En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de diciembre del año dos mil doce, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la 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: **"A., M. A. c/ S. S.A. y otros s/ cobro de pesos "(Expte. Nº 260 Año 2012),** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte Nº 229/2010), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTION**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 112.

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

1.

La Sra. Jueza de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 91/98 admitiendo la demanda incoada por M. A. A. en contra de S. S.A., condenando a esta última a abonar a la primera la suma que resulte determinada por el perito contador a designarse en la etapa de ejecución de sentencia, conforme con los lineamientos formulados en ese pronunciamiento.

En lo pertinente, consideró que, con relación a las diferencias salariales, correspondía hacer lugar a las originadas por el pago en concepto de salario de una suma inferior a la realmente devengada por la trabajadora para la categoría de mucama (nivel 4) dentro del CCT 389/04 de UTHGRA, con una jornada laboral de seis horas, trabajando siete días a la semana. En tal sentido, debía considerarse lo abonado a la actora desde el 10.10. 2009 hasta marzo de 2010, conforme lo detallado en la demanda, correspondiendo que un perito contador a designarse en la etapa de ejecución de la sentencia

calculara -teniendo a la vista las escalas salariales vigentes al tiempo de la relación laboral- las diferencias resultantes a favor de la parte actora de acuerdo a la categoría ostentada y a la jornada laboral cumplida.
Impuso costas a la demandada y reguló los honorarios profesionales.

2.

A fs. 100 apeló la sentencia la parte actora, expresando agravios a fs. 102. De los mismos se corrió traslado a fs.103, el que no fue contestado por la demandada.

3.

Se agravia la actora por entender la existencia de una incongruencia entre las consideraciones expresadas en el decisorio de autos y su parte resolutiva, en orden a las diferencias salariales reconocidas en la sentencia de grado.
Sostiene el apelante que el decisorio de autos reconoció la existencia de diferencias salariales a favor de la accionante, encuadrada en la categoría mucama (nivel 4), conforme con el CCT 389/04, con una jornada laboral de seis horas diarias, de siete días a la semana, pese a lo cual dispone admitir la demanda en todas sus partes. Esto es, mientras en el decisorio el pronunciamiento no se expidió conforme con lo pedido, en su parte resolutiva lo admitió sin reservas ni aclaraciones.
La crítica que se formula, a mi juicio, al tiempo que significa un pedido de aclaratoria (arg. art. 281, del CPCC) por haber omitido reflejar congruentemente en la parte dispositiva de la pieza decisoria lo considerado en ella, importa una queja a la omisión sentencial de la aplicación del art. 92 ter, LCT. En esa línea de ideas me expediré.
Entiende el recurrente que corresponde el reconocimiento de diferencias salariales por una jornada de ocho horas de trabajo y no de seis horas como lo establece el pronunciamiento, habida cuenta que la norma del art. 92 ter, ap. 1, LCT establece que *"el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad. En este caso la remuneración no podrá ser inferior a la proporcional, que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida*

por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo. Si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa”.

Es decir, a su entender no está en juego la efectiva cantidad de horas trabajadas (seis por día) sino el modo en que la norma confiere tratamiento a aquellos trabajadores que laboren más de las 2/3 partes (5,33 hs.) de la jornada habitual de la actividad, a su entender de ocho horas.

Esta Excma. Cámara ha tenido oportunidad de expedirse con relación a este tópico en lo concerniente a aquellos trabajadores a quienes les alcance la aplicación del CCT 389/04 (CAPM “A., C. c/ G., C. V. s/ Pago por consignación” (Expte. Nº 240 Año 2012) SDL Nº 84 /12).

Cierto es que el decisorio no ha señalado en qué norma ha fundado su conclusión para reducir proporcionalmente el salario a las horas efectivamente trabajadas y sobre dicha base efectuar los cálculos de las diferencias adeudadas, pero no es menos cierto que el principio *iura novit curia* me habilita a realizar algunas consideraciones y concluir conforme a derecho.

Ha llegado firme a esta Instancia que la actora laboraba 6 horas diarias.

Señala De Diego que el art. 92 ter, LCT reglamenta el funcionamiento del denominado "contrato de tiempo parcial". En rigor, este régimen especial de modalidad contractual, se incorporó a la ley por necesidades operativas de actividades comerciales como los denominados "shoppings", o para ciertas tareas en las que no era eficiente el empleo de la jornada completa de 8 o 9 hs. diarias y 48 horas semanales. El sistema es simple, y establece que el trabajador que se comprometa a trabajar menos de 2/3 de jornada habitual de la actividad estará incluido dentro de las reglas del denominado "contrato de trabajo parcial".

No obstante, refiere el autor citado, no debe confundirse este contrato con "la jornada reducida" en donde, por usos y costumbres, por la práctica más aconsejable y requerida el trabajo de que se trate, o por las características de la actividad, la jornada es inferior a la legal diaria o semanal legal, utilizándose como regla general de aplicación. En este caso no es aplicable la normativa del art. 92 ter (LCT), sino el art. 198 (LCT) en el cual se puntualiza que el mismo surgirá de las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, de estipulación particular de los contratos individuales, o de los convenios colectivos de trabajo, (ref. Ley 24.013, art. 25).

La diferencia entre ambas normas y realidades es fundamental, porque el *contrato*

de tiempo parcial es una modalidad contractual que permite canalizar la reducción de la jornada habitual de la actividad, mientras que la *jornada reducida* surge de las normas, los contratos individuales o los convenios como una jornada apropiada y adaptada a la actividad de que se trate. Son fuente de la jornada reducida las mejores prácticas locales e internacionales y los usos y costumbres (cfr. De Diego, Julián, "Reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial y su diferenciación con la jornada reducida", La Ley Online").

En tal sentido, cabe señalar que el CCT 389/04 aplicable al sector señala en el punto 7.7. que "*... Las particularidades de la actividad y la dinámica propia de los servicios que en cada caso requirieran ser cubiertos por las Empresas, determinan que las modalidades de contratación laboral ratificadas y reguladas en los puntos precedentes del presente convenio colectivo, puedan ser combinadas en su instrumentación y administración con modalidades de extensión de jornada en los términos previstos en el artículo 92 ter de la L.C.T.; debiendo en esos casos estar instrumentadas por escrito. En esos casos, la jornada laboral podrá ser establecida en base a una cantidad predeterminada de horas por día, semana o mes, o una cantidad predeterminada de días laborables por semana o mes; no pudiendo superar en ningún caso en la sumatoria mensual las 2/3 (dos terceras) partes de la jornada normal ordinaria máxima de la actividad de referencia. Los trabajadores que se desempeñaran bajo la modalidad part time, tendrán prioridad para la cobertura de vacantes similares de jornada completa de extensión...*".

A su vez, en el punto 8.1. refiere que "*...conforme las facultades reservadas por el artículo 198 de la L.C.T., las partes acuerdan que las empresas podrán contratar personal en relación de dependencia de acuerdo a las distintas modalidades previstas en la presente convención colectiva de trabajo, para ser asignado a esquemas de jornada laboral administrados sobre semanas de seis días laborables y en base asignaciones de tareas diarias -jornada garantizada- inferiores a las 8 (ocho) horas. En ese sentido y bajo este régimen, podrán asignarse jornadas reducidas de entre 7 (siete) y 4 (cuatro) horas de tareas. En tales casos el jornal se adecuará, proporcionalmente al tiempo efectivo trabajado. El personal efectivo pero de trabajo discontinuo, que hubiera sido contratado en tal modalidad, percibirá su jornal proporcional a los días trabajados. En ambos casos el salario devengado será la base sobre la cual se retendrán y calcularán los aportes y contribuciones con destino al régimen de la seguridad social*".

De tal suerte que, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 7.7. arriba trascripto, no

quedan dudas que el Convenio Colectivo del sector, ha contemplado especialmente el supuesto en el punto 8.1. y consecuentemente es esta última la norma que se torna operativa (cfr. CAPM, ya citada SDL N° 84 /12).

Es decir, entiendo su aplicación en la medida que las partes del Convenio han hecho específica alusión al caso particular de jornadas reducidas de trabajo, y en orden a la prelación estatuida en el art. 1 (inc. c), LCT.

De tal guisa se desprende que, cuando el trabajador presta servicios en jornadas normales inferiores a las tenidas en cuenta por las partes celebrantes de un convenio colectivo, es legítima la reducción proporcional del sueldo básico convenido, porque el tiempo durante el cual el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo determina la medida en que se adquiere el derecho a percibir una remuneración (cfr. Cámara Nacional del Trabajo, Sala VI, 20.10.87, “Adolfo, Oscar c/ Transportes Olivos S.A”, J. Agrup. La Ley, 1989-E, 609; Zuretti, Mario E (h), en “Ley de Contrato de Trabajo” ((Jorge Rodríguez Mancini - Director -), T° III, Ed. La Ley, p. 746; CAPM ya citada SDL Nº 84/12)).

Por tal razón, entiendo ajustado a derecho el decisorio de autos, en tanto condenó al pago de diferencias salariales, en proporción a las horas efectivamente laboradas por A., estimando en consecuencia la confirmación del decisorio en este sentido.

No obstante lo expuesto, y a fin de no dejar dudas acerca de lo resuelto en el presente voto, propondré al Acuerdo la confirmación de la sentencia, con la salvedad que la misma ha admitido “parcialmente” la demanda incoada por M. A. A. en contra de S.S.A. (art. 281, del CPCC).

4.

Con respecto a las costas de esta Instancia, estimo que deben ser impuestas a la parte actora (art. 69, 1ª parte del CPCC).

En consecuencia, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. E. M. C. en el 27 % de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

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

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes.

2.

El agravio del apelante refiere a la discordancia entre los considerandos y la parte dispositiva de la sentencia, en lo que hace al reclamo de diferencias salariales por la jornada laboral cumplida.

Destaca que, mientras en el fallo se dispone admitir la demanda en todos sus términos, ha reconocido -en los considerandos- que la jornada laboral de la Sra. A. era de seis horas diarias y ordena practicar liquidación por ese tiempo, cuando en los términos de la demanda el reclamo fue la aplicación del art. 92 ter inc.1 de la LCT y debió ordenar el respectivo cálculo por una jornada laboral de ocho horas.

Alude en su queja que, por su incidencia en el resto de los rubros indemnizatorios, debe revocarse la sentencia en ese aspecto.

Comparto con el Magistrado que me antecede en el voto, que los argumentos recursivos de la parte trasuntan una crítica al modo de calcular la remuneración que corresponde a la jornada de trabajo de seis horas, al no hacerlo, como la parte, en los términos del art. 92 ter inc. 1 de la LCT.

Aún cuando en la sentencia no hay referencia normativa alguna para reducir la remuneración a las horas efectivamente trabajadas, debe

concluirse que su fundamento lo ha sido el art. 198 de la LCT, aplicable a la relación laboral conforme el CCT Nº 389/04, norma convencional invocada por la actora.

Llega firme a esta instancia que la Sra. M. A. cumplía en el establecimiento comercial de la demandada, A. H. N. L., jornadas de seis horas diarias de lunes a domingo.

La jornada laboral reducida está legislada en el art. 198 LCT, conforme la reforma introducida por el art. 25 de la Ley 24.013 en 1991. En dicha norma se estableció expresamente que solo procederá la jornada reducida cuando lo establezcan las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia; cuando exista una estipulación específica en los contratos individuales de trabajo; o cuando estén previstas en los convenios colectivos de trabajo.

"*Es una autorización legal exclusivamente para los convenios colectivos de trabajo, ya que no alcanza al contrato individual ni a otras fuentes del derecho laboral; dejando librado a las propias partes del acuerdo colectivo establecer la modalidad de la jornada según las características propias de la actividad. Se trata de la instrucción de un supuesto de disponibilidad colectiva*" ("Ley de Contrato de Trabajo" Director Rodríguez Mancini. Tomo III pág. 743 Ed La Ley, 2007).

"Sin embargo, se debe reiterar que para poder pactar válidamente este tipo de jornada, es necesario que esa posibilidad esté establecida en el convenio colectivo aplicable a la actividad o a la empresa, por lo cual, de no existir convenio, o si el existente no contempla la jornada máxima promedio, rige lo dispuesto en la ley 11.544 y en la LCT" (Grisolía, Julio A. "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I, pág. 822 Ed. Abeledo Perrot, 2008)

Y tal es el caso de autos, donde expresamente el CCT 389/04 aplicable a la relación laboral acreditada, y en cuestión no controvertida, establece en el punto 8.1.:" *JORNADA REDUCIDA: Las tareas inherentes al desempeño laboral en el marco de los servicios tradicionales de la actividad, pueden tornar recomendable contemplar la posibilidad de su organización total o parcial en base a*

esquemas de jornadas diarias de diferentes extensiones, de acuerdo a las tareas asignadas y/o a los requerimientos operativos del servicio a brindar. Por tanto, y conforme las facultades reservadas por el artículo 198 de la L.C.T., las partes acuerdan que las empresas podrán contratar personal en relación de dependencia de acuerdo a las distintas modalidades previstas en la presente convención colectiva de trabajo, para ser asignado a esquemas de jornada laboral administrados sobre semanas de seis días laborables y en base asignaciones de tareas diarias -jornada garantizada- inferiores a las 8 (ocho) horas. En ese sentido y bajo este régimen, podrán asignarse jornadas reducidas de entre 7 (siete) y 4 (cuatro) horas de tareas. En tales casos el jornal se adecuará, proporcionalmente al tiempo efectivo trabajado. El personal efectivo pero de trabajo discontinuo, que hubiera sido contratado en tal modalidad, percibirá su jornal proporcional a los días trabajados. En ambos casos el salario devengado será la base sobre la cual se retendrán y calcularán los aportes y contribuciones con destino al régimen de la seguridad social. Los trabajadores que se desempeñaran bajo la modalidad de jornada reducida, tendrán prioridad para la cobertura de vacantes similares de jornada completa de extensión. "

Luego de ello, no advierto que lo dispuesto por la Magistrada de grado en cuanto a la remuneración que determina para la jornada de seis horas, sea arbitraria o desajustada a derecho.

Sobre la base de la normativa convencional señalada, es plenamente válida la reducción de jornada, así como su consecuente retribución proporcional al tiempo trabajado, por lo cual la remuneración de la actora estará determinada por el tiempo en que puso su capacidad de trabajo, esto es, la retribución proporcional que le correspondería a un dependiente de tiempo completo.

Y tal fue el cálculo que se dispuso en la sentencia deberá efectuar el perito contador en la etapa de ejecución: *"Corresponde hacer lugar a las diferencias salariales, originadas por el pago en concepto de salario de una suma inferior a la realmente devengada por la trabajadora para la Categoría de MUCAMA (Nivel 4)*

dentro del CCT Nº 389/04 de UTHGRA, con una jornada laboral de seis horas por día, trabajando siete días a la semana. Debe considerarse lo abonado a A. desde el 10 de octubre de 2009 al mes de marzo de 2010, según el detalle denunciado en demanda (fs.10 III. 1) por lo que será un Perito Contador a designarse en la etapa de ejecución de sentencia quien calculará teniendo a la vista las escalas salariales vigentes al tiempo de la relación laboral (10/10/2009 al 9/04/2010) las diferencias salariales que resulten a favor de la actora, de acuerdo a la categoría profesional ostentada y la jornada laboral cumplida.

Por lo expuesto, deberá desestimarse este aspecto de la queja.

Consecuentemente con ello, la demanda ha sido admitida parcialmente y ello debe reflejarse en el decisorio, por lo que en esta porción del discurso recursivo, se admitirá el planteo debiendo consignarse que la admisión de la demanda ha sido parcial.

3.

Las costas de esta instancia deben imponerse a la actora (art. 69 CPCC). Los honorarios que propone el Dr. Vivas para el Ab. E. C., se ajustan a la labor profesional desplegada, para lo cual tengo en cuenta su mérito y resultado y demás pautas mensurativas de la ley arancelaria (art. 5, 7 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.).

Voto a esta cuestión, por la **AFIRMATIVA**.

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

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 91/98, **DEJÁNDOSE ESTABLECIDO**, no obstante, que la demanda incoada por M. A. A. en contra de

S. S.A. prosperó parcialmente (art. 281, del CPCC).

2. IMPONER las costas de Alzada a la parte actora (art. 69, 1ª parte, del CPCC.

3. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, al Dr. E. M. C. en el 27 % de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Mario Luis Vivas.

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 diciembre 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. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 91/98, **DEJÁNDOSE ESTABLECIDO**, no obstante, que la demanda incoada por M. A. A. en contra de S. S.A. prosperó parcialmente (art. 281, del CPCC).

2. IMPONER las costas de Alzada a la parte actora (art. 69, 1ª parte, del CPCC.

3. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, al Dr. E. M. C. en el 27 % de lo que le correspondiere en la

Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

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