

SENTENCIA DEFINITIVA N° 46832

CAUSA N° 30.606/08 -SALA VII- JUZGADO N°68

En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de junio de 2014, para dictar sentencia en los autos: "S., P. A. C/ BRAINSAN & DAN S.A. Y OTRO S/ DESPIDO", se procede a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR NÉSTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO DIJO:

I.- En el fallo en cuestión (fs.547/557) la "a quo" hizo lugar al reclamo por considerar acreditado que el actor ingresó en una fecha anterior a la efectivamente registrada, que las tareas desempeñadas excedían las de la categoría de supervisor que ostentaba y que percibió sumas sin registrar por comisiones y por las tareas administrativas cumplidas.

Los recursos a tratar llegan interpuestos por la codemandada a fs. 558/560, y actora a fs. 563/568.

También apela el perito contador por considerar reducidos los honorarios que le han sido regulados (fs. 562).

Atendiendo a la incidencia de los agravios sobre la sentencia apelada, los trataré en el orden siguiente:

II.- Se agravia la codemandada porque se la consideró solidariamente responsable.

Sostiene que las accionadas poseen diferentes objetos sociales y aclara cual es el criterio jurisprudencial al que adhiere.

Como ha expresado Roberto García Martínez en su medular obra "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" (ver, libro citado de la editorial Ad-Hoc, págs. 312/314), el art. 30 de la LCT, trata el caso de una relación de contratación o subcontratación real; y no tiene en cuenta si existe fraude o no. Simplemente se limita a establecer un sistema protector para el trabajador que debe prestar servicios para el cesionario, contratista o subcontratista. Producida la situación objetiva de delegación de actividades, en las condiciones previstas en la norma, ésta establece dos consecuencias tuitivas:

- a) El empresario deberá exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.
- b) Haya cumplido con ese deber de vigilancia o no, en todo los casos serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al respecto hayan concertado.

Se trata de un típico caso de responsabilidad por elección.

Considero como Justo López, que no solamente comprende la actividad principal del empresario, sino también las actividades secundarias o accesorias, integradas permanentemente al establecimiento, quedando solamente excluidas las actividades extraordinarias o excepcionales. Este es el sentido de los términos "normal y específico"; normal es lo que sirve de norma o regla y que por su naturaleza se ajusta a ciertas

normas fijadas de antemano, y específico es lo que caracteriza y distingue una especie de otra. Quedarán excluidos los servicios o las obras que no tengan conexión con la actividad de la empresa comitente.

Antonio Martín Valverde opinaba sobre este punto que: “Según la doctrina científica mayoritaria las obras o servicios correspondientes a la propia actividad de una empresa son aquellas que pertenecen al ciclo productivo de la misma; y por ciclo productivo ha de entenderse el complejo de operaciones que, en circunstancias normales, son necesarias para alcanzar los objetivos de producción o intercambio de bienes y servicios que constituyen el fin de la empresa. Dentro de estas operaciones necesarias, algunas tienen este carácter por ser inherentes a los objetivos productivos de la empresa, formando parte de las actividades principales de la misma; mientras que otras lo son porque, a pesar de su accesoriedad con ellas hay que contar incluso en circunstancias normales, para el funcionamiento regular de la organización empresarial. No es, por tanto, estrictamente la inherencia el fin de la empresa, sino más ampliamente la indispensabilidad para conseguir lo que debe definir el concepto de ‘propia actividad’. Como también ha indicado la doctrina, nos encontramos ante una contratación de este tipo, cuando las obras o servicios objetos de la misma, de no haberse concertado ésta, hubieran debido ser efectuadas directamente por el propio comitente, so pena de malograr o perjudicar simplemente el cumplimiento adecuado de su actividad empresarial”.

Valverde nos señala algunas pautas para determinar cuándo se da este tipo de contratación: el primer indicio puede ser el lugar de prestación del trabajo; el segundo la frecuencia de las actividades, aunque una subcontratación ocasional no tiene que ser necesariamente ajena al ciclo productivo del empresario; y el tercero sería lo que denomina la sustituibilidad, que se produce cuando el empresario principal hubiera podido conseguir el mismo resultado sin recurrir a terceros.

En los casos que prevé el art.30, es decir, cuando existe una verdadera y real delegación de actividad, el trabajador que se sienta afectado en sus derechos deberá accionar contra el contratista, como su verdadero empleador, y contra el empresario principal, como responsable solidario; aquí la solidaridad no modifica el vínculo laboral que existía con el contratista o subcontratista.

Cuando se habla de contratista o subcontratista, también la ley equipara a estas figuras la cesión total o parcial del establecimiento o explotación. Justo Lopéz indica que debe entenderse que la cesión total o parcial a que se refiere el art. 30 no es la cesión a la que se referirán los arts. 225, 227 y 228 de la LCT, pues en este último caso el que transfiere deja de ser titular, aunque sea transitoriamente, del establecimiento; en cambio, en la cesión mencionada en el art. 30 el cedente nunca perdería ni transitoriamente la titularidad.

Por último, en el caso del art.30 de la LCT existe una limitación temporal: la responsabilidad del empresario principal comprende las obligaciones contraídas durante el plazo de duración de los contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto haya concertado. En cambio, en los casos de fraude, esa limitación no existe, pues el empresario es responsable directo como empleador, respondiendo por todas las obligaciones contraídas en todo momento (en igual sentido me he expedido en los autos “FARIELLO, BLANCA MARÍA C/ ASOC. FRANCESA FILANTRÓPICA Y DE BENEFICENCIA S/ DESPIDO” SD N° 41.643 del 26/03/09.).

En el caso de autos, la codemandada (American Express Argentina S.A.) no podría haber dado cumplimiento con su objeto social sin los servicios prestados por el Sr. S., pues dentro de las actividades comerciales llevadas a cabo por BRAINSAN & DAN S.A. se ubica la venta de tarjetas de crédito (fs. 490 pto. E y fs. 180 pto. IV).

Es así que, para el desarrollo de esta actividad –que hace al desenvolvimiento empresarial de la codemandada- resulta indispensable y primordial contar con personas que desarrollen las tareas mencionadas, por lo que los servicios brindados constituyen una faceta más de la misma actividad (actividades comerciales vinculadas con la emisión de una tarjeta de compra de artículos y de servicios utilizable en Argentina y en el mundo entero a través de una red de comercios y establecimientos contratados para la aceptación de la misma) que “American Express Argentina S.A.” desarrolla.

Advierto además que no explica, ni podría hacerlo, cómo o de qué manera podría haber cumplido su cometido la coaccionada sin personal que efectuó tareas de venta de la tarjeta de crédito que emite y que supervise al personal destinado específicamente a dicha tarea.

Por todo lo expuesto, propicio confirmar el decisorio en este punto.

III.-También cuestiona que se haya considerado una remuneración de \$6.500 cuando los testigos no habrían dado cuenta de la percepción de dicha suma.

Ahora bien, considero que el planteo no debe ser atendido en tanto el hecho de que los testigos no hayan precisado la percepción del monto denunciado por el accionante de modo alguno lleva a desestimar la remuneración invocada cuando por medio de la prueba testimonial se acredita el pago de sumas fuera de toda registración y que los arts. 55 y 56 LCT habilitan al juzgador a considerar –salvo prueba en contrario- la veracidad de la suma denunciada.

Consecuentemente propongo confirmar este aspecto del decisorio.

IV.- La codemandada cuestiona además la condena al pago de la multa prevista por el art. 2 de la ley 25323 porque se pudo considerar con derecho a resistir las pretensiones del actor, debe interpretarse la norma teniendo en cuenta la finalidad para la cual fue dictada y que no tenía injerencia en la registración, control, pago de salarios, etc.

Pero más allá de las argumentaciones desplegadas por la apelante lo cierto es que lo decidido precedentemente en torno a la aplicación de lo dispuesto por el art. 30 LCT sella la suerte de su recurso.

Elo así debido a que la mencionada norma establece que el principal será responsable “...por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social...” sin efectuar exclusión ni distinción alguna.

Asimismo he de syndicar que la falta de injerencia señalada por la apelante no hace más que reforzar la conclusión señalada en el considerando precedentemente ya que el art.30 mencionado ut supra establece que “...Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago

mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa...”

En virtud de lo expuesto no encuentro mérito para modificar lo decidido en grado en este aspecto.

V.-La parte actora por su parte cuestiona el rechazo del reclamo de horas extras esgrimiendo que por medio de la prueba testimonial ha acreditado el cumplimiento de horas extraordinarias y que la demandada no exhibió ningún registro de ingreso y egreso. Ahora bien, considero que le asiste razón atento que no se ha dado cumplimiento con lo dispuesto por el art.365 CPCCN ya que ninguna de las accionadas denunció la jornada que habría cumplido el accionante, que no se acreditó la ejecución de lo dispuesto por el art.6 de la ley 11544 y que las declaraciones de T. (fs.232/234) y E. (fs. 280/283) dan cuenta del cumplimiento de horas suplementarias resultando de aplicación la presunción del art. 55 LCT.

En ese marco cabe condenar al pago de \$93.600 $(-6500\% \times 200 \times 1,5 = 48.75 \times 80 = 3.900 \times 24)$ en concepto de horas extras.

VI.- Cuestiona el rechazo de la multa prevista por el art.15 de la ley 24013 y manifiesta que se omitió el reclamo subsidiario del art. 1 de la ley 25323.

Adelanto que le asiste parcialmente razón a la quejosa.

En efecto, habrá de proceder la multa prevista en el art.15 de la LNE en tanto la norma se refiere a “cursar”, y ello se concreta con la imposición de la misiva en la que se reclama el registro, sin que corresponda en este caso regirse por un criterio de receptividad de la notificación que sí es aplicable para el caso del despido.

En ese marco, y toda vez que la actora refirió haber recepcionado la misiva del despido el 12/7/08 sin merecer negativa expresa de las contrarias ni obrar en autos prueba que acredite lo contrario, y la intimación a su empleador en los términos de art.10 ley 24.013 fue efectuada el día 11/7/08, resulta evidente que el trabajador remitió la intimación con anterioridad al distracto.

Distinta suerte habrá de tener el planteo por la alegada omisión al tratamiento del reclamo subsidiario del art.1 de la ley 25323.

Esto se debe a que al iniciar la presente acción dicho reclamo no se efectuó y con posterioridad al traslado de demanda y traba de litis la accionante pretendió introducir el mismo lo cual es inviable a la luz del art.70 LO (ver fs. 25, autos de fs. 24 y 30, y cédulas de fs. 26/29).

Así, no cabe más que considerar que no medio omisión alguna ya que no se trataba de una pretensión que resulte viable considerar o analizar.

En virtud de todo lo expuesto propongo modificar el decisorio de grado y condenar a la accionada a abonar la multa prevista por el art. 15 de la ley 24013 por la suma de \$28.867,41 $(17.632,20 + 7.041,66 + 4.193,55)$ elevándose el monto de condena a \$199.883,39 $(93.600 + 77.415,98 + 28.867,41)$. Dichos importes deben llevar la tasa de interés prevista en el Acta N° 2.601, conforme resolución de Cámara del 21/5/2014 atento la máxima del derecho romano que establece que “ACCESORIUM SEQUITUR

PRINCIPALE” (traduzco: Lo accesorio sigue la suerte de lo principal) desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago.

VII.- Se agravia la accionante por el rechazo del daño moral reclamado y sostiene que el mismo tiene sustento en el accionar previo al despido.

Afirma que la accionada durante varios meses no abonó la prepaga y que Osde dio de baja el servicio por falta de pago.

Ahora bien, de la prueba informativa obrante a fs. 209 surge que la demandada se hacía cargo de abonar la totalidad del plan de cobertura del actor y su grupo familiar, y que el motivo de la desvinculación fue por baja.

Así, no cabe más que considerar que no fue por falta de pago de la mencionada cobertura que dejo de contar con la prepaga como se invocara en sustento del reclamo de daño moral.

En ese marco no cabe más que confirmar lo resultado en grado.

VIII.- Critica el rechazo de la multa prevista por el art. 132 bis LCT ya que afirma que se demostró la retención y falta de depósito de aportes a los organismos correspondientes.

Toda vez que el presente cuestionamiento se centra en la supuesta acreditación de la retención y falta de depósito de la suma correspondiente a la cobertura de salud del actor y su grupo familiar, y que –conforme expusiera en el considerando precedente- ello no se ha acreditado no cabe más que rechazar el planteo y confirmar también este aspecto del recurso.

IX.- Cuestiona la exención de condena solidaria a la codemandada por la multa prevista en el art. 45 de la ley 25345.

En este punto considero que le asiste razón debido a que el art. 30 LCT cuya aplicación se ha dispuesto hace “...responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social...”.

En consecuencia no encuentro mérito para eximir a la accionada de la condena en cuestión y sostener lo contrario importaría el establecimiento de una excepción que no ha sido prevista por la ley y que no puede ser dispuesta por resolución de órgano judicial o administrativo.

X.-En cuanto a la forma en que han sido impuestas las costas no veo motivos para alterar lo decidido en el fallo de grado en materia de costas, porque el principio general que consagra el art.68 del Código Procesal “...encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota; quién resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho” (C.S.J.N., Nov. 26-1.991, en “Confederación General de Empleados de Comercio y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, Rev. Doctr. Judicial, año VIII, N°: 55 del 16.12.92).

XI.- Por sus tareas en primera instancia, propicio confirmar los porcentuales escogidos por la Sra. Juez a los efectos de justipreciar los emolumentos correspondientes a la etapa anterior de los profesionales actuantes en autos, por considerar que resultan equitativos atendiendo a la importancia y extensión de los trabajos realizados, pero sugiero se modifique la base regulatoria, tomando como tal el nuevo monto de condena que dejo propuesto en el apartado anterior y confirmar el fallo en lo demás que decide.

XII.- En caso de ser compartido mi voto, propicio que las costas de alzada sean a cargo de las demandadas (art. 68 CPCCN) y que se regulen honorarios a sus representaciones y a la de la actora en el 25%, 25% y 35%, respectivamente, de lo que en definitiva y por las tareas cumplidas en la instancia anterior a favor de sus defendidos corresponda (art. 14 de la ley 21.839).

LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO:

Por compartir sus fundamentos adhiero al voto que antecede.

LA DOCTORA BEATRIZ INÉS FONTANA: No vota (art. 125 de la Ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal RESUELVE:

1) Modificar el decisorio de grado elevando el monto de condena a la suma de \$199.883,39 (ciento noventa y nueve mil ochocientos ochenta y tres pesos con treinta y nueve centavos), más los intereses conforme la tasa de interés prevista en el Acta N° 2.601, resolución de Cámara del 21/5/2014 desde que cada crédito es debido y hasta su efectivo pago.

2) Confirmar los porcentuales escogidos por la Sra. Juez a los efectos de justipreciar los emolumentos correspondientes a la etapa anterior de los profesionales actuantes en autos, por considerar que resultan equitativos atendiendo a la importancia y extensión de los trabajos realizados, pero sugiero se modifique la base regulatoria, tomando como tal el nuevo monto de condena que dejo propuesto en el apartado anterior y confirmar el fallo en lo demás que decide.

3) Imponer las costas de alzada a las demandadas.

4) Regular honorarios a la representación letrada de la codemandada, la demandada y de la actora en el 25% (veinticinco por ciento), 25% (veinticinco por ciento) y 35% (treinta y cinco por ciento), respectivamente, de los determinados para la primera instancia. 5) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.