretamente los argumentos esgrimidos por la Sra. jueza (art. 116 ley 18.345). A mayor abundamiento, coincido con el criterio de la a quo en cuanto a que no logró acreditar en autos la invocada continuidad respecto del vínculo laboral mantenido con el Sr. Bottinelli y la posterior relación laboral con la demandada Tiser S.A., ni tampoco probó haber sido obligado a presentar la renuncia con relación al primer empleo (ver sentencia, fs. 376/377, a cuyos términos me remito por compartir plenamente). En consecuencia, propongo rechazar la queja bajo análisis.

V- En virtud de lo expuesto en los apartados anteriores, propongo modificar parcialmente la sentencia de primera instancia y elevar el capital de condena a la suma de \$224.672,73 (\$208.141,53+\$16.531,20), más intereses, desde la fecha y de acuerdo a la tasa dispuestas en el fallo de grado, que llega firme en estos aspectos, aclarando que la tasa allí establecida (Acta 2601 del 21/5/14), se deberá aplicar hasta el 30/11/17 y que desde el 1º/12/17 y hasta su efectivo pago, se aplicará la tasa efectiva anual vencida correspondiente a la Cartera General de Actividades Diversas del Banco de la Nación Argentina, de conformidad con lo acordado por la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el Acta n° 2658 del 8/11/17.

VI- Resta analizar la apelación del letrado de la actora por considerar reducidos los honorarios regulados en autos. Al respecto, sin perjuicio de la modificación parcial del fallo de grado y de lo dispuesto por el art. 279 del CPCCN, estimo que los porcentajes de honorarios regulados en primera instancia a todos los profesionales intervinientes -en su aplicación sobre el nuevo monto de condena-, teniendo en cuenta el mérito, calidad y extensión de las tareas desempeñadas, analizado todo ello a la luz de las pautas arancelarias vigentes, lucen equitativos y suficientemente remuneratorios (arts. 38 de la L.O., ley 21.839 mod. 24.432), por lo que propongo confirmarlos.

VII- Atento al modo de resolverse las cuestiones planteadas ante esta alzada propongo imponer las costas a la parte demandada y, a tal fin, regular los honorarios por las labores desplegadas ante este Tribunal por la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada en el ... %, respectivamente, que se calculará sobre lo que les corresponda percibir por su actuación en la sede de origen (arts. 38 LO y 14 por ley arancelaria). El Dr. Roberto C. Pompa dijo: Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede. El Dr. Alvaro E. Balestrini no vota (art. 125 L.O.). A mérito del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia de primera instancia en lo principal que decide y que fue materia de apelación y/o agravio; 2) Modificarla parcialmente, elevando el capital diferido a condena a la suma de \$224.672,73, más intenses, conforme lo establecido en los apartados III y V; 3) Establecer que los porcentajes de honorarios regulados a los profesionales intervinientes por su actuación en primera instancia deberán calcularse sobre el nuevo monto de condena, conforme lo expuesto en el apartado VI; 4) Imponer las costas de alzada a la parte demandada; y 5) Regular los honorarios por la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada, por su actuación en esta instancia, en el ...%, respectivamente, que se calculará sobre lo que les corresponda percibir por

su actuación en la sede de origen. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. Hágase saber a las partes y peritos que rige lo dispuesto por la Ley 26.685 y Ac. C.S.J.N. Nro. 38/13, Nro. 11/14 y Nro. 3/15 a los fines de notificaciones, traslados y presentaciones que se efectúen. Roberto C. Pompa Juez de Cámara Mario S. Fera Juez de Cámara

037691E