

En la ciudad de Puerto Madryn, a los _____ días de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “**A., R. E. c/ T. S.A. s/ Cobro de Pesos e indem. de ley**” (Expte. N° 36 Año 2016) venidos del Juzgado Laboral N°2 (Expte. N° 10190/14), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 455.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la empresa T. S.A. a abonarle al Sr. R. E. A., DNI 12.247.048, dentro del quinto día y mediante depósito judicial, las siguientes sumas a determinar en la etapa de ejecución de sentencia: la diferencia entre la liquidación final abonada al actor, con base a la categoría “Ayudante de taller” del CCT 36/87, para una jornada laboral completa, durante el período del 12 de abril de 2011 al 30 de junio de 2014; el incremento previsto por los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323 a la diferencia que resulte con lo efectivamente abonado por el empleador por los rubros previstos en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT y la indemnización establecida por el art. 80 último párrafo de la LCT. .

Impuso las costas procesales a T. S.A. y reguló los honorarios de los letrados y perito contador.

Para así resolver y con base en la prueba documental, instrumental y testimonial agregada al expediente desestimó la fecha de ingreso alegada por la parte actora y decidió que la correcta era la registrada y que surgía en los recibos del día 12 de abril de 2011.

En cuanto a la jornada laboral completa reclamada por el actor, estableció como pauta y en relación a la jornada reducida de trabajo, que tratándose de una modalidad de excepción estaba sujeta a prueba estricta por quien la alega, en este caso, el empleador.

Apreció la documental acompañada por el accionado, de fs. 39/79. Señaló que de las planillas horarias extraídas del reloj de proximidad con el que cuenta T. S.A., en relación al señor A., y para abril de 2011 a junio de 2014 donde se asienta, en los primeros meses, una permanencia de alrededor de 4 horas diarias, y en algunos casos entre 7 y 8 horas o más por día, incluyendo días sábado en los que trabajó aproximadamente 4 horas.

Dijo que de las mismas y rectificadas por la empresa prestadora del servicio del reloj en el informe de fs. 227/268, surge que el actor trabajaba días corridos, y no esporádicamente como sostiene T. S.A. al momento de señalar su realidad de los hechos.

Señaló que la demandada no logró probar la justificación de la jornada reducida, acordada con el actor por la existencia de su propio taller mecánico.

Agregó que más allá que según las planillas acompañadas surge que en ningún mes el señor A. trabajó más de 117 horas (2/3 de 176 horas), en base al art. 92 ter de la LCT, para el caso era de 44 horas semanales. Ejemplificó que en el primer día de trabajo *“el señor A. prestó servicios por 7,85 horas, y en*

la primera semana 30,98 horas, en ambos casos superando las 2/3 partes -5 horas 20 minutos por día, y 29 horas 20 minutos por semana- de la jornada habitual de 44 horas semanales (ver fs. 39 y 227)." Y que esa misma situación se repitió a lo largo de toda la relación laboral según surge de las planillas acompañadas por T. S.A.

Luego dio motivos para sostener que no existía un riguroso control en cuanto a ese registro que la demandada señala como la prueba contundente de las horas trabajadas por A., sin perjuicio de lo cual se desprende una gran cantidad de días en los que ese registro llega a las 8 horas diarias.

Aludió luego a la ausencia de prueba directa respecto de la existencia del taller mecánico en el domicilio del actor o bien que los testigos desconocían si tal actividad se desarrollaba al tiempo del trabajo para T..

Concluye en que A. desarrolló sus tareas en jornada completa. Se expide luego respecto al CCT y la categoría del trabajador cuya carga probatoria pone en cabeza del Sr. A..

Analiza los convenios invocados por las partes (36/89 y 37/89) y resuelve que no ha logrado el actor probar una categoría y convenio distinto al que se lo ha registrado

En cuanto al reclamo con base al certificado de trabajo e indemnización del art. 45 de la Ley 25.345 (art. 80 de la LCT), lo admite.

Sostiene que el trabajador fue despedido el 27 de junio de 2014 (CD de fs. 24), el 31 de julio de 2014 (fs. 25) intimó fehacientemente a su empleador a la entrega del certificado de trabajo por el plazo legal, y reiterada el 8 de agosto de 2014 (fs. 26).

Agrega que de la documental adjuntada a la contestación de demanda surge que con fecha 19 de agosto de 2014 (fs. 82/83), la empleadora puso a

disposición del actor los certificados en cuestión que fuera confeccionado en fecha 21 de julio de 2014 (fs. 90).

Dice que más allá de la intención de la demandada la comunicación que obra a fs. 82/83 nunca fue entregada al señor A. ya que fue devuelta AL REMITENTE con motivo DESCONOCIDO, por lo tanto, cae de por sí el cumplimiento de la obligación legal de T. S.A., más aún cuando incluso si el actor hubiera tomado conocimiento de la CD, esa puesta a disposición de la documental del art. 80 de la LCT sería extemporánea, ya que excedía el plazo legal de dos (2) días de intimada para su entrega. Dice que el monto de la indemnización surgirá de la pericial contable que ordena.

Da por cumplidos los recaudos que habilitan a los incrementos previstos en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, limitando el agravamiento a la diferencia impaga que surja de una nueva liquidación que practicará el perito contador designado en autos.

Establece que los intereses que devengaran las sumas de condena que se liquiden serán los de la tasa activa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, desde la fecha de despido y hasta su total y efectiva liquidación.

La sentencia es apelada por el actor y sus agravios se agregaron a fs.

441/447 y la réplica a fs.449/450.

3.

Los agravios y su tratamiento.

3.1. En el primer agravio se queja que reconociera la jornada completa del actor.

Para ello individualiza la prueba cumplida en autos y que a su criterio sostiene la jornada parcial de trabajo de A..

Señala que la prueba informativa a L. G. y que vendiera a la empresa el Reloj de Proximidad, surge que A. cumplía una jornada parcial de trabajo, conforme las horas trabajadas cada mes, que sus conclusiones no fueron impugnadas por la parte, que el reloj siempre

funcionó y que se registraron los ingresos y egresos del trabajador.

Dice que en la audiencia confesional A. reconoció que utilizaba la tarjeta de proximidad para el ingreso y egreso y que los testigos han dado cuenta del uso de reloj y su funcionamiento correcto.

Por su lado señala que el actor no desconoció las planillas de ingreso y egreso que acompañaron, lo que implica conformidad con ellas.

Refiere que con tales probanzas se desvirtúa lo señalado por la jueza en el sentido que el reloj carecía de rigurosidad para determinar las horas trabajadas por el actor.

En un segundo aspecto de la crítica dice que no es cierto que la jornada semanal habitual fuera de 44 hs. Explica que el horario que señala la magistrada daría 49 hs. semanales y no las 44 que fija y que por otro lado, conforme las pruebas testimoniales que individualiza, el horario mínimo de trabajo en el taller era de 48 hs. semanales. En ese contexto las 2/3 partes de la jornada son 32 horas semanales de trabajo.

Otro aspecto del agravio lo estructura sobre la base que se justificó en el expediente que A. trabajaba en un taller en su casa donde realizaba trabajos.

Para ello se vale de prueba testimonial rendida destacando que su parte solo debía probar la jornada parcial y no cuanto trabajaba en el taller propio.

Agrega finalmente que del Libro del art. 52 LCT surge la registración en tiempo parcial y que no fue objetado por la contraria.

El inciso 1 del artículo 92 ter RCT luego de la reforma, ha quedado redactado de la siguiente forma: *“El contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad. En este caso la remuneración no podrá ser inferior a la proporcional, que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo. Si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa”*.

Tal como señala la magistrada de grado, es una regla del derecho procesal que quien afirma un hecho debe probarlo (art. 381 del CPCC), por lo tanto, si el empleador invoca la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, debe probarlo.

Como el contrato de trabajo a tiempo parcial gira sobre una cuestión fundamental, como es la duración de la jornada de trabajo, el mismo debe probarse teniendo en cuenta los criterios que son aplicables en materia de jornada de trabajo.

En este sentido, una vez aceptada la relación laboral como en el caso concreto, la carga de la prueba se invierte, debiendo el empleador demostrar lo contrario de lo afirmado por el trabajador. Dada la inversión de la carga de la prueba no corresponde al empleado probar el horario en el que ha trabajado, sino que pesa sobre el empleador probar el verdadero horario.

De modo tal 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 (cfme. Cámara de Apelaciones del Trabajo de

Chaco, Sala II, 25/07/10, "Ramírez Lourdes Elizabeth c/ Martingala S.R.L. y/o quien resulte responsable").

En primer término y dando respuesta a un aspecto del agravio, 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 magistrada de grado concluye en que A. trabajó más de 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad, por lo que consideró que debía considerarse como jornada de tiempo completo.

No se comparte la conclusión de la magistrada.

En primer lugar, la empresa demandada reconoció en su contestación de demanda que el horario habitual del taller donde prestó servicios A. era de lunes a viernes 8 horas diarias y los sábados 4 horas, lo que implica 44 horas semanales o 176 horas mensuales. Esto es, para justificar una jornada parcial debió acreditar T. que el trabajo de A. no superaba las 117 hs 33 minutos mensuales.

Los testigos han dado cuenta que los distintos horarios de trabajo que se cumplían en el taller estaban vinculados a la demanda de trabajo y fueron contestes en afirmar que A., no era ajeno a ese modo de prestar su labor (v. B. a fs.386; V. a fs. 389; K. a fs. 391; P. a fs. 392).

El informe de G., adjuntando las planillas de ingreso y egreso que surgen del software del reloj (fs. 227/267) no mereció impugnación de la parte contraria y no advierto rectificación alguna del informe como se señala a fs. 431.

Este reporte fue incorporado al proceso a través de la prueba informativa ofrecida por la parte demandada. Este es un medio de prueba autónomo,

dotado de caracteres específicos, que en definitiva, permite incorporar al proceso copias, datos, resúmenes, o conclusiones extraídas de documentos fehacientes poseídos por el informante. Por tal carácter, los datos que se aportan son preexistentes al juicio.

El mencionado informe, agregó el legajo por asistencia del Sr. R. A. desde el mes de abril de 2011 hasta el 30 de junio de 2014.

La parte actora no cuestionó la pertinencia de la prueba y al tiempo de agregarse al expediente, ninguna observación señaló respecto del contenido de su legajo de asistencia y que diera cuenta que el listado de ingreso y egreso que surgían del software del reloj, no se ajustaban a la realidad.

Al no hacerlo, precluyó su oportunidad procesal de cuestionarlo y como regla debe considerarse fidedigno y no es dable denegarle validez probatoria.

Tampoco es posible concluir que los blancos detectados por la magistrada llevan como consecuencia a restar de todo valor probatorio a las horas laboradas por el actor que surgen del reporte, ni que corresponda efectuar el cálculo diario de jornada cuando se trata de acreditar si trabajó más de las 117 hs 33 min mensuales que se corresponden a la jornada parcial alegada.

Cotejadas las planillas horarias, es claro que el Sr. A. para el período de trabajo informado, no cumplió la cantidad de horas que justifican una jornada normal de trabajo (176 hs. mensuales), resultando inferior su cómputo a las 2/3 partes de aquélla.

En cuanto a la existencia del trabajo de A. en un taller de su propiedad, y aun estimando que los testigos aportaron datos sobre su existencia, lo cierto es que tal como afirma el apelante, lo que estaba a su cargo con relevancia para dilucidar la controversia era la jornada laboral cumplida para la empresa demandada.

En consecuencia, apreciada la prueba reunida conforme a las reglas de la sana crítica no se advierten razones para justificar que el actor cumplió una jornada completa de trabajo y en el punto deberá revocarse la sentencia de grado.

3.2.

En el segundo agravio se queja que en la sentencia se le imponga la multa del art. 45 de la ley 25.345.

Señala que la actora transcribe la intimación a concurrir a retirar el certificado de trabajo y las certificaciones de servicios; que no respondió a la intimación del 30/7/14 por falta de firma del actor por lo que carecía de valor legal; que la respuesta al telegrama del 8/8/14 fue devuelto a la empresa con la leyenda "motivo desconocido" y que fue remitida al domicilio del actor denunciado y que por ello no es posible tenerla por incumplida la obligación legal.

Por ello dice, no es cierto que se haya guardado silencio y que en todo caso fue el actor quien ante la puesta a disposición no fue a retirarla. Resalta que la documentación prevista en el art. 80 fue emitida el 21 de julio de 2014 y que en ningún momento de su demanda expuso que concurrió al domicilio o que se le haya negado, por lo que pide se revoque.

El art. 80 L.C.T. establece una indemnización para el caso de que el empleador no entregue las certificaciones de que se trata dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto formule el trabajador en forma fehaciente; o sea que para que se torne operativa la reparación se necesita indefectiblemente un emplazamiento -fehacientemente formulado- del trabajador, y que transcurran dos días -hábiles- desde dicho emplazamiento

(computados a partir del siguiente a la recepción de la intimación) sin que el empleador cumpla lo pedido.

Conforme el Dec. 146/2001 art. 3, el empleado queda habilitado para remitir aquel requerimiento fehaciente cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80 L.C.T. dentro de los 30 días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

Esto es, T. tenía 30 días para cumplir con su obligación impuesta por el art. 80 cit. y si no lo hacía, una vez transcurridos esos treinta días el trabajador estaba habilitado para cursar la intimación fehaciente a tal

efecto.

En los términos en que ha quedado planteada la litis, la empresa debía entregar los certificados dentro de los treinta días del despido dispuesto el día 26 de junio de 2014.

Al tiempo de disponer el despido señala que pone a disposición la certificación de servicios y de remuneraciones. A tenor del certificado que obra a fs. 90, el mismo fue cumplimentado en fecha 21 de julio de 2014. Ese dato fáctico también es reconocido en los agravios, esto es los certificados fueron emitidos con fecha 21 de julio de 2014.

No existe en autos comunicación previa a la intimación del actor, que la documentación estaba a su disposición tal como argumenta en su agravio.

En los términos en que se ha planteado el recurso, cobra relevancia señalar que no se meritó en la sentencia que el telegrama cursado en fecha 31 de julio de 2011 (fs.25) carecía de firma, lo que resulta un dato reconocido aún por la propia actora al responder los agravios.

En definitiva, la intimación cursada y que resulta válida para el cómputo del plazo de dos días previsto por la norma es la consignada en el telegrama remitido en fecha 8/8/14.

La empresa debió indicar dentro de los dos días posteriores de recepcionada la intimación, que el certificado se encontraba a su disposición. Al no indicar en qué fecha recibió la intimación, la respuesta cursada el día 19 de agosto luce prima facie extemporánea. Y ello, más allá del resultado de su diligenciamiento en el domicilio denunciado por el actor al tiempo de promover la demanda.

En definitiva, aun cuando la comunicación de la empresa se considerara válida, fue cursada ocho días hábiles después del 8/7/2014 y no se ha denunciado circunstancias que permitan hacer un cómputo de plazo distinto para tener por temporánea su respuesta, por lo que debe desestimarse la queja y confirmar lo resuelto en la sentencia de grado.

El monto de la indemnización a favor del actor (art. 80 LCT conforme art. 45 de la ley 25.345) que deberá liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, será tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año.

3.3.

Se queja en el tercer agravio que se le haya aplicado la multa del art. 1 de la ley 25.323.

En un primer aspecto dice que de revocarse la sentencia en cuanto a la jornada laboral, la multa no prospera porque no hay defecto en la registración.

En otro aspecto dice que tampoco es procedente la multa porque el

trabajador se encontraba registrado y conforme el criterio de esta Cámara que cita, no se configura el presupuesto que habilita su aplicación.

El artículo 1ero de la Ley 25.323, dispone un incremento indemnizatorio para el caso que, al momento del despido, una relación laboral no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Es claro que el fundamento de la sanción ha sido la eliminación del trabajo total o parcialmente clandestino, en razón de que la falta de adecuada registración priva al trabajador del goce de los beneficios sociales respectivos y provoca perjuicios a todos los sujetos involucrados en la relación laboral.

Digo ello porque aun cuando se revoca lo dispuesto en la sentencia de grado respecto de las diferencias salariales generadas en el reconocimiento en la sentencia de una jornada laboral completa, es criterio de esta Cámara (entre otras SDL N° 76/13) que lo que habilita la aplicación de la multa es cuando se justifica la registración deficiente a las que refieren los arts. 7mo, 9no. y 10mo. de la ley 24.013. “Aún en la hipótesis de considerar que el actor debiera percibir un salario superior al que se le abonaba, ello no implica la procedencia de la sanción prevista en el art. 1º de la ley 25.323 por cuanto la ley 24.013 (cuya finalidad, reitero, es la misma) sólo tipificó como conductas sancionables por los arts. 9 y 10 (fuera de la falta total de registración) las irregularidades registrales en orden a la fecha de ingreso y al salario y en tanto se trata de materia sancionatoria, ámbito en el que deben regir las pautas interpretativas más restrictivas, considero que no cabe aplicar la analogía en perjuicio del sancionado”. (“Moreira Ramón Ernesto Martín c/ Nextel Communications Argentina S.A. s/ despido” CNAT. Sala II.5-8-2010. MJ-JU-M-59105-AR).

Por lo expuesto y dejando en claro -más allá del resultado del primer agravio- la ausencia de base para su condena, deberá revocarse la multa con fundamento en el art. 1 de la ley 25.323.

3.4

En el cuarto agravio y sujeto a lo que resulte del primer agravio sostendrá que no hay diferencias salariales para abonar y la multa del art. 2do de la ley 25.323 no podrá aplicarse.

La sentencia de grado desestimó la fecha de ingreso, la categoría profesional y convenio alegados por el actor, lo que llega firme a esta instancia. Tampoco se cuestiona en esta sede, que el Sr. A. percibió las indemnizaciones previstas en los arts.232, 233 y 245 de la LCT. A ello se aduna que conforme vengo votando, no existen diferencias salariales por jornada de trabajo.

Por ello, quedó vacía de fundamento fáctico la multa impuesta en la sentencia de grado y deberá revocarse.

3.5

Luego, se agravia que en la parte resolutive se consignó que se hacía lugar a la demanda cuando debió señalarse que al no prosperar todos los ítems reclamados, se hacía parcialmente lugar a la misma.

No surge de la fundamentación de la queja, cual es el agravio que infringe a la parte que se haya consignado la admisión total de la demanda cuando, conforme lo resuelto, existieron rubros desestimados.

La falta de indicación expresa del perjuicio sufrido resta suficiencia técnica al recurso. *“Ha establecido como pauta genérica nuestro más alto Tribunal Nacional que para la procedencia de los recursos en general- y de la apelación en*

particular-“debe invocarse el daño inferido a quien los articula por el pronunciamiento cuestionado siendo insuficientes los agravios meramente hipotéticos o conjeturales”(Hitters “Técnica de los Recursos Ordinarios “ pág. 372 LEP, 2004).

En el punto, el recurso es desierto (art. 269 del CPCC)

3.6

Finalmente se queja de la imposición de la totalidad de las costas a su parte, cuando de mantenerse la sentencia de primera instancia hay vencimientos parciales y mutuos por lo que las costas deben imponerse en el orden causado.

La cuestión será tratada al expedirme sobre las costas en los términos del art. 282 del CPCC.

4.

Concluyo el tratamiento de los agravios, admitiendo en lo sustancial el recurso y consecuentemente con ello deberá revocarse la sentencia en tanto reconoce una jornada completa de trabajo y aplica las multas de los arts. 1 y 2 de la ley 25323 y confirmarla en todo lo demás que decide y fue materia de queja.

5. Costas.

a) Las costas en la primera instancia:

El art. 282 del CPCC autoriza a readecuar las costas y honorarios cuando se modifica la sentencia de grado.

Desde esa perspectiva y atendiendo en este punto a los agravios de la parte demandada debo señalar que es pertinente modificar lo resuelto en la anterior instancia en materia de costas.

Para ello considero que la sentencia de primera instancia desestimó íntegramente las pretensiones de la parte actora dirigidas a modificar la fecha de ingreso, la categoría profesional del Sr. A. y el CCT aplicable. En mi voto propongo revocar la sentencia que admitió diferencias salariales por una jornada de trabajo completa, sosteniendo por el contrario que el vínculo entre las partes se desarrolló en jornada reducida. Como consecuencia de ello deben revocarse las multas de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323.

De ello resulta que, de acompañarme mis colegas de Cámara, de la demanda incoada por la parte solo prospera la indemnización del art.80 LCT (45 de la ley 25.345).

Tengo en claro que tratándose de un proceso laboral, las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme los principios esenciales del derecho laboral cuales son el principio protectorio y el de orden público.

Sobre tales pautas y considerando que la distribución de las costas debe hacerse con un criterio jurídico y no matemático, valorando no sólo la proporción del éxito obtenido por cada litigante, sino también el resultado final del litigio, soy del criterio que en el caso concreto las costas deben imponerse en el orden causado y las comunes por mitades conforme el argumento del art. 72 CPCC.

En cuanto a los honorarios de los letrados y perito contador, los mismos deberán ajustarse al monto de condena sin perjuicio de los mínimos legales establecidos por la Ley XIII N°4 y su mod. y Ley XIII N° 18, con más el IVA si correspondiera.

b) Para las costas en esta instancia y en atención al resultado del recurso, seguiré el mismo criterio imponiéndolas en el orden causado (art. 72 del CPCC), proponiendo al Acuerdo se fijen los honorarios de los letrados P. G.

y G. C. en conjunto en el 27 % y los del Ab. R. P. en el 25 % de los que se determinen en la instancia de grado (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.

VOTO a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Mi colega de Cámara, Dra. María Inés de Villafañe se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

Por una cuestión metodológica seguiré el orden del análisis de los agravios propuestos por la Sra. Vocal de primer voto.

Realizaré una prieta síntesis de los agravios del recurrente, atento a que también han sido referidos por la Sra. Vocal de voto anterior.

2.1.

Se agravia la demandada por cuanto el decisorio anterior ha tenido por acreditada una jornada laboral completa. Considera que en él se ha analizado erróneamente la prueba rendida.

Sostiene en tal sentido que la prueba informativa diligenciada por ante L. G. -la que no fue impugnada- dio cuenta que el actor cumplía una jornada parcial de trabajo. Reflexiona que, de considerar que el reloj no funcionaba

en algunas oportunidades, debió cotejar la base informática de la empresa prestadora del servicio informático y que las planillas acompañadas dan cuenta que durante la vigencia de la relación laboral, el reloj de proximidad siempre funcionó, registrando los ingresos y egresos del actor.

Expresa también que en la audiencia de absolución de posiciones el propio actor, con sus dichos, ratificó que el reloj magnético se encontraba en uso y era utilizado para registrar las entradas y salidas del actor.

Por su parte, agrega, el correcto funcionamiento del reloj quedó acreditado con los dichos de los testigos P., K., B., V. y B..

Aduna que la actora tampoco desconoció la documental acompañada por la recurrente, habiendo consentido su contenido, el que incluye los horarios que allí se registraron.

Concluye en este aspecto que el reloj en cuestión funcionó correctamente, habiéndose probado los horarios de ingreso y egreso del actor.

Considera también errado al pronunciamiento, en cuanto sostuvo que en la primera semana de trabajo el actor cumplió una jornada superior a las 2/3 partes de la completa, teniendo presente una jornada semanal de 44 hs, que era la habitual de la actividad, cuando en verdad de la testimonial surge que esa no era la normal. En efecto, se ha probado en autos -sostiene-, a través de la prueba testimonial, que la jornada de trabajo en la empresa era de 48 hs. y no de 44 como sostiene la pieza decisoria.

Concluye que las 2/3 partes de 48 hs. arroja como resultado una de 32 hs. semanales, distintas a las 30,98 hs que calcula el decisorio de grado.

Incluye en este aspecto de la queja que el decisorio erró al considerar que no quedó probado que el actor trabajara en su taller particular, pues de la prueba testimonial de M., P., K., B. y B. surge que el actor poseía un taller en

su casa, donde realizaba trabajos que le impedían cumplir una jornada completa de tareas. Agrega que era carga de su parte probar la jornada de trabajo en su establecimiento, mas no el

horario o días en que lo hacía en su taller particular.

Finalmente, y en lo referido a este primer agravio, sostiene la apelante que el actor se encuentra registrado como de tiempo parcial en el libro del art. 52, LCT, el que fuera exhibido en oportunidad de la audiencia de conciliación (fs. 371).

Por su parte, el decisorio valoró la documental de fs. 39/79 de donde surge que entre abril/ 2011 y junio/2014, surge , en los primeros meses , una permanencia de alrededor de 4 hs., y en algunos casos entre 7 y 8 hs. o más por día, incluyendo días sábado , en los que laboró 4 hs. También surge sostiene- que el actor trabajaba días corridos y no esporádicamente como lo sostiene la demandada.

Agrega el decisorio que no ha quedado acreditado que el actor tuviera un taller en su casa, el que constituía su actividad principal, y que el actor trabajó más de las 2/3 partes de las 44 hs. semanales, que era la jornada habitual, teniendo en cuenta las respuestas imprecisas de los testigos.

Advierte el decisorio que el reloj no funcionaba correctamente, ya que de las planillas surgen varios “blancos” en horarios de entrada y salida y llamativos valores negativos de horas laboradas en ciertos días, lo que predica sobre un deficiente control de dicho registro, ya que en ciertos días la actividad del actor llegaba a 8 hs. diarias.

He de partir de la base que la jornada de tiempo parcial es un supuesto excepcional, y como tal, debe ser apreciado restrictivamente (cfr. esta Cámara, “Mendoza”, SDL 60/12), de allí que la prueba de que se hayan

cumplido los recaudos que establece el art. 92 ter de la L.C.T. se encuentra a cargo del empleador, al igual que acontece con las diferentes modalidades contractuales que excepcionan al principio general (arg. art. 381, del CPCC). En cuanto a la jornada habitual de trabajo del personal del área mecánica de la empresa, el testigo de fs. 387 expresó que el horario era de 8 a 17 hs de lunes a viernes y de 8 a 13 hs los sábados; el de fs. 389 sostuvo que el horario era de 8 a 12 hs. y de 14 o 15 hs. a 19 hs y los sábados de 8 a 12 hs; el de fs. 391, aseveró que lo era de 8 a 13 hs. y de 14 a 19 hs. y los sábados de 8 a 13 hs; el de fs. 392, afirmó que los trabajadores de esa área eran convocados cuando hacía falta y por ende los días y horarios eran relativos, ya que no eran para todos iguales. Agrega el dicente que él era el que más horas de trabajo hacía y que el resto tenía horarios más restringidos, es decir, de 8 hs. hasta el mediodía y de 15 hs. en adelante, y que los sábados trabajaban hasta el mediodía.

Los testigos no se han puesto de acuerdo sobre el horario de trabajo que se cumplía en ese sector de la empresa. No obstante ello, han sido coincidentes en afirmar que: 1) el actor no tenía horario fijo, a veces trabajaba 8 hs, a veces 3 o 4 hs, dependiendo del trabajo que había (fs. 386); 2) el actor, a veces iba, a veces no iba a trabajar. A veces se lo necesitaba, a veces entraba a cualquier hora. En la semana no iba todos los días; a veces iba salteado, o iba todos los días (fs. 389); 3) a veces estaba, y a veces no (fs. 391); 4) por ahí iba a las 8, a veces a las 10 hs, a veces a la tarde.

Considero además relevante la declaración del testigo P. de fs. 392, particularmente, para dar una explicación a las diferencias en los horarios de la jornada habitual del taller que se denota en ellos a través de sus declaraciones: por el tipo de tareas que desarrollaba, se lo convocaba

cuando se lo necesitaba, ya que a veces no había ninguna maquinaria que reparar.

De allí que, sin perjuicio de lo manifestado por al Dra de Villafañe en su primer voto, considero que el actor no desarrollaba tareas en jornada completa, ya que los testigos (de una y otra parte, que no fueron objeto de tacha, en los términos del art. 34, ley de rito laboral) fueron coincidentes en afirmar que el trabajo que realizaba lo era a requerimientos de las necesidades propias de la empresa. Queda a mi juicio demostrado que no cumplía una jornada completa diaria de 8 hs, ni semanal de 44 hs, pese a lo que afirma en su demanda.

No obstante ello, para que se configure la jornada de tiempo parcial es necesario que se cumpla con la manda del art. 92 ter, LCT.

El actor denunció haber trabajado 44 horas semanales, a razón de 8 hs. de lunes a viernes y 4 hs. los días sábado, lo que hace un total de 176 hs. mensuales.

La norma mencionada señala en su primera parte que *“El contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad...”*

De modo que la demandada debía probar que el accionante cumplía no más allá de 117 hs. con 33 minutos en el mes.

De las planillas horarias acompañadas a fs. 227/267, en las que se detalla la cantidad de horas diarias registradas en el ingreso y el egreso del trabajador, surge que el trabajador no llegó a cumplir en ningún mes del período de relación laboral (abril de 2011 a junio de 2014) la cantidad de horas necesarias para que se las tenga como de jornada completa, es decir, fueron

en todos los casos inferiores a los 2/3 de las denunciadas por el accionante en su demanda.

Debo señalar en tal aspecto que dichas planillas no fueron objetadas por la actora en oportunidad de conferírsele el traslado de fs. 104, razón por la cual cabe otorgarles todo valor probatorio.

Asimismo, es menester indicar que tampoco fue objeto de observación el informe de la empresa que vendió a la demandada el reloj de aproximación de fs. 268, el que acompañó, además, las mentadas planillas horarias que surgían del software del dispositivo.

Debo aclarar además, que las afirmaciones sobre los “blancos” en los registros de ingresos y egresos o los “llamativos” valores negativos de horas laboradas no se encuentran corroboradas por probanza alguna. Inclusive, asiste razón a la recurrente cuando señala que tanto la testigo B. (fs. 386, ofrecida por la demandada) , como B. (fs. 387/388, ofrecido por la actora), fueron coincidentes en aseverar sobre el normal funcionamiento del reloj de aproximación.

No puedo soslayar tampoco que los testigos ofrecidos por la actora dieron cuenta de que el actor tenía un taller (ver fs. 389, 391, 393), lo que permite concluir que el actor desarrollaba otras tareas, aun cuando ellas no predicen sobre el horario que en él cumplía.

Lo cierto es que, con las declaraciones testimoniales antes referidas, las planillas horarias agregadas a fs. 227/267 y el informe de 268, tengo por acreditado que el actor cumplía una jornada que implicaba un contrato de trabajo a tiempo parcial, conforme lo estatuido por el art. 92, ter, 1ª parte, LCT, debiendo revocarse el decisorio de grado en tal aspecto.

2.2.

Se agravia también la demandada por cuanto se le ha impuesto la multa del art. 45, ley 25.345. Considera que su parte cumplió con las obligaciones a su cargo, ya que, tras su despido, se lo intimó a concurrir a percibir la liquidación final, el certificado de trabajo y de servicios. Se excusa señalando que la intimación actoral del 30.07.14 no fue respondida por su parte ya que no estaba suscripta por el accionante, y por ende carece de validez.

Agrega que con respecto al TC de fecha 08.08.14, fue devuelto por “motivo desconocido”, lo que no le es atribuible.

Coincido con la Sra. Jueza de voto anterior que, en razón de la falta de firma del documento de fs. 25, debe tenerse por intimada a la demandada con el de fs. 26 (08.08.2014), razón por la cual la demandada debió poner a disposición el certificado en cuestión, dentro de los dos días siguientes a la recepción de aquélla. Al no haberlo hecho sino recién el 19.08.2014, entiendo que su contestación fue extemporánea (cfr. art. 45, ley 25.345 mod. art. 80, LCT y art. 3º, Decreto Reglamentario 146/2001).

Consecuentemente debe confirmarse el decisorio en este aspecto, dejándose establecido que el monto de la indemnización proveniente de esa norma deberá ser calculado conforme con la mejor remuneración, normal y habitual del trabajador del último año.

2.3.

Se agravia también la accionada por entender que se ha aplicado erróneamente la multa del art. 1, ley 25.323. Señala que, relacionado con el primer agravio, al no tratarse de una jornada completa sino parcial la cumplida por el actor, no ha habido deficiente registración.

Con relación a ello, he de coincidir con la Sra. Jueza de primer voto en que las diferencias salariales no pueden ser consideradas como deficiencias

registrales, tal cual lo ha venido sosteniendo esta Excma. Cámara desde su conformación, en fallos citados por la Dra. de Villafañe, y a los que me remito en honor a la brevedad, pues la *ratio legis* de la norma consiste en combatir el trabajo total o parcialmente clandestino, circunstancia que no veo configurada en el *sub judice* (cfr. esta Cámara, “Mendoza”, SDL 60/12).

Por tal razón, no dándose en el presente el antecedente fáctico que el precepto legal prevé, soy partidario de admitir el agravio en este sentido, y debe admitirse, en consecuencia, este aspecto de la queja.

2.4.

Se agravia la demandada por considerar que el pronunciamiento ha aplicado erróneamente la multa prevista en el art. 2, ley 25.323.

Establece el art. 2, ley 25.323 que “*Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%.*”.

Cabe señalar en tal sentido que en atención a lo resuelto en la Instancia anterior, y lo que aquí se dispone respecto de las diferencias salariales reclamadas, el caso de autos no encuadra en la previsión de la norma citada. Por tal razón, corresponde revocar el decisorio en cuanto dispuso el pago de la multa mencionada.

2.5.

Se agravia la accionada por entender que el decisorio dispuso hacer lugar a la demanda, cuando en verdad debió aclarar que tal acogimiento sólo era

parcial.

No señala la recurrente cuál es la crítica razonada y concreta al fallo apelado en este sentido.

Se ha sostenido que el gravamen de toda o parte de una resolución constituye un perjuicio para la parte, y ese agravio es el que puede ser objeto de la apelación (cfr. Falcón, Enrique - Colerio, Juan P, "Tratado de Derecho procesal Civil y Comercial", T° VIII, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 238).

La existencia de menoscabo en lo que cree que es su derecho habilita al apelante a pedir la revisión de la resolución por el Superior.

De lo expuesto se colige que sin perjuicio no hay agravio posible, pues se trataría de una contradicción. El interés es la medida de la acción, reza la máxima procesal.

En esa línea de ideas, considero que no hay objeto de agravio, pues para ello es necesario que la apelante indique por qué razón esa parte de la sentencia lo perjudica en forma personal, actual y concretamente (cfr. Falcón - Colerio, op. cit, p. 239), lo que no articula.

Es decir, en este acápite del agravio, la recurrente no refiere cuál es el agravio o perjuicio que le causa que la parte dispositiva del pronunciamiento anterior "haya hecho lugar a la demanda", cuando debió haber "hecho lugar parcialmente a la demanda". Esa razón impide que se analice esta porción del memorial de agravios, pues tanto el art. 60, de la ley adjetiva laboral, como los arts. 268 y 269, del CPCC lo impiden.

Consecuentemente, debe declararse desierta esta parcela de la queja.

2.6.

Siguiendo el orden de análisis de los agravios, propuesto por la Sra. Jueza de voto anterior, me expediré sobre las costas en otro acápite del presente voto.

3.

En virtud de lo dispuesto por el art. 282, del CPCC y en atención al modo como se resuelve, considero que las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas.

En razón de la revocación parcial del pronunciamiento anterior en orden a la jornada de trabajo y a las multas de los arts. 1 y 2, ley 25.323, atendiendo a los vencimientos parciales y mutuos (art. 72, del CPCC), ya que se confirma la multa del art. 80, LCT, las costas de la Instancia anterior serán soportadas por su orden.

En cuanto a los honorarios de los letrados intervinientes, considero que los mismos deben readecuarse (art. 282, del CPCC), fijándoselos en el 16% para el Dr. R. J. P. y en el 16% para los los Dres. G. C. y P. G., en su conjunto, calculados sobre el monto económico de la

liquidación que al efecto deberá practicarse, con más IVA, si

correspondiere. Ello teniendo en cuenta el mérito, calidad, extensión del trabajo y resultado obtenido (arts. 5, 6, 7, 8, 9 y 39, ley arancelaria).

Los correspondientes al perito contador no ha de ser modificados (art. 5 y 60, ley arancelaria y ley XIII n° 18), debiendo ser soportados conforme la imposición de costas impuesta (art. 72, del CPCC).

4.

En atención al resultado obtenido, las costas de esta Instancia deberán ser soportadas por su orden (art. 72, del CPCC), atento los vencimientos

parciales y mutuos. A tal fin se regulan los honorarios de los Dres. G. C. y P. G. en el 27%, en conjunto, y del Dr. R. P. en el 27% lo que les corresponda en la Instancia anterior, sin perjuicio de los mínimos legales, con más IVA si correspondiere (arts. 5, 7 y 13, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFANE dijo:

De acompañar los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

- 1) **REVOCAR** parcialmente la sentencia de fs. 427/436. En consecuencia, **ADMITIR** parcialmente la demanda promovida por el Sr. R. A. y condenar a T. S.A. a abonar al actor en el tiempo y forma dispuesto en la sentencia de grado, la suma que resulte en la etapa de ejecución de sentencia para la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT.
- 2) **IMPONER** las costas de la primera instancia por su orden (art. 72 del CPCC), sin modificar los honorarios de los letrados y perito contador.
- 3) **IMPONER** las costas de esta instancia por su orden (art. 72 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados P. G. y G. C. en el 27 % y los del Ab. R. P. en el 25 % de los que se determinen en la instancia de grado (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.
- 4) **DE FORMA**

A LA SEGUNDA CUESTION: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

En orden a lo expuesto precedentemente corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldó E. Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2016.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

- 1) REVOCAR** parcialmente la sentencia de fs. 427/436. En consecuencia, **ADMITIR** parcialmente la demanda promovida por el Sr. R. A. y condenar a T. S.A. a abonar al actor en el tiempo y forma dispuesto en la sentencia de grado, la suma que resulte en la etapa de ejecución de sentencia para la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT.
- 2) IMPONER** las costas de la primera instancia por su orden (art. 72 del CPCC), sin modificar los honorarios de los letrados y perito contador.
- 3) IMPONER** las costas de esta instancia por su orden (art. 72 del CPCC). **REGULAR** los honorarios de los letrados P. G. y G. C. en el 27 % y los del Ab. R. P. en el 25 % de los que se determinen en la instancia de grado (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.
- 4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVA.**

REGISTRADA BAJO EL N°

/16 SDL. CONSTE.