

UNA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE TUCUMÁN QUE CAMBIA EL EJE SOBRE LA JORNADA PARCIAL

Luisa Contino

Sumario: I. Introducción. II. Jornada; a) Concepto; b) Jornada diurna; c) Jornada nocturna; d) Jornada insalubre; e) Jornada reducida; f) Jornada a tiempo parcial. III. La interpretación de la jornada, arts. 92 ter y 198 de la Ley de Contrato de Trabajo; A) Influencia de los Principios a) Concepto; b) Desarrollo de los principios; B) Criterios de interpretación de las normas a) Interpretación conforme al principio de conglobamiento por instituciones; b) Interpretación literal y teleológica. III. La sentencia; A) El fallo de la Sala III como Tribunal de Única Instancia; B. Fallo de la Corte Suprema de Justicia.

I. Introducción: este artículo constituye un análisis de la sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Provincia, en los autos Concha Miguel Alejandro C/ Walmart S.R.L., S/ Cobro de Pesos, Sentencia 1297/2017 del 05 de setiembre de dos mil diecisiete; los argumentos jurídicos que llevaron a ella y las consecuencias que esta trajo en la interpretación del concepto de jornada en nuestros Tribunales.

II. Jornada:

a) Concepto: la ley define a la jornada de trabajo como “todo el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición del empleador en tanto no pueda disponer de su actividad en beneficio propio” Agrega que “Integrarán la jornada de trabajo los períodos de inactividad a que obligue la prestación contratada, con exclusión de los que se produzcan por decisión unilateral del trabajador” (artículo 197 de la Ley de Contrato de Trabajo o L.C.T.).

b) Jornada diurna: en todo el territorio nacional se rige la jornada por la Ley 11.544, norma que establece la uniformidad de la extensión, salvo que exista una disposición provincial en contrario, o en los supuestos que la propia L.C.T. modifique o aclare (art. 196 L.C.T.). La ley 11.544 fijó la extensión de la jornada máxima legal en ocho horas (h) diarias o cuarenta y ocho horas semanales para los trabajadores en relación de dependencia ya sea en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro (art. 1º). Esto se diferencia del Convenio 1 de la OIT donde la limitación es de 8 h diarias y 48 h semanales, en virtud de lo cual en Argentina un trabajador puede realizar hasta 9 h diarias sin considerarse horas extras, siempre que no supere las 48 h semanales. La jornada normal diurna se desarrolla entre las 6 y las 21 h, en caso de menores hasta las 20 h La excepción a la limitación de la jornada, ocurre cuando se trata de directores y gerentes, art. 3º inc. a) de la Ley 11.544, modificado art. 1º de la Ley N° 26.597 B.O. 11/6/2010. El inc. b) prevé los trabajos por equipos y el c) en caso de accidente ocurrido o inminente, o en caso de trabajo de urgencia a efectuarse en las máquinas, herramientas o instalaciones, o en caso de fuerza mayor, pero tan solo en la medida necesaria para evitar que un inconveniente serio ocurra en la marcha regular del establecimiento y únicamente cuando el trabajo no pueda ser efectuado durante la jornada normal.

c) Jornada nocturna: el art. 200 de la L.C.T. y el art. 2 de la ley 11.544 regulan la jornada nocturna, que es la que se realiza entre las 21 h y las seis (6) horas del día siguiente; el tope es de siete (7) horas diarias, salvo el trabajo por equipos. Si bien la ley no fija un tope semanal, debe entenderse que este es de 42 h Se abona igual que la jornada diurna. Cuando se realiza en forma alternada la hora desarrollada en jornada nocturna se cuenta 1 hora y 8 minutos.

d) Jornada insalubre: es aquella que por las condiciones de trabajo o los lugares donde debe realizarse, por las modalidades, han sido declaradas tales por resolución de la autoridad administrativa del trabajo. La Corte Suprema Justicia de la Nación a partir de los autos “Aphelhans y otro vs. JC Sieburger” del 20/09/19767 LT XVI-265, estableció que no es la resolución la que constituye el trabajo insalubre, sino que este hecho se determina en forma objetiva por medio de la inspección”. Así también la “C. Nac. Apel. Trab. Sala III 20/12/90, en Formica, Antonio vs. ELMA s/Cobro de Pesos”, Sent. 60.972, ha dicho: “*Por tanto, los efectos de la declaración respectiva deben correr a partir del momento en que se efectuó dicha inspección, que puso en marcha el procedimiento de determinación administrativa de las condiciones de trabajo*”. Por su parte la Jurisprudencia se inclina por no admitir que los jueces no califiquen como insalubres determinados lugares, aun cuando las partes hayan acreditado ese carácter:

“En autos, no surge que el actor haya acreditado de modo categórico que las tareas por él realizadas hubieran sido insalubres. Sin perjuicio de ello, y atento lo específicamente normado por el art. 200 de la L.C.T, tampoco se acreditó la existencia de una previa declaración de insalubridad emanada de la autoridad administrativa pertinente. En este último sentido, la Cámara Del Trabajo, Concepción Sala I en la sentencia N° 100 de fecha 25/04/2011 dictada en los autos caratulados: ‘Lencina, Rene Alberto vs. Aviación Agrícola Theaux S.R.L. S/Despido’ resolvió que: “En autos, no se ha demostrado que las tareas que desempeñaba el actor para la demandada fueran riesgosas o insalubres como se sostiene al demandar, menos aún que la autoridad administrativa de aplicación se hubiera expedido en tal sentido... Es decir que la declaración de insalubridad de una labor concreta solo puede ser fruto de la existencia de un acto administrativo que debe ser precedido de estudios médicos y que gozan de presunción de legitimidad. En tal sentido, tiene dicho la jurisprudencia que ‘... es la autoridad administrativa quien, luego de las inspecciones del caso, determina y declara cuándo una tarea es insalubre, cuándo no lo es y/o cuándo dejó de serla, pero siempre esta determinación respecto a las tareas o, concretamente, el lugar o lugares del establecimiento que se ven afectados a las mismas, debe ser resorte de dicha autoridad’ (CNAT, Sala II, sentencia del 23/9/1985, ‘Giménez, Pedro Nicandro c/Frigorífico El Cóndor SAIAGel s/cobro de pesos’ y sentencia definitiva 84.680, 27/5/2003. ‘Gómez, Omar Atilio c/P & O Cold Logistics Argentina SA s/cobro de salarios’). El artículo 200 de la Ley de Contrato de Trabajo resulta por demás claro en cuanto a que ‘la insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación’ (autoridad administrativa) por lo que, más allá de las pruebas que puedan haberse aportado en las presentes actuaciones y la valoración que pueda efectuarse de ellas, lo cierto es que en la especie no se acompañó prueba alguna que acredite que existió por parte del Ministerio de Trabajo la declaración de insalubridad de las tareas de maquinista que realizaba el actor; requisito previsto en el artículo 200 de la LCT. Dres.: Sosa Almonte-Espasa” (sic.). Por todo lo antes expuesto, se rechaza el reclamo formulado por el actor respecto a la incorporación del adicional por tareas insalubres al cálculo de las diferencias indemnizatorias”. Excm. Cámara del Trabajo, Sala Ila. Dres.: Díaz Critelli - Tejeda.

En cuanto a su extensión conforme no puede exceder las seis horas diarias o treinta y seis horas semanales, el art. 8 del Decreto 16.115/33 establece que una hora de trabajo insalubre equivaldrá a una hora treinta y tres minutos de trabajo en condiciones normales, lo cual se trata de un error, porque efectuando la división correcta cada hora insalubre valdrá 1 hora y 20 minutos de la hora normal. Cuando se combinan horas normales con insalubres, el límite para permanecer en lugares insalubres es de 3 h conforme art. 8 del decreto antes mencionado y según el 3er. Párrafo, si hay una distribución desigual de las 36 h la jornada diaria en lugares insalubres no podrá exceder a 7 h.

e) Jornada reducida: la ley 24.013 en su art. 25 modifica el art. 198 de la L.C.T., quedando el siguiente texto: “Ha sido establecida la procedencia de la reducción de la jornada máxima legal cuando sea determinado por las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, estipulación particular de contratos individuales o convenios colectivos de trabajo. Estos últimos podrán establecer métodos de cálculo de la jornada máxima en base a promedio, de acuerdo con las características de la actividad”.

Algunos convenios colectivos de trabajo han establecido topes de jornada inferiores a las 48 horas semanales; por ejemplo, el artículo 11 del CCT 76/75 para obreros de la construcción, que fija una duración de la jornada de trabajo de 44 horas semanales, o el CCT 462/06 aplicable a los trabajadores que se desempeñan en instituciones deportivas y asociaciones civiles, que en su art. 6° dispone que la jornada ordinaria será de 8 h diarias o 44 h semanales (“La jornada reducida”, Enrique Caviglia. *El Cronista Página Web*). No debe reducirse el salario del trabajador con base en el art. 198 RCT, el cual solo habla del caso de la jornada reducida y cómo se establece la misma, pero en ningún momento habilita a disminuir el básico salarial.

f) Jornada a tiempo parcial: una modalidad contractual incorporada a nuestra legislación es el contrato de trabajo a tiempo parcial, establecido en el art. 92 ter L.C.T., a partir de la Ley 26.474 B.O. 23/01/2009. La L.C.T. define al contrato de trabajo a tiempo parcial como aquel en virtud del cual “el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día o a la semana, inferiores a las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad”. La norma agrega que “en ese caso la remuneración no podrá ser inferior a la proporcional, que le corresponda a un trabajador a tiempo completo, establecida por ley o convenio colectivo, de la misma categoría o puesto de trabajo”.

Esta modalidad resulta aplicable, cuando se verifique que la jornada pactada es inferior a la fracción indicada por la norma, siempre siendo la referencia para el cálculo los dos tercios de la jornada semanal, es decir la duración de la máxima legal de 48 horas o la fijada por algún convenio colectivo, por ejemplo, el caso de los trabajadores de las asociaciones civil y deportivas, cuya jornada máxima legal por Convenio es de 44 horas. También se puede aplicar en los supuestos que se acuerde laborar menos horas por día, v.g. 4 horas por día, de lunes a viernes o que laborará solamente en algunos días de la semana v.g. días lunes, miércoles y viernes, 8 horas en cada uno de esos días. Algunos autores difieren de uno y otro supuesto, diciendo que la primera sería “contrato a tiempo parcial de tipo horizontal” y la segunda forma, “contrato a tiempo parcial de tipo vertical”.

El art. 92 ter L.C.T., establece una modalidad contractual específica, cuya característica principal es la reducción de la jornada “habitual de la actividad” diaria o semanal, en el caso concreto del contrato individual, en un tercio o más, resultando de la reducción una jornada inferior a las dos terceras partes. La regla de la proporcionalidad de la remuneración a la jornada desempeñada, queda sin efecto cuando el trabajador se obliga a laborar una jornada que excede al tope de las 2/3 partes, es decir el fijado por el art. 92 ter para la modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial. Así el artículo 92 ter en el 1er párrafo *in fine* establece “Si la jornada pactada supera esa proporción, el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa”. Asimismo, el 92 ter en el párrafo 2 prohíbe que quien trabaja en jornada parcial, realice horas extras, en cuyo caso también el empleador deberá abonar jornada completa.

El quid de la cuestión, en el caso de la sentencia que se analizará infra, es si la consecuencia del pago del salario a tiempo completo procede en todos los casos que se supera el límite mencionado.

III. La interpretación de la jornada arts. 92 ter y 198 L.C.T.:

A) Influencia de los Principios:

a) **Concepto:** los principios son las ideas bases o fundamentales sobre los cuales se asienta un determinado ordenamiento jurídico, los principios resultan esenciales en nuestra materia. Esto se refuerza en todo el ordenamiento jurídico a partir de la modificación del Código Civil y Comercial en su art. 2, cuando establece expresamente: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

b) **Desarrollo de los principios:** el art. 14 bis de la C.N. cuando establece que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador...”; cláusula constitucional que le indica al legislador nacional en qué sentido debe dictar las normas laborales, las que para ser “laborales” — de conformidad con el mandato constitucional — deberán tener un contenido de neto corte protectorio. La de interpretación de las normas se encuentra prevista en el art. 9 L.C.T., disposición en la que el legislador estableció pautas concretas respecto a cómo resolver las dudas interpretativas, en la merituación de la prueba o relativas a la norma aplicable para dirimir un conflicto laboral; remarcándose — especialmente — que la duda siempre debe ser resuelta en el sentido más favorable al trabajador o por aplicación de la disposición que sea más favorable para él.

Fernández Madrid, sostiene que el derecho del trabajo tiene como pilar fundamental un único principio, el “principio protectorio” — consagrado en el art. 14 bis de la C.N. y que da sentido a toda la normativa laboral —, del cual se desprenden diversas reglas de aplicación, a saber: “*in dubio pro operario*”, la selección de la norma más favorable, la irrenunciabilidad de derechos, la indemnidad del trabajador y la ajenidad del riesgo empresario, la subsistencia de la condición más beneficiosa, la no discriminación y la facilitación de la prueba en el proceso laboral (presunciones laborales). Desde una perspectiva más abarcadora, también receptada por la C.S.J.N. en varios pronunciamientos, hace ya tiempo que algunos autores se refieren al principio de progresividad y *pro-homine* como pautas con plena vigencia en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (Fernández Madrid, Juan Carlos. 2000. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, Bs. As., pagina 201 y ss).

B) Criterios de interpretación de las normas:

a) **Interpretación conforme al principio del conglobamiento por instituciones:** este criterio sustentado por la C.S.J.N. en el fallo 312:1234, a partir del dictamen del procurador general en el fallo 308:2475, donde puntualizó: “*que debería tenerse en cuenta el contexto general de las normas y los fines que las informan, como la manera en que mejor se compadezca con los principios y garantías constitucionales...*” Este se consagra en el nuevo Código Civil en la parte del art. 2 citado *ut supra* cuando dice “La ley debe ser interpretada... de modo coherente con todo el ordenamiento”. Según Krotoschin, si se quisieran concretar algunas reglas de interpretación concretas en el Derecho del Trabajo, tal vez podría decirse que las leyes y demás normas deben interpretarse conforme a las finalidades y propósitos de la “justicia social” (Krotoschin, Ernesto. 1987. *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, 2 tomos, Depalma, pág. 158). En presencia de varias normas igualmente aplicables, debe darse preferencia a la más favorable al trabajador; las situaciones dudosas deben resolverse a favor del trabajador, pero todo ello sin perder de vista que el derecho del trabajo se refiere a la coexistencia de trabajadores y empleadores. De la lectura de los arts. 92 ter y 198 de la L.C.T. surge claramente la relación existente y una diferencia crucial, que se relacionan por abordar el tratamiento de relaciones de trabajo con una jornada reducida, y a la vez, se diferencian porque mientras uno trata además de la jornada, la remuneración, el otro nada dice al respecto.

Al considerar ambos artículos, la jornada de trabajo y su reducción tienen relación; deben ser analizados en conjunto, entre sí y con el resto de la L.C.T., siendo la diferencia un punto fundamental. De este análisis deberá aplicarse la norma o el conjunto de normas, que sea más favorable al trabajador, según el instituto de que se trata, o sea el 92 ter. Este criterio de interpretación a través del principio de conglobamiento por Instituciones, también es receptado por nuestra C.S.J.T. en la Sent. N° 439 Once (11) de mayo de dos mil en los autos “García Osvaldo Francisco vs. Televisora del Tucumán S.A.P.E.M. s/ Diferencias”.

b) Interpretación literal y teleológica: el art. 92 ter L.C.T. no es desplazado por el 198 de la L.C.T.; se trata claramente de dos hipótesis distintas, uno regula la extensión de la jornada y remuneración, y el otro solo extensión de la jornada, El 92 ter considera al trabajador que realiza una jornada inferior a las 2/3 parte de la jornada completa habitual o según su actividad, el cual es remunerado proporcionalmente conforme a la jornada realizada y aquel trabajador cuya jornada supera las 2/3 partes de la jornada habitual o según su actividad, que debe ser remunerado como de jornada completa. Otra interpretación se aparta de lo que manda del art. 2 del nuevo Código Civil y Comercial, por el cual “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades...”

El art. 92 ter introducido por la Ley 26474, como vimos, es claro, si hacemos una interpretación literal de la norma, es decir del texto de la ley, el art. 92 ter L.C.T. es el único de los dos que habilita una disminución proporcional del salario en relación a la disminución de la jornada de trabajo. En consecuencia, la conclusión no puede ser, sino aquella que, al trabajador, cuya jornada supera esa proporción (las 2/3 partes), el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa. Si analizamos la intención del legislador, la lectura es idéntica; de lo contrario para qué modificar o introducir una cuestión que se encontraba resuelta por el art. 198 L.C.T.

III. La sentencia:

A. El fallo de la Sala III como Tribunal de Única Instancia: rechaza la demanda por diferencias de indemnización y de remuneraciones, por despido directo sin causa, invocando entre sus principales argumentos:

“No está discutido en autos que el actor realizaba una jornada de 6 horas diarias y 36 semanales. El planteo del actor está dirigido a acreditar que el actor se encontraba registrado como empleado de jornada parcial y, en razón a que su jornada era superior a las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad, correspondía abonarle la jornada completa, con fundamento en lo dispuesto por la segunda parte del art. 92 ter, que expresa que ‘Si la jornada pactada supera esa proporción (los 2/3), el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa. Sin embargo, por nuestra parte observamos que la jornada que tenía asignada la parte actora califica como una ‘jornada reducida’, prevista en el art. 198 de la LCT, en los siguientes términos: ‘La reducción de la jornada máxima legal solamente procederá cuando lo establezcan las disposiciones nacionales reglamentarias de la materia, estipulación particular de los contratos individuales o convenio colectivos de trabajo’.

Según Raúl E. Altamira Gigena, ‘Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Concordada’, T. 1, ed. Errepar, p. 583, ‘Algunos autores consideran que la nueva normativa del contrato a tiempo parcial deroga de manera implícita la jornada reducida determinada por el art. 198 de la LCT. Estimo que no es así, por cuanto, la jornada reducida sigue vigente en tanto no se tipifique un contrato a tiempo parcial.

Es decir, un contrato de trabajo cuando no exceda las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad, es a tiempo parcial y se aplica la normativa del art. 92 ter de la LCT; a la inversa, cuando excede dicho límite, sin llegar a la jornada máxima legal o jornada completa, se trata de un contrato de trabajo con jornada reducida y se aplica el art. 198 de la LCT. De ninguna manera las normas mencionadas prohíben que un trabajador se desempeñe en una jornada de trabajo superior a las 2/3 partes de la jornada habitual de la actividad (es decir, fuera de la tipificación del contrato a tiempo parcial) y se tribute al sistema previsional obra social en base a una jornada de tiempo completo.

Conforme lo expuesto cabe concluir que, en el caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 198 de la LCT y que, por ende, no se trató de un contrato celebrado bajo la modalidad a tiempo parcial prevista en el art. 92 ter de la LCT, sino de uno pactado con jornada semanal reducida ya que esta era superior a los 2/3 de la semanal correspondiente a la actividad. De este modo, no se verifica el supuesto en el cual se basó el reclamo de diferencias salariales, por lo que propicio desestimar el recurso impetrado por la parte actora y confirmar lo decidido en la instancia de grado en cuanto declaro su improcedencia por no haberse verificado la supuesta violación del alegado contrato a tiempo parcial que, como se vio, no se configuró (conforme art. 499 del Cód. Civ.). Cam. Nac. del Trab., Sala II, 27/10/2014, Buffone, Roberto Omar c/INSSJP s/Diferencias de salarios.

No hay razón jurídica que justifique abonar el importe de la jornada completa a un trabajador que laboró una jornada reducida, siendo la jornada normal de 48 h semanales (art. 1 Ley 11.544) [...] Por las razones expuestas, rechazo la demanda en el punto donde solicita que se le reconozca al actor el importe de la jornada completa. No obstante ello, deberá determinarse si el importe abonado en concepto de jornada reducida guarda proporcionalidad con lo que corresponde a la jornada normal para determinar la existencia de diferencias.”

Este criterio asumido por la Sala IIIa, de aplicar el art. 198 L.C.T. y no el 92 ter en cuanto al pago de la jornada que supera la 2/3 partes de la misma, es erróneo teniendo en cuenta los argumentos que venimos analizando, en especial que el 198 L.C.T. no se refiere al pago de la jornada, sino a su extensión, entre otros. La relación entre el art. 92 ter y el art. 198 L.C.T. sería de género a especie. El género es la reducción de la jornada de trabajo fijada por el “máximo legal” en una cantidad de horas o minutos librada a las normas reglamentarias nacionales; a la voluntad de las partes de cada contrato individual, o por convención colectiva de trabajo (art.198 RCT), la que puede ser, a su vez, de más o menos de 1/3 de la “jornada habitual de la actividad”. En el caso de que la reducción implique más de 1/3 de la jornada habitual de la actividad, y esta pase a ser inferior a los 2/3, el caso quedará comprendido en la situación específica, es decir, dentro de un contrato de trabajo a tiempo parcial, correspondiendo la aplicación del art. 92 ter L.C.T., que es el único que habilita la reducción proporcional del salario; pero en caso contrario, cuando la reducción no sea superior a 1/3, existirá una jornada de trabajo reducida, sin que pueda modificarse el salario dispuesto para la jornada habitual de la actividad.

No resulta ajustado a derecho reducir el salario del trabajador con base en el art. 198 L.C.T., el cual solo habla del caso de la jornada reducida, pero en ningún momento habilita a disminuir básicos salariales, como sí lo hace el art. 92 ter L.C.T. Por lo tanto, carece de fundamento, recortar el salario en forma proporcional a quienes trabajan en jornadas reducidas comprendidas en el genérico art. 198 L.C.T, pero sin darse los casos específicos de un contrato de trabajo a tiempo parcial del art. 92 ter L.C.T. No puede pretenderse que con base en el art. 198 L.C.T. el empleador puede determinar el alcance de un derecho humano fundamental como es el derecho a un salario digno.

Siguiendo las palabras de la CSJN, el 14/09/04 en, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.” admitir que los poderes del empleador determinen la medida y los alcances de los derechos humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, los derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. Todo esto tiene un sentido, que no es otro que la protección del trabajador, y en este caso, cumpliendo con la manda constitucional de proteger el trabajo y el salario, con una “jornada limitada” y un “salario digno”, sin reducir la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas. Solo puede reducirse el salario del trabajador cuando realmente lo habilita expresamente la ley, y esto es, cuando se dan los extremos del art. 92 ter L.C.T.

B. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán: la doctrina legal del fallo Concha, Miguel Alejandro c/ Walmart S.R.L. s/ Cobro de Pesos, Sent. 1297/2017 05 de septiembre de dos mil diecisiete, establece:

“En virtud de una interpretación armónica de los art. 92 ter y 198 de la LCT, el dependiente vinculado por un contrato de trabajo con una jornada pactada y laborada igual o superior a las 2/3 partes de la habitual, tiene derecho a la misma remuneración que le corresponde al operario de la jornada completa.”

Los argumentos más relevantes del fallo son los siguientes:

“Respecto al tópico a dilucidar, en doctrina se dijo: ‘... nunca se dudó en nuestro país acerca de que la normativa sobre jornada se interesó por los máximos posibles, permitiendo por ende que la autonomía individual de las partes estipulara una de extensión inferior a la legal. Con la modificación al artículo 198 de la LCT por la ley 24.013, sin embargo, pasó a presumirse que la voluntad de las partes coincidía con aquellos límites, salvo que el interesado demostrase que mediaba alguna disposición estatal, profesional o contractual en mérito de la cual correspondía entenderla reducida. De tal suerte, corresponde considerar como ‘jornada reducida’ aquella en que no se alcanzan los ‘máximo legales’ conforme a las distintas posibilidades que emergen de la ley 11.544.

Ahora bien, confrontado aquel esquema con el que resulta de la regulación del ‘contrato de trabajo a tiempo parcial’ puede advertirse la siguiente diferencia: no toda ‘jornada reducida’ califica en el sentido del artículo 92 ter, pues bien puede ocurrir que la reducción sea inferior al tercio (o en espejo, que la jornada supere los 2/3), como sería el caso de un trabajador ocupado 6 horas por día, o 40 horas a la semana [...] De cualquier manera, si nunca antes se había dudado a propósito de que entre remuneración y jornada real debía mediar una estricta proporcionalidad, esta conclusión cambia drásticamente a partir de la reforma al inciso primero del artículo 92 ter por la ley 26.474.

Ahora, si los servicios se pactan con una reducción de intensidad horaria (en cada día) o diaria (en cada semana) que no sea suficiente para calificar al contrato como de tiempo parcial, se debe abonar el equivalente a la retribución por jornada completa [...] Sin embargo, dicha reforma ha agregado una importante aclaración, por cuanto si la jornada pactada superase aquella proporción (esto es, las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad) el empleador deberá abonar la remuneración correspondiente a un trabajador de jornada completa. En base a ello, la posición doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria sostiene que en la actualidad ha quedado desarticulada la posibilidad de pactar jornadas reducidas iguales o superiores a los dos tercios de la jornada completa de la actividad, porque el empleador debe abonar — de todos modos y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 92 ter de la LCT — el salario correspondiente a la jornada completa y no el proporcional a las horas laboradas.

No soslayo el debate suscitado en torno a la subsistencia o no de la jornada reducida a partir de la nueva redacción del artículo 92 ter de la LCT, pero coincidimos con Tosto en cuanto a que la solución jurídica a adoptar en caso de que se interprete que se configura (o no) entre ambas disposiciones un supuesto de concurrencia conflictiva, es la misma. En efecto, desde que la norma en comentario [art. 198 LCT] no determina por sí cuál es la consecuencia normativa para el caso general de la determinación de una cláusula contractual de 'jornada reducida' con referencia a la legal, la doctrina y la jurisprudencia [antes de la Ley 26.474] construyeron la solución ordenando el pago proporcional del salario, para evitar la fractura del sinalagma que implicaba pagar salarios por trabajos no recibidos. No obstante, como puede advertirse, el artículo 198 de la LCT no contiene ninguna directiva en cuanto al método de cálculo del salario, por lo cual, a tal fin, habrá de estarse a lo regulado en este aspecto por el artículo 92 ter, de acuerdo a la importancia de la reducción de jornada pactada.

Considero, igualmente, que aun cuando se interpretase que ambos artículos configuran un supuesto de concurrencia normativa conflictiva (esto es, que ofrecen soluciones incompatibles, porque uno determina el pago completo del salario y el otro identifica el pago proporcional en una construcción doctrinaria) es menester, entonces, optar por la solución de mayor favor para el trabajador (art. 9º, LCT).” (Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, Director: Mario E. Ackerman, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, T. II, págs. 537/538).

En el texto citado en último término, se menciona a Tosto, quien sobre la temática en estudio expresó:

“La nueva definición del contrato a tiempo parcial no deroga al art. 198 LCT (disposición que autoriza a celebrar el contrato de trabajo con jornada reducida), por lo que es aconsejable ingresar al debate en la doctrina a los fines de esclarecer los diversos problemas en la sistematización de ambas disposiciones y qué situaciones de subsunción de hechos particulares permiten como normas generales y cuáles consecuencias jurídicas pueden evidenciarse. Hablar de problemas de sistematización es lo mismo que referir a un problema de fuente, esto es, cómo articular ambas disposiciones para determinar, en un caso particular, qué cuenta para decidir — en suma, qué está prohibido, qué permitido y qué es obligatorio en orden a las conductas descritas por las normas bajo análisis — y cuál es su consecuencia jurídica [...]

El art. 198 LCT no es una norma definitoria, entendida ella como una disposición que estipula una modalidad contractual como 'contrato de trabajo con jornada reducida'. Tampoco define a la 'jornada reducida', sino que luce como una norma de competencia, entendida como una regla que identifica qué autoridades jurídicas se encuentran facultadas para producir, en condiciones de validez, contratos de trabajo en los que el elemento estructural 'jornada' se pacte por debajo de la jornada legal; hecho relevante que luce subsumido en las condiciones de hecho del art. 92 ter, conforme nuestra interpretación.

*Los arts. 92 ter y 198 LCT configuran un supuesto de concurrencia no conflictiva [desde] que el art. 198 no determina por sí cuál es la consecuencia normativa para el caso general de la determinación de una cláusula contractual de 'jornada reducida' con referencia a la legal [...]. Ahora, para el supuesto que se interprete lo anterior como un caso de concurrencia conflictiva porque las soluciones sean incompatibles (una que determina el pago completo del salario y otra que identifica el pago proporcional — en una construcción doctrinaria o judicial — es menester, entonces, optar por la solución de mayor favor al trabajador (art. 9 LCT)” (Tosto, Gabriel; “Contrato de trabajo a tiempo parcial y jornada reducida” en *Revista de Derecho del Trabajo*, año II, Nº 6, *Infojus*, 2.013, págs. 163/173).*

Resulta útil traer aquí también lo razonado por Sebastián Serrano Alou en su artículo titulado “El artículo 92 ter de la RCT luego de la reforma de la ley 26.474” (Cita Online: AR/DOC/3744/2011), donde se lee:

“El más utilizado de los argumentos para sortear la aplicación del inciso 1° del artículo 92 ter RCT, en cuanto dispone la disminución del tiempo de trabajo sin disminución de salario, es el de intentar diferenciar, artificiosamente, como si de cuestiones totalmente carentes de relación se tratara, los artículos 92 ter y 198 de la RCT. Esto no es inocente, ya que [...] se intenta hacer inviable el primero (art. 92 ter), que es claro y beneficioso para el trabajador, y mantener una vigencia del segundo (art 198); todo mediante interpretaciones sin sustento en el texto de la norma, que buscan crear una situación beneficiosa para la empresa, lo cual es claramente contrario al art 14 bis de la CN, los Tratados Internacionales, y la interpretación armónica de los principios de la RCT, además de los principios de interpretación referidos anteriormente [‘principio protectorio’, ‘in dubio pro operario’, ‘in dubio pro justitia sociales’, ‘pro homine’ y ‘principio de progresividad’].

De la lectura de ambos artículos [92 ter y 198 de la LCT], surge claramente la relación existente y una diferencia crucial. Ambos artículos se relacionan por abordar el tratamiento de relaciones de trabajo con una jornada reducida, y a la vez, se diferencian porque mientras uno trata además de la jornada, la remuneración, el otro nada dice al respecto. Al abordar ambos artículos la jornada de trabajo y su reducción, tienen relación, y deben ser analizados en conjunto entre sí y con el resto de la RCT, siendo la diferencia un punto fundamental.

El art. 92 ter RCT establece una modalidad contractual específica, cuya característica principal es la reducción de la jornada ‘habitual de la actividad’ diaria o semanal, en el caso concreto del contrato individual, en 1/3 partes o más, resultando de la reducción una jornada inferior a las 2/3 partes [...] En estos casos, corresponde la aplicación de las disposiciones del art. 92 ter, en el que, entre otras disposiciones, se habilita una reducción proporcional del salario del trabajador, con el límite concreto de respetar la proporcionalidad con relación a la jornada completa de los trabajadores en actividad dentro de la misma empresa.

El caso del artículo 92 ter de la RCT es el único de los dos, 92 ter y 198, que habilita una disminución proporcional del salario en relación a la disminución de la jornada de trabajo. La idea directriz de la CN es ampliar la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, y no disminuirla (cfr. art 14 bis CN), por ello, cuando se limita el salario, debe ser en casos en que expresamente este permitido o determinado por ley. El art. 198 RCT [...] también habla de la reducción de la jornada de trabajo, pero de manera general, abordando cuales son los casos en que se puede dar una reducción de la jornada de trabajo por debajo del ‘máximo legal’ [...] Nada dice este artículo en relación a la reducción salarial, y nunca lo dijo, por lo que considero erróneo plantear que dicho artículo habilita la reducción salarial proporcional, mucho menos luego de la reforma al art. 92 ter RCT y el art. 12 RCT [...]

No puede pretenderse reducir el salario del trabajador con base en el art. 198 RCT, el cual solo habla del caso de la jornada reducida, y cómo se establece la misma, pero en ningún momento habilita a disminuir básicos salariales, como sí lo hace el art. 92 ter RCT. Por lo tanto, carece de fundamento lógico y legal — tanto en la normativa nacional como internacional — el pretender recortar el salario en forma proporcional a quienes trabajan en jornadas reducidas comprendidas en el genérico art. 198 RCT, pero sin darse los casos específicos de un contrato de trabajo a tiempo parcial del art. 92 ter RCT.”

La Cámara, en su tesitura, pretende distinguir entre supuestos substancialmente iguales, lo cual implica una violación al principio lógico-filosófico de identidad y, en definitiva, a la ley de fondo.

No quiero dejar de remarcar la nula referencia de la Sala A a la modificación introducida por la Ley N° 26.474 al art. 92 ter de la LCT; como así también que el Órgano de grado no realizó ninguna reflexión respecto a la conjunción entre los artículos — 92 ter última versión y 198 LCT — que se ponen en juego en supuestos como el configurado en la especie.

Como se advierte la C.S.J.T. admite el recurso de Casación, dicta doctrina legal, receptando varios de los argumentos precedentemente detallados; el de los principios y criterios de interpretación. Siguiendo en doctrina a Gabriel Tosto y Sebastián Serrano Alou, el primero sosteniendo que los artículos en crisis regulan distintas situaciones, uno la jornada y su extensión y el otro la extensión, determinando las autoridades que les compete efectuar la reducción que por doctrina y jurisprudencia se había fijado el pago proporcional a la jornada realizada conforme el art. 198 L.C.T. antes de la reforma; con posterioridad se trata de un problema de fuentes y su articulación. Podemos entender que no hay conflicto propiamente dicho porque regulan aspectos distintos, pero si consideramos que lo hay, como lo entiende el Tribunal de Sentencia, es menester optar por la solución más favorable al trabajador, conforme art. 9 de la L.C.T., afirma el autor citado por el fallo en análisis.

Por su parte Sebastián Serrano Alou, entiende que intentar diferenciar artificiosamente los arts. 198 y 92 ter de la L.C.T., no aplicando el segundo, implica una violación del art. 14 bis, Tratados Internacionales y la armonización de los principios de la L.C.T. v.g. protectorio, *in dubio pro operario*, *in dubio pro-justitia sociale*, *pro-homine* y progresividad. Claramente entonces se apoya nuestra Excma. Corte en los principios del Derecho del Trabajo para definir la cuestión de la articulación de normas. Este autor también señala la diferencia del contenido que regula uno y otro artículo; que claramente el art. 198 habla de la reducción de la jornada, pero de manera general señalando los supuestos, nada dice de la reducción salarial, mucho menos luego de la reforma del art. 12 y 92 ter de la L.C.T.

La conclusión de que carece de fundamentos lógico y legal, el pretender la reducción salarial en base al art. 198 L.C.T. obviando la aplicación del 92 ter, cuando se excede el tope de la fracción, es consecuencia de la articulación del entramado legal que regula el instituto jornada interpretado en virtud del principio de conglobamiento por instituciones.

Este fallo termina con la discusión del pago de la jornada parcial, aún en los supuestos de aquellos convenios o actividades que su jornada ha sido reducida en virtud del art. 198 L.C.T., inclusive uno de los temas más candentes como el de los *call-centers*, Sent. C.S.J.T. “Jiménez, Vanesa Patricia c/ Centros de Contacto Salta S.A S/ Cobro de Pesos-L2277/14.