

//neral Roca, 24 de agosto de 2017.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "GARCIA WALTER OMAR C/ PAVLETICH FACUNDO ANTONIO S/ RECLAMO" (Expte.Nº R-2RO-960-L2014- R-2RO-960-L2-14).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. María del Carmen Vicente, quien dijo:

RESULTANDO: 1. Que se presenta a fs. 20/29 Walter Omar García a través de sus letrados apoderado y patrocinante, promoviendo demanda contra Facundo Antonio Pavletich, por la suma de \$ 101.813,27, en concepto de indemnizaciones derivadas del despido, liquidación final, diferencias de haberes, y multas art. 2 de la Ley 25.323, art. 80 de la LCT, art. 275 de la LCT y art. 132 bis de la LCT. Además de la entrega de la Certificación de Servicios y Remuneraciones prevista en la Ley 24.241 y el Certificado de Trabajo del art. 80 de la LCT.

Relata que comenzó a trabajar en relación de dependencia para el demandado el 19-01-2012, realizando tareas de "Cocinero" dentro del CCT Nº 389/04 (Trabajadores Hoteleros y Gastronómicos), que el contrato se desarrolló bajo la modalidad de contrato por tiempo indeterminado de prestación continua.

Afirman que su jornada laboral se extendía de martes a domingo en el horario de 11 a 15 hs y de 20 a 24.15 hs, siendo esta una jornada laboral mixta de 8,15 hs (5hs diurnas y 3,15 hs nocturnas), totalizando así 49,30 hs por semana y 198 hs mensuales, horario que cumplió hasta el mes de septiembre de 2012, y a partir de esta fecha hasta el fin de la relación laboral su horario fue de 19 hs. a las 01 horas, de martes a domingo, siendo este un horario mixto de 6 hs (2 hs diurnas y 4 hs. Nocturnas) con un total de 36 hs por semana y 144 hs mensuales.

Que la relación laboral se desarrolló con normalidad pese a su registración tardía el día 01-08-2012, como consta en los recibos, salvo en el recibo del mes de abril de 2013 en el que se indica como fecha de ingreso el 19-01-2012. Además registro una jornada diurna de 6 hs, cuando en la primera etapa la jornada fue completa y a su vez era mixta. No obstante, su relación continuó hasta su despido sin causa notificado mediante CD del 03-01-2014, en el que a su vez le comunica que la liquidación final estará en término legal. Que vencido el plazo se presentó en el lugar de trabajo, sin que le abonaran los rubros indemnizatorios ni le hicieran entrega de certificaciones legales. Lo que motivó una intimación de pago con fecha 08-01-2014.

Sin respuesta de su empleador, el 17-01-2014 reitera una nueva intimación, respeto de la cual el empleador volvió a guardar silencio.

Dicen que el 21-02-2012 el Sr. García recibió una cédula de notificación a audiencia de conciliación para el día 26-02-2014 en la Delegación Zonal de Trabajo de General Roca. Informan que celebrada la audiencia no pudieron arribar a ningún acuerdo debido a la irrisoria propuesta realizada por el demandado.

Efectúan el análisis jurídico del caso en cuanto al despido sin justa causa, la mora automática en su indemnización y el silencio del empleador.

Realizan un análisis del monto base de cálculo en función de la real jornada laboral. Detallan los rubros reclamados.

Practican liquidación. Ofrecen prueba.

Invocan el derecho aplicable, y peticionan se haga lugar a la demanda.

A fs. 30 se ordena correr traslado de la acción judicial.

A fs. 32/33 la parte actora denuncia como hecho nuevo que tomó conocimiento a partir de Acta de Inspección labrada por el Sindicato de Gastronómicos y Hoteleros (UTHGRA) que el fondo de comercio del restaurante fue vendido, y por dichos de terceros que el demandado vendió dos vehículos al mismo adquirente. Por lo que solicita medidas de prueba a tal evento.

En presentación de fs. 39 y vta la parte actora aclara que ya había notificado la demanda, por lo que denunció lo sucedido como hecho nuevo (art. 365 CPCC), solicitando se haga extensiva la responsabilidad al adquirente.

2. A fs. 91/94 se presenta a estar a derecho y contestar demanda el Sr. Facundo Pavletich, con el patrocinio letrado del Dr. Matías Gastón Lafuente.

En primer lugar y por imperativo legal formula la negativa general de todos los hechos y derechos invocados por la parte actora que no sean expresamente reconocidos.

En particular niega haber contratado al Sr. García bajo la modalidad de contrato por tiempo indeterminado y prestación continua; que cumpliera un horario de trabajo de martes a domingo de 11 a 15 hs y de 20 a 00,15 hs.; que trabajara una jornada laboral mixta de 8,15 hs; que trabajara 5 hs diurnas y 3,15 hs nocturnas; que haya trabajado 49,30 hs por semana y 198 hs mensuales; que a partir de septiembre de 2012 trabajara de 19 a 01 hs.; que en este periodo haya trabajado un total de 36 hs por semana y 144 hs mensuales; haber registrado tardíamente al actor y por una jornada menor a la trabajada; que se presentara en el local a percibir su liquidación final y esta le haya sido negada; que no le fueran entregados los certificados de servicios y remuneraciones; y recepción

de telegrama de fecha 20-02-2014.

En su versión de los hechos reconoce que el actor ingresó el 19-01-2012 a realizar tareas laborales como “Cocinero“ en el restaurante de su propiedad denominado La Tratoría Resto, sito en calle Tucumán N° 260 de la ciudad de General Roca. Que su jornada diaria fue siempre de 5 horas, desde las 19,30 hs a las 00:30 hs., todos los días de martes a domingo, trabajando 30 hs por semana y 120 hs mensuales.

Que el servicio de gastronomía del local lo fue siempre en jornada nocturna. Por lo que afirma que es imposible que realizara tareas en el horario de 11 a 15 hs, por lo que no puede modificar su monto base de cálculo en función de la jornada de 8,15 hs.

Aduce que García le pidió durante los primeros meses que la remuneración le fuera abonada “en negro“, con motivo de tener una deuda con una tarjeta de crédito y temía que le iniciaran acciones judiciales.

Por ello realizó su registración tardía el 07-08-2012, denunciando la verdadera fecha de ingreso y cumpliendo con la obligaciones laborales a fin regularizar su situación.

Que por razones del giro comercial el 30-12-2013 le comunicó el despido al Sr. García. Recibiendo con posterioridad telegrama laboral, lo que motivó que pidiera una audiencia en la DZTGR, celebrándose la misma con resultado negativo.

Impugna liquidación. Ofrece prueba.

Invoca el derecho aplicable al caso. Efectúa reservas recursivas.

Peticiona se rechace la demanda con costas.

3.- A fs. 100/101 la parte demandada contesta el traslado de hechos nuevos, solicitando su rechazo ‘in limine’. Seguidamente niegan que los hechos denunciados a fs. 31/33 y 37/39 guarden conexión con el objeto de la demanda.

Niega haber realizado una transferencia de fondo de comercio en los términos de la Ley 11.867, ni en cualquier otro término; que existiera alguna ilegalidad o fraude a la ley, que proceda una ampliación de responsabilidad al Sr. Siri Gustavo; que la parte pueda acompañar un acta de inspección del sindicato por tratarse de un instrumento que no guarda relación con este proceso.

Explica que el local fue cerrado en fecha 15-04-2014 por no resultar viable económicamente mantenerlo abierto. Ante la falta de interesados en comprar el fondo de comercio, rescindió el contrato de locación en mayo de 2014. Poniendo a la venta algunos de los muebles del Resto, adquiriendo algunos de dichos muebles el Sr. Siri. Que éste suscribió un nuevo contrato de locación y realizó todas las inscripciones y habilitaciones comerciales para su nuevo emprendimiento de parrilla en el mismo local.

Se dispone a fs. 103 el pase de los autos al acuerdo para resolver.

A fs. 105/106 se dicta Auto Interlocutorio rechazando la incorporación del hecho nuevo denunciado por la actora a fs. 32/34.

4.- A fs. 120 se fija audiencia obligatoria de conciliación. Celebrándose la misma conforme consta en Acta de fs. 123/124, con resultado negativo. En consecuencia, se ordena la apertura del auto de prueba.

Produciéndose la siguiente prueba: a fs. 133/137 informe de AFIP; a fs. 138/143 se agrega expediente administrativo "Pavletich Facundo s/ Solicitud de Audiencia c/ García Walter Omar" N° 196.165-P-2014; fs. 148/165 informe de ANSES; y a fs. 170 informe de Correo Oficial de la República Argentina.

A fs. 166 luce Acta de Audiencia de Vista de Causa en la que consta la presencia de la parte actora, su letrado, y el letrado del demandado invocando gestión procesal, no arriban a ningún acuerdo. Presta declaración testimonial Mariano Gutierrez. La parte actora desiste de los restantes testigos. La demandada no exhibe la instrumental, en consecuencia, la parte actora pide el apercibimiento dispuesto por el art. 42 de la Ley 1504. Se decreta la caducidad de la prueba faltante. Se intima al letrado del demandado a ratificar la gestión.

A fs. 174 el letrado del demandado informa su imposibilidad de conectarse con su cliente, y renuncia al patrocinio.

Se dispone a fs. 175 el pase de los autos al acuerdo para dictar SENTENCIA DEFINITIVA.

CONSIDERANDO: I.- Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc. 1 de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1.- Que, el actor trabajó en relación de dependencia para el demandado, en el Resturante de su propiedad denominado "La Trattoría Resto", sito en cale Tucumán 260 de la ciudad de General Roca (dichos coincidentes de las partes y doble ejemplares de recibos de haberes de fs. 8/15 y 42/51).

2.- Que, el Sr. Garcia comenzó a trabajar el 19-01-2012, que si bien en algunos recibos de haberes se indica como fecha de ingreso el 01-08-2012, lo cierto es que el empleador reconoce haber efectuado su registración tardía, pero con la real fecha de ingreso (contestación de demandada y certificación de servicios y remuneraciones de fs. 86/87).

3.- Que se desempeñó en la categoría "Cocinero" del CCT 389/2004 (hecho no controvertido).

4.- Que, las partes disienten en cuanto a la jornada cumplida a lo largo de la relación laboral, entre jornada completa o media jornada mixta diurna nocturna.

En la audiencia de vista de causa, el testigo Mariano Gutierrez – ex-compañero de trabajo y ex-dependiente del restaurante- declaró que cuando estaban modificando el restaurante -el deponente está haciendo durlock en el local- fue contratado para hacer modificaciones a principios de 2012, y en ese mes de enero Garcia ya estaba dando vueltas. Que con este trabajo de durlock fue que -en su caso- consiguió el trabajo de mozo. Refirió que Garcia iba a la mañana y tenía que preparar viandas, y lo que se tenía que hacer a la noche. Que esto lo sabe porque alguna vez tuvo que ir a suplantar un compañero a la mañana. Dijo que hubo un tiempo que se abría el local al mediodía y hubo días que al mediodía no se abría. Si los domingos se abría, no los lunes. Hubo un tiempo que se servía almuerzo. Aclaró que García siempre fue al mediodía, eran dos cocinero y un ayudante de cocina. Trabajaban los dos juntos. Que no se sabe para quien se preparaban las viandas. Y después se hacia la preelaboración para la cena. Mencionó que no había control de tarjeta, ni planilla horaria. Que la jornada nocturna era de 19 a las 01 de la mañana o a veces se extendía mas. El cocinero era el primero que se iba, porque había una persona de limpieza que se quedaba limpiando las cosas. En cambio, los mozos tenían que juntar las mesas, los manteles, barrer entre otras cosas. Después mencionó que al mediodia fue unas 2 veces a suplantar algun compañero, y entraba a las 11 de la mañana hasta que las mesas se desocuparan.

Si bien el testigo menciona que se trabajaba al mediodía en un tiempo, sin precisar el horario solo dijo que ingresaban a las 11 hs y se retiraban cuando se desocupaban las mesas, si mencionó que desde el mes de enero García andaba en el lugar, y siempre fue al mediodía, lo que me lleva a tener por acreditado que como afirma el accionante al menos hasta el mes septiembre de 2012 trabajó al mediodía.

Sumado a esto el hecho de que el demandado no exhibe en la audiencia los libros laborales del art. 52 de la LCT, cuyo inciso g) le exige al empleado consignar los “ demás datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo” –entre ellos la jornada laboral-, habiendo solicitado en dicho acto la parte actora el apercibimiento del art. 42 de la Ley 1504, el que resulta procedente en cuanto ha prestado juramento de ley sobre cuanto debió consignarse en ellos, resultando ser la prueba la testimonial y omisión del libro del 52 LCT, elementos suficientes para tener por acreditado que la jornada laboral del actor hasta el mes de septiembre de 2012 era de martes a domingo de 11 a 15 hs y de 20 a 00,15 hs., y a partir de ese mes hasta la

extinción de la relación laboral la jornada era de martes a domingo de 19 a 00,30 –como afirma el demandado-, pues el testigo dijo que los cocineros eran los primeros en retirarse, y los mozos quedaban juntando las mesas y limpiando el salón, mencionando que la jornada finalizaba las 01,00 hs.

5.- Que, la relación laboral se extinguió, mediante CD de fecha 30-12-2013 que dice: “... A partir de la fecha prescindimos de sus labores. Liquidación final en términos legales...” (Documental de fs. 7 que no fue desconocida por las partes).

6.- Que, se llevaron a cabo actuaciones administrativas con resultado negativo, conforme expediente “ Pavletich Facundo s/Solicitud de Audiencia c/ García Walter Omar” N° 196.165-P-2014 (fs. 138/143).

II.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

La principal discusión que se plantea en esta litis pasa por el monto base de cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido, en función de la jornada denunciada como mixta diurna-nocturna.

Pues ante el despido sin causa decidido por el empleador esta cuestión no presenta controversia. Como sabemos el régimen de la Ley Contrato de Trabajo no asegura la subsistencia del vínculo jurídico, aún en los supuestos en que no existiese justa causa para la extinción. En este régimen denominado por Justo López como de “validez e ilicitud”, el acto jurídico de denuncia es válido, pero al ser un ilícito contractual genera el derecho en el denunciado a reclamar una indemnización. La reparación pecuniaria establecida en el art. 245 de la LCT “constituye la sanción del acto ilícito (lato sensu) que ha cometido el empleador al violar el derecho a conservar el empleo” en situaciones normales.

Volviendo sobre las discrepancias planteadas debo decir que a partir de los presupuestos fácticos que considero acreditados en función de la valoración en conciencia de la prueba ofrecida que efectuara en el capítulo anterior, pasaré a analizar las posturas de las partes sobre el tema.

La parte actora pretende que le sean abonadas las horas extras que surgen de contabilizar las horas nocturnas como tales, de la jornada mixta que dice haber cumplido, y a su vez el importe de las mismas conforme el monto base de la remuneración a los fines indemnizatorios previstos por el art. 245 de la LCT. En la demanda se plantea que en un primer momento de la relación laboral el horario fue de jornada completa de martes a domingo de 11 a 15 hs y 20 a 00.30 hs, y desde

septiembre de 2012 el actor trabajó una jornada mixta de 6 horas, de martes a domingo, de 19 a 1 horas (2 horas diurnas y 4 nocturnas), totalizando en esta etapa 36 horas por semana y 144 horas mensuales.

Mientras que el demandado explicó que la jornada del actor era: de martes a domingo de 19.30 hs a 00.30 hs, trabajando 30 hs por semana y 120 hs mensuales. En consecuencia, sostiene que el actor era un trabajador a tiempo parcial.

Habiéndose acreditado con los dichos del testigo que los cocineros se retiraban antes, me permite tener por cierto que la jornada laboral era: desde su ingreso hasta septiembre de 2012 de 11 a 15 hs y a la tarde de 20 a 00.30 hs de martes a domingo, y después de septiembre/12 la jornada pasó a ser parcial de martes a domingo de 19 a 00.30 hs.

Para resolver este tema, debo primeramente diferenciar la confusión en la que incurre la parte actora al pretender que se contabilicen horas nocturnas como parte de una jornada mixta, y que reclama como "Complemento por jornada mixta diurna-nocturna".

Al respecto, omito el accionante considerar que el régimen de jornada para la actividad hotelera y gastronómica posee un tratamiento especial a través del CCT 389/04, en cuya Cláusula 7, Punto 7.7., se establecen condiciones específicas para el contrato de trabajo a tiempo parcial, con fundamento en que -conforme allí se expresa- las particularidades de la actividad y la dinámica propia de los servicios que en cada caso requieran ser cubiertos por las empresas, determinan que las modalidades de contratación laboral puedan ser combinadas en su instrumentación con modalidades de extensión de jornada en los términos previstos en el artículo 92 ter de la LCT, "...en cuyo caso la jornada laboral podrá ser establecida en base a una cantidad predeterminada de horas por día, semana o mes, no pudiendo superar en ningún caso la sumatoria mensual de las dos terceras partes de la jornada normal ordinaria máxima de la actividad de referencia...".

Mientras que en cuanto al régimen de la jornada laboral, por la Cláusula Octava se considera como objetivo esencial y prioritario "...organizar los tiempos de trabajo atendiendo especialmente los aspectos que hacen a la variación y picos de demanda de servicios y/o estacionalidad de los requerimientos de los mismos, discontinuidad de los ciclos y fundamentalmente a la optimización en la utilización de las horas efectivamente trabajadas y de la totalidad de los recursos disponibles...". Con ese objeto las empresas podrán establecer "...jornadas y tiempos de trabajo con arreglo a las distintas modalidades y extensión previstos en la normativa legal vigente -ley 11.544, Decreto 16.115/ 33, Ley de Contrato de Trabajo, artículo 25 de la Ley 24.013, y restantes institutos de aplicación- ; pudiendo ser de fijación mensualmente promediada, en los

términos establecidos en el artículo 198 de la LCT..." A tal fin las empresas "...podrán indistintamente instrumentar y organizar sistemas de trabajo bajo régimen de trabajo por equipos (Ley 11.544, artículo 3º, inciso B; y Decreto 16.115, artículo 2º), esquemas de turnos fijos y/o rotativos, diagramas continuos o discontinuos, turnos diurnos, nocturnos o combinados, de tiempo parcial, con franco fijo y/o móvil, procurando la prestación ininterrumpida de los servicios, según los requerimientos de cada servicio / cliente; debiendo notificar a cada trabajador el régimen y horario asignado con una anticipación no inferior a las 24 horas; los que podrán asimismo modificar en razón de la dinámica propia de la actividad, de requerimientos operativos, de mayor eficiencia y del buen servicio, sin necesidad de autorización administrativa. En todos los casos deberá observarse el descanso mínimo de 12 horas entre jornada de trabajo y un franco semanal de 35 horas..."

De lo cual resulta que la normativa específica impone un esquema propio en cuanto a la reglamentación de las modalidades contractuales, con énfasis en las características especiales de la actividad, dominada, tal como se destaca en los párrafos transcritos por la noción de variabilidad. Ello como consecuencia -sabido es- de los requerimientos de un negocio fluctuante, donde la intensidad de la tarea se altera según las épocas del año, la altura del mes y por supuesto los días de la semana, entre muchos otros factores. De ahí la nota distintiva respecto del dispositivo del art. 92 ter de la LCT, trasuntada en la posibilidad de definir el límite de deslinde entre el contrato por tiempo indeterminado normal y el de tiempo parcial, no sólo mediante el cómputo por día o por semana, sino también por mes. Lo cual no amerita mayores explicaciones, en la medida que no se hace más que plasmar normativamente una realidad que aquí se aprecia clara, cual es la marcada diferencia en cuanto a necesidades de prestación de tareas entre los días hábiles y los fines de semana, donde la jornada de trabajo se define mas por los tiempos de descanso que por la jornada de trabajo.

Con la sólo exigencia de no alterar los límites máximos y mínimos exigidos, es decir respectivamente la cuota superior de dos tercios de la jornada normal de la actividad y el mínimo de cuatro horas diarias, ambas mensualmente computadas.

Como que también se admite la combinación dentro de un mismo vínculo ininterrumpido, de períodos estacionarios de trabajo en tiempo completo y otros de tiempo parcial, dependiendo de las disímiles exigencias que, como se surge de esta causa en un primer momento tenía servicio de restaurante al mediodía, y después se redujo a la noche.

Ello con la consecuencia de otorgar validez a los cambios de modalidad, siempre que se tengan como el resultado de dichas mutaciones justificadas y conocidas de antemano.

Pues como explica Julián De Diego, la modalidad contractual de tiempo parcial "...responde a necesidades operativas puntuales de cualquier empresa o actividad, como una forma de contratación excepcional, a la que deben someterse las partes para que resulte admisible su utilización..." (cfr. "Tratado de Derecho del Trabajo"; Buenos Aires; La Ley; 2012; Tomo III; pág.432).

Entonces, lo que habrá de considerarse es si la jornada de trabajo del actor respetaba los límites de tiempo establecidos en el art. 92 ter LCT, o si por el contrario, el actor realizaba una jornada completa.

La parte demandada no ha acreditado la figura del contrato de trabajo a tiempo parcial pese a hallarse a su cargo tal incumbencia probatoria, pues a influjo de la faz adjetiva del principio protectorio siempre es deber del empleador convencer sobre la veracidad de las modalidades excepcionales respecto de la figura habitual, cual es la del vínculo por tiempo indeterminado y jornada completa. Si se observa en los dobles ejemplares de recibos de haberes acompañados a fs. 49/51 que se consigna "Cocinero 6 Hs", como modalidad del contrato habido entre las partes.

Bajo la mirada restrictiva que al respecto se impone, pues como bien sostiene Juan Carlos Fernández Madrid en su comentario al actual art. 92 ter de la LCT (incorporado por Ley 26.474), "...antes que a necesidades objetivas o subjetivas de la empresa, la forma contractual mencionada parece adecuada para legitimar un fraude frecuente a la seguridad social, consistente en hacer figurar trabajos reducidos a quienes cumplen jornada total..." (cfr. "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada"; Buenos Aires; Editorial La Ley; 2012; Tomo II; pág.962).

En esta dinámica de la actividad gastronómica que contempla el convenio colectivo, no prevé nada específico en relación a la jornada nocturna o jornada mixta –pese a su habitualidad- en cuanto a sus límites, ni su forma de pago extra como pretende la parte, pues el convenio da libertad a las partes para diagramar distintas variables para la jornada dentro de los límites normativos de la LCT, Ley 11544 y decretos reglamentarios.

Ahora bien sobre los pretendidos 8 minutos por cada hora nocturna trabajada –con valor extra-, debo decir que no necesariamente esos minutos son jornada extraordinaria. Tal como se ha sostenido por cierta jurisprudencia de la CNAT que comparto, en relación a la jornada mixta: "No existe un 'plus' de ocho minutos por cada hora trabajada en

horario ‘nocturno’ porque, en realidad, dicho valor no existe como tal con prescindencia de los límites fijados a la jornada diurna, ya que se trata de una equivalencia destinada a establecer el límite que corresponde a la jornada mixta (conf. Art. 9º, dec. 16115, y art. 200 LCT). En este sentido, tanto el art. 200 LCT, como el 9º del dec. 16.115/1933, en rigor, sólo menciona una equivalencia de valor entre la hora nocturna y la diurna a fin de establecer la medida en la cual se debe reducir el límite de jornada cuando ésta es mixta; o, dicho, de otro modo, cuál es la medida del exceso a dicho límite cuando no se aplicó reducción alguna. De todos modos, en cualquiera de ambos casos, los ocho minutos de excedente por hora que resultan de aplicar la reducción al límite legal que corresponde a la jornada mixta, es tiempo ‘extra’ que debe ser abonado con los recargos legales” (Sala 2º, 25/4/2008, ‘Marzorati, Fernando Reynaldo v. Insúa, Armando Manuel y otro’).

“ Cuando, como en el caso, se trata de un trabajador con jornada mixta (horas diurnas y nocturnas) con un descanso semanal compensatorio en día hábil rotativo, para establecer si existió o no trabajo extraordinario es necesario calcular las horas nocturnas a razón de 1 h 8’ más las diurnas hasta las 13 horas del sábado. Si el total no supera el máximo de jornada semanal, no existen horas extraordinarias. Si hubo prestación entre las 13 del sábado y las 24 del domingo, es decir durante el período de descanso hebdomadario, el interrogante consiste en saber cuántas de esas horas deben ser consideradas ‘suplementarias’ a los fines de generar sobretasas salariales previstas en el art. 201 LCT (art. 5º de la Ley 11544). La respuesta es no todas ellas, en la medida en que el trabajador tuvo descanso compensatorio en observancia de lo establecido en el art. 204 LCT, la cantidad de horas trabajadas hasta el máximo de 48 semanales de la jornada ordinaria quedan compensadas con aquel descanso y no generan recargo, las que exceden dicho tope son efectivamente extraordinarias y llevan un 100% de recargo si se trabajaron entre las 13 del sábado y el domingo” (Sala 5º, 16/7/2002, “Galarza José v. Selecto S.A.).

Por todo lo cual, en pos de calcular las remuneraciones que durante todo el lapso reclamado debió percibir el trabajador, no corresponde considerar que en todo momento se trató de contrato de tiempo completo a efectos de computar el total del básico y sus adicionales dispuestos para cada período por las escalas salariales -como pretende la parte actora-, sino sólo procede de ese modo en los meses en que se haya trabajado una cantidad de horas mayor al límite de 192 hs mensuales hasta Septiembre/2012 y de 126 (vgr. dos tercios de 192) en la última etapa de la relación de trabajo.

Así, tenemos que por los seis meses reclamados anteriores a Septiembre/2012 donde el trabajador denunció y acreditó haber cumplido jornada completa, corresponde se le liquiden 35 horas mensuales extras al 50%, y por el periodo de Septiembre/2012 hasta la extinción del vínculo el 30-12-2013 a razón de 17 horas 12 minutos mensuales a valor hora común. Rubro este que se incorpora infra en la liquidación como componente de la remuneración a los fines del cálculo indemnizatorio.

Asimismo, la parte actora peticiona que se tome al SAC proporcional como parte de la base remuneratoria a los fines indemnizatorios del art. 245 LCT, tema sobre el que esta Sala II por mayoría, se había pronunciado favorablemente en autos "Huemil, Jorge Raúl c/ SOEFRNyN s/ reclamo" (Expte.Nº 2CT-25.332-12, Sentencia Definitiva del 22/5/2013). Sin embargo, el STJRN se expidió con posterioridad sobre el tema en la causa: "Méndez Jorge L. c/ Junta Vecinal Parque Melipal s/ Sumario s/ Inaplicabilidad de Ley" (Expte. Nº 23.595/09-STJ), Sentencia del 07-07-2015, rechazando la incidencia del SAC sobre la indemnización prevista por el art. 245 de LCT, sentando doctrina legal, por lo me remito a sus argumentos en honor a la brevedad.

III.- RUBROS POR LOS QUE PROSPERA LA DEMANDA:

Indemnización por antigüedad, preaviso e integración mes de despido. En este caso ante el despido sin causa –arbitrario- los términos del art. 245 de la LCT, corresponde se indemnice al Sr. García, teniendo en cuenta su real antigüedad de dos (2) años por el periodo trabajado entre el 19-01-2012 y el 03-01-2013, su categoría de Cocinero del CCT 389/2004, la jornada que se tiene por acreditada en los últimos doce meses –conforme fuera expuesto supra-, tomare como remuneración para el cálculo la suma de \$ 5.871,28, conforme escala salarial de la actividad vigente al momento de la extinción de la relación, que se traduce en la mejor remuneración mensual normal y habitual a los fines indemnizatorios (art. 245 LCT).

Asimismo, resultan procedentes los rubros indemnización sustitutiva de preaviso (art. 232 LCT), e integración del mes de despido por mes Enero/2014, en tanto no fue negado el hecho afirmado por el actor en TCL de fs. 5 que la CD de despido (fs. 7) fue recepcionada el día 03-01-2014, reiterado en su demanda, y que no fuera desconocido por el demandado. Es más a fs. 92 transcribe la misiva del actor en que reconoce tal presupuesto fáctico, todo lo cual torna procedente este concepto.

Haberes adeudados (días trabajados en Diciembre/2013 y enero/2014) y SAC 2do Sem/2013: No habiendo acreditado el demandado la cancelación de los haberes del mes de diciembre de 2013, SAC 2do Sem/2013 y los tres días de enero/2014, en tanto el

doble ejemplar de recibo de haberes acompañado en sede administrativa (fs. 142) muestra los rubros que pretende abonar como liquidación final, entre ellos los días trabajados de diciembre de 2013 y SAC -6-, no así los días de enero. No obstante, el actor no aceptó la propuesta conforme Acta de fs. 143, por lo que aún a la fecha se adeudan estos conceptos, pues no acreditó en autos instrumentos cancelatorios de los mismos, tornando procedente la presunción del art. 42 de la Ley 1504, y por ende corresponde se liquiden infra.

SAC adeudado en periodo deficientemente registrado. Estando demostrada la fecha de ingreso del actor el 19-01-2012 y su tardía registración laboral el 01-08-2012, sin que el demandado haya probado en autos su pago, resulta procedente este rubro.

Vacaciones no gozadas: Si bien el demandado niega la procedencia de este rubro, sin explicación alguna, ni haber acreditado comprobante de pago de las mismas, se hace lugar a su reclamo, por los 14 días de vacaciones de acuerdo a su antigüedad.

Adicional por antigüedad: conforme la antigüedad acreditada en autos, se hace lugar al reclamo de este adicional del CCT 389/2004.

Complemento por jornada mixta diurna-nocturna: El convenio de la actividad no prevé un complemento por jornada mixta diurna-nocturna, sino que como se analiza supra, resultan procedentes la diferencias reclamadas en función de la jornada acreditada y argumentos expuestos.

Multa prevista por el art. 80 de la LCT (art. 45 Ley 25345): Tiene por objeto compeler al empleador a que cuando extinga la relación, entregue al trabajador: a) constancia documentada de su obligación de ingresar fondos de la seguridad social y sindicales a su cargo; b) certificado de trabajo. Para ello, el decreto reglamentario 146/01 (art.3) aclaró que el trabajador queda habilitado para hacer el requerimiento fehaciente de los mismos, cuando el empleador no hubiese hecho entrega de ellos dentro de los treinta días corridos de extinguido por cualquier causa el contrato. O sea que es necesaria la concurrencia de: extinción, transcurso de treinta días dentro de los cuales debió haberse hecho la entrega, e intimación fehaciente si no se lo hizo la entrega de los certificados de trabajo. En el presente caso la relación laboral se extinguió el 03-01-2014, efectuando el emplazamiento el 09-01-2014 (fs. 5), sin que hubieran transcurrido los 30 días corridos desde la extinción.

Respecto del emplazamiento mediante TCL del 20-02-2014 (fs. 6), el demandado niega expresamente su recepción (fs. 91vta), no habiendo probado el actor –a quien le incumbía la carga probatoria- que la misiva fue recibida por lo que no puede

considerarsela válida a los efectos intimatorios requeridos por la normativa.

En consecuencia, se rechaza este rubro por no cumplir con el requisito legal impuesto por el Decreto 146/01.

Multa prevista por art. 2 Ley 25323: En relación al supuesto del art. 2 de la ley 25323, el demandante da cuenta mediante la remisión de Telegrama Laboral de fecha 09-01-2014 (fs. 5) dirigido al demandado de su intimación de pago de las indemnizaciones derivadas del despido estando ya en mora la parte empleadora (art. 128 LCT), cumpliendo de esta manera con el presupuesto intimatorio previo.

Para su viabilidad, se requiere que el trabajador haya intimado fehacientemente a la empleadora a que le abone las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, que el empleador omita el pago de las mismas y que ello obligare al trabajador a iniciar acciones judiciales, por lo que en vistas de que el emplazamiento fue realizado en tiempo oportuno, corresponde hacer lugar al incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25323.

Art. 9 de Ley 25013: El actor peticiona se aplique la sanción dispuesta por el primer párrafo del art. 275 de la LCT., teniendo en cuenta la presunción iuris tantum que establece el art. 9 de la Ley 25.013, al verse obligado a tener que perseguir sus acreencia en esta vía judicial.

Sobre el particular, cabe considerar que una situación es la prevista por el art. 275 de la LCT., esto es la aplicación de 2,5 veces la tasa de interés dispuesta por los bancos oficiales para el descuento de documentos comerciales, para casos de temeridad y malicia evidenciados dentro del proceso judicial, mientras que la otra es la prevista por el art. 9 de la Ley 25.013, que acontece en forma previa al proceso judicial y se da cuando el empleador no paga la indemnización por despido incausado luego de operarse el vencimiento del plazo para hacerla efectiva (arts. 128 y 149 LCT), en cuyo caso, el legislador estableció una presunción iuris tantum considerando que su conducta obedece a temeridad y malicia, debiendo aplicarse la sanción prevista por el art. 275 de la LCT.

En el presente caso, y respecto de la primera situación, lo cierto es que no se ha evidenciado temeridad y malicia en la conducta del demandado en el presente proceso.

Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, en su obra Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. I, pág. 758 y 759, señalan que "...La temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Se configura, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sinrazón...", mientras que: "...La malicia es

considerada como la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión, habiéndosela caracterizado también como la conducta de quien dificulta la pronta terminación del pleito injustamente...".

Por su parte Jorge Rodríguez Mancini, en su obra *Ley de Contrato de Trabajo*, T. IV, pág. 901, al comentar el art. 275 LCT., dice que: "...La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico, tiene por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras a lograr la concreción del valor justicia en cada caso. Indudablemente, y conforme surge de lo expuesto, la norma se vincula con el derecho de defensa en juicio, presentando una particular tensión la configuración de la línea demarcatoria entre las conductas que constituyen un legítimo ejercicio del mismo, de aquellas que implican una burla al proceso judicial...".

De allí que el criterio, en cuanto a la configuración de este tipo de conductas debe ser restrictivo y quedar circunscripto a cuando surja de manera evidente y manifiesta que se haya actuado con temeridad y malicia.

La Cámara nacional del Trabajo, Sala X, ha entendido que: "...Las sanciones previstas por el art. 275 LCT, sólo proceden en casos extremos y cuando de la actuación resulta un proceder malicioso y temerario, que debe quedar perfectamente configurado, nacer de las propias actuaciones y dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo" (Sen. del 04/07/2003, Rey, Patricia c/Helvenc S.A.)...".

En el presente caso, tal como lo anticipé en párrafos anteriores, no surge que la demandada haya actuado con conciencia de su sin razón, ni que sus defensas hayan sido manifiestamente inverosímiles, ni que haya obstruido el proceso, ni que su intención haya sido la de retardar el proceso, pues se ha acreditado en autos mediante el expediente administrativo glosado a fs. 138/146, que el empleador intentó conciliar y abonar la indemnización en sede administrativa, por lo que corresponde rechazar el planteo de la actora sobre el particular.

Y respecto de la segunda situación, entiendo que la sanción que prevé el art. 9 de la ley 24.013 resulta incompatible con la prevista por el art. 2 de la Ley 25.323 que también se reclamó en autos. En efecto, ambas sancionan al empleador moroso en el pago de la indemnización por despido incausado, aunque ésta última agrega un requisito más que

es el de la intimación fehaciente. El objetivo de ambas es compeler al empleador a pagar en tiempo y forma la indemnización por despido y evitar juicios. Por lo que, en estos casos, debe optarse por la norma que más favorezca al trabajador (arg.art.9 de la LCT), siendo en este juicio la prevista por el art. 2 de la Ley 25.323 a la que se hizo lugar precedentemente.

Igual solución adoptó la Sala VIII de la CNTrab, en sentencia de fecha 31 de marzo de 2.004 en autos "Gorostidy, Cristian c. Fashion Company S.A. s/ Despido" en la que sostuvo que: "...Una lectura superficial del art. 275, LCT (conf. art. 9, Ley 25.013) y del art. 2º, ley 25.323 revelaría una situación idéntica, sancionada de dos modos distintos. Sin embargo un análisis detallado de cada una de ellas nos revela que se refieren a supuestos diferentes, con excepción del objetivo común a ambas, que consiste en desaminar la práctica de omitir el pago de indemnización previstas en el ordenamiento legal vigente, con plena conciencia de la sin razón y sin justificación objetivamente razonable. En cuanto al ámbito temporal de aplicación, las mismas coincidirían en situaciones referentes a contratos celebrados a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.013. Cuando se dan los supuestos de coexistencia de ambas regulaciones, al no poder aplicarse simultáneamente, deberá decidirse, en el caso concreto, cuál es la más beneficiosa para el trabajador...".

Criterio sentado por este Tribunal en la causa: "DOMINGUEZ JOSE MARCELO c/ MADERPACK S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-21758-09), Sentencia Definitiva del 18-08-2010, que comparto a cuyos argumentos me remito.

Multa art. 1 Ley 25323: A los fines de la aplicación del art. 1 de la ley 25323 cabe indicar que al momento de la denuncia del contrato, el mismo estaba deficientemente registrados, lo que hace operativa la aplicación del supuesto previsto por la norma, sin necesidad de otro recaudo, toda vez : "...Las indemnizaciones previstas por las leyes 20744 (t.o. 1976), art. 245 y 25013 art. 7º, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente".

Pues si bien, en este caso el demandado reconoce la registración tardía del trabajador, y manifiesta que ha dado cumplimiento a los aportes y contribuciones a la Seguridad Social conforme nóminas que acompaña como prueba documental.

Del cotejo de las declaraciones juradas acompañadas a fs. 52/60, surge que fue declarado en el mes 01/2012 (fs. 52), 02/2012 (fs. 53), y 07/2012 (fs. 58), y no en los meses 03/2012, 04/2012, 05/2012 y 06/2012.

A su vez, se constata en el informe de ANSES de fs. 148/165 que en esos meses no fue declarado el actor, pese a que se demostró en autos que hubo una prestación permanente y continua de sus tareas de cocinero. Motivo por el cual considero procedente esta multa.

IV.- CERTIFICACIÓN DE REMUNERACIONES Y SERVICIOS y CERTIFICADO DE TRABAJO: Corresponde hacer lugar al reclamo respecto de la entrega de certificación de servicios, remuneraciones y cese de servicios, conforme a lo dispuesto por el art. 12 inc. g de la ley 24.241, conforme los verdaderos datos de ingreso 19-01-20126 y egreso 30-12-2013, remuneraciones conforme la categoría “ cocinero “ del CCT 389/04 y jornada indicada supra, en tanto las consignadas en la certificación de fs. 86/87 no son exactas.

Asimismo deberá hacer entrega del Certificado de Trabajo previsto por art. 80 LCT, consignando las circunstancias verídicas de la relación laboral conforme los considerandos, y ajustado a los requisitos previsto en la norma.

V.- LIQUIDACIÓN: En base a lo expuesto el actor resulta ser acreedor de las sumas que se liquidan a continuación, a las que le agrega el interés devengado desde que cada monto es adeudado, lo que queda al siguiente tenor:

Rubro Capital Intereses Total

Indemnización art. 245 LCT	\$ 11.742,56	\$ 13.244,23	\$ 24.986,79
Preaviso	\$ 5.871,28	\$ 6.622,12	\$ 12.493,40
Integración mes despido	\$ 5.088,45	\$ 5.739,18	\$ 10.827,63
Haberes Diciembre/2013	\$ 5.871,28	\$ 6.631,22	\$ 12.502,50
SAC 2do Sem/2013	\$ 2.935,64	\$ 3.315,62	\$ 6.251,26
4 días Enero/2014	\$ 782,83	\$ 882,94	\$ 1.665,77
SAC Adeudados	\$ 3.462,62	\$ 4.837,52	\$ 8.300,14
Vacaciones no gozadas	\$ 3.287,91	\$ 3.708,38	\$ 6.996,29
Adic. Antigüedad	\$ 530,86	\$ 598,74	\$ 1.129,60
Dif. Jornada 02-2012 a mes 08-2012	\$ 6.902,82	\$ 9.654,39	\$ 16.557,21
Dif. Jornada 09-2012 a 12-2013	\$ 8.946,40	\$ 10.132,09	\$ 19.078,49
Multa art. 2 Ley 25.323	\$ 11.351,15	\$ 12.820,37	\$ 24.171,52
Multa art. 1 Ley 25323	\$ 11.742,56	\$ 13.262,43	\$ 25.004,99
Total al 31-07-2017	\$ 169.965,59		

El importe total por el que prospera la demanda es de Pesos Ciento Sesenta y Nueve Mil Novecientos Sesenta y Cinco con Cincuenta y Nueve Centavos (\$ 169.965,59).-

Cabe agregar, que en cuanto a los intereses a aplicar, se computan los de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015. Aplicándose a partir del 25-11-2015 el criterio sentado por el STJRN en la causa: "Jerez Fabián Armando c/Municipalidad de San Antonio Oeste" (Expte. LS3-11-STJ2015), Sentencia del 24-11-2015 efectuándose el cálculo desde que la suma es debida hasta el 31-08-2016. Y a partir del 01-09-2016 conforme reciente criterio fallado en "Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley", (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016. En este caso, los intereses judiciales se calculan al 31-07-2017, aclarando que los intereses seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

VI.- COSTAS JUDICIALES. Por último, las costas son impuesta aplicando el criterio objetivo de la derrota previsto en art. 68 del CPC y C, y 25 de la Ley 1504. TAL MI VOTO.

Los Dres. Gabriela Gadano y Edgardo Juan Albrieu adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, LA CAMARA SEGUNDA DEL TRABAJO DE LA 2DA. CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR parcialmente a la demanda instaurada por WALTER OMAR GARCIA y en consecuencia condenar al demandado FACUNDO ANTONIO PAVLETICH a abonar al nombrado en primer término, en el plazo DIEZ DIAS de notificados, la suma total de \$ 169.965,59 por los conceptos de indemnización por antigüedad, preaviso e integración mes de despido, haberes Diciembre/2013, 4 días de Enero/2014, SAC 2do Sem/2013, Vacaciones no gozadas sus respectivos SAC proporcionales, vacaciones no gozadas, adicional antigüedad, diferencias de jornada, y multas del arts. 1 y 2 de la Ley 25323, de que dan cuenta los considerandos en cada caso, importe que incluye intereses a tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015. A partir del 25-11-2015 la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación para un plazo de 49 a 60 meses conforme precedente del STJRN en los autos

“Jerez” (Sent. 24-11-2015) calculada al 31-08-2016, que se seguirán devengando a partir del 01-09-2016 con la tasa previstas en “Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley”, (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016.

Costas a cargo del demandado, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dr. Dante A Cauquoz, en su carácter de letrado apoderado del actor en la suma de \$ 16.656,60 (M.B. \$ 169.965,59 x 14 /2 + 40%), y los de las Dra. Estela Noemí Carro y Noelia P. Rioseco, en su carácter de letradas patrocinantes del actor en la suma conjunta de \$ 11.897,60 (M.B. \$ 169.965,59 x 14 /2) Arts. 6,7,8,9, 10 38, y 40 Ley de Aranceles; y los del Dr. Matías Gaston Lafuente en su carácter de letrada patrocinante del demandado y por las dos etapas cumplidas en la suma de \$ 20.395,00 (M.B. \$ 169.965,59 x 12%) Arts. 6,7,8,9, 10,38 y 40 Ley de Aranceles y Acord. STJ 9/84.

II.- Condenar a la parte demandada a hacer entrega al actor, dentro de los SESENTA DIAS de notificado y mediante su depósito en autos, del CERTIFICADO DE REMUNERACIONES Y SERVICIOS (que incluye el de cesación de servicios) del art. 12 de la ley 24241 y CERTIFICADO DE TRABAJO del art. 80 LCT, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Con costas al demandado, estando la regulación honoraria comprendida en el punto anterior.

III.- Rechazar parcialmente la demanda instaurada por el actor contra FACUNDO ANTONIO PAVLETICH, por el concepto multa art. 80 de la LCT, que se da cuenta en los considerandos. Costas al actor, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dr. Matías Gaston Lafuente, en el carácter de letrado patrocinante del demandado, en la suma de \$ 2.949,00 (M.B. \$ 21.064,29 x 14 %) Arts. 6,7,8, 9, 38 y 40 Ley de Aranceles, y los del Dr. Dante A. Cauquoz en su carácter de letrada apoderada del actor en la suma de \$ 1.622,00 (M.B. \$ 21.064,29 x 11%/2 + 40%), y las Dra. Estela Noemí Carro y Noelia P. Rioseco letradas patrocinante en la suma conjunta de \$ 1.158,53 (M.B. \$ 21.064,29 x 11%/2) Arts. 6,7,8,9, 10, 38 y 40 Ley de Aranceles y Acord. STJ 09/84.

IV.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos. Asimismo, que no incluyen el porcentaje correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que de corresponder deberán los profesionales dar cumplimiento con las disposiciones de la Resolución General AFIP N° 699/99.

V.- Con la presente por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de deposito bancario, a los quince días de quedar firme la presente bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 2716.

Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869.

DRA.MARÍA DEL CARMEN VICENTE

-Presidente-

DRA. GABRIELA GADANO DR. EDGARDO JUAN ALBRIEU

-Juez- -Juez-

Ante mi:

DRA. DANIELA PERRAMON

Secretaria