En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de julio del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo E. FIORDELISI y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Mario Luis VIVAS, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M. N. G. c/ C. P. Y B. s/ COBRO DE PESOS" (Expte. N º 95 Año 2012)**, venidos del Juzgado Laboral N º 1 (Expte. N º 528/08), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 277.

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 P. Y B. S.A. a abonar a N. G. M., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día de liquidadas y mediante depósito judicial en autos, la suma a determinar en la etapa de ejecución y comprensiva de los siguientes rubros y conceptos: diferencias saláriales por categoría, adicionales no remunerativos y jornada para el período reclamado de enero a mayo del año 2006 y proporcionalmente al tiempo trabajado desde abril hasta el distracto; las diferencias respecto de la liquidación final y rubros indemnizatorios abonados ; el agravamiento previsto por el Art. 2 de la ley 25.323 limitado a la diferencia hallada y la multa prevista por el Art. 1 de la ley 25.323, todos los ítems con más los intereses conforme la tasa activa que aplica el Banco del Chubut SA para las operaciones de descuento de documentos comerciales, desde que resultaron debidos y hasta el efectivo pago. Condenó también a la empresa

a cumplir con la entrega de las certificaciones de trabajo, servicios y remuneraciones previstas por el Art. 80 L.C.T. adaptadas a lo decidido, en el plazo de diez días y bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Impuso las costas por su orden y las comunes por mitades y fijó los honorarios correspondientes al perito contador y a los letrados que intervinieron en el expediente.

Para así resolver señaló que reconocida la relación laboral, la cuestión planteada se limitaba a determinar la categoría, jornada y remuneración y luego de ello si existen las diferencias salariales y sobre la liquidación final, indemnizaciones y multas reclamadas.

En cuanto a la categoría laboral, aclara que si bien de la demanda surge que se pretende aplicar un convenio colectivo diferente al 130/75, el reclamo concreto se reduce a pretender la categoría de "cajera A" del convenio antes mencionado por jornada completa, por lo que analiza la relación entre las partes desde el CCT 130/75. Dice que en el mismo no existe la categoría que se desprende de los recibos salariales acompañados "ayudante contrato" ya que hasta por el sentido lógico del término toda categoría que se enuncie como ayudante debería referir a una categoría determinada y eso surge del artículo 14 CCT. Agrega que al mantener durante todo el contrato esa categoría inexistente, aun cuando reconoce que desempeñó las funciones de croupier y cajera, es claro que no se ajustó en términos estrictos a la convención colectiva que declara aplicable y que la indefinición de la categoría provoca que no se sepa a ciencia cierta en que agrupamiento está categorizando a la trabajadora.

En cuanto a la jornada de trabajo señala que reiteradamente se ha sostenido que quien alega una jornada parcial, en tanto resulta excepcional, debe acreditarla y agrega por su parte, que también es necesaria una fundamentación adecuada de tal excepcional contratación, máxime cuando se trata de explotaciones con extensos horarios de atención al público. Dice

que la escueta explicación ensayada -refuerzo del personal de juego- no resultó acreditada y que resulta extravagante que un refuerzo se mantenga durante un año y medio. Luego de ello, analiza la prueba testimonial cumplida por R. (fs. 195), R.(fs. 196), L. (fs. 199, D. M.(fs. 202), T. (fs. 203), Z. C.(fs. 204) y concluye que valorada a la luz del principio de la sana crítica, vinculada con lo expresado en cuanto a la registración de la relación habida, resulta hábil para formar convicción en el sentido de que la parte demandada no acreditó el contrato a tiempo parcial invocado.

A ello agrega que la demandada no exhibió el libro del Art. 52 L.C.T. pese a las deficiencias de registro señaladas por el perito contador a fs. 117. Dice que la omisión no sólo tiene las aristas comunes a tal tipo de incumplimiento de exhibición (Conf. arts. 52 y 55 L.C.T.) sino que se proyecta específicamente sobre el tema en discusión, ya que entre los datos que el empleador debe consignar en el libro previsto por el Art. 52 se encuentra la modalidad contractual, para lo que tiene en cuenta que, conforme se desprende del alta temprana que tiene a la vista y que obra a fs. 2 del expediente reservado en Secretaría y mediante el cual tramitara la absolución de posiciones de la parte actora, el empleador pese a la modalidad a tiempo parcial que invoca en el conteste no hizo lo propio al remitir el alta temprana de M. a quien inscribió bajo la modalidad "eventual" que se corresponde con la categoría "12" elegida.

Continúa diciendo que tampoco se puede y aún partiendo de los registros unilateralmente llevados por el empleado, desentrañar por intermedio de los recibos salariales los días trabajados por pues sólo el recibo donde se liquidan los rubros emergentes del despido (fs. 4) da cuenta de los días trabajados, no así el resto (ver fs. 5 a 22), resultando en consecuencia la cifra liquidada imposible de vincular a categoría ni a cantidad de días laborados.

Por todo lo cual concluye que el contrato que vinculó a las partes fue por tiempo indeterminado y de jornada completa.

En cuanto a la categoría laboral, descartada la que utilizó la demandada, hace referencia a las declaraciones de los testigos, con las cuales tiene por cierto que la actora ingresó como ayudante para luego desempeñarse como croupier y -finalmente- como cajera y a falta de determinación de los períodos de ambas actuaciones, concluye que la actora revistó los primeros 3 meses -durante el período denominado de prueba- como ayudante de cajera (administrativa A Conf. Art. 6 inc. a) C.C.T 130/75) para luego hacerlo como "cajera A" hasta la finalización de la relación laboral, para lo que tiene en cuenta los arts. 16 y 27 del C.C.T. 130/75 consecuentemente le correspondía el cobro del adicional por falla de caja previsto en el Art. 30 del CCT 130/75.

Sobre el adicional señala la señora jueza que su valor trimestral es de $ 111,16 y los pagos que la demandada afirma abonó por el código 17, no es el adicional por fallo de caja previsto en el Art. 30 del CCT 130/75 sino un rubro diferente abonado en forma voluntaria por la empresa, ello así por cuanto no coincide, en forma de pago, monto, ni nominación con el rubro convencional. Es decir, la empresa abonó este rubro en forma mensual, a razón de $ 40 por mes y bajo el título de Supl. fallas de caja. El rubro convencional, se abona en forma trimestral, ascendió a $ 111,16 desde enero/06 y hasta que la relación laboral finiquitó.

Desestima el trabajo suplementario y horas nocturnas, por haberse reconocido el trabajo en turnos rotativos lo que obsta al reclamo y en cuanto a la inexistencia de francos, el hecho no sólo no ha resultado acreditado, sino que rige la prohibición de su compensación en dinero cuando al respecto la prohibición de computarlos como multa en tanto la trabajadora no los haya gozado per se ante la pretensa renuencia de la demandada en otorgarlos (arts. 204 y 207 L.C.T.).

Rechaza la multa prevista por ley 25.972 en tanto la incorporación de la actora significó un aumento en la plantilla de personal de la demandada.

Desestima la multa prevista por el Art. 43 de la ley 25.345 en tanto no se acreditó retención alguna de aportes.

En cuanto a las certificaciones previstas por el Art. 80 L.C.T. dice que el hecho de haberse demostrado que el trabajador percibió una remuneración distinta a la registrada por el empleador y la existencia de diferencias saláriales, sólo produce la obligación de entregar un nuevo certificado actualizado, pero no determina la procedencia de la multa prevista por el Art. 80 LCT, que pena la falta de entrega de tales certificaciones.

Admite el agravamiento previsto por el Art. 2 de la ley 25.323 fundado en la infructuosa intimación de pago, aunque limitado a la diferencia hallada y con base en la deficiente registración comprobada, admitió la multa prevista por el Art. 1 de la ley 25.323.

La sentencia es apelada por la parte actora a fs. 241, su memorial de agravios se agregó a fs. 247/250 y la réplica a fs. 260/ 261 vta.

La parte demandada apeló a fs. 243, expresó agravios por escrito anexado a fs. 252/ 258 y su contestación obra a fs. 263/ 266.

2.

Los agravios:

a) Los agravios de la Sra. N. M.

En el desarrollo de sus agravios se ocupa en primer lugar de la omisión en reconocer la procedencia de la multa prevista por el Art. 43 de la Ley 25.345.

Expresa que la única fundamentación que para ello hace la Magistrada ha sido que no se acreditó retención alguna de aportes, sin expresar el motivo por el cual no han jugado contra el empleador las presunciones del Art. 9 de la LCT y los arts. 41 y 43 de la ley XIV N º 1.

Señala que del juego armónico de esas normas, se desprende que incumbía a la parte demandada demostrar que no había retenido aportes y

contribuciones a la seguridad social, acreditando en consecuencia que había efectuado correctamente los mismos y que ninguna prueba válida ha rendido el demandado en este proceso. Agrega que en el punto de manera arbitraria la jueza ha desconocido y prescindido de la prueba pericial contable, sin dar argumentos para dejar de lado lo allí expuesto en el punto 8 por el cual el experto no puede asegurar que la demandada haya cumplido o no con sus obligaciones de ingresar regularmente los fondos de seguridad social, obras sociales y sindicales correspondientes a la actora, aludiendo a la falta de cooperación de la empresa demandada. Dice también que no consideró el informe de la AFIP DGI de fs. 145 que da cuenta que los aportes se hicieron a partir de agosto de 2005 cuando el ingreso fue el 22 de septiembre de 2004 y que en definitiva no ha sido su parte quien no probó, sino que la accionada con su actitud impidió que el perito informara cabalmente sobre el punto.

En el segundo agravio se queja de la desestimación de la indemnización del Art. 80 de la LCT.

Argumenta que con base en un antecedente de esta Cámara (SDL N º 4/11), la Magistrada desestimó la multa y que las circunstancias fácticas de ese precedente no son las mismas, exponiéndolas y concluyendo que en los certificados entregados por la demandada, se ha consignado una categoría inexistente y una jornada de trabajo que no correspondía, por lo que la multa resulta procedente.

En el tercer agravio se queja de la limitación injustificada de la multa dispuesta por el Art. 2 de la Ley 25.323. Dice que la Magistrada ha reducido la misma sin justificativo alguno, obviando la conducta ilegítima y contraria a la buena fe con la que actuó el empleador, debiendo revocarse la sentencia y calcularse el incremento del 50% por sobre el total de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.

En la réplica de los agravios la parte demandada sostiene con sus argumentos y según la prueba producida la sentencia de primera instancia.

b) <u>Los agravios de P. Y B. S.A.</u>

Sostiene que si bien se han desestimado varios ítems demandados, subsisten algunos que también debieron ser rechazados y por los que se agravia.

El primer agravio refiere al contrato a tiempo parcial desestimado por la Magistrada por considerar que no se probó la existencia y desarrollo de esa modalidad. Dice que la a quo ha tenido una errónea apreciación de la naturaleza y condiciones del contrato de trabajo a tiempo parcial, confundiéndolo con los requisitos de los contratos a tiempo limitado como los de plazo fijo y eventuales. Que su parte agregó el contrato celebrado al inicio de la relación laboral y que la actora reconoció su firma en la prueba confesional, junto con el del recibo del mes de abril, suspensiones y solicitud de afiliación al Sindicato de Empleados de Comercio.

Señala que la señora jueza indicó en su fallo que era necesario una fundamentación adecuada de tal excepcional contratación cuando ese resulta un requisito no exigido por la ley en su Art. 92 ter ni la doctrina y que tampoco es recaudo la instrumentación por escrito del mismo.

Por su lado los testigos de su parte, R., R., Di M. Y T., fueron contestes en que M. laboraba quince días al mes con tres de franco, lapso encuadrado dentro de las exigencias del Art. 92 ter LCT, declaraciones que fueron descartadas porque al dar la razón de sus dichos, conocían las circunstancias por los cargos que ocupaban sin poder expresar que visualizaron y/o comprobaron por sus sentidos tal situación. En su crítica a tales conclusiones, dice que en ningún momento los testigos refirieron que no tuvieran conocimiento directo de la frecuencia modalidad y tipo de

prestación, por el contrario por razón de su trabajo específico pudieron apreciar el trabajo de la actora.

Agrega que de las declaraciones de L. y Z. C. no puede inferirse la conclusión de la jueza en que se acredita la inexistencia de contrato a tiempo parcial.

En cuanto a la falta de exhibición del Art. 52 LCT, observa que a fs. 200 figura el acta donde su parte cumplió con la orden judicial, dejando constancia el letrado que en ella figura la actora inscripta como contrato de prueba y tiempo parcial, de manera que las dudas de la jueza sobre la forma de registro son inexistentes, que como la documentación era voluminosa se manifestó que se haría la búsqueda por folios agregándose que la pericial contable ya se había expedido sobre la regularidad de las registraciones y que luego de ello el Juzgado no ordenó una nueva exhibición.

Resta valor al formulario de Alta Temprana por considerar que ingresar categoría 12 en lugar de categoría 1 pudo deberse a un mero error de tipeo, pero que ello no invalida la existencia de convenio posterior.

Acota que la liquidación de sueldos a M. fue detallada por el perito contable de la que surge que se abonaron entre junio 2005 y mayo 2006 las remuneraciones a razón de 18 días por mes y que ello fue reconocido por la actora en su demanda cuando señaló que desde abril de 2006 laboró 18 días mensuales lo que denota que siempre fue esa la prestación del débito laboral y que resulta increíble que si hubiese trabajado tiempo antes a tiempo completo haya aceptado modificación del contrato sin hacer uso de los recursos que le brinda la legislación laboral para el ius variandi.

Luego de lo expuesto concluye que está suficientemente acreditada la existencia de un contrato escrito a tiempo parcial, por lo que debe revocarse el fallo en cuanto decide que lo fue por tiempo indeterminado y de jornada completa.

En el mismo agravio refiere a la categoría laboral. Dice que la Magistrada -respecto de la aplicación del CCT 130/75- evidenció un soslayamiento a la comprensión de las actividades no específicas establecidas por la ley 14.250 y concordantes, relacionadas con el derecho colectivo del trabajo, que las denominaciones específicas de ese convenio debieron adaptarse a las funciones del casino y que con posterioridad a la desvinculación se suscribió con el Sindicato una convención colectiva homologada donde se establecieron las equivalencias de categorías, de modo tal que la denominación dada a M. en cuanto a categoría no tenía ninguna preestablecida ni exigible, por ello se la registró como ayudante porque esa fue su labor durante todo el vínculo y acoplado a esa categoría la denominación contrato para diferenciarla de aquellos empleados con trabajo a tiempo completo. Señala que la Magistrada denostó esa categoría sin señalar cual debía utilizarse, y que no está acreditado que fuera cajera sino ayudante de esas funciones. Alude a las categorías del CCT y que las cajeras corresponden al de personal administrativo y que de esa manera bien pudo ser croupier y ayudante de cajera y que lo que surge del recibo "ayudante contrato" es la forma sintetizada, en la comprensión de la empresa que era ayudante y no titular y que era contratada y se entendía que era a tiempo parcial, para diferenciarlo de la modalidad de contrato a tiempo completo.

En cuanto al tiempo de trabajo como cajera señala que en la demanda, se reconoció una alternancia en las funciones de cajera y croupier y que M. negó haber trabajado los últimos meses como cajera, por lo que debe revocarse la sentencia en cuanto señaló que a partir del tercer mes de trabajo debió revistar en la categoría de cajera en forma permanente y no fue titular de la función salvo los últimos meses.

Como segundo agravio identifica al pago del suplemento por diferencia de caja. Señala que al encuadrar a la actora en la categoría de Cajera A, la

sentencia determinó que debía abonarse la compensación establecida por el Art. 30 del CCT 130/75 y que el pago que por tal concepto hizo la patronal como código 17 no es el que prevé la norma convencional.

Alude a las diferentes denominaciones que le dan al rubro la actora, la propia de la M. y que el CCT, la refiere como compensación; que el pago mensual en vez de trimestral no está vedado por norma alguna y que la demandada en lugar de pagar $ 111, 16 por trimestre, lo liquidó en forma mensual y aumentándolo a $ 40, cifra que en definitiva se reclama en la demanda; señala que en la sentencia se termina castigando al empleador que favoreció al empleado y que al no existir una denominación precisa ni vedado el pago mensual, procura que se tenga el rubro del Art. 30 CCT, como debidamente abonado, independientemente de los períodos que correspondió.

En el tercer agravio se queja de la condena a su mandante a abonar las multas de los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323.

Justifica su agravio diciendo que debió señalarse cuál ha sido la inscripción defectuosa. Si las anomalías consideradas fueron la categoría de revista y el nivel de remuneración, observa que el alta temprana es el elemento indispensable que comunica una modalidad laboral pudiendo modificarse en todo momento del vínculo laboral, y que un error material no puede tener por castigo la multa cuando la registración laboral está prevista en la ley 24013 sin que se aluda allí al formulismo de la AFIP; que la cuestión de la categoría se remite a lo dicho en cuanto a su denominación, que no existe discusión en cuanto a la fecha de ingreso. Señala también que en materia de multas la interpretación debe ser restrictiva y que la doctrina establece que debe establecerse como defecto en las registraciones cuando se trata de los arts. 9 y 10 de la ley 24013.

En cuanto al Art. 2 de la misma ley, dice que aún cuando se ha condenado se aplique respecto de las diferencias halladas, P. y B. abonó los conceptos

que integran la liquidación final, que pueden o no ser reconocidos en autos, por lo que debe revocarse la sentencia en ese aspecto.

Para fundar su cuarto agravio, señala que dentro de los reclamos en la liquidación se incorporó la correspondiente a mayo de 2006, no obstante haber sido abonada y reconocida la firma en el recibo por la actora y, si bien no hay alusión en la sentencia a ese período -que no ha reclamado antes del juicio-, el perito contador, ha dado cuenta de su pago por lo que estima conveniente sea suplido en esta instancia.

En la réplica de los agravios la parte actora sostiene con sus argumentos y según la prueba producida, la sentencia de primera instancia.

3.

Tratamiento de los agravios:

Por cuestiones de método abordaré en primer término los agravios de la demandada en tanto los mismos resultan antecedente necesario para determinar cuál ha sido la modalidad de trabajo que unió a las partes, para luego ocuparme de las quejas de la actora respecto de las indemnizaciones y multas derivadas del distracto.

3.a. La modalidad del contrato

Al tiempo de contestar la demanda, la empresa P. Y B. S.A. alegó que la actora ingresó a trabajar como ayudante y para refuerzo de personal de juego, como empleada permanente a tiempo parcial, para lo cual celebró un contrato en los términos del Art. 92 ter de la LCT y que el vínculo se desarrolló estrictamente en el marco del mismo, laborando menos de las 2/3 partes de las jornadas habitual, debido a que fue a trabajar sólo los días que fue convocada a hacerlo y que figuran abonados en los recibos de remuneraciones.

Como ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos, es una regla del derecho procesal que quien afirma un hecho debe probarlo, regla que sólo admite excepciones en vistas a proteger a la parte débil y/o quien tiene una mayor dificultad probatoria, mediante una inversión de la carga de la prueba. En el caso del derecho del trabajo, estas inversiones se dan a favor del trabajador, pero no del empleador. Por lo tanto, si el empleador, como en el caso de autos, invoca la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, debe probarlo. (CAPM entre otras "L. M. A. C/ C. R. OS. S / Cobro de pesos" (Expte. N º 51 - año: 2010) SDL N º 09/10; "E. A. A. c/ C. G. E. s/ Cobro de Pesos" Expte. N º 31 Año 2011 SDL N º 008 / 11)

La jurisprudencia en forma monocorde se ha inclinado a favor de la inversión de la carga probatoria cuando se plantea por parte del empleador una jornada reducida, afirmando que apareciendo ésta como de excepción, puede el empleador, de asistirle la razón, establecer los horarios cumplidos por el personal que trabaja en su establecimiento, y de ellos cuántos en jornada completa y cuántos en jornada reducida. (Cfr. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario, Sala III, 14/05/10, "De Franco María Fernanda c/ Prico S.R.L. s/ cobro de pesos"). También se ha dicho que resulta aplicable en estos casos, teniendo en cuenta la modalidad contractual, la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, y quién se encuentra en mejor posición para probar un hecho, debe asumir procesalmente la carga de acreditarlo, siendo en estos casos la empleadora a quien le corresponde demostrar la limitación temporal. (Cfme. CNAT, Sala II, 11/05/09, "Cartagena María Fernanda Elsa c/ Consolidar Comercializadora S.A.")

Por otro lado el contrato de trabajo a tiempo parcial, que como he señalado, es una excepción al principio general del contrato por tiempo indeterminado de jornada completa, no puede más que concluirse que la prueba de esta modalidad contractual debe ser de apreciación restrictiva,

requiriéndose 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. *"La modalidad de contratación a tiempo parcial hace gravitar sobre el empleador que la invoca una mayor exigencia para su prueba por contar con los elementos fehacientes que den respaldo a su tesis"*(CNAT, Sala V, 14/08/03, "Ortega Rosana K. c/ Cuenta Conmigo S.R.L. y otro").

De modo tal que 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 (Cfr. CNAT, Sala X, 14/07/10, "Chiocchio Gladys Inés c/ Dewar S.A.").

A esos fines se cuenta en autos con un contrato celebrado entre las partes en fecha 22 de septiembre de 2004, cuya firma ha sido reconocida por la actora al absolver posiciones (9na. posición) en extraña jurisdicción y que obra en el Expte. 4275/10 (fs.4) reservado como documental y que tengo a la vista en este acto.

Nada se dijo al tiempo de incoar la demanda de la instrumentación por escrito de la modalidad de contrato establecida por las partes y al absolver posiciones (1era) niega la trabajadora haber ingresado a trabajar con tal modalidad contractual.

En el instrumento de referencia se explicitan las causas para la contratación *" atender a la mayor afluencia de público a sus salones de juego que se produce en días y horas determinados"* y la jornada *" expresamente se conviene que el empleado prestará sus servicios como máximo hasta 18 días al mes o el mes completo con una jornada de trabajo que se extenderá hasta cinco horas y media, según las necesidades que pueden variar periódicamente"*, se pacta la remuneración *" proporcional a la que corresponde a una categoría y antigüedad similar a tiempo completo*".

Del informe pericial contable surge que al vínculo de la Sra. M. se le daba el tratamiento en el Libro de Sueldos y Jornales como “contrato a prueba y tiempo parcial“ y que se le liquidaron las remuneraciones desde julio 2005 a mayo 2006 por 18 días y para junio de 11 días laborados.

En cuanto al Libro del Art. 52 LCT, asiste parcialmente razón al apelante, que conforme el acta de la audiencia de fs. 200 cumplió con su exhibición y que el letrado de la parte actora consignó que hasta mayo de 2006 la Sra. M. se encontraba inscripta como contrato a prueba y tiempo parcial, pero también es cierto, que asumió el compromiso de anexar al expediente los folios donde figuraba la actora y que haría la presentación posterior, por lo cual, más allá que no medió decisión jurisdiccional sobre el punto, el compromiso asumido ante la contraria y la Magistrada, exigía una conducta de la parte que no se cumplió.

Respecto de las declaraciones de los testigos aportados por la empresa demandada, asumo que los dichos de R. (fs. 195), R. (fs. 196), D. M.(fs. 202), T. (fs. 203), han dado cuenta de la modalidad del trabajo cumplido, resultando ellas respaldatorias a la posición de la empresa. En todos los casos han cumplido tareas vinculadas a la supervisión de personal o con jerarquía en las salas y desde esas funciones han explicado el trabajo de M..

Lo que resulta diáfano es que, en atención a los lugares de trabajo alternativos y en turnos rotativos, la afirmación de la modalidad de trabajo a tiempo parcial se dificulta para los testigos. Me explico.

Ninguno de los testigos ha tenido ingerencia en la contratación de M., tampoco existe certeza respecto de los días trabajados, para R. la actora sólo trabaja 18 días, la veía a veces los 15 días, otras una semana si, otra no y no la veía permanentemente; R. señala que cuando la actora estaba en F. S. J. no la veía; D. M. dijo que era contratada y que cree que trabajaba 15 días por tres de franco, que había varias personas con un régimen así y que no recuerda con qué frecuencia trabajaba las ocho horas y cree que no

trabajaba en las dos sucursales (él trabajaba en la calle xxxxx); para T. trabajaba 18 activos (días) y tres que tenía franco, en las dos salas y que la veía cuando coincidían los horarios.

Sistemáticamente todos los testigos han señalado que el ingreso se registraba en planillas horarias, las que a tenor de lo informado por el perito, la empresa sólo mantiene en reserva por dos años. Acotaré aquí y en relación a las manifestaciones de la actora en la réplica a los agravios, que la falta de exhibición de las mismas no trae aparejada ninguna consecuencia para el empleador, por cuanto no existe disposición legal o reglamentaria que obligue a conservarlas ni tampoco a exhibirlas. (cfme. Pereira Mata de García, María vs. Pozzi S.A. s. Despido Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala III; 24-03-1997; Boletín de Jurisprudencia de la CN Trab.; RC J 1687/07)

Por su lado, se cuenta con los dichos de las testigos ofrecidas por la parte actora: L. a fs. 199 afirmó que la actora realizaba las tareas descriptas durante todo el mes, la duda queda planteada sobre los días que trabajaba, véase que contestó "*No sabría decir. De lunes a lunes, con un franco de por medio. El casino no cierra*". Al terminar la declaración sobreviene la misma cuestión que para los testigos reseñados supra, cuando en la razón de sus dichos refiere que a veces trabajaban juntas y a veces en distintos casinos; la testigo Z. C. (fs. 204) trabajadora permanente, señaló que no recordaba si trabajaba todos los días, ejemplificó que en verano trabajaban todos los días en la temporada de verano, sin franco. Acotó luego que no quería asegurar si M. se tomaba su franco personal pero que estaba segura que trabajaba todos los días.

En este marco probatorio analizado, la prueba testimonial de L. y Z. C., no tiene a mi criterio entidad para desvirtuar la restante prueba que ha estado dirigida a justificar la modalidad de la contratación. Es cierto que la existencia de turnos rotativos ha dificultado la certeza en los dichos pero si

a eso se suma que el aporte de las testigos de la actora presenta alguna vacilación, soy del criterio que no alcanzan para invalidar al resto de las testimoniales que corroboran la versión de la demandada.

Apoyo mi decisión en otra cuestión que tienen a mi juicio, relevancia para la valoración.

La actora en ningún momento del relato de los hechos refirió a la existencia de un contrato firmado; al tiempo de contestar el traslado de la documental acompañada, no cumplió con la manda del Art. 35 Ley XIV N º 1 que la obligaba a declarar si es o no es suya la firma atribuida en el contrato acompañado y en la absolución de posiciones reservada niega la contratación a tiempo parcial para luego reconocer su firma.

Aún cuando se tenga presente el principio tutelar de la irrenunciabilidad de derechos que rige en la materia, esto es que no resulta suficiente como expresión del consentimiento, ni el silencio del trabajador ni la recepción prolongada y sin reservas ni cualquier otra actitud pasiva, es significativo que se haya omitido toda referencia a la existencia del referido contrato, máxime cuando contaba con las presunciones que genera la excepcionalidad de esa modalidad y que fue la que, en definitiva, reconoce tuvo vigencia a partir del mes de abril de 2006, esto es inmediatamente anterior a la fecha del distracto.

Por todo lo expuesto extiendo acreditado que entre la Sra. N. M. y la empresa P. Y B. existió un contrato de trabajo bajo la modalidad prevista en el Art. 92 ter de la LCT, debiendo revocarse la sentencia en este aspecto.

3.b) <u>La categoría laboral</u>

El encuadre en la categoría laboral fue una cuestión propuesta en la demanda y que mereció del apelante una breve consideración, pues refirió que el trabajo desarrollado por la Sra. M. fue -principalmente-, como ayudante de las mesas de juego, lo que se denomina croupier y

esporádicamente, como cajera y que cuando lo hizo con cierta continuidad a finales de la relación laboral, percibió el plus de convenio.

Luego de ello, señalar que la señora jueza ha soslayado la comprensión de las actividades no específicas establecidas por la ley 14250 y cctes relacionadas con el derecho colectivo, la adaptación del CCT 130/75 al personal el Casino y el CCTE firmado con posterioridad a la desvinculación de M. no tienen en su manifestación, crítica que deba tratarse.

Tampoco puede ingresarse al estudio de la justificación en los recibos de haberes de la inscripción "Ayudante Contrato", pues nada dijo al respecto, cuando se expidió sobre el reclamo al contestar la demanda, por lo que las alegaciones que introduce en el recurso no fueron propuestas a la Magistrada de grado (Art. 280 CPCC).

Si en el recibo, en el casillero correspondiente a la calificación profesional, la empresa consignó "AYTE CONTRATO" y nada advirtió la parte al contestar la demanda, mal puede quejarse en esta instancia que la señora jueza haya concluido que la misma resulta una categoría inexistente en el CCT de marras y menos aún interpretar lo que era *"…en la comprensión del personal de la empresa…"*, pues resulta una cuestión cuyo conocimiento o interpretación no le era exigible a la Magistrada. El agravio en esta parcela también será desestimado.

En cuanto a la alternancia de las funciones de croupier y cajera, la misma fue contemplada por la Magistrada sin que la crítica que se formula reúna los recaudos que exige el Art. 268, pues se apoya en una distinta valoración de la recurrente sin lograr demostrar, con sustento jurídico y menos aún en lo fáctico, cual ha sido el error de apreciación de la señora jueza.

Concluyo el tratamiento del agravio, proponiendo su desestimación.

3.c) En el segundo agravio se alude a la compensación prevista por el Art. 30 del CCT que dice: *"Los empleadores abonarán a los cajeros/as incs. a) y c) y*

repartidores efectivos y toda otra persona, que específicamente tengan obligación de cobrar dinero a la clientela, la suma de $... (*) anuales a partir del 1 de junio de 1975. Los cajeros/as calificados en el inc. b) del Art. 7 percibirán la suma de $a... (*) anuales. Estos pagos se efectuarán en cuotas iguales y trimestralmente vencidas, de acuerdo al año calendario, en compensación de su riesgo de reposición de faltantes de dinero cobrado. "

Conforme el informe obrante a fs. 184 el adicional del Art. 30 CCT 130/ 75 ascendió a la suma de $ 111,16 desde enero de 2006.

Podrá coincidirse con la parte, que el rubro de referencia es mencionado de distintas maneras conforme la bibliografía que se utilice o los antecedentes jurisprudenciales que se consulten, pues su percepción no exclusiva de los trabajadores dedicados al sector comercio.

Pero en lo que no acierta la parte, es en sostener que lo abonado con el código 17 deba imputarse al Adicional del Art. 30 del CCT desde que no resulta ni el monto ni se ajusta al modo de pago convencional y en ese punto, los fundamentos de la queja resultan inaudibles en esta instancia.

Al contestar demanda afirmó que cuando laboró como cajera con cierta continuidad, a finales de la relación laboral, el rubro fue abonado, pero en modo alguno señaló -que por no estar prohibido y en beneficio de su personal- se abonaba mensualmente y con la suma de $ 40, cuestión que introduce en esta instancia para dar sustento a su crítica. Como señalé supra, las cuestiones no propuestas al Magistrado de grado, vedan el tratamiento en esta Alzada (Art. 280 CPCC).

3.d) Las multas de la Ley 25.323

La multa del Art.1 de la ley 25 323

El artículo 1ero de la Ley 25.323, dispone un incremento indemnizatorio para el caso de 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.

Registrada la actora N. M., deberá avanzarse en que debe entenderse como registración deficiente. La mayoría de la doctrina sostiene que no toda irregularidad o deficiencia en la registración habilita la sanción sino aquellas a las que refieren los arts. 7mo, 9no. y 10mo. de la ley 24.013. Las diferencias saláriales que genera la categoría laboral de trabajo no encuadran, en mi criterio, en los supuestos que habilita la norma. *"En el presente caso no media esa situación de clandestinidad, analizando el tema tanto desde la perspectiva de la ley 24.013, como de la ley 25.323, artículo 1º, puesto que el trabajador sí se encontraba registrado, por lo que gozaba de los beneficios antedichos. 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 Comunications Argentina S.A. s/ despido" CNA Trabajo. Sala II.5-8-2010. MJ-JU-M-59105-AR).* (CAPM "H. c/ B. s/ Cobro de Pesos" (Expte. N º 155 Año 2010) SDL N º 28/10).

"No se configura la situación de clandestinidad exigida por la Ley 25323 para que proceda la multa en ella establecida, cuando como en el caso, la relación fue registrada pero con una categoría distinta a la efectivamente detentada por la trabajadora. Ello es así, toda vez que el Art. 1, Ley 25323, complementa el sistema sancionatorio previsto en la Ley 24013 con el objeto de impedir la evasión en que incurre el empleador que no registra o registra datos falsos en perjuicio del

trabajador. Así el no registro de la efectiva categoría de la actora no constituye un presupuesto del sistema sancionatorio contemplado en las leyes citadas." (Peralta, María vs. Buenos Aires Alimentos S.A. y otros s. Despido. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala II; 10-12-2007; Boletín de Jurisprudencia de la CN Trab.; RC J 1297/08).

La multa del Art. 2 de la ley 25 323

El Art. 2 de la ley 25.323 establece 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 (texto ordenado en 1976) 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 percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%..."*.

Frente al claro texto legal y que acreditada se encuentra la debida intimación al pago de las diferencias salariales (fs 23), la respuesta de la empleadora de fs.26 y la actitud asumida al contestar la demanda me persuaden de la pertinencia de la aplicación de la multa, la que deberá liquidarse, una vez se determinen las diferencias salariales por la categoría laboral reconocida para los períodos remuneratorios demandados enero/ mayo de 2006.

3.e) El individualizado cuarto agravio, no es tal.

Al tiempo de dictar la sentencia la señora jueza ha limitado el reclamo a las diferencias salariales del período enero/ mayo, sin que pueda entenderse -como también infiere la parte- que la condena abarque la remuneración correspondiente al mes de mayo de 2006, por lo cual no existe agravio para la parte que deba ser atendido o concepto oscuro que deba ser aclarado.

Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte demandada, proponiendo el Acuerdo la revocación de la sentencia de grado en cuanto a la jornada laboral de tiempo completo reconocida y su incidencia en las diferencias salárialesacordadas, como también el agravamiento de la multa del Art. 2 de la ley 25.323. Por su lado deberá confirmarse lo dispuesto respecto a la categoría laboral, adicional del Art. 30 CCT 130/75 establecida para el período laboral enero/mayo 2006 y proporcionalmente al tiempo trabajado hasta el distracto y el agravamiento del Art. 1 de la ley 25.323.

4. <u>Los agravios de la actora</u>

4.a) <u>La multa del Art. 43 de la ley 25.345.</u>

La señora jueza desestimó la multa prevista por la norma citada por no haberse acreditado retención alguna de aportes.

La queja está dirigida a que la sentenciante no agregó otra mención para excluir el rubro y que no expresó por qué no hizo jugar las presunciones del Art. 9 de la LCT ni las previstas en los arts. 41 y 44 de la Ley XIV N º 1. Sobre esa base dice que era la demandada quien debía demostrar que no habían retenido los aportes y contribuciones a la seguridad social, justificando que los había hecho.

Bastaría para desechar el agravio señalar que, tal como sostuvo la demandada, la parte actora no dio cumplimiento con la intimación prevista en el Dec. 146/2001) *"La reglamentación del precepto (dec. 146/2001) establece que para que resulte procedente esta sanción, el trabajador deberá intimar fehacientemente al empleador a efectos que, dentro de los treinta (30) días siguientes, ingrese los importes adeudados con más sus intereses y multas correspondientes"*("Ley de Contrato de Trabajo Director Rodríguez Mancini T III. Ed La Ley 2007 pág. 429).

No obstante ello y para dar respuesta al agravio, deberá señalarse que la multa prevista en el artículo mencionado resulta aplicable, en los casos que

el empleador retenga los aportes del trabajador adeudados en materia previsional y no efectúe los depósitos correspondientes, es decir, retiene y usufructúa créditos ajenos violando las obligaciones que se le han impuesto como agente de retención. *"El Art. 132 bis de la ley 20.744, en la modificación introducida por el Art. 43 de la ley 25345 condiciona a que el empleador hubiese efectuado las retenciones al trabajador y no las hubiera depositado en los entes del sistema. El hecho generador de la grave sanción conminatoria mensual, que debe ser interpretada con carácter restrictivo, no se configura por la mera circunstancia de no haber registrado adecuadamente la relación porque, lo esencial es la retención indebida y la falta posterior de depósito".* (CNAT Sala II Expte. N º 19789/01 Fecha: 9/5/04."Luppini Oscar c/Chambers S.A. s/despido").

La circunstancia fáctica descripta por la norma no ha sido probada. Esto es no existe en el expediente prueba que justifique el aserto de la parte actora, siendo de toda evidencia que la conclusión de la Magistrada tiene debido sustento en los informes de la AFIP de fs. 145 en el sentido que la empresa demandada no registraba deuda previsional y de la ANSES de fs. 88 /93, por lo que la queja no tiene sustento alguno y debe rechazarse el agravio.

4.b) <u>La multa del Art. 80 LCT</u>

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. "*El Art. 45 de la ley 25.345 sanciona al empleador cuando intimado fehacientemente respecto de la entrega de los certificados previstos en el Art. 80 L.C.T., no la cumpla. El presupuesto de la operatividad de la multa que prevé el citado Art. 45 es la falta de entrega de los certificados del Art. 80 L.C.T., no la entrega de constancias cuyos datos son controvertidos. En el caso, la demandada los acompañó*

en la contestación de demanda y el sentenciante entendió que correspondía extender nuevas constancias. En nuestro sistema, es el Juez quien ex post facto, legitima -o no- las conductas de las partes, calificando jurídicamente a la situación preexistente o contemporánea al acto de denuncia.- CNTRAB - S. VIII. S.D. 33.785 del 30/11/2006. Exp. 13.140/2005. "GARCIA, María del Carmen c/C&A Argentina S. C. S. s/despido". (C.-L.).-

Tal como hemos señalado en anteriores pronunciamientos, el presupuesto de la operatividad de la multa que prevé el citado Art. 45 es la falta de entrega de los certificados del Art. 80 L.C.T., no la entrega de constancias cuyos datos son controvertidos. (CAPM entre otras "M. B., L. c/ D. P. S.R.L. s/ COBRO DE PESOS. LABORAL" (Expte. N º 260 Año 2011) SDL N º 68/11).

Por lo cual , reconocido que el letrado de la parte actora retiró los mismos y que la demandada deberá entregar nuevo certificado, ajustado a los datos que resultan de la sentencia de grado -que subsisten en algunos aspectos conforme he votado-, la multa es improcedente y deberá rechazarse el agravio.

4.c) <u>La limitación injustificada de la multa dispuesta por el art. 2 de la ley 25.323.</u>

El agravio debe rechazarse.

Admitida la procedencia del agravamiento previsto por el Art. 2 de la ley 25.323 en casos, como el del subexamen, en que la parte ha abonado las indemnizaciones derivadas del despido en forma incompleta, debe tenerse en cuenta lo abonado por el empleador, pues de lo contrario se llegaría a una situación incongruente ya que estaría mejor posicionado el empleador que nada abonó respecto de aquél que, aunque sea parcialmente, cumplió con la obligación a su cargo. (CAPM "R. S. A. c/ T. S.A. s/ cobro de pesos" (Expte. 39 - año 2010) SDL N º 12/10)

Por lo que resulta acertada la decisión de la Magistrada de grado de calcular el incremento indemnizatorio previsto por el Art. 2 de la ley 25.323, limitado a las diferencias que surjan en la etapa de ejecución de sentencia y su incidencia en los rubros que integran la liquidación final.

Concluyo el tratamiento de los agravios de la parte actora, proponiendo al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación de la parte actora.

5. <u>Las costas</u>

a) <u>Las de primera instancia:</u>

El Art. 282 del CPCC autoriza a readecuar las costas y honorarios de la primera instancia.

En materia laboral, las normas procésales sobre costas deben interpretarse conforme a los principios esenciales del derecho del trabajo y en especial el protectorio del trabajador. Sin perjuicio de ello, impuestas en el orden causado, la modificación de la sentencia autoriza en mérito a que se revoca lo dispuesto para la jornada de trabajo y el agravamiento de la indemnización del Art. 1 de la ley 25.323, readecuar las costas de la primera instancia, para imponerlas en un 60% a la parte actora y un 40 % a la parte demandada. (art 72 del CPCC). En cuanto a los honorarios, no advierto razones objetivas que autoricen su modificación y al ser regulados en porcentaje, se ajustaran al capital de condena que resulte en la etapa de ejecución, dejándose establecido que deberá, en su caso, contemplarse los honorarios mínimos previstos en la ley arancelaria (Art. 7 ley arancelaria)

b) Las costas que se generaron en esta Alzada deben desdoblarse.

Las generadas por el recurso interpuesto por la parte actora, serán impuestas a la parte actora vencida en el mismo (Art. 69 y concs. CPCC). Los honorarios de los letrados conforme mérito y extensión de la actividad profesional, se estipulan para los letrados V. P., G. C. y J. G. en el 12,5 %,

12,5% y 30 % respectivamente de los determinados en la instancia de grado y sin perjuicio de los mínimos legales de así corresponder (Art. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N º 4 y mod.).

En relación al recurso de la parte demandada que prospera en lo sustancial, las costas se imponen en un 80 % a la actora y en un 20 % a la demandada (Art. 72 CPCC). Los honorarios de los letrados conforme al mérito y éxito obtenido se estipulan para el Dr. J. G., V. P. y G. C. en el 28%, 12,5%, 12,5% respectivamente de los montos fijados en la instancia anterior y sin perjuicio de los mínimos legales (Art. 5, 7 y 13 Ley XIII N º 4).

VOTO a la primera cuestión, **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

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

1.

Que los antecedentes de autos han sido detallados con claridad meridiana por la Dra. de Villafañe, razón por la cual a ellos me remito. Ingresaré directamente en el análisis de los agravios, siguiendo el orden metodológico propuesto por la Sra. Camarista de primer voto.

2.

2.1.1.

Una cuestión de método me impone el deber de tratar, tal como lo hace la Dra. de Villafañe, los agravios de la demandada, en primer lugar.

Alza su agravio la accionada por considerar que el decisorio de autos ha tenido una errónea apreciación jurídica de la naturaleza y condiciones del contrato de trabajo a tiempo parcial, confundiéndolo con los requisitos de los contratos a tiempo limitado, como los de plazo fijo y eventuales.

En tal sentido, el recurrente hace notar que en autos se encuentra agregado el contrato a tiempo parcial suscripto entre las partes al comienzo de la relación laboral, respecto del cual la actora reconoció su firma estampada en él al momento de absolver posiciones. Sostiene que ello ha sido omitido en el decisorio de autos.

Señaló además que los testigos R., R., D. M. y T. fueron coincidentes en señalar que la actora laboraba 15 ds. al mes con tres francos, sin que el pronunciamiento hiciera correcto mérito de sus declaraciones.

Con respecto a la testigo L., señaló que de sus declaraciones (en particular la contestación a la octava pregunta), surge que desconocía cuántos días al mes trabajaba M., ya que en oportunidades trabajaban juntas, y en otras, en casinos diferentes.

Resaltó las contradicciones de la testigo Z. C., concluyendo el error del decisorio, el que entendió que de las manifestaciones rendidas, no se encontraba acreditada la jornada parcial invocada por la demandada.

Sostuvo también la queja, en este primer aspecto vinculado con la postura de jornada parcial que invoca, que de acuerdo a lo que surge de fs. 200, su parte cumplió con las exigencias del Art. 52, LCT, en lo que a exhibición de libros se refiere, en tanto la pericia contable corroboró el fiel cumplimiento con las obligaciones que en materia de registraciones la normativa legal vigente le impone.

Tras quitar toda importancia en orden al formulario de alta temprana se consignó la categoría 12, en lugar de categoría 1, por entender que con posterioridad se celebró un contrato -el que se encuentra debidamente reconocido-. Refirió también que de la pericia contable de autos surge que entre junio de 2005 y mayo de 2006, la actora percibió sus remuneraciones por 18 días trabajados por mes.

De tales asertos concluye que ha quedado acreditada la jornada a tiempo parcial en la que prestaba servicios la actora a favor de la demandada.

Coincido con la Sra. jueza de voto anterior que la jornada de tiempo parcial es un supuesto excepcional, y como tal, debe ser apreciado restrictivamente. De lo expresado por la Dra. de Villafañe, en cuanto a la coincidencia del plexo probatorio, conformado por: a) el contrato por escrito con firma reconocida en la 9ª posición del acta de fs. 28 del Expte. 4275, que tramitara por ante el Tribunal del Trabajo N ° 4 del Departamento Judicial de San Martín (Pcia. de Buenos Aires); b) el informe contable de autos (contestación al pto. 9, fs. 118); c) declaraciones testimoniales de fs. 195, 196, 202 y 203, se desprende sin lugar a dudas que la actora laboraba en jornadas a tiempo parcial, de hasta 18 días al mes, sin que las declaraciones de L. (fs. 199) y Z. (fs. 204) lograran desvirtuar las anteriores afirmaciones, ya que han resultado imprecisas frente a la certeza expresada por aquéllas.

En igual sentido que la Sra. Jueza de voto anterior, pondero la conducta de la actora en el sentido de haber omitido consignar la existencia del contrato celebrado por escrito, y cuya firma, como quedara dicho, expresamente reconoció.

Digo ello así, pues considero que era deber de buena fe de la actora hacerlo saber, conforme lo preceptuado en los arts. 1198, Cod. Civil y Art. 63, LCT.

Ya De la Vega Benayas señalaba que "el Código civil es claro al decir que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Formula aquí, en forma de mandato, un postulado de ética social, un deber de comportamiento conforme a la moral social imperante, vigente. Un postulado de moral general que, al interferir en las relaciones jurídicas, adopta la formulación de un principio general de Derecho, el de la buena fe, aplicado según las reglas de la tópica, es decir, conforme a las exigencias del caso o problema y a la concurrencia en él de circunstancias morales o de la ética imperante: honradez, rectitud, diligencia, ausencia de dolo o mala fe, cooperación, consideración del prójimo, como «topoi» reguladores o

informadores" (De la Vega Benayas Carlos, "Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil", Edit. Cívitas, Madrid, 1976, p. 249).

De tal suerte que la buena fe es una regla de conducta "que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto*; es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales" (Ivon Loussouarn, M., La buena fe, en "Tratado de la buena fe en el derecho", Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 9).

De modo tal que la buena fe implica, entonces, una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, y la de no actuar en forma reticente, es decir, silenciando aspectos centrales que afectan el consentimiento prestado, y la obligación de no defraudar, entre otras, una confianza o apariencia generada.

El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos (Cfr. voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; CN Com., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri, H. J. c. Sánchez, Carlos y otros", LL 1999D, 193 y DJ 19992127).

Y en el caso de autos, además dicha manda se encuentra reforzada por una norma específica; la LCT en su Art. 63 establece 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 de trabajo" (CAPM "V. A. E. c/ P. A. SA s/ cobro de pesos- Laboral" (Expte. N º 56 - Año 2012), SDL 30/12; Cám. Apel. Trelew, Sala A, SDL 44/2008).

Por tales razones, estimo, al igual que la Dra. de Villafañe, que el contrato de trabajo que vinculaba a las partes, lo era bajo la modalidad del Art. 92 ter, LCT, considerando en consecuencia que debe admitirse el agravio, en este aspecto.

2.1.2.

Se agravia el demandado, por cuanto sostiene que el decisorio erró en el modo de analizar y juzgar la categoría laboral de la actora. En tal sentido expresó que la actora se encontraba registrada como "ayudante", ya que esa fue la labor que desempeñó, acoplando a esa categoría la denominación "contrato", para identificar a los empleados que trabajaban a tiempo parcial, de quienes lo hacían a tiempo completo. Concluye que no se acreditó que la actora trabajara como cajera, sosteniendo que la referencia que hace el pronunciamiento en cuanto al Art. 14 CCT 130/75, es incorrecta.

Sostiene también que la actora bien pudo desempeñarse como ayudante de cajero y *croupier*, pero nunca, como dice la sentencia, detentar una categoría inexistente.

En orden al tiempo que se desempeñó como cajera, considera que debe estarse a los propios reconocimientos de la demanda, habiendo negado haber trabajado los últimos meses como cajera.

Coincido con la Dra. de Villafañe, en cuanto a que la categoría, inscripta en su recibo de haberes como "ayudante contrato" no fue rebatida como tal en

el conteste de su demanda, razón que impide a esta Alzada expedirse sobre aquello que tampoco fue puesto al análisis de la Magistrada de grado anterior (arg. Art. 280, del CPCC).

En el mismo sentido que el voto precedente, considero que las expresiones relacionadas con la alternancia de funciones de la actora en la empresa demandada, se erige en una mera discrepancia a las afirmaciones senténciales, que dieron cuenta de ello, limitándose el apelante a instalar un punto de vista distinto al allí expuesto, debiendo desestimarse el recurso en este sentido (Art. 268, del CPCC).

Por las razones expresadas, considero que este aspecto del agravio debe ser desestimado.

2.2.

Se agravia el accionado con relación a lo que la Sra. Jueza denomina "adicional por falla de caja" y el recibo de haberes lo hace como "supl. falla de caja", mientras que el Art. 30, CCT del sector, lo menciona como "la compensación", señalando luego que el pronunciamiento afirmó que el pago del "rubro 17" no coincide en su forma, monto ni nominación convencional.

Al igual que lo dicho por la Sra. jueza de anterior voto, debo señalar que en este aspecto el recurrente introduce una cuestión que no fue puesta en análisis en oportunidad de contestar demanda, razón por la cual torna inaudible esta parcela de la queja en esta Instancia (Art. 280, CPCC).

2.3.

Se agravia el demandado pues sostiene que se condenó a su parte a abonar la multa de los arts. 1° y 2°, ley 25.323.

Con relación a la primera de ellas, he de coincidir con la Sra. Jueza de primer voto en que las diferencias saláriales 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*.

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.

En cuanto a la multa mencionada en segundo lugar, frente a la intimación de fs. 23 y la contestación de la demandada de fs. 26, habiéndose visto el trabajador necesitado de iniciar acciones judiciales tendientes al cobro de sus acreencias, considero que, aquí, en cambio, se configura el supuesto contemplado en la norma y debe subsumirse el caso a ella. Por tal razón, este aspecto de la queja debe ser desestimada.

2.4.

Afirma el recurrente que en la demanda se solicitó el pago de las remuneraciones de mayo de 2006, las que fueron abonadas, en virtud del expreso reconocimiento de la firma, formulado por la actora, al absolver posiciones (contestación a la posición 9ª.). Sostiene que, si bien no hay alusión en la sentencia a esa cuestión, sostiene la conveniencia que sea precisado por esta Excma. Cámara.

Al igual que el voto anterior, considero que la condena no abarca la cuestión ni se da el caso de un concepto oscuro susceptible de aclaratoria. Así las cosas, no habiendo afirmación sentencial susceptible de crítica, considero que corresponde desestimar lo pedido.

3.

3.1.

Se agravia el actor por cuanto el decisorio desconoce la procedencia de la multa del Art. 43, ley 25.345, contemplada en el Art. 132 bis, LCT, habiendo valorado, a su juicio, erróneamente la prueba rendida en autos y el derecho aplicable.

Considera que del armónico juego de lo dispuesto en el Art. 9, LCT y 41 y 44, ley XIV – N ° 1, incumbía a la demandada demostrar que no había retenido aportes y contribuciones a la seguridad social, acreditando su efectivo pago.

Asimismo entiende que el decisorio omitió consideración alguna en este aspecto de la pericial contable rendida en autos y se excedió en la aplicación de las reglas de la sana crítica.

Agrega que también omitió el pronunciamiento expedirse sobre el informe de fs. 145, en cuanto a que los aportes comenzaron a hacerse efectivos en agosto de 2005.

Los argumentos esgrimidos por el voto anterior, he de adoptarlos para mí pues, además de no haber cumplido con el requisito formal exigido por el Decreto 146/2001, cabe señalar que el presupuesto fáctico del Art. 43, ley 25.345, consiste en que el empleador hubiese efectuado las retenciones al trabajador y no las hubiere depositado en los organismos correspondientes. Esta norma debe ser aplicada restrictivamente, según su texto y lo esencial consiste en que hubiere hecho la retención y no la hubiera depositado.

No advierto que tal extremo hubiese sido acreditado en autos, y en consecuencia considero que debe ser desestimado el agravio traído a análisis.

3.2.

Se agravia la actora por cuanto se ha desestimado la multa del Art. 80, LCT, considerando que el precedente de esta Excma. Cámara aplicado por el pronunciamiento no se compadece con el del caso de autos.

Considera que en el certificado extendido por la demandada se ha consignado una categoría inexistente, una jornada a tiempo parcial, se ha inscripto a la actora bajo la modalidad "eventual", por lo que estima pertinente la aplicación de la multa en cuestión.

También aquí he de compartir el voto anterior, ya que en otras oportunidades - referidas por la Dra. de Villafañe, y a las que me remito en honor a la brevedad- tanto el suscripto como la distinguida colega de Cámara, han dicho que el presupuesto fáctico de la norma (Art. 45, ley 25.345) consiste en la falta de entrega del certificado, mas no la entrega de constancias con datos controvertidos, como arma legal contra todo tipo de evasión al Estado.

Por ello, la multa es improcedente y debe desestimarse el agravio en este aspecto.

3.3.

Se agravia la accionante pues, a su entender, el decisorio ha reducido injustificadamente la multa del Art. 2, ley 25.323, omitiendo ponderar la conducta de la demandada, de mala fe e ilegítima. Solicita que se fije el incremento del 50% por sobre la totalidad de los rubros de los arts. 232, 233 y 245, LCT.

Tal cual lo reseñado por la Dra. de Villafañe, en casos similares, esta Excma. Cámara ha puesto de manifiesto que no se puede poner en un mismo pie de igualdad a quien nada abonó en concepto de indemnización de aquél que lo hizo, aunque deficientemente, a los fines de graduar la multa a que refiere la queja. Razones de equidad y justicia así lo determinan.

Por tal razón, coincidiré con la Sra. jueza de anterior voto en que resulta adecuada la forma en que la Sra. jueza de grado estableció el monto de la multa, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2, ley 25.323, debiendo desestimarse la queja traída a análisis.

4.

Coincido con la Dra. de Villafañe en que las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas, en orden a lo dispuesto en el Art. 282, del CPCC.

En esos términos, soy partidario, al igual que lo dicho por la Sra. Jueza preopinante, que las costas de esa Instancia deben ser impuestas en el 60% a la actora y en el 40% a la demandada (Art. 72, del CPCC), y que los honorarios allí fijados no deben ser modificados, en razón del mérito de la tarea de los profesionales intervinientes y del resultado obtenido (arts. 5, 6, 7 y cc, ley arancelaria).

5.

Con respecto a las costas de esta Instancia, también he de coincidir con la Magistrada de opinión previa, en cuanto a que deben ser tratados los agravios de cada una de las partes, conforme con el éxito que cada uno de ellos hubiera obtenido en esta Alzada.

Respecto de los agravios de la actora, deben ser impuestas a esa parte (Art. 69, del CPCC), regulándose los honorarios devengados en esa relación procesal del modo en que lo hace la Dra. de Villafañe, atento el mérito, extensión y resultado obtenidos (arts. 5,6, 7, 13 y cc. de la ley de aranceles).

Respecto al recurso de la parte demandada, las costas deben imponerse en el 80% a la actora y en el 20% a la demandada (Art. 72, del CPCC), regulándose los honorarios en el modo en que lo hace la Dra. de Villafañe, atento el mérito extensión y resultado obtenido (arts. 5, 6, 7, 13 y cc. de la ley de aranceles).

Por las razones expuestas voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

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

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

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs.233/238 vta. en lo dispuesto respecto de la jornada laboral y la multa del Art. 1 de la ley 25.323 **y CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

2) READECUAR las costas de primera instancia para imponerlas en un 60% a la parte actora y un 40 % a la parte demandada. (Art. 72 del CPCC), sin modificar honorarios. (Art. 282 CPCC).

3) IMPONER las costas de la Alzada por su recurso rechazado, a la actora vencida (Art. 69 CPCC), REGULANDO los honorarios de los letrados V. P., G. C. y J. G. en el 12,5 %, 12,5% y 30 % respectivamente de los determinados en la instancia de grado y sin perjuicio de los mínimos legales de así corresponder (Art. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N º 4 y mod.

4) IMPONER las costas en la Alzada respecto del recurso de la demandada, en el 80 % a la actora y en un 20 % a la demandada (Art. 72 CPCC). Los honorarios de los letrados se estipulan para el Dr. J. G., V. P. y G. C. en el 28%, 12,5%, 12,5% respectivamente, de los montos fijados en la instancia anterior y sin perjuicio de los mínimos legales (Art. 5, 7 y 13 Ley XIII N º 4).

5) De forma

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que 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. Heraldo Enrique 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 julio 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.233/238 vta. en lo dispuesto respecto de la jornada laboral y la multa del Art. 1 de la ley 25.323 **y CONFIRMARLA** en todo lo demás que ha sido materia de agravio.
2) READECUAR las costas de primera instancia para imponerlas en un 60% a la parte actora y un 40 % a la parte demandada. (Art. 72 del CPCC), sin modificar honorarios. (Art. 282 CPCC).
3) IMPONER las costas de la Alzada por su recurso rechazado, a la actora vencida (Art. 69 CPCC), REGULANDO los honorarios de los letrados V. P., G. C. y J. G. en el 12,5 %, 12,5% y 30 % respectivamente de los determinados en la instancia de grado y sin perjuicio de los mínimos legales de así corresponder (Art. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N º 4 y mod.
4) IMPONER las costas en la Alzada respecto del recurso de la demandada, en el 80 % a la actora y en un 20 % a la demandada (Art. 72 CPCC). Los honorarios de los letrados se estipulan para el Dr. J. G., V. P. y G. C. en el

28%, 12,5%, 12,5% respectivamente, de los montos fijados en la instancia anterior y sin perjuicio de los mínimos legales (Art. 5, 7 y 13 Ley XIII N º 4).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N ° 31 /12. SDL.