

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 2 días del mes de junio de 2016, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de esta Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, Dra. Alejandra M. Paolino y Dres. Jorge A. Serra y Carlos D. Rinaldis, luego de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada: "BASTOS, Nicolás M. C/ CASCADA S.R.L. S/ SUMARIO (1) (CL M 3505/12 Conc. Biglieri)", Exp. N° 25849/14, iniciado el 17/09/2014. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

---Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Jorge A. Serra; segundo votante, Dr. Alejandra M. Paolino, y tercer votante, Dr. Carlos D. Rinaldis.-

---A la cuestión planteada, el Dr. Jorge A. Serra dijo:

--- I) ANTECEDENTES:

--- I-A) A fs. 18/30 comparece la Dra. Tamara Capararo, en representación de Nicolás Mariano Bastos, iniciando demanda contra Cascada SRL, a la que reclama la suma total de \$ 84.680,11.-, en concepto de indemnizaciones previstas por ley 25323; L.C.T., adicionales convencionales, diferencias salariales y demás rubros indicados en el capítulo "liquidación", intereses y costas del juicio.-

--- Sostiene que el actor el día 3/1/11 comenzó a trabajar bajo dependencia de la demandada en el "Hotel La Cascada", realizando tareas propias de la categoría de "recepcionista", durante una jornada laboral que variaba sin anticipación, resultando diurna (7 a 15,30hs.), mixta (15 a 20,30hs.) o nocturna (23 a 7,30hs.), circunstancia que además le impedía planificar francos u otras actividades.-

--- Manifiesta que la demandada le abonaba sólo el proporcional a los días efectivamente trabajados, ya que descontaba los días que gozaba de franco, abonando un salario inferior al establecido por convenio (ver fs. 22).-

--- Refiere haber sido objeto de malos tratos de parte de su superior –Sr. Chavarría- (fs. 23), transcribe el intercambio epistolar que mantuvo con la accionada (ver fs. 24/25) y ofrece prueba (ver fs. 26/29).-

--- I-B) A fs. 31 se corrió traslado de la demanda, compareciendo a fs. 41/47, la Dra. Gladys Adriana Mehdi, en su carácter de apoderada de "Cascadas S.R.L.".-

--- Niega detalladamente los hechos invocados en la demanda (ver fs. 41vta./46),

afirmando que la situación de despido indirecto en que se ha colocado el demandante resulta excesiva y carece de fundamento.- Ofrece prueba (fs. 47).-

--- I-C) A fs. 48/49 se recepcionó la causa a prueba, habiéndose producido aquella que surge de las constancias de la causa.- A fs. 100 se pusieron los autos a disposición de las partes a los fines de que alegaran, habiendo ejercido dicha facultad sólo la parte actora (fs. 101/109).-

--- A fs. 110 se dispuso el pase de los autos a sentencia, por lo que habiéndose cumplido la medida ordenada a fs. 112, se hallan estos autos en condiciones de emitir un pronunciamiento definitivo.-

--- II.- HECHOS;

----- Conforme lo dispuesto por el Art. 53 de la Ley 1504 habré de referirme en primer término a las cuestiones de hecho que considero relevantes para la resolución de la presente causa.-

--- En tal orden de ideas cabe señalar que;

--- II-A) No existe controversia entre las partes respecto a la existencia de la relación laboral entre Nicolás Bastos y “Cascada SRL”, que se extendió entre los meses de enero de 2011 y octubre de 2012.-

--- Tampoco surge discrepancia en cuanto a la categoría en que se encontraba encuadrado el actor, que se desempeñaba como “repcionista”.-

--- II-B) En cuanto se refiere al intercambio epistolar, no han sido cuestionadas la autenticidad y recepción de las misivas acompañadas al escrito de demanda (ver fs. 3 y ss.) y por su parte el actor tampoco ha cuestionado la autenticidad de las piezas postales adjuntadas por la parte demandada, que fueran dirigidas a su domicilio y devueltas por no haber respondido "nadie" a los llamados del cartero (ver fs. 38/40).-

--- La mismas fueron dirigidas al domicilio consignado en la carta documento que remitiera el Sr. Bastos el día 29/9/12 (ver fs. 3), por lo cual su falta de recepción en modo alguno resulta imputable al empleador.-

--- En tal sentido ha sostenido la jurisprudencia que "Si la demandada envió el telegrama de contestación a la intimación efectuada por el trabajador, pero dicha pieza no pudo ser entregada porque en varias oportunidades el personal de correos encontró el "domicilio cerrado", tal situación no puede equipararse a aquellos casos en que la respuesta no llega por circunstancias imputables a quien elige el medio. Por el contrario, en este caso, quien intimó (el trabajador) debía esperar la réplica de su empleadora y

ésta puede considerarse que cumplió con su cometido toda vez que entró en la órbita de conocimiento del actor en tanto llegó a su domicilio pero no pudo ser entregada" (Sala IV, sent. 66.834 del 30/12/91, "Carduje Carlos c/ Científica Argentina SRL s/ despido").-

--- En consecuencia, entiendo que no se ha configurado de parte de la empleadora un silencio que pueda ser considerado en esta instancia como presunción en su contra en los términos del art. 57 de la L.C.T.- Sin perjuicio de ello surge de dichas misivas, así como de aquella que la accionada remitiera luego de que el actor se considerara despedido (ver fs. 4) y también del propio escrito de contestación de demanda, una expresa negativa respecto de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la pretensión del demandante.-

--- II-C) Respecto a la jornada que desplegaba el actor, el testigo Walter Chavarría (ofrecido por la parte demandada –ver fs. 47-), reconoció que la misma era de ocho horas y media y que Bastos se desempeñaba en diferentes turnos, inclusive nocturnos (reconociendo planilla de fs. 12).-

--- Refirió además que había seis francos por mes y que si se realizaban horas extras, se otorgaban más francos.-

--- II-D) Que debiendo por ello tenerse por acreditada la realización de horas extras y trabajo en jornada nocturna por parte del actor, no puedo soslayar que el perito contador Luis Bonessa, ha señalado en su dictamen que no pudo acceder a las planillas de horarios de la demandada (ver fs. 93, apartado 3).-

--- Tampoco existe ninguna prueba que acredite que las eventuales horas extras hubieren sido abonada ni compensadas con más francos gozados por parte de Bastos.-

--- Y no debe olvidarse que la jornada nocturna se limita a 7 horas, por lo que si el actor cumplía un horario de 23 a 7hs. (cuando trabajó en turno noche) o en algunos caso jornada mixta (más allá de las 21hs.), se estaba excediendo la jornada laboral legal ordinaria y debía serle liquidado el tiempo extra trabajado (cf. Ley 11544, arts. 200, 201 y ccs. L.C.T.).-

--- Por ello y conforme lo establecido en forma expresa por el art. 42 de la ley 1504 (ver juramento prestado por el actor a fs. 29), he de tener por acreditado que la demandada no cumplió la obligación de liquidar al trabajador las horas extras devengadas por el cumplimiento de tareas en horarios nocturno o jornada mixta, por el total de horas consignado a fs. 26/27.-

--- Ahora bien, la parte actora practicó liquidación tomando como referencia el salario

básico de un establecimiento “5 estrellas”, siendo que el Cr. Bonessa informó que la liquidación de haberes se realizaba sobre un básico de convenio para hoteles “4 estrellas” (ver fs.95, apartado 8) .-

--- Por lo tanto y de acuerdo a lo informado por la Secretaría de Turismo de la MSCB a fs. 117, a los fines de liquidar el monto que se adeuda por las horas extras reconocidas precedentemente, deberá practicarse liquidación tomando como referencia la escala salarial conforme CCT 362/03 correspondiente a un establecimiento hotelero categoría “4 estrellas”.-

--- II-E) En lo que respecta al descuento de los días de franco (como si no hubieran sido trabajados), se adjuntó al dictamen del perito contador un listado de los días consignados como “no trabajados” en las liquidaciones de salarios del demandante (ver fs. 91).-

--- Y de una simple lectura del mismo (que no ha sido cuestionado) , surge que los días no trabajados por Bastos se consignan como “suspensión ac. Zonal crisis 2011”.-

--- Por otra parte, se observa en las liquidaciones adjuntadas a fs. 89/90, que los días no trabajados coinciden con los días de suspensión de crisis y se han consignado ambos ítems (compensándolos parcialmente), a los fines de limitar el descuento efectuado por esos días a los porcentuales establecidos en el “Acuerdo de Crisis” suscripto entre Uthgra, la Asociación Empresaria Hotelero Gastronómica Bariloche y la Asociación de Hoteles de Turismo de la República Argentina en junio de 2011 y prorrogado en diciembre de 2011.-

--- A mayor abundamiento, debe tenerse en consideración que la legitimidad de dichas suspensiones no es una cuestión controvertida en autos.-

--- Finalmente, tampoco se consignan en las liquidaciones de haberes adjuntadas en planilla por el perito contador (que no fueron impugnadas), otros descuentos que se le pudieran haber efectuado al actor y que hubieren sido imputados a francos gozados (menos aun con la habitualidad que el mismo invocaba).-

--- II-F) En cuanto se refiere a las “comisiones” señaladas a fs. 23 (que integran la liquidación de fs. 7), su percepción por parte de los recepcionistas ha sido negada por el testigo Chavarría (ver registro audiovisual de su declaración (fs. 54).-

--- Y no existe ningún elemento probatorio, ni se ha invocado norma convencional o legal que permita inferir que asista al recepcionista algún derecho a percibir sumas adicionales por la tarea de orientar al pasajero o brindarle información sobre diferentes actividades (que sería una de las propias de la función de conserje o recepcionista).-

Ello, sin desconocer que puedan existir arreglos privados o extralaborales entre el personal de recepción de algunos establecimientos hoteleros con restaurantes, comercios o inclusive empresas de rent-a-car para derivarles clientes, cuya legitimidad no es objeto de análisis en el presente pleito.-

--- Á mayor abundamiento, no puede soslayarse que tratándose de un rubro extraordinario, la carga de la prueba de la existencia del mismo y del presupuesto de hecho que justificara su eventual percepción correspondía al trabajador, no pudiendo aplicarse en tal caso el principio de las cargas probatorias dinámicas .-

--- II-G) Finalmente y en cuanto se refiere al “adicional plus de temporada”, surge del dictamen del Cr. Bonessa (ver fs. 95, apartado 12) que no se abonaron sumas por tal concepto.-

--- Por lo tanto, no habiendo acreditado la demandada alguna causal que justificara la suspensión de su pago (por ejemplo un porcentual de ocupación inferior al pactado en el Acuerdo de Crisis), la pretensión del demandante deberá prosperar.-

--- Pero también en este caso, deberá efectuarse la liquidación conforme la escala salarial correspondientes a la categoría del establecimiento informada por la MSCB.-

--- III.- DECISORIO:

--- III-A) Conforme lo expuesto, si bien no resultaba procedente la pretensión del actor de que se liquidaran sumas derivadas de descuentos por días de franco o comisiones adeudadas, por el contrario, le asistía el derecho a reclamar el pago de horas extras y el adicional por plus de temporada, conforme detalle practicado en el escrito de demanda.-

--- Y la postura asumida por la demandada al haber desestimado también la existencia de dicho crédito (tanto en las misivas no recepcionadas como con posterioridad, inclusive al contestar demanda), me lleva a considerar legítima la decisión del actor al considerarse en situación de despido indirecto e injustificado (arts. 242, 246 y ccs. LCT).

--- Por lo tanto, la pretensión deducida en tal sentido deberá prosperar por la suma que resulte de la liquidación de la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT y conforme las sumas que surgen de las liquidaciones de haberes adjuntadas por el perito contador a fs. 89/90.-

--- Ello, con más la indemnización prevista por los arts. 123 –SAC proporcional-; 232, 233 y ccs. y el proporcional de vacaciones conforme lo dispone el art. 156 de la L.C.T.-

--- III-B) Asimismo, deberá prosperar el reclamo derivado de las horas extras y

adicional plus de temporada, en los términos establecidos en los apartados II-C y II-G.-
--- III-C) Por el contrario, deberá desestimarse el reclamo derivado de comisiones y diferencias salariales (apartados II-E y II-F).-

--- III-D) Ahora bien, respecto a la sanción prevista en el art. 2do. de la ley 25.323, el Superior Tribunal de Justicia ha establecido un criterio de interpretación, al fallar en autos “Tellez, María c/ Vía Bariloche S.A. S/ SUMARIO (m 1829/10 S/ INAPLICABILIDAD DE LEY (Sent. 45 del 24/9/13).-

--- Sostuvo en esa oportunidad el Dr. Sergio Barotto que; "...Si no fuera posible distinguir ninguna situación, y el solo hecho de que prosperaran las indemnizaciones derivadas del despido se convirtiera en motivo suficiente para acarrear automáticamente -como un todo inescindible- el agravamiento del art. 2 de la Ley 25323, entonces se llegaría a un resultado que consagraría una modificación de la tarifa legal del despido, lo que no se condice con la finalidad que inspira la norma, que no ha sido otra que desalentar las conductas obstruccionistas o meramente dilatorias de los empleadores que se traducen en la reticencia a abonar aquello que deben, pero no castigar aquellos otros supuestos en los que no se advierte que la resistencia opuesta por la accionada haya superado el límite del legítimo ejercicio del derecho de defensa en juicio (doctr. de este STJ in re: “ORTIZ”, Se. N° 92 del 13.09.06; “OVALLE SILVA”, Se. N° 117 del 27.11.06).-

-----En igual sentido se ha afirmado que si se prescindiera de toda valoración para la aplicación de la indemnización del art. 2 de la Ley 25323 “se produciría una clara limitación del derecho de defensa en juicio para el empleador, quien, frente al riesgo de que se incrementen las indemnizaciones, debería abstenerse de someter la cuestión a la consideración de los jueces, pese a que estos son los únicos que pueden pronunciarse válidamente sobre el tema” (CNTrab., Sala 3ª, “Aca, Adrián R. v. Don Battaglia SRL”, 21/06/02, en “Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” supervisado por Julio Armando Grisolia, 2005, LexisNexis, pág. 343. En igual sentido, CNTrab., Sala 3ª, “Martínez, María J. v. Kapelus Editor S.A.”, 18/06/02, op. cit., pág. 342).-

----Más allá de lo dispuesto por el art. 43 de la Ley Orgánica, comparto los argumentos vertidos por el Dr. Barotto, teniendo en cuenta que toda sanción debe ser analizada con carácter restrictivo, por lo que la multa en análisis debe ser aplicada sólo cuando el Juzgador se persuade de la sinrazón de la postura del empleador.-

--- Y en el caso que nos ocupa, si bien el trabajador ha debido litigar a los fines del reconocimiento de la indemnización legal, no puedo soslayar además que ha reclamado rubros improcedentes.-

--- Por lo tanto, he de proponer el rechazo de la multa reclamada en los términos del art. 2do. de la ley 25.323.-

--- III-E) A los fines de practicar la liquidación ordenada en el apartado 2do. y conforme las pautas establecidas por el Tribunal, deberá calcularse un interés del 24% anual desde la fecha de mora -teniendo en cuenta para ello la fecha del distracto respecto de todos los rubros- y hasta el 31/12/14.- A partir del 1/1/15 y hasta el efectivo pago, se calculará un interés del 36% anual.-

--- Como ya lo he señalado reiteradamente, propongo mantener dicha tasa, sin perjuicio de lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia en autos "Jerez, Fabiana c/ Municipalidad de San Antonio Oeste s/ accidente de trabajo s/ inaplicabilidad de la ley" (expte. nro. 26.536/13 STJ, Sentencia del 23/11/15).

--- Siendo de consideración obligatoria dicha jurisprudencia (art. 43 L.O.), entiendo que la tasa fijada no difiere sustancialmente de la aplicada por el S.T.J., que además responde adecuadamente a la finalidad de evitar la litigiosidad, pero esencialmente resulta de fácil comprensión, análisis y cálculo para las partes no letradas, que en definitiva son destinatarias principales de la decisión judicial.-

--- III-F) En cuanto se refiere a las costas del pleito y más allá del principio general que tiende a preservar la integralidad de la indemnización, estimo que las mismas deberán ser soportadas por la demandada en un 70% y por el accionante en un 30%, en función de haber existido vencimiento parcial y mutuo (art. 71 del Cod. Procesal).-

--- Dejo constancia que a los fines de establecer dicho porcentual, he valorado que la cuantía de los rubros desestimados (excluida la multa art. 2, ley 25.323), en proporción al monto de condena más los intereses devengados sobre el mismo hasta el día de la fecha.-

--- IV) Por todo lo precedentemente expuesto, al Acuerdo propongo:

--- 1.- Hacer lugar a la demanda, condenado a Cascada SRL, a abonar al actor Nicolás Bastos, la suma que surja la liquidación a practicar en el plazo de cinco días, en los términos de los arts. 123, 156, 232, 233 y 245 de la L.C.T.; conforme liquidaciones obrantes en la causa a fs. 89/90 (tomando como monto base para el cálculo del salario del actor las sumas remunerativas y no remunerativas).-

--- Asimismo, deberá receptarse el reclamo derivado de las horas extras y adicional plus

de temporada, en los términos establecidos en los apartados II-C y II-G.-

--- A los fines de la liquidación, deberán adicionarse los intereses fijados en el apartado III-E.-

--- 2.- Desestimar el reclamo derivado de comisiones y diferencias salariales (apartados II-E y II-F).-

--- 3.- Imponer las costas a la parte demandada en un 70% y a la parte actora en el restante 30%.-

--- 4.- Intimar a la demandada a extender certificación de aportes y servicios de ley, dentro del término de diez días de notificada la liquidación, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, de aplicarle una multa de \$ 150.- (pesos ciento cincuenta) por cada día de retardo y a favor del actor.-

---5.- Regular los honorarios correspondientes a los Dra. Tamara Capararo, como letrada de la parte actora, en el equivalente al 16% del monto de la planilla de liquidación por capital e intereses de los rubros fijados en el apartado 1, con más el capital de los rubros desestimados en el apartado 2 (por no haber en este caso condena por intereses) y en el caso de la Dra. Gladys Adriana Mehdi, en el equivalente al 13% de la misma base.-

--- Dicho porcentuales resultan razonable en función de la extensión y resultado de la labor desplegada (arts. 8,10,20,40 y ccs. L.A.).-

--- Asimismo en caso de corresponder, la condenada en costas deberá asumir el IVA correspondiente a los letrados intervinientes.-

--- 6.- REGULAR a favor del perito contador Luis Bonessa, la suma equivalente al 5% de la base fijada en el apartado anterior, en los términos del art. 18 de la ley 5069.

---7.- Las sumas fijadas en los apartados precedentes deberán abonarse en el plazo de diez días, a partir de la aprobación de la liquidación definitiva y fijada la cuantía de los honorarios.-

---Mi voto.-

---A la misma cuestión planteada, el Dr. Alejandra M. Paolino dijo:

--- Compartiendo los argumentos expuestos, adhiero al voto de mi colega preopinante Dr. Jorge A. Serra.-

---Mi voto.-

--- A idéntica cuestión planteada, el Dr. Carlos D. Rinaldis dijo:

--- Por compartir los fundamentos de mis colegas, adhiero al voto del Dr. Jorge A. Serra.-

---Mi voto.-

---Por todo lo expuesto, la Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:

--- I) HACER LUGAR A LA DEMANDA, condenado a CASCADA SRL, a abonar al actor NICOLÁS BASTOS, la suma que surja la liquidación a practicar por la actora en el plazo de cinco días, en los términos de los arts. 123, 156, 232, 233 y 245 de la L.C.T.; conforme liquidaciones obrantes en la causa a fs. 89/90 (tomando como monto base para el cálculo del salario del actor las sumas remunerativas y no remunerativas); como así también el reclamo derivado de las horas extras y adicional plus de temporada. Todo ello con más los intereses fijados en los considerandos; sumas que deberán ser abonadas a los diez (10) días de aprobar dicha liquidación.-

--- II) DESESTIMAR el reclamo derivado de comisiones y diferencias salariales.-

--- IV) INTIMAR A LA DEMANDADA a extender certificación de aportes y servicios de ley, dentro del término de diez días de notificada la liquidación, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, de aplicarle una multa de \$ 150.- (pesos ciento cincuenta) por cada día de retardo y a favor del actor.-

--- V) IMPONER LAS COSTAS a la parte demandada en un 70% y a la parte actora en el restante 30%.-

--- VI) REGULAR los honorarios correspondientes a la letrada del actor Dra. TAMARA CAPARARO, en el equivalente al 16% del monto de la planilla de liquidación por capital e intereses de los rubros fijados en el punto I) de la presente, con más el capital de los rubros desestimados en el apartado 2 (por no haber en este caso condena por intereses) y en el caso de la letrada de la demandada Dra. Gladys Adriana Mehdi, en el equivalente al 13% de la misma base. Dichas sumas deberán ser abonadas en el mismo plazo que el pago de las sumas correspondientes al actor y asimismo, en caso de corresponder, la condenada en costas deberá asumir el IVA correspondiente a los letrados intervinientes. REGULAR a favor del perito contador Luis Bonessa, la suma equivalente al 5% de la base fijada en el apartado anterior, en los términos del art. 18 de la ley 5069.-

---VII) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese. Oportunamente archívese.-

ALEJANDRA M. PAOLINO CARLOS D. RINALDIS

Juez de Cámara Juez de Cámara

JORGE A. SERRA

Juez de Cámara

Ante mi:

J. A. De Marinis

Secretario de Cámara