

//neral Roca, 22 de marzo de 2013.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "LLANCAMAN VALERIA NELY c/ RIGHINI FABIAN s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-23726-10).-

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

RESULTANDO: Que a fs.8/11 se presenta la Dra. Andrea Rosana Bellesi, apoderando a Valeria Nelly Llancaman y en su nombre promueve demanda contra Fabián Righini, persiguiendo el cobro de la suma de \$ 60.734,52, en concepto de reajuste de haberes; haberes; horas extra; liquidación final; indemnizaciones por antigüedad; falta de preaviso; integración del mes de despido e indemnizaciones de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y art. 80 LCT.

Cuenta que ingresó a trabajar a las ordenes de Fabián Righini en 22-5-2009, llevando a cabo tareas como cocinera del despacho de comidas de explotación del demandado, al que le es aplicable el CCT 389/04, laborando como trabajadora permanente y de prestación continua en jornada completa y en exceso de ella. Que en 2-8-2010 se considera despedida por culpa del empleador.

Que en 23-7-2010 remite TCL en el que refiere que trabaja desde el 22-5-2009 de manera ininterrumpida, que cumple una jornada de trabajo de 7 a 13.30 hs de lunes a jueves y desde 7 a 3.00 hs los días viernes y sábado, aclarando que en temporada de verano ello era de lunes a lunes. Que al habersele negado trabajo verbalmente, intima la regularización de su situación laboral y la aclaración sobre la continuidad del vínculo. Que se le deben abonar los salarios caídos por los días no laborados. Indica el haber que le corresponde percibir y reclama por las diferencias no abonadas, los SAC y la entrega de los recibos oficiales de haberes con debida acreditación del pago de aportes de la seguridad social. Detalla en el emplazamiento la fecha de ingreso y categoría de cocinera.

Ante la respuesta desfavorable de la empleadora remitida en 17-7-2010, envía un nuevo TCL en 2-8-2010, en el que desconoce haber trabajado en su casa y ante la actitud desleal y carente de buena fe, se considera despedida ante grave injuria laboral y económica.

Intima se le abone todo lo adeudado y la indemnización del art.1º de la ley 25323, haciendo reserva de reclamar los incrementos del art.2º de la misma ley. Reclama también la entrega del certificado del art. 80 LCT y certificado de servicios y

remuneraciones con acreditación del pago de aportes a la seguridad social.

En 29-10-2010 reclama nuevamente por TCL el pago de lo adeudado y de los arts. 1 y 2 de la ley 25323 y reitera la entrega de certificado de trabajo y de servicios bajo apercibimiento del art. 80 LCT.

En 5-11-2010 vuelve sobre el tenor del telegrama anterior de fecha 29-10-2010 y la actora inicia reclamo administrativo que se abre bajo el N° 111467-LL-10, sin obtener respuesta positiva.

Practica liquidación por los haberes adeudados, reajuste de haberes, horas extra, indemnizaciones de ley, las de la ley 25323 y art. 80 LCT.

A fs.30/36 Fabian Righini contesta demanda con su letrado patrocinante Dr. Jorge Crespo. Niega fecha de ingreso; tareas de cocina; que sea aplicable el CCT 389/04; el horario denunciado; que se le adeuden los haberes de julio y agosto/2010, diferencias salariales e indemnizaciones.

Reconoce que prestaba servicios en relación de dependencia, que se desarrollaban en horario de 19 a 20.30 los lunes, miércoles y viernes. El local se dedica a la venta de comidas y gira bajo el nombre de Pizzería Donatello, el que está a cargo del demandado y en tareas de cocina del nombrado, Roxana Hammerschmidt y Jessica Rivera.

Su fecha de ingreso fue el 20-3-2010. Su tarea era la de empleada doméstica toda vez que la misma se encargaba de la limpieza del local comercial (9 mts², la cocina y 10 mts de baño y vereda).

Ante el emplazamiento del 23-7-2010 donde la actora refiere estar realizando tareas como empleada del servicio doméstico (TCL 76736568) responde negando fecha de ingreso, la invocación de cocinera, que haya trabajado como empleada doméstica, que haya cumplido la jornada diaria y que le haya negado trabajo en forma verbal, manifestando que las tareas de limpieza se iniciaron el 20-3-2010 los días lunes, miércoles y viernes de 19 a 20.30 hs, no alcanzando la cantidad para ser registrada en calidad de servicio doméstico. La mayor parte del tiempo la limpieza del lugar comercial la hace el demandado, su esposa y otras personas.

Le responde además que ha dejado de concurrir al lugar y que por el reclamo de trabajo para el futuro el mismo queda a su disposición procediendo a su registración y siempre que se cumplan los requisitos para el mismo en calidad de empleada doméstica, a partir del momento que se presenta otorgando los recibos oficiales, tal como el régimen del personal doméstico lo dispone.

Derivado de ello se considera despedida la actora Llancaman, decisión a la que

responde en 4-8-2010 con el rechazo. Asimismo en cuanto a la rectificación que se hace por el error involuntario al consignar tareas domésticas, entiende que es una manifestación contra su derecho de defensa pues dice y se desdice según convenga a las circunstancias.

De la lectura de la pieza postal originaria remitida por la actora al inicio del intercambio, se colige con absoluta claridad que la actora no determina la o las causas por las que se produce la ruptura del vínculo laboral, sino que se remite a enunciar genéricamente el motivo (no causa) del despido. La deslealtad y falta de buena fe contractual no son causales de despido sino calificaciones de conductas que deben ser analizadas en el marco de la relación, para poder determinar la existencia de injuria laboral, de modo que entiende indispensable que se enuncie detalladamente y sin lugar a dudas o segundas interpretaciones, cuáles son las conductas o actitudes que determinan la deslealtad y la violación de la buena fe.

Ofrece prueba.

A fs. 38 la actora niega autenticidad al contenido y recepción de las CD 105121771 y 130052225.

A fs. 40 se abre a prueba, produciéndose a fs. 53 audiencia de vista de causa, cuya continuatoria se realiza a fs. 84.

A fs. 57/58 se dicta auto interlocutorio sobre el pedido de falso testimonio.

A fs. 84 se llaman AUTOS al ACUERDO para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.- DIVERGENCIA SOBRE LOS HECHOS- DIFERENTES POSICIONES: Las partes sólo han coincidido en que la actora trabajó en dependencia, pero disienten sobre las condiciones en que se dio tal relación.

Llancaman señaló en su demanda que era un vínculo de trabajo en la cocina del local de comidas de propiedad del demandado, que se iniciaba por la mañana alrededor de las 7 horas y hasta las 13.30 horas, de lunes a jueves y desde 7 a 3 horas los viernes y sábados, extendiéndose también de lunes a lunes en temporada de verano.

El demandado Righini dice que la contrató como servicio doméstico, para limpiar el local comercial (sic), y que la prestación era inferior a las 6 horas semanales, por lo que no había obligación de registrarla. Que las tareas se desarrollaban los días lunes, miércoles y viernes a razón de una hora y media cada jornada.

Independientemente de lo expresado por la demandada, claro está que no hubo prestación de servicio doméstico pues no se trabajaba en el domicilio de la familia sino en el ámbito físico del local comercial del accionado y que giraba bajo el nombre de

fantasía de Pizzería Donatello, en cuyo caso, de acogerse favorablemente esta posición, el encuadre dista del invocado.

La manifestación de la actora cuando mediante TCL 76736568 cuyo original obra a fs. 6 de autos, indica que trabaja para la demandada de 7 a 13.30 horas de lunes a jueves y de 7 a 3 horas los viernes y sábados de lunes a lunes en temporada de verano y que lo hacía en calidad de "doméstica", no puede ser considerada más que un error que la demandada aprovechó en su beneficio y varias fueron las respuestas posibles. Pero la que dio es la menos justificable, habida cuenta que cuando Righini contesta, se refiere a servicio doméstico en su "local comercial" haciendo limpieza. Asimismo le desconoce la categoría de cocinera y le hace saber que queda a su disposición el trabajo hacia el futuro, que la registrará como empleada doméstica y que otorgará los recibos oficiales dentro de dicho régimen.

Cuando la accionante contesta, lejos de hacer una nueva comunicación aclarando el error de categorización y marco jurídico convencional, para ponerlo en conocimiento de la patronal, reacciona diciendo que jamás concurrió a trabajar en su domicilio, rectificando la mención de servicio doméstico del primer telegrama y, sin hacer conocer a la contraria su yerro originario con traslado previo, atribuye deslealtad y carencia de buena fe contractual, en razón de lo cual se considera despedida.

Aún bajo estos detalles, la invocación final de la injuria está en la deslealtad y mala fe de Righini, de modo que si llegara a la conclusión de que se dieron, estarían dadas las condiciones de conducta que bien pudieron injuriar y justificar el despido indirecto por responsabilidad de la contraria.

II.- PRUEBA PRODUCIDA: La prueba de los hechos me permite concluir en que:

- la actora ha trabajado para el demandado, que lo ha hecho en el comercio de venta de pizza y otros productos elaborados para llevar.
- Que su horario no era el invocado en la demanda.
- Que laboraba entre las 19 y las 24 horas entre martes y jueves y 2 o 3 horas de la mañana los viernes y sábados y nunca prestó servicios por la mañana o en horarios del mediodía, con lo que descarto la extensión de 7 a 13.30 de lunes a jueves y de 7 a 3 los viernes y sábados de lunes a lunes en temporada. Creo que solo laboró de de 19 a 1 los días de semana y de 19 a 2 o 3 (promedio horario de salida) en viernes y sábados.

Con excepción de los dos primeros testigos, quienes declararon con la inocultable intención de favorecer a las partes que los habían convocado como tales (Raúl Ramirez y Jesica Rivera), y que en mi percepción no han sido honestos en el relato de los hechos,

los restantes con alguna distancia personal de los oferentes, aportaron datos convictivos y coincidentes. Sobre ellos me remito a lo que explicaré párrafos más abajo cuando dispongo la remisión de los testimonios a sede penal, sobre el final de este capítulo.

Todos fueron contestes (incluso los de Raúl Ramirez y Jesica Rivera) en que el movimiento de la cocina del comercio, se podía observar tanto desde afuera (desde calle San Martín), como desde el interior del local, pues una abertura permitía ver el funcionamiento interno del sector, donde se elaboraban los pedidos.

Así Eduardo Gervasio Llanca, taxista con parada habitual en San Martín y San Juan de horario vespertino y nocturno (16 a 6), aunque admitiendo que también rota entre las restantes 16 paradas que tiene la empresa, contó que ha visto a Llancaman de manera reiterada a la hora de entrada y cierre del comercio, aunque no pudo referir los horarios. Recuerda haberla llevado un par de veces a la salida en taxi a su domicilio. Desde la ventana del comercio pudo verla cocinando. Los fines de semana salía tarde por la noche, estimando como promedio las 2 o 3 de la madrugada, al menos durante la temporada de verano. La solía ver todos los días aunque no pudo referir si ello ocurría de lunes a lunes sin interrupción. La vio limpiando y cocinando. Contó que antes de ella había otra persona en su lugar.

Jorge Ayude, quien posee un negocio de artículos eléctricos en San Juan 1709, ha visto a la actora trabajando allí, aunque no pudo precisar durante cuánto tiempo. Estaba seguro que durante una temporada de verano, pues varias veces le llamó la atención que estuviera esperando la apertura del salón alrededor de las 19 horas al rayo del sol, y en algunas oportunidades la invitó a esperar dentro de su negocio, desde donde se podía ver el momento de arribo. El negocio del testigo trabaja hasta las 20.30, por lo que no pudo decir el horario de cierre. La vio haciendo limpieza y barriendo la vereda. Si bien en algunas pocas oportunidades ingresó a la pizzería, recordaba haber observado en la cocina del local a la esposa de Righini, a otra empleada de nombre Jéscica y solo alguna vez Valeria (por Llancaman). De mañana nunca la vio y aunque el negocio abre al mediodía solo están el demandado y la esposa.

María Alejandra Erices, es una empleada doméstica que trabajaba por aquel tiempo en una casa cercana al local, en Tucuman 1961 (Barrio Bagliani) y cuando esporádicamente la convocaban por la tarde/noche, ya que su horario habitual era diurno, pasaba por el lugar para llevar comida para su casa. Ha comprado pizzas, empanadas, queso, gaseosa, fiambre. Dijo que Valeria estuvo en el lugar alrededor de un año y medio y aunque el local estaba cerrado cuando pasaba de camino a su trabajo

alrededor de las 18, pasaba sobre las 21 a comprar y Llanccaman estaba en la cocina. Al volver hacia su casa en bicicleta, tomaba la calle San Martín (vive en Perito Moreno entre Cisne y Picaflor) y podía verla haciendo su trabajo. Ha pasado con su marido algún fin de semana entre las 0.20 o 1 y estaba en la cocina. Por la mañana nunca la vio aunque el comercio estaba abierto sobre el mediodía.

Descarto el argumento de la demandada. En primer lugar porque el hecho de que limpiase no puede asimilarse al servicio doméstico, en que la nota típica del contrato indica que una de las partes (la empleadora) carece de fines de lucro.

En segundo término porque efectivamente Llanccaman estaba en la cocina y si no lo hubiera hecho por otra razón que no fuera cocinar lo que se ofrecía al público, debió explicar la demandada el motivo por el que se encontraba en ese espacio durante tantas horas, una vez que limpiaba el local y la vereda.

Desde diferentes espacios y miradas, los testigos "creíbles" pudieron completar la información que permite asegurar que Valeria Llanccaman llegaba a prestar servicios para Righini y su esposa, alrededor de las 19 horas. Que si bien limpiaba, su tarea prioritaria era cocinar y que salía cuando el local cerraba, cosa que ocurría primordialmente los viernes y sábados entre 2 y 3 de la mañana.

No se probó ni puede inferirse que alguna vez haya trabajado en horario de la mañana o hacia el mediodía, por lo que descarto la jornada diurna.

Tampoco que se trabajara de lunes a lunes, sin francos o descansos.

Si bien no se pudo dilucidar la hora de cierre del local en los días de semana en que el horario no quedaba extendido por la mayor afluencia de público, he de estimar que ello ocurría alrededor de las 24 horas como término medio.

FALSO TESTIMONIO DE RAUL ORLANDO RAMIREZ Y JESICA ALEJANDRA RIVERA: Raúl Orlando Ramírez dijo que fue pareja de Llanccaman durante 4 o 5 años y quedaron amigos. La volvió a encontrar unos años después. Refirió que trabaja en una fábrica de pastas en Don Bosco y Brasil y cuando salía del trabajo por la noche pasaba a comprar comida. Vive en calle Libertad 4006 y Cisnes (esquina). Dice que la encontró en el negocio de manera casual. Fue casi llegando el invierno. Ingresó al lugar y la vio en la cocina preparando comida. La cocina se ve desde el espacio de atención al público. Que sale de su trabajo alrededor de 20 o 20.30. La ultima vez que la vio fue en 2010 en la calle y le contó que se había quedado sin trabajo, porque el patrón no la había llamado mas. Describió que atendía al público el Sr. Righini y a veces una mujer, que Valeria le dijo era esposa del demandado y a quien vio algunas veces limpiando la

vereda. También compró en el lugar al mediodía pero a esa hora no estaba Llanccaman. Que la ha visto trabajando hasta la 1 o 2 de la mañana y la ha ido a buscar a la salida para acompañarla a su casa en San Juan y Evita, en días de la semana. Que lo hacía en bicicleta porque de lo contrario debía volverse caminando. Eso fue hasta que ella compró su bicicleta. Cerca de su domicilio hay una casa de comidas que maneja una señora de nombre Noemí en San Juan y Gorriones, pero allí no compraba.

Jesica Alejandra Rivera dijo conocer de vista a Llanccaman y que Righini fue su patrón en Pizzería Donatello donde se vende además, comida elaborada en el lugar. Trabajó entre 2007 y 2011 desde 19.30 a 1.30 de lunes a sábados. Vio a la actora trabajando en el lugar pero solo en limpieza. De mañana solo estaban los dueños. La declarante refirió que cocinaba. Luego consiguió trabajo de Maestranza en Facultad de Derecho. Que Righini no le pagaba con recibo pero si lo que correspondía para comercio. Que la actora limpiaba 3 veces por semana (lunes, miércoles y viernes) de 19 a 20.30 horas. Contó que en 2009 la actora no estaba aunque no recordaba bien cuando trabajó. Que como ella comenzó a tomar clases en colegio nocturno entre 19.15 y 22 o 22.30 no pudo continuar por lo que los patronos necesitaban incorporar una persona en su reemplazo, ya que la cocina la manejaban Righini y su esposa, pero necesitaban ayuda. La atención al público era de 19.30 a 1.30. Cuando la testigo trabajaba no se quedaba mas tarde. Los dueños se quedaban hasta las 3 los días viernes y sábados. La declarante había entrado a trabajar reemplazando a otra ayudante de nombre Roxana. Que cuando ella dejó de trabajar quedó una relación amistosa con Righini y su esposa. Que con Llanccaman nunca tuvo contacto. La vio 2 veces y se la presentaron como la persona que hacía limpieza. Que en la cocina la limpieza es necesaria todo el tiempo por las exigencias de bromatología.

No resultaron creíbles ninguno de estos dos testimonios. Ya no solo contradictorios entre si, lo cual sería una cuestión de menor entidad pues pueden estar hablando de períodos diferentes o de horarios distintos, sino que todo indica claramente que los argumentos que en cada caso dan razón de sus dichos son inverosímiles. Pensar que una ex pareja a quien encontró casualmente luego de varios años y que tiene su propio trabajo todos los días de la semana, va a levantarse de madrugada para ir a buscarla en bicicleta a la salida, está indicando o que ello no ocurrió efectivamente o que la relación entre ellos es distinta de la relatada. Hemos dado oportunidades al declarante de desarrollar sus razones con mayor racionalidad pero se mantuvo en el relato sin aportar elementos de mayor convicción.

En cuanto a Jessica Rivera, es absolutamente improbable que de haber trabajado en el lugar durante 2009 y 2011 no la viera mas que en unas pocas oportunidades y limpiando, porque los hechos indican que ella trabajó en el lugar pero que dejó de hacerlo cuando ingresó Llanccaman.

En tales condiciones y sin que sea de resorte a esta judicatura laboral, calificar la conducta desde el punto de vista penal, la fuerte convicción en relación con la posible comisión de la figura del delito de falso testimonio sobre el cual los testigos fueron advertidos de las consecuencias legales previo a la toma de juramento, nos obliga a dar la debida intervención de la justicia competente en la materia, a efectos de que la cuestión siga el curso que allí se estime corresponda, a cuyo fin expídanse copias certificadas y pasen los presentes a la Fiscalía en turno a sus efectos.

III.- CONCLUSIONES: Bajo tales pautas he de concluir que Valeria Llanccaman ha trabajado para el demandado, que lo hizo como dependiente del local de comidas, limpiando y cocinando a veces junto a la esposa de Righini en el sector donde elaboraban los pedidos de los clientes, que cumplía horario normal de 19 a 24 horas con excepción de los días viernes y sábado en que podía retirarse entre las 2 y 3 horas y que lo hacía con descanso de un día a la semana.

De ello resulta una prestación de seis horas diarias los domingos, y martes a jueves y entre 8 y 9 en viernes y sábado, lo que hace un total de 36 horas semanales.

La actora al intimar al cumplimiento del registro y el pedido de explicaciones remitido mediante TCL de fs. 6, invoca una prestación de servicios muy diferente del real (jornada excesiva y servicio doméstico). El demandado, enancándose en el error de referir el término "servicio doméstico", se ubica en un lugar defensivo muy cómodo (en su propio beneficio) y la convoca a seguir trabajando en tal condición y da cuenta de que la va a registrar desde dicho marco. Finalmente, la actora, al advertir su yerro, sin intimar nuevamente por la condición adecuada (cocinera de pizzería y comidas para llevar), se considera despedida.

A pesar de la omisión que señalo cuando Llanccaman decide considerarse despedida, la injuria ya se había proferido, pues a poco que analicemos los hechos, ciertamente la aclaración y explicaciones sobre la relación laboral y su continuidad, en nada respondía a los verdaderos términos del vínculo habido, con lo que en sustancia estaba negada la continuidad.

La adjudicación de deslealtad y falta de buena fe contractual de que acusa la actora al demandado al considerarse despedida en TCL que en original está a fs. 5, es ajustada a

derecho si nos atenemos a lo que tuve por probado.

A la actora se le niega trabajo en forma verbal, sin tener más chance que pedir aclaración de la situación. La accionada, aprovechando un error en el emplazamiento, en su respuesta desvía el contrato hacia hechos inexistentes, a sabiendas de que no era lo que se estaba reclamando.

Se ve así justificada la denuncia de mala fe, coincidente con lo que el Tribunal que integro dijo sobre las condiciones del comportamiento de las partes según lo impone el art 63 de la LCT.

En octubre de 2008 al fallar en autos "Riffo Analía Miriam c/ Cecive" dijimos lo siguiente: "...Como lo explica el Dr. Carlos Etala (Contrato de Trabajo comentado, anotado y concordado, Astrea, edición 2005, p. 55): La buena fe-creencia es la posición de quien ignora determinados hechos y piensa, por tanto, que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie... La buena fe-lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni dañar. Más aún, implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas, abusos o desvirtuaciones. Es evidente que la buena fe que rige como principio del derecho del trabajo es la buena fe-lealtad o sea, que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción...". Bajo esta misma premisa, la empleadora no pudo desconocer por la posición que ocupa dentro de la relación, la legitimidad de la pretensión y el error explicado. Si alguna duda tenía de ello en términos de "buena fe-creencia" debió cerciorarse antes de decir cuanto respondió.

Aún más, si hablamos en términos económicos y registrales, ciertamente la significación mayor del incumplimiento está en el bolsillo y actividad de la patronal, en tanto se trata de la parte más poderosa y no en el de la actora, que es la verdadera titular de los fondos impagos y de la no registración.

Siguiendo el lineamiento enunciado, la demandada, a tenor de lo ya descripto hasta aquí, incumplió la premisa, de modo que ante la respuesta recibida por Llancaman, ninguna alternativa le quedaba de continuar el vínculo, salvo una aclaración sobre el error que a esa altura resultaba hasta innecesaria, pues la respuesta había dado muestras de la falta de disposición de su empleador a cumplir con sus obligaciones.

Lo que se tutela en el marco del derecho laboral cuando se aplica la buena fe es "el trabajo" y alcanza a todas las obligaciones contractuales y sus consecuencias. De allí

que se debe evitar todo abuso de derecho y cuidar de no frustrar los valores protegidos, actuando con claridad y teniendo en mira la subsistencia del vínculo, no su disolución. Se impone que ante el error se confiera a la contraria la posibilidad de enmendar, o modificar un estado de cosas hasta ese momento tolerado. Desde tal perspectiva, cualquier ejercicio caprichoso o negligente se considera irregular, antifuncional o abusivo. Se trata de una exigencia razonable que se proyecta sobre ambas partes del contrato pues en lo que concierne al empleador, implica la consolidación de su intención de mantener el vínculo y de poner en relieve la configuración del incumplimiento de una obligación esencial del contrato de trabajo, que constituye su causa fin y que reside en la advertencia sobre lo que se ha de exigir en la prestación del servicio. En lo que hace a la situación del trabajador, opera como una convocatoria a la reflexión y a la certeza y le da la oportunidad de cumplir o alegar, en su caso, una causal de justificación, de existir ésta. La demandada, no actuó conforme estos principios.

En consecuencia, concluyo en que la injuria denunciada existió y que justificó debidamente la extinción con fundamento en la responsabilidad del empleador, razón por la que deberá el demandado abonar las indemnizaciones que de ella se derivan (indemnización por antigüedad, omisión de preaviso e integración de mes de despido).

IV.- FECHA DE INGRESO Y TIEMPO DE PRESTACIÓN: La única declarante que pudo referir el tiempo aproximado en que trabajó en la pizzería fue María Alejandra Erices, quien dijo que Llancaman estuvo en el lugar alrededor de un año y medio, tiempo que coincide relativamente con el descripto por la actora, quien dijo haber dado inicio en mayo/2009, de modo que al extinguirse promediaba un año y tres meses.

Los demás declarantes nada refirieron sobre ello, aunque recordaron haberla visto con certeza durante el verano de 2010.

Si bien no puede decirse que sea una prueba concluyente, su aproximación en tiempo y espacio es suficiente, en tanto ningún otro elemento hace dudar de ello o de su veracidad. Por el contrario, ninguna acreditación de la contraria se contrapone a lo dicho por la declarante Erices y la fecha de inicio aportada por el demandado es absolutamente contraria a lo que se indicó con toda precisión, que es el servicio prestado durante la temporada veraniega.

V.- ENCUADRE CONVENCIONAL: Llancaman reclamó para sí, la aplicación del convenio de Gastronomía 389/04 con lo que liquida los haberes adeudados, las diferencias salariales e indemnizaciones con base en ello.

Righini se limita a la negativa específica de que "...la actora realizara tareas dentro del

marco gastronomía, por ello niego que sea de aplicación en autos el CCT N° 389/04...", lo que queda justificado pues su argumento principal rondaba en la condición de empleada de limpieza, mas a título de servicio doméstico. Ni tan siquiera en subsidio discutió en marco convencional para el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda.

Ahora bien, evaluadas las actividades y establecimientos comprendidos y personal incluido y excluido en el CCT 389/04, se dan los presupuestos para su aplicación.

En efecto, el art. 5.1 considera comprendidas dentro de la actividad que regula el convenio con independencia de su forma societaria o jurídica a la totalidad de los establecimientos que se dedican a la prestación de "...expendio de alimentos para su consumo dentro o fuera del mismo...".

Dentro de los establecimientos comprendidos, el art. 5.2 refiere a "...b) ...casas de comidas económicas con servicios standard...Pizzerías...Establecimientos donde elaboran comidas rápidas o semirápidas...Pancherías, Hamburgueserías; sandwicherías...f) casas de comida tipo económico con servicio estándar...".

Finalmente el art. 6.1 relativo al personal incluido dice: "Está comprendido el personal en relación de dependencia de las Empresas asignado a desempeñar tareas tanto en los establecimientos, como en las sedes de aquellos clientes, contratantes concedentes etc...que realice en forma efectiva y habitual funciones de servicio de...expendio de comidas y/o bebidas...".

Se pudo concluir que estaba en cocina y no siempre junto a la esposa de Righini, lo que significa que, cuando estaba sola, cocinaba sin instrucciones, por lo que a falta de otro elemento he de asignarle la categoría de cocinera que denuncia.

Por ende, las diferencias de haberes, los salarios adeudados e indemnizaciones que se declararon procedentes y que no se acreditaron abonadas, por las que efectivizó el percibimiento del art. 42 de la ley 1504, sobre el monto o efectivo cobro de la remuneración, se liquidarán a razón de 36 horas semanales y no en función de la jornada denunciada, sin adición alguna de horas extra, las que no han existido pues solo se prestaban servicios en los términos ya explicados, sin que sea dable adicionales a la jornada normal y habitual.

La actora ha introducido aquí un tema particular que sin desarrollar incorpora en el punto "2 reajuste de haberes" de fs. 9, por el que señala que: "...debieron abonarse a la actora sus haberes conforme categoría cocinera de despacho de comidas, CCT 389/04, por jornada completa efectivamente desempeñada de lunes a sábados (42 hs semanales). Por imperativo legal, corresponde a todo trabajador percibir sus haberes

mensuales por jornada completa con solo acreditar que laboró las 2/3 partes de la jornada laboral...".

Disiento con la interpretación que hace del art. 93 ter LCT por las siguientes razones: 1- El concepto de jornada habitual de la actividad no debe confundirse con el jornada legal de la actividad. 2-No cualquier jornada inferior a la habitual configura un contrato a tiempo parcial, ya que la ley determina expresamente que el número de horas trabajadas requeridas, habrá de ser inferior a las dos terceras partes (2/3) de esa jornada habitual. 3-Ratifica tal posición el Convenio 175 y la Recomendación 182 OIT cuando al definir al trabajador a tiempo parcial como aquel asalariado cuya actividad tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable.

Se debe pagar pues por la jornada diaria/ semanal efectivamente trabajada, para lo cual vuelvo sobre la cantidad de horas semanales que se tuvieron por acreditadas según la explicación dada al iniciar este capítulo o sea 36 horas semanales.

VI.- ARTS 1 Y 2 DE LA LEY 25323: Se ha de hacer lugar a ambos. Para el primero de ellos debe constatarse la omisión o incorrecta registración del vínculo al momento de la extinción, debiendo remitirme para ello a lo ya explicado, lo que lleva a duplicar el importe de la indemnización por antigüedad.

Para que sea operativo el art. 2 la norma requiere que se vencido el plazo de pago de la indemnización, ella no haya sido satisfecha y que se haya intimado fehacientemente su cancelación. En tal sentido la prueba documental indica que el distracto indirecto aconteció el 2-8-2010, que dentro del plazo de cuatro días no se pagó y que ante el persistente incumplimiento se intimó en 29-10-2010, bajo apercibimiento de accionar judicialmente, lo que finalmente debió hacer, por lo que están dadas las condiciones para su acogimiento favorable y elevar en un 50% el importe que debe abonarse en concepto de indemnización por antigüedad, omisión de preaviso e integración de despido.

VII.- ART. 80 LCT: Esta indemnización 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 lo cual 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. En tal sentido, la parte actora extinguió la relación en 2-8-2010, dejó transcurrir el mes previsto por el Dec. 146/2001 y en 29-10-2010 emplazó al empleador a la entrega del certificado de trabajo mediante TCL que en original fuera agregado a fs. 4, por lo que se dan las condiciones para el acogimiento favorable de esta multa.

VIII.- LIQUIDACIÓN: Al capital que en cada caso se indica se le adicionan los intereses dispuestos por el STJRN en "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, correspondiendo aplicar la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, quedando la cuenta al siguiente tenor.

Se ajusta la cuenta a todo lo dicho aplicando el CCT 389/04 sobre 36 horas semanales (144 mensuales) y la categoría de "comis de cocina" correspondiente a categoría 5 del sector (1 estrella de hoteles, restaurant cafe, bar y confiterías) que es el aplicable a casas de comida al público. El convenio fija una base salarial calculado para jornada completa de modo que el promedio semanal o mensual de mayo/2009 es de \$ 1.135, para junio/2009 de \$ 1.248,25, de junio a setiembre/2009 de \$ 1.305,75, de octubre a diciembre/2009 de \$ 1.362,75, de enero a mayo/2010 de \$ 1.419,75 y entre junio y agosto/2010 de \$ 1.951,50. A dichos importes mensuales adaptado a la jornada ya indicada, se le adicionan: la antigüedad del 1% a partir de junio/2010, 10% de adicional por alimentación, 10% de asistencia perfecta, 12% de adicional por complemento de sericio y 15 % de adicional por zona fría, arrojando los siguientes importes:

MES ADEUDADO PAGADO DIFERENCIA INTERES TOTAL AL 28-2-13

MAY/09 444,92 -200 389,30 65,98% 616,12.

JUN/09 1.834,91 -400 1.434,91 64,84% 2.365,30.

SAC.

PROP/09 157,97 -000 157,91 64,84% 260,30.

JUL/09 1.919,44 -400 1.519,44 63,70% 2.487,32.

AGO/09 1.919,44 -400 1.519,44 62,55% 2.469,84.

SET/09 2.003,23 -400 1.603,23 61,41% 2.587,77.

OCT/09 2.003,23 -400 1.603,23 60,26% 2.569,33.

NOV/09 2.003,23 -400 1.603,23 59,11% 2.550,90.

DIC/09 2.003,23 -500 1.503,23 57,97% 2.374,65.

2°SAC/09 1001,61 -000 1.001,61 57,97% 1.582,24.

ENE/10 2.087,02 -500 1.587,02 56,83% 2.488,92.

FEB/10 2.087,02 -500 1.587,02 55,68% 2.470,67.

MAR/10 2.087,02 -500 1.587,02 54,54% 2.452,58.
ABR/10 2.087,02 -500 1.587,02 53,39% 2.434,33.
MAY/10 2.087,02 -500 1.587,02 51,15% 2.398,78.
JUN/10 2.890,90 -600 2.290,90 49,60% 3.427,18.
1ºSAC/10 1.445,45 -000 1.445,45 49,60% 2.162,39.
JUL/10 2.890,90 -000 2.890,90 48,04% 4.279,68.
AGO/10 192,66 -000 192,66 46,49% 282,22.
INTEG.DES. 2.698,24 -000 2.698,24 46,49% 3.952,65.
IND.ANTIG 2.890,90 46,49% 4.234,87.
IND.PREAV 2.890,90 46,49% 4.234,87.
SAC.PROP 481,47 46,49% 705,30.
VAC.PROP 1.618,90 46,49% 2.371,52.
IND.1.L25323 2.890,90 46,49% 4.239,12.
IND.2.L25323 4.239,12 46,49% 6.209,88.
IND.80.LCT 8.672,70 46,49% 12.704,63.
TOTAL 28-2-2013 \$ 80.913,34.

Son OCHENTA MIL NOVECIENTOS TRECE PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS.

IX.- CERTIFICADO DE TRABAJO - CERTIFICADO DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES: Propongo condenar al demandado FABIAN RIGHINI a hacer entrega a la actora VALERIA NELLY LLANCAMAN, dentro de los SESENTA DIAS de notificado y mediante su depósito en autos, del CERTIFICADO DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES (que incluye el de cesación de servicios) y CERTIFICADO DE TRABAJO de toda la relación laboral, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Las certificaciones deberán contener las fechas de ingreso y egreso y categoría laboral que se especifican en el considerando. TAL MI VOTO.

Los Dres. Diego Jorge Brogini y María del Carmen Vicente, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, LA SALA II DE LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;
RESUELVE: I.- HACER LUGAR EN SU MAYOR EXTENSIÓN a la demanda instaurada por VALERIA NELLY LLANCAMAN contra el demandado: FABIAN RIGHINI y en consecuencia condenando al nombrado en último término a pagar a la

primera en el plazo DIEZ DIAS de notificado, la suma de \$ 80.913,34 en concepto de diferencia de haberes, sueldo de julio/2010, integración mes de despido, indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso, arts 1 y 2 de la ley 25323 y la del art. 80 LCT (t.o. ley 25345), importe que incluye intereses que se describen en el considerando calculados al 28-2-2013 y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago. Con costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. Andrea Bellesi en \$16.100,00 y en conjunto los de los Dres. Jorge Crespo y Héctor Ariel Gavilán en \$ 10.000,00 (MB:\$ 80.913,34, Arts. 6,8,9, 10 y 40 de la Ley de Aranceles).

II.- Condenar al demandado FABIAN RIGHINI a hacer entrega al actor, dentro de los SESENTA DIAS de notificado y mediante su depósito en autos, del CERTIFICADO DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES (que incluye el de cesación de servicios) y CERTIFICADO DE TRABAJO de toda la relación laboral, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Las certificaciones deberán contener las fechas de ingreso y egreso y categoría laboral que se especifican en el considerando. Con costas a la demandada, estando la regulación honoraria comprendida en el punto anterior.

III.- Rechazar la demanda instaurada por VALERIA NELLY LLANCAMAN contra FABIAN RIGHINI en todas aquellas sumas que superan lo que fue materia de acogimiento en concepto de diferencia de haberes, horas extraordinarias, base de cálculo indemnizatorio sobre un haber incorrecto. Costas a cargo de la actora a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los de los Dres. Jorge Omarl Crespo y Héctor Ariel Gavilán en \$ 650,00 en forma conjunta y los de la Dra. Andrea Bellesi en \$ 700,00 (MB:\$ 5.008,17, Arts. 6,8,9,10 y 40 de la Ley de Aranceles).

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.

V.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la demandada condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

Dra. María del Carmen Vicente
Vocal Trámite - Sala II

Dr. Diego Jorge Brogginí Dra. Gabriela Gadano
Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mí:

Dra. Daniela Perramón
Secretaria