NEUQUEN, 9 de noviembre de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GATICA OSCAR DARIO C/ MOÑO AZUL S.A.C.I. Y A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**, **(JNQLA4 EXP** Nº **453333/2011**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 312/315 y vta., que hace lugar a la demanda condenando a la empresa MOÑO AZUL S.A. a abonar a la actora la suma de $ 34.211,19, con más los intereses, en concepto de diferencia de distintos rubros indemnizatorios, apela la demandada a fs. 322/324, cuyo traslado ordenado a fs. 325, es contestado por el actor a fs. 326/328 vta., solicitando se declare desierto el recurso de la demandada y sea confirmada la sentencia en todas sus partes, con costas a la contraria.

II.- Se agravia, en primer lugar, de que se haya otorgado mayor antigüedad (12 años) que la denunciada por el actor (5 años), duplicándose con el simple argumento de declararlo empleado "permanente continuo" desde su ingreso y a contrapelo de las constancias obrantes en la causa.

Manifiesta que su parte alegó que el actor era un empleado "permanente discontinuo en la cosecha", regido por la LCT, habiendo sido esporádicamente contratado para realizar tareas en calidad de peón "no permanente ley 22.248", categoría que conforme los arts. 77 y concordantes de la ley 22.248 no acumula antigüedad.

Cuestiona el análisis que realizó el a quo, alegando que no merituó siquiera si los recibos correspondían

a determinados ciclos y si existían o no un intervalo temporal entre los mismos, extremos fundamental para determinar la continuidad.

Exterioriza que el actor en ningún momento invoca días trabajados en sus recibos de haberes ni que su contrato fue parcialmente registrado, sino que se limita a cuestionar la calificación que la empresa le otorgó al vínculo entre ambos.

Sostiene que el juzgador no puede atribuir una antigüedad superior a la reclamada por el actor, por constituir un claro supuesto de sentencia “ultra petita”.

También se agravia que se haya dado a las declaraciones testimoniales primacía por sobre la prueba pericial contable, puesto que la perito al contestar la impugnación formulada por su parte, estimó la antigüedad del actor en 3 años y que el mayor período en que prestó servicios fue el año 2009, que laboró 209 días.

Expresa que de los cálculos efectuados en la pericial contable, surge que la diferencia entre lo abonado por la egresa y lo que corresponde es de $ 4.065,55, surgiendo que Moño Azul liquidó el crédito de su actividad como “cosechador” siguiendo las pautas de los arts. 232 y 245 de la LCT y no hizo lo propio con su labor como empleado no permanente.

Realiza consideraciones respecto de los testigos Bravo, Peña, Mora Arias y Rubio y Rebolledo, señalando que los dichos de éstos no coinciden con la conclusión a la que arriba el magistrado, en cuanto a que el actor prestaba tareas en forma continua y que lo hizo durante un año, por lo cual corresponde calificar al contrato como de trabajo no permanente.

Indica que tales afirmaciones resultan erróneas ya que hace caso omiso de la pauta contenida en el art. 18 de la LCT y contabiliza la antigüedad “de corrido”, cometiendo un error adicional al calcular el inciso b) de la ley 22.248 en un 20% del inc. A) como ha sido pedido por el actor, sin considerar que el fundamento de dicha estimación es que el Sr. Gatica alega haber reunido una antigüedad de cinco años, ya que si es superior a 10 años el porcentaje se reduce a 15%.

Asimismo, apela la regulación de honorarios de los letrados de la parte actora y del perito contador, por altos.

III.- Entrando al estudio de los agravios, comenzaré por el referido al encuadre legal del actor, adelantando mi opinión en el sentido adverso de tal queja.

La apelante esgrime que su parte alegó que el actor era un empleado “permanente discontinuo en la cosecha” (regido por la LCT) y que “esporádicamente” fue contratado como peón “no permanente ley 22.248”, sin embargo de la prueba testimonial, no surge tal ocasionalidad, sino más bien la continuidad.

Así, la testigo Bravo (a fs. 222), quien trabaja para la demandada en cosecha de cerezas, declaró que con el actor hicieron juntos raleo (un año o dos), entre temporadas de cereza. Asimismo afirma que Gatica “trabajaba todo el año como algunos compañeros. Lo sé porque a algunos les pagaban en la chacra y lo he visto ahí”, que años anteriores a que se les pagara en el banco, tenían que volver a la chacra a cobrar, generalmente antes de las fiestas y que lo ha visto a Gatica “lo veía que salía del monte y venia a cobrar”. Señala que cuando ingresaba a la temporada de cosecha (de cereza - noviembre), Gatica ya se encontraba trabajando haciendo

“defensas de heladas”, que esto lo sabe porque se entera, siempre se charla.

El testigo Mora Arias (a fs. 237), describió que “Gatica hacia lo mismo que yo, poda, cosecha, mantenimiento de riego, todos los trabajos que se hacían en Moño. Si se hacía cosecha de cereza empiezan en octubre en esos tiempos en que nosotros cosechábamos. Se terminaba en diciembre y comienza la cosecha de manzana y que empieza desde enero hasta mayo. Eso lo hacía Gatica y todos lo hacíamos. Después ya empezábamos la poda que duraba hasta septiembre, después hacíamos el mantenimiento de riego, mantenimiento de alambres, tirada de abono manual. También raleo, prevención de heladas. Todos estábamos al servicio para hacer todas las tareas que había que hacer. El régimen se cumplía de 8 horas y algunos hacían horas extras”.

El testigo Peña (fs. 238), quien también se desempeñó en la chacra 16 y trabajó junto con el actor durante todo el años en diferentes tareas: podaban hasta fines de julio, hacían movimientos de suelo, siempre estaban en la misma chacra y que cuando se terminaba la poda venia la defensa de helada y después venia el raleo.

Si bien la testigo Rebolledo (a fs. 165, dependiente en la administración de personal de chacras), sostuvo que el actor realizaba tareas de cosecha de fruta y en algunas oportunidades “raleo” y “poda”, trabajando en algunos casos en temporada como en postemporada; como el testigo Rubio (a fs. 166 y vta., encargado de la chacra 16 desde 2008/2009), que “Gatica hacia temporada de cosecha y de raleo”, y no recuerda que el actor haya hecho algo mas que raleo y cosecha; de los recibos obrante a fs. 112/115, surge que le fueron liquidados en el año 2009, importes por otras tareas (poda y atadas de espalderas), también.

Sumado a lo señalado y siguiendo con el análisis de los recibos (que lucen a fs. 7/22 y 104/123 y que no fueron desconocidos por la contraria), se observa que le fueron liquidados mensualmente desde septiembre de 2008 hasta septiembre del 2010, haberes al actor y que por lo tanto, prestó tareas en forma continuada todos los meses en las instalaciones de la demandada (chacra 16), por mas de un año, realizando diversas tareas de: poda, raleo, cosecha, defensa de heladas y otras tareas (hay recibos en los que sólo se consignó "destajo varios"), temporalidad y tareas que tienen que ver con de peón, o personal estable que con las necesidades de la explotación de carácter cíclico o estacional, que regula el art. 77 de la ley 22.248.

En efecto, la citada norma que delinea quién resulta personal "no permanente", establece que *"El presente título se aplicará al contrato de trabajo agrario celebrado por necesidades de la explotación de carácter cíclico o estacional, o por procesos temporales propios de la actividad pecuaria, forestal o de las restantes actividades reguladas por esta ley, así cono las que se realizaren en ferias y remates de hacienda. Sus disposiciones también alcanzaran al trabajados contratado para la realización de tareas ocasionales, accidentales o supletorias"* (Texto según ley 23.808).

Es por ello que no se explica el motivo por el que se celebraron contratos de "temporada" (los de fs. 124 y 127) en plena época de cosecha,

Por otra parte, Le ley 22.248 en su art. 63, establece que *"Durante los primeros noventa días la relación de trabajo agrario podrá ser rescindida sin derecho a indemnización alguna. Transcurrido dicho lapso el trabajador adquirirá estabilidad y su antigüedad se computará, a todos*

los efectos, desde el día ñeque se hubiese iniciado la relación laboral".

Por lo tanto, considero que el análisis de la prueba que realizó el magistrado arribando a la conclusión de que el actor reviste la calidad de "trabajador permanente", se enmarca en las pautas de la sana critica, (conf. art. 386 del Código de rito), surgiendo que las criticas de la apelante respecto a los testigos Bravo, Mora Arias y Rubio, se relacionan más con hechos que no favorecen a su parte, que con alguna circunstancia o motivo valedero que pueda afectar la veracidad de sus declaraciones.

Abarca tal subjetividad respecto a la declaración del testigo Peña (fs. 238) y si bien esta declaración emana de un trabajador que tiene juicio pendiente con la demandada, tal como lo manifestara en la audiencia y acentúa la apelante para pretender enervar el valor probatorio de tal prueba, no puede tal circunstancia por sí sola descalificar al testigo, ni su declaración, ni presumir animosidad.

Tampoco ha quedado especificado si el juicio que tiene pendiente se refiere a idénticos reclamos que ha efectuado el actor, ya que no fue interrogado al respecto, habiendo concurrido a la audiencia mencionada el letrado de la demandada, quien tuvo la posibilidad de interrogar al testigo sobre contenido de sus afirmaciones y más allá de que su declaración ha sido analizada con las otras pruebas señaladas.

Sobre el tema hemos dicho en "Oviedo" (Expte. Nº 360870/7, de esta Sala, del 28/12/10), que:

"…"no corresponde descalificar a un testigo por la sola circunstancia de tener juicio pendiente con la demandada", ya que: "la aseveración según la cual quién tiene juicio pendiente no es testigo idóneo, por cuya razón debe ser descalificado, constituye una mera afirmación dogmática y como

tal violatoria de la norma procesal que rige en materia laboral la apreciación de la prueba" (SCJ Bs. As., Ac. 36.328 del 5/8/86), en P.S.2002, III, n° 133, autos: "Barison c/ Barceló").

"Tal criterio viene siendo mantenido por la jurisprudencia especializada: "la circunstancia de tener juicio pendiente con el empleador no es causal de tacha del testigo, pues en ocasiones la persona llamada a testificar que se encuentra descripta conoce mejor los hechos debatidos" (Cám. Apel. Laboral Rosario, "Rivas c/ Acindar S.A.", LL on line AR/JUR/484/1998)".

En función de las pruebas analizadas, habiendo quedado descriptas cuales eran las tareas de Gatica, aplicando el principio de primacía de la realidad y el de "in dubio pro operario", considero descartado el doble vínculo laboral que la demandada enarbola en su queja, debiendo debe valorarse la modalidad de las tareas prestadas por Gatica que lo fueron en forma continuada, debiendo aplicarse lo dispuesto por el juego armónico de los arts. 63 y 77 de la ley 22.248.

No alcanza la invocación del dictamen de la prueba pericial contable para enervar la conclusión que precede, ya que en primer lugar, corresponde al magistrado el encuadre jurídico de la relación laboral, punto de partida para calcular la antigüedad y cuando la perito fijó dicha antigüedad en una cantidad menor que en el anterior dictamen, lo fue al contestar lo requerido por al demandada en la impugnación (fs. 258 y vta. y fs. 261/265), pero en ningún momento aduce haber incurrido en algún error sobre lo dictaminado en la pericia (fs. 250/254), sino que por el contrario, ratifica el haber consultado toda la documentación contable de la empleadora para haberse expedido así.

No paso por alto también, que la perito informó a fs. 252/254 que los libros correspondientes a los meses de septiembre/09 y marzo /10 no figura el actor y sin embargo fueron liquidados su haberes (conf. fs. 9 y 115/116).

Respecto al doble encuadre laboral como de trabajador "de temporada" y "no permanente", en la causa "Romero" (Expte. N° 349.615/07), habiéndome adherido al voto de mi anterior colega de Sala Dra. Osti de Esquivel, sostuvimos que:

"No corresponde otorgar un doble encuadre jurídico al mismo empleado que presta variadas tareas en la misma chacra, por cuanto se encuentra acreditado que los actores trabajaban con continuidad durante todo el año y durante varias temporadas, prácticamente sin interrupciones. Esto se encuentra avalado por la prueba testimonial acompañada".

"El concepto dirimente de la cuestión, consiste en que los trabajos fueron realizados con continuidad y no en forma ocasional, siendo que las tareas culturales en la chacra son habituales y normales por su propia naturaleza".

"Surgiendo claramente comprobado que los reclamantes efectuaban tareas en forma continua de raleo, poda, cosecha, etc., durante todo el año y desde larga data, no corresponde la clasificación de no permanente, para algunas de esas tareas, pretendida por el apelante y estipulada en el art. 77 de la ley 22.248 (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 2 de la L.C.T.; 63 de la ley 22.248 y 377 del C.P.C.C.)."

"Más concretamente se ha expedido esta Cámara de Apelaciones: "... si el trabajador poda cuando hay que podar, ralea, cosecha en su momento oportuno, y todo ello reviste continuidad, abarcando la mayor parte del año laboral, se debe

concluir en que, cualquiera fuese la modalidad de contratación, la relación laboral adquiere la condición de permanencia que autoriza la aplicación del régimen establecido por el Título I de la ley citada". (EPULEF HUAIQUIPAN SERGIO C/ CARABALLO DOMINGO OSCAR S/ DESPIDO, Expte. Nº 288.822 -CA-2, Sala I).

Asimismo, llama la atención el silencio guardado frente a la innecesariedad del telegrama de despido enviado por la demandada, en época "fuera de temporada", señalado el magistrado para resaltar la condición de trabajador permanente del actor.

No considero que la antigüedad laboral del actor fijada por el magistrado y su proyección numérica que aparejó una suma de condena es mayor a la reclamada, pueda calificarse de "ultra petita", puesto que corresponde a la correcta aplicación del derecho y de los cálculos matemáticos (conforme pericial contable referida a fs. 251), y ha sido ajustada a lo alegado y probado, conforme las facultades que le otorga el art. 40 de la ley 921.

No obstante lo expuesto y en atención a la antigüedad que ha quedado establecida y a lo dispuesto por el inc. b) del art. 76 de la ley 22.248, existen un error en la aplicación del porcentaje, ya que corresponde aplicar el 15% (y no el 20%), correspondiendo modificar el incremento allí establecido en la suma de $ 4.785,58 (y no de $ 6.308,70).

IV.- Resta abordar la apelación arancelaria, respecto sobre los honorarios regulados a los letrados del actor y perito contable.

Respeto de los primeros, teniendo en cuenta la base regulatoria a la fecha de la sentencia de primera instancia es de $ 89.036,59 ($32.616,70 + 56.420,59) y revisando el porcentaje determinado en la sentencia 8% y 10%

para el apoderado y patrocinante del actor respectivamente, bajo las pautas de los arts. 6, 7, 10, 20, 40 y concordantes de la ley 1594, considero que de ninguna manera resultan elevados, sino todo lo contrario, pero no existiendo apelación por parte de los beneficiarios, corresponde su confirmación.

Distinta suerte correrá la queja sobre la regulación de honorarios al perito contador, ya que conforme ha sostenido esta Sala en la causa "Pacheco" (Expte. N° 378304/2008, del 15/03/16):

"En relación a la labor de los peritos, se señala que la retribución debe ser fijada valorando no solamente el monto del pleito sino también la calidad, extensión y complejidad de la labor desempeñada por el profesional."

"Asimismo, el tope establecido para los honorarios judiciales de los peritos responde al criterio de proporcionalidad que debe mediar entre el honorario de un auxiliar de la justicia, el perito, quien actúa en la producción de una prueba vinculada al objeto del litigio y el de otro, el letrado que defiende el interés jurídico de su parte -con una labor que, por ende, también es eminentemente técnica-, a lo largo de toda la instancia."

Aplicando estas pautas al caso de autos, considero que corresponde reducir en el 5% del importe de condena (capital e intereses).

XI.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de la demandada, solamente en cuanto incremento por antigüedad, corrigiendo en un 15 % el mismo (en lugar de 20%), reduciéndose su importe en la suma de $ 4.785,58 (en lugar de $ 6.308,70) y, asimismo, disminuir los honorarios del perito contador al 5% del fijado en la instancia de grado (sobre el importe de capital e intereses).

Costas de alzada a la demandada atento su calidad de vencida (art. 17, ley 921), regulando los honorarios correspondientes a esta instancia, bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

La Dra. Patricia M. CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 312/315 y vta., en cuanto al incremento por antigüedad, corrigiendo en un 15% el mismo (en lugar de 20%), reduciéndose su importe en la suma de $b 4.785,58 (en lugar de $ 6.308,70), y asimismo, disminuir los honorarios del perito contador al 5% del fijado en la instancia de grado (sobre el importe de capital e intereses).

II.- Costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17, ley 921).

III.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el en el 30% de las sumas que se fijen en la instancia de grado, por igual concepto (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria