

SENTENCIA NRO 93.625 CAUSA Nro. 13040/2011 AUTOS "SARMIENTO, ALBERTO RENE Y OTROS C/ LA DELICIA FELIPE FORT S.A. S/ DIFERENCIAS DE SALARIOS". –JUZGADO Nro. 70.-

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina a 28.06.2013 reunidos en la sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

La doctora Diana Regina Cañal dijo:

Se alza la parte actora por sentencia de la instancia anterior (fs. 211/216vta.), que hizo lugar a la demanda interpuesta contra LA DELICIA FELIPE FORT SA, en los términos del memorial obrante a fs. 221/222, y la demandada hace lo propio a fs. 225/227, con réplica a fs 232/233vta, y fs 230/vta., respectivamente.

En particular la accionante se queja, porque la magistrada de anterior grado, si bien hizo lugar a la demanda y condenó al pago de las diferencias salariales relativas al pago del adicional por antigüedad, no manifiesta expresamente que tal reconocimiento de la antigüedad, deba ser observado por la condenada respecto a todos los derechos que de ella se derivan.

Pues si bien de los considerandos implícitamente surge su reconocimiento – cantidad de días por vacaciones, y la remuneración teniendo en cuenta el adicional por antigüedad-, solicita que ello se reconozca expresamente, en la parte dispositiva de la sentencia.

Luego, la demandada LA DELICIA FELIPE FORT S.A., cuestiona la aplicación del artículo 29 de la LCT, y en consecuencia, la condena por diferencias salariales.

La parte niega las fechas de ingreso denunciadas por los actores, y considera que los mismos no acreditaron que fueran diferentes a las que figuran en los recibos de sueldo. Asimismo, niega la contratación de estos trabajadores a través de diversas agencias de servicios eventuales, "pero para el caso de que lo hayan hecho, dicha contratación obedeció a pico de producción y por períodos discontinuos".

Al respecto, la parte agregó que la a quo fundó su decisión en testimoniales genéricas y a su vez contradictorias, omitiendo el análisis de la prueba contable y documental aportada.

Así, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, con expresa imposición de costas a los actores. También, se agravió de la regulación de honorarios efectuada al letrado de la parte actora y, al perito contable, por considerarlos elevados y en contravención a lo dispuesto por la Ley 24.432.

A modo meramente enunciativo expreso que a fs. 241/244, la parte actora presentó la denuncia de un hecho nuevo. La cual, será tenida en cuenta al desandar el recurso interpuesto por la misma.

Previo a resolver, haré una breve síntesis de los términos en que quedó trabada la presente Litis.

En el inicio, los actores manifestaron que ingresaron a trabajar bajo las órdenes de LA DELICIA FELIPE FORT S.A., y que en todos los casos fueron contratados a través de empresas de servicios eventuales para cumplir tareas habituales y permanentes en la demandada. Luego, la misma procedió a registrarlos como sus dependientes sin reconocerles la antigüedad acumulada desde el ingreso real, y los derechos derivados, como la cantidad de días de vacaciones que les corresponderían a cada uno según la antigüedad real (art. 150 LCT), además de la afectación sobre el salario, pues resulta indebidamente menor el pago en concepto del adicional por antigüedad (artículo 15 y 17 del Convenio Colectivo de Trabajo N° 244/94).

Describen las fechas de ingreso como trabajadores eventuales y su posterior registro como dependientes de la accionada, consignando las correspondientes categorías, conformando el siguiente cuadro de situación, según anexos de fs. 12/16.

<u>ACTORES</u>	<u>Real fecha de ingreso como eventual y Agencia contratante</u>	<u>Fecha de registro por LA DELICIA FELIPE FORT S.A.</u>	<u>Categoría</u>
ALBERTO RENE SARMIENTO	31.07.1991 – Argenorte SRL -	16.09.1993	Oficial (elaboración de jarabes)
SABINO GALVAN	23.03.2000–Apoyo Laboral SRL-	23.09.2003	Medio Oficial (sector manualidades, a cargo de la máquina envasadora de monedas de chocolate)
ANA MARIA DEL CARMEN MONTIEL Y TOBAL	27.03.2002	17.04.2006	Oficial calificada (sector de mantenimiento en la parte mecanizada)
MARIANA MARCELA LÓPEZ	08.01.1993 –Apoyo Laboral SRL-	16.10.1993	Oficial calificada (encargada)
CARINA ALEJANDRA BRZOZOWSKI	27.03.2002 –Word Jet SA-	16.02.2006	Medio Oficial (maquinista en el sector de fabricación de chocolates paragüitas y confitados)

Describieron que en la fábrica cumplían tareas de lunes a jueves de 6 a 14 hs., el viernes de 6 a 15 hs., y el sábado de 6 a 12:30 hs.

Dada tal situación, los actores intimaron en telegramas de igual tenor, al pago de dichas diferencias, los que textualmente expresaron: “Intimo a Ustedes a abonarme en el término de 48 horas las deferencias que surgen en el adicional por antigüedad computando la misma desde mi ingreso real al establecimiento de La Delicia Felipe Fort S.A. ocurrida el (fecha según actor) (Arts. 15, 16, y 17 CCT 244/94)”

A los cuales, la accionada respondió que negaba la procedencia del reclamo en cada caso.

Finalmente, practicaron liquidación correspondiente a cada trabajador, dejando a salvo la reserva de ampliar la demanda con los nuevos vencimientos de las obligaciones que se vayan devengando. Asimismo, solicitaron que se disponga la actualización monetaria de las sumas reclamadas.

Luego, la accionada contestó demanda a fs. 32/37, en la que reconoció la relación laboral con los actores, sin embargo negó el carácter eventual de la contratación, entre los puntos de la negativa ritual.

Manifestó que se cuenta con personal de mucha antigüedad, y que goza de licencias legales y convencionales, de más de 35 años. Por el cual debe tomarse personal eventual, así como por enfermedades del personal fijo que llegan hasta el 12% de ausencias, lo que representa más de 67 personas. También en el caso personal femenino

con licencias por maternidad, lactancia o excedencia, como por el cuidado de hijos con diversas enfermedades.

Ante las situaciones extraordinarias enumeradas, mencionó que se requiere la contratación de personal eventual para que realice las tareas que no pueden cubrirse con personal de planta permanente, procurando no alterar los niveles de producción.

Añadió que las empresas del ramo, suelen cubrir las necesidades laborales de igual forma. Y que, “por la rotación que el personal tiene, da trabajo “permanente” a un gran número de trabajadores que tienen su relación laboral amparada y cubierta por todo tipo de Empresa de Servicios Eventuales, las que son grandes tomadoras de trabajo, y servicios, permitiendo la funcionalidad del sistema laboral y la cobertura productiva, sin desmedro de la personal y sin menoscabo de la misma, dado que tienen su cobertura social, jubilatoria y garantía laboral en cuanto a beneficios sociales, premios, comedor, regalos empresarios y sindical, ejerciendo todos los derechos de los trabajadores permanentes, y percibiendo iguales salarios y teniendo iguales posibilidades de progreso, dado que la empresa en caso de vacantes, no requiere un trabajador de afuera, sino que contrata en forma permanente al que desempeñó sus tareas en forma eventual en algún momento de su historia laboral”.

Luego, aclara que algunos operarios de “Felfort” –nombre de fantasía de la firma-, fueron trabajadores eventuales en épocas de pico de producción, contratados por agencias de empleos eventuales que se encuentran autorizadas por la ley, pero que al cumplir los tres meses, la agencia les daba la baja en la demandada.

En el caso, dice no tener constancia de que los actores hayan trabajado por un período anterior a la fecha de ingreso que figuran en los recibos de sueldo, aunque sugiere que “para el caso de que lo hayan hecho, dicha contratación obedeció a pico de producción y por períodos discontinuos”.

Sin embargo, más tarde expresó que “al tomar conocimiento de la desvinculación de los actores con nuestra proveedora de servicios – para el caso que hayan ingresado en carácter de eventualidad previamente para cubrir necesidades de temporada- decide incorporarlo como personal dependiente atento que los mismos poseen la experiencia necesaria que requiere el proceso y elaboración de chocolates y golosinas” (la negrita me pertenece).

Finalmente, afirmó que los accionantes estuvieron correctamente registrados, y rechazó la liquidación inicial.

En estas condiciones, corresponde dilucidar las siguientes incógnitas: a.- ¿Cuál fue la real fecha de ingreso de los trabajadores?; b.- En su caso, ¿Es esto una hipótesis de trabajo eventual? Ello en aplicación del art 29 de la LCT; c.- En caso de ser la fecha denunciada por los actores ¿Corresponde hacer lugar a las diferencias salariales, en concepto de adicionales por antigüedad contemplados por el citado Convenio Colectivo? En caso afirmativo; d.- ¿Correspondería aplicar la nueva antigüedad para el cálculo de los días de la licencia por vacaciones, y en el cálculo de los adicionales por antigüedad futuros?, y de ser así, e.- ¿Expresarlos como los actores lo requieren?

Dentro de este marco, analizaré la prueba testimonial rendida en autos.

En primer lugar, analizaré la declaración de los testigos por la parte actora FALCON, ONTIVERO, JUÁREZ, SALTO, Y COLLAGE.

En el caso de la deponente Falcón –fs 98- manifestó que conoce a la mayoría de los coactores, algunos de vista y a otros porque compartieron tareas, en La Delicia Felipe Fort SA. Expresó que ingresó a la fábrica a través de la agencia Workjet SA, en marzo de 2001 hasta septiembre de 2004. Que para esa época, ya se encontraban trabajando Sarmiento y López. A la actora Montiel la conoce de otra empresa, fue la dicente quien le dio la dirección de la agencia Workjet SA, y fue contratada en 2002 para prestar tareas para la demandada.

Posteriormente, Ontivero declaró a fs. 99, que conoce a los demandantes por compartir el lugar de trabajo, que tanto él como los actores ingresaron por medio de agencias, de las cuales no recuerda el nombre, excepto Lesonye y Job Service, porque eran muchas. Declaró que Sarmiento ya trabajaba para la demandada cuando el testigo

se incorporó a Felfort, esto fue en 1991, y que Brzozowski comenzó a prestar tareas en los primeros meses de 2002.

Consecutivamente, Juárez – fs 100- coincidió en que todos fueron contratados por agencia. Expuso que en el año 1991, al ingresar a trabajar para la demandada, ya se encontraba haciéndolo el actor Sarmiento, en el caso de Galván fue en el año 2000, López en el año 1993, y aproximadamente en el 2003 se incorporó Montiel.

El testigo Salto –fs 121-, dijo conocer a los accionantes Sarmiento; López; Montiel y Tobal; también a Brzozowski, porque cuando el dicente ingresó a trabajar en el mes de abril del año 2003 para La Delicia Felipe Fort SA, todos los mencionados ya se encontraban en el establecimiento, y “el compañero Galván Sabino estaba trabajando por agencia”. Aclaró que todos ingresaron a trabajar a través de agencias.

Luego, a fs 123, el testigo Collague, afirmó que conoce a los actores porque trabajan para la demandada. Particularmente, mencionó que a Sarmiento lo conoce por que trabajaron un tiempo juntos. Que el dicente ingresó a trabajar en el mes de agosto de 1991, y Sarmiento en julio de 1991, los demás actores lo hicieron después, aunque no recuerda las fechas. Agregó que todos fueron contratados por agencias, que eran varias, en su caso Agencia Apoyo Laboral.

En el caso de la demandada, aportó la prueba testimonial de Rossi a fs 186, quien dijo ser gerente, y conocer a los accionantes porque, al igual que él, trabajan para la demandada. Manifestó que “los actores entraron por agencia, no recuerda el nombre, van cambiando los nombres de las distintas agencias, que algunas cerraron”, que no recuerda la fecha en que ingresaron los mismos. En el caso de Sarmiento, al igual que López, comenzaron en la categoría de operario, al tiempo fueron maquinistas, oficiales de máquinas “durante muchos años” y actualmente están como responsables de líneas de producción, con adicionales por cumplir el rol de encargados.

Además, el dicente manifestó que “se recurre a la contratación por agencia, porque entre enero y febrero se hace una evaluación de acuerdo al presupuesto de ventas de lo que es el pico de facturación y en base a esos picos que son entre marzo y agosto, se solicita a oficina de personal, la búsqueda de personal eventual”.

A continuación, también por la accionada prestó testimonial Francini –fs. 187-, jefe de fábrica de La Delicia Felipe Fort SA. El mismo afirmó, que “los actores entraron normalmente como personal temporario por agencia”. Añadió que se recurre a este tipo de contratación en supuestos de picos de temporada, cuando se requiere de mayor producción y se necesita mayor mano de obra (la negrita me pertenece).

Asimismo dijo no recordar cuándo entraron a trabajar los actores, acto seguido según surge de la literalidad de la declaración “que los actores desde el año 2010, algunos como operarios de planta, otros como maquinistas, y oficiales”.

Culminada la precedente síntesis, cabe destacar que reconozco eficacia probatoria al relato de los testigos Ontivero, Juárez, Salto, Falcón, y Collage, por la parte actora, no solo por haber sido compañeros de trabajo, jefes – supervisor de mantenimiento en el caso de Ontivero-, sino básicamente por declarar en forma coincidente entre sí, y a su vez con el escrito de demanda.

En cambio, las declaraciones de Rossi y Francini, aportados por la demandada, como se destaca, resultaron imprecisas. Pues reparo en que ambos hacen mención al año 2010 y deduzco de manera apretada, de una manifestación que no termina de entenderse, que los actores ingresaron en el año referenciado, más, también dijeron desconocer las fechas de ingreso.

Aunque, a su vez, el dicente Rossi reconoció que Sarmiento y López llevan “muchos años”, lo que mostró describiendo la carrera laboral de los mismos, y culminando el relato con que en la “actualmente” están como responsables de líneas de producción, con adicionales por cumplir el rol de encargados.

En cuanto a los compañeros de trabajo, siendo dependientes de la demandada al tiempo de la declaración, precisamente esa condición, aporta un matiz de credibilidad. Pues a pesar de la presión que ello puede implicar, dijeron lo que sabían. Aún en los

casos de Rossi, y Francini es notorio el móvil de la contradicción, y el relato termina siendo coincidente con el resto.

Sobre todo cuando de la reproducción de los relatos no se observan contradicciones, aún con los testimonios de Rossi y Francini, por la demandada, ya que los mismos coincidieron con los testigos de la contraria en cuanto a la antigüedad de los accionantes y la contratación por intermedio de agencias, y sólo agregaron un comentario, poco contundente, respecto al momento en que se tornaba necesario para la empresa, la contratación de personal eventual.

Sumado a ello, la pericia contable de fs. 111/114 informó, por un lado que, según los registros llevados por la demandada previstos en el art 52 de la LCT, la fecha de ingreso de los actores es la misma considerada como fecha de antigüedad en el inicio, véase: Sabino Galván 22/09/2003; Alberto René Sarmiento 16/09/93; Mariana Marcela López 16/10/1993; Carina Alejandra Brzozowski 16/02/2006; Ana María Montiel y Tobal 17/04/2006.

Asimismo, observo que a fs. 112, el perito confirmó la relación comercial entre la demandada y las empresas de servicios eventuales: ARGENORTE SRL, APOYO LABORAL SRL, y WORKJET SA, a través de la exhibición de registros llevados a partir del año 1.999, de cuentas corrientes con dichas firmas,. Aunque expresó, que en “ningún caso están individualizados en los registros los nombres de los empleados contratados”, salvo en el de algunos coactores, en los que se pudo constatar a través de los elementos exhibidos, que fueron contratados por intermedio de las empresas mencionadas.

Este es el caso de Carina Alejandra Brzozowski que figura como fecha de ingreso el día 27/03/02, contratada por Workjet SA; Ana María Montiel ingresó el 27/03/02, también por la empresa Workjet SA; y finalmente el coactor Sabino Galván con fecha de ingreso del 23/03/00 a través de Apoyo Laboral SRL, no poniendo a la vista otra documentación respecto de los coaccionantes López y Sarmiento.

Obsérvese, que la accionada solo exhibió registros de operaciones con las empresas eventuales que datan del año 1999. Con lo cual, difícilmente encontraremos rastros de los demandantes Sarmiento y López, atento a que los mismos ingresaron a la fábrica en 1991 y 1993, respectivamente. Lo que resulta acreditado con la declaración de los testimonios citados ut supra, cuando hacen referencia a la antigüedad de Sarmiento y López.

En el mismo sentido, he de resaltar el caso del testigo Rossi, por la demandada, quien manifestó que los mismos comenzaron en la categoría de operarios, y que al tiempo fueron maquinistas, oficiales de máquinas “durante muchos años”, y que actualmente están como responsables de líneas de producción, con adicionales por cumplir el rol de encargados. A lo que agrego que, tal categorización, regularmente se consigue con el factor experiencia, y para ello, necesariamente, se requiere de tiempo en la actividad desarrollada.

Por lo aunado, no cabe duda de que los coactores comenzaron a prestar su fuerza de trabajo para la demandada La Delicia Felipe Fort SA en las siguientes fechas: ALBERTO RENE SARMIENTO el 31.07.1991 -registrado el 16.09.1993- ; SABINO GALVAN el 23.03.2000 –registrado el 23.09.2003-; ANA MARIA DEL CARMEN MONTIEL Y TOBAL el 27.03.2002 –registrada el 17.04.2006-; MARIANA MARCELA LÓPEZ el 08.01.1993 –registrada el 16.10.1993-, CARINA ALEJANDRA BRZOZOWSKI el 27.03.2002 –registrada el 16.02.2006-.

Superado el primer interrogante, estamos en condiciones de adentrarnos al tratamiento de la modalidad en la que debe considerarse entablada la contratación laboral desde las fechas reales, si el marco probatorio nos permite reconocer, o no, la existencia de un trabajo con características de eventualidad, lo que la luz del tiempo de prestaciones “efectivos”, luce como poco probable.

Inicialmente, cabe recordar que las empresas de servicios eventuales, son aquellas entidades cuyo fin consiste en colocar trabajadores a disposición de terceras personas (empresas usuarias), para cumplir en forma temporaria servicios extraordinarios, ya sea que estén determinados de antemano o surjan de exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, siempre que no pueda preverse un plazo para la finalización (conf. art. 2 del decreto 1694/2006).

Esta modalidad de contratación, se encuentra regulada en el 3er párrafo del art. 29 y art. 29 bis de la LCT, y en los arts. 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, así como en el decreto 1694/06, derogatorio del dto. 342/92).

Este último, en el art. 6, establece que antes de la asignación de trabajadores a la empresa usuaria, la agencia de servicios eventuales deberá verificar si la labor efectivamente será eventual.

A tal fin, enumera las eventualidades que justifican este tipo de contrato: para cubrir la ausencia de un trabajador permanente; para cubrir licencias o suspensiones legales o convencionales; excepto para cubrir suspensiones por huelga o fuerza mayor; para atender incrementos en la actividad de la empresa que, en forma ocasional y extraordinaria, requiera de un mayor número de trabajadores; para la organización de congresos, ferias, exposiciones; para la realización de un trabajo impostergable para la prevención de accidentes, por medidas de seguridad, para reparar equipos, instalaciones, edificios, que hagan peligrar a los trabajadores o terceros, "siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria", y finalmente "en general, cuando atendiendo a las necesidades extraordinarias o transitorias hayan de cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria".

Obsérvese que la demandada, al respecto, negó y luego consintió la calidad de contratados eventuales de los reclamantes.

Así es. Dijo no tener constancia de que los actores hayan trabajado por un período anterior a las fechas de ingreso que figuran en los recibos de sueldo, aunque sugiere que "para el caso de que lo hayan hecho, dicha contratación obedeció a picos de producción y por períodos discontinuos", confirmando luego que "al tomar conocimiento de la desvinculación de los actores con nuestra proveedora de servicios – para el caso que hayan ingresado en carácter de eventualidad previamente para cubrir necesidades de temporada- decide incorporarlos como personal dependiente atento que los mismos poseen la experiencia necesaria que requiere el proceso y elaboración de chocolates y golosinas".

Las confusas y contradictorias alegaciones de la parte, resultaron clarificadas a la hora de la reconstrucción probatoria.

Estimo que las declaraciones aportadas - Ontivero, Juárez, Salto, Falcon, Collage, Rossi y Francini- no dejan duda de que la mano de obra de los actores prestada a la demandada, fue provista a través de distintas agencias de servicios eventuales. Lo que resultó confirmado por el perito contador a fs 111vta/112, según lo ya mencionado en párrafos anteriores. De todo lo cual, destaco especialmente cuando el profesional informa que "la demanda exhibe registros de cuenta corriente con las firmas Argenorte SRL; Apoyo Laboral SRL, y Workjet SA a partir de 1999", pero que, "en ningún caso están individualizados en los registros los nombres de los empleados contratados (...)".

Efectivamente, se incumple con uno de los requisitos fundamentales de la intermediación, la individualización de los trabajadores, del fundamento de la contratación, así como de la específica y concreta derivación a tareas de tipo eventual. Además de confirmarse el ausente control cruzado que supone esta modalidad excepcional entre la empresa proveedora de mano de obra, y la empresa usuaria sobre las condiciones de los trabajadores contratados.

A su vez, resulta curioso que tangencialmente se refiera a la posibilidad de picos de producción, o de licencias que cubrir sin brindar datos objetivos, como por ejemplo un informe de mercado que proporcionen saltos estadísticos y de estimación de producción como regularmente realizan empresas de gran envergadura como es el caso de la demandada, lo cual es de público y notorio conocimiento. Pues, las circunstancias eventuales, o "necesidades extraordinarias" deben ser manifestadas y acreditadas.

Es más, la empresa confiesa una suerte de estrategia, en donde sistemáticamente se contratan trabajadores "eventuales", sin identificar circunstancialmente las condiciones que lo ameriten, con el fin de pasarlos "luego" a la planta permanente.

No solo lo dicho resulta irregular por las deficiencias apuntadas, sino también porque se trata de un mecanismo de prueba de personal, no habilitado legalmente.

El enconmillado en el conector, es obviamente un eufemismo, porque esa derivación a planta permanente, lleva 21 años y 11 meses en el caso de Sarmiento, 13 años y casi tres meses en el de Galván, 20 años y 5 meses para López, y 11 años y casi tres meses en el de Montiel Tobal, y Brzowski.

Sumado a ello, precisamente, el testimonio de Francini (fs. 187) por la parte accionada, deja entrever la idea de “normalidad” en este tipo de contratación, aportando un lapso concreto –comienzan en febrero/marzo hasta agosto aproximadamente- en que la empresa realiza las contrataciones eventuales. Lo que viene a ratificar lo mencionado en la contestación de demanda, pues, allí se alude a la “habitualidad” en este tipo de modalidad, a la hora de contratar personal en empresas del ramo.

Es por ello que, ante tal aceptación, debe hacerse hincapié en la forma en que dicha práctica debe realizarse.

Así, la intermediación solo es legítima en determinados y específicas condiciones, y reclama como regla el cumplimiento de controles colocando en cabeza de las dos empresas que intervengan en la intermediación, obligaciones de hacer (artículos 29, 29 bis, 30, y 136 de la LCT, entre otros).

Entonces, en el caso puntual, observo que si bien había un registro de las cuentas corrientes relativas a las contrataciones eventuales, en el libro del art. 52 de la LCT, no se cumplía con todos los presupuestos del art. 13 del decreto Nro.1694/06. Ello, porque el mismo también exige que la sección particular del libro especial del art. 52, debe contener: “b.- categoría profesional y tareas desarrolladas; c.- fecha de ingreso y egreso; e.- nombre, denominación o razón social, número de CUIT, número de habilitación y domicilio de la empresa de servicios eventuales a través de la cual fue contratado el trabajador.” Aspectos que no fueron probados en el expediente.

Advierto, nuevamente, que la duración de la causa que diera origen a este tipo de contrato, excedió el plazo previsto en el citado art. 72 de la ley 24.013 (seis meses por año, y hasta un año en un periodo de tres años). Puesto que los actores, de acuerdo con la prueba testimonial rendida en autos, estuvieron a disposición de la demandada La Delicia Felipe Fort SA en forma ininterrumpida, cumpliendo tareas del giro comercial de la misma, lo reitero, durante: 21 años y 11 meses en el caso de Sarmiento – 2 años como eventual-, 13 años y casi tres meses en el de Galván -3 años como eventual-, 20 años y 5 meses para López -9 meses -, y 11 años y casi tres meses en el de Montiel Tobal, y Brzowski -4 años prestando servicios bajo la modalidad eventual-.

Ahora bien, para períodos tan largos, resulta obviamente increíble una excepcionalidad justamente en la tarea específica de la empresa.

Si bien un aumento en la demanda ocasional o un pico de trabajo estacional podrían justificar la contratación de trabajadores eventuales, lo cierto es que en la hipótesis de autos, la empresa sostuvo en forma genérica que debía satisfacer “necesidades extraordinarias”, sin brindar argumentos fehacientes, ni invocar los hechos que motivaron esa “eventualidad”, así como tampoco, describió cuáles fueron los proveedores o los clientes, que incidieron en estas circunstancias.

En este sentido, respecto de la tercerización, he dicho como juez del Juzgado Nacional del Trabajo Nro. 74, en la sentencia Nro. 3076, dictada en el 2004, en autos “MARTÍN, FABIÁN ANTONIO C/ LATER CER S.A. Y OTRO S/ DESPIDO” que “... Es un principio del Derecho del Trabajo por todos conocidos que, el hecho de que las partes le atribuyan a la relación una determinada naturaleza, no la convierte en tal, dependiendo por el contrario de la calificación jurídica que se le dé, fundada en la realidad de los hechos.

“En el caso, ambas partes reconocieron la existencia de una tercerización, en la variante de la eventualidad, la que necesariamente vincula a dos empresas y un trabajador.”

Asimismo, corresponde hacer mención que siendo Juez de Cámara de esta Sala, me pronuncié en la SD Nro. 92598, del 21.06.11, dictada en autos “MINISTERIO DE

TRABAJO C/ LA DELICIA FELIPE FORT SA S/SUMARIO”, donde, como se observa, el sujeto allí demandado es el mismo de autos.

Así, en dicha oportunidad expresé que “según Simón Andrade, el empresario es “aquella persona natural o jurídica que generalmente es titular de una unidad de producción o servicio, y como tal, éste asume el riesgo principal de la misma, siendo la circunstancia que lo diferencia del ejecutivo” (Diccionario de Economía, de Andrade Simón, Editorial Andrade, tercera edición, 2005, pág. 258).

“Por ello, considero que si el empresario es quien se beneficia por las ganancias de su empresa, también este debe ser quien afronte los riesgos de su propia actividad, ya que no puede trasladar estas circunstancias negativas a la modalidad de contratación de sus empleados, perjudicando a la parte más débil, quien por una cuestión de necesidad económica, está en peores condiciones para discutir los términos del contrato de trabajo.”

“Analizando la realidad que nos toca vivir hoy, considero que desde hace varios años se ha abusado de la contratación de personal proporcionado por las agencias de servicios eventuales, para realizar trabajos que realmente no revisten la calidad de tales.”

“Ciertamente, muchas veces las empresas utilizan esta modalidad, ya que les genera muchos beneficios económicos y logran evitar, de manera fraudulenta, la incorporación de los trabajadores a la nómina de empleados permanentes, contratándolos a través de una intermediaria agencia de servicios eventuales, sirviendo inclusive el mecanismo, como un método de prueba de personal, o testeado, encubierto.”

“Luego, los perjudicados son los trabajadores eventuales, que generalmente desconocen sus derechos y la magnitud de este engaño. Y en su mayoría, se anotan del fraude una vez que fueron despedidos.”

“El Decreto 1694/06 permite este tipo de contrato, si se cumplen ciertos requisitos de habilitación y un plazo máximo para brindar tareas, que no puede exceder los seis meses durante un año, o bien un año en un período de tres años.

“Sin embargo, al confrontarnos con la realidad, vemos que las usuarias, muchas veces, siguen utilizando esta figura, en forma excesiva y sin cumplir con las obligaciones exigidas por las normas legales.”

Analizadas todas estas cuestiones, arribo a la conclusión de que desde que los coactores comenzaron a prestar tareas para La Delicia Felipe Fort SA, por intermedio de las distintas agencias de servicios eventuales - ARGENTE SRL, APOYO LABORAL SRL, y WORKJET SA -, no existía la invocada eventualidad.

Cabe aclarar, con independencia de que las agencias proveedoras de mano de obra no hayan sido demandadas en este caso, que aún cuando se considere que se encontraban habilitadas legalmente, tanto estas empresas como también la demandada, utilizaron al trabajador en forma fraudulenta, de modo que tanto una como las otras resultan ser “el empleador” desde la real fecha de ingreso hasta que fueron registrados como dependientes “directos” de la demandada (artículo 26 de la LCT).

Es pertinente aclarar que según el Fallo Plenario N° 309, de fecha 3/2/2006, “Ramírez, María Isidora C/ Russo Comunicaciones E Insumos Y Otro S/ Despido” (Expte. Nro. 21.551/01 cuya sentencia de primera instancia, SD Nro. 1842, del 19/08/2003 fuera dictada por la suscripta, en donde además fijara el criterio de que no existe en el Derecho del Trabajo la accesoriedad, resultando las tercerizaciones, hipótesis de empleador común), “los trabajadores de los contratistas y/o subcontratistas pueden accionar judicialmente reclamando el cobro de sus acreencias laborales indistinta o conjuntamente y a su elección irrestricta, contra el contratante o cesionario, o contra éstos y el contratista y/o subcontratista o contra estos últimos”. Esto es, que resulta procedente la posibilidad de condenar al deudor solidario aún cuando no haya sido demandado el empleador, esto es en relación al período de la presunta eventualidad.

Si bien, en mi opinión, la norma que dispone la obligatoriedad de los fallos plenarios, artículo 303 del CPCCN, es inconstitucional, al imponer la vinculatoriedad a los jueces contrarias al mandato constitucional, sólo atados por la Constitución Nacional y las normas dictadas con arreglo a la misma, colocando así a las cámaras en el lugar del

legislador, adhiero a la doctrina que establece por compartirla, atento a considerarla acorde a derecho.

Por otra parte, toda vez que la ley 26853 en su artículo 12 dispone dejar sin efecto al artículo 303 del CPCCN, y siendo que la misma establece su obligatoriedad de manera inmediata, lo que viene a sumarse su carácter adjetivo de la misma, no existe más la contradicción constitucional.

Entonces, la responsabilidad solidaria surge del art. 29 de la LCT, que tiene como fin impedir la interposición de persona fraudulenta, de la siguiente manera: “los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación”.

Luego, el art. 29 bis de la LCT, dispone que “el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la seguridad social y depositarlos en término...”.

En resumen, dado que la demandada no logró probar que los actores fueron asignados para cubrir las exigencias eventuales del mercado, considero que se trató de contratos por tiempo indeterminado, desde el comienzo (conf. arts. 90 y 27 de la ley 24013, 14, y 29 de la ley 20.744).

Estas relaciones, que La Delicia Felipe Fort SA pretendía desconocer, y a las que en todo caso se consideraba ajena, no podían, en modo alguno, ser ignoradas a la luz de lo normado por los artículos 26, 29, y 136 de la LCT.

Porque, precisamente estas obligaciones que la parte ignora, lisa y llanamente tienen dos caras. La una, es la de la verificación del cumplimiento de la normativa, que implicaba el control desde los registros de la demandada del pago al trabajador de lo que correspondía, de la retención e ingreso de aportes, de la inscripción en una ART, del correcto encuadre convencional, de la satisfacción de horas extras y demás. La otra, que para la hipótesis de verificar irregularidades, debía cumplir en su lugar y luego repetir de la agencia de servicios eventuales, efectuando en su caso las denuncias pertinentes, si deseaba excepcionar la responsabilidad que, como regla, le impone la ley de contratos.

Es que, para el derecho del trabajo, así como para el derecho fiscal, lo que interesa es la realidad, y esta fue que La Delicia Felipe Fort SA se benefició con la prestación del trabajador, razón por la cual esta actuó como empleadora, en los términos del artículo 26 de la LCT y por ende, del artículo 29 del mismo cuerpo legal.

Considero que puede resultar tal vez criticable la política legislativa, que pusiera en cabeza de las cedentes el control de las obligaciones que en esta “triangulación” del vínculo participan, porque se compadece poco con las estrategias de mercado. Ello en razón de que, si las usuarias recrudescen sus propios controles en relación con el cumplimiento de todas las cargas sociales, laborales y previsionales, corren el riesgo de un encarecimiento del servicio.

Pero, cuál sea la solución a este dilema moral y económico, en donde las reglas del mercado parecen compadecerse poco con un planteo ético, lo cierto es que hoy por hoy, el control está en cabeza de la empleadora, mal llamada “principal”, del cumplimiento de las obligaciones recíprocas.

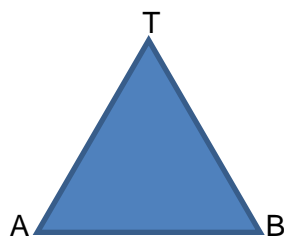
Finalmente, sobre la idea del empleador múltiple, y la eliminación de cualquier concepto de accesoriedad, toda duda resulta despejada ya no sólo por los aludidos artículos 5 y 26 de la LCT, sino por el artículo 136 referido específicamente a la hipótesis del artículo 29 (así como del artículo 30), cuando en alusión a este “principal”, lo denomina “empleador”, de lo que se deriva que el intermediario también es su empleador secundario, o confusamente llamado accesorio (bueno también es de destacar, que muchas veces llamamos principal al que contrata originariamente al trabajador –el tercero- y lo destina a trabajar para el tercerista, invirtiendo la ecuación principal/accesorio).

En efecto, si tenemos presente la lógica que surge de la Ley de Contrato de Trabajo, en la que sabiamente el legislador originario recogiera el dato de la realidad de que, para el trabajador su empleador es uno solo, aunque se presente en forma múltiple (y aún en diferentes lugares, toda vez que el establecimiento no está constituido necesariamente por un espacio físico). Ella misma nos lleva a comprender la inteligencia que entraña el artículo 29: la de la imposibilidad de distinguir entre empleador principal y accesorio, en el sentido que a estos términos les otorga el Código Civil (como lo señalara en la sentencia de primera instancia referida supra), puesto que ambos tienen obligaciones “directas” para con el trabajador y “cruzadas” (o de control, que derivan en la obligación de cumplir cuando el otro no cumple, lo que no se podría conocer sin ese “control”).

Lo que puede ser accesorio, es la actividad nunca el empleador, bajo la óptica de los mandatos legales referidos

Esto demuestra una abrumadora cosmovisión de la Ley de Contrato de Trabajo desde una teoría completamente descaminada, porque la misma ley provee las herramientas para comprender los alcances, en el caso concreto del artículo 29, y 29 bis del modo correcto y sin necesidad de recurrir a otro cuerpo normativo: ambas empresas constituyen el empleador, y son solidarias, responsabilidad que se excepciona solo cuando acreditan haber cumplido con las obligaciones a su cargo.

Por eso, nada como los gráficos que nos permiten poner en blanco y negro los conceptos, a fin de evitar confusiones. Según la redacción de los invocados artículos 29, 29 bis, y 136 de la LCT, el esquema es el siguiente:



A: empleador principal, tercerista, empresa usuaria
Quien se beneficia con la prestación de servicios de los trabajadores asignados por la intermediaria, o por una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente

B: tercero, intermediario, agencia de servicios eventuales, contratista o subcontratista.
Quien contrata mano de obra con vista a proporcionarlos a otras empresas (usuarias)

T: trabajador

Destaco que he utilizado la variedad de denominaciones señaladas por la ley, las que deben unificarse en la lógica reseñada ut supra, que anula la idea de principal y accesorio.

En este triángulo, se verifican dos clases de vínculos y tres relaciones: un vínculo comercial entre A y B, y dos relaciones laborales: entre A y T, y entre B y T.

La pregunta es si las obligaciones generadas por estos vínculos laborales son independientes entre sí, y la respuesta es que no. Porque, precisamente, la solidaridad que funciona como regla y no como excepción, juega automáticamente a menos que A demuestre haber cumplido con las obligaciones a su cargo (lo cual no constituye accesoriedad, sino “condicionalidad”); de ello se deriva que tiene el peso del onus probandi, y que si no cumple, o demuestra la satisfacción de las obligaciones, debe responder.

En razón de todo lo expuesto hasta aquí, corresponde, dado que las irregularidades denunciadas por los actores resultaron corroboradas con la prueba

producida en el expediente, corresponde confirmar lo resuelto por la primera instancia que condena a la demandada en atención al artículo 29 de la LCT, y hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas sobre el pago de las vacaciones y sobre el pago del adicional por antigüedad desde el año 2008 hasta el dictado de la sentencia, difiriendo el cálculo del monto de condena a la etapa del artículo 132 de la LO.

A dichas sumas deberán aplicarse los intereses dispuestos en la anterior instancia, que llegan firmes a esta alzada. Cabe aclarar, que toda vez que se encuentra consentida la no aplicación de actualización monetaria, no puedo introducir la cuestión sin violar el principio de congruencia.

En relación al recurso interpuesto por la parte actora, es procedente mencionar que la solución a la cual arribó la a quo, que resulta confirmada en la alzada, implica necesariamente, que el reconocimiento de la antigüedad "real" se aplique en los distintos institutos contenidos en la Ley de Contratos de Trabajo. Solución que considero coincidente a la que arriba implícitamente la Magistrada de la instancia anterior.

Es por ello, que una vez firme la presente, la demandada deberá tener en cuenta la antigüedad desde el ingreso real en cada caso - ALBERTO RENE SARMIENTO el 31.07.1991; SABINO GALVAN el 23.03.2000; ANA MARIA DEL CARMEN MONTIEL Y TOBAL el 27.03.2002; MARIANA MARCELA LÓPEZ el 08.01.1993, CARINA ALEJANDRA BRZOZOWSKI el 27.03.2002, en todos los rubros en los cuales el mismo tenga incidencia, como en el caso de la remuneración, y la cantidad de días que les corresponden, en concepto de licencia por vacaciones.

Pues, lo objetivo es que se comprobó que la antigüedad laboral de los actores es mayor que la tenida en cuenta por la demandada en sus registro, con lo cual lo que debe modificarse es esta variable, y luego, en su consecuencia, ser aplicado retroactivamente en el reclamo de las diferencias, y hacia el futuro, en los institutos del derecho laboral que la tengan en cuenta como base de cálculo teniendo en cuenta que sigue vigente la relación laboral entre los demandantes y la accionada La Delicia Felipe Fort SA.

Al respecto, debo dar tratamiento a la presentación de la parte actora de fs. 241/244 "DENUNCIA HECHO NUEVO". A la misma se adjuntaron recibos de sueldo correspondientes a la segunda quincena de noviembre de 2012, de las coactoras MARIANA MARCELA LÓPEZ; ANA MARÍA MONTIEL Y TOBAL; CARINA ALEJANDRA BRZOZOWSKY; y del actor SABINO GALVAN, en los cuales la demandada reconoce la antigüedad reclamada en las presentes actuaciones.

Así, el artículo 121 de la LO expresa que: "Recibidos los autos en la Cámara, las partes podrán denunciar hechos o documentos nuevos posteriores a los invocables en primera instancia, hasta el momento en que la Cámara resuelva definitivamente la apelación (...)".

Dicho lo cual considero que en el caso de autos, tal documentación fue presentada oportunamente - 05/04/2013-, y además al ser sustanciado, la contraparte reconoció los recibos aportados. Lo que significa que reconoció lo que en el inicio formó parte de la traba.

En consecuencia, y en virtud de la Teoría de los Actos Propios, como derivación del principio rector de la Buena Fé, y según la cual "nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz" (S.C.B.A., 23/12/985, "Castilla de Bertres, suc. c/ Moyano, José y otros", en L.L. 1987-A-655; Cam. Nac. Civil, Sala B, 8/11/978, "Galarza, Juan c/ Heselman, Judka"), considero que la antigüedad de las coactoras MARIANA MARCELA LÓPEZ; ANA MARÍA MONTIEL Y TOBAL; CARINA ALEJANDRA BRZOZOWSKY; y del actor SABINO GALVAN ha sido reconocida.

Sin embargo, lo propio no ha sucedido con el actor Alberto Rene Sarmiento.

Por lo tanto, propicio la obligación de la demandada La Delicia Felipe Fort SA, de reconocer la antigüedad de ALBERTO RENE SARMIENTO en los registros de rigor desde el 31.07.1991, con la correspondiente aplicación de la misma en los institutos que la utilicen como base de cálculo.

Debo aclarar que, aun cuando se ha dicho que el demandado reconoció la real fecha de ingreso según recibos (fs. 241/243), no es óbice para recordar que ello debe traducirse en los beneficios concretos, como los adicionales por antigüedad, y el rubro vacaciones, como correctamente pide la parte actora que sea aclarado.

Por todo lo expuesto hasta aquí, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia, en todo lo que fuera materia de agravios y recursos.

Por último, y en atención a las constancias que surgen de autos, consideraré la aplicación oficiosa de temeridad y malicia, conforme art. 34 inc. 6 del C.P.C.C.N., normas concordantes así como lo hiciera en la reciente “CAUSA N° 48.907/2009 “MENDOZA, MARICEL MARGARITA C/ COLLIA LEONEL Y OTRO S/ DESPIDO”, SD N°93522, de fecha 27/05/2013, y en otras como, CAUSA N° 34.406/09 “FRANZA LUCILA C/ HERRAMIENTAS GERENCIALES S.A. Y OTROS S/ DESPIDO”, SD SENTENCIA N. 93402 de fecha 19/02/2013, entre otras.

En efecto, el art. 275 L.C.T., regula la conducta temeraria y maliciosa. En su segundo párrafo, establece que, “se considerarán especialmente comprendidos en esta disposición los casos en que (...) sin fundamento, y teniendo conciencia de la propia sinrazón, se cuestionase la existencia de la relación laboral, si hiciesen valer actos cometidos en fraude del trabajador (...)”.

Para aplicarlo, debe existir una conducta injuriosa de los empleadores, que viole los deberes de lealtad, probidad y buena fe. Situación esta, que encuentro acreditada en el caso de autos. Ello, pues resulta configurado por parte de la condenada, un proceder fraudulento, en función de los actos cometidos en fraude de los trabajadores, lo que queda totalmente evidenciado en el hecho nuevo analizado.

Entiendo que surgen elementos suficientes, que permiten calificar como temeraria y maliciosa la conducta expuesta por la demandada. Pues, en el escrito inicial negó la real antigüedad laboral reclamada en autos, mientras que luego, encontrándose pendiente la decisión de la alzada ante el recurso interpuesto por su parte, reconoció tal fecha, incorporándola en el recibo de sueldo de la mayoría de los accionantes, tal como fue denunciado por la parte actora a fs. 246. Lo que se observa como una evidente contradicción.

Además, ha quedado evidenciada la conducta de la demandada, toda vez, que la misma incurrió en la mecánica habitual –tema sobre el que volveré- de la empresa, de contratar personal eventual, a través de agencias, para luego registrarlo como dependiente. Ello, sin considerar aquel período como parte de la antigüedad total de los trabajadores, y las infructuosas consecuencias que esto supone, amén de que las tareas para las cuales se los contrata, distan de ser extraordinarias en relación a las habituales de la empresa.

Esta conducta, debe ser calificada como reñida con el derecho, pues excede los términos del ejercicio del derecho de defensa, por lo que corresponde acceder a la sanción solicitada. Ello, dado que la temeridad se configura cuando el litigante sabe a ciencia cierta que no tiene razón valedera y no obstante, abusando de la jurisdicción, impone un proceso del que se ha de generar un daño a la otra parte.

Digo todo esto, dejando a salvo el celo profesional de los firmantes, puesto que de no entenderlo como el verdadero motivo de la conducta cuestionada, debería responsabilizarlos también a los letrados, lo que, reitero, no es el caso.

Es que la conducta asumida por la parte, entra en absoluta contradicción con la lógica del nuevo paradigma normativo, en donde lo fundamental no es el criterio económico, sino la dignidad.

Esta nueva lógica, se ha profundizado desde los tiempos de “Camacho”, y hoy, en pleno imperio de los derechos humanos fundamentales (“Aquino”, “Trejo”, “Torrillo”, etc.)

De no hacer notar esta irregularidad recurrente (recuérdese que el tribunal ya advirtió lo propio en la causa “MINISTERIO DE TRABAJO C/ LA DELICIA FELIPE FORT SA S/SUMARIO”, SD Nro. 92598, del 21.06.11), corremos el riesgo todos los magistrados y funcionarios intervinientes en la causa, de incurrir en los mismos yerros que la Corte Interamericana de Derechos Humanos imputó al Estado Argentino, en la persona de los

mismos, en la causa "Fornerón e Hija vs Argentina" (sentencia del 27/4/2012), pues piénsese que la eficacia de la actividad jurisdiccional se traduce en desalentar el incumplimiento de las normas, asegurando la faz preventiva del derecho.

El referido Tribunal internacional, sostuvo en otra causa, que "la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención...procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado, y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos" (ver "Caso Gelman vs. Uruguay", sentencia del 24/2/2011).

Agregó en el mismo expediente, que "si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción"

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir la causa "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc." (S. 1767. XXXVIII. RECURSO DE HECHO. causa N° 17.768), sostuvo que ya en su primer caso de competencia contenciosa, in re "Velázquez Rodríguez", la Corte Interamericana dejó establecido que incumbe a los Estados partes no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía, de conformidad con el cual, "en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención, cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".

Me tomo el atrevimiento de señalar esto, a fin de salvaguardar responsabilidades personales, conforme lo resuelto en el ya citado caso "Fornerón".

Además, como sostuvo el Alto Tribunal Argentino, al resolver la causa "Pro Familia Asociación Civil c/ GBCA y otros s/ impugnación de actos administrativos" (Competencia N° 783. XLVIII; sentencia del 11 de octubre de 2012), donde remite al caso "F.,A.L. s/ medida autosatisfactiva" (sentencia del 13/3/2012), en algunas ocasiones, el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal, no podría verse obstaculizado porque se tornase abstracto el tratamiento de la cuestión (en la especie, por no encontrarse sometido actualmente a consideración). Sino que, para remediar la situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, correspondería establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por las circunstancias antes apuntadas.

En consecuencia, propongo condenar a la demandada a pagar a cada uno de los actores, un 30% a determinar –en cada caso- sobre el monto de condena, ello en atención a la conducta temeraria asumida por la accionada (cfr. art. 45 CPCCN).

En virtud de lo expuesto, y que en la presente causa se evidencia una constante incursión en la ilegalidad, en los términos manifestados en los considerandos anteriores, cabe remitir copia de la sentencia al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a fin de que realice las correspondientes inspecciones en ejercicio del poder de policía que reviste, y asimismo, lo considere al momento de elaborar la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que oportunamente se pondrá en conocimiento por intermedio de la Secretaría de Primera Instancia.

En el mismo sentido, no puedo dejar de introducir, aunque meramente con carácter enunciativo, un tema que alborea en la doctrina nacional y en la jurisprudencia internacional: el daño social colectivo.

Ello, en razón de que, como lo anticipara, no es la irregularidad de la contratación eventual sin respeto por la ley, un caso aislado, sino una conducta habitual,

en la que incurre la empleadora. Considero entonces prudente, hacerle conocer para el futuro el estado del tema.

Como lo vengo expresando en la jurisprudencia de esta sala, - y aún siendo Juez de la primera instancia-, no debemos olvidar que hoy por hoy y desde el 94, el paradigma normativo vigente (o la racionalidad del sistema, que es lo mismo), no es otro que el de los derechos humanos fundamentales. Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la disputa interpretativa ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, in re “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 27/11/12).

Puntualmente, en “Alvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, A. 1023, XLIII, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art.2,1), sumado a al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit. P.2004).

Tal es así, que puede verse cómo, en estos tiempos, están siendo revalorizados derechos tales como al medio ambiente sano, al reconocimiento de la identidad de los pueblos originarios, de las mujeres y niños, el de los consumidores, y destacando la defensa de la integridad psicofísica del trabajador.

En este sentido, en los autos “PERSICO, RUBÉN GUSTAVO c/ARGENTOIL S.A. Y OTRO s/DESPIDO” –Expediente Nro. 6220/2009, SD 93.315 de fecha 23/11/12-, realicé un análisis comparativo en la defensa de los derechos de un sujeto como trabajador y consumidor. Allí, referí que el paradigma normativo les otorga el reconocimiento de “sujetos de preferente tutela”, pues la existencia de desigualdad negociadora es lo que amerita protección para una de las partes.

Pues, basta cambiar con la numeración de las normas en lo que se hace referencia al consumidor, por las aplicables al trabajador, para arribar a idénticos principios generales: de los artículos 14 bis, y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, resultado de la reforma constitucional de 1957 y 1994.

Por ello, tanto la Ley de Defensa del Consumidor, N° 24.240 -según modificación Ley N° 26.361, y la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, son leyes de orden público (art. 65 LDC, Y art. 7 de la LCT), los derechos son irrenunciables (art 37 LDC, y art. 12 LCT), y en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor y al trabajador (art 9 y 11 de la LCT). Esto demuestra cómo el paradigma atraviesa las distintas caras del mismo prisma.

Tanto es así, que la jurisprudencia brasileña está condenando por daño moral colectivo en materia de daño ambiental, salud, fraude en licitaciones públicas, y en reclamos individuales de trabajo, en virtud del artículo 6, inciso VI, de la Ley 8.078/90 “Código de Defesa do Consumidor”, la que se sustenta en el artículo 5, X, de la Constitución Federal de Brasil.

Específicamente en materia laboral, tiene dicho esta justicia, que si una “comunidad de empleados que se sujeta a cláusulas antijurídicas, derivadas del propio poder de dirección del empleador (en el caso se reclamó el intervalo de descanso en la jornada laboral, horas extras, y que la empresa utilizaba mano de obra no calificada para la realización de servicios que exigían entrenamiento y habilitación específica de los trabajadores), participa de un mismo sufrimiento social y moral. Así, utilizar el poder que traspasa los límites de legalidad, alcanzando a un conjunto de personas unidas por la misma circunstancia fáctico-jurídica, reclama protección legal de efectividad. Así, hizo el Ministerio Público de Trabajo reclamando daño moral, considerando que la ofensa se desbordó hacia una dimensión moral de una colectividad. En ese diapasón, la jurisprudencia del trabajo viene reconociendo la existencia de un daño moral colectivo en las relaciones de trabajo. (PROCESSO TRT/SP N°0001741-36.2011.5.02.0446– 10ª TURMA – RECURSO ORDINÁRIO; RECORRENTE: GB TERMINAIS BRASIL LTDA;

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO; ORIGEM: 06ª Vara do Trabalho de Santos).

En el mismo fallo, este Tribunal sudamericano dijo, que “en relación al quantum indemnizatorio, este debe cumplir la triple función de la sanción: carácter pedagógico de la pena, la necesidad de la justa reparación del daño, y el potencial económico del demandado. Mediante el principio de razonabilidad, y de proporcionalidad, analizando la gravedad de la ofensa, y el capital social del recurrente (se confirmó en la alzada la indemnización fijada por el tribunal de origen de R\$ 100,000 por considerar que no era excesiva y atendía a la triple función de la condena.).

Vale mencionar que al referirse al “colectivo”, hace referencia al patrimonio valorativo de una cierta comunidad, mayor o menor, y a la defensa de “derechos individuales homogéneos cuyos titulares son personas determinadas que titularizan derechos divisibles, pero de origen común” (PROCESSO N° TST-RR-155485-67.2003.5.15.0091 Recurso de Revista n° TST-RR-155485-67.2003.5.15.0091, em que é Recorrente ITAÚ UNIBANCO S.A. e são Recorridos MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO e SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS E FINANCIÁRIOS DE BAURU E REGIÃO ; ASSISTENTE LITISCONSORCIAL; PROCESSO TRT/SP N°0001741-36.2011.5.02.0446–10ª TURMA, FL. 12; Carlos Alberto Bittar Filho, Artículo "Puede la colectividad sufrir un daño moral?", Repertório IOB " Jurisprudência, vol. 3, 15/96, pág. 271)).

Asimismo, Mauro Schiavi, Juez de Trabajo de la Segunda Región de Brasil, manifestó que de este daño puede ser titular “una colectividad o grupo o categoría, pues, no es más que una sumatoria de intereses individuales, estén o no determinados, o deriven de una relación jurídica base o de simples presupuestos fácticos”.

Agrega que – en referencia a lo manifestado- “el daño moral colectivo tiene como objetivo, principalmente, prevenir el brote de daños morales individuales, facilitar el acceso a la justicia, a un orden jurídico justo, garantizar la protección de la moral colectiva y la propia sociedad.”

Rematando con que esta interpretación, deviene de la regla hermenéutica de que, “la constitución no contiene palabras inútiles y, tratándose de derechos fundamentales, la constitución debe ser interpretada a la luz del principio de máxima eficiencia” (Processo AIRR - 30900-80.2011.5.13.0005, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 12/04/2013; Processo RR - 2786-72.2010.5.12.0045, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 12/04/2013).

Es que no puede pretenderse que, si bien nuestro sistema no es de Common Law, sino Continental, los jueces seamos ciegos ante la evidencia de que, una misma empresa o empresario, introduce sistemáticamente un mismo factor de riesgo en la comunidad (intoxicaciones por determinadas sustancias, prácticas laborales peligrosas, etc.), o incurre con la misma frecuencia en conductas reñidas con el derecho al tiempo de la contratación.

Obviamente, esto solo podemos conocerlo a través de los casos y del curso del tiempo, que nos muestra inductivamente, cómo nunca se reconoce que los jueces hemos señalado en el caso en concreto la irregularidad.

De allí, que encuentro conveniente comenzar a abrir la brecha en pos de la condena por el daño social.

Finalmente, y por el principio objetivo de la derrota, la demandada vencida debe afrontar las costas de ambas instancias, ya que no existe ningún motivo que justifique apartarse de la regla general que consagra el art. 68 del CPCCN.

En cuanto a los trabajos realizados en primera instancia, teniendo en consideración el monto de condena más los intereses, y lo dispuesto en los arts. 38 y 40 de la ley 18.345; 3, 6 y conchs. del decreto-ley 16.638/57; 6,7, 8, 9, 22 y cc de la L.A., y ley 24432, y demás leyes arancelarias vigentes, los emolumentos fijados al perito contador, y a al letrado apoderado de la parte actora, resultan acordes a derecho, por lo que corresponde mantenerlos.

Respecto a los de esta alzada, propicio regular los honorarios de los letrados representantes de la parte actora, y demandada a fs 221/222, y fs. 225/227, en el 35%

(treinta y cinco por ciento), y en el 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus actuaciones en la instancia anterior.

Respecto de la adición del Impuesto al Valor Agregado a los honorarios, esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27.9.93, en autos "Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente-ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación" (C.181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio –adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto".

Ante lo expuesto, en caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional.

En definitiva y por lo que antecede, voto por; I.- Confirmar la sentencia de primera instancia en todo lo que fuera materia de agravios y recursos; II.- Condenar a la demandada al pago del 30% (treinta por ciento) a calcular sobre el monto de condena en concepto de la multa por temeridad y malicia respecto a cada uno de los actores. III.- Modificar en los registros de la demandada la antigüedad de los actores por las siguientes: ALBERTO RENE SARMIENTO desde el 31.07.1991; SABINO GALVAN desde el 23.03.2000; ANA MARIA DEL CARMEN MONTIEL Y TOBAL desde el 27.03.2002; MARIANA MARCELA LÓPEZ desde el 08.01.1993, y de CARINA ALEJANDRA BRZOWSKI desde el 27.03.2002, con la correspondiente aplicación en los institutos que la utilicen como base de cálculo. IV.- Notificar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; V.- Mantener el régimen de costas determinado en grado, e imponer los de la alzada a la demandada; VI.- Confirmar los honorarios recurridos; VII.- Regular los honorarios de la parte actora, y demandada en el 35% (treinta y cinco por ciento), y en el 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus actuaciones en la instancia anterior. VIII.- Hacer saber que en caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional.

El Doctor Víctor A. Pesino dijo:

En el presente caso, no advierto un exceso en la legítima defensa que autorice a considerar que la demandada ha incurrido en temeridad o malicia, de modo tal que, en este sentido, no comparto el voto que antecede.

Tampoco comparto la conclusión de que se remita copia de la sentencia al Ministerio de Trabajo. En primer lugar porque ello excede el marco de esta Litis y, en segundo término, porque no corresponde a los jueces sustituir a la autoridad administrativa en facultades que les son propias.

Adviértase que el artículo 9 del Decreto 1694/06 establece una obligación de cumplimiento bimestral, para las empresas de servicios eventuales, que consiste en emitir "...un resumen de su actividad, en el que constará el detalle de la nómina completa de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual, individualizando respecto de cada uno de ellos: a) Su número de C.U.I.L.; **b) la empresa usuaria en la que presta o prestó tareas, señalando su número de C.U.I.T. y lugar de prestación de servicios;** c) la fecha en que el trabajador eventual comenzó sus prestación de servicios en la empresa usuaria; d) calificación profesional y remuneración del trabajador; **e) si el cese en esas tareas fue incorporado como trabajador por tiempo indeterminado de la usuaria.**

De ello se extrae que la autoridad de aplicación ya debería estar en conocimiento de lo que se sugiere notificar ahora y, de no ser así, utilizado alguno de los mecanismos que la citada norma le acuerda para el caso de incumplimiento a alguna de las obligaciones del Decreto.

Por lo expuesto coincido con la propuesta de la Dra. Cañal, excepto en los puntos II y IV.-

El Doctor Néstor M. Rodríguez Brunengo dijo:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto de la Dra. Cañal.

Por ello, **el Tribunal RESUELVE:** I.- Confirmar la sentencia de primera instancia en todo lo que fuera materia de agravios y recursos; II.- Condenar a la demandada al pago del 30% (treinta por ciento) a calcular sobre el monto de condena en concepto de la multa por temeridad y malicia respecto a cada uno de los actores. III.- Modificar en los registros de la demandada la antigüedad de los actores por las siguientes: ALBERTO RENE SARMIENTO desde el 31.07.1991; SABINO GALVAN desde el 23.03.2000; ANA MARIA DEL CARMEN MONTIEL Y TOBAL desde el 27.03.2002; MARIANA MARCELA LÓPEZ desde el 08.01.1993, y de CARINA ALEJANDRA BRZOZOWSKI desde el 27.03.2002, con la correspondiente aplicación en los institutos que la utilicen como base de cálculo. IV.- Mantener el régimen de costas determinado en grado, e imponer los de la alzada a la demandada; V.- Confirmar los honorarios recurridos; VI.- Regular los honorarios de la parte actora, y demandada en el 35% (treinta y cinco por ciento), y en el 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus actuaciones en la instancia anterior. VII.- Hacer saber que en caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de honorarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional.

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítase.

Néstor M. Rodríguez Brunengo
Juez de Cámara

Víctor A. Pesino
Juez de Cámara

Diana R. Cañal
Juez de Cámara

Ante mí,

Stella Maris Nieva
Prosecretaria Letrada