En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"L., E. A. c/ O., O. N. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. Nº 306 Año 2013)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. Nº 109/11), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 524.

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

1.

La Sra. Jueza laboral dictó sentencia a fs. 495/501, haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenado a O. N. O. a abonar al actor E. A. L. la suma de $ 101.448,34 con más intereses y descuentos ordenados. Dispuso, además, se emitan nuevamente las certificaciones previstas en el art. 80 LCT.

Para arribar a tal resultado estimó, en lo pertinente, que la relación laboral se encontraba reconocida. Consideró aplicable el CCT 130/75 hasta la homologación del 547/08, y a partir de allí, este último.

Con relación a la jornada normal y habitual de trabajo del actor estimó que la LCT prohíbe a los trabajadores a tiempo parcial la realización de horas extras, por lo que ante el reconocimiento expreso de la demandada de la realización de horas extras, no cabe otra registración que por la jornada habitual de la actividad, es decir, 48 horas semanales, declarando la

incorrecta registración del trabajador correspondiente a la jornada laboral, convenio colectivo aplicable, categoría laboral y salario percibido.

Con respecto al reclamo de horas extras y kilómetros realizados, estableció que según lo dispuesto por el CCT 547/08 el actor se encontraba englobado dentro de la categoría C5 “encargado de vehículo” por lo que el reclamo de kilómetros recorridos era improcedente. Con referencia a las horas extras solicitadas estimó que, de acuerdo a las constancias de autos, las mismas fueron abonadas, por lo que no probada la realización de horas extras más allá de las pagadas, no existió diferencia reclamable.

Consideró que la fecha de ingreso invocada por el actor no fue probada por éste y que la incorrecta registración invocada como causal de despido indirecto resultó suficiente para justificar la procedencia del mismo.

Con relación a las multas pretendidas, no hizo lugar a las impuestas por la ley 24.013 por no haberse cumplido con los requisitos formales para su procedencia, como son la intimación al demandado y la comunicación fehaciente a la AFIP.

Hizo lugar a la multa establecida por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 en cuanto se ha probado la deficiente registración de la relación laboral y la existencia de apercibimiento temporáneo e inexistencia de causa de exoneración por parte del demandado.

Desestimó la aplicación de la multa del art. 45 de la ley 25.345, pues la certificación emitida se ajustaba a los registros del demandado y la intimación realizada fue extemporánea. Dispuso que a pedido de la actora la condena se integrara con su obligación de extender nuevas certificaciones ajustadas a los términos de la sentencia.

Impuso costas por su orden y las comunes por mitades. Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 504 apeló la sentencia la demandada, expresando agravios a fs. 506/512, los que fueron contestados por la actora a fs. 515/517.

3.

Se agravia la demandada por considerar: a) que la sentencia de la otra Instancia aplicó incorrectamente el CCT 130/75 y 547/08, en lugar del CCT 460/73; b) que el pronunciamiento haya determinado que la jornada de trabajo del actor era de 48 hs semanales; c) que la sentencia anterior haya tenido por configurado el despido indirecto del actor; d) que la pieza sentencial en crisis haya aplicado las multas previstas en los arts. 1 y 2, ley 25.323.

En ese orden analizaré las quejas.

3.1.

3.1.1.

Se agravia la demandada por cuanto el decisorio hizo aplicación, al caso de autos, del CCT 130/75 y del CCT 547/08, desechando la del CCT 460/73.

Refiere en tal sentido que el CCT 460/73 es de aplicación pues: a) rige también para la Pcia. del Chubut, en virtud del acta de fechas 25 y 26 de junio de 1975, MTySS; b) es comprensivo de la actividad del actor; c) era más específico y adecuado a la actividad del actor; d) su aplicación era más favorable al actor.

Asimismo, se agravia por entender que el CCT 547/08 tuvo vigencia cuando el actor venía desarrollando su actividad para la empleadora.

De la lectura de la actividad que comprende el mencionado CCT 460/73 se desprende sin lugar a dudas que la misma consiste en “autotransporte colectivo de pasajeros, línea de explotación privada y para todo el personal que presta servicios a las mismas”, es decir, comprende la actividad que desarrollan las empresas concesionarias de transporte público de pasajeros,

sin que la actividad de la demandada se ajuste a dicho ámbito de aplicación.

Para mayor ilustración, bien vale memorar que el Decreto P.E.N. 656/94, explica que constituyen servicios públicos de pasajeros urbano o suburbano, todos aquellos que tengan por objeto satisfacer con continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad y uniformidad, en igualdad de condiciones para todos los usuarios, las necesidades comunitarias de carácter general en materia de transporte, diferenciándose así de las empresas de servicios de oferta libre de transporte automotor de pasajeros en el ámbito urbano y suburbano.

Asimismo, la Resolución 314/99 STN considera en general como servicios de transporte para el turismo, excluido lo dispuesto con el carácter de servicios públicos de pasajeros, a todas aquellas prestaciones destinadas al desplazamiento individual o colectivo de turistas, cualesquiera fueren las finalidades subjetivas del viajero, recorrido, calidad y modalidades, en viajes unitarios o combinados, con o sin guía conexo al transporte (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral de Venado Tuerto, " De Luz, Diego C. c/ Lillo, Donato s/Demanda laboral", 23.05.2011).

Por otra parte, se ha señalado que la convención colectiva más favorable no tiene primacía sobre la menos favorable, sino que la convención colectiva competente tiene primacía sobre la incompetente (cfr. SCBA, 09.11.76, "Martínez c/ Telenueva SA DT 1977-454).

Menos se advierte que entre las partes signatarias del Convenio queden incluidas aquéllas vinculadas con agencias de viajes de turismo.

En tal sentido, es menester recordar que ningún empleador queda obligado a la normativa del Convenio si no intervino en su celebración por el sector patronal una asociación que lo represente, o al menos, un grupo representativo de empleadores de la actividad (art. 9, ley 14.250, cfr.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, "Barletta, Pablo M. c/ Prudencial Seguros S.A. s/ Despido", SD 84.331, 16.05.07).

Tampoco acreditó la demandada que perteneciera a algunas de las organizaciones empresarias que suscribió el CCT 460/73 ni que estuviera representada en ese Convenio, de modo tal que, el alcance personal de las convenciones colectivas se basa en una suerte de representación objetiva que hace referencia a la actividad empresarial y no a su voluntad de agruparse o de aceptar representación de alguna entidad gremial (cfr. Rodríguez Mancini, Jorge, Cap. VI, "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Mario Ackerman, T° VIII, Cap. VI, p. 369, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, "González, Oscar A c/ Lobo Bus SRL y o. s/ Despido", 12.03.2013).

De lo expuesto se concluye pues, que el actor se encontraba indebidamente registrado al amparo del CCT 460/73 y en consecuencia la queja debe ser desestimada.

3.1.2.

También se queja por cuanto el decisorio hizo aplicación del CCT 547/08, el que fuera invocado por la actora en su despacho de fs. 7 y al promover la demanda, cuando en verdad nada dijo durante la vigencia de la relación laboral.

Entiendo que en la materia rige el principio de irrenunciabilidad, en los términos de los arts. 12 y 58, LCT.

Es decir, el hecho que el actor no haya exigido el encuadre en el régimen del CCT 547/08 durante el transcurso de la relación laboral, tal silencio no puede traducirse en una renuncia a derecho alguno.

Por tal razón, en orden a la normativa citada, esta parte del agravio también debe ser desestimada.

3.2.

Como se adelantara precedentemente, también se agravia la apelante por considerar injusta la decisión de la Instancia anterior en el sentido de haberse tenido por cierto que el actor cumplía una jornada laboral de 48 hs. semanales.

En tal sentido sostiene que la prueba arrimada a autos no ha logrado acreditar tal extremo. Sin perjuicio de ello, el decisorio anterior se basó, para arribar a tal conclusión, en que si el actor se encontraba registrado por una jornada laboral de 4 hs. no era posible abonarle horas extras, y ante el expreso reconocimiento de la recurrente que tales horas le eran abonadas, concluyó que laboraba 8 hs. diarias y 48 hs. semanales.

Sostiene el agravio que esa reflexión es incorrecta y contraria a derecho, ya que el art. 92 ter, LCT establece que si un empleado se encuentra registrado por jornada parcial y la jornada supera esa proporción, el actor debe abonarle sus haberes como jornada completa, pero en modo alguno ello significa que se lo deba registrar bajo esa modalidad.

Concluye que jamás reconoció su parte haber abonado horas extras, sino que, si era necesario realizar viajes por fuera del horario pactado se le abonarían los mismos, circunstancia que, por otra parte, ha quedado probada en autos. Finaliza la crítica del presente agravio señalando que es la propia sentencia la que reconoce que no se han podido probar tales horas extras.

Cabe señalar en primer lugar que el contrato a tiempo parcial constituye una excepcionalidad al régimen del contrato de trabajo cuya regla es la jornada completa, de allí que la prueba de que se hayan cumplido los recaudos que establece el art. 92 ter de la L.C.T. se encuentra a cargo del empleador, al igual que acontece con las diferentes modalidades contractuales que excepcionan al principio general (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “Bua, Néstor Adrián c. Consolidar

A.F.J.P. S.A. s/despido", 29/05/2012, DT 2012 (agosto), 2060 AR/JUR/25531/2012; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, "Álvarez, Omar Alfredo c. Image Motos S.R.L. y otro s/despido, 27/04/2012, La Ley Online, AR/JUR/15062/2012; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Loza, Marcela Fabiana y otro c. Consolidar Comercializadora S.A.", 30/03/2012; La Ley Online, AR/JUR/9888/2012, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, "Cipollari, Marina Lorena c. Atento Argentina S.A s/despido", 16/09/2011, IMP 2012-1, 279, AR/JUR/54473/2011; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, "Iorini, Patricia Soledad c. Frenkel, Damián Pablo", 11/11/2010, AR/JUR/79885/2010), entre otros).

De tal suerte que las afirmaciones que formula la apelante respecto a la falta de prueba sobre la jornada de 48 hs semanales no guardan fundamento jurídico alguno, desde que, siendo ella la regla general, se encontraba a su cargo acreditar el supuesto de excepción que planteó en su conteste de demanda (ver pto. IX, ap 3 de fs. 213vta.).

En segundo lugar, es dable señalar que al contestar la demanda, la apelante aseveró que "*si se planteaba la necesidad de efectuar algunos viajes fuera de la jornada normal de trabajo, ese tiempo laborado se liquidaba mensualmente y se abonaba mediante los recibos que se acompañan, donde surge el pago de las horas trabajadas fuera de la jornada*". Por tal razón, pretender introducir en el agravio un nuevo argumento, al afirmar ahora que "*no mencionó, ni reconoció bajo ningún concepto que se la abonara horas extras…, sino que se expuso que si era necesario realizar viajes por fuera del horario pactado se le abonarían los mismos*", constituye la incorporación de un capítulo no propuesto al juzgador anterior (arg. art. 280, CPCC).

Digo ello así, pues al momento de contestar su demanda, la apelante hizo mención a la liquidación del "*tiempo*" trabajado de más, y no a los "*viajes*" abonados adicionalmente. Ello, sin perjuicio de señalar que, la

interpretación que debe dársele a la expresión "*el tiempo trabajado fuera de la jornada*" no puede ser otra que la referida a horas extras, tal como lo ha entendido la sentencia en revisión.

Finalmente, debe señalarse que el agravio realiza una lectura equivocada del decisorio cuando afirma que éste ha reconocido la imposibilidad de probar las horas extras reclamadas. Lo que en verdad ha señalado la sentencia fue que no se ha probado la realización de horas extras más allá de las abonadas, lo que significa en buen romance que, pese a no existir diferencias salariales adeudadas, el actor en verdad trabajaba horas extras que fueron abonadas. Inclusive, ello fue reconocido por la accionada en su conteste, al señalar que se le abonaron al actor $ 44.935 en ese concepto.

Por tales razones, el agravio en tratamiento carece de los fundamentos jurídicos indispensables para conmover el pronunciamiento y esta parcela de la queja, por ende, debe ser desestimada.

3.3.

Se agravia también la demandada por considerar que el decisorio ha tenido por configurado el despido indirecto.

Funda tal aserto en: a) su incorrecta registración en orden a categoría, convenio colectivo aplicable, horas trabajadas y extras, fecha de ingreso y kilómetros recorridos. Considera además que carece de sustento la afirmación sentencial en el sentido que el despido es válido cuando una sola de las causales posea entidad suficiente; b) que las diferencias salariales reclamadas fueron desestimadas por el mismo pronunciamiento.

La mera afirmación formulada por el apelante en el sentido que se agravia su parte por entender el error del decisorio al afirmar que una sola causal, de entidad suficiente, alcanza y sobra para tener por configurado el despido indirecto, sin brindar fundamento del yerro, constituye una simple discrepancia insusceptible de conmoverlo. No se trata de una crítica

razonada y concreta del fallo apelado, sino una opinión distinta del recurrente, que, como tal, debe ser declarada desierta (arts. 268 y 269, del CPCC), lo que así propondré al Acuerdo en esta parcela del agravio.

De este modo, al haber adquirido firmeza la causal de despido por deficiente registración, resulta abstracto el tratamiento de las demás razones esgrimidas en este anaquel del agravio.

3.4.

Finalmente se agravia el apelante por cuanto la sentencia en análisis ha aplicado las multas de los arts. 1 y 2, ley 25.323.

Sostiene que no se dan en el caso los presupuestos de aplicación de esa normativa, como así, la inexistencia de causal de despido indirecto.

En cuanto a la deficiente registración de la jornada laboral, cabe señalar que el decisorio sancionó con la multa en cuestión el pago de salario sin el debido registro.

El agravio da cuenta que tal multa tuvo su razón de ser en una jornada de trabajo de 48 hs. semanales, que, señala, no se probó en autos. Con lo dicho anteriormente al respecto tal discusión quedó zanjada en favor del trabajador.

Pero lo cierto es que la causa de la multa contemplada en el art. 1, ley 25.323 consistió en la del pago de salarios sin registro, dejando aclarado que no era de aplicación el art. 10, ley 24.013 (el actor no había cumplido con el requisito de intimación fehaciente y temporánea a la AFIP), lo que no obstaba a la sanción de la norma citada en primer lugar.

De tal suerte que contra este aserto judicial, el apelante no formuló una crítica razonada y concreta, lo que me lleva a proponer al Acuerdo que esta porción del agravio sea declarada desierta (art. 60, ley XIUV n° 1 y arts. 268 y 269, CPCC). En tal sentido, cuadra señalar que las meras citas jurisprudenciales consignadas en su agravio no han de conmover el

decisorio, desde que las mismas no han sido vinculadas con la cuestión de autos, y no guardan, por ende, los requisitos de suficiencia técnica para ser configuradas como críticas razonadas y concretas al pronunciamiento.

En cuanto a la invocada improcedencia del art. 2, ley 25.323, cabe señalar que dicha norma 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%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago*".

Como se advierte, la norma exige la intimación fehaciente al pago de las indemnizaciones, siendo la consecuencia de su incumplimiento el pago de la multa allí prevista. No hace mención al "apercibimiento", como pretende expresarlo el agraviado sino a la "intimación", que es el paso antecedente necesario para la sanción, siendo que tal intimación fue cursada en tiempo y forma. Ese fue el momento en que colocó en mora a su empleador (arg. art. 509, Cód. Civil), pese a las aseveraciones en contrario del recurrente.

La razón de ser de la instancia judicial fue justificada a la luz del decisorio de autos, razón por la cual, de no haber acudido a esa sede, no hubiera podido lograr el reconocimiento de su derecho.

Por los fundamentos expuestos, no surgiendo del texto de la norma en cuestión que resulte menester reiterar tal requerimiento con posterioridad al distracto, es que, a mi juicio, el agravio no puede prosperar.

En cuanto al agravio introducido en esta parcela respecto a que el decisorio ha sostenido la inexistencia de causales de exoneración de la mentada

multa, es necesario recordar que, habiendo llegado firme a esta altura del desarrollo de las presentes consideraciones la causal de despido indirecto, el actor tuvo razón para litigar con el objeto de lograr el reconocimiento de su derecho. De ese modo, cabe señalar que su análisis deviene abstracto.

4.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención al principio objetivo de la derrota (art. 57, ley XIV n° 1 y 69, del CPCC), las mismas han de ser soportadas por la demandada apelante. En consecuencia regulo los honorarios profesionales del letrado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 27%, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y de los de la parte demandada, Dres. G. C. y P. G., en el 12,5%, para cada uno de ellos, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior (arts. 5, 9, 13 y cc. de la ley XIII N° 4, con más IVA, si correspondiere.

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

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

1.

El Dr. Mario L. Vivas ha reseñado los antecedentes de la causa y la sentencia que ha sido apelada por la parte demandada, individualizando los agravios que sostienen su recurso, por lo que para cumplir con la exigencia de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

El primer agravio refiere al convenio colectivo aplicable dispuesto en la sentencia de grado (CCT 130/75 y 547/08) desestimando el CCT 460/73 bajo el cual registró al actor.

a) El encuadramiento convencional ha sido definido -sin fisuras y en forma unánime por toda la doctrina y por los tribunales especializados- como el supuesto donde se debe establecer si un determinado sector o grupo de trabajadores se halla comprendido en el ámbito personal o profesional de aplicación de un convenio colectivo de trabajo, de acuerdo con la representatividad de las partes signatarias del mismo. *"El encuadre convencional implica la determinación de qué convenio colectivo es aplicable a una situación de trabajo, ya sea individual o pluri-individual."* (C.N.A.T., Sala III, 26/12/1994, "Vanegas, Sulma I. c/Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales", DT 1995-A, 832).

Los conflictos de encuadramiento convencional se solucionan, en primer lugar, determinando la actividad principal del empleador y verificando que dicha actividad se encuentra reglada por un determinado convenio colectivo. *"El problema de la determinación del marco de aplicación de los Convenios Colectivos de Trabajo debe resolverse atendiendo a la actividad principal del empleador, en tanto el ámbito de validez personal de tales convenciones está dado por la representatividad de los afirmantes y ningún empleador no afiliado queda obligado por el convenio si por el sector patronal no intervino en el mismo, la asociación profesional o al menos un grupo de empleadores de la actividad*." (Cámara del Trabajo de Mendoza, Sala 2ª, 19/10/1998, "Gil, Luis c/Sade S.A. s/ordinario").

En el caso, llega firme a esta instancia que el Sr. López trabajaba "… *para el demandado prestando servicios para distintas agencias de Turismo, principalmente R. Tl, a las que el demandado les proporcionaba vehículos con chofer…"* y que *"… el personal de la demandada, que se halla habilitada como empresa de servicio de transporte automotor para el turismo…"*.

El CCT 460/73, aun admitiendo la vigencia territorial alegada, no modifica la situación de la actora. El referido CCT fue celebrado entre la UTA -en representación de los trabajadores- y la F. A. d. T. P. A. d. P. (F.A.T.A.P.) – A. A. d. E. D. T. A. (A.A.E.T.A.) – C. G. D. T. A. d. L. P. D. B. A. – C. E. D. A. d. P. (C.E.A.P.) – A. I. D. T. A. d. P. D. L. C. D. R. d. L. P. D. S. F. (A.I.T.A.P.) por la parte empresarial, y comprende el A. colectivo de pasajeros, línea de explotación privada y para todo el personal que presta servicios a las mismas, es decir, a la actividad que desarrollan las empresas concesionarias de líneas de transporte público automotor de pasajeros.

Por lo dicho, la actividad que desarrolla la demandada no se ajusta al ámbito de aplicación del régimen colectivo invocado ni por cierto acreditó que perteneciera a alguna de las organizaciones empresarias que suscribieron el CCT 460/73 ni que estuviera representada en ese convenio.

Acoto aquí, que no resulta jurídicamente eficaz alegar para la aplicación en el caso del CCT 460/73, la circunstancia de que ésta contempla mayores ventajas económicas para los trabajadores comprendidos en el ámbito de su negociación, pues cabe recordar que los convenios colectivos de trabajo, como instrumentos normativos, resultan aplicables de modo obligatorio en el ámbito específico establecido legalmente, para lo cual no puede soslayarse la existencia de una estrecha e indispensable vinculación entre la representación que asuma la unidad de negociación de aquellos, y el ámbito de aplicación (ya sea por actividad, profesión u oficio, o por zona geográfica determinada, o por empresa, etc.).

Es por lo expuesto que registrado indebidamente en el CCT 460/73, la queja será desestimada.

b) Se queja, en el marco de su agravio por el encuadramiento convencional, que en la sentencia de grado se haya aplicado el CCT 547/08 ya que el mismo fue invocado al tiempo de configurar el despido indirecto y luego al promover la demanda, sin que existiera reclamo para ese encuadre.

Brevemente diré que el convenio colectivo que rige una relación laboral no es disponible ni por acuerdo de partes y tampoco materia de renuncia por parte de los trabajadores. El mero hecho de que el trabajador haya suscripto sin reparos los recibos en los que se consignaba que la relación se categorizada dentro de un CCT erróneo es inocuo, pues en materia laboral se atiende al principio esencial de irrenunciabilidad (art.12 y 58 LCT). Las normas que en él se apoyan, tienen la finalidad de evitar el abuso de la autonomía de la voluntad del trabajador y forman lo que se denomina orden público laboral. Esto es, no puede interpretarse que el silencio del trabajador durante un tiempo dado, implica la renuncia a los derechos que le confiere la ley. En este sentido se ha resuelto que *"la pretensión de la demandada de modificar el encuadramiento convencional de la actora implica una violación del art. 12 LCT, en tanto dentro de los derechos irrenunciables se encuentra, sin ninguna duda, el de ser encuadrado en el convenio colectivo de trabajo que corresponde, y dicho encuadramiento no es disponible por el empleador, como lo pretende la accionada en autos*". (CNAT, Sala VI, 16/3/2011, "Fonseca, Valeria Alejandra c/ Swiss Medical S. A. s/ diferencias de salarios", MJJ65203).

3.

En el segundo agravio cuestiona que se determinara una jornada laboral de 48 horas semanales.

La queja en el punto no puede admitirse.

Frente al reclamo de la parte actora de una jornada normal y habitual de trabajo de ocho horas, el empleador alegó una jornada parcial habitual de 9 a 13 hs de lunes a sábado.

Resultaba carga de la accionada probar tal circunstancia en tanto que ella configura una excepción a la jornada normal de trabajo. En consecuencia, siendo presupuesto de hecho de la norma que se invoca en apoyo de su

afirmación defensiva (conf. Art. 92 ter., apartado 1º de la LCT) corría con la carga de su acreditación la parte demandada. "*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).

La conclusión sentencial indica que ante el reconocimiento expreso de la realización de horas extras y la expresa prohibición de realizarlas (art 92 ter y art.89), quedó sin sustento fáctico la jornada de trabajo a tiempo parcial y no cabe otra registración posible que la jornada habitual por actividad de 48 hs. semanales.

Por ello es inaudible en esta instancia señalar que nunca reconoció que se le abonaran horas extras. Basta para ello referir sus expresiones al contestar la demanda: "*surge el pago de las horas trabajadas fuera de la jornada "*(v. fs. 209 vta)…*"ambas partes acordamos que los viajes se harían por fuera de la jornada registrada, se le abonarían mediante recibos que la empresa emitía al chofer"* (fs. 212) y adjunta recibos firmados por el actor conforme pericial caligráfica de fs. 462/ 469,… *"6.- Horas extras: Conforme los recibos que se acompañan fueron abonados la suma de $ 44.935 en concepto de horas extras…".*

Luego de ello, no advierto que otra interpretación puede hacerse a las manifestaciones de la parte, en cuanto al tiempo trabajado por fuera de la jornada parcial alegada.

No se trata entonces de cómo deben liquidarse las horas en exceso de la jornada parcial, sino que, controvertida la jornada de trabajo, no logró el demandado justificar con la prueba cumplida, que el vínculo laboral con el actor encuadraba en el supuesto excepcional del art. 92 ter de la LCT.

Va de suyo que, luego de lo expuesto, la decisión sentencial en que no se ha probado el trabajo en tiempo extraordinario durante la temporada alta -argumentada en el reclamo-, refiere estrictamente a que no se ha probado la realización de horas extras más allá de las pagadas, por lo que se ha desinterpretado la conclusión de la magistrada.

Por lo expuesto el segundo agravio debe rechazarse.

4.

El tercer agravio se dirige a cuestionar la configuración del despido indirecto. Argumenta que desestimadas las diferencias salariales, la incorrecta registración no puede resultar una injuria de tal magnitud para que el actor se considere despedido.

La queja debió estar dirigida a refutar que la acreditación de una de las causales invocadas en la notificación del auto-despido, no ha tenido virtualidad o entidad como injuria para justificar la medida.

Los argumentos del recurrente no resultan una crítica ni concreta ni razonada en los términos que impone al recurrente el art. 60 Ley XIV N° 1 y 268 del CPCC. pues no logra demostrar ni el error ni la irrazonabilidad o arbitrariedad de lo decidido resultando su exposición en el punto, una mera discrepancia con lo decidido, con base conjetural al señalar que por la edad del actor, la incidencia de la errónea registración no se reflejará en los haberes jubilatorios.

Por lo que siguiendo la propuesta del Dr. Vivas, el recurso en este aspecto debe declararse desierto (art 269 del CPCC).

5.

El cuarto agravio se dirige a cuestionar la aplicación de las multas previstas en el art. 1 y 2 de la ley 25.323. Sostiene como argumento que no se han

dado los presupuestos para su aplicación, por lo que abordaré su tratamiento en particular.

a) **Multa art. 1ero de la ley 25.323:**

Indica que para su procedencia la *a quo* refiere que se debe configurar la inexistencia de registración o su deficiencia. En respuesta a ello, señala que López se encontraba registrado y que en los términos de la sentencia, la deficiente registración surge de la duración de la jornada y salarios registrados y abonados mediante recibo oficial.

La queja sobre el defecto de la registración con el argumento en que la jornada laboral no ha sido probada, no puede atenderse.

No sólo porque se desestimó la queja formulada en el segundo agravio, sino porque no es la deficiente registración de la jornada de trabajo la que justificó la multa aplicada en la sentencia.

Tampoco es ajustado a los términos del fallo que la deficiente registración surge *"de los salarios registrados y abonados mediante recibo oficial"*.

La magistrada de grado desestimó las multas pretendidas en base a la ley 24.013 por ausencia de los requisitos formales para su procedencia (falta de comunicación a la AFIP para que se registraran los salarios abonados en negro) y no porque no se haya probado la conducta infractora. Aplicó la sanción prevista en el art. 1 de la ley 25.323, peticionada subsidiariamente, por el pago de salarios sin registro.

Advierto que nada dice el recurrente sobre tal fundamento y obviamente no es suficiente señalar *"De haber entendido el a quo que existió deficiente registración de los haberes percibidos, no se puede entender que haya existido "deficiencia" en la registración que ameriten la aplicación de la multa prevista en el art. 1 de la ley 25.323"*. Las afirmaciones de la parte no son más que simples generalizaciones insuficientes por sí solas para sustentar el agravio. En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente y

que evidencien, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación de la multa, no hay agravio para atender.

Diré también, respecto de las citas jurisprudenciales (especialmente aquellas que corresponden a causas juzgadas en esta Cámara), que al no relacionar las mismas adecuadamente con el tema debatido en la causa tampoco hay agravio que atender. Así, la mera transcripción, por profusa que sea, de citas jurisprudenciales o de doctrina, sin siquiera intentar una explicación para relacionarla con lo debatido en la causa, y por ende, sin justificar la aplicabilidad de las conclusiones sentadas en aquéllas en el caso a resolver, no permite tener por fundado el recurso (cfme Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales...", Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs.359/360 y cita de fallos).

Por lo expuesto esta parcela del recurso debe declararse desierto (art 269 del CPCC).

b) <u>El incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323.</u>

El art. 2º de la ley 25.323 reza en lo pertinente: *"…Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. en 1976) y los arts. 6º y 7º 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%..."*.

El actor en la pieza postal a través de la cual comunicó a la demandada su decisión de considerarse despedido, la intimó al pago de las indemnizaciones por despido (ver fs. 7) lo que constituye en el presente caso la intimación fehaciente exigida por el art. 2º de la ley 25.323.

Si bien es cierto que el pago de dichas indemnizaciones deberá ser efectuado dentro del plazo previsto por el art. 128 de la L.C.T. computado desde la fecha de extinción de la relación laboral (conf. 255 bis, L.C.T.) ello

no implica que aquélla interpelación no tenga los efectos previstos en la norma mencionada en el párrafo que antecede.

La intimación fehaciente a que alude el art. 2º de la ley 25.323 puede ser efectuada por el trabajador en el documento a través del cual comunica el despido indirecto, pero aquél acto formal sólo puede surtir efectos (la evidencia de la renuencia contumaz del deudor al pago de las indemnizaciones pertinentes) una vez que haya vencido el plazo del art. 128 de la L.C.T. computado desde la fecha de extinción de la relación laboral, plazo este último conferido al deudor para extinguir la obligación sin consecuencias jurídicas desfavorables. *"La comunicación de despido, sea que emane del empleador o del trabajador, producen el efecto de extinguir el contrato de trabajo. Desde ese momento, la obligación de indemnizar "existe", independientemente de que la obligación, además de existente, sea "exigible". El art. 2, Ley 25323, no contiene ninguna alusión a la mora en la obligación de indemnizar el despido (directo o indirecto). Por lo tanto, si la intimación se cursa por el trabajador cuando la obligación existe, ella es correcta y se adecua a la ley. Para quienes piensan que la obligación de indemnizar el despido sólo resulta exigible luego de los cuatro días hábiles de producido, nada significa que la intimación se curse antes de ese lapso." (*Godoy, Alicia Mabel vs. Instituto Jesús de Nazareth y otra s. Laboral por despido. Cámara de Apelaciones en lo Laboral Sala II, Posadas, Misiones; 04-09-2007; Rubinzal on line; RC J 2607/08).

Agregaré que en el caso, la demandada frente a la intimación cursada no aludió al carácter prematuro de la mencionada interpelación y cierto es que la actora se vio obligada a iniciar la demanda que dio origen a este pleito para percibir las indemnizaciones por despido.

En cuanto a la facultad de los jueces de morigerar este incremento indemnizatorio, comparto con la señora Jueza de grado y con el Magistrado que me antecede en el voto que no se acreditó en el expediente causa

alguna para exonerar al empleador de su pago. No se advierte que su planteo recursivo tenga correlato con la expresa negativa sostenida en el intercambio epistolar o al contestar la demanda respecto de las pretensiones del actor, más allá del resultado del pleito.

En definitiva, los agravios de la parte deben ser rechazados y confirmada la sentencia de grado, en todo lo que ha sido materia de apelación.

6.

Las costas:

Conforme se resuelve, las costas en esta instancia deben ser soportadas por el demandado vencido (art. 69 del CPCC).

Los honorarios propuestos por el Dr. Mario Luis Vivas resultan ajustados a la actividad profesional cumplida para lo cual tengo en consideración las pautas mensurativas de la Ley XIII N° 4, en tanto mérito y éxito obtenido (art 5 y 13 de la ley arancelaria).

VOTO a la primera 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 decisorio de fs. 495/501 en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas de alzada a la demandada apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 57, XIV N° 1, y 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios profesionales del letrado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 27%, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y de

los de la parte demandada, Dres. G. C. y P. G., en el 12,5%, para cada uno de ellos, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior (arts. 5, 9, 13 y cc. de la ley XIII N° 4), con más IVA, si correspondiere.

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 correspondería dictar es el que propone el Dr. Mario Luis Vivas.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2014.

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 decisorio de fs. 495/501 en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2. IMPONER las costas de alzada a la demandada apelante vencida en esta instancia (cfr. art. 57, XIV N° 1, y 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios profesionales del letrado de la parte actora, Dr. B. E. M., en el 27%, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y de los de la parte demandada, Dres. G. C. y P. G., en el 12,5%, para cada uno

de ellos, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior (arts. 5, 9, 13 y cc. de la ley XIII N° 4), con más IVA, si correspondiere.

4 .REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.