En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"D. Miguel A. c/ P. A. S.A. s/ cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N° 154 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N°1 (Expte. N° 133/12) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿Es justa la sentencia dictada a fs. 452/458? **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs.477.

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

1 – Antecedentes

Han arribado a estudio de esta Alzada las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación que ha interpuesto a fs. 461 la parte demandada contra la sentencia dictada en la anterior Instancia, el cual le ha sido concedido a fs. 462. Expresó sus agravios la recurrente a fs. 464/467, siendo contestado por la contraria a fs. 469/472 el traslado conferido de los mismos.

2 – La Sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a P. A. S.A. a abonar a M. A. D., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 28.906,60.- (Veintiocho mil novecientos seis pesos con 60/100), con más los intereses a la tasa activa del Banco el Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma es debida

al efectivo pago. Impuso las costas en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.

Consideró inicialmente la a quo que corría la parte demandada con la carga procesal de acreditar la contratación "eventual" del actor que invocara. Tuvo en cuenta los dos supuestos que pueden dar origen a tal tipo de contratación (conf. art. 99 LCT) y que la doctrina ha sostenido que el contrato será eventual cuando el servicio prometido por el trabajador sea único y determinado, sin posibilidades de prolongarse en el tiempo o de repetirse.

De las pruebas producidas en el proceso, concluyó la sentenciante que la demandada no acreditó los extremos necesarios para aceptar su postura y que lo que sostuvo en la contestación de la demanda se desmorona a poco que se analice la asiduidad en la contratación del actor. A ello agregó que no se demostró que el trabajo del actor tuviera alguna vinculación con ingresos extraordinarios de materia prima a la planta, dentro de los ciclos en que la especie se da y que la prueba analizada es más que suficiente para desestimar la contratación de excepción invocada por la demandada.

Con relación a los contratos acompañados en autos por la demandada, mencionados para señalar la incongruencia de los períodos pretendidos por la demandada con la cantidad de materia prima a procesar, dejó constancia que fueron desconocidos por la actora sin que se haya acreditado la autenticidad de la firma del actor en ellos. Lo mismo ha ocurrido con la renuncia del actor presentada por la empleadora (fs. 97), la cual no sólo fue desconocida por la actora sino que incumple con la norma del art. 240 LCT.

Habiendo desestimado que el actor pudiera encontrarse en una relación de carácter "eventual", la sentencia determinó que la relación habida entre las partes fue por tiempo indeterminado con prestaciones discontinuas. Es por ello que, teniendo en cuenta que la demandada incumplió con la obligación

legal de proporcionar tareas en la temporada, corresponde admitir las indemnizaciones derivadas del despido indirecto en que se colocara el actor, así como las derivadas de la liquidación final. Hizo lugar también a la Multa prevista por el Art. 2 de la Ley 25.323 y no admitió la Multa del Art. 45 Ley 25.345 dado que la falencia en base a la cual la actora pretendía la multa es la referida a la fecha de ingreso, la cual no fue admitida.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) En primer término, agravia a la demandada que la sentencia haya concluido sosteniendo la inexistencia de relación entre la contratación del actor y el ingreso extraordinario de langostinos para procesar. Según la queja, la sentencia amplía las exigencias para considerar la modalidad del trabajo "eventual".

Agrega que la a quo no ha relacionado debidamente la contratación del actor con las cantidades de materia prima y personal ingresado, es decir que en el momento de ser contratado existió razonablemente una necesidad extraordinaria. Insiste en que el actor fue contratado en períodos donde la materia prima se encontraba en picos de actividad o estando en crecimiento y se terminaba la relación cuando la cantidad de materia prima comenzaba a mermar correlativamente con la cantidad de personal jornalizado contratado.

Sostiene que la empresa no ha usado fraudulentamente la figura del contrato "eventual" con el actor sino que su contratación siguió una relación con las mayores cantidades de materia prima para procesar en planta.

3.2) En segundo lugar, se agravia porque la sentencia consideró al trabajo del actor como "de temporada", sin revisar si nos encontramos con una situación de esas características. Afirma que, conforme la pericia contable practicada en autos, no puede sostenerse que la empresa tuviera una necesidad permanente que se cumpla en determinadas épocas del año

sujetas a repetirse en lapsos determinados de manera regular y menos que se desarrolle en los meses que el actor identificó. Señala que desde 2006 a 2011 no existió una uniformidad en los meses en los cuales se produce un aumento de la producción. O sea, no se dio un incremento de la actividad en una "determinada" época del año ni se repitió por un lapso dado de tiempo uniforme y menos la cantidad a procesar en cada mes se mostró de manera estable y uniforme entre esos años.

Destaca que es contradictorio y arbitrario asignar a la relación de trabajo existente entre las partes el carácter de "temporada" si el trabajador no acreditó haber prestado tareas bajo estas características. Agrega que el trabajador prestó tareas en períodos de tiempos disímiles sin encontrarse sujeto a una estacionalidad determinada.

Culmina el punto destacando que el hecho que el trabajador no prestara tarea alguna en la "temporada" 2010/2011 (entre Octubre 2010 y Marzo/Abril 2011) y que no haya reclamado, es un elemento adicional para representar que el actor no estaba sujeto a un contrato "de temporada".

3.3) El tercer agravio está planteado por el importe tomado como mejor remuneración mensual, normal y habitual que es la correspondiente a Julio de 2010 por la suma de $ 4.266,63.- cuando la misma incluye conceptos "no remunerativos" establecidos por "Presencia General" y "Presencia Perfecta", según lo establecido convencionalmente con el STIA. Es por ello que, según la queja, el carácter expreso dado por las partes de "no remunerativo" a dichos conceptos los excluye de cualquier base de cálculo para el art. 245 LCT.

3.4) Por último, se agravia que se haya tomado para la base del cálculo de la indemnización por antigüedad la totalidad del importe correspondiente al mes de Julio de 2010, cuando el mismo incorpora dentro de su liquidación 29,91 horas extras por la suma de $ 464,74.- que escapan a la normalidad y habitualidad. Esgrime que el actor trabajaba un promedio de 10 horas

extras mensuales, que estas horas deben ser incluidas en la base del cálculo de la indemnización por antigüedad siempre y cuando sean habituales y que la cantidad de horas "extras" que el actor laboró en Julio de 2010 excede la normalidad de los meses anteriores. Pretende que se reduzca dicho concepto a los valores que respete tal regularidad.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>Trabajador "eventual" o "de temporada"</u>

En atención a la vinculación existente, he de tratar conjuntamente los dos primeros agravios planteados por la recurrente en los que se agravia porque, según su postura, el actor era un trabajador "eventual", mientras que la sentencia de la inferior Instancia descartó esa figura determinando que era trabajador "de temporada".

Por lo tanto, corresponde a esta Alzada determinar cuál es la figura contractual aplicable al caso en análisis.

A - En el inicio del camino a recorrer para concretar la finalidad indicada, es menester analizar las características especiales que tiene el contrato de trabajo "eventual", conforme lo hiciera oportunamente al votar en dos cuestiones similares sentenciadas por esta Excma. Cámara in re: *"R., D.F. y Otro c/ P. A. S.A. s/ Cobro de Pesos"* (Sent. 30/08/2012, Reg. SD N° 63/12) y *"D., E.G. c/ P. A. S.A. s/ Cobro de Pesos"* (Sent. 03/09/2013, Reg. SD N° 63/13).

Ante todo, debe tenerse presente que la contratación "eventual" sólo es procedente cuando se acredite una causal objetiva para justificar dicha modalidad, recayendo la prueba sobre ese aspecto en cabeza del empleador. Y es importante advertir que el juzgador no puede catalogar una relación de trabajo dentro de una modalidad de excepción como es el contrato de trabajo "eventual", cuando no existan pruebas que

objetivamente sustenten la eventualidad (conf. CSJSta.Fe, 12/11/08, LLLitoral 2009 (agosto), 735).

Independientemente de la discusión que puede generar el modelo de contratación "eventual" de la legislación argentina, no existe duda de que las normas reguladoras del instituto requieren la demostración de una causal objetiva para justificar dicha modalidad.

El contrato de trabajo "eventual" está dirigido, básicamente, a cubrir un lugar de trabajo en circunstancias excepcionales y apunta a la obtención de resultados concretos y temporales, cuando no se puede determinar el plazo (conf. GRISOLIA, J.A., "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Lexis N° 5609/004244). Es una forma contractual que sólo puede ser utilizada para la satisfacción de necesidades extraordinarias o transitorias, por medio de servicios que se pueden corresponder o no con la actividad de la empresa, ya que no es legítimo contratar personal eventual para labores permanentes (conf. ACKERMAN, M.E. – TOSCA, D.M., "Tratado de Derecho del Trabajo", T. II, Rubinzal Culzoni, 2005, pág. 484; CNTrab., Sala VI, 17/10/07, "Tejada, S. c/ Necus SRL"). En síntesis, sólo se puede recurrir a la contratación "eventual" para los casos en las que los trabajos obedecen a una situación extraordinaria que lleva implícita la transitoriedad y que justifica en forma objetiva una contratación por tiempo determinado.

Para considerar válido un contrato "eventual", que excepciona el principio general de indeterminación del plazo plasmado en el art. 90 LCT, es necesario que se cumplan los dos requisitos establecidos en esta norma, los cuales son acumulables y no alternativos (conf. ALVAREZ, E., "Reflexiones críticas acerca del contrato de trabajo eventual", Rubinzal Culzoni, Rev. de D.Laboral, 2005-2 (Contratación Laboral), pág. 199 y sigs.; CNTrab., Sala V, 05/07/07, "Ballivián Ticona, S. c/ Coca Cola Femsa y Ot."; ídem, Sala II, 16/08/07, "Leiton, G. c/ Cía. de Serv. Hoteleros").

He dicho antes que las normas reguladoras del instituto requieren la demostración de una causal objetiva para justificar dicha modalidad, recayendo la prueba sobre ese aspecto en cabeza del empleador. Con respecto a la prueba de la existencia de un contrato de trabajo "eventual", la misma debe ser estricta, por resultar una situación de excepción dentro del ordenamiento jurídico laboral que privilegia la permanencia de toda relación de trabajo. Siempre debe primar la realidad sobre la forma, es decir la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los acuerdos (conf. CNTrab., Sala X, 29/02/08, "Agostino, D. c/ In Store Marketing SRL y Ot."; ALVAREZ, E., ob. cit., pág. 200; CNTrab., Sala VII, 12/07/06, "Presentado, V. c/ Transfármaco S.A. y Ot."). Esta prueba pesa sobre el empleador según lo establecen en forma expresa e indubitable los arts. 92 y 99 de la LCT, creando de esta forma una presunción iuris tantum de que el contrato es por tiempo indefinido, acorde con el principio general establecido en el art. 90. La prueba del empleador que alegue que existió "eventualidad", debe demostrar de forma fehaciente y evacuando toda duda que la contratación del trabajador en forma "eventual" respondía a motivos objetivos y reales que justificaban una contratación a plazo y no por tiempo indeterminado (conf. SERRANO ALOU, S., "La eventualidad es una excepción de aplicación restringida", LLLitoral 2009 (agosto), 735).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto y las constancias que surgen de las actuaciones, adelanto mi opinión que no acompañaré en sus quejas a la parte demandada.

Para mí ha quedado acreditado que el actor estuvo vinculado por un contrato de trabajo de tiempo indeterminado con la empresa accionada en los términos del art. 90 de la L.C.T. y ello así porque no se cumplieron los requisitos legales para caracterizar a la contratación como "eventual", cuyo marco regulatorio está contenido como una modalidad contractual especial reglado en los arts. 99 y 100 de la L.C.T. con reglas impuestas por la Ley

24.013 (art. 72) que exige la satisfacción de resultados concretos (por ejemplo, cubrir una suplencia) o servicios extraordinarios determinados de antemano (como una emergencia) o bien exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa debiendo ser ambas acumulativas, lo que surge de la referencia en la ley de la conjunción copulativa "y" que determina la acumulación de ambas pautas de inclusión, como ocurre en los casos de picos de producción de bienes y servicios que presentan un plus atípico y temporario o efímero, causales que deben fijarse y enunciarse expresamente en la contratación, lo cual no se observa en la relación habida entre las partes de autos pues no surge la causal o necesidad extraordinaria que de sustento a dicha contratación.

Además, de la relación habida se desprende la continuidad del actor para la misma empleadora en lapsos prolongados y para el cumplimiento de las mismas tareas: *"Categoría 1"*, las que, dado el objeto social de la accionada, hacen al giro normal de su explotación, sin que sean válidos los flujos o reflujos anuales y habituales de la cantidad de langostinos a procesar para justificar una contratación eventual porque ellos integran el movimiento habitual propio y específico de la actividad que desarrolla la demandada. Tampoco ese plus atípico temporario por un incremento de materia prima surge de las restantes probanzas aportadas de autos, cuya prueba incumbía a la demandada, conforme a las prescripciones de los arts. 92 y 94 LCT. En tal sentido, he dicho antes en este voto que la doctrina sostiene que los dos requisitos exigidos para que el contrato de trabajo pueda entenderse a plazo determinado son acumulativos y no alternativos, lo que significa que si la demandada no ha acreditado en autos (art. 92 LCT) que las modalidades de la tarea o de la actividad así lo justifican, el contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado (conf. ALTAMIRA GIGENA, "La Ley de Contrato de Trabajo Comentada", pág. 437; SARDEGNA, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", pág. 210; CNTrab., Sala VIII, 31/05/90,

“Giacobb C. c/ Sipem SRL y Ot.”; CATrab.Tucumán, Sala VI, 12/04/2012, LLNOA 2012 (julio), 688).

B – No se discute ante esta instancia que el actor haya trabajado para la empresa demandada, ni que desde su contratación hasta la fecha de su desvinculación se desempeñara como personal contratado por la propia demandada, realizando siempre iguales tareas, correspondientes a la actividad desarrollada por la misma. Tengamos presente que, conforme lo ha expresado al contestar la demanda, la parte demandada es una empresa dedicada a “la captura, industrialización y comercialización de productos ictícolas” y su principal actividad lo constituye “la captura y procesamiento de la merluza común y langostino, siguiendo la de otras especies marinas” (conf. fs. 117 vta./118).

La naturaleza del contrato depende de una situación de hecho, que demuestre fehacientemente que los servicios prestados por el trabajador obedecieron a exigencias transitorias y extraordinarias o a servicios extraordinarios determinados de antemano (art. 99 LCT). Desde dicha perspectiva de análisis, comparto lo señalado por la Sra. Jueza a quo en cuanto a que la demandada no ha aportado elementos de prueba suficientes a fin de acreditar los extremos requeridos por la normativa aludida. Por el contrario, el detenido estudio de las constancias de la causa (conf. art. 390 CPCC), me lleva a concluir que el actor siempre cumplió tareas propias de la organización y el giro empresario de la demandada y que no se acreditaron las necesidades extraordinarias alegadas, ni la consecuente necesidad de contratar personal eventual para funciones específicas. O sea, no se acreditó la eventualidad de las tareas, ni tampoco el cumplimiento de los requisitos formales que impone la normativa para admitir este tipo de contrataciones (arts. 31 y 72 de la Ley 24.013).

Veo en este caso que resulta acreditada la prestación en todos los ciclos de la misma tarea por parte del actor, desprovista de los recaudos de extraordinariedad y transitoriedad, lo cual hace presumir una incorrecta utilización del contrato de trabajo "eventual" como vía de reclutamiento del personal. El hecho de adoptar dicha modalidad bajo condiciones que verdaderamente distan de ser, en la realidad, las que describe el legislador, expone al dador de trabajo a contingencias como las que resultan del pronunciamiento recurrido.

He dicho ya aquí que la regla es el trabajo por tiempo indeterminado y la prueba del trabajo "eventual" la debe producir aquél que invoca esa modalidad, debiendo demostrarse que el trabajador ha sido contratado para la satisfacción de ciertos resultados concretos, ya sean servicios extraordinarios determinados de antemano que por su naturaleza se encuentran fuera de la actividad específica o normal del empleador, o exigencias transitorias que por su cantidad o especificidad obedezcan a factores -justamente- transitorios y ajenos al desarrollo habitual de la actividad empresaria.

Tengo en cuenta también, que la pericia contable practicada en autos hizo saber -en lo que aquí interesa y por un punto pericial propuesto por la empresa demandada- que las "compras" de materia prima (langostinos) realizadas por la demandada entre los años 2005 a Febrero de 2012 fue de 12.777.425,43 Kg. (conf. fs. 406). Si bien surge del cuadro realizado por el experto la cantidad de kilogramos comprados cada año y mes por mes en el período indicado y que no se compró todos los años la misma cantidad, dicha circunstancia no es excepcional -como lo sostiene la recurrente- sino que se ha reiterado por decisión exclusiva de la propia empresa demandada, lo que podría haber justificado una contratación discontinua, en su caso, pero permanente. Además, el acreditado incremento de materia prima que hubo en algún período y en el que se basa la quejosa no suple la

ausencia probatoria de la invocada extraordinariedad y excepcionalidad del evento que justificaría la forma excepcional de contratación.

Y esta ausencia probatoria tiene una explicación muy simple: surge de autos y del propio reconocimiento de la demandada que la materia prima en cuestión (langostinos), al menos durante el período en cuestión, no fue capturada por ella sino adquirida a terceros. Por lo tanto, es más que evidente que en cada temporada la empresa sabía perfectamente la cantidad de langostinos que le compró a los terceros, con lo cual no hay en esto nada de "extraordinario" ni "excepcional". Y es aquí donde también la postura de la demandada no resiste el menor análisis. Es imposible que alegue -como lo hace- que no sabía en cada época qué cantidad de langostinos debía procesar, dado que el procesamiento comprendía -ni más ni menos- que la cantidad de materia prima que ella misma decidió adquirirle a sus proveedores. O sea, no hay aquí ningún acontecimiento ni actividad aleatoria, inconstante, irregular o imprevisible, como esgrime en su queja y ello se debe a que la demandada compró a terceros la materia prima, por lo tanto, no pudo ignorar la cantidad que comprara y ello es lo que se debía procesar.

No puedo dejar de destacar que la misma demandada le solicitó al experto contable que hiciera saber en su dictamen quién provee de materia prima a la empresa y la cantidad de langostinos "comprados" por la empresa entre los años 2005 a Febrero de 2012 (respondido por el perito a fs. 406,414 vta./415 y 416). Ante este panorama probatorio no me cabe sino concluir que durante dicho período, o bien la demandada sólo adquirió a terceros la materia prima en cuestión (langostinos) para su procesamiento o ha sido muy reducida la cantidad capturada por ella.

Frente al cuadro que acabo de describir, toda la cuestión relativa al personal que necesita la demandada para cumplir con su cometido (procesamiento de langostinos) es una decisión estrictamente empresarial. Es la empresa

quien decide cuánta materia prima comprar en cada temporada y ella es la que debe saber si tiene o no el personal necesario para procesar la cantidad que decidió adquirir y resolver en consecuencia.

Atento lo hasta aquí desarrollado, no tengo dudas de que la figura del contrato de trabajo "de temporada" (art. 96 LCT) encaja perfectamente en esta actividad y en modo alguno advierto un perjuicio económico para el empleador dado que en estos casos el personal percibe remuneración únicamente durante el período que cumple tareas.

D – Otro de los argumentos de la quejosa apunta a que Domínguez no prestó tareas entre Octubre de 2010 y Marzo/Abril de 2011, no habiendo reclamado en ningún momento por la no convocatoria a trabajar. Ello, según la quejosa, es un elemento interpretativo adicional para representar que el trabajador no estaba sujeto a un contrato "de temporada" sino "eventual".

Esta afirmación es una simple postura que esgrime la demandada, pero de ningún modo tiene relevancia como aval de sus dichos ni constituye una prueba conducente para desvirtuar la conclusión de la a quo. Al menos ello no surge explicado en forma clara y convincente en el agravio. Debería haber demostrado porqué es un elemento interpretativo adicional en favor de su postura.

De todos modos, este no ha sido un punto que integrara el debate en primera instancia por lo que mal puede pretender incorporarlo ahora mediante la expresión de agravios. En consecuencia, no corresponde su análisis por esta Alzada (arg. art. 280 CPCC).

E) Reitera la recurrente que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo "eventual" y que jamás el actor acreditó haber desempeñado un trabajo "de temporada".

Es evidente que la quejosa altera los términos de la relación habida entre las partes y de la problemática planteada en autos con relación a la carga probatoria. En efecto, con total claridad la sentencia en crisis ha dicho: *"…Atento los términos en los que quedara trabada la litis, corría la parte demandada con la carga procesal de acreditar la contratación eventual que invoca (arts. 90, 99 y conc. L.C.T.)…"* (fs. 454 vta.). Es indudable que la carga probatoria quedó en cabeza de la demandada (art. 381 CPCC) y no del reclamante como pretende plantear el agravio. Por otra parte, es de destacar que esta disposición de la a quo no ha sido objeto de impugnación por la demandada, por lo que ha adquirido firmeza.

Por otra parte, no es suficiente la voluntad de las partes para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto (ni aun cuando esta situación estuviese prevista en un convenio) sino que debe mediar también una necesidad objetiva del proceso productivo que legitime esas modalidades (conf. CNTrab., Sala II, 16/08/07, "Leiton, G. c/ Cia. de Serv. Hoteleros"; ídem, Sala III, 26/12/06, "González, E. c/ Claridge Hotel SA"; ídem, Sala IV, 20/05/08, "Páez, L. c/ Iconics SA"; 29/04/08, "Caminos, L. c/ Panatel SA"; ídem, Sala VI, 13/05/08, "La Fata, R. c/ TNS Gallup Arg. SA"; ídem, Sala IX, 31/05/06, "Mars, N. c/ Bco. Privado de Inversiones SA y Ot.").

Es decir, no es posible que las partes puedan determinar por su propia voluntad que el contrato de trabajo es "eventual", con prescindencia de considerar la continuidad normal del proceso productivo y la tutela que el Derecho del Trabajo da a la permanencia y estabilidad de la relación laboral, permanencia y estabilidad que se encuentra plasmada en el "principio de continuidad" (conf. ALVAREZ, E., ob. cit., pág. 199 y sigs.).

Por lo tanto, no es relevante que el actor haya sido contratado en forma "eventual" y que ello fuera conocido por él, por cuanto el tipo de contratación "eventual" no depende de ello, ni del conocimiento que pueda tener el trabajador de la supuesta transitoriedad de las tareas, sino que las

modalidades de las tareas razonablemente aplicadas así lo justifiquen (conf. CNTrab., Sala VII, 06/11/96, "Pascualini, R. c/ Bco. Español"). Debe quedar en claro que no interesa la calificación que las partes den a la relación, sino que lo relevante es la esencia de la vinculación que, en tanto traduzca una subordinación jurídica, es decir, una sujeción actual o potencial a directivas jerárquicas, importa una relación laboral de carácter dependiente (conf. CNTrab., Sala VI, 16/07/96, "Brutti, A. c/ Raffo y Mazieres S.A.").

La falta de prueba concreta en punto a que la contratación no obedeció a una necesidad objetiva y extraordinaria, define la suerte de la pretensión, y no obsta a lo expuesto que el actor haya acreditado o no que desempeñara un trabajo "de temporada", pues -reitero- lo que caracteriza a la relación como "eventual" es que la modalidad de las tareas justifiquen el tipo de contratación, y ello, independientemente del conocimiento que pueda o no tener el trabajador respecto a la supuesta transitoriedad de las tareas (conf. CNTrab., Sala X, 29/05/06, LLOnline: AR/JUR/2958/2006).

Es que independientemente de la tipificación que las partes puedan asignar a la relación que las une, su interpretación debe hacerse a la luz del principio de la realidad, en cuanto impone la prevalencia de la naturaleza de los hechos, actos o negocios sobre las formas, las apariencias o las designaciones escogidas por las partes al margen de la regulación legal.

Lo dicho es más que suficiente para demostrar la irrelevancia de la queja planteada por la recurrente.

F) A modo de conclusión de este punto del tratamiento de los agravios de la apelante, es necesario dejar sentado en lo que hace a las probanzas arrimadas por la empleadora, que de las valoradas por la Juzgadora para sustentar la "eventualidad" de la relación no surge la presencia de una necesidad de la empresa que objetivamente esté destinada a consumirse o agotarse en el tiempo; dichas pruebas refieren al tiempo en que habrían

prestado servicios los actores pero en modo alguno apuntan a una situación particular del negocio que requiriera una labor especial.

Como en los anteriores precedentes supra citados, ha sido acertada la decisión de la inferior al considerar que las labores del actor no revestían las características alegadas por la demandada, ya que nadie puede negar que las tareas de procesar langostinos son propias de la explotación de una empresa dedicada a la industrialización y comercialización de productos ictícolas y no pueden considerarse ni extraordinarias (en modo alguno apuntan a una situación particular del negocio que requiriera una labor especial) ni transitoria (no surge la presencia de una necesidad de la empresa que objetivamente esté destinada a consumirse o agotarse en el tiempo).

He dicho supra que la ley utiliza la conjunción "y", por lo que no debe entenderse que las exigencias deben ser extraordinarias o transitorias, sino que deben darse ambas situaciones. La extraordinariedad de la ley debe ser entendida en el sentido de imprevisibilidad, es decir, debe tratarse de exigencias del mercado que no son las ordinarias del giro empresario pero que a su vez no pudieron preverse.

Si el aumento del giro comercial o del volumen de compra de langostinos es el que normalmente tiene toda empresa como objetivo de crecimiento de la misma, este crecimiento no es extraordinario ya que estaba en los planes de la empresa. Asimismo, la situación debe ser transitoria, ya que con el transcurso del tiempo, de continuar la situación, se perderá la excepcionalidad y se configurará la nueva normalidad; siendo desplazada la eventualidad por la continuidad. Por último, la sola discontinuidad y la falta de precisión en relación a la periodicidad de los trabajos, no es causa suficiente para la contratación de trabajadores como "eventuales" (conf. SERRANO ALOU, S., ob. cit.).

No puedo dejar pasar otra circunstancia relevante a los efectos de considerar la inaplicabilidad de la figura del trabajo “eventual” al caso en análisis y me refiero al hecho de que el actor ha sido contratado más de una vez para realizar las mismas tareas. Esta reiteración atenta contra la figura que pretende aplicar válidamente la demandada y ello es así porque el contrato de trabajo “eventual” es de carácter ocasional y transitorio, toda vez que en principio, no tiene posibilidad de repetición y es por ello que no origina expectativa de continuidad en el empleo, sino por el contrario, termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador, que por su extraordinariedad no tiene perspectivas de reiterarse (conf. CNTrab., Sala X, 29/05/06, LLOnline: AR/JUR/2958/2006).

Hemos visto que el actor fue contratado para realizar una de las actividades normales y habituales de la demandada que era el procesamiento de langostinos. Es ésta una actividad que no se realiza en forma continua, pero es una actividad permanente y regular. Ello por sí solo está indicando que, teniendo en cuenta la naturaleza de los servicios por las cuales Domínguez fue contratado, tenía lógicas posibilidades de trabajo, por tiempo indeterminado, aunque discontinuo.

Corresponde recordar que para determinar el carácter de la relación, hay que precisar el contenido de las obligaciones asumidas por las partes, o dicho de otro modo, lo que han convenido explícita e implícitamente, en función del trabajo o tarea a cumplir; es el trabajo contratado por su naturaleza misma (permanente o transitorio), el que definirá el carácter de la relación y será a través de él como el trabajador, desde el momento mismo en que celebra el contrato, sabe si el vínculo ha de ser transitorio o si por el contrario tiene lógicas posibilidades de perdurar indefinidamente. De acuerdo con lo expuesto el contrato será “eventual” cuando el servicio prometido por el trabajador sea único y determinado, sin posibilidades de

prolongarse en el tiempo o de repetirse, o sea intrínsecamente transitorio; mientras que será permanente en caso contrario, esto es, cuando las partes acordaron la prestación de servicios que son susceptibles de repetirse indefinidamente, lo cual confiere a la relación vocación de perdurabilidad. Es decir que, con otras palabras, a trabajo transitorio corresponde contrato de trabajo "eventual" y a trabajo permanente, corresponde contrato de duración indefinida, el margen de si a través de los servicios pactados se satisfacen necesidades transitorias o permanentes de la empresa (conf. VAZQUEZ VIALARD, A., "Tratado de Derecho del Trabajo", Astrea, Bs.As., 1982, T. III, pág. 548).

Lo expuesto me lleva inevitablemente a concluir, en coincidencia con la Sra. Magistrada a quo, que la relación laboral habida entre las partes tuvo vocación de permanencia -aunque las prestaciones fueran discontinuas- toda vez que el trabajador, teniendo en cuenta los servicios para los cuales se lo contrató más de una vez, tuvo fundadas expectativas de trabajar indefinidamente en las tareas de procesamiento de langostinos realizados para la demandada.

Es por lo hasta aquí expuesto que se ha decidido reiteradamente que la prolongación de la vinculación en reiteradas oportunidades y por un extenso período no resulta compatible con una exigencia transitoria o accidental del contrato de trabajo "eventual" que es siempre y de por sí, momentánea. El auténtico trabajador "eventual" no tiene posibilidad de repetición de labor, no se produce una continuidad en el empleo que, precisamente, da la nota de trabajo estable; de lo contrario el empleado puede tener la lógica expectativa de ser incorporado como personal permanente (conf. CNTrab., Sala X, 29/11/96, DT 1997-A, 969; Cám.Apel.Civ.Com.Lab.Rafaela, 23/02/96, LLLitoral 1997, 1164; CNTrab., Sala V, 29/12/92, DT 1993-A, 455).

G – Todos los aspectos jurídicos esenciales en la dilucidación de la naturaleza contractual a los que acabo de hacer referencia, han sido soslayados por la recurrente, quien esboza una cantidad abrumadora de circunstancias genéricas, más no logra rebatir en modo alguno tales consideraciones que se compadecen con las constancias de autos y el derecho aplicable.

Es de una claridad meridiana que si no se demuestra que las modalidades de las tareas admiten la contratación eventual, no cabe apartarse de la directiva contenida en la primera parte del art. 90 de la LCT, de modo que la relación debe considerarse permanente o por tiempo indeterminado. De tal modo, los vínculos anudados con el actor responden perfectamente a las características del contrato de trabajo "de temporada" (art. 96 de la LCT(), el cual, como es sabido, es por tiempo indeterminado aun cuando las prestaciones sean discontinuas y no continuas como en el contrato de trabajo más común (conf. ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", Astrea, 1998, pág. 220).

Además de todo lo hasta aquí expuesto y fundamentado, no puedo dejar de destacar las siguientes afirmaciones y conclusiones de la sentencia en crisis al referirse a los requisitos necesarios para configurar el trabajo "eventual": *"…no encuentro que la demandada haya acreditado tales extremos… el razonamiento de la demandada puede resultar factible y hasta lógico, limitado a un lapso único y sin repeticiones. Pero ello no quita que en cada caso concreto resulta su carga acreditar estrictamente los extremos que invoca. En el caso de autos, lo sostenido en la contestación de demanda se desmorona a poco que se analice la asiduidad en la contratación del actor, contratación que en algunos años se limitó a una temporada extendida, en otros sumamente menguada y en algunos superó holgadamente los límites no sólo de la temporada sino de la alegada contratación eventual -2009-. Menos aun, se ha demostrado que el trabajo de D. tuviera*

vinculación alguna con ingresos extraordinarios de materia prima a planta, dentro de los ciclos en que la especie se da…" (fs. 455 vta.).

Pues bien, sólo agregaré que estas clarísimas conclusiones que contiene la sentencia dictada en la anterior Instancia no han sido objeto de impugnación por parte de la demanda en el recurso interpuesto, con lo cual están firmes.

En consecuencia, no habiendo podido la demandada demostrar que el trabajador fuera contratado para prestar servicios de carácter "eventual y extraordinario" (conf. lo establece el art. 99 LCT), corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto consideró que dicha relación fue por tiempo indeterminado. He dicho supra -y me permito reiterarlo aquí- que si no se demuestra que las modalidades de las tareas admiten la contratación "eventual", no cabe apartarse de la directiva contenida en el art. 90 de la LCT, de modo que la relación debe considerarse permanente, es decir, como de plazo indeterminado. Y en el caso específico del actor, la relación contractual entablada con él responde perfectamente a las características del contrato de trabajo "de temporada" (art. 96 de la LCT), el cual es por tiempo indeterminado aun cuando las prestaciones sean discontinuas.

Lo dicho da la debida respuesta los agravios y demuestra su inconsistencia, por lo que corresponde su rechazo. Así lo voto.

4.2 – <u>La mejor remuneración mensual del actor</u>

Los dos últimos agravios están relacionados con el cálculo de la "mejor remuneración mensual normal y habitual" tomada por la sentencia como base para fijar la indemnización por antigüedad del actor.

Según la demandada, no debieron incluirse los rubros "Presencia General" y "Presencia Perfecta" por ser conceptos "no remunerativos" y tampoco debió tomarse el total de la remuneración del mes de Julio de 2010 dado que en

ella se liquidaron 29,91 “horas extras” las cuales escapan a la normalidad y habitualidad para el rubro.

Tengo en cuenta lo decidido en la sentencia recurrida sobre el particular. Ha dicho en este punto la a quo: *“…En cuanto a la mejor remuneración mensual, normal y habitual coincido con el experto contable en que corresponde considerar la de $ 4.266,66 (fs. 416), correspondiente al mes de julio/10 no sólo en cuanto a los rubros que la integran en cuanto todos ellos responden al criterio de “salario” sino en cuanto a que en contratos con prestaciones discontinuas como el de autos, debe estarse a las remuneraciones realmente percibidas durante los doce meses anteriores trabajados, única forma lógica de superar el escollo…”* (fs. 457).

Pues bien, esta conclusión de la a quo no ha sido motivo de agravio por parte de la recurrente; por lo tanto, ha sido consentida por ella. Esta circunstancia ya sería suficiente para desoír su queja.

Sin perjuicio de lo expuesto, he de agregar que se excluyen del cálculo de la “mejor remuneración” las prestaciones que por su naturaleza no son salariales, tal el caso de las asignaciones familiares o las sumas abonadas a título indemnizatorio, como la integración del mes de despido. Por la misma razón, no se computan los vales de comida para almuerzos fuera de la empresa, ni el servicio de guardería, ni la prestación del servicio de medicina prepaga, ni los *beneficios sociales* establecidos en el art. 103 bis de la LCT, ni las *“prestaciones complementarias no remuneratorias”* referidas en el art. 105, incs. *a* a *d* LCT.

La habitualidad implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que *habitual* significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repite o reitera (conf. FERNANDEZ MADRID, “Tratado Práctico”, T. II, pág. 1737; GOLDIN, “Remuneraciones Variables”, LT, XXXI-961).

Lo *normal* es aquello que ordinariamente ocurre y en materia remuneratoria es un término que puede ser conceptualizado en virtud de su opuesto: lo *anormal*, que sería un ingreso desde todo punto de vista excepcional y que no responde a la forma como se ha desarrollado el contrato. Así, por ejemplo, la gratificación única y no esperada por el trabajador no es ni normal ni habitual y las remuneraciones que se perciben por el ejercicio transitorio de un cargo superior, tampoco tienen carácter de normales, en tanto se trate de una suplencia (conf. FERNANDEZ MADRID, "Tratado Práctico", T. II, págs.. 1737/1738).

Con respecto a los "premios" que percibe el trabajador, tal el caso de la *"Presencia General"* y *"Presencia Perfecta"* mencionados por la queja, hay que tener en cuenta que el art. 245 LCT dispone tomar como módulo "la mejor remuneración mensual normal y habitual" del trabajador, y debe entenderse que estos adjetivos se refieren a rubros que componen el salario, para excluir gratificaciones extraordinarias, sueldo anual complementario u otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser ganadas todos los meses. Tal característica, no es aplicable a los plus o premios por asistencia y puntualidad, como a los feriados laborados, por lo que no existe motivo para excluirlos del cálculo sin prueba concreta de su anormalidad y no habitualidad (conf. CNTrab., Sala IX, 29/03/99, DT, 1999-B-1568). Es evidente que ninguno de los dos rubros cuestionados son gratificaciones extraordinarias y los mismos son susceptibles de ser percibidos todos los meses, por lo tanto, han sido correctamente incluidos en el cálculo observado por la queja.

Con respecto a las *"horas extras"*, corresponde incluirlas a los efectos del cálculo de la mejor remuneración mensual percibida, si son habituales. No, en cambio, si el trabajo extraordinario se realiza ocasionalmente (conf. FERNANDEZ MADRID, "Tratado Práctico", T. II, pág. 1740; HERRERA, en VAZQUEZ VIALARD (Dir.), "Tratado", T. 5, pág. 278). En este caso, la

propia demandada reconoce que su realización era “habitual” y de allí que no corresponda admitir su queja de que no se incluyan las realmente trabajadas en el mes de Julio de 2010 porque en ese mes se trabajaron más “horas extras” que en otros. Y ello así porque lo que era “normal” y “habitual” era que el actor trabajaba *“horas extras”* y no la cantidad de horas extraordinarias que trabajaba. Por lo tanto, el hecho de que unos meses se trabajaran más “horas extras” que otros no le hace perder a las mismas su carácter de “normalidad” y “habitualidad”. Por lo tanto, la queja no puede ser admitida.

5 – <u>Conclusión</u>

En atención a que los agravios no lograran hacer mella en la sentencia dictada en la anterior Instancia, cabe concluir que deben rechazarse los mismos y confirmar la decisión de la a quo en todo lo que fuera materia del recurso aquí analizado. Es mi voto.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados representantes de la parte actora, Dres. F. A. y M. N. A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante de la parte demandada respectivamente, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la inferior Instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

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

1.

Mi colega de Cámara, Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

Se agravia la parte demandada por entender que la sentencia de grado ha interpretado erróneamente los alcances de la contratación, ampliando inclusive los presupuestos y/o exigencias de la modalidad contractual eventual, sin considerar que el vínculo que unió a la empresa con el trabajador no respondió a la actividad aleatoria que el decisorio tiene por cierta.

Considera que el pronunciamiento debió considerar la particular situación de la demandada en cada período, en el que también existieron otros trabajadores eventuales y con relación a la cantidad de materia prima.

Destaca el incremento de personal experimentado por la empresa demandada, principalmente en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2006, siendo que en febrero de 2007 la empresa pasó a tener de 159 empleados a 183, debido a la necesidad de procesar materia prima, y dentro de esa necesidad contrató al actor. Posteriormente, hacia marzo de 2007 el procesamiento comenzó a reducirse -sostiene- y en esa proporción la cantidad de jornalizados. De diciembre de 2007 a marzo de 2008 el trabajador fue contratado en una situación de mayor ingreso del producto primario respecto de meses anteriores, y esa situación volvió a repetirse, para luego descender hacia el final de la contratación. Aclara que la misma

situación cíclica se produjo en los períodos noviembre de 2008 a mayo de 2009, agosto a noviembre de 2009, febrero a abril de 2010, julio a septiembre de 2010 y agosto de 2011.

De lo expuesto, deduce que no puede pretenderse, tal como lo hace la sentencia, que el período de contratación sea idéntico a aquellos donde no existió incremento de producción, por cuanto existían otros trabajadores con contratos eventuales (tal como surge de la pericia contable) y la norma no obliga al empleador a contratar a un trabajador eventual cuando exista otro pico extraordinario de actividad.

En segundo lugar, se agravia pues la sentencia admite la existencia de un contrato por temporada, por descarte, sin fundamento alguno.

Enumera los requisitos que la norma legal exige para considerar la existencia de esa figura, surgiendo de la pericia contable la sinrazón de las afirmaciones sentenciales, en tanto y en cuanto en 2006, la actividad superó los 100.000 kg de materia prima sólo en los meses de enero, marzo, agosto y diciembre; en julio la cifra fue cercana a los 89.000 kg, mientras en febrero de 2006, no superó los 30.000, y en el resto de los meses hubo un ingreso irregular y menor. En 2007 la empresa superó los 100.000 kg en los meses de enero, febrero, marzo y diciembre. En 2008 superó tal cantidad en enero, noviembre y diciembre, a diferencia de los dos años anteriores y en 2009, donde hubo una mayor actividad en los meses de enero, febrero, marzo, agosto y noviembre. En diciembre de ese año no hubo actividad alguna, cuando en los años anteriores sí la hubo, como en 2010, donde no hubo procesamiento de materia prima, a diferencia de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre, en donde se trabajó con volúmenes importantes de materia prima. Tal situación se repitió en enero, febrero, marzo, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2011.

Concluye que de 2006 a 2011, no existió una uniformidad en los meses en los cuales se produjo un aumento de la producción, ni existió identidad en

cuanto a las cantidades a procesar en tales períodos. Es decir, no se dio tal incremento en una época determinada del año de modo uniforme, motivo por el cual el razonamiento sentencial en cuanto al principio de la realidad, que no era tal, es puramente dogmático.

Considera que la actora tampoco ha acreditado que la prestación de tareas lo fuera por temporada entre 2007 a 2011, sino que sólo identificó esa realización de tareas bajo tal modalidad entre octubre y marzo/abril de cada año. La testimonial rendida no aportó dato alguno sobre el inicio y fin de la supuesta temporada (remitiéndose a las declaraciones de A. y D.), cotejado a la luz de la pericial contable e informativa. Señala que fue el mismo actor quien reconoció en su reclamo no haber sido convocado a trabajar en la temporada de 2012, sin reclamar meses impagos anteriores.

En síntesis, el actor laboró en períodos disímiles -señala- y sin encontrarse sujetos a una estacionalidad determinada. Afirma que el hecho de que el trabajador no haya prestado tarea alguna en la "temporada" 2010/2011, y que no haya hecho reclamo de ninguna especie es un elemento interpretativo adicional que exterioriza que no se encontraba sujeto a un "contrato por temporada" sino a contratos eventuales de necesidad extraordinaria de la empresa, habiendo omitido el decisorio toda consideración sobre las pruebas rendidas, tales como la pericia contable, informativa al STIA e informativa a la Secretaría de Pesca.

La sentencia, por su parte, señaló que el art. 99, LCT establece la configuración de dos presupuestos que dan origen a la contratación eventual: la satisfacción de resultados concretos en relación a los servicios extraordinarios determinados de antemano y las exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa. Descarta la existencia del primer supuesto, indagando acerca de la existencia del segundo. En tal sentido, señala que las declaraciones testimoniales de fs. 324, 327, 331 y 316 ratifican lo dicho por la demandada, no obstante lo cual considera la necesidad de trasladar

al plano práctico lo enunciado en la teoría y ello requiere de las probanzas respectivas. En tal sentido, sostuvo que lo sostenido en el conteste de demanda, se desmoronó al analizar la asiduidad en la contratación del actor, la que en algunos años se limitó a una temporada extendida, en otros sumamente menguada y en otros superó holgadamente los límites de la contratación eventual, a lo que debe sumarse los ingresos de materia prima. Agregó que la prueba testimonial de fs. 326, 333 y 345 abonan lo señalado en ella. Concluyó que la demandada no acreditó, de tal modo, el supuesto excepcional planteado en su conteste.

El voto anterior ha hecho un exhaustivo análisis del concepto y alcances del "trabajo eventual", figura que, adelanto en coincidencia con él, no resulta de aplicación al caso de autos.

En tren de evitar reiteraciones conceptuales inútiles, he de agregar que la pericia contable de fs. 402/416 ha dado cuenta de la variabilidad de ingreso de la materia prima a los fines del procesamiento en la planta de la empleadora, entre enero de 2005 y febrero de 2012.

Los testigos que declararon en autos a fs.324/325, 326, 333/334 y 345, por su parte, han dado cuenta de que este tipo de tareas se realizaba por "temporadas".

Se ha señalado que el trabajador eventual carece de expectativas de permanencia porque está "ligado a obras o servicios predeterminados de antemano, caracterizados por su fugacidad intrínseca o por su agotamiento por causas naturales" (CNTrab., sala VI, 26/11/75, "Urrutia c/ The South American & Lichterage", pub. en esta Revista, 1976, t. XXXVI, p. 68).

Sería el caso tan frecuente de las contrataciones realizadas para cubrir los llamados "picos de trabajo" o vacantes originadas en ausencias transitorias del personal permanente (suplencias). Nada de ello ha sucedido en el caso de autos.

El mencionado trabajo pericial da cuenta que el producto ha ingresado, desde enero de 2005 hasta febrero de 2012 en cantidades absolutamente variables, con la salvedad de algunos meses del año (como ser, mayo a agosto de 2005; mayo y junio de 2006; abril a agosto de 2008; diciembre de 2009, enero de 2010, y junio y julio de 2011), en los que ha sido nulo. Es decir, la merma a que me refiero coincide en general con las fechas en que, justamente, el actor no era convocado por la empleadora para prestar servicios.

De allí, que no se advierta que la incorporación del producto a la planta respondiera a una normalidad durante el resto de los meses de los años detallados, y menos aún que pudiera concluirse en la experimentación de "picos" o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa.

He de interrogarme entonces cuál ha sido el "servicio extraordinario" que ha prestado el trabajador.

Si entendemos al término "extraordinario" como algo fuera del orden o regla natural o común (primera acepción de la Diccionario de la Real Academia española), colijo que no existen constancias en autos que permitan determinar en qué ha consistido la regla natural, común u ordinaria en la adquisición del producto, a la luz de la oscilación que describe la pericia contable ya mencionada. De allí que, si no hay una regla ordinaria, no puede, en consecuencia, considerarse que exista lo extraordinario (cfr. mi voto en SDL 63/13 de esta Cámara).

Agrego entonces que en verdad, lo "extraordinario" no era tal, sino que la actividad desarrollada por la demandada contiene una nota esencial de "aleatoriedad", que no es lo mismo, ya que este término responde a aquello que depende de algún suceso fortuito, y que el mismo demandado se ha encargado de afirmar en su agravio.

De allí que la mal llamada repetición en el tiempo de "exigencias extraordinarias" pero vinculadas a una necesidad permanente obsta a la

consideración de la relación como una "eventualidad". Ese sería el caso del suplente a quien se llama en toda oportunidad que existe una ausencia del personal efectivo a fin de que lo reemplace pues, sus prestaciones, si bien discontinuas, se hallan afectadas a una necesidad de carácter permanente y no eventual; se crea en estos casos "una lógica expectativa de continuar prestando servicios (cfr. mi voto en SDL 63/13 de esta Cámara).

Jurisprudencialmente se ha señalado que "cuando a través de numerosas y sucesivas contrataciones se crea entre las partes una expectativa de vinculación indefinida que llega a oscurecer la importancia individual de cada contrato, resulta más apropiado aprehender la situación objetiva como una relación jurídica periódicamente renovada antes que como una sucesión discreta de vínculos diferentes (Cámara Nacional del Trabajo, Sala III, sent. 37.368, 26/3/79, "Argibay, L. c/ Estado Nacional).

No debe confundirse, pues, “permanencia” del trabajador en su empleo con “continuidad” en el mismo. Mientras que la “permanencia” se refiere al vínculo, la “continuidad” se relaciona con la prestación nacida de aquél. Lo normal en una vinculación permanente es que su ejecución sea continua, es decir, todos los días de la semana, o bien alguno o algunos de ellos; pero existen ciertas actividades que, si bien se organizan para permanecer indeterminadamente en el tiempo, sólo pueden llevarse a cabo dentro de un período determinado en el año a cuya finalización desaparece la necesidad de la explotación para renacer con la llegada del nuevo período. Se trata de actividades que corresponden a la repetición de determinados ciclos de la naturaleza como gran parte de las actividades rurales (siembras, cosechas, etc.), caza o pesca de determinadas especies, o a la explotación de ciertas necesidades estacionales como las turísticas en los centros de veraneo. Las necesidades de la explotación en estos casos sólo dura un breve período en el año (algunos días, uno o dos meses, etc.) concluido el cual desaparecen por completo hasta la llegada del siguiente que necesariamente se

producirá luego de haber transcurrido un cierto tiempo. (cfr. cfr. mi voto en SDL 63/13 de esta Cámara, cfr. Pirolo, Miguel Angel, “Modalidades del contrato de trabajo”, La Ley, DT 1982-B, 953).

El contrato de trabajo de temporada responde, entonces, a la satisfacción de necesidades temporales que desaparecerán y se repetirán sucesiva y cíclicamente por tiempo indefinido. Su celebración está condicionada a la existencia de esas necesidades cíclicamente repetidas y no a la voluntad de las partes que no podrían en cualquier caso fijar una "temporada de trabajo" si ésta no viniera dada por circunstancias objetivas ajenas a su decisión. Quiere decirse con esto que la necesidad temporal y cíclica surge y desaparece independientemente de la intención de las partes pues no sería admisible dejar librado a éstas la fijación de un período de ejecución aun en actividades con necesidades continuas de explotación (cfr. Centeno, "Ley de Contrato de Trabajo comentada", por López- Fernández Madrid- Centeno, p. 424).

Ello, sin perjuicio que el actor fuera convocado, sistemáticamente, en un período determinado del año, ya que la temporada a que se hace referencia no necesariamente habrá de coincidir con el tiempo en que el trabajador presta efectivamente su fuerza de trabajo.

La diferencia con las contrataciones por tiempo determinado (a plazo fijo o eventual) es que en éstas el evento que las origina no está sujeto a repetirse mientras que en las contrataciones de temporada el objeto no se agota durante el período de prestación e indefectiblemente volverá a existir la necesidad de su satisfacción.

La prestación es en estos casos discontinua aunque la vinculación tenga carácter permanente. Al terminar un período de ejecución, las prestaciones a cargo de las partes se suspenden hasta la llegada del próximo, manteniéndose viva la vinculación contractual y las obligaciones de conducta que de ella emergen (buena fe, fidelidad, etc.). Por ello, el

incumplimiento por alguna de las partes de estas obligaciones podría dar lugar a la resolución por justa causa de la relación aun durante el período recesivo (cfr. Centeno, op. cit, p. 424).

De allí que coincida con el Dr. Fiordelisi, en cuanto a que de las constancias de autos surge con palmaria claridad, y en función de la prueba mencionada, que el caso de autos encuadra en un supuesto de contrato de trabajo de temporada, regido por los arts. 96 a 98, LCT, y en modo alguno al denominado trabajo eventual, cuyos recaudos legales no veo reunidos en estos actuados.

Corría a cargo del demandado demostrar la eventualidad del trabajo, mas no lo logró (art. 99, última parte, LCT).

Es que en la materia rige el principio de la primacía de la realidad, según el cual, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma) por sobre la apariencia. En consecuencia, las estipulaciones contractuales por escrito, no tienen más que un valor de presunción, que cae ante la prueba de los hechos. Se imponen éstos sobre la denominación o calificación que las partes atribuyan a la relación contractual. Este principio es importante para resolver la situación en los casos de simulación o de fraude laboral (arg. art. 14, LCT), tan frecuentes en la práctica, para no cumplir con las exigencias mínimas de la ley (cfr. mi voto en SDL 63/13 de esta Cámara; Vázquez Vialard. Antonio, "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", T° I, ED. Astrea, p. 138/139).

Por lo demás motivo del agravio en tratamiento, también habré de coincidir con mi colega de voto anterior en cuanto a que las cuestiones de política empresarial que plantea no han sido motivo de litis, y mal pueden ser sometidas al juzgamiento de este Tribunal, ya que lo veda la norma del art. 280, del CPCC.

Esta parcela del agravio debe ser desestimada.

3.

Le causa agravio a la demandada que se haya tomado como mejor remuneración mensual, normal y habitual la correspondiente a julio de 2010, por la suma de $ 4.266,63, en razón que la misma incluye conceptos "no remunerativos" tales como "presencia general" y "presencia perfecta", según lo establecido en el Convenio del STIA. Asimismo la agravia la fijación de ese monto en virtud de haberse incorporado en el mismo 29,91 hs. extras por una suma de $ 464,74, las que escapan a la normalidad y habitualidad. Considera que el promedio de horas extras realizadas por el actor se ubicaba en 10 hs. mensuales, con una remuneración promedio de $ 150.

Tal como lo ha apuntado el Dr. Fiordelisi, ha adquirido firmeza aquella porción de la sentencia que señaló que, para la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, debe estarse, no sólo a aquellos rubros que integran el concepto de "salario", sino también a que, a las remuneraciones realmente percibidas durante los doce meses anteriores trabajados.

No obstante ello, también he de señalar, como lo hace el voto anterior, que los *plus* por asistencia y puntualidad responden a las características de "normalidad" y "habitualidad".

Tales calificativos dan la idea de ingresos llamados a ser percibidos mensualmente, y eso es precisamente lo sucedido con los adicionales cuestionados.

El voto anterior ha dado cuenta que la normalidad es lo que acostumbra a suceder, siendo lo excepcional aquello que se produce extraordinariamente.

Lo cierto es que tales *plus* formaban parte normal y habitualmente del salario, razón por la cual, no habiendo la demandada acreditado lo contrario, no existe razón para apartarme de la base de cálculo de la mejor

remuneración mensual, normal y habitual fijada en el decisorio. Por ello no asiste la razón a la recurrente.

Situación similar ocurre con las "horas extras", incorporadas a dicha base de cálculo, en razón de la habitualidad de su percepción reconocida por la propia demandada. Sin perjuicio de la cantidad de horas laboradas, cierto es que percibía horas extraordinarias con carácter habitual.

Jurisprudencialmente, en abono de esta postura, se ha señalado que a los fines de establecer la base de cálculo de la mejor remuneración es procedente integrarla con el monto correspondiente a las horas extras llevadas a cabo por el trabajador, en tanto se acreditó que eran realizadas en forma normal y habitual (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, "Andrada, Jorge Rolando c. Versacold Logistics Argentina S.A. y otro s/despido", 19/05/2011, DT 2011 (septiembre), 2304 con nota de Esteban Carcavallo, AR/JUR/25243/2011).

Por tales razones, tampoco habré de atender los fundamentos esgrimidos por la apelante.

Así las cosas soy partidario de confirmar también en este aspecto el fallo apelado.

4.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y atento el modo en que se resuelve la cuestión, las mismas deben ser impuestas a la demandada (art. 69, del CPCC).

Los honorarios de los profesionales que intervinieron en esta sede deben ser regulados en el modo que lo propone el Dr. Fiordelisi (arts. 5, 13, 38 y cc, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA**

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

De ser compartidos mis fundamentos por los colegas integrantes de este Cuerpo, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 452/458 en todo lo que ha sido materia de agravios.

Segundo: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados representantes de la parte actora, Dres. F. A. y M. N. A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante de la parte demandada respectivamente, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la inferior Instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Tercero: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

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 la Dra. María Inés de Villafañe 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 septiembre 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

Primero: CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 452/458 en todo lo que ha sido materia de agravios.

Segundo: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados representantes de la parte actora, Dres. F. A. y M. N. A., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera Instancia y los de los Dres. D. R. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante de la parte demandada respectivamente, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la inferior Instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Tercero: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.