En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados:**"C., P. J. c/ P. C. S.R.L s/ COBRO DE PESOS. LABORAL"** (Expte. Nº **297 Año 2011)** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 293/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo de fs. 168.

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

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda incoada por P. J. C. y condenó a P. C. S.R.L. a abonarle, previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de pesos cuarenta y un mil doscientos veintiuno con 44/100 ($ 41.221,44), con más los intereses que determina. Impuso las costas a cargo de la demandada y fijó los honorarios correspondientes al perito contador actuante y a los letrados de las partes.

Para decidir de esa manera y aplicando los principios *"iura novit curia*" y el de primacía de la realidad, caracterizó a la relación laboral como de tiempo indeterminado con prestación discontinua (contrato de temporada).

Luego de ello señaló que, al no ajustarse los contratos a tiempo fijo a la realidad fáctica, no podía considerarlos a los efectos de probar la duración de la temporada, los días laborados y los horarios de trabajo.

En cuanto a la jornada parcial de trabajo, dijo que aún cuando la prueba no resultó asertiva para ninguna de las partes la carga de probarla incumbía a la demandada. Sobre esa base tuvo en cuenta los dichos que, con carácter de declaración jurada, consignó el trabajador en su demanda, así como la contradicción de la demandada entre lo sostenido en el responde y los recibos emitidos y altas ante la AFIP, que se mantiene respecto a sus propios libros, conforme informa el perito contador en respuesta al punto 5) de fs. 124/5 y sus aclaraciones, concluyendo en que la jornada cumplida por la actora fue la normal, resultando pertinente el ajuste de los salarios abonados al previsto convencionalmente, para la categoría 3, en establecimiento categoría III.

En cuanto a la fecha de ingreso argumentó que los dichos no observados de L. (fs. 116), compañera de trabajo de la demandante durante la primer contratación denunciada (año 2005), resultan suficiente prueba al respecto, sin que resulte obstáculo para su valoración la circunstancia de tratarse de un testigo único. En definitiva tuvo por válidas las fechas indicadas por la actora como de comienzo y fin de cada una de las temporadas, totalizando el tiempo de trabajo en 18 meses y 10 días.

Por su lado y verificado el despido incausado, admite las indemnizaciones de ley que deberán calcularse respecto del tiempo efectivo de trabajo. (conf. arts. 96/97 y 245 L.C.T.) ; la aplicación de la multa prevista en el art. 1 de la Ley 25.323, por tratarse de una relación laboral incorrectamente registrada y la del art. 2 de la misma norma, en vistas de que, intimado que fue el pago de las indemnizaciones, la demandada no dio cumplimiento al mismo. Luego admite la multa prevista en el art. 45 de la Ley 25.345, señalando que la actora intimó temporáneamente la entrega del certificado de trabajo, el 27/03/09; misiva recibida por la demandada el 28 de dicho mes (*vide* fs. 38 vta.), por lo que el plazo de dos días hábiles para entregar el certificado de servicios y remuneraciones venció el 01/04/09, agrega que, dada la fecha de

certificación de firmas inserta en el PS 6.2 ANSES acompañado en copia a fs. 68, surge claramente que al vencimiento de la intimación dicho certificado no se encontraba disponible para la actora y tampoco a la fecha en que se remitió la misiva de fs. 39 por lo que todas las afirmaciones respecto de la concurrencia o no de la actora a retirar el certificado, devienen abstractas.

Al tiempo de definir los montos por los que prospera la demanda, remite a los indicados por el perito interviniente a fs. 125, 126 y 127 de la pericia realizada (respuesta a los puntos 6 y 8 de los puntos requeridos por la actora), que no fueron objeto de impugnaciones, señalando que los mismos resultan ajustados a los hechos y derecho expuestos, liquidación que da por reproducida por razones de brevedad y que determina un total de $ 41.221,44 con más los intereses conforme la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago (arts. 128, 137, 276 y conc. L.C.T. ley 23.928, art. 622 Cód. Civil).

La sentencia definitiva fue apelada a fs. 152 por la parte demandada, sus agravios fueron incorporados a fs. 154/157. La réplica de la actora se agregó a fs. 159/163.

2.

Los agravios de P. C. S.R.L.

Centra su queja la demandada en los siguientes aspectos del fallo: a) duración de la temporada; b) días y horarios de trabajo (tiempo parcial); c) la multa del art. 45 de la ley 23.345 y d) el monto por el que prospera la demanda.

a) El primer agravio gira en torno a que los períodos trabajados surgen del Libro Especial del art. 52 de la LCT y los períodos de alta y baja de la AFIP, como que la circunstancia de restarle validez a los contratos a tiempo fijo,

no es elemento suficiente para hacer caer la veracidad de los períodos de tiempo allí consignados, más cuando la actora no aportó prueba que los desacreditara y nada dijo respecto de la pericial contable que dio cuenta de ello. Que con ello, la señora jueza le impone una carga de prueba diabólica que desnaturaliza el proceso, cuando justificó con la prueba documental y pericial, los períodos laborados.

Cuestiona que la señora jueza le otorgue trascendencia a la declaración de L., cuando la misma no fue concluyente, para dar por cierto una fecha de ingreso distinta a la que acreditó con las constancias de la AFIP.

b) En el segundo agravio se queja de la valoración de las pruebas de autos, señalando que la misma ha sido arbitraria y antojadiza, que su parte ha dado cuenta de la jornada laboral reducida con el aporte de prueba documental acompañando dos contratos de jornada reducida, asimilados por la magistrada en su valor probatorio, a los contratos de trabajo a plazo fijo.

c) El tercer agravio obedece a la aplicación de la multa del art. 45 de la ley 25.345. Argumenta que la señora jueza ha dado por cierta la recepción de la carta documento de fs. 38 el día 28 de marzo de 2009 conforme la constancia de fs.38 vta cuando resulta imposible colegir tal fecha. Dice que la fecha de recepción de la misiva no ha sido probada y que tal circunstancia no fue un hecho alegado por la actora, quien solo manifestó que la respuesta a su requerimiento fue respondido con fecha 8 de abril. Agrega luego, que al señalar la certificación de las firmas de los formularios P.S 6.2 con fecha 13 de abril y que por ello, los certificados no estaban disponible el día 8 de abril, la señora jueza omitió considerar que entre ese miércoles y el lunes 13 de abril no corrió ningún día hábil por tratarse de la Semana Santa del año 2009. Cita antecedentes de esta Cámara para que se admita su agravio, rechazando la multa.

d) El cuarto agravio tiene relación con el monto en que la señora jueza admite la demanda.

Refiere que de desecharse los agravios que expuso, debe modificarse la sentencia en ese aspecto pues la remisión a la pericia contable no se corresponde con los hechos expuestos pues admite diferencias para todos los meses consecutivos desde octubre de 2007 hasta febrero de 2009. Las mismas debieron calcularse sobre octubre, noviembre y diciembre del año 2007; enero, febrero, marzo, once días de abril, 21 días de septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año de 2008 y enero y diecinueve días de febrero de 2009. Dice que tal error numérico modifica todos los números del punto 8 de la pericia.

3.

La réplica de los agravios

La réplica está dirigida a desestimar las quejas de la demandada y argumentar, apoyando lo decidido en la sentencia.

Lo que resulta de interés aquí consignar es que, la parte actora da razón parcialmente a lo expuesto en el agravio en cuanto a que la pericia contable ha tomado como base de cálculo todos los meses contemplados entre octubre de 2008 hasta febrero de 2009, cuando debieron liquidarse desde octubre/07 hasta los once días de abril de 2008 y luego el período septiembre /2008 hasta febrero/09, lo que representa la suma de $ 9.092,69. Luego señala que ese error de cálculo no modifica el punto 8 de la pericial y no explica la parte la razón del supuesto error, por lo cual teniendo en cuenta las diferencias correctamente calculadas, se deberá confirmar la sentencia en la suma de Pesos treinta y cinco mil ocho con cuarenta y cuatro centavos ($ 35.008,44).

4.

Tratamiento de los agravios

Llega firme a esta instancia el encuadre que la señora jueza ha dado al contrato de trabajo que ligó a las partes, esto es un contrato de temporada (art. 96 de LCT).

a) Así las cosas, ingresaré al tratamiento conjunto de los agravios referidos a la duración de los períodos trabajos, fecha de ingreso y duración de la jornada de trabajo.

Valoro el esfuerzo de la parte para procurar modificar las conclusiones de la señora jueza, pero en los puntos, no advierto que el razonamiento de la jueza sea ilógico o que exista un error de hecho en la apreciación de la prueba.

Los "contratos de trabajo a plazo fijo" (fs. 48/50) y los "contratos de trabajo a jornada reducida" (fs 51/52) no se ajustaron a la realidad del vínculo cumplido, por lo que mal puede pretenderse que de los mismos, se infieran los períodos y jornada de trabajo efectivamente laborados. En los cinco contratos se refieren ambas modalidades (al plazo fijo y a la jornada reducida), por lo cual la queja de la apelante, discurre en una mera disconformidad con la falta de valoración de tales documentales.

Es que rige en el campo de los contratos de trabajo el principio de la primacía de la realidad. Este principio protectorio tiende a nivelar la desigualdad de las partes del contrato y conduce a que, en caso de divergencia entre lo verdaderamente acontecido en los hechos y lo atestado en los documentos, corresponda otorgar prelación a lo fáctico sobre lo documental. *"Es importante resaltar que el hecho de que los instrumentos presentados por el empleador contengan la firma del trabajador no le dan mayor validez a su contenido ni implican en caso de ser falso el mismo una renuncia de derechos por parte del trabajador (interpretación que es contraria al principio protectorio y otra de sus derivaciones, la irrenunciabilidad de derechos, art. 12 LCT). Es común que los empleadores denunciados por cometer irregularidades*

registrales intenten escudarse en la firma sin reparos por parte del trabajador de los recibos de sueldo o los formularios de la AFIP (en los que constan falsos importes, categorías, fechas de ingreso, etc.). Esto es inadmisible, ya que esto se debe al temor del trabajador a perder su trabajo y/o las amenazas de su empleador de no pago y/o despido en caso de no firmar estos comprobantes. Por este motivo, no debe darse a estos instrumentos un valor absoluto, permitiendo al trabajador presentar prueba en contrario para desvirtuar su validez." (Serrano Alou, Sebastián." La prueba en el proceso laboral a la luz del principio protectorio y la facilitación de la prueba. In Dubio pro operario, inversión de la carga de la prueba y carga dinámica de la prueba"11/11/09 MJ-DOC-4438-AR | MJD4438).

Tal es en definitiva, la base argumentativa expuesta por la señora jueza y que no es conmovida en la crítica expuesta.

Veamos.

Conforme ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos, resultaba carga de la accionada probar la jornada de trabajo reducida en tanto que ella configura una excepción a la jornada normal de trabajo: *"Tratándose de un contrato de trabajo a tiempo parcial, es carga del empleador acreditar que el trabajador realizaba una jornada reducida, toda vez que esta modalidad de contratación hace gravitar sobre aquel que la invoca una mayor exigencia para su prueba por contar con los elementos fehacientes que respalden lo expresado"* (CNTrab., sala V, 14/08/2003, "Ortega, Rosana K. c/ Cuenta Conmigo S.R.L. y otro", citado por Rodríguez Mancini, Director, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", La Ley, 2007, T. III, págs. 748/749).(v. SDL Nº 02/10 CAPM).

Así también lo ha admitido la parte en su agravio, sólo que cuestiona la interpretación que la Sra. Jueza hizo de las pruebas colectadas.

La quejosa, denunció que el horario cumplido por la demandante, era de cuatro horas diarias, durante cinco días a la semana y que los horarios variaban según el caudal de trabajo y según los francos de los demás

empleados. Tal circunstancia imposibilita ubicar el trabajo de la accionante en el día, para así comparar lo sostenido por cada una de las partes, con lo declarado por los testigos. Tampoco ha justificado como era el organigrama que posibilitaba contratos de trabajo con jornada parcial, cuando se trata de una explotación comercial, que tienen un extenso horario de atención al público.

El testigo B. a fs. 115 a la sazón, adicionista del restaurante y según L. (fs.116) era el encargado, cuando se lo interroga para que precise el horario de trabajo indica que principalmente trabajaba un turno, que era de 11,30 a 14,30 hs. o de 20 a 00 hs., o trabajaba a la mañana o lo hacía por la tarde.

La testigo L. da cuenta en su declaración que la única persona que trabajaba sólo de noche era ella, cumpliendo el resto de personal el turno completo, dio razones para justificar como sabía que la actora laboraba por la mañana, fue coherente con las tareas desempeñadas por C. y siendo sus dichos contrapuestos con la versión de la actora, no hubo repreguntas que pudieran poner en evidencia que su declaración era falaz.

Por otro lado, no se hace cargo la apelante de la conclusión del perito cuando a fs. 125 que para los períodos controvertidos a partir de febrero de 2008 "*según el Libro de Sueldos y Jornales se trata de una prestación a tiempo completo, pero la remuneración liquidada es de una prestación de jornada reducida*".

Coincido con lo decidido en la anterior instancia, en que no existe prueba suficiente para demostrar la efectiva jornada reducida y no es dable admitir que la actora debía probar la extensión de la jornada.*"La modalidad de contratación a tiempo parcial hace gravitar sobre la empleadora que la invoca una mayor exigencia para su prueba por contar con los elementos fehacientes que dan respaldo a su tesis. En este orden debe recordarse que la accionada invocó una modalidad contractual de excepción y por lo tanto debía acercar a la causa todos los elementos que justificaban la misma. Y esto significa no sólo al libro del art. 52 y*

recibos, sino a todo lo vinculado con las constancias reales de los horarios y turnos a cumplir y cumplidos por los empleados -en especial por la trabajadora". (CNT Sala V "Canalda Gabriela Karina c/ Latan SRL. y otros s/ Despido" 19-oct-2009 MJ-JU-M 52810-AR).

En cuanto a la fecha de ingreso, destaco que al absolver posiciones, el representante legal de la sociedad demandada, luego de expresar que no era cierto el ingreso de la actora en el año 2005, señaló *"Creo que no es cierto. No recuerdo exactamente las fechas"* (v. fs.110. 1ª.posición) Tratándose de un dato fáctico esencialmente controvertido, la duda beneficia a la actora.(art. 9 LCT)

En cuanto a las declaraciones testimoniales ya hemos dicho que *"La prueba testimonial es esencialmente subjetiva y su valor depende de las condiciones morales de los testigos, de su probidad, del conocimiento personal que de los hechos tengan, de la verosimilitud de estos mismos hechos y de la concordancia de sus dichos con los demás elementos de mérito que pudieren obrar en el expediente. Su valoración es, en definitiva, facultad privativa del magistrado para lo cual cuenta con los criterios de interpretación que le provee las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 -antes arts. 386 y 456- del CPCC)."*(entre otras SDL Nº 05/10 SDL Nº 28/10).

El testigo B. (fs.115) según sus dichos, ingresó a laborar en junio/ julio del año 2006 por lo que mal puede atestiguar sobre circunstancias que no pudo conocer, careciendo de eficacia su declaración, en definitiva, de referencia. No puedo soslayar, aquí que el testigo es dependiente de la demandada y que su declaración, excede el marco de lo percibido a través de sus sentidos. Se ha dicho en ese sentido que *"El hecho de que el testigo sea dependiente de la demandada tiñe de cierta subjetividad sus declaraciones en los términos del art. 441 inc. 5 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación"* (Cám. Nac. de Apel. del Trabajo, sala X, 29/06/2006, in re:"Brizuela, Mónica

P. c. Buhl S.A.", AR/JUR/4152/2006; LA LEY 13/02/2007, 7 - LA LEY2007-A, 571)

La testigo L., pudo referenciar el ingreso de C. al restaurante en noviembre de 2005 y no advierto que la crítica conmueva la valoración de esta declaración. Ya he señalado que la misma trae convicción desde que ha dado fundamentos a sus dichos, ha declarado sobre circunstancias de las que tiene conocimiento directo y sin que la parte contraria haya procurado poner en evidencia que los mismos son inverosímiles.

Concluyo sosteniendo que la parte demandada, pese a su vehemencia y admitir conforme el criterio expuesto por esta Cámara (entre otras SDL N° 32710), que el Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba, pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan, no ha logrado demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad.

Propongo a mis pares, desestimar estos agravios.

b) El agravio respecto de la aplicación de la multa del art. 45 de la ley 25345 no será admitido.

Esta Cámara se ha expedido en el sentido que la sanción contenida en el art. 45 Ley 25345 que reformó el art. 80 LCT, suma un instrumento de lucha contra la evasión fiscal. Por ello, su objeto no es que el trabajador obtenga un resarcimiento indebido, sino que sanciona al empleador que no dio cumplimiento con las obligaciones contenidas en los primeros párrafos del artículo 80 LCT. (CAPM SDL 17/10)

Entre los deberes que la LCT impone al empleador se encuentra el de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social contempladas en el art. 80. Luego, el art. 45 de la Ley 25.345 dispuso "Agrégase como último párrafo del art. 80 de la LCT (t.o. por

decreto 390/76) el que sigue: "*Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente a la de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente.*"

Surgen entonces dos obligaciones que se diferencian por su objeto:

1) Constancia documentada de pago de cotización: El objeto de esta obligación de dar, es la copia de los comprobantes de depósito de las contribuciones debidas como obligado directo por el empleador y de los aportes y cuotas a cargo del trabajador retenidas por aquél, en cuanto se trate de cotizaciones con destino a la seguridad social o sindical.

2) Certificado de trabajo: Al extinguirse el contrato de trabajo, cualesquiera sea su modo, el empleador debe otorgar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre: el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos, constancia de los aportes efectuados con destino a los organismos de la seguridad social y calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo.

"Se trata, en esencia de una obligación de hacer- ya que lo relevante es la información incluida en el certificado- que nace con la extinción del contrato de trabajo"(Julio Armando Grisolía Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Tomo I Pág. 609, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2008).

En cuanto al plazo para su cumplimiento el decreto 146/01 -reglamentario del art. 45 de la Ley 25.345- establece definitivamente, el plazo perentorio

dentro del cual el empleador, una vez producida la disolución del vínculo laboral por cualquier causa, debe entregar al trabajador los instrumentos a los cuales se refiere el art. 80 de la LCT. Así dispone, que el trabajador está habilitado para remitir el 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 de la LCT, dentro de los 30 días corridos de extinguido por cualquier causa, el contrato de trabajo. La mora se produce de pleno derecho pero resulta requisito ineludible para la procedencia de la sanción el requerimiento previo y fehaciente la entrega de dichos certificados. El empleador, dentro de los dos días de la intimación debe hacer entrega de las constancias y certificados previsto en la norma, su incumplimiento trae aparejada la multa aquí reclamada.

Extinguida la relación laboral el día 19 de febrero de 2009 (fs.10) y no cumplida la obligación de entrega inmediata a la desvinculación las certificaciones que prevé el art. 80 LCT, la actora cursó el requerimiento a la demandada con fecha 27 de marzo de 2009 (fs.13). Frente al mismo, la empresa, señaló en la carta documento agregada a fs.14 y datada el 8 de abril que la certificación de servicios y remuneraciones estaba a su disposición para retirar en días hábiles en el horario de 12 a 14 hs., pudiendo la actora concertar otro horario, a su conveniencia, a los teléfonos allí indicados.

La señora jueza ha señalado que la misiva del día 27 de marzo fue recepcionada el día 28 de marzo conforme constancia obrante a fs.38 vta.

Se queja la demandada que las referidas constancias no dan certeza alguna sobre la fecha de recepción de la misiva. Admitiré, a favor de la demandada que no es dable darle valor convictivo a las mismas y que hubiera sido menester prueba fehaciente de la recepción.

El art. 63 de la LCT establece claramente que las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen

empleador y de un buen trabajador tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación laboral.

No se trata aquí de valorar si la "puesta a disposición" importa o no cumplimiento de la patronal (v. Rodríguez Manzini. Ley de Contrato de Trabajo Tomo II LL págs. 1036/1037). Tengo para mí que, más allá de la presentación de los certificados y constancias al contestar demanda, no puede, con el argumento recursivo que intenta, rebatir que el día 8 de abril el incumplimiento estaba configurado. En tal fecha asumió la empresa que la documentación estaba a disposición de la parte, en esa y no, dentro de los dos días hábiles subsiguientes.

Poco interesa, a estos fines la existencia del feriado de Semana Santa, que por otro lado no fue alegado como eximente al contestar demanda y la fecha de comunicación a C. (adviértase que el Correo local impuso sellos los días 9 y 11 de abril). Al día ocho de abril de 2009, la demandada asumió que tenía en su poder las certificaciones de referencia, cuando es de toda evidencia que la certificación de firmas dada por la autoridad bancaria fue el día 13 de abril de 2009.

Por ello, y dejando a salvo mi opinión sobre el valor que tienen los formularios PS.6.2 de la Anses para dar cumplida la obligación del art.80 LCT, debe entenderse que el presupuesto de hecho para la procedencia de la indemnización tarifada, se encuentra acreditado con el propio reconocimiento de la parte y ello es así, por que los certificados, no estaban disponibles para la actora en la fecha que impuso la comunicación de fs.39.

"La omisión de cumplimiento de una u otra obligación – en el plazo que fija la nueva norma- configura el presupuesto de hecho que da lugar al pago de la indemnización especial " (Ackerman DT 2001-A pág 549).

c) El restante agravio será admitido.

La señora jueza remite al cálculo de diferencias salariales efectuado por el perito y el mismo contiene la liquidación de períodos no reclamados por la parte, por lo que corresponde detraerlos de la misma (19 días de abril/08, mayo/ junio/ julio/ agosto y 8 días de septiembre/08) como también la incidencia que ello tiene en el cálculo del SAC. En la etapa de ejecución de sentencia, el perito contador deberá reajustar la liquidación considerando estos parámetros.

La reformulación de las diferencias salariales no tiene incidencia, en el cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido incausado, las que han sido liquidadas conforme las normas que la rigen (art. 245 y cctes. de la LCT).

Por lo que propongo, admitir parcialmente este agravio.

5.

En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo recurrido, al sólo efecto de modificar el cálculo de las diferencias salariales, respecto de las cuales se practicará nueva liquidación en la instancia de grado excluyendo los períodos no laborados por la actora , confirmándolo en todo lo demás que fuera objeto de agravios.

El art. 289 del CPCC autoriza la adecuación de las costas de la primera instancia, cuando la sentencia que se dicta es revocatoria o modificatoria de la de la primera instancia. En el caso, no se modifica el carácter de vencido que tiene la demandada (art. 57 Ley XIV Nº 1 y art.69 CPCC), por lo que he de propiciar mantener la imposición de las costas, sin que corresponda readecuar los honorarios, desde que al ser fijados en un porcentaje, el ajuste al nuevo monto de condena opera automáticamente.

6.

En relación a las costas en esta instancia, se imponen a la demandada (art. 69 CPCC) desde que, en lo que prospera parcialmente el agravio, no medió contradictorio, admitiendo el error incurrido en la sentencia de grado y que se han desestimado los agravios restantes. Los honorarios de los letrados que han intervenido, considerando las actuaciones cumplidas en esta alzada, su mérito y el resultado que obtienen, se propone fijarlos para los Abogados F. A. y M. A. en el 16 % a cada uno y a la Abogada C. C. en el 28 % de los que se les fijaran en la anterior instancia. (art. 5 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod).

Mi voto a la primera cuestión es **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

En el voto precedente la Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la demandada apelante, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por la recurrente.

1) Tratamiento de los agravios de la demandada.

1.1) Períodos trabajados. Fecha de ingreso. Jornada de trabajo. Valoración de las pruebas.

Ataca el apelante en su queja los puntos de la sentencia detallados en el título de este apartado.

Atento lo dicho por la Sra. Jueza a quo, el contrato de trabajo que vinculó a las partes es un contrato "de temporada" regido por la norma del art. 96 de la L.C.T. Esta conclusión no ha sido objetada, por lo que adquirió firmeza.

La demandada se agravia por la forma como la magistrada del Inferior ha considerado a los contratos de trabajo que ha presentado en autos en lo que hace a su validez. La apelante presentó tres contratos de trabajo "a plazo fijo" (fs. 48/49/50) y dos contratos "a jornada reducida" (fs. 51/52).

La sentencia ha considerado que estos instrumentos carecen de validez en cuanto a ser considerados como contratos "a plazo fijo" o "a jornada reducida" y ello en base, primordialmente, al principio general que nos dice que el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las circunstancias siguientes: a) que en forma expresa y escrita se haya fijado el tiempo de su duración y b) que la fijación del plazo esté justificado por las modalidades de las tareas razonablemente apreciadas. O sea, el contrato de trabajo se presume por tiempo indeterminado en tanto no medien circunstancias concretas que permitan otra modalidad (conf. CNTrab., Sala VII, DT, 1991-B-2029).

Pero debe tener en cuenta el recurrente que para generar un contrato de trabajo de plazo cierto en nuestro ordenamiento jurídico, no basta el acuerdo de voluntades y la observancia de las formalidades legales sino que debe mediar, además, una necesidad objetiva del proceso productivo, que legitime el recurso a esa modalidad. Quiere decir que deben existir causas objetivas fundadas en las modalidades de las tareas o de la actividad de que se trate que lo justifiquen. De no darse estas exigencias, el contrato se juzgará como de tiempo indeterminado (conf. LOPEZ-CENTENO-FERNANDEZ MADRID, "Ley de Contrato de Trabajo", T.I, p. 562; ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", p.277).

Ahora bien, los requisitos que establecen los incs. a) y b) del art. 91 LCT son *acumulativos* y no alternativos, es decir, deben darse conjuntamente para que el contrato se considere de plazo fijo. *"Las condiciones que establece el art. 90 de la LCT son acumulativas y no alternativas"* (CNTrab., Sala I, 20/03/89,

DT, 1990-A-1167; íd., Sala III, 18/08/95, DT, 1996-A-1193; ídem, Sala IV, 24/05/91, DT, 1991-B-1655; íd., Sala VII, 29/12/94, DT, 1995-A-672).

En lo que respecta a la prueba, es el empleador quien tiene la carga de probar que el contrato es por tiempo determinado (conf. art. 92 LCT).

La sentencia arriba a la conclusión de que la demandada no logró acreditar la razonabilidad de las causales objetivas que justificaran la contratación por un plazo determinado y de allí que le haya quitado validez a los contratos en análisis porque los mismos no se ajustaron a la realidad fáctica acontecida entre las partes. Advierto que los agravios no logran demostrar en este punto el error de la sentencia en estas conclusiones. Las partes han estado contestes en la forma en que se desarrolló la prestación laboral y surge de ello que no se trató de una relación "a plazo fijo" sino que existió una relación que tuvo permanencia aunque la prestación fuera discontinua.

Coincido con la magistrada del Inferior en cuanto a que resalta como relevante el detalle referido a las altas ante la AFIP en la que el contrato de trabajo está denunciado como *"a tiempo parcial: indeterminado/permanente"* (fs. 41, 42, 43, 44, 47), lo que se reitera en los recibos de haberes. A lo que se agrega las constancias de altas de fs. 45/46 en las que se consigna: *"A tiempo completo indeterminado/Trabajo permanente"*.

En cuanto a la "jornada reducida" invocada también por la demandada, nos conduce a la figura del contrato de trabajo "a tiempo parcial". La ley lo define como "aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana o al mes inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad" (conf. art. 92 ter LCT). Es decir que el carácter del contrato como de tiempo parcial no tiene que ver con la duración del contrato sino con la duración de las tareas que presta el trabajador, tomando como módulo de comparación la jornada *habitual* diaria, semanal o mensual, *de la actividad*.

El concepto de *jornada habitual de la actividad* no se confunde necesariamente con el de *jornada legal de la actividad*, aunque sucede normalmente en la mayor parte de las actividades que la *jornada habitual* coincide con la *jornada legal*. La ley utiliza como módulo de referencia la jornada habitual *de la actividad*.

Sentado que el módulo de referencia del contrato a tiempo parcial es la *jornada habitual de la actividad*, no cualquier prestación de tareas inferior a la jornada habitual permite configurar un contrato de trabajo a tiempo parcial, sino que la ley establece imperativamente que el número de horas trabajadas al día, la semana o el mes debe ser inferior a las dos terceras partes de esa jornada habitual. Una duración de las tareas, aunque fuera levemente superior a esas dos terceras partes, no permitiría hacer aplicables los efectos del contrato a tiempo parcial (conf. ETALA, ob, cit., pág.292).

A diferencia del art. 92 LCT que determina que la carga de la prueba de que el contrato es por tiempo determinado (contrato a plazo fijo o eventual) está a cargo del empleador, el artículo específico sobre el trabajo a tiempo parcial nada establece a este respecto.

Del texto del art. 198 LCT del que surge que "la reducción de la jornada máxima legal" sólo procede –entre otras— conforme a estipulación particular de los contratos individuales de trabajo, puede desprenderse que la carga de su acreditación estará a cargo de quien invoque la existencia del contrato celebrado bajo esta modalidad específica de contratación (ver ETALA, C.A. "El contrato de trabajo a tiempo parcial. Su modificación por la ley 26.474", Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, Derecho del Trabajo, LL, T. II, pág.612). Queda claro y rebatido con lo dicho que no puede admitirse la queja dirigida a que la prueba en este aspecto estaba a cargo de la parte actora, como pretende el recurrente.

Atento lo expuesto y habiendo sido la demandada quien invocara en el proceso la prestación laboral de la actora con una "jornada reducida",

asumió aquella la carga de acreditar tal afirmación y no advierto que haya dado cabal cumplimiento a la misma. De los propios dichos de la quejosa y de las probanzas arrimadas a la causa, no es posible llegar a determinar con claridad cual era *la jornada habitual de la actividad* y cual la jornada efectivamente cumplida por la reclamante, a fin de precisar si se estuvo o no frente a la figura invocada por el empleador. Ninguna claridad surge en este punto de las declaraciones testimoniales y llego así a la pericial contable en la cual el experto informa que según el libro de Sueldos y Jornales se trata de una prestación *"a tiempo completo"*, pero la remuneración liquidada es de una prestación de jornada reducida. Esta conclusión no fue atacada en tiempo y forma por la empleadora, con lo que la misma ha sido consentida por ella.

En la cuestión relativa a *la fecha de ingreso*, bien ha remarcado la Sra. Jueza preopinante lo que surge de la prueba confesional, cuando al requerírsele al representante legal de la parte demandada se expida sobre si era cierto que el ingreso de la actora se produjo en el año 2005, respondió: *"Creo que no es cierto. No recuerdo exactamente las fechas"* (fs. 110). Ante esta respuesta cabe la aplicación del *in dubio pro operario*, una de las manifestaciones del principio *protectorio* que constituye uno de los basamentos generales del derecho del trabajo (conf. art. 9, 11 y concs. LCT).

Con respecto a la prueba "Testimonial" también referida en la queja, el principio que nos rige dice que *la prueba de testigos sólo puede ser valorada por el juzgador cuando es admitida por la ley* (conf SCBA, D.J.B.A., v. 43, p. 680, J.A., 1954, IV, p. 191).

Según lo ha recordado la S.C.B.A. (Ac. y Sent., serie 17ª, IX, p.365), la prueba de testigos es *"peligrosa y siempre deleznable"* y *"no puede ser aceptada sino sometiéndola a todo el control que aconseje la lógica"* (Cám, 2ª, Sala II, La Plata, C. 81.893, reg. set. 14/57; 93.051, reg. sent. 123/59, cit. por MORELLO - PASSI LANZA - SOSA - BERIZONCE, "Cód.Proc.", 1ª ed., T.V, p.198).

Gravita en ello el procedimiento escrito, pues las actas disimulan "la fisonomía de los testigos, borra su acento, su color, su gesto y no deja de ellos más que la sombra" (DE LA GRASSERIE, R., "De la preuve testimonialle civile en droit compraré", p.592, cit. por GORPHE, "De la apreciación de las pruebas", p. 391), tal como tuviera ocasión de decidirlo hace muchos lustros la Sala II de la Cámara 2da de Apelac. De La Plata (C. 86.541, reg. sent. 66/60, cit. por MORELLO…, "Códigos…", 1ª ed., T.V, p.198).

De ahí que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149).

Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios -entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción

de certeza- descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám. Apel. C. C. Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

El testimonio del Sr. B. (fs. 115), por ejemplo, no puede ser considerado relevante ya que no es posible considerar eficaz su declaración sobre acontecimientos que no ha conocido atento su fecha de ingreso a trabajar. En este caso, además, se trata de un dependiente del empleador. Si bien de la subordinación en el orden laboral de una de las partes no se sigue necesariamente, conforme con los principios de la lógica y con las reglas de la experiencia, la falsedad del testigo, es a todas luces prudente no atenerse a los dichos de los empleados u obreros de los comerciantes cuando se trata de probar los créditos que éstos afirman tener contra su cliente (conf. Cám, 2ª Sala II, La Plata, DJBA, 52, p. 354). Advierto que, incluso, hay tribunales que han resuelto que *"en principio, se prescinde de los testigos dependientes de una de las partes"* (Cám, 2ª Apel. Mercedes, DJBA, 91, p. 69; LL 138-827; JA 1970, 8 pág.587).

Por otra parte, la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración que se realiza sobre la declaración testimonial del testigo L., la cual ha sido fundamentada y referida a hechos de los que tuvo conocimiento directo. Advierto, además, que en ningún momento se ha atacado la idoneidad de este testigo por la vía pertinente.

Ante este panorama, debe tenerse presente que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los

datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso, y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales.

Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada uno de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa (conf. C.A.L.Zamora, Sala I, C. 58.267, reg. sent. def. 545/03).

Respecto de la crítica del apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a dudas una declinación del principio del art. 390 del CPCC.

Atento lo expuesto y compartiendo en el punto lo fundamentos vertidos por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, corresponde en mi opinión el rechazo de los agravios en el punto en tratamiento. Así lo voto.

1.2 <u>La multa del art. 45 Ley 25.345</u>.

La recurrente considera que no se le debe aplicar la muta en cuestión ya que la documentación estaba en condiciones de serle entregada al reclamante al plazo del vencimiento del cumplimiento de tal obligación. Hace para este planteo un juego de fechas con los días de Semana Santa que no deben considerarse.

El art. 80 de la LCT establece la obligación para el empleador de entregar al trabajador cuando éste lo requiriese a la época de extinción de la relación, constancia documentada del ingreso a los fondos de seguridad social por parte de la patronal y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención. Asimismo y cuando el contrato se extinguiere por cualquier causa, el empleador está obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, que contenga las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados a los organismos de la seguridad social.

La misma norma prevé que si el empleador no entrega la constancia o el certificado referidos dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador en forma fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor.

El art. 3 del Dec. Regl. 146/01 aclaró, razonablemente, que el trabajador queda habilitado para hacer el requerimiento cuando el empleador no hubiera hecho entrega de las constancias o certificados dentro de los treinta días de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

De autos surge (fs.13) que la actora intimó fehacientemente al empleador la entrega de la certificación en tratamiento el día 27 de Marzo de 2009. Este reclamo fue respondido por la empleadora mediante su despacho postal del día 08 de Abril de 2009 (fs.14) en que le informa a la reclamante que la certificación está *"a su disposición…"*. Adelanto que si alguien "pone a disposición" una documentación, es porque cuenta con la misma en su poder para ser entregada de inmediato y en la forma que corresponde.

No entraré en el debate sobre la fecha en que la empleadora recibió la intimación de la empleada y si existieron días que no deben computarse por la semana santa ya que no lo considero relevante para dirimir la cuestión. Me remitiré a los dichos de las partes y a las constancias documentales que aquí obran. En ese camino, encuentro la documentación presentada por la demandada a fs. 63/68 (Certificación de Servicios y Remuneraciones) relativa a esta problemática y surge de ella que la certificación de la firma del empleador por una entidad bancaria está fechada el día *13 de Abril de 2009*. No hay mucho que razonar para concluir que a la fecha en que la patronal "puso a disposición" de la empleada la documentación en análisis, la misma no estaba en condiciones de serle entregada dado que no tenía la certificación de las firmas del empleador, la cual recién se cumplimentó el día 13/04/2009. De aquí concluyo que existió incumplimiento de la patronal en la entrega en término de la documentación que contempla el art. 80 de la LCT (art. 45 Ley 25.345), por lo que la aplicación de la multa resulta procedente, desestimándose los agravios en este punto. Así lo voto.

1.3) <u>Las diferencias salariales</u>.

La queja apunta a que la sentencia ha incluido rubros que no corresponden y ello hace que el monto condenado sea improcedente.

Entiendo le asiste razón a la queja en cuanto a que la liquidación confeccionada por el perito contiene períodos no reclamados por la parte, por lo que no es correcto admitirlos en la condena. El reclamo de la actora incluyó los períodos desde el 01 de Octubre de 2007 hasta el 11 de Abril de 2008 y desde el 09 de Septiembre de 2008 hasta el 19 de Febrero de 2009. Por lo tanto, en base a los cálculos que determine el experto en la etapa de ejecución de sentencia, sólo deberán incluirse en la condena los importes que correspondan a los períodos efectivamente reclamados y no a los

demás que incluyó el dictamen pericial y que la sentencia también los ha incluido indebidamente. Coincido, por lo tanto, con los fundamentos vertidos en este punto por la Sra. Jueza de Villafañe en que el perito contador deberá reajustar la liquidación considerando estos parámetros y los indicados también en su voto por la Sra. Jueza preopinante.

Coincido también con el voto precedente en cuanto a que la reformulación de las diferencias salariales no tiene ninguna incidencia en el cálculo de la indemnización por despido incausado (art. 245 y concs. LCT), por lo que no es correcta la afirmación que contiene el agravio en cuanto a que se modifica todo el punto "8" de la pericia contable; la modificación es sólo parcial.

En virtud de los fundamentos expuestos, voto para que se admita parcialmente este agravio.

2) <u>La adecuación de las costas de primera instancia</u>.

Atento a lo dispuesto por la norma del art. 289 del ritual, coincido en el punto con lo propuesto en el voto precedente por la Sra. Jueza de Villafañe en cuanto a que no se ha modificado el carácter de vencida de la demandada (conf. art. 57 Ley XIV N° 1; art. 69 CPCC). De allí que sea procedente mantener la condena en costas para dicha parte sin readecuación de honorarios dado que los mismos fueron fijados en un porcentual, lo cual produce su ajuste automático sobre el nuevo monto de la condena.

3) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Atento la forma como se resuelve el recurso en tratamiento, las costas deben ser impuestas a la parte demandada (art. 69 CPCC). Encontrándose ajustados a derecho y atento la naturaleza del proceso y la labor desarrollada en el mismo, considero que los honorarios de los letrados

intervinientes deben ser los propuestos en su voto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.**

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

Por mis argumentos propongo a los Sres. Jueces de Cámara, el pronunciamiento que sigue: **1) REVOCAR** parcialmente la sentencia de fs.146/149 para disponer que, en la etapa de ejecución de sentencia, deberá practicarse nueva liquidación considerando las diferencias salariales en los períodos efectivamente trabajados por la actora, reajustando el sueldo anual complementario y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido motivo de agravios; **2) IMPONER** las costas en la Alzada a la apelante vencida (art.69 CPCC); **3) REGULAR** los honorarios de los Abogados F. A. y M. A. en el 16 % a cada uno y a la Abogada C. C. en el 28 % de los que se les fijaran en la anterior instancia. (art. 5 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod).; **4)** De forma.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas 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 febrero de 2012.

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.146/149 para disponer que, en la etapa de ejecución de sentencia, deberá practicarse nueva liquidación considerando las diferencias salariales en los períodos efectivamente trabajados por la actora, reajustando el sueldo anual complementario y **CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido motivo de agravios;

2) IMPONER las costas en la Alzada a la apelante vencida (art.69 CPCC);

3) REGULAR los honorarios de los Abogados F. A. y M. A. en el 16 % a cada uno y a la Abogada C. C. en el 28 % de los que se les fijaran en la anterior instancia. (art. 5 y 13 Ley XIII N° 4 y su mod).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL. CONSTE.