

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la
CNAT Sala VI (02.85-03.06), Parte IVa.

Equipo Federal del Trabajo

Parte Cuarta. Derechos y deberes en el puesto de trabajo
Caso 22. Categoría nominalmente nueva
SALA VI

EXPTE. N° 16.405/01

JUZGADO N° 4

AUTOS: "CARDINALI DIEGO JORGE C/ S.G.S. SOCIETE GENERALE DE SURVEILLANCE S.A.
S/DIFERENCIAS DE SALARIOS"

Sentencia 56.105

Buenos Aires, 9 de junio de 2003

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. Las apelaciones del demandado y la de la perito contadora deben resolverse:

A. Situación histórica

En esta mañana (20.03.2003), al proyectar esta sentencia, comenzó el Siglo XXI, en el que muchos ciudadanos del mundo asistimos estupefactos e indignados al nacimiento de una nueva Era en que el capitalismo, ya sin disimulo formal ninguno, impone la fuerza sobre el Derecho, sacrifica inocentes con tal de lograr sus objetivos y avasalla pueblos enteros para apoderarse de sus riquezas. Luego del fracaso diplomático tanto de las Naciones Unidas como de Francia, Alemania y del mismo Vaticano, Juan Pablo II le comunicó al presidente Bush que por su decisión personal de desatar la guerra contra Irak deberá rendir cuentas a Dios, a su conciencia y a la humanidad por los daños que ocasionará (Bush deberá rendir cuentas ante Dios, en "Clarín", 19.03.2002).

B. Elementos a resolver

Son los siguientes:

1. recepción de las tareas del actor ("fax operator") en el convenio colectivo 130/75,
2. diferencias salariales,
3. diferencias indemnizatorias,
4. tasa de interés aplicable,
5. regulación de honorarios.

C. Valoración de los elementos

a. Recepción de las tareas del actor ("fax operator") en el convenio colectivo 130/75

1. La categoría del actor, designada como Fax Operator no existe en el convenio colectivo 130/75, negociado y homologado 20 años antes de la Segunda Década Infame. mucho antes de la "modernización" alegada por el apelante, cuando todavía se llamaba "mercado" al mercado y no "marketing". Quien impone el idioma, impone las costumbres: los romanos, expertos globalizadores y modernizadores en su época, impusieron el latín no sólo en las transacciones comerciales sino también en el culto (el Ordo Misae de la Iglesia Católica) y en la cultura (Utopía, de Tomás Moro, en pleno siglo XV inglés fue escrita en latín).

2. Como enseñaran los grandes maestros de la disciplina (entre ellos TISSEMBAUM, DE LA CUEVA, BARBAGELATA) el alcance general de un convenio colectivo no depende de la representatividad empresaria sino de la sindical y, en el caso argentino, de la homologación de la Administración del Trabajo que extiende a todos los trabajadores de las actividades descriptas las normas negociadas. Como el Derecho valora conductas según normas (COSSIO dixit), la tesis indicada se expresa en la ley 14.250, art.4.

3. El demandado, empresa transnacional moderna, arribada a estas lejanas playas del Sur en la Segunda Década Infame, sostiene que sus actividades de control de preembarque de mercaderías para exportar no se halla comprendida en el convenio 135/70 por tratarse de un servicio. Al contestar la demanda sostiene que el objeto social de Sociedad General de Control SA y SGS Societé Generale de Surveillance SA son distintos.

Afirma que el actor trabajó para la primera, comprendida en el convenio colectivo mencionado, como cadete. Luego, en diciembre de 1997 fue transferido a la segunda, ajena al convenio mencionado, en la que trabajó como Fax Operator.

4. De las copias de estatutos obrantes en autos se advierte que la Sociedad General de Control SA, a partir del 26.12.1978 se denominará SGS Argentina SA (fs.155). De esa sociedad comercial forma parte la Societé Generale de Surveillance Holding SA (fs.163). En 1993, a fs.185 la entidad comercial modifica su objeto social agregando a las tareas de control, varias conductas comerciales, entre ellas la administración o explotación de depósitos o almacenajes, el transporte de mercaderías, la realización de mandatos, representaciones comerciales y comisiones.

En ese marco, el demandado sostiene que la empresa para la que el actor prestara labores como cadete estaba receptada en el convenio 135/70.

5. En autos no obra el estatuto de SGS Societé Generale de Surveillance SA del 06.10.1997 aunque figura una lectura sucinta de su objeto social en la pericia de fs.114. De esa lectura no cuestionada por las partes se deduce que el objeto de esta entidad extranjera, sujeta al Código Suizo de las Obligaciones (que unifica las obligaciones comerciales y civiles), es el de prestar servicios de vigilancia y control de mercaderías y conjuntos industriales.

Especialmente tales conductas se insertan en el proceso de producción, comercialización, manutención de los transportes, del almacenaje y distribución de productos.

6. Sentado ello, el testigo De Souza Leal sostiene que ambas empresas, la argentina y la extranjera se hallan relacionadas, dependiendo de Ginebra, hasta tal punto que Maurice Politi, gerente de SGS Societé Generale de Surveillance SA, es el Presidente de SGS Argentina SA (fs.145).

En ese marco, las tareas de la empresa y dentro de las del actor integran el proceso de comercialización de los productos extranjeros exportados ya que recibía y enviaba faxes, necesarios para el preembarque y la recepción de la mercadería en los puertos extranjeros. Sin las tareas de la empresa no hay comercio internacional posible, salvo, obvio, el contrabando. Por eso, las labores descriptas como "servicio" son, en realidad, comerciales. Sin las labores del actor la empresa no podría desarrollarse.

7. Desde siempre, el comercio a larga distancia dispone de medios auxiliares que integran la cadena. Los mensajeros a pie o a caballo, las señales de humo, el telégrafo, el teléfono, el fax, el correo electrónico, integran la cadena de comercialización ya que, en estos momentos de la globalización, el mundo se ha convertido en una aldea global en la que todos se hallan relacionados.

En el régimen argentino quienes presten tareas de esta índole se hallan comprendidos en el convenio 130/75, salvo que rija un convenio específico: el tema ha sido captado por el demandado cuando sostiene que dicho convenio ha sido utilizado "como un marco convencional por decantación" (fs.262, línea 19ª.).

Si no estaba de acuerdo con dicho marco, la solución estaba al alcance de la mano del demandado: haber iniciado las gestiones para celebrar un convenio colectivo de empresa, perfectamente válido en las actuales condiciones modernas de la normativa de la Segunda Década Infame. Como nada hizo al respecto, la queja debe desatenderse.

8. Asimilar el Fax Operator a la categoría de administrativo A del convenio 130/75 es razonable, por lo que la queja debe rechazarse.

b. Diferencias salariales

Sentado ello, cabe confirmar la sentencia en referencia a las sumas adeudadas por aplicación del art. 40.

c. Diferencias indemnizatorias

1. Tiene razón el demandado en cuanto a que la antigüedad del actor al momento del despido era de 4 años, 3 meses y 17 días, por lo que los períodos a computar son 5 y no 6 como sostiene la sentencia.

2. Por ello, cabe revocar la sentencia, retirando de condena la suma de \$ 1.670.

d. Tasa de interés aplicable

1. La misma es razonable y responde a las fluctuaciones del mercado, por lo que debe confirmarse. Ya en mi tesis doctoral (Depreciación monetaria y deudas laborales, Plus Ultra, Bs.As, 1974) que sirviera de base a la primera ley indexatoria (20.695) se explicó la diferencia estructural entre interés (precio del tiempo) y actualización monetaria (recomposición del capital erosionado por la inflación)

2. Por ello, la queja debe desatenderse.

e. Regulación de honorarios.

Los mismos son razonables, por lo que deben confirmarse.

D. Decisión

Corresponde:

1. Receptar parcialmente la apelación del demandado, retirando de condena la suma de \$1.670 y confirmando la sentencia en lo restante.

- 2.Rechazar la apelación de la perito contadora.
 - 3.Distribuir las costas de alzada por su orden.
 - 4.Regular los honorarios de alzada sobre los de primera instancia en el 25% para cada uno de los letrados intervinientes.
- II. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Comparto el voto que antecede, con excepción de lo expresado en I.-A.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

En lo que ha sido materia sometida a mi conocimiento, adhiero al voto del Doctor Horacio Héctor de la Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Modificar la sentencia apelada, retirando de la condena la suma de \$1.670.- II) Confirmar el fallo de grado en lo restante que decide. III) Imponer las costas de alzada por su orden. IIII) Regular los honorarios de segunda instancia en el 25% para cada uno de los letrados intervinientes sobre lo regulado en la anterior etapa.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 23.Carga de la prueba

SALA VI

EXPEDIENTE N° 12.776/00

JUZGADO N° 46

AUTOS: "TURCONI SERGIO LUIS C/ EMPORIO AUTOMOTORES S.R.L. S/ DESPIDO"

Sentencia 54.594.

Buenos Aires, 8 de febrero del 2002

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. Las apelaciones del demandado y del perito calígrafo deben resolverse:

A. Marco referencial democrático

a. Descrédito general del Poder Judicial

1. En el "horizonte de sentido" (Emmanuel Lévinas dixit) de toda decisión pero sobre todo de la judicial, se muestra la responsabilidad del decisor respecto de la satisfacción y del dolor de quienes serán alcanzados por la misma. Por ello, debe alejar del corazón y de la mente, toda sensación caín-esca (de desinterés por la suerte de los hermanos comprometidos en la misma) ya que "la relación de un pasado al margen de todo presente está incluida en el acontecimiento, extraordinario y cotidiano, de mi responsabilidad por las faltas o las desdichas de los otros" (Emmanuel Lévinas, "De otro modo que ser, o más allá de la esencia", Sigüeme, Salamanca, 1995, pág. 54). Siendo así, en la construcción diaria de la Democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal, para lograr el resultado con el menor dolor posible. Toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Esta visión "no es una utopía, es una esperanza, y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga" (cr. Germán Bidart Campos, "Derecho al desarrollo", prólogo). Ese deber se intensifica en momentos como los actuales, en los que, con motivo del fallo de la Corte Suprema en la causa de las armas (20.11.2001), anunciado ya por Adrián Ventura en "El borrador de la Corte" ("La Nación", 07.11.2001), en la sociedad civil se ha intensificado el descreimiento en la justicia como valor y en el Poder Judicial como su vehículo. Una encuesta del Centro de Estudios de Opinión Pública descubre que "el 81% de los consultados cree que es consecuencia de una decisión política. Y el 44% ahora confía menos en la Justicia. La sociedad tiene un profundo convencimiento de que la liberación del ex presidente Carlos Menem obedeció a una decisión política y no a la aplicación estricta de la ley. Eso es lo que piensan ocho de cada diez personas" (cr. "El 76,1%, en desacuerdo con la liberación de Menem", en "Clarín", 26.11.2001). Esta realidad, tal cual como una nueva versión del "vox populi, vox dei", conlleva a que se haya calificado duramente a la Corte (cr. Lanata, Jorge, "Corte Suprema, vergüenza nacional", en "Veintitres", 22.11.2001, pág. 6).
2. La decisión meramente formal, utilizada por la doctrina tradicional y los meros narradores

de normas, se queda en la superficie del Derecho sin ahondar en las profundidades del caso concreto, constituido no sólo por normas sino también por realidades, valores y conducta transformadora, como expresa la Teoría Sistemática del Derecho Social, de acuerdo a la cual el Derecho (d) es un conjunto, integrado por dos entradas, la realidad (r) y los valores (v) y dos salidas, las normas (n) y la conducta transformadora (t), pudiendo formularse: $d = (r + v) + (n + t)$. El Derecho, ciencia social y como tal blanda (en contraposición a las naturales o a las matemáticas, calificables como duras), integra la "vida humana objetivada" (Luis Recanses Siches, "Filosofía del Derecho", Porrúa, México, 1959, pág. 97). Por ello debe tener en cuenta el mundo en que se pronuncia la sentencia y el sentido de la Historia.

3. Sin traspasar experiencias culturales en las que dictar justicia era una tarea sacerdotal, cabe recordar que una decisión fundada en consideraciones reales, axiológicas y normativas, transforma parte de la realidad injusta. Si, además es seria, puede, al hilo del modelo-seguimiento, influir, dentro y fuera del país, ya que en un mundo globalizado, 'nihil humani a me alienum puto', como dijera Terencio en medio de una de las grandes globalizaciones que conociera la humanidad. De este modo, el juez, ubicado en la realidad y mirándola con ojos bien abiertos como la Justicia esculpida por Lola Mora que se halla ante la Casa de Gobierno de Jujuy, oteando el horizonte como los paisanos sureros para orientar su marcha, concreta un reparto de justicia, no sólo para el caso concreto sino también para el mundo. Sabiéndolo o no, tiende a la definitiva Decisión, a pronunciarse en el Juicio Final. Dicho acontecimiento escatológico cierra la Historia para siempre. Soñado en todas las civilizaciones, obrante en las grandes religiones (Werner Goldschmidt, "Introducción al Derecho", cap. I.) y magníficamente concretado por Miguel Ángel en la Capilla Sixtina siempre interpela la conciencia de la humanidad.

De tal modo, desde el modesto lugar de cada uno se desactivará la agudamente calificada "democracia taciturna" en que "los ciudadanos ejercen el derecho a elegir y ser elegidos, están libres de dictaduras, no temen por su vida, pero están excluidos de los beneficios sociales y económicos. En ese mar globalizado hay, para ellos, cantos de sirenas, innumerables peligros de naufragio. Un escenario aplicable a cualquier ciudadano de América latina, Asia y África, pero también a los bolsos de marginalidad de las grandes potencias industriales de Occidente" (Marta Seone, "La Odisea de la democracia", en "Clarín", "Zona", 23.01.2000).

Como "sólo el realismo conduce a resultados concretos porque el positivismo es chato y el idealismo fantasioso" (Mario Bunge, "Las ciencias sociales, hoy", en 'Clarín', 30.04.98), el presente caso debe resolverse teniendo en cuenta la realidad, los valores y las normas, buscando que la decisión consolide espacios de Justicia y tal vez, al hilo del modelo-seguimiento, influya en otras latitudes porque en un mundo globalizado también se ha globalizado la Justicia. En una especie de suma positiva ($1 + 1 = 2$), las relaciones laborales se basan en el respeto mutuo, en la buena fe y en el sentido común, guardando en los archivos de la historia, junto con el arado de manceras y las ruelas de nuestras abuelas, el autoritarismo empresario, operación de resultado negativo ($1 - 1 = 0$), en que la ventaja de uno se logra por la desventaja del otro. Como expresa Amartya K. Sen, Premio Nobel de Economía 1998, "El asunto se vuelve particularmente relevante cuando se examina la posibilidad de tener un sistema moral sustantivo que dé absoluta prioridad a ciertas restricciones relacionadas con los derechos. En tal sistema, los derechos imponen restricciones que no pueden ser relajadas y que tienen el efecto de excluir ciertas alternativas. Las personas han de obedecer tales restricciones, no importan qué otras cosas puedan o no hacer" ("Bienestar, justicia y mercado", Paidós, Barcelona, 1997, pág.102).

b. Función de los Derechos Humanos

1. Los Derechos Humanos irradian su eficacia no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad civil y las empresas hasta tal punto que "el principal papel del Juez reside en su independencia para velar las libertades públicas y acrecentar el respeto por los Derechos Humanos porque el Poder Judicial tiene un compromiso histórico y moral con la preservación de la dignidad del hombre" (Benedito Calheiros Bomfim, "A Crise do Direito e do Judiciário", Destaque, Río de Janeiro, 1999, pág. 71). Este compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva constitucional expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la Constitución vigente. Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son superiores a las leyes, ya no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, "Méndez Valles, Fernando c/A.M.Pescio SCA", 26.12.1995). Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24).

2. Los instrumentos indicados, basados en la dignidad del hombre, buscan la dignificación del

trabajador como parte hipo-suficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente a las indemnizaciones han de considerarse como elemento axiológico y no como componente económico de los costos. La dignidad del hombre, fuerza que surge de su naturaleza y se expande a todos los componentes de la sociedad civil, se ha expresado en la Carta Internacional de derechos humanos, especialmente en la Declaración Universal de derechos humanos (art. 1) y en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 3). También en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo). A tal punto es así que la eficiencia jurídica de un país no se mide por la cantidad de leyes sancionadas ni por el número de tribunales sino por el modo cómo es tratado en la norma y en la jurisprudencia el ser más débil de la relación (Enrique Marí, X Conferencia Nacional de Abogados, Rosario, 1983, ad sensum, citado por Liliana Beatriz Constante, "Acción de amparo. Sistema de derechos de base constitucional", en "La Ley", 14.10.1999, pág. 3), adelantando así el tratamiento que la humanidad entera recibirá en el Juicio Final que cierra la Historia. Juan Pablo II, el 14.04.2000, al recibir al nuevo Embajador argentino ante el Vaticano, ha afirmado: "El crecimiento de un país no se puede medir exclusivamente por la riqueza que produce... Si bien la producción de la riqueza es una condición indispensable para el bienestar de una nación, cuando se relega alguna de las dimensiones esenciales del desarrollo integral se corre el riesgo de crear nuevos desequilibrios y, a fin de cuentas, poner en peligro incluso las conquistas ya logradas». Por eso, es decisivo que "los programas de un gobierno para impulsar decididamente el crecimiento de la nación tengan en cuenta la integridad del progreso del ser humano, que es individual y social al mismo tiempo, y en el que los valores espirituales y religiosos no son menos básicos que los materiales" "No basta un incremento de la producción si ésta no se transforma en bienestar real para todos", "No puede haber un verdadero bienestar sin una adecuada educación en los diversos niveles y accesible a todos, un orden social justo y una administración de justicia ágil". "No se construirá un futuro sólido y esperanzador si se abandonan los valores e instituciones básicas de toda sociedad, como la familia, la protección de los menores y los más desasistidos..." "Estos valores son patrimonio común, que han de ser defendidos también en los foros internacionales para ofrecer un futuro más esperanzador a todo el género humano" (en "Zenit", on line, 14.04.2000).

3. La eficacia de los Derechos Humanos se irradia sobre el Estado, la sociedad civil y las empresas. Para consolidar la Justicia y la dignidad del hombre en el caso concreto, el Poder Judicial ha de conducir la energía condensada en aquéllos y aplicarla a la situación. Ese compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva expresada en el art. 14 y en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Siendo los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22 superiores a las leyes, no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, hasta tal punto que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, "Méndez Valles, Fernando c/ A.M. Pescio SCA", 26.12.95). Tampoco se puede obviar la Declaración Sociolaboral del Mercosur, porque, emanando del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24). Como bien han enseñado Carlos Cossio, Werner Goldschmidt, Miguel Reale, el positivismo jurídico, al no cuestionar la realidad desde los Valores, convalida injusticias y desaciertos. Por otra parte, bueno es recordar que el positivismo legalizó los crímenes condenados en los Tribunales de Nüremberg (cr. Ray D'Addario y Klaus Kastner, "Der Nürnberg Prozess", Hofmann. Nüremberg, 1994), Tokio, Bosnia. Por ambas razones, debe ser dejado de lado y archivado en los museos de la Historia, junto con la rueca de nuestras abuelas y el arado de mancera.

c. Sentido global de la decisión

1. Quienes se encierran en las fronteras nacionales para juzgar y decidir mientras las mismas son ultra pasadas por la información y la circulación electrónica del dinero, semejan peces en una pecera que confunden su pequeño medio ambiente con el avasallante mar. Por eso, en un mundo global, la sentencia concreta adquiere una dimensión planetaria.

2. Llegado el caso, debe ser comunicada a los organismos internacionales relacionados con el tema que se resuelve. Así como "los hombres no son islas", tampoco lo son los países. Por eso, como todo juez vive en el mundo, debe comunicar su decisión al mundo, mediante los medios protocolares del caso y también mediante Internet: la tecnología al servicio no sólo de los intereses económicos sino también al servicio de la Justicia. Al respecto, puede usarse el Sitio Web del Equipo Federal del Trabajo (www.eft.com.ar) y el del Grupo de Estudios de Derecho Social (www.derechosocial.com).

B. Realidad en debate ®

Los elementos planteados en la apelación del demandado y en la del perito calígrafo son los siguientes:

1. Horario de trabajo del actor
2. Fecha de ingreso del actor
3. Deficiencias registrales
4. Remuneración del actor
5. Tasa de interés
6. Honorarios del perito calígrafo

C. Valoración

a. Menú valorativo (v)

Como los valores de justicia social, solidaridad y cooperación se expresan en los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, el menú para solucionar el presente caso se compone de los siguientes:

1. a un orden social justo

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 28

2. a condiciones dignas de trabajo

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23

3. a la propiedad privada

Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9

Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 21

b. Menú normativo (n)

Las normas funcionan como conceptos mediante los que el Derecho recepta y valora las conductas (cr. Carlos Cossio, "La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1964, pág. 51).

El menú operativo en este caso es el siguiente:

1. Constitucionales

Derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo (CN art. 14 bis)

Derecho a la propiedad privada (art. 17)

2. Superiores a las leyes

Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el Trabajo

Declaración Sociolaboral del MERCOSUR

3. Legales

Jornada de trabajo (RCT art. 196 y concordantes)

Elementos salariales (RCT art. 103 y concordantes)

Elementos registrales (RCT art. 52 y concordantes)

Tasa de interés (CC art. 622 y concordantes)

Honorarios (LO arts. 99 y 104)

D. Decisión como conducta transformadora de la realidad (t)

a. Horario de trabajo

1. El actor ha trabajado en la agencia de automotores del demandado, sita en Vicente López, de lunes a sábado de 08 a 20 hs., con un intervalo de 1 hora para almorzar. También trabajaba los domingos, de 09 a 20 hs. El demandado niega ese horario. Sostiene que el actor ha trabajado de lunes a viernes desde las 09 a las 13 hs. y desde las 15 a las 19 hs. Los sábados trabajaba de 09 a 13 hs. No trabajaba los domingos.

Como los testimonios ofrecidos por la demandada sostienen que la agencia funcionaba como "show room", la sentencia que concluye que "si ésta era la principal función (del establecimiento) no se entiende por qué no trabajaban los domingos que es el día ideal para trabajar en la exhibición de vehículos", por lo que, apoyándose en los testigos ofrecidos por el actor, acepta el horario descrito en la demanda.

2. El demandado, como variable de máxima, niega el trabajo en sábado por la tarde y en domingo y, como variables de mínima, elabora argumentos relacionados con la ausencia de prueba exacta de las horas trabajadas, la excepción horaria por haber sido encargado de la agencia, y por haber trabajado a comisión, la ausencia de discriminación de las horas supuestamente trabajadas, la ausencia de pedido de compensación horaria en los términos de RCT arts. 204 y 207. Se aprecia de inmediato que la estrategia utilizada es contradictoria porque se basa en la ausencia de horas suplementarias (variable de máxima) o en que, habiendo sido trabajadas, no generan recargo (variables de mínima).

2.1. Variable de máxima

2.1.1. En su primer argumento de máxima, el apelante sostiene que en la zona de Vicente López las agencias de automotores no trabajan los sábados y domingos porque en esos días se ha prohibido el estacionamiento dado el intenso tráfico. Afirma, además, que el testigo Schlesinger (fs. 149) declara que en la agencia no se trabajaba en sábado por la tarde ni en

domingo. Como al contestarse la demanda no se ha argumentado que en la zona mencionada las agencias no trabajaran sábado y domingo porque está prohibido el estacionamiento, no luce serio sostener en la apelación lo que no se ha desarrollado a lo largo del proceso. Sentado ello, quien visita Long Island en sábado o domingo observa que ciertas agencias de automotores, operando como "salones de exhibición" (así, en español, por la penetración cultural latina), abren en esos días. Por la globalización, lo mismo sucede en estas lejanas playas del Sur, en que los "show room" (nombre impuesto por la penetración cultural de la CNN) también abren los fines de semana: incluso varias agencias, tanto de lanchas como de automotores, desde Vicente López a Tigre, tienen playa de estacionamiento para los clientes, como puede observar quienquiera pasee por esos lugares. Por otra parte, los testimonios en que se basa el sentenciante para apoyar su decisión no han sido criticados en la queja.

Por ello, el argumento debe rechazarse.

2.1.2. El segundo argumento de máxima consiste en el silencio del trabajador durante la relación y la consecuente presunción de que no hubiera trabajado en horas suplementarias.

2.1.2.1. Dicho argumento menoscaba la realidad de que esa conducta del trabajador no es sino obligada resignación ante el hecho consumado y necesidad de seguir trabajando aunque sea en condiciones injustas porque el desempleo disciplina cualquier resistencia, como afirmó esta Sala en "Bariain".

El tema ha sido destacado: "El 40% de los trabajadores argentinos posee algún grado de temor a perder su empleo, hecho que habla a las claras de la presión que ejerce la desocupación sobre las condiciones laborales. De ellos, la mitad manifestó tener "mucho" miedo a quedarse sin trabajo. Esta sensación de desamparo es mayor en las ciudades que más alta tasa de desocupación padecen, como Rosario (17,6%), Tucumán (17,1%) y Córdoba (16,1 por ciento). Así se desprende de un informe de evaluación de la oferta de trabajo elaborado por la Fundación Mercado en octubre último entre 4165 familias de Capital Federal, Córdoba, Rosario, Mendoza, Tucumán, Bahía Blanca y Neuquén" ("La Nación", 21.11.1999). Lo mismo sucede en Brasil (cr. Alice Monteiro de Barros (cr. "Limites de la renuncia y de la transacción judicial o extrajudicial" en ST, 101/97. noviembre 1997, pág.7). Por el temor al desempleo, Wolfgang Däubler explica que muchos trabajadores recién reclaman sus derechos cuando ha finalizado la relación laboral (cr. "Das Arbeitsrecht", Rowohlt, Hamburgo, 1989, tomo I, pág. 152). Dicho temor obra como supuesto de aquellos ordenamientos jurídicos laborales que cuentan la prescripción no desde la mora del empleador sino desde la extinción de la relación.

2.1.2.2. El argumento no responde a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y menoscaba que ningún acreedor civil o comercial (una entidad bancaria, por ejemplo) dejará de perseguir su crédito por haber guardado silencio frente al incumplimiento del deudor.

El silencio de la víctima de un incumplimiento no lo convierte en cumplimiento porque el axioma "qui tacet consentire videtur" sólo se aplica cuando sobre el silente pesa la carga de expresarse y no lo hace, quedando configurado "qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset". Esta mejora del axioma romano, realizada por el derecho canónico y receptada en el art. 919 C.C., no ha sido advertida por el apelante y, sin embargo, es fundamental. A tal punto es así, que el silencio del empleador funciona como supuesto de presunción en su contra cuando es intimado, no en otra circunstancia (RCT art. 57). El silencio del trabajador, por su parte, sólo funciona en su contra cuando no cuestiona las suspensiones disciplinarias (RCT arts 67 y 222), no responde a una intimación procedente (RCT art. 57, por analogía), no notifica al empleador que hará uso de las vacaciones no otorgadas (RCT art. 157) o del descanso compensatorio correspondiente (RCT art. 207). A tal punto es así, que el silencio de las víctimas (el denominado "silencio de los inocentes") no purga los horrores de los verdugos, como se afirmó en el Tribunal de Nüremberg (cr. Ray d'Addario y Klaus Kastner, "Der Nürnberger Prozess", Hoffman, Nürnberg, 1994).

El trabajador, al no pesar en su esfera la carga de oponerse a la injusticia y no ser obligado por el "qui tacet", puede guardar silencio y, oportunamente, reclamar las diferencias salariales no prescriptas: el pago insuficiente del salario es, simplemente, un pago a cuenta (RCT art. 260).

2.2. Variables de mínima

2.2.1. La primera variable menoscaba que el actor ha probado el trabajo suplementario mediante testimonios tenidos en cuenta por la sentencia y no criticados en la apelación.

Por ello, la queja debe rechazarse.

2.2.2. La segunda variable menoscaba que en la demanda el actor se presenta como

vendedor en la agencia, no como empleado jerárquico.

Por ello, la queja debe rechazarse.

2.2.3. La tercera variable menoscaba que tanto en la demanda como en su contestación el actor ha sido remunerado mediante salario fijo más comisión, no solamente a comisión.

2.2.4. La cuarta variable refiere a la discriminación de las horas suplementarias, que el actor no ha realizado.

Como ninguna norma carga al trabajador con ese deber, la queja debe rechazarse.

2.2.5. La quinta variable refiere a que, durante la relación laboral no ha reclamado el franco compensatorio.

Al respecto, cabe reiterar lo que he expresado en "Derecho del Trabajo" (Platense, La Plata, 1998, párs.463 y ss.): "463. Si el descanso compensatorio no fuese otorgado por el empleador, el trabajador puede tutelar su derecho al mismo asumiendo por su cuenta el tiempo libre. RCT art. 207 la autotutela de acuerdo al siguiente esquema: tiempo hábil, comunicación al empleador, consecuencia sancionatoria. ... 472. Muchas veces el temor de perder el empleo o el desconocimiento de sus posibilidades de autotutela llevan al trabajador a no ejercerlas. Si no se autotutela, el trabajo realizado en los días que debiendo dedicarse al descanso compensatorio no lo fueron, deviene suplementario, generando el recargo del 50% por haberse realizado en días normales (RCT art. 202). El recargo no refiere al trabajo realizado en el fin de semana anterior sino al efectuado en los días normales de la semana siguiente a aquélla en que el franco compensatorio debió ser permitido y no lo fuera. Esta deuda puede ser perseguida sine die por el trabajador salvo que sea alcanzada por la prescripción. La doctrina tradicional y la jurisprudencia consecuente no aceptan la propuesta por considerar que el descanso no puede compensarse en dinero. La teoría sistémica, al contrario, considera que no se trata de compensar tiempo libre no gozado y remuneración sino de tipificar al trabajo como corresponde y remunerarlo en consecuencia. Así de simple".

Por ello, la queja debe rechazarse.

b. Fecha de ingreso del actor

1. El señor Juez, en una excelente argumentación por el absurdo (digna de figurar en una versión actualizada de "El rinoceronte" de Ionesco), sostiene que de aceptarse la registración del demandado, el actor hubiera ingresado antes de 1996, siendo que en la demanda afirma haber ingresado en 1997.

2. Esa aguda argumentación no ha sido criticada por el apelante quien se refiere a otro aspecto de la prueba.

Por ello, la queja debe rechazarse.

c. Deficiencias registrales

1. El argumento elaborado, al pretender probar demasiado, nada prueba porque no se trata de demostrar la situación de otros trabajadores sino de probar, dado que existen deficiencias registrales relativas a ellos, la registración tiene serias falencias.

2. Por ello, la queja debe rechazarse.

d. Remuneración del actor

1. Pese a que en autos obran recibos por montos inferiores a los indicados en la demanda, cabe tener en cuenta que los testigos de fs. 130 y 131 mencionan cifras salariales diferentes y superiores a las consignadas en los recibos y en los libros contables.

Todo ello hace surgir la presunción de RCT art. 55, que no ha sido rebatida por el demandado.

2. Por ello, la queja debe rechazarse.

e. Tasa de interés

1. Cabe regular los intereses de acuerdo a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de crédito, como ha resuelto esta Sala en "Cappello, Verónica Andrea c/ Instituto Privado de nutrición y metabolismo" (26.12.1999) en que el dr. De La Fuente adhirió a mi posición.

2. Sin perjuicio de reiterar que la doctrina de la Corte Suprema no es obligatoria por no ser tribunal de casación, cabe tener presente que su posición en materia de intereses ha sido lo suficientemente flexible como para decidir en un momento la tasa pasiva, en otro reconocer que los jueces tienen libertad al respecto y en un tercero establecer la tasa activa, como expresa en "Zacarías, Claudio c/ Provincia de Córdoba y otros" (28.04.1998), por lo que argumentar con uno de esos momentos o con otra tasa "usual en el fuero" desconoce el fluir de los acontecimientos y de las decisiones.

3. Por ello, la queja debe rechazarse.

f. Honorarios del perito calígrafo

1. Los mismos son razonables, por lo que deben confirmarse.

2. Por ello, la queja debe rechazarse.

g. Conducta del Poder Judicial ante la clandestinización parcial del actor

1. Dado que el actor ha sido parcialmente clandestinado en los salarios y en el ingreso, cabe tener en cuenta que dicha conducta del empleador debe ser policialmente sancionada aunque no procedan, por las razones apuntadas en la sentencia, las indemnizaciones establecidas en la ley 24.013.

2. Cabe tener en cuenta los siguientes elementos:

Estructura de la clandestinidad

1. La clandestinización total o parcial de la relación laboral es un modo sofisticado de discriminación ya que excluye del universo normativo a los trabajadores afectados y un modo claro de hipocresía que castiga a los inocentes. Al respecto resuenan las expresiones de Juan Pablo II el Viernes Santo del 2000: "La negación de la verdad ha generado sufrimiento y muerte y son los inocentes los que pagan el precio de la hipocresía humana". "No es suficiente lavarse las manos, queda siempre la responsabilidad por la sangre de los inocentes" (cr. "Clarín", 22.04.2000).

La OIT, "considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades, y considerando además que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adopta, con fecha veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958: Artículo 1.1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación".

La clandestinización, total o parcial, es un virus que perjudica a los trabajadores, a los empleadores cumplientes, al Estado y atenta al proceso de integración económica del Mercosur.

2. Por eso, debe ser sancionado severamente por el Poder Judicial y, en los límites de su competencia, informado al Ministerio de Trabajo y a la Organización Internacional del Trabajo.

Clandestinidad y sanciones policiales

1. Como el demandado ha dejado de cumplir con una obligación laboral, cual es la de registrar debidamente la relación, cabe librar oficio al Ministerio de Trabajo a los efectos de las consecuencias policiales de su inconducta.

2. El derecho penal del trabajo busca que el bien común, agredido por los incumplimientos substanciales o formales del empleador, sea respetado para lo cual las sanciones administrativas que se imponen al incumpliente, si bien no son severas, tienen un sentido y contenido hominizador. Una vez comprobada en sede judicial el incumplimiento del empleador, debe el tribunal remitir copia de la sentencia a la Administración del Trabajo para que proceda policialmente de acuerdo a las facultades regladas por la ley 25.212 (B.O.06.01.2000) que substancialmente reitera las establecidas anteriormente por los decretos leyes 18694/70 y 18695/70 (B.O. 03.06.1970) y sus modificatorias.

El derecho penal del trabajo concreta el principio protector del mundo del trabajo y las inspecciones policiales consolidan la paz social dentro de las empresas evitando, sancionan los abusos de los empleadores, evitan la competencia desleal de los incumplientes. Jean Claude Javillier arriba a las dos primeras conclusiones (cr. "Droit du Travail", LGDJ, París, 1996, pár.50).

3. Sentado ello, el incumplimiento obligacional del empleador debe ser comunicado a la Administración del Trabajo para que aplique las sanciones policiales del caso, de acuerdo a la ley 25.212 (B.O.06.01.2000).

Carga informativa

1. El art. 17 de la ley de empleo (24.013) impone la carga de denuncia en el funcionario estatal (administrativo o judicial) cuando se ha dictado resolución reconociendo el derecho del trabajador a percibir las indemnizaciones por clandestinidad o se ha homologado un acuerdo conciliatorio sobre ellas. La denuncia debe efectuarse ante el Sistema Único de Registro Laboral. Esa carga de denuncia se inscribe en el deber general de no encubrir inconductas (art. 277.6 del Código Penal) y supone condena indemnizatoria. La finalidad de la denuncia es proteger el bien común, agredido por el virus de la clandestinidad.

2. Corresponde que la Alzada libre oficio al Ministerio de Trabajo a los efectos del art. 17 de la ley 24.013 poniendo en conocimiento de la autoridad de aplicación la clandestinización del actor.

Clandestinidad y OIT

El derecho laboral comparado muestra diversos modos cómo los Estados sancionan negativamente la discriminación en el trabajo (cr. Baker y Mc Kenzie, "Worldwide Guide to Termination, Employment Discrimination, And Workplace Harassment Laws", 1999). En este caso, el convenio 111 de la OIT, siendo superior a las leyes, abre un camino, seguido por la OIT que se ha empeñado en erradicar la discriminación en las relaciones laborales, y así lo ha expresado en la "Declaración sobre principios y los derechos fundamentales en el trabajo" (1998), decisión que compromete a nuestro país en la medida que es miembro de la Organización.

El texto de la Declaración, en su parte pertinente, expresa: "...todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación...." "...para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración.....".

Teniendo en cuenta que el Poder Judicial es uno de los poderes del Estado interesado en que esta Declaración se cumpla, cabe enviar copia de esta sentencia a la Organización, a sus oficinas en Buenos Aires.

Esta Sala ya lo hizo así en "Bravo, Walter Edgardo c/ Unilever de Argentina SA s/despido" (sentencia del 05.03.1999) en la que el dr. Fernández Madrid adhirió a mi propuesta.

Clandestinidad y MERCOSUR

1. La Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) reconoce entre los derechos individuales de los trabajadores el de igualdad de trato: "Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social ó familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo." (art. 1).

En nuestro país es derecho aplicable, superior a las leyes, por provenir del Tratado de Asunción (CN art. 75. inc. 22). Cabe reconocer, además, que, al recoger las normas de Derechos Humanos, forma parte del ius cogens internacional (cr. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su aplicabilidad judicial", Montevideo, 2000). Julio Godio destaca que "debe ser considerada fundamentalmente como el cuerpo doctrinario de una cultura del trabajo progresista, el cimiento social de las democracias políticas en la región" (cr. "Mercosur Sociolaboral", OIT, Bs.As., 1999, pág.47).

2. Como la clandestinidad indicada viola la igualdad de trato, cabe enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo para que la tenga en cuenta cuando redacte la Memoria Anual respecto de la Declaración Sociolaboral. Cabe recordar que el Poder Judicial, como poder estatal, ha de cumplir esta Declaración, superior a las leyes por provenir del Tratado de Asunción y hacerla cumplir, denunciando en este caso la situación a la Administración del Trabajo a los efectos de una mejor redacción de la Memoria Anual (arts. 2º y 23).

h. Conclusión

Por todo ello, corresponde: 1. rechazar la apelación del demandado, con costas de alzada; 2. rechazar la apelación del perito calígrafo; 3. en base a la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts., 17, 23 y 28; al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9; al Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, art. 21; a la Constitución Nacional arts. 14 bis y 17; a la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo; a la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR; a RCT arts. 52, 99, 103, 104, 196; CC art. 622; LO 99 y 104, confirmar la sentencia recurrida; 4. sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda, correspondientes al letrado del actor en el 30% y al letrado del demandado en el 25%; 5. enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo y a la OIT en sus oficinas de Buenos Aires, a sus efectos.

II. Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

La sentencia de primera instancia que reconoce al actor el derecho a percibir horas extraordinarias y aplica a ese crédito una tasa equivalente a la tasa activa que cobra el Banco Nación para operaciones comunes de descuento, es apelado por la demandada sin debida fundamentación. Al respecto, cabe señalar que los argumentos que se desarrollan en el escrito de fs. 194/197 no contradicen la sentencia de grado con basamento en hechos y prueba existente en la causa.

En primer lugar, el actor no era encargado de sucursal sin que se agregue ningún elemento que justifique un juicio distinto.

En segundo lugar, el silencio del reclamante carece de todo significado ya que nada lo obligaba a peticionar durante la relación de trabajo y por las razones que da el Dr. Capón Filas, su crédito.

En tercer lugar, tampoco se puede requerir una discriminación exacta de las horas extras, mes por mes, al formular la demanda y recuerdo que este rubro puede probarse por cualquier medio y no está sujeto a un tipo de reconocimiento del de otros hechos.

Por último, los puntos que podían ser motivo de una pericia contable deben resolverse a favor del actor ya que se encuentra comprobado y no desvirtuado que los libros de la demandada han sido mal llevados (art. 55 LCT).

Por lo expuesto y argumentos propios del fallo, propiciaré la confirmación de la sentencia de primera instancia. Las deficiencias registrales de la demandada comprobada por la sentencia de primera instancia deben ser comunicadas a la AFIP en lo pertinente a las costas y honorarios participo del voto del Dr. Capón Filas.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar el fallo apelado. II) Imponer las costas de alzada a cargo de la parte demandada. III) Regular los honorarios de segunda instancia del letrado del actor en el 30% y en el 25% para el letrado del demandado, respectivamente de lo que les corresponde percibir por su labor en la anterior etapa. IV) Comunicar a la AFIP las deficiencias registrales de la demandada comprobadas en la sentencia de primera instancia.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan.

Caso 24. Haz de indicios y prueba

RCT art.23 y haz de indicios. Ninguna prueba existe de que el actor fuese un empresario independiente que pudiera haber buscado "alternativas comerciales" en el establecimiento de Bo, lo que, al menos, permite un indicio para descubrir la realidad, mediante la técnica denominada, precisamente, "haz de indicios". Esa técnica se ha convertido en una característica común del Derecho del trabajo. Dicha técnica no consiste en verificar que todos los indicios se encuentran en la situación analizada, sino, por el contrario, en inducir de la unión de varios de ellos la existencia de un vínculo de subordinación. El contenido de este haz de indicios varía de un país a otro. Puede citarse un ejemplo de la lista (no exhaustiva) de los mismos: el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo; en la práctica realiza el trabajo él mismo; su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras; la relación entre las partes tiene una cierta permanencia; la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad; el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo del trabajo; los medios de trabajo son aportados por la otra parte; los gastos profesionales están a cargo de la otra parte; el trabajo es remunerado; el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado. La sumisión técnica a las órdenes de otro en la ejecución del trabajo importa menos que el hecho de depender de otro para ganarse el sustento. Por ello una parte de la doctrina propone ampliar la noción de trabajo por cuenta ajena, para yugular las huidas del Derecho del trabajo. Esta tesis ha sido defendida en particular, por el profesor Rolf Wank, para quien la sumisión a órdenes ya no se puede considerar como elemento característico del asalariado. La necesidad de protección no está vinculada, según esta tesis, a esta sujeción, sino al hecho de depender económicamente de un solo empresario. Esta dependencia económica podría estar caracterizada por los elementos siguientes: 1. trabajo realizado personalmente, sin ayuda; 2. trabajo realizado por cuenta de un solo empresario; 3. trabajo realizado básicamente sin capitales propios; 4. trabajo

integrado en una organización ajena (Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Flammarion, Paris, 1999, pág.49). 5.Siguiendo la línea de que el actor fue presentado por un demandado al otro, que concurría al establecimiento, que no era un empresario in-dependiente que pudiera encontrar "alternativas comerciales", que fue obligado a retirarse por "inconductas personales" (que no se detallan ni se prueban), comienza a manifestarse en el horizonte la relación de empleo, tal como la aurora manifiesta el sol.

SALA VI

EXPTE. Nº 17.893/00

JUZGADO Nº 58

AUTOS: "SEEFELD ALFREDO C/BO JUAN JOSE Y OTRO S/DESPIDO"

Sentencia 55.048

Buenos Aires, 8 de Julio de 2002

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. Los datos del proceso son los siguientes:

1.El actor sostiene haber ingresado a trabajar para ambos demandados el 01.07.98 y haberse considerado despedido el 07.06.2000.

1.1.La sentencia:

1.1.1.En base a varios testimonios, considera que ambos demandados eran socios y empleadores del actor y los condena a satisfacer sumas salariales y por despido.

1.1.2.Dado que el actor afirma haber sido despedido verbalmente antes de intimar la regularización registral, rechaza las indemnizaciones por la ley 24013 (Ley de Empleo), ley que cuando fuera sancionada, fue "marketineada" como "la" solución a la clandestinidad, aplicando el decreto 2725/91 art.3 por el cual la procedencia de las indemnizaciones se condiciona a que la intimación para regularizar la relación se hubiera efectuado subsistiendo el vínculo laboral.

1.1.3.Establece la indemnización por despido en base al límite convencional vigente, denunciado por el actor al presentar la demanda.

1.1.4.Nada expresa respecto del presentismo, elemento incorporado por el actor en la liquidación de la demanda pero no elaborado en su texto.

1.2. El demandado Sánchez Avila (fs.358) critica la sentencia porque lo considera socio del otro demandado, sin tener en cuenta que las declaraciones en que se basa son confusas y sin evaluar las de Sánchez, la de Aijembom y la de Flaks.

Critica también la sentencia en cuanto el actor no ha probado nada respecto de las comisiones supuestamente adeudadas. Afirma que el caso de reclamo global de comisiones escapa a la presunción de RCT art.55 según la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires en sentencia del 13.08.1991.

1.3. El demandado Bo (fs.364) critica la sentencia:

1.3.1. Por basarse en algunas declaraciones sin valorar la de Sánchez y sin captar la de Aijembom y la de Flaks y en base a ellas aceptar la relación laboral.

1.3.2. Por decidir una suma remuneratoria sin base objetiva alguna, sobre todo teniendo en cuenta que fundamentalmente se compone de comisiones que escapan a la presunción de RCT art.55 según la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires en sentencia del 13.08.1991

1.4. El actor se queja porque:

1.4.1.La indemnización por despido nunca puede ser inferior a dos meses de salario por lo que el monto condenado debe ser revisado.

1.4.2.La sentencia no ha condenado a pagar el presentismo.

1.4.3.La sentencia no ha tenido en cuenta que el actor se ha considerado despedido luego de haber intimado la regularización registral, por lo que corresponden las indemnizaciones por la Ley de Empleo.

1.5.Los honorarios han sido apelados por el letrado del actor y por la letrada del demandado. Consideran que los porcentajes sobre el monto de condena (16% y 07%, respectivamente) son exiguos

II. Dadas las apelaciones los temas a resolver son los siguientes:

- a. Existencia de la relación laboral para con el demandado Bo.
- b. Sociedad entre los demandados, con lo que ambos serían empleadores del actor.
- c. Monto de la indemnización por despido.
- d. Procedencia del reclamo por presentismo.
- e. Procedencia de las indemnizaciones por la Ley de Empleo.
- f. Honorarios de los profesionales que apelaron.

III. Cabe resolver:

A. Marco teórico

a. Teoría sistémica del Derecho Social

1. La decisión meramente formal, utilizada por la doctrina tradicional y los meros narradores de normas, se queda en la superficie del Derecho sin ahondar en las profundidades del caso concreto. Enraizada en la tranquilidad de la costumbre, se considera, con fanatismo, la única lectura del Derecho. La cultura del precedente muestra la conciencia dividida: "se deja correr a cada cosa por su cuenta: la investigación científica, la construcción técnica y las disposiciones políticas, por un lado, la razón y la conciencia por el otro" (cr. Romano Guardini: "La existencia del cristiano", BAC, Madrid, 1997, pág.193).

"Vivimos en la situación presente: más aún, nosotros mismos somos esa situación". Tendemos, por ello, a considerar lo que ahora existe como algo que tiene que ser así, en justicia y razón. En consecuencia, toda crítica de fondo aparece como algo fantasmioso. Si queremos romper el yugo de esta costumbre, debemos dejarnos sacudir y llegar al asombro, que produce la experiencia viva de la verdad. ...Hace falta ánimo para querer ver porque la costumbre no sólo es cómoda sino que da seguridad. Liberarse de ella nos sitúa en campo abierto, elimina apoyos, despierta la oposición a realidades en las que fundamentalmente nada se puede cambiar. La existencia se vuelve más difícil pero con ello se abre un camino hacia lo auténtico". (Romano Guardini, op.cit., pág. 204).

Por ello, la Teoría sistémica del Derecho Social, experiencia intelectual socializada, abierta y en construcción, invita al intérprete y al decisor a soltar amarras y pensar, con toda la fascinación y la fuerza del término: pensar, no copiar o repetir.

2. El caso concreto está constituido no sólo por normas sino también por realidades, valores y conducta transformadora, como expresa la Teoría Sistémica del Derecho Social, de acuerdo a la cual el Derecho (D) es un conjunto, integrado por dos entradas, la realidad (r) y los valores (v) y dos salidas, las normas (n) y la conducta transformadora (t). Puede formularse: $D = (r + v) + (n + t)$.

El Derecho, ciencia social y como tal blanda (en contraposición a las naturales o a las matemáticas, calificables como duras), integra la "vida humana objetivada" (Luis Recasens Siches, "Filosofía del Derecho", Porrúa, México, 1959, pág. 97). Por ello debe tener en cuenta el mundo en que se pronuncia la sentencia y el sentido de la Historia, "siempre nueva en cada caso, pues cada momento lleva consigo el factor de la libertad, cuya decisión no puede ser deducida de algo sino que procede, en forma originaria, de un principio interior" (Romano Guardini, "La existencia del cristiano", BAC, Madrid, 1997, pág.186). Sin traspasar experiencias culturales en las que dictar justicia era una tarea sacerdotal, cabe recordar que una decisión fundada en consideraciones reales, axiológicas y normativas, transforma parte de la realidad in-justa. Si, además es seria, puede, al hilo del modelo-seguimiento, influir, dentro y fuera del país, ya que en un mundo globalizado, "nihil humani a me alienum puto", como dijera Terencio en medio de una de las grandes globalizaciones que conociera la humanidad. De este modo, el juez, ubicado en la realidad y mirándola con ojos bien abiertos como la Justicia esculpida por Lola Mora, oteando el horizonte como los paisanos sureros para orientar su marcha, concreta un reparto de justicia, no sólo para el caso concreto sino también para el mundo. Sabiéndolo o no, tiende a la definitiva Decisión, a pronunciarse en el Juicio Final. Dicho acontecimiento escatológico cierra la Historia para siempre. Soñado en todas las civilizaciones, obrante en las grandes religiones (Werner Goldschmidt, "Introducción al Derecho", cap. I.) y magníficamente concretado por Miguel Ángel en la Capilla Sixtina siempre interpela la conciencia de la humanidad. Dicha Capilla es el centro del Vaticano, así como el centro de San Pedro es el vitral del Espíritu Santo, por donde entra la luz a raudales: ambos signos pueden orientar al juez en uno de los oficios más solitarios del mundo. De tal modo, desde el modesto lugar de cada uno, se des-activará la agudamente calificada "democracia taciturna" (Marta Seone, "La Odisea de la democracia", en "Clarín", "Zona", 23.01.2000).

El presente caso debe resolverse teniendo en cuenta la realidad, los valores y las normas, buscando que la decisión consolide espacios de Justicia y tal vez, al hilo del modelo-seguimiento, influya en otras latitudes porque en un mundo globalizado también se ha globalizado la Justicia. En una especie de juego de resultado positivo ($1 + 1 = 2$), las relaciones laborales se basan en el respeto mutuo, en la buena fe y en el sentido común, guardando en los archivos de la historia, junto con el arado de manquera y las ruelas de nuestras abuelas, el autoritarismo empresario, operación de resultado negativo ($1 - 1 = 0$), en que la ventaja de uno se logra por la desventaja del otro.

3. Los acontecimientos de lucha y de muerte, ocurridos en el país en diciembre 2001,

datos tanáticos, como "horizonte de sentido" (Emmanuel Lévinas. "La conciencia no intencional", en "Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro", edit. Pre-Textos, Valencia, 2010, pág. 251), marcan a fuego al Poder Judicial para que, en un examen de conciencia y auto-crítica profunda, abandonando el autismo cómodo, comprenda que tras los expedientes y ocultos bajo fórmulas casi esotéricas, más allá de los despachos, viven y actúan varones y mujeres a quienes debe servir. Tales personas, más temprano que tarde, tal vez mediante medios alternativos (cacelrazos, escraches) le pedirán cuenta de sus actos, como percibe el juramento oportunamente prestado ("...la Patria me lo demande"). Ese clima enmarca toda decisión judicial mostrando la responsabilidad del decisor respecto de la satisfacción y del dolor de quienes serán alcanzados por la misma. Por ello, debe alejar del corazón y de la mente toda sensación caín-esca (de des-interés por la suerte de los hermanos comprometidos en la misma) ya que "la relación de un pasado al margen de todo presente está incluida en el acontecimiento, extraordinario y cotidiano, de mi responsabilidad por las faltas o las desdichas de los otros" (Emmanuel Lévinas, "De otro modo que ser, o más allá de la esencia", Sígueme, Salamanca, 1995, pág.54). Siendo así, en la construcción diaria de la Democracia como espacio de justicia y libertad, sin refugiarse en eufemismos leguleyos o en dictámenes fiscales in-necesarios a los que adherirse sin esfuerzo propio, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal para lograr el resultado con el menor dolor ajeno posible, mediante repartos de potencia e im-potencia cada vez mejores (Werner Goldschmit dixit) o menos im-perfectos ("Quod in bonum nequis vertere, efficias saltem ut sit quam minime malum", Tomás Moro, "Utopía").

Toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Así de simple. Esta visión "no es una utopía, es una esperanza, y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga" (cr. Germán Bidart Campos, "Derecho al desarrollo", prólogo). Ese deber se intensifica ante los muertos mencionados. Por ello, quienes resolvemos como jueces los destinos de los demás, hemos de intensificar nuestra eficiencia con conciencia y compromiso, condiciones de la vida civilizada (Amitai Etzioni, "La sociedad activa", Aguilar, Madrid, 1981, pág.20). Por ello, el Poder Judicial debiera vivenciar dos eones: antes y después del 19.12.2001. Parafraseando a Mons.Angelelli, uno de nuestros mártires ("un oído al Evangelio, el otro al Pueblo"), los jueces han de resolver atendiendo al Derecho y a la sociedad civil, su creadora y destinataria.

b. Apertura al mundo

1. Quienes se encierran en las fronteras nacionales para juzgar y decidir mientras las mismas son ultra-pasadas por la información y la circulación electrónica del dinero, semejan peces en una pecera que confunden su pequeño medio ambiente con el avasallante mar. Uno de los grandes pensadores latinoamericanos, Pedro Casaldáliga, afirma: "es importante que sepamos mirar más allá de la propia frontera. Vivir así, más ecunémica, más católicamente (en el pleno sentido de la palabra) nos hace mucho bien, hasta para la propia esperanza. Hay que saltar por encima de las propias fronteras y buscar los intercambios, los contactos. Colectivizarnos, colectivizar lo que tenemos, las aspiraciones, los conflictos, las producciones, los programas" ("El vuelo del Quetzal", colección Maíz nuestro, Bogotá, 1988, pág. 132), en este caso las sentencias que, en un mundo global, adquieren una dimensión planetaria. Llegado el caso, deben ser comunicada a los organismos internacionales relacionados con el tema que se resuelve.

2. Avanzando en la propuesta, como no existe un Sitio Web específico del Poder Judicial al que remitir sentencias, cabe remitir copia de ésta sentencia a Sitios Web argentinos, reconocidos y utilizados tanto nacional como inter-nacionalmente: el del Grupo de Estudios de Derecho Social (www.derechosocial.com), el del Equipo Federal del Trabajo (www.eft.com.ar), el de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (www.aaba.org.ar), el del Observatorio del Mercosur (www.observatorio.net). Del mismo modo, cabe enviar copia de esta sentencia al Sitio Web oficial del Mercosur (www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm). Cabe recordar que "Nadie es una isla completa en sí misma. Cada hombre es un pedazo del continente, una parte de la tierra. La muerte de cualquier hombre me disminuye porque estoy ligado a la Humanidad. Por lo tanto nunca preguntes por quién doblan las campanas: doblan por ti" John Donne (1571-1631.) Así como los hombres no son islas, tampoco lo son los países. Por eso, dado que todo juez vive en el mundo, debe comunicar su decisión al mundo, mediante los medios protocolares del caso y también mediante Internet, con lo cual la tecnología se pone al servicio no sólo de los intereses económicos sino también al servicio de la Justicia. Así procede la Corte Suprema: "El mundo global determina la exigencia de publicar los fallos de la Corte Suprema en Internet, a fin de cumplir con eficacia el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno" (Cristina Carjuzaa, Secretaria de Jurisprudencia de la Corte, "Los fallos de la Corte y la jurisprudencia, ahora en Internet", en

"Clarín. 10.07.2001). Si se contradijere esta tesis, sosteniendo que no existe norma que ordene tal comunicación, cabe contestar que no existe alguna que la prohíba. Sentado ello, vige una que la posibilita: ya que el art.155 del decreto ley 18.345 declara aplicable el art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que indica que las sentencias pueden ser dadas a publicidad, salvo que por la naturaleza del juicio o razones de decoro aconsejaren la reserva (CPCCN, art.164: "Las sentencias de cualquier instancia podrán ser dadas a publicidad, salvo que, por la naturaleza del juicio, razones de decoro aconsejaren su reserva, en cuyo caso así se declarará. Si afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de las copias para la publicidad". La remisión es hominizadora: en un eón signado por el des-ánimo, por el descrédito del Poder Judicial, por el sitio económico en que el pueblo argentino ha sido cosificado como rehén de los grandes capitales, una sentencia librada al mundo informático tal vez ayude a alguien a tener esperanzas de que todo puede transformarse porque algo ya se ha transformado. "Se puede pensar con razón que el porvenir de la humanidad está en manos de quienes sepan brindar a las nuevas generaciones razones para vivir y para esperar" (Concilio Vaticano II, Constitución "Gaudium et Spes", pár.31). Proceder de este modo evitará que tengan razón los graffitti que suelen aparecer en las universidades: "Profesores, sois viejos. Vuestra cultura también".

Las sentencias en Internet permiten formar una Base de Datos mucho más amplia que la mera reseña de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo o las que se publican en la revistas especializadas. Esa Base asfalta el camino del Derecho porque el buscador accede a un amplio fragmento del universo, así como el consumidor puede conocer las empresa que no cumple los derechos sociales, consolidándose así la tendencia mundial hacia los Códigos de Conducta (cr. "Digesto Práctico La Ley, Derecho colectivo del trabajo", tomo I, pár. 2603).

Este tema, expuesto en mi ponencia ante el Foro Mundial de Jueces, parte integrante del II Foro Social Mundial (Porto Alegre, 2002), en que compartiera el panel con el juez español Baltasar Garzón y con María do Ceu Silva Monteiro, integrante del Superior Tribunal de Guinea-Bissau, fue inmediatamente aceptado por los magistrados presentes, de más de 20 países, quienes entregaron sus direcciones de correo electrónico para informar y estar informados.

B. Realidad en debate ®

De acuerdo a lo manifestado sub I, la realidad en debate se circunscribe a la existencia o in-existencia de relación laboral, a la existencia o in-existencia de sociedad entre los demandados, a la cuantía de la indemnización por despido, a la procedencia de las indemnizaciones establecidas en la Ley de Empleo.

Dicha realidad debe ser valorada de acuerdo a un Menú Valorativo y receptada en un Menú Normativo, para luego decidir en consecuencia, sin pre-juzgamiento alguno, proceder que impide que el juez, primero, resuelva en su mente y en su corazón y luego "acomode" su decisión en alguna que otra norma, conducta frecuente en algunos "juristas puros" que se "horrorizan" ante la Teoría Sistémica.

C. Valoración

a. Menú valorativo (v)

En este caso se hallan comprometidos los siguientes Derechos Humanos:

1. A un orden social justo

Declaración Universal de Derechos Humanos, art.28

2. A condiciones dignas de trabajo

Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23

b. Menú normativo (n)

1. Normas constitucionales

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes directivas:

Derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo(CN art.14 bis)

Derecho a estar protegido contra el despido arbitrario (CN art.14 bis)

2. Normas superiores a las leyes

Declaración Sociolaboral del Mercosur, art.1

3. Normas legales

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes:

Presunción del contrato de trabajo (RCT art. 23)

Indemnización tarifada del despido arbitrario (RCT art.245)

Indemnizaciones por la clandestinidad (ley 24.013)

D. Decisión como conducta transformadora de la realidad (t)

a. Existencia de la relación de empleo

1. Negada la relación por ambos demandados, cabe analizar si el actor ha probado haber prestado tareas para uno de ellos o para ambos

2. Cabe recordar que el contrato de trabajo puede probarse directa o in/directamente.

2.1. La prueba directa demuestra el contrato de trabajo mediante las tareas comprometidas o realizadas y la subordinación jurídica. Todo el peso de la prueba cae sobre quien se describe a sí mismo como trabajador.

La prueba directa procesa el siguiente silogismo:

* Quien realiza tareas para otro (o se compromete a ellas) (a) mediante subordinación laboral (b), se halla vinculado al segundo a través de un contrato de trabajo (c) (premisa mayor)

* En este caso, se han probado las tareas y la subordinación laboral (premisa menor).

* Por ello, entre los sujetos existe un contrato de trabajo (conclusión)

Puede formularse: $a + b = c$

2.2. La prueba in/directa presume el contrato de trabajo a partir de la realidad de las tareas realizadas para un tercero a quien le corresponde demostrar que han sido prestadas en el marco de una relación jurídica diferente al contrato de trabajo. Si no prueba tal causa, el contrato de trabajo queda demostrado. El peso de la prueba se reparte ya que quien se describe como trabajador debe demostrar las tareas cumplidas para quien califica de empleador, debiendo éste demostrar la causa jurídica por la que las ha recibido, distinta al contrato de trabajo.

Las presunciones a favor del trabajador son ficciones legales que buscan compensar formalmente las dis/paridades que obran en la realidad, tema también analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 16/99 (01.10.1999), que afirma: "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia" (op. cit., pág.927).

La prueba in/directa procesa el siguiente silogismo

* Si quien pretende haber sido trabajador demuestra las tareas realizadas (a) y quien las recibe no demuestra que hubieran sido prestadas por una causa jurídica distinta (d) al contrato de trabajo, éste (c) ha existido en la realidad (premisa mayor).

* En este caso el actor ha demostrado las tareas prestadas y el demandado no ha demostrado que fueron realizadas por una causa jurídica distinta al contrato de trabajo (premisa menor).

* Entonces, entre las partes ha existido un contrato de trabajo (conclusión).

Puede formularse: $a + d = c$

2. Otra corriente doctrinaria y jurisprudencial, exponenciada a partir de la última dictadura militar, sostiene, como lo argumenta el apelante, que la presunción establecida en RCT art.23 exige tanto la prueba de los servicios prestados como la de las notas típicas de la relación laboral (subordinación jurídica, económica y técnica).

Esta tesis procesa el siguiente silogismo:

* Si quien pretende haber sido trabajador demuestra las tareas realizadas (a) y la subordinación laboral (b) [(en otras palabras si demuestra el contrato de trabajo) (c)] y quien las recibe no demuestra que hubieran sido prestadas por una causa jurídica distinta (d), el contrato de trabajo (c) ha existido en la realidad (premisa mayor).

* En este caso, quien pretende haber sido trabajador ha demostrado las tareas realizadas y la subordinación laboral [(en otras palabras ha demostrado el contrato de trabajo) (c)] y quien las recibe no demostró que hubieran sido prestadas por una causa jurídica distinta al contrato de trabajo (c) (premisa menor).

* Entonces, ha existido contrato de trabajo (c)(conclusión).

Puede graficarse: $a + b + d = c$

Dicha tesis confunde prueba directa con prueba indirecta ya que exige a la segunda demostrar los mismos elementos requeridos a la primera: tareas y subordinación, con lo cual la diferencia entre ambas se esfuma.

Por otra parte, complica el cuadro equiparando, sin sentido lógico, ambas fórmulas:

$(a + b = c) = (a + b + d = c)$

Es tautológica porque coloca en la consecuencia (hay contrato de trabajo) lo mismo que en las premisas (hay contrato de trabajo).

3. Como se aprecia, la segunda tesis carece de lógica y de base normativa, por lo que debe ser rechazada.

4. En este caso, Alejandro Sánchez Davis, "amigo personal de la familia Bo" (fs.31), afirma

que estando el actor desocupado, se lo presenta a Bo De esa presentación se desprenden visitas del actor al establecimiento "en busca de alternativas comerciales". Continúa afirmando que "por algunas inconductas personales del actor en perjuicio del señor Bo", éste le requirió que se retirara del establecimiento, utilizando "el derecho del dueño del lugar a decidir el ingreso y permanencia de terceros en su domicilio".

Ninguna prueba existe de que el actor fuese un empresario in-dependiente que pudiera haber buscado "alternativas comerciales" en el establecimiento de Bo, lo que, al menos, permite un indicio para descubrir la realidad, mediante la técnica denominada, precisamente, "haz de indicios".

La técnica del haz de indicios se ha convertido en una característica común del Derecho del trabajo. Dicha técnica no consiste en verificar que todos los indicios se encuentran en la situación analizada, sino, por el contrario, en inducir de la unión de varios de ellos la existencia de un vínculo de subordinación. El contenido de este haz de indicios varía de un país a otro. Puede citarse un ejemplo de la lista (no exhaustiva) de los mismos: el interesado se compromete a ejecutar personalmente el trabajo; en la práctica realiza el trabajo él mismo; su compromiso supone una disponibilidad para realizar tareas futuras; la relación entre las partes tiene una cierta permanencia; la relación de trabajo tiene una cierta exclusividad; el interesado está sometido a órdenes o a un control de la otra parte en lo que se refiere al método, el lugar o el tiempo del trabajo; los medios de trabajo son aportados por la otra parte; los gastos profesionales están a cargo de la otra parte; el trabajo es remunerado; el trabajador está en una posición económica y social equivalente a la de un asalariado. La sumisión técnica a las órdenes de otro en la ejecución del trabajo importa menos que el hecho de depender de otro para ganarse el sustento. Por ello una parte de la doctrina propone ampliar la noción de trabajo por cuenta ajena, para yugular las huidas del Derecho del trabajo. Esta tesis ha sido defendida en particular, por el profesor Rolf Wank, para quien la sumisión a órdenes ya no se puede considerar como elemento característico del asalariado. La necesidad de protección no está vinculada, según esta tesis, a esta sujeción, sino al hecho de depender económicamente de un solo empresario. Esta dependencia económica podría estar caracterizada por los elementos siguientes: 1. trabajo realizado personalmente, sin ayuda; 2. trabajo realizado por cuenta de un solo empresario; 3. trabajo realizado básicamente sin capitales propios; 4. trabajo integrado en una organización ajena (Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Flammarion, Paris, 1999, pág.49)

5. Siguiendo la línea de que el actor fue presentado por un demandado al otro, que concurría al establecimiento, que no era un empresario in-dependiente que pudiera encontrar "alternativas comerciales", que fue obligado a retirarse por "inconductas personales" (que no se detallan ni se prueban), comienza a manifestarse en el horizonte la relación de empleo, tal como la aurora manifiesta el sol.

5.1. Jéssica Tamara Angel (fs. 273) sostiene haber concurrido a la empresa en carácter de comerciante, siendo atendida por el actor como vendedor y cobrador. Manifiesta haber llamado por teléfono y que la secretaria lo comunicaba con el actor. Afirma que los demandados eran socios. Afirma haber sido atendida en algunas ocasiones por Sánchez, quien funcionaba como "socio oculto" por haber tenido malos informes en la Base de Datos Veraz y por algunos cheques rechazados. Sánchez se le presentaba como "dueño de la empresa". La secretaria le informó a la testigo que el actor fue despedido. Este testimonio no impugnado y objetivo, permite fundar que el actor era empleado de los demandados y que éstos eran socios. Siguiendo el símil de la luz solar, este testimonio deja atrás la aurora y da comienzo al día.

5.2. Aijembom (fs.307) le compraba materiales al actor quien se presentaba en nombre de los demandados. El testigo conoce al demandado Sánchez quien se presentó a la empresa. El argumento del demandado a fs. 360 indicando contaducción entre los testigos ya que algunos afirman haber visto al actor en el establecimiento mientras Aijembom fuera de él, es ineficaz en la medida que el actor trabajaba dentro y fuera del establecimiento. El argumento de que el informe de fs.239, cuestionado por el actor, contradice el testimonio de fs.307 solamente prueba que un gerente (quien contesta el oficio) ignora lo que el otro gerente (el testigo), sabe. Pero esa dualidad gerencial no puede utilizarse en contra del actor o a favor del demandado, porque es un problema entre aquéllos (los gerentes) ajeno a éstos (las partes de este proceso), máxime porque mientras la respuesta al oficio fuera cuestionado, no lo ha sido el testimonio. El sol ha superado la primera nube.

5.3. Levy (fs.309), también comprador de los demandados, manifiesta conocer a ambos demandados como dueños del establecimiento y sostiene haber visto al actor trabajar allí, quien se manifestaba como representante de la empresa.

5.4. Flaks (fs.242) ha visto al actor en el establecimiento, "en el depósito de abajo", evidentemente no es un cliente del demandado ya que, como la realidad indica, a los clientes se les atiende adelante y no se les deja pasar al depósito. Siendo así, esta declaración no se opone a las descriptas sub 5.1, 5.2. y 5.3.

De todos modos, interesa este testimonio porque indica haber visto a Sánchez en el establecimiento "unas dos veces por semana".

5.5. La contadora Sánchez (fs. 241), hermana del demandado Sánchez, concurre al establecimiento una vez por semana para controlar a Sandra, quien lleva los papeles comerciales. La testigo no es la contadora de la empresa. Afirma haber visto al actor un par de veces tomando café con Bó, "titular de la empresa".

Este testimonio desconoce la realidad de la empresa en cuanto afirma que "no veía a nadie más trabajando en la empresa" (fs.241 vta. in fine), menoscabando que Angel indica la presencia, al menos, de la secretaria. Por ello, puesto en el conjunto testimonial, es descartable.

6. De acuerdo a todo ello, cabe concluir que el actor ha sido trabajador de los demandados, quienes, al presentarse como dueños del establecimiento, han funcionado como sus empleadores.

Por consiguiente, ambas apelaciones, en esta parte, deben rechazarse.

b. Remuneración del actor

1. Una vez probada la relación laboral, corresponde a los demandados, ahora considerados empleadores, demostrar que los datos enunciados en la demanda respecto de los salarios denunciados no son exactos. La presunción de RCT art.55 es otra de las maneras cómo el ordenamiento normativo busca compensar las desigualdades reales entre trabajador y empleador.

2. En este caso, los demandados que no han registrado laboralmente al actor, no han demostrado que el salario denunciado no fuese real ni han desactivado la presunción normada en RCT art.55.

Respecto de las comisiones reclamadas, correspondía a los demandados des-activar el reclamo y no lo hicieron. La sentencia citada por los demandados no obliga a esta alzada por carecer de fuerza plenaria.

3. Por ello, el argumento de que el salario carece de base objetiva es ineficiente en cuanto surge de la propia conducta de los demandados quienes no des-activaron la presunción surgida de la clandestinidad laboral (RCT art.55).

c. Auto/despido del actor y monto indemnizatorio por antigüedad

1. La sentencia condena a los demandados a satisfacer la indemnización por antigüedad en los límites planteados por la demanda, que ha operado con el límite de convenio. El actor, al apelar, vuelve sobre sus pasos y critica la sentencia, expresando que no ha respetado el monto indemnizatorio mínimo, de dos meses de salario.

2. Tiene razón el actor porque la confusión en que ha incurrido en su demanda es un modo sofisticado de renuncia a sus derechos. En base al principio protector del mundo del trabajo, procesalmente recogido en varias normas, entre ellas LO art.56 cabe resolver la indemnización por despido conforme a Derecho y no de acuerdo a la equivocación del actor.

3. Siendo así, en base al salario reconocido en la sentencia (\$ 2.850), el monto indemnizatorio por despido es de dos meses: \$5.700

d. Despido "verbal" e indemnizaciones por la ley 24.013

1.

e. Presentismo

1. En la demanda el actor nada dijo respecto a que en la realidad hubiera merecido el rubro presentismo establecido en el convenio colectivo 130/75 ya que sólo lo inserta en la liquidación, sin fundamentar su procedencia fáctica.

2. Cabe recordar que el Derecho comienza por la realidad: en este caso, la realidad del reclamo no ha sido demostrada.

3. Por eso, no hay modo de acceder a su queja

f. Honorarios

1. De acuerdo al trabajo realizado, los porcentajes fijados lucen reducidos, por lo que los honorarios del letrado del actor deben regularse en el 18% y los de la letrada del demandado en el 8%, ambos sobre el monto de condena (capital e intereses).

2. Cabe modificar la sentencia al respecto.

g. Conducta judicial ante la clandestinización del actor

1. La clandestinización, total o parcial, de la relación laboral es un modo sofisticado de discriminación ya que excluye del universo normativo a los trabajadores afectados y es un

virus que perjudica a los trabajadores, a los empleadores cumplientes, al Estado, atentando, además, al proceso de integración económica del Mercosur.

Por eso, debe ser sancionado severamente por el Poder Judicial y, en los límites de su competencia, informado al Ministerio de Trabajo, a la Organización Internacional del Trabajo e informado a varios Sitios Web.

1.1. Respecto del Ministerio de Trabajo, cabe enviar copia de esta sentencia cumplimentando así el art. 17 de la ley 24.013. Además, el citado Ministerio la tomará como base para aplicar a los demandados las sanciones penales del caso.

1.2. La Declaración Sociolaboral del Mercosur reconoce entre los derechos individuales de los trabajadores el de igualdad de trato: "Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no determinación: En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo." (art. 1).

Por ello, cabe enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo para que la utilice al elaborar la Memoria Anual a que está obligado por la mencionada Declaración.

1.3. La OIT se ha empeñado en erradicar la discriminación en las relaciones laborales, y así lo ha expresado en la "Declaración sobre principios y los derechos fundamentales en el trabajo" (1998), decisión que compromete a nuestro país en la medida que es miembro de la Organización. El texto de la Declaración, en su parte pertinente expresa: "...todos los Miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación ..." para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración...".

Por ello, cabe enviar copia de esta sentencia a la Organización.

1.4. Por las razones invocadas sub III, A, b, cabe remitir copia de esta sentencia a los siguientes Sitios Web: www.derechosocial.com, www.eft.com.ar, www.aaba.org.ar, www.observatorio.net, www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm

h. Conducta temeraria del demandado

1. Teniendo en cuenta que el demandado no sólo ha clandestinizado la relación laboral sino incluso obliga a un proceso que ya dura más de dos años, cabe declarar que su conducta ha sido maliciosa en los términos de RCT art.247.

Esta declaración se basa en que, en momentos de ajuste estructural, cuando se impone un fardo pesado a los trabajadores y excluidos del sistema mientras aumentan las ganancias de las minorías (Juan Pablo II en México enero 1999), se exponencia la carga de los empleadores de actuar con buena fe, sobre todo evitando maniobras evasivas de sus obligaciones que, mientras trasladan la satisfacción de sus deudas a un futuro cuanto más lejano mejor, aumentan la situación de desamparo de los trabajadores que deben cuasi resignarse a satisfacer un nuevo precio, el de la espera forzosa.

2. Sentado ello, RCT art.275, integrante del Derecho Penal del Trabajo, es una norma sancionadora de la culpa o del dolo del empleador que perdiere total o parcialmente el proceso cuando en el comienzo, en el transcurso o en la finalización de la relación laboral, utilizando desaprensivamente su poder económico, social, cultural o político, ha perjudicado al trabajador, dificultándole o impidiéndole ejercer en plenitud sus derechos. Esta conducta debe ser sancionada por el Poder Judicial, último guardián de los derechos laborales ya que "los jueces del trabajo, más que herramientas del derecho, son una muralla contra la injusticia ... Muchos trabajadores han recuperado su dignidad luego de una sentencia justa que ha reconocido sus derechos conculcados" (Luis Viannet, Secretario General de la CGT Francesa, Montreuil, 23.10.1997).

3. La norma supone malicia o temeridad. La primera equivale al dolo, la segunda a la culpa. Los varios ejemplos de ambas funcionan como figuras abiertas para que el juez de

trabajo, valorando la situación, sancione al empleador.

Como se sabe, carece de razonabilidad que en una época signada por la dureza del ajuste estructural el apelante demore satisfacer el crédito que es de naturaleza alimentaria, argumentando razones sin substancia real y normativa.

4. En este caso, la conducta del empleador debe ser valorada como maliciosa en los términos de RCT art. 247.

5. Por ello, cabe condenar al demandado a satisfacer al actor, sobre el capital de condena, una suma equivalente al 50% de la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de crédito. Esta suma se adiciona al capital de condena y a los intereses y no integra la base de cálculo de los honorarios profesionales.

IV. Por todo ello, en virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 23 y 28; de la C.N. art. 14 bis; de la Declaración SocioLaboral del Mercosur, art. 1, de RCT arts, 23, 245, 275, Ley 24.013, arts. 8 y 15. corresponde:

1. modificar la sentencia, de acuerdo a los siguientes elementos:

1.1. establecer la indemnización por despido en \$5.700

1.2. establecer la indemnización por la ley de empleo en \$22.088.

1.3. regular los honorarios del letrado del actor en el 18% de la base de cálculo y los de la letrada del demandado en el 8% de la misma base.

2. regular los honorarios de alzada en el 30% para el letrado del actor y en el 25% para el letrado del demandado.

3. en los términos de RCT art. 275 declarar temeraria la conducta de los demandados y condenarlos a satisfacer al actor una suma equivalente al 50% de la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de crédito. Esta suma se adiciona al capital de condena y a los intereses y no integra la base de cálculo de los honorarios profesionales.

4. imponer las costas de ambas instancias a los demandados

5. enviar copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo y a la OIT en sus oficinas de Buenos Aires, a sus efectos, y a los siguientes Sitios Web: www.derechosocial.com.ar, www.eft.com.ar, www.aaba.org.ar, www.observatorio.net, www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm

V. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

No comparto la remisión de copia de la sentencia prevista en el punto 5 del voto que antecede.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiere al voto del Doctor Horacio Héctor de la Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Modificar la sentencia apelada de acuerdo a los siguientes elementos: 1) establecer la indemnización por despido en \$5.700.-. 2) establecer la indemnización por la ley de empleo en \$22.088.- II) Regular los honorarios del letrado del actor en el 18% de la base de cálculo y los de la letrada del demandado en el 8% de la misma base. III) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados. IV) Declarar temeraria la conducta de los demandados y condenarlos a satisfacer al actor una suma equivalente al 50% de la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de crédito, esta suma se adiciona al capital de condena y a los intereses y no integra la base de cálculo de los honorarios profesionales. V) Regular los honorarios de alzada en el 30% para el letrado del actor y en el 25% para el letrado del demandado respectivamente de lo regulado en la etapa anterior.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan

Caso 25 Deber de ocupación

día:01.02.2000 expediente 15004.98

Autos: "Viera, Ricardo Alberto c/La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros SA

s/despido”.

I.La apelación del demandado debe resolverse:

a.despido del actor

1.La comunicación de los motivos del despido con causa debe detallar los incumplimientos del trabajador de tal modo que pueda éste ejercer al respecto el derecho de legítima defensa, garantizado constitucionalmente y uno de los elementos del Estado de Derecho. En tal sentido RCT art. Art.243 conduce perfectamente la energía del Derecho Humano a la libertad.

2.En este caso, el empleador no ha respetado el mencionado Derecho ni ha permitido al actor ejercer su legítima defensa porque la comunicación de los motivos del despido no especifica clara y circunstanciamamente los motivos del mismo.

3.Sentado ello, la conducta parsimoniosa del actor y su lentitud en trabajar no han sido previamente sancionadas por el demandado, por lo que carece de derecho a despedirlo sin antes haberlo apercibido o suspendido. El silencio del empleador, guardado durante mucho tiempo, muestra o que la conducta del actor le era indiferente o no lo ha perjudicaba, por lo que carece de sentido argumentar como razones del despido los comportamientos que antes toleraba o silenciaba.

4.Siempre, pero sobre todo en momentos de agudo desempleo, el empleador debe cumplir con el deber de brindar ocupación efectiva a los trabajadores. (RCT art.78) El despido por justa causa funciona como máxima sanción disciplinaria cuando el comportamiento del trabajador impide continuar la relación laboral ni tan siquiera a título provisorio. Esta última nota, expresa en el texto constitucional de RCT y prolijamente derogada por la regla estatal 21.297/76, sigue operativa por el principio de la conservación del empleo y la buena fe. En ese aspecto, RCT art.10 y art.63 permiten una valoración prudente de los comportamientos del trabajador considerados injuriosos por el empleador y los enmarca no sólo en la empresa como institución social de producción sino también en la proyección personal del trabajador en un mundo cada vez más conflictivo y con empleo cada vez más escaso. De ahí que el juez, al valorar la situación de despido, debe ser especialmente prudente, como lo establece RCT art.242, segundo apartado.

En una situación cercana al pleno empleo, tal vez el empleador pueda considerar que la relación se ha tornado im/posible ni siquiera a título provisorio ya que, de todos modos, el despedido encontrará pronto un nuevo empleo. Dicha argumentación no funciona ante un desempleo desatado y un ambiente societal emponzoñado por la frustración y el hambre: en la primera, el trabajador despedido logra inmediatamente trabajo, en el segundo será excluido y marginalizado. Por ello, en este segundo estadio, el empleador, antes de despedir, ha de valorar debidamente si, más allá de las dificultades y del estado interior de ambos, no debiera brindar el incumplimiento una nueva posibilidad. Este tema ha sido agudamente analizado por el Episcopado Católico de los Estados Unidos al afirmar: "...los pobres y los débiles merecen una preocupación especial por parte de la nación" ("Justicia económica para todos", n° 20, PPC, Madrid, 1987). Por eso, en este segundo estadio el juez debe inclinarse por considerar injustificado el despido, demostrando que, más allá de la ideología neo/liberal, el derecho laboral es social en todos sus elementos pero más cuando se valora la extinción por despido con causa.

5.Sentado ello, el argumento de la señora Jueza sosteniendo que aún en ese supuesto la conducta del actor no era tan grave como para impedir continuar la relación y que muy bien hubiera podido el demandado sancionarla con una medida disciplinaria de suspensión, no ha sido criticado en la queja, por lo que debe ser atendido en esta Alzada.

6.De ello se deduce que la medida adoptada por el empleador ha sido in/justificada, por lo que la apelación debe ser rechazada, con costas al apelante.

b.violación del deber de ocupación y derecho penal del trabajo

1.Quienes afirman la "libertad de despedir" obrante en la esfera del empleador menoscaban que el despido injustificado se sanciona con una indemnización precisamente por ser anti/jurídico, por lo que la mencionada "libertad" no existe. Quienes sostienen esta tesis menoscaban que la indemnización supone, precisamente, una conducta objetivamente anti/jurídica: así como ningún automovilista tiene derecho a atropellar a medio mundo siempre que pague los daños, así ningún empleador tiene derecho a despedir ad nutum al trabajador siempre que pague la indemnización. Esta observación de Pero Grullo parece haber sido olvidada por algunos doctrinarios, más encerrados en sus fantasías mentales que abiertos a la realidad del tráfico.

2.Sentado ello, la conducta del demandado al despedir sin causa justificada al actor, debe ser considerada in/cumplimiento obligacional a la norma de RCT art.78 y ser comunicada a la Administración del Trabajo para que aplique las sanciones policiales del caso de acuerdo al

decreto ley 18.694/70 (B.O.03.06.1970). El derecho penal del trabajo, estructurado en torno al principio de legalidad y de nivel de protección de los trabajadores, sanciona al empleador que incumple sus obligaciones substanciales o formales mediante sanciones policiales a imponer por la Administración del Trabajo mediante el procedimiento establecido en el decreto ley 18.694/70 (B.O. 03.06.1970) y el decreto ley 18.695/70 (B.O.03.06.1970) y sus modificatorias.

En un momento como el presente, caracterizado por el desenfreno de los empleadores so capa de flexibilidad laboral, urge la presencia del Estado para demostrar que el bien común, agredido por el incumplimiento, garantiza y construye la convivencia societal. Por ello, en este caso concreto, una vez notificada la sentencia, se dará intervención a la Administración del Trabajo, remitiendo copia certificada de la misma, a los fines de los decretos leyes indicados. Similar conclusión se sostiene en otras latitudes (cr. Antonio Baylos y Juan Terradillos, "Derecho penal del trabajo", Trotta, Madrid, 1991).

III. Por tales razones, cabe:

a. rechazar la apelación del demandado, con costas.

b. sobre los honorarios de primera instancia regular los de segunda, correspondientes al letrado del actor en el 30% y al letrado del demandado en el 25%.

c. librar oficio al Ministerio de Trabajo, a sus efectos.

IV. Así voto.

Caso 26. Enfermero en casa particular.

"Mastrotefano de González Mir, Marta Delia c/Roemmers de Mocerrea, Hildegard y otros s/despido". Sentencia 23.11.1999

I. La apelación de la actor debe resolverse:

A. Datos

a. demanda

La actora es enfermera profesional y ha cuidado a la señora Candelaria de Roemmers, de 98 años de edad, desde el 21.12.1989 hasta el 26.03.1991 en que se considera despedida porque sus empleadores no le han aclarado la relación laboral y no han contestado la intimación que les hiciera ante el despido verbal denunciado.

b. contestación de demanda por parte de Catalina de Roemmers

1. La paciente, Catalina de Roemmers, por apoderado, contesta la demanda a fs.14 y reconoce que la actora "desempeñó su profesión de enfermera para mi representada" pero niega que fuera contratada a tal efecto por los restantes codemandados.

2. Sostiene que la relación que uniera a las partes era un contrato de locación de servicios en los términos del art.1623 del Código Civil. La actora facturaba periódicamente tales servicios profesionales. Dejó de prestarlos en marzo 1991.

Si bien niega la fecha de ingreso denunciada (fs.15 vta., 4º párrafo) no informa desde cuándo ha comenzado.

Catalina de Roemmers sostiene que no ejercía poder disciplinario alguno sobre la actora ni tampoco controlaba su trabajo, respecto del cual "tenía amplias facultades para cumplir sus funciones".

3. Argumenta con la ausencia de reclamos durante la vinculación, ausencia de que a contrario sensu demuestra que la relación laboral no ha existido. Funda su argumento en una sentencia de la Sala V de esta Cámara (in re "Custode, Antonio c/Carlos Méndez SA s/despido") en el cual se ha afirmado: "no es posible pasar por alto la conducta seguida por quienes, como podría ser el actor en este caso, se comportan y aceptan formalidades cuando son más o menos convenientes durante ciertos lapsos considerables y, cuando las dificultades empiezan, de pronto recuerdan que son trabajadores". Cita otros fallos similares de esta CNAT, Sala II y Sala IV, así como de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

Ese silencio se extiende a rubros estrictamente remunerativos, lo que no es explicable.

4. Sostiene que la presunción de RCT art.23 se restringe a los servicios prestados en relación subordinada. Se apoya en un fallo de la CNAT Sala III (in re "Beltrame, Mario c/Coca Cola SA", del 27.03.1980) que expresa: "La presunción emergente de la prestación de servicios en los términos del art.23 de la LCT debe entenderse limitado a los servicios bajo relación de dependencia pues sólo éstos están contemplados en la tipificación legal del contrato y de la relación de trabajo. Por lo tanto, la carga de la prueba de la relación de dependencia o subordinación no resulta alterada por la presunción sino que, por el contrario, de esa prueba depende que la misma entre a jugar. Una interpretación en contrario importaría subsumir todo el universo jurídico del Derecho privado bajo el Derecho laboral".

Cita una sentencia de la Sala VII de esta CNAT (in re "Pérez, Dante c/ Santa Rosa Estancias

y otro s/cobro de pesos", del 25.02.1982"): "Si el actor pretende que medió una relación exclusivamente regida por el Derecho Laboral, debo particularmente preocuparme en advertir la existencia de esas notas características que sirven para definir la situación y que lo hagan no lábilmente sino demostrando fehacientemente su existir. Creo no equivocarme si entiendo que para decidir la cuestión en el sentido pretendido por el actor, no debe haber el menor atisbo de duda de que la relación concertada tiene naturaleza laboral...la relación laboral debe aparecer nítida aun contra la voluntad presunta del propio trabajador".

5. Rechaza el reclamo por horas suplementarias argumentando con un repertorio jurisprudencial que sostiene:

+ las horas suplementarias deben ser probadas fehacientemente por quien las reclama
CNAT, Sala I (in re "Alcaide, Osvaldo c/EASE SALE 100", del 31.05.1981)

CNAT, Sala III (in re "Gómez, Alfredo c/Cía. Embotelladora Argentina SA", del 20.11.1978).

CNAT, Sala IV (in re "Pellegrino, Jorge c/Cía.Arg.SA", del 29.05.1981).

CNAT, Sala VII (in re "Pérez Avila, Néstor c/Laboratorios P.L.Rivero y Cía.", del 31.08.1981).

CNAT, Sala VIII (in re "Berón, Alfredo c/Dual y Asociados SRL", del 26.11.1984).

+ el silencio durante la relación laboral es una presunción grave y desfavorable al reclamo que realiza el trabajador recién cuando rescinde el vínculo

CNAT, Sala VII (in re "Solís, Sebastián c/Jockey Club" de la Ciudad de Buenos Aires, del 30.11.1981).

+ no genera presunción alguna a favor del trabajador el hecho de que el empleador no haya exhibido el Libro especial normado por RCT art.52

Esa norma no contiene la obligación de consignar si se ha trabajado horas suplementarias y en su caso el número. Siendo así, "las horas suplementarias deben ser probadas por el trabajador porque en el caso no es aplicable el principio de la inversión de la carga de la prueba" (C.V de Córdoba, in re "Colazzo, Juan c/La Superiora SA", del 27.04.1981).

+ las horas suplementarias deben ser fehacientemente probadas por el trabajador, no bastando la confesión del demandado

CNAT, Sala VIII (in re "Berón, Alfredo c/Dual y Asociados SRL", del 26.11.1984)

6. Rechaza la suma reclamada argumentando con su desproporción y con el hecho de que la actora no demuestra el ingreso que pretende. Sin embargo, no indica el monto del ingreso de la actora.

7. Rechaza compensar en dinero las vacaciones no gozadas porque se trata de un derecho higiénico.

8. Sostiene que a la actora le incumbe demostrar tanto las tareas como la índole de la hipotética relación laboral.

9. Advierte que "si la función de la Justicia es administrar el derecho en cada situación particular, nada más lejos de un estricto sentido de justicia que favorecer a quien invoca el amparo de los Tribunales no a la luz de una legítima reivindicación sino tras un beneficio económico que implicaría un enriquecimiento ilícito".

c. contestación de demanda por parte de los restantes demandados

1. Los restantes demandados, hijos de la paciente, adhieren a la contestación de demanda efectuada por su madre.

2. Afirman que nunca han pagado nada a la actora ni le han dado instrucciones.

3. Sostienen que el único contacto con las enfermeras que han atendido a la paciente se producía al visitar a su madre.

d. prueba rendida

1. En la audiencia de fs.46 la actora, luego de escaramuzas tendidas para que sea declarada rebelde y que el Juzgado desestimara, reconoce los recibos por días trabajados, sosteniendo que fue obligada a firmarlos. Textualmente afirma "que con ese alcance son reconocidos".

2. A fs.173 obra el informe de la DGI, ofrecido por el demandado como prueba. La actora se ha registrado como trabajadora autónoma a partir de julio de 1996, es decir mucho tiempo después que cesara la vinculación entre las partes.

3. A fs. 83 el Juzgado suspende la prueba confesional de Catalina de Roemmes por problemas de salud de la misma y declara que, cumplimentadas las restantes pruebas, decidirá en definitiva. Rendidas las pruebas, se clausura el período correspondiente por expresa solicitud de la actora (fs. 174), con lo cual la confesional mencionada ha sido desistida por la misma interesada.

4. El médico que atendía a Candelaria de Roemmers, Federico Miguel Persgola, declara a fs.54 y 55. De su declaración se deduce que la actora formaba parte de un equipo de enfermeras que atendía a la mencionada paciente. Las instrucciones médicas eran anotadas en un cuaderno que servía para tenerlas presentes y que incluso ayudaba al propio testigo. Sostiene que una tal sra.Amelia se encargaba de la parte administrativa y pasaba por su

domicilio a pagarle los honorarios. Afirma que nunca ha visto a los hijos de la sra. Candelaria ocuparse de las enfermeras. Estima que las enfermeras integran el equipo del dr. Zavaleta que trabaja en el Hospital Alemán

5. La médica Dora Inés Edo ha atendido a la paciente por problemas de piel y afirma a fs.153 que los requerimientos de atención provenían de la misma o a veces de la sra. Amelia que era la administradora. Los honorarios le eran pagados por la paciente o por la administradora. Indicaba las órdenes a las enfermeras en un cuaderno. La actora integraba el cuerpo de enfermeras.

6. La testigo Erica Behrman (fs.56) confirma que las enfermeras eran reclutadas del equipo del dr. Zavaleta, ya mencionado. Confirma que la contratación y el pago de las labores eran realizados por la sra. Amelia, administradora de Catalina de Roemmers. Sostiene que los hijos de la paciente no participaban de la organización del trabajo de las enfermeras y no les daban ningún tipo de instrucción. Las labores se pagan de acuerdo a las horas trabajadas. Indica que las enfermeras no siempre eran las mismas ya que fluctuaban mucho.

7. La testigo Monié de Castro (fs.108) describe el régimen de labores en el domicilio de la paciente. Dos enfermeras atendían desde las 10 a las 22 hs. y otras dos desde las 22 a las 10. Cada una de ellas trabajaba de lunes a lunes, sin descanso alguno. Cumplido el turno, no podían retirarse hasta que llegara la otra. Las labores consistían en atender a la paciente en materia de remedios, higiene y alimentación, recibiendo instrucciones médicas de parte del dr. Persgola. El ingreso de la testigo se debió a que llamaron "a una persona que se encargaba de tener personal y la enviaron a la dicente, como hubieran podido haber enviado a cualquier otra". Esa persona era la primera ayudante del dr. Zavaleta.

" El monto del pago lo fijaba la persona que las dirigía a ellas. ...se refiere a la señora Amelia (passim)" Les pagaba semanalmente. En ocasión de pagarle el sueldo a la actora "le dijo que por renovación de plantel quedaba despedida" (fs.108 vta., 13 renglón). El horario de la actora era desde las 22 a las 10 hs. No sabe desde cuándo trabajaba la actora pero ya estaba cuando la testigo ingresa en octubre de 1990, ya estaba trabajando y lo hizo hasta 1991.

8. Comparece a fs.86 Amelia Kurokawa de Taira. Sostiene que las enfermeras, entre ellas la actora, no trabajaban en relación de dependencia porque eran profesionales y estaban registradas en la Caja de Autónomos, número que figura en las facturas. La testigo les pagaba en nombre de Catalina de Roemmers. Técnicamente las enfermeras dependían del médico Pergola. Cree que las enfermeras no recibían instrucciones de los hijos de la paciente.

9. La perito contadora informa que la actora no figura en los libros de Catalina de Roemmers porque no los lleva dado que no se dedica a actividades comerciales y que tampoco figura en los libros de los restantes demandados porque ellos no son empleadores de la actora (fs.62). Pese a ello, teniendo en cuenta la documentación obrante en autos, la pericia contable detalla los pagos recibidos por la actora de acuerdo a las horas trabajadas desde el 10.05.1990 hasta el 13.0.1990 (fs.60 y 61).

e sentencia

1. Teniendo en cuenta el testimonio del médico Persgola, advierte que la actora cumplía funciones profesionales con clara subordinación médica.

2. Sostiene que esa modalidad no puede confundirse con los caracteres distintivos del contrato de trabajo. De acuerdo a las circunstancias fácticas del caso, se apoya en la tesis de Juan Carlos Fernández Madrid y Juan Carlos Morando quienes afirmaron textualmente: "no puede considerarse a la accionada como una organización de medios instrumentados destinados a la producción de bienes ni a la prestación de servicios en la que el aporte personal del actor pudiere subsumirse" (in re "Vera, Manuel c/Georgalos, María", de marzo 1997).

3. Argumenta que las tareas relacionadas con el cuidado de la salud no pueden ser atraídas por el contrato de trabajo porque debe primar el derecho del paciente a la libre elección de los profesionales que lo atienden.

4. Por ello, rechaza la demanda.

f. apelación de la actora

1. Critica la sentencia porque:

+ no ha tenido en cuenta las declaraciones de Monié de Castro y de la médica Edo y porque no ha advertido que el médico Persgola dejaba instrucciones por escrito.

+ no ha aplicado RCT art.23.

2. Estima que la sentencia debe condenar a los hijos de la paciente porque "se sabe por los elementos obrantes en el proceso que estaba en estado de inconsciencia y además porque los pagos eran efectuados por personal que trabaja en Roemmers y conforme a las

instrucciones de los coaccionados”.

B. Valoración

a. ausencia de fundamento normativo

1. La sentencia se apoya en “Vera , Manuel c/Georgalos, María” (sentencia de esa Sala, del 19.03.1997, con voto del dr. Juan Carlos Fernández Madrid y adhesión del dr. Juan Carlos Morando) y no se basa en norma alguna.

2. Como se sabe, el Derecho valora conductas a través de normas (Carlos Cossio, La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad , Abeledo – Perrot, Bs.As., 1964, pág. 63).

3. La sentencia debe revocarse por ausencia de base normativa.

b. Posibilidad de empleador sin empresa

1. Las tareas de enfermero profesional en el domicilio de los pacientes pueden desarrollarse en forma autónoma o subordinada. Si se han desarrollado en forma subordinada, como por el momento no existe convenio colectivo aplicable al supuesto, la relación laboral se halla regida fundamentalmente por el régimen de contrato de trabajo (ley 20.744, regla estatal 21.297/76 y sucesivas modificatorias) ya que el ejercicio de la enfermería en un domicilio particular no puede receptarse en el estatuto profesional del servicio doméstico (decreto ley 326/56) al no estar comprendido en ninguna de sus figuras.

2. En esta Sala se ha determinado que el estatuto profesional del servicio doméstico es ajeno al derecho laboral porque quien recibe el trabajo no es empresario (caso “Varela, c/Gallardo”, del 24.11.1989, voto de Juan Carlos Morando y adhesión de Juan Carlos Fernández Madrid).

“Vera c/Georgalos” reitera esa doctrina, que es receptada en la presente sentencia..

Como se aprecia, la tesis se ha abierto camino.

Esta tesis identifica empresario y empleador, como si los únicos empleadores fuesen los primeros. Sin embargo, no advierte que el empleador puede no ser empresario en el sentido económico/funcional del término, tal como se desprende de RCT arts. 5 y 26 y se halla plasmado en el estatuto profesional del servicio doméstico y en el estatuto profesional de los conductores de autos particulares (ley 12.867).

3. Al contrario de esta tesis, una lectura normativa del régimen de contrato de trabajo concluye que, si bien frecuentemente el empleador es empresario en el sentido funcional del término, en determinadas ocasiones puede no serlo, recibiendo el trabajo ajeno y retribuyéndolo de acuerdo a las normas convencionales colectivas si existieran o según los parámetros convenidos por los sujetos o las pautas sentadas por el empleador. La definición misma del contrato de trabajo (RCT art.21) vincula trabajador y empleador, no trabajador y empresario ya que nada refiere a los resultados económicos que pueda representar para el empleador el trabajo ajeno.

A medida que avanza la globalización con su carga positiva y negativa (cr. Oscar Cuartango y Stella Maris Marcasciano, Globalización y mundo del trabajo, en Equipo Federal del Trabajo, Empresas transnacionales y mundo del trabajo, edit. Trabajo y Utopía, Lavallol, 1998, cap. II) se advierten, especialmente en el sector de los servicios, innumerables situaciones en que existen trabajadores y empleadores que no son, precisamente, empresarios (cr. Jeremy Rifkin, El fin del trabajo, pág.288 y ss.) En la realidad post/moderna existen sujetos que, sin ser empresarios en el sentido económico/funcional descrito por RCT art.5, se relacionan con otra persona exigiéndole horarios determinados, sujeción a directivas, resultados concretos y retribuyendo por los servicios sumas establecidas de antemano, notas todas que muestran la subordinación típica del derecho laboral. Tales personas son empleadores (RCT art.26) sin ser empresarios (RCT art.5).

Por tales razones, normativas y reales, la tesis en que se basa la sentencia no es aplicable.

4. Desde otro enfoque doctrinario se ha llegado a la misma conclusión: “Existe una coincidencia natural entre la figura del empresario y la del empleador. Esta coincidencia puede a veces faltar, ya que hay empleadores que no son empresarios (quien emplea a una trabajadora doméstica) o, a la inversa, empresarios que no son empleadores porque no emplean a ningún dependiente” (Jorge Rodríguez Mancini (Director), Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Astrea, Bs.As., 1993, párrafo 22). En el derecho español, no interesa la identidad entre empresario y empleador ya que puede haber empleadores que no sean empresarios (Alfredo Montoya Melgar, Derecho del trabajo, 13ª. Edic., Tecnos, Madrid, 1992, pág.290).

En el derecho brasilero el tema ha sido aceptado por la jurisprudencia, como se aprecia en los siguientes fallos:

+ “O trabalho exercido por enfermeira, como acompanhante de pessoa idosa, e, tutelada pelas leis trabalhistas” “Da prova produzida, ficou claro que a enfermeira contratada para trabalhar como acompanhante exerceu sua atividade de modo permanente e por tempo indeterminado, mediante salário pago semanalmente.” Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região/Rio de Janeiro – RO - 809/87 - Acórdão 4ª Turma 1.049/87, de 03.06.87.

+ “A enfermeira que presta serviços continuados a uma pessoa no âmbito residencial é tutelada pelas leis trabalhistas”

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região/Minas Gerais - 1ª Turma. RO 00772/92 - 02.12.92

De lo anterior se deduce que el principal fundamento de la sentencia, expresado en que debe rechazarse la demanda porque la demandada “no puede ser considerada como titular de una organización de medios instrumentados, destinados a la producción de bienes ni a la prestación de servicios en la que el aporte personal de la actora pudiera subsumirse” carece de base normativa y debe ser rechazado. Se aprecia una vez más que las tesis dominantes suelen carecer de bases objetivas, por lo que deben ser desechadas (cr. Wolfgang Däubler, Derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1994, pág.78; Mario José Capón Filas, Naturaleza y contenido del derecho de hipoteca en el Código Civil Argentino, Valerio Abeledo, Bs.As., 1953, pág.12)

c. profesionalidad de la actora

1. La sentencia rechaza la demanda contraponiendo libertad de elección del facultativo del arma de curar y relación laboral y sosteniendo que la primera es perjudicada por la segunda.

2. El argumento luce abstracto porque no ha sido probado en el proceso, por lo que su aplicación es im/posible Al contrario, en el proceso ha sido probado que la paciente no elegía a las enfermeras sino aceptaba las sugeridas por el equipo del dr. Zavaleta (declaraciones numeradas como 4, 6 y 7). Está probado que las rotaba y las despedía pero no elegía a las reemplazantes (declaración numerada como 7).

3. Por todo ello, en este caso concreto la dialéctica presentada no funciona porque no ha sido probado que la relación laboral perjudique la libertad de elección y porque, al faltar uno de sus elementos (la libertad de elegir al profesional) la ligazón entre ambos no actúa.

d. aplicación de RCT art.23

1. Para resolver la apelación, se debe, en primer lugar, decidir si la actora ha prestado tareas para la demandada. Si así fuese, surge la presunción de RCT art. 23, que debe ser des/activada por la demandada.

2. Dado que en la contestación de demanda la paciente reconoce que la actora la ha atendido como enfermera, las tareas indicadas han quedado demostradas.

3. Por ello, surge la presunción de RCT art.23, que debe ser des/activada por la demandada demostrando que las mismas se han realizado en base a una causa que no es laboral. Al contestar la demanda, Catalina de Roemmers ha afirmado que entre las partes ha existido un contrato de locación de servicios pero no describe fecha de inicio, precio fijado, duración. Sobre todo, no ofrece como prueba el instrumento que se debiera haber redactado porque, teniendo en cuenta las sucesivas correcciones monetarias, en la época durante la cual se desarrollara la relación laboral, la norma del Código Civil art.1193 exige la forma escrita como prueba del negocio jurídico.

4. Por ello, la defensa de la demandada cede por lo que cabe concluir que la actora ha demostrado la relación laboral pretendida.

5. La tesis contraria, alegada en la contestación de demanda, consiste en que la presunción de RCT art. 23 surge solamente si las tareas han sido prestadas de modo dependiente (este calificativo no ha sido expresado en la norma). Si así fuesen, se presume el contrato de trabajo.

La tesis carece de base normativa porque el texto de RCT art.23 es simple y escueto: “el hecho de prestar servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones y las causas se demostrase lo contrario” Cabe indicar que de acuerdo a RCT art.21 el contrato de trabajo suma dos elementos, uno con base real (actos, obras, servicios, de una persona a otra), otro con sentido jurídico (dependencia). El art.23, teniendo en cuenta tales elementos, demostrada la base real (actos, obras, servicios) deduce el contrato de trabajo porque el demandado que no demostrado que hubieran sido entregados por una causa distinta a la dependencia.

. La tesis cuestionada es tautológica porque coloca en la consecuencia lo que se halla en el medio. Afirma: se deduce el contrato de trabajo porque se ha probado la base real y el sentido jurídico, lo que equivale a decir que se ha probado un incendio porque se ha mostrado el incendio..

Por ello, la tesis debe ser desechada.

6. Las sentencias transcritas en la contestación de demanda (punto 4) no obligan a esta Alzada porque no tienen autoridad de doctrina plenaria.

Cabe indicar que la lectura dada a RCT art.23 ha sido aceptada jurisprudencialmente, como se aprecia en la siguiente sentencia: "La exigencia de probar previamente la relación de dependencia para la aplicación de la presunción emergente del art.23 de la LCT, no resulta en forma alguna del texto expreso de dicho artículo. Tal interpretación violenta tanto la letra como el espíritu de la disposición legal, contradiciendo el principio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia interpretativa que expresamente excluye a la que equivale a prescindir de la norma, salvo que medie declaración de inconstitucionalidad" (CNAT, Sala X, 19.07.96, en DT, 1996 B, pág.3030).

7. Por estas razones, queda demostrada la relación laboral entre la actora y Catalina de Roemmers, no así entre la actora y los restantes demandados porque ellos no ha intervenido en la contratación, en el pago de los salarios, en el despido.

Se reafirma la conclusión teniendo en cuenta los siguientes datos:

+ la actora no ha firmado contrato alguno de locación de servicios.

+ tenía un horario estricto de trabajo (B.d., 7).

+ en el supuesto de que una de las enfermeras del otro turno

no hubiese llegado, debía prolongar su jornada hasta que llegara (B, d, 7)

+ el precio del trabajo era fijado unilateralmente por la demandada (B, d, 7).

+ fue despedida por la administradora de la demandada (B, d, 7).

+ el demandado niega el derecho a las vacaciones no porque la relación laboral fuese in/existente sino porque tal derecho es higiénico con lo que las vacaciones no gozadas no se compensan en dinero (fs. 20).

8. El silencio de la actora y la ausencia de reclamos durante la relación no obstaculiza su existencia porque el ordenamiento jurídico no impone sobre los trabajadores la carga de hablar como condición para sus derechos, salvo que quieran des/activar la prescripción en curso, lo que no sucede en este caso.

Por ello, el argumento elaborado al contestar la demanda no se sostiene.

La sentencia en que se apoya carece de autoridad de doctrina plenaria, por lo que es descartable. Es cierto que muchas veces los trabajadores silencian sus reclamos pero ello no significa que no sean trabajadores o que carezcan de razón sino, simplemente, demuestra que el des/empleo creciente, sobre todo en eones de ajuste estructural, exponencia el miedo a perder el empleo como agudamente se ha indicado (Luis y Juliana Raffaghelli, Desempleo, exclusión y salud mental en Argentina, Trabajo y Utopía, Necochea, 1996, pág.20; Viviane Forrestier, L'horreur économique, Fayard, París, 1997, pág.112 y ss.);).

9. En este contexto, la documental reconocida por la actora, como texto, no prueba la relación civil invocada.

10. Todo ello indica que la sentencia debe ser revocada. .

e. datos de la relación laboral

1. La actora afirma haber ingresado el 21.12.1989 y haber extinguido la relación por despido indirecto el 26.03.1991. Sostiene haber trabajado desde las 22 a las 10 hs. todos los días, devengando como último salario A 28.000.000 (\$2.800). En base a ese salario reclama horas suplementarias desde el comienzo de la relación por un total de 2160, integración del mes de despido, indemnización substitutiva del preaviso, vacaciones durante toda la relación, SAC durante toda la relación, indemnización por despido.

2. Por el principio de la inversión de la carga de la prueba, sobre el demandado pesaba el deber/ para/ consigo mismo de demostrar lo contrario a la fecha de ingreso y al salario denunciado. Como esa prueba no existe, se debe tener por cierto que la relación ha comenzado el 21.12.1989 y que el salario final era de \$ 2.800.

Dada la prueba instrumental de las comunicaciones de la actora, se debe tener por cierta la fecha en que se ha considerado despedida.

3. El principio general de que la prueba del hecho controvertido corre a cargo de quien lo afirma, en materia laboral sufre el impacto de la inversión de la carga de la prueba en cuanto el empleador ha de probar el horario de trabajo. A partir de la dictadura militar se concretó una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial, que suponiendo la normalidad del horario, exige al trabajador la prueba fehaciente y categórica del trabajo suplementario pretendido casi con "minuciosidad de relojero" (Héctor Recalde dixit)/

Cabe responder: el trabajo realizado en horas suplementarias, como dato de la realidad ("hecho" en lenguaje procesal), puede ser demostrado por cualquier medio de prueba, presunciones y testigos incluidos. En este caso, la testigo de fs.108 expresamente manifiesta que la actora ha trabajado desde las 22 a las 10 hs. todos los días.

Por ello, tanto por esta declaración como porque la demandada no ha demostrado lo contrario, cabe receptor el reclamo por las horas suplementarias.

4. Le cabe la integración del mes de despido, la indemnización substitutiva del preaviso, la indemnización por despido, el SAC y las vacaciones proporcionales de 1991, no así las anteriores porque no se compensan en dinero y porque la actora no ha argumentado al respecto el enriquecimiento del empleador.

5. Por todo ello, cabe condenar al demandado a satisfacer tales rubros.

Esta es la quinta razón para revocar la sentencia.

C. Decisión

Corresponde:

| | |
|---|----------|
| 1. Hacer lugar a la demanda, contra Catalina de Roemmers por los siguientes rubros: | |
| + marzo 1991 (desde el 7 al 31)..... | \$ 2.100 |
| + indemnización substitutiva del preaviso..... | \$ 2.800 |
| + indemnización por despido..... | \$ 5.600 |
| + vacaciones proporcionales 1991 (3,50 días)(\$2800:25 x 3)..... | \$ 336 |
| + SAC por toda la relación..... | \$ |
| 3.500 | |
| + Horas suplementarias durante la relación..... | \$ |
| 31.499,92 | |
| + Incidencias de las horas suplementarias sobre la indemnización substitutiva del preaviso..... | \$ |
| 2.099,99 | |
| por despido..... | \$ |
| 4.199,99 | |
| Total..... | |
| \$52.135.94 | |

Estos rubros se actualizarán hasta el 01.04.1991 mediante los índices de precios minoristas y devengan un interés del 15% anual. A partir del 01.04.1991 hasta el pago permanecen numéricamente igual y devengan un interés del 15% anual.

Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida.

Sobre el monto de condena (capital e intereses) se regulan los honorarios en los siguientes porcentajes: 18% para el letrado de la actora, 14% para el letrado de la demandada, 7% para la perito contadora.

Los honorarios de alzada se regulan, sobre los de primera instancia, en el 35% para la letrada de la actora y en el 25% para el letrado de la demandada.

2. Confirmar la sentencia en lo que libera a los restantes demandados.

II. Dada la propuesta, la apelación de la perito contadora por sus honorarios deviene abstracta.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

La sentencia de primera instancia viene apelada por la parte actora a fs. 192/195, cuyos agravios han merecido la réplica de la contraria de fs. 202/207. Asimismo, el perito contador cuestiona a fs. 197/198 los honorarios que le fueran oportunamente regulados.

En primer lugar analizar, la queja de la parte, la cual básicamente cuestiona que se haya rechazado su pretensión indemnizatoria por haber considerado el sentenciante de grado que entre las partes no existió un contrato de trabajo.

Desde esta perspectiva, adelanto que la queja de la parte actora no tendrá favorable acogida, toda vez que conforme surge de los elementos probatorios arrojados a la causa la actora se desempeñó en su calidad de enfermera profesional, como cuidadora de la señora Candelaria de Roemmers, realizando tareas específicas consistentes en atenderla con relación a remedios, higiene y alimentación (ver testigo de fs. 108), sin que resulte posible encuadrar dicha relación en la esfera laboral, ya que, como he sostenido en causas similares ("Vera Manuel c/ Georgales de Counaidis, María s/ despido" de fecha 19.03.1997 SD nro. 46121 y "Matta, María c. Barletta Lydia s/ despido" de fecha 12.12.1995 SD nro. 43693) no puede considerarse a la accionada como titular de una organización de medios instrumentados destinados a la producción de bienes, ni a la prestación de servicios, en la que el aporte personal de la actora pudiera subsumirse, lo que torna inaplicable en el caso, la ley de contrato de trabajo.

Por lo expuesto y argumentos propios del fallo apelado propicio se lo confirme con costas a cuyos efectos estimo los honorarios de los presentantes de fs. 192 y 202 en el 25% de lo respectivamente regulados a cada uno de ellos en la etapa anterior.

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la CNAT Sala VI

La regulación de honorarios cuestionada resulta adecuada a la naturaleza y extensión de los trabajos profesionales cumplidos y al resultado final del pleito, por lo que se la confirma.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

I- Comparto el voto del Dr. Capón Filas, salvo en lo que se refiere a la procedencia de las horas extras trabajadas, y ello por dos razones :

a) se admite este importante rubro (más de tres cuartas parte de la condena) en base a la declaración de un solo testigo, en este caso de una compañera de trabajo (fs. 108), quien incluso tiene un interés común con la actora para que prospere el reclamo por horas extras, por una eventual demanda que la misma podría promover. Además, el trabajo ininterrumpido de todos los días a que alude el testigo se ve contradicho por el informe de fs. 61, de donde surge, por ejemplo, que durante el año 1991 la actora no trabajó algunos días, incluido el período corrido que va del 7 al 12 de febrero de 1991.

b) Además cuando la actora hubiese cumplido la jornada de 12 horas que invoca, igualmente considero que no procede el reclamo por trabajo extraordinario, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo realizado (enfermera a domicilio para atender a un paciente grave), ya que es común, en estos casos de contrataciones transitorias, que el salario se pacte sobre la tarea a realizar y de un modo global, sin tener en cuenta la cantidad de horas trabajadas. Esto explica también el alto salario convenido, de \$2.800.- mensuales, cantidad inusual para una enfermera que trabaja solo 8 horas por día. En otros términos, en estos casos el alto salario pactado incluye el trabajo extra que debe realizar el trabajador como algo normal en las tareas de cuidado de enfermos (el salario de \$2.800 se acordó por 12 horas de trabajo y no por 8 horas). Téngase en cuenta que mientras a la actora se le abonaba \$2.800.- por mes, a la misma fecha (marzo 1991) una enfermera profesional tenía derecho a ganar la suma de \$256 en un Hospital privado, según convenio de la sanidad nro. 103/75.

Conforme a lo que propongo, la demanda debe prosperar por los conceptos e importes indicados por el voto del Dr. Capón Filas, excluidas las horas suplementarias y su incidencia sobre las indemnizaciones por despido y falta de preaviso.

II- Costas por su orden en ambas instancias.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO :

He quedado en minoría respecto de la naturaleza del vínculo que unió a las partes, punto respecto del cual mis colegas de Sala han coincidido. Sin embargo, debo dirimir la controversia suscitada en torno a la procedencia de las horas extras.

En este sentido, coincido con lo expuesto en el voto del Dr. Horacio Hector de la Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar la sentencia apelada y condenar a la demandada a abonar al actor la suma de \$ 14.336,00. Dicha suma será actualizada desde que cada rubro es debido hasta el 1.4.91 y devengar intereses del 15% anual desde igual fecha y hasta el efectivo pago. II) Imponer las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida. III) Regular los honorarios sobre el monto de condena (capital e intereses en el 18% para el letrado de la actora, 14% para el letrado de la demandada y 7% para la perito contadora. IV) Regular los honorarios de alzada sobre los de primera instancia en el 35% para la letrada de la actora y en el 25% para el letrado de la demandada. V) Confirmar la sentencia en lo que libera a los restantes demandados.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan .

Caso 27. Cooperativa de trabajo
SALA VI

EXPEDIENTE Nº 26.605/95

JUZGADO Nº 1

AUTOS: "RIVAROLA ALICIO C/ ORGANIZACIÓN JER S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO".

Buenos Aires, de de

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. La apelación del demandado debe resolverse:

A. Datos

1. La empresa demandada ha celebrado un contrato de locación de servicios con la Cooperativa de Trabajo Sila Ltda quien le proveía los vigiladores, entre ellos el actor. Dicho trabajador era derivado a prestar sus tareas en Telefónica de Argentina SA.
2. El señor Juez considera que el vínculo asociativo con la Cooperativa de Trabajo Sila Ltda. era aparente y que ésta ha actuado como mera prestadora de mano de obra para Organización Jer SRL, a la que condena. Libera a Telefónica de Argentina SA. porque, a su entender, las tareas de vigilancia no corresponden a su actividad normal.

B. Valoración

a. Estructura de la cooperativa de trabajo

1. La cooperativa de trabajo, como figura del trabajo autogestionado, evita la dicotomía entre empleador y trabajadores. Por esa razón, ya en 1980 la propuse como síntesis dialéctica del Derecho del Trabajo, finalizando con su exposición la primera versión de la Teoría Sistémica del Derecho Social (cr. "Derecho laboral", Platense, La Plata, 1980, tomo II, Cap. XIV).
 2. La cooperativa de servicios interesa ya que puede brindar tareas valiosas, entre otras, la docencia, la investigación, la atención de la salud, el transporte, organizando y llevando adelante experiencias importantes como las agrupadas en el Sector de Economía del Trabajo en Chile, Colombia, Israel, Suecia. En tales muestras, las cooperativas son verdaderas empresas y como tal afrontan el riesgo del mercado.
 3. Sin embargo, demostrando el acierto del adagio romano "corruptio optimi, pessima", ciertas cooperativas formales son in re ipsa fraudulentas porque prestan servicios en terceras empresas, reemplazando a los trabajadores que las mismas debieran incorporar y aligerando de ese modo los costos de producción. Lo que era una síntesis del problema, se presenta como un nuevo modo de explotación capitalista. Ya no se trata de servicios en propias empresas sino de tareas en empresas ajenas. Este proceder es perseguido por el decreto 2015/94 (BO 16.11.94) y la resolución 1510/94 INAC, normas que, en una situación de fraude objetivo, enmarcan una solución razonable. Tales directivas han sido receptadas en la ley 25.250 (B.O. 02.06.2000) art. 4 in fine) que, si bien no es aplicable retro/activamente, demuestra que la mencionada construcción normativa ha sido receptada societalmente.
- Como enseñara Aristóteles, la economía se halla subordinada a la ética y a la política, dentro de la cual el derecho es un elemento estructural buscando la mejor calidad de vida para todos, no sólo para algunos privilegiados (cr. "Ética a Nicómaco", I, 1 a 5). Por ello, de acuerdo a Amartya Sen, Premio Nobel de Economía 1998, "no existe justificación alguna para disociar el estudio de la economía de la política y de la ética" (cr. "Sobre Ética y Economía", Alianza, Madrid, 1999, pág.25), obviamente tampoco del Derecho.

b. Trabajo en empresa ajena

1. Cuando una cooperativa de servicios presta servicios en terceras empresas y no en sus propias estructuras, se comporta como una empresa capitalista que brinda trabajadores a terceros, integrando el ritmo de producción ajeno. De ahí que, objetivamente, se manifiesta una situación de fraude, ocultando la relación laboral a través del disfraz cooperativo o, en términos normativos, "aparentando normas contractuales no laborales" (RCT art.14).

2. En este caso, las tareas del actor como vigilador fueron recibidas por el demandado,

actuando la cooperativa como mera proveedora de trabajadores. Por ello, la queja debe rechazarse y ha de confirmarse la sentencia recurrida.

c. Conducta judicial ante la discriminación en el empleo

1. El caso demuestra que en el país subsiste la discriminación en el empleo, ya que el actor, verdadero trabajador de Telefónica Argentina SA porque que las tareas de vigilancia hacen a su estructura empresaria, es tratado como ajeno, creándose así una situación objetiva de fraude.

El fraude cometido contra el trabajador debe ser sancionado negativamente por el derecho penal del trabajo. Como se sabe, este elemento del derecho laboral concreta el principio protector del mundo del trabajo y las inspecciones policiales consolidan la paz social dentro de las empresas evitando, sancionan los abusos de los empleadores, evitan la competencia desleal de los incumplientes. Jean Claude Javillier arriba a las dos primeras conclusiones (cr. "Droit du Travail", LGDJ, París, 1996, p.50). El derecho penal del trabajo busca que el bien común, agredido por los in/cumplimientos substanciales o formales del empleador, sea respetado para lo cual las sanciones administrativas que se imponen al in/cumpliente, si bien no son severas, tienen un sentido y contenido hominizador.

Una vez comprobada en sede judicial el in/cumplimiento del empleador, debe el tribunal remitir copia de la sentencia a la Administración del Trabajo para que proceda policialmente de acuerdo a las facultades regladas por la ley 25.212 (B.O.06.01.2000) que substancialmente reitera las establecidas anteriormente por los decretos leyes 18694/70 y 18695/70 (B.O. 03.06.1970) y sus modificatorias.

2. En este caso se viola la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998), norma aplicable por emanar del Tratado de Asunción y superior a las leyes. El art.1 de la mencionada Declaración establece: "Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social ó familiar, en conformidad con las disposiciones legales

vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo."

Por ello, cabe que el Ministerio de Trabajo tenga presente el caso cuando redacte la Memoria Anual sobre la mencionada Declaración.

3. En este caso se viola la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998). La noción de derechos fundamentales de los trabajadores fue incorporada por la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, convocada a iniciativa del Gobierno de Chile en Copenhague en marzo de 1995, recogiendo las discusiones que sobre el tema se celebraron en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en 1994. Ellos incluyen la prohibición del trabajo forzado y del trabajo infantil, la libertad de asociación y de negociación colectiva, la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación en el empleo. Puede parecer paradójal que esta noción, que refiere a los derechos consagrados por las convenciones internacionales del trabajo, haya sido desarrollada en ámbitos diferentes a la OIT. Pero fue la acción conjunta de la Oficina Internacional del Trabajo y de sus mandantes activos durante la fase de preparación de la Cumbre la que permitió efectuar la presentación que recibió el aval de los jefes de Estados y Gobiernos.

El Programa de Acción adoptado por la Cumbre Social invita a los Estados a "proteger y promover los derechos fundamentales de los trabajadores... aplicar plenamente las convenciones de la OIT en el caso de los Estados que son parte y tener en cuenta los principios que están enunciados en el caso de los otros Estados, con el objetivo de alcanzar un crecimiento realmente sostenido y un desarrollo verdaderamente durable". Asimismo, los ministros de Comercio reunidos en Singapur en ocasión de la primera conferencia ministerial de la OMC, en diciembre de 1996, renovaron el compromiso de sus países de "observar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas", entendiéndose que "la ventaja comparativa de países, en particular de los países en desarrollo con bajos salarios, no debería de manera alguna cuestionarse".

La preeminencia de los principios y derechos fundamentales resultan del objetivo que ellos buscan y del hecho de que son reconocidos como tales al interior y al exterior de la OIT. Los derechos fundamentales en el trabajo no son fundamentales porque la Declaración lo dice, sino que la Declaración lo dice porque ellos lo son. Debe también verse en qué medida estos principios y derechos son, por sus

objetivos, fundamentales en la medida que su implementación condiciona fuertemente el ejercicio de otros derechos. Ellos otorgan a los trabajadores "la posibilidad de reivindicar libremente y con posibilidades iguales su justa participación en la riqueza que ellos contribuyen a crear así como a realizar plenamente su potencial humano".

Ni la Cumbre Social, ni la Conferencia Ministerial de Singapur, han dado como tales un mandato particular a la OIT para que se comprometa en nuevas formas de promoción de los derechos fundamentales de los trabajadores. Pero también es cierto que la OIT difícilmente podría considerar que sólo se espera de la Organización que continúe sus actividades como si nada hubiera ocurrido. Es por este motivo que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución sobre el seguimiento de la Cumbre Social, "invita a la OIT, quien por su mandato, su estructura tripartita y su propia competencia, a que continúe contribuyendo a la aplicación del Programa de Acción". Le corresponde a la OIT adoptar las medidas que le permitan, en el marco de su mandato y de los medios que dispone, poner en práctica la doble recomendación del Programa de Acción de Copenhague que le incumbe directamente, mediante el cual los Estados que han ratificado los convenios fundamentales deberían aplicarlos plenamente y aquellos que no lo han hecho, deberían respetar los principios involucrados. Por el contrario, la Declaración no agrega nuevas obligaciones jurídicas a las ya existentes emanadas de la Constitución y la práctica constitucional. No se trata tampoco de someter a los Estados Miembros a las disposiciones específicas de las convenciones que no hayan ratificado. La Declaración no hace más que explicitar el sentido de los compromisos que ellos mismos han suscrito al adherirse a la OIT. La afirmación de que los derechos fundamentales constituyen, en todo caso, la expresión de valores y principios inherentes y esenciales a la calidad de Miembro, aun en ausencia de ratificación de las convenciones correspondientes, presenta el riesgo de permanecer, como muchas otras, sólo letra muerta. Una de las originalidades de la Declaración es que provee a la OIT con los medios para avanzar en sus aspiraciones de universalidad mediante un mecanismo de seguimiento promocional. El objetivo general del seguimiento es de "incentivar los esfuerzos desplegados por los Miembros de la Organización para promover los principios y derechos fundamentales consagrados por la Constitución de la OIT, así como en la Declaración de Filadelfia, y reiterados en la presente Declaración". Los mecanismos de control establecidos siguen vigentes.

El seguimiento contempla dos elementos. El primero es un examen anual sobre la situación en los países que no han ratificado el conjunto o ciertos convenios fundamentales que será efectuado por el Consejo de Administración, según las modalidades que deben ser precisadas en la próxima sesión del Consejo a celebrarse en noviembre de 1998.

Acompañando a la reiteración de la obligación inherente a la calidad de Miembro de promover los derechos fundamentales, aun en ausencia de ratificación, y la utilización sistemática de las obligaciones constitucionales existentes (artículo 19), la Declaración y su seguimiento otorgan a la Organización, por primera vez, el mandato y los medios para promover de manera sistemática el conjunto de derechos fundamentales sin que sea necesario obtener un acuerdo previo de los Miembros para hacerlo. Hasta ahora, dicho acuerdo previo es necesario, excepto en relación a la libertad sindical.

El segundo elemento del seguimiento es el informe global. Este informe emana de la idea de que no porque los países hayan ratificado los convenios fundamentales todo irá bien y sus disposiciones serán correctamente aplicadas y, por el contrario, no porque un país no haya ratificado estos convenios sus principios no se respetan. El informe global permitirá presentar a intervalos de cuatro años para cada categoría de derechos (libertad sindical, trabajo forzado, discriminación y trabajo infantil) una visión conjunta de los progresos alcanzados por todos los Miembros de la OIT que hayan o no ratificado las convenciones fundamentales. Para cada uno de estos derechos, el informe global y su examen por las instancias competentes de la Organización constituirá una oportunidad de efectuar un balance de la acción promocional y de cooperación que la OIT tiene la obligación de aportar a sus Miembros, paralelamente a los esfuerzos que ellos mismos tienen la obligación de efectuar por su condición de Miembro.

Por ello, debe remitirse copia de esta sentencia a la OIT, a sus oficinas de Buenos Aires, a sus efectos.

C. Decisión

Por lo expuesto, corresponde:

1. rechazar la apelación del demandado, sin costas de alzada por ausencia de oposición.
2. confirmar la sentencia recurrida.
3. regular los honorarios de segunda instancia en el 30% de los de primera.
4. remitir copia de la presente al Ministerio de Trabajo a los efectos policiales y para que tenga presente el caso cuando redacte la Memoria Anual respecto de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.
5. remitir copia de la presente a la OIT, a sus oficinas de Buenos Aires, a sus efectos.

II. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Comparto el voto que antecede por sus fundamentos jurídicos, no por los de carácter político-ideológico que innecesariamente se incluyen.

Disiento con que se remita copia de la sentencia a la OIT.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

En cuanto al tenor de ciertos fundamentos del voto del Dr. Capón Filas, considero que se trata de opiniones personales que el vocal preopinante ha estimado conducentes a la solución del litigio, y sobre los cuales no corresponde valoración alguna de mi parte.

En lo restante considero que nada obliga a remitir copia de la sentencia a la oficina regional de la OIT, por lo que disiento con la opinión del Dr. Capón Filas.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar el fallo apelado, sin costas de alzada. II) Regular los honorarios de segunda instancia en el 30%, respectivamente de lo que les corresponde percibir por su labor en la anterior etapa. III) Librar copia al Ministerio de Trabajo a los efectos policiales.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan.

ck

Caso 28. Auditor médico
SALA VI

EXPEDIENTE N° 22.700/99

JUZGADO N° 24

AUTOS: "PAYASLIAN SILVIO JAVIER C/ MUTUAL DE LOS MEDICOS MUNICIPALES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/ DESPIDO".

Buenos Aires, 15 de agosto de 2001

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I) La sentencia de primera instancia rechaza la demanda.

II) Apela la sentencia la actora que expresa agravios a fs. 117/122. En la apelación refiere que:

* El juez sostiene incorrectamente que al actor correspondía acreditar la relación laboral, cuando probada la prestación de servicios se invierte la carga de la prueba y toca a la empleadora demostrar la existencia de una relación no laboral, cosa que no hizo, resultando irrelevante la firma del contrato de fs. 24/25 cuando la índole de las tareas prestadas por el actor son típicamente laborales como lo han entendido numerosos precedentes judiciales.

* Por otro lado las notas de dependencia técnica, jurídica y económica se han acreditado mediante los testimonios de Jauregui, Korberfeld y Paz. En especial prueban que el actor cobraba de la demandada mensualmente la misma suma, independientemente de los pacientes vistos; también que los pacientes pertenecían a la mutual y no al actor y que eran atendidos en un lugar designado por la demandada.

* La exigencia de probar vicios de la voluntad al momento de la suscripción del contrato de fs. 24/25 contradice lo dispuesto por RCT arts. 12 y 13; lógico es concluir que el actor firmó el contrato por imposición de la demandada.

* La circunstancia de que el actor no apareciera registrado en los libros de la demandada no puede resultar prueba de la inexistencia de la relación de dependencia.

* Debe entonces hacerse lugar a la demanda por las indemnizaciones derivadas del despido, de la ley 24.013 y los salarios de marzo a mayo de 1999 respecto a los cuales la demandada guardó silencio frente al emplazamiento de pago.

* Finalmente apela la imposición de costas y los honorarios del letrado de la demandada y del perito contador.

II) Para resolver las apelaciones cabe considerar:

a. Relación laboral

1. En la Aldea Global, ciertas labores pueden desarrollarse en un marco de derecho privado o de derecho laboral, debiendo los interesados demostrar cuál es el aplicable. Un plomero o un pintor, así como el mejor neurocirujano, pueden vincularse con el cliente (en el último caso disfrazado bajo el nombre de "paciente") mediante un contrato de derecho civil o mediante una relación laboral. En esta última variable, el rostro formal de la subordinación recepta el dato real de la hiposuficiencia (económica, social, cultural o política).

2. RCT art. 23 norma: "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demuestre lo contrario...". Esto significa que el mero hecho de las labores causa la presunción de la relación laboral, debiendo el probable empleador demostrar la vinculación tuvo su origen en otra causa. Dado que el texto legal no distingue, cabe aplicarlo también los profesionales universitarios. Ante las tareas realizadas por el actor surge la presunción de RCT art. 23, con lo que era carga del demandado (deber/para/consigo mismo, al decir Emilio Betti), demostrar que aquéllas se debieron a otra causa, lo que en este caso no se ha realizado porque más allá de las apariencias la relación se encauzó con las notas típicas laborales.

3. Desde el primer momento la demandada sostiene que entre las partes ha existido un contrato de naturaleza civil, mediante el cual el médico auditor prestaba servicios y cobraba honorarios y acompaña como prueba de ello el contrato que suscribieran y la factura correspondiente a los honorarios de febrero de 1999.

4. Las declaraciones testimoniales producidas en la causa revelan la existencia de una relación laboral en la medida que la auditoría estaba sometida a las directivas de la Mutual de Médicos Municipales a la cual el actor debía reportar el resultado de sus tareas diariamente, debiendo concurrir al Sanatorio San Camilo de lunes a viernes y los sábados y domingos –en los que se turnaban con otros trabajadores- (declaraciones de Ana María Jáuregui, Korbenfeld y Paz).

5. Cabe agregar que las tareas cumplidas por Payaslian para la demandada configuran un típico contrato de trabajo, pues como médico aparece inserto en la organización empresaria demandada efectuando una tarea de control médico-administrativo necesaria para el debido

funcionamiento de la obra social. Ni el hecho de que el actor tuviera un horario fijo, dada la naturaleza de la actividad, ni la forma de pago de los servicios puede alterar la figura del contrato de trabajo. Esta Sala en la causa "Littieri, Juan Eduardo c/ Obra Social de Recibidores de granos y anexos s/ despido", sentencia definitiva nro. 39455 del 30/11/93 ha resuelto en idéntico sentido, tratándose de hechos análogos.

b. Autodespido

Dado que la misma demandada desconoce la relación laboral que la unía con el actor, y que no ha acreditado el pago de los salarios que se les reclamara el autodespido del accionante se encuentra justificado ante dicha negativa.

c. Las indemnizaciones correspondientes deben calcularse conforme el salario de \$700 denunciado en la demanda, que coincide con el pactado en el contrato que luce a fs. 37/38.

d. Corresponde al actor

| | |
|--|----------|
| 1. Salario marzo de 1999 | \$700 |
| 2. Salario abril de 1999 | \$700 |
| 3. Salario mayo de 1999 | \$700 |
| 4. Salario junio de 1999 | \$583,33 |
| 5. SAC proporcional | \$291,66 |
| 6. Vacaciones proporcionales (6 días) | \$168 |
| 7. Indemnización sustitutiva del preaviso | \$700 |
| 8. Sac sobre preaviso | \$ 58,33 |
| 9. Sac sobre vacaciones | \$ 11,66 |
| 10. Indemnización art. 245 RCT, según ley 25.013 | \$291,66 |

e. Clandestinidad laboral

1. En el presente caso, el actor no ha sido registrado, por lo que la clandestinidad es total (C1). Ante ella, cabe librar oficio al Ministerio de Trabajo a los efectos de LE art. 17.

2. La indemnización por el art. 8 comprende el 25% de los salarios clandestinos pagados desde el comienzo de la relación con un mínimo de tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del art. 245 RCT con lo que en el caso alcanza a \$2.100.

3. Respecto de la indemnización por el art. 15 de la ley 24.013 cabe tener en cuenta los siguientes datos:

De acuerdo al régimen de contrato de trabajo (RCT) y al régimen de la ley 25.013 que rige temporalmente el caso, cuando el trabajador es despedido injustificadamente (o se considera despedido) (di) se le deben las siguientes indemnizaciones (a):

a.1. indemnizaciones substitutiva del preaviso (RCT art. 232)

a.2. Sac sobre esa indemnización (RCT art. 121)

a.3. indemnización por despido (RCT art. 245)

La respuesta normativa se formula: $di = a$

Cuando el trabajador es despedido injustificadamente (o se considera despedido) en un lapso de dos años posteriores a la intimación por la clandestinidad registral (ic) cabe la indemnización por clandestinidad (b) normada por LE art. 15, presupuestada en el doble de las que le hubieran correspondido al trabajador como consecuencia del despido.

La respuesta normativa se formula: $ic = b = (a \times 2)$

En tales casos, el trabajador devenga dos indemnizaciones, una por RCT y otra por LE.

La situación puede formularse:

$di + ic = a + b$

$di + ic = a + (b = a \times 2)$

Esta interpretación se refuerza con LE art. 16 que permite al juzgador, en casos excepcionales de duda, disminuir la indemnización establecida en el art. 15 hasta eliminar la duplicación.

En tales casos, el supuesto se formula: $di + ic = a + 0$

La fórmula muestra que a permanece y b desaparece.

Sentado ello, correspondería resolver según la fórmula: $b = [(a.1. + a.2. + a.3.) \times 200 : 100]$, con lo que se llega a una indemnización de \$2.099,98.

f. La condena comprende también la entrega de los certificados de servicios y aportes previstos por el art. 80 de RCT dentro del quinto día de notificado bajo apercibimiento de aplicar una multa de \$50 por cada día de demora.

g. Conforme lo dispone el art. 279 del CPCCN los honorarios se regulan nuevamente en los siguientes porcentajes: 15% para la representación y patrocinio letrado de la actora, 11% para la de la demandada y 6% para el perito contador. Los honorarios de alzada se regulan en el 35% de los de primera instancia para la representación y patrocinio letrado del actor y en el 25% sobre igual base los de la demandada.

h. Las costas se imponen en ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 CPCCN).

Por lo expuesto corresponde:

1. Revocar la sentencia apelada.
2. Hacer lugar a la demanda y condenar a Mutual de los Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires a pagar al actor dentro del quinto día de notificada la liquidación e intimación de pago prevista por el art. 132 de la LO la suma de \$8.404,61 sobre la que se calculará intereses a la tasa activa promedio del Banco de la Nación para las operaciones de descuento de documentos comerciales desde que cada suma es debida hasta su efectivo pago.
3. Condenar a Mutual de los Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires a hacer entrega de los certificados de servicios y aportes previstos por el art. 80 de RCT dentro del quinto día de notificado bajo apercibimiento de aplicar una multa de \$50 por cada día de demora.
4. Regular los honorarios en el 15% del monto de condena (capital e intereses) para la representación y patrocinio letrado de la actora, 11% para la demandada y 6% para el perito contador.
5. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada.
6. Regular los honorarios de alzada en el 35% de los de primera instancia para la representación y patrocinio letrado de actor y en el 25% sobre igual base los de la demandada.
7. Librar oficio al Ministerio de Trabajo a los efectos de LE art. 17

IV) Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

I) Disiento con el voto que antecede, por lo que propiciare la confirmación de la sentencia impugnada. De acuerdo a las constancias obrantes en autos, y el contrato adjuntado a fs. 24 el actor es un profesional independiente que se comprometió a prestar servicios de asesoramiento médico para la accionada, la cual era una de sus clientes, pues él mantenía el ejercicio libre de su profesión y disponía del tiempo suficiente para atender a su restante clientela.

Los profesionales que tienen su propia clientela, que atienden varios clientes simultáneamente, que sólo dedican parte de su tiempo a trabajar por cuenta de entidades de la salud, se los debe considerar en principio, trabajadores autónomos y no dependientes de dichas entidades ya que “ellos organizan su trabajo con plena libertad y contratan sus servicios en beneficio propio, por sólo porque así les conviene, buscando en lo sustancial, obtener un ingreso más o menos fijo que los ayude a mantener su organización a la vez que favorecer su desarrollo profesional” (causa nro. 13966, Martín Romero c/ Hospital Británico S.A. s/ despido”).

Agregué también entonces que –como ocurre en el caso sub-examen- tampoco invocó la actora ninguna inhabilidad o incapacidad al momento de la contratación o durante su cumplimiento, ni vicios del consentimiento ni una situación de necesidad personal que fuera aprovechada por la accionada, ni que este haya actuado en fraude a la mala fe, o que haya tratado de disfrazar la verdadera relación (simulación ilícita), de tal modo que en absoluto se justifica su pretensión de que se la considere vinculada por una relación que fuera la que ella aceptó libremente, por propia decisión”.

Después de haber prestado plena conformidad con lo acordado no puede ahora el actor “sorpresivamente contradecir su actuación anterior porque si, porque a ella se le ocurre, sin que causa o razón alguna lo justifique, defraudando la confianza que había despertado de la accionada, evidenciando así una actitud manifiestamente abusiva y de mala fe, que el derecho no puede admitir ni tolerar”.

Por lo expuesto propicio se confirme lo decidido en origen.

II) Costas de alzada a cargo de la parte actora. Regúlanse los honorarios de los letrados firmantes a fs. 117 y fs. 125 en un 25% y 30% respectivamente de lo que a cada uno le corresponde percibir por su labor en la anterior etapa.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la CNAT Sala VI

La condena por la multa del art. 15 de la ley 24.013 que debe limitarse a \$991,96. En lo restante adhiero al voto del Dr. Capón Filas.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

En cuanto al punto que ha sido sometido a mi consideración (art. 15 LE) sin perjuicio de encontrarme en minoría con respecto a los restantes puntos materia de agravios, considero acertado lo decidido por el Dr. Fernandez Madrid quién en su voto establece el monto correspondiente a la multa del art. 15 LE en la suma de \$991,96.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar el fallo apelado, y hacer lugar a la demanda entablada condenando a Mutual de los Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires a pagar al actor dentro del quinto día de notificada la liquidación e intimación de pago prevista en el art. 132 de la LO la suma de \$7.296,6 sobre la que se calculará intereses a la tasa activa promedio del Banco de la Nación para las operaciones de descuento de documentos comerciales desde que cada suma es debida hasta su efectivo pago. II) Condenar a Mutual de los Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires a hacer entrega de los certificados de servicios y aportes previstos por el art. 80 de RCT dentro del quinto día de notificado bajo apercibimiento de aplicar una multa de \$50 por cada día de demora. III) Regular los honorarios de origen en el 15% para la representación y patrocinio letrado de la actora, 11% para la de la demandada y 6% para el perito contador del capital e intereses. IV) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada. V) Fijar los honorarios de segunda instancia en el 35% para la representación y patrocinio letrado del actor y en el 25% los de la demandada, respectivamente de lo que les corresponde percibir por su labor en la anterior etapa.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan.

Caso 29. Cambio de lugar de trabajo

EXPTE. N° 6.730/03
Sentencia57607

JUZGADO N° 47

AUTOS: "MORALES WASHINGTON MANUEL C/TERADYS S.A. S/DESPIDO"

Buenos Aires, 12 de noviembre de 2004

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. Han apelado el demandado, su letrado y la perito contadora, ambos por sus honorarios.
1. La Teoría Sistemática del Derecho Social, asumida oficialmente por el Equipo Federal del Trabajo y utilizada en varios tribunales, tanto del país como de Brasil, indica que el Derecho es un conjunto compuesto de cuatro elementos: dos entradas (la realidad y los valores) y dos salidas (las normas y la conducta transformadora), que se expresa en tres momentos, brindando seguridad, certeza y protección, una especie de "trinidad societal", al decir de Zygmunt Bauman (cr. En busca de la Política, FCE, Bs. As, 2001, pág.25): descripción de la realidad, valoración de la realidad, transformación de la realidad. Estas funciones también han sido asumidas por el Equipo de Lecciones de Democracia, que desde Minas Gerais actúa en todo Brasil (cr. Antônio Fabrício de Matos Gonçalves (organizador), Lições de Cidadania, OAB, Brasília, 2003), demostrando que el "pensamiento único" se está desmoronando.
2. En toda sentencia se ha de cuidar que, en la realidad, se cumpla el paradigma del Trabajo Decente, lanzado al ruedo cultural y político por el Director General de la OIT en la Conferencia Internacional de 1999., (pueden consultarse las ponencias presentadas en el VIII Congreso Nacional del Equipo Federal del Trabajo, Universidad Nacional de Catamarca, 2001, en www.eft.com.ar o en mi Cooperativas de Trabajo, Platense, La Plata, 2003 y en Ley de Ordenamiento Laboral y Trabajo Decente, Platense, La Plata, 2004).
3. En ese marco cabe resolver:

A. Primer momento: descripción de la realidad

En este proceso se discuten los siguientes temas: salario de la actora, cambio del lugar de trabajo, descuento de suspensiones, legitimidad del auto-despido de la actora, monto de la

condena, honorarios regulados.

B. Segundo momento: valoración de la realidad

a. Valores

1. En este caso, se encuentran involucrados los siguientes Derechos Humanos: a un orden social justo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art.28; Declaración SocioLaboral del Mercosur, primer considerando; Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer considerando), a condiciones dignas de trabajo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23; Declaración SocioLaboral del Mercosur, primer considerando: Declaración SocioLaboral del Mercosur, cuarto considerando), a una indemnización justa del despido, Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.7.

Los Derechos Humanos penetran el ordenamiento nacional a través de la válvula abierta de los denominados "principios generales del Derecho" mientras algunos de ellos han sido receptados constitucionalmente, todo lo que permite que el trabajador, ciudadano en la ciudad sea también ciudadano en la empresa (cr. mi Ciudadanía en la ciudad, ciudadanía en la empresa, en "La Ley", Suplemento especial por el caso "Aquino", 27.09.2004).

2. Como los Derechos Humanos se vinculan con el Bien Común, cabe desterrar la discusión estéril e in-oficiosa entre monismo y dualismo, aceptar el derecho de todo hombre a recurrir a los tribunales internacionales y de invocar la norma más favorable, receptada en el ordenamiento interno o en el internacional. Estas afirmaciones de la Teoría Sistémica cuentan con el apoyo de un prestigioso jurista contemporáneo, Antonio Augusto Cançado Trindade (Tratado de Direito Intenacional dos Direitos Humanos, Fabris, Porto Alegre, 2003, tomo I, pár.4).

3. Los Derechos Humanos, como expresan la doctrina alemana (cr. Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, Rowohlt, Hamburgo, 1975, Parte II, Cap. 3) y la portuguesa (cr. Jorge Reis Novais, Contributo para uma Teoría do Estado de Direito, Coimbra, 1987, Cap. III. 2.1.; José Abrantes, Direito do Trabalho, Ensaios, Cosmos, Lisboa, 1995, pág.35) irradian eficacia no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad civil y las empresas hasta tal punto que "el principal papel del Juez reside en su independencia para velar las libertades públicas y acrecentar el respeto por los Derechos Humanos porque el Poder Judicial tiene un compromiso histórico y moral con la preservación de la dignidad del hombre" (Benedito Calheiros Bomfim, A Crise do Direito e do Judiciario, Destaque, Rio de Janeiro, 1999, pág.71).

Este compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva constitucional expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la Constitución vigente.

4. Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son superiores a las leyes, ya no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, "Méndez Valles, Fernando c/A.M. Pescoio SCA", 26.12.1995).

Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24). Tampoco puede prescindirse de la Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, por ser una norma que obliga a todos los Estados Miembros de la OIT. Los instrumentos indicados, basados en la esencia existenciada del hombre, buscan dignificar al trabajador como parte hipo-suficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente al salario y las indemnizaciones han de valorarse como elemento axiológico y no como mero componente económico de los costos. En esa dimensión, en la construcción de la Democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal: toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Esta visión "no es una utopía, es una esperanza y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga" (cr. Germán Bidart Campos, Derecho al desarrollo, prólogo).

Todo Juez debe, por mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 163 CPCyC). Ha de tener en cuenta que "la justicia de un sistema socio-económico y, en todo caso, su justo funcionamiento, merecen en definitiva ser valorados según el modo como se remunera justamente el trabajo ... ya que el salario sigue siendo una vía concreta mediante la cual la gran mayoría de los hombres puede llegar a los bienes de la naturaleza como a los que son fruto de la producción" (Laborem exercens, nº 89).

b. Menú normativo para resolver

Se compone de las siguientes normas:

Constitucionales:

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes directivas: Derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo (CN art.14 bis, Derecho a ser protegido contra el despido arbitrario (CN art.14 bis), Derecho a la propiedad privada (art.17),

Supra-legales:

Declaración Sociolaboral del Mercosur, primer considerando; Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer y cuarto considerandos,

Legales:

En este caso se hallan comprometidas las siguientes: RCT art.66, art. 232, art.

233, art.245, art.260, LO art.38, Ley 24.432

C. Tercer momento: Transformación de la realidad

Por razones de método, conviene resolver los temas en el siguiente orden: salario de la actora, cambio del lugar de trabajo, descuento de suspensiones, legitimidad del auto-despido de la actora, monto de la condena, honorarios regulados.

a. Salario de la actora

1. En este caso no se puede utilizar la facultad otorgada al juez por RCT art 114 porque en la actividad rigen salarios establecidos por convenio colectivo y tampoco puede aplicarse RCT art.55 porque el demandado lleva el Libro Especial. En ese sentido, teóricamente tiene razón el demandado.

2. De todos modos, carece de razón en la práctica porque la costumbre de pagar salarios clandestinos ha sido demostrada por los testigos, lo que permite concluir que el salario denunciado por la actora y receptado por la sentencia es correcto.

3. Por eso, la queja debe des-atenderse.

b. Cambio del lugar de trabajo

1. En el esquema de orden-obediencia en que se desarrolla la relación de empleo existe una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial para la cual el lugar de trabajo es un elemento accidental en la relación laboral que puede ser uni-lateralmente modificado por el empleador en los límites del denominado "ius variandi", institución típicamente latino-americana que flexibiliza en parte aquella relación y que fuera sancionada en la región mucho antes que a estas playas criollas llegara la ola "modernizadora" que, bueno es recordar, más allá de los discursos y de las mayorías políticas circunstanciales con las que cuenta, retro/cede la historia a los eones anteriores a la Constitución de la OIT (1917). Esta teoría es seguida por el demandado en su queja.

2. Alternativamente se abre paso otra, seguida por la señora Jueza, que sostiene lo contrario. Cuando se trata del ejercicio del denominado ius variandi, cabe tener en cuenta, de acuerdo a RCT art.66 que la modificación se legitima si: 1.1. Incide sólo en los elementos coyunturales de la relación ("No alteren modalidades esenciales del contrato"). 1.2.

Responde a criterios de razonabilidad ("En tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad"). 1.3. En el supuesto de ser razonable, no dañe. ("Ni causen perjuicio material ni moral al trabajador").

2.2.1. Elementos estructurales de la relación

Cabe tener en cuenta, además, que los elementos estructurales de la relación laboral son los siguientes:

- . Calificación profesional o valencia. De acuerdo a ellas es exigible el débito laboral.
- . Horario de trabajo. Separa tiempo laboral y tiempo libre a disposición del trabajador.
- . Remuneración. Permite acceder a los bienes naturales y culturales.
- . Lugar de trabajo. Permite planificar la vida personal.

2.2.2. Elementos coyunturales de la relación

Cabe tener en cuenta, finalmente, que los elementos coyunturales son los siguientes:

- . Conformación de equipos de trabajo.
- . Ropa de trabajo.
- . Utilización de máquinas e instrumentos de producción.

2.2.3. Conclusión

Como se aprecia, el campo de ejercicio de la facultad modificatoria uni-lateral es sumamente reducido, ya que se limita a los elementos coyunturales de la relación, entre los que no se encuentra el cambio de horario. Al respecto, esta Sala ha afirmado: "El ejercicio de la facultad modificadora sólo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación y siempre que la modificación sea funcional y no dañe al trabajador. Se desprende

inmediatamente que, si el cambio refiere a aspectos estructurales, es jurídicamente imposible aunque sea funcional y no dañe. No se trata de "funcionalidad" o de "daño", en este caso. Se trata, simplemente, de "estructura". Sólo podrá observarse la funcionalidad y la ausencia de daño cuando el cambio refiera a aspectos coyunturales o accidentales de la relación ("Petersen c/ Bonafide", 24.05.89). El lugar de trabajo es un elemento estructural de la relación laboral porque el trabajador se incorpora al ritmo de producción en un sitio determinado, de acuerdo al cual organiza su vida personal y familiar en materia de horario de salida y llegada, lugar de compras, colegio de los hijos, posibilidades educacionales, deportivas, religiosas, afectivas. Como la realidad indica, un trabajador puede aceptar o continuar en una relación laboral porque a la salida del establecimiento compra en el supermercado más económico de la ciudad, asiste al culto religioso en la iglesia que se halla dando vueltas la manzana, puede hacer gimnasia en su club preferido o visitar todos los días a su amada cuya casa se ubica a dos cuadras. Por ello, el cambio de lugar de trabajo no se encuentra dentro de las posibilidades del *ius variandi*. Si el empleador necesita por razones objetivas que un determinado trabajador preste servicios en otro establecimiento o unificar en un sitio determinado los diversos establecimientos, debe negociar con el o los trabajadores y ha de contar con su consentimiento expreso, determinando las condiciones del traslado (reconocimiento de mayores gastos, consideración del mayor tiempo de viaje como hora suplementaria, etc.), pero nunca podrá disponer uni-lateralmente el cambio ya que esa medida se halla fuera del contenido del *ius variandi*.

Descripto el marco teórico del tema, en este caso concreto los trabajadores fueron destinados a prestar servicios en otro establecimiento, amparándose el empleador en el *ius variandi*. Ese no es el camino: dado que el lugar de trabajo es estructural a la relación laboral ninguna posibilidad uni-lateral al respecto obra en la esfera del empleador. Por ello, la renuencia de los trabajadores a trabajar en el nuevo destino fue legítima. Ante esa legitimidad, ninguna injuria cometieron contra el empleador.

Por ello, la queja del demandado debe rechazarse.

c. Descuento de suspensiones

1. Los argumentos expresados en la queja no fueron desarrollados en la contestación de la demanda.

2. Por ello, deben rechazarse.

d. Legitimidad del auto-despido de la actora

1. El demandado no ha tenido en cuenta los diversos motivos por los que el actor se ha considerado despedido, deteniéndose en uno solo de ellos.

2. Por ello, la queja debe rechazarse.

e. Monto de la condena

1. El argumento de que la liquidación debe practicarse de acuerdo al salario obrante en los registros laborales debe rechazarse porque dicha remuneración no es correcta,

2. La aplicación del tope de convenio a la indemnización por antigüedad, solicitada en la queja de acuerdo a la pericia contable, no integró la litis porque no fue opuesta al contestar la demanda.

Por ello, no existe incidencia alguna en las indemnizaciones por la ley 24.013.

3. No existe razón alguna para que el demandado sea liberado de la sanción establecida en el art.2 de la ley 25.323.

4. De los montos correspondientes a salarios primera quincena julio 2001, suspensión julio 2001, suspensión junio 2001, sac 1ª cuota 2001 y salarios adeudados mayo 2001, deben descontarse las sumas reconocidas por el actor al absolver posiciones.

5. La queja respecto del certificado de trabajo menoscaba la afirmación de la señora Jueza, consistente en que el instrumento depositado en autos no refleja la realidad de la relación.

6. Cabe retirar de la condena la suma por el art.10 de la ley 24.013 (\$54.400) porque el actor no remitiera copia a la AFIP de su requerimiento al empleador, incumpliendo así el requisito establecido por la ley 25345 art.47.

f. Honorarios regulados

1. Los honorarios regulados al letrado del demandado y a la perito contadora son razonables, por lo que deben ser confirmados.

2. Cabe rechazar la queja

f. Conducta de la Alzada

1. Dado que la conducta del empleador ha violentado el sentido de la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (OIT 1998) y el paradigma del Trabajo Decente (OIT, 1999) cabe enviar copia de esta sentencia para que la tengan en cuenta en el momento de redactar el Informe correspondiente.

Dado que el empleador ha violentado el sentido y el alcance de la Declaración SocioLaboral

del Mercosur (1999), cabe remitir copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo de la Nación para que la considere al momento de redactar la Memoria Anual.

Dado que el empleador ha violentado el sentido trascendente del trabajo (RCT art.4), vulnerado la buena fe (RCT art. 63) y desconocido los criterios de colaboración y solidaridad establecidos como estándares y módulos de comportamiento por RCT art.62, cabe remitir copia de esta sentencia al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que mediante su propia Administración del Trabajo aplique al empleador las sanciones policiales del caso, establecidas en la ley 25.212.

2. Si esta Sala procediese así, cumpliendo los deberes a su cargo, consolidará en la realidad el lugar existencial seguro para todos, en lo que consiste, básicamente, la justicia social.

D. Solución del caso

Por la fuerza del Derecho (único modo de con-vivencia organizada y medianamente justa y solidaria en procura de un orden social justo hasta llegar al Orden Social Fraternal), expresado la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts.23 y 28, en la Constitución Nacional arts.14 bis y en el art.17, en la Declaración Sociolaboral del Mercosur, primer considerando; en la Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer y cuarto considerandos, en RCT art.66, art.104, art.208, art.211, art.245)art. 232, art. 233,art.245, art.260, LO art.38, Ley 24.432, RCT, corresponde:

1.De los montos correspondientes a salarios primera quincena julio 2001, suspensión julio 2001, suspensión junio 2001, sac 1ª.cuota 2001 y salarios adeudados mayo 2001, descontarlas sumas reconocidas por el actor al absolver posiciones.

2.Retirar de la condena la suma establecida en base al art.10 de la ley 24.013.

3. enviar copia de esta sentencia para que la tengan en cuenta en el momento de redactar el Informe correspondiente.

Dado que el empleador ha violentado el sentido y el alcance de la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1999), cabe remitir copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo de la Nación para que la considere al momento de redactar la Memoria Anual.

Dado que el empleador ha violentado el sentido trascendente del trabajo (RCT art.4), vulnerado la buena fe (RCT art. 63) y desconocido los criterios de colaboración y solidaridad establecidos como estándares y módulos de comportamiento por RCT art.62, cabe remitir copia de esta sentencia al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que mediante su propia Administración del Trabajo aplique al empleador las sanciones policiales del caso, establecidas en la ley 25.212.

4.Imponer las costas de ambas instancias al demandado.

5.Regular los honorarios de segunda, sobre los de primera, correspondientes al letrado de la actora en el 35% y los de la letrada del demandado en el 25%.

II. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

I-A) Comparto el voto que antecede en cuanto considera acreditados los pagos clandestinos invocados por el actor. Los testigos Rivero, Díaz y López merecen fe en cuanto son precisos y coincidentes, dan la razón de sus dichos y sus declaraciones no han sido observados por la accionada.

A su vez la negativa de la accionada a reconocer la remuneración clandestina justificó la decisión de extinguir el contrato, por lo que proceden las indemnizaciones por antigüedad, falta de preaviso e integración del mes de despido.

B) En cambio, no comparto la decisión del a quo de fijar la remuneración del actor en \$1.650.-, integrada por \$550 en blanco y \$1.100 en negro.

Los testimonios no son muy precisos al respecto, ya que Rivero alega que recibían \$500 por recibo y \$300/400 en negro por quincena, lo que hacía una remuneración mensual de \$1.100.- a \$1.300.-, Díaz alude a un importe mensual de \$1.600.-, mientras que Lopez afirma que el actor ganaba entre \$1.400.- y \$1.500.-, porque él recibía \$1.200.-, ya que Morales tenía más cargas de familia (o sea que la remuneración era más o menos la misma) relatando que a todos se les abonaba la mitad en blanco y la otra mitad en negro.

Ante esta situación, y la falta de una prueba directa al respecto, propongo que se fije la remuneración del actor en la suma de \$1.200 (\$550 en blanco y \$650 en negro) haciendo un promedio de las cantidades declaradas por los testigos.

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la CNAT Sala VI

C) Comparto también la propuesta del Dr. Capón Filas de confirmar el monto indemnizatorio (no se aplica tope de convenio), no liberar a la accionada de la sanción prevista en el art. 2 de la Ley 25.323, de descontar las sumas reconocidas por el actor al absolver posiciones y de retirar de la condena la multa del art. 10 de la Ley 24.013 (\$33.000 y no \$54.400, como por error material se afirma en el voto aludido), por no haberse cumplido con el requisito establecido en el art. 47 de la ley 25.345.

D) Tampoco comparto la propuesta de confirmar la sanción prevista en el art. 80 L.C.T., ya que el accionado desde el primer momento puso a disposición del actor las certificaciones de servicios (18.7.01) y este no concurrió a retirarlas, incurriendo así en una situación de mora que libera al deudor de responsabilidad. Además, la accionada acompañó dichas certificaciones al contestar la demanda. En lo que respecta a su contenido, el empleador cumple consignando los datos y los aportes a la seguridad social que surgen de sus registros, no estando obligado a certificar importes que sólo serán fijados en la sentencia con posterioridad, y que por cierto en ese momento no podía conocer. En razón de lo expuesto, debe retirarse de la condena la suma de \$4.950.-

II. En base a las modificaciones propuesta, el reclamo debe prosperar por la suma de \$49.740,99.- conforme el siguiente detalle.

- INDEM POR ANTIGÜEDAD \$12.150.- (según demanda)
- PREAVISO \$ 2.400.- (1.200x2)
- SALARIO 1era.quincena Julio 2001 \$ 576.- (600-24recibo fs.53)
- Días de suspensión de Junio de 2001 \$ 28,25.-
- SAC 1era.cuota de 2001 \$ 207.- (600-393, recibo fs. 52)
- VACACIONES PROP. \$ 784.- (1.200%25x28%12x7)
- INTEGRACION MES DE DESPIDO \$ 600.-
- SAC PROPORCIONAL \$ 100.- (1.200%12)
- ART. 2 DE LEY 25.323 \$7.575.- (50% de 12.150 + 2.400 + 600)
- SALARIO ADEUDADO MAYO 2001 \$ 650.- (Lo que cobraba "en negro" y no le pagaron)
- INDEM ART. 10 Ley 24.013 \$23.400.- (650X12: 7.800X12: 93.600 : 4)
- TOTAL: \$48.470,25.-

El monto de condena asciende a \$48.470,25.- el que llevará un interés -desde que cada crédito es debido y hasta su efectivo pago- que establece el sentenciante de grado y que no ha sido objeto de agravios.

III. Atendiendo al nuevo resultado del pleito que propongo, y los normado por el art. 279 del C.P.C.C.N. corresponde un nuevo pronunciamiento sobre costas y honorarios.

Las costas de primera instancia deben ser impuestas en un 20% a cargo de la parte actora y en un 80% a cargo de la parte demandada en proporción al éxito obtenido por cada una de las partes.

De conformidad con el mérito y eficacia de la labor cumplida, valor económico del litigio y pautas arancelarias de aplicación, corresponde confirmar los porcentajes establecidos a los profesionales intervinientes, sobre el monto de condena.

Derecho del Trabajo y conducta judicial, Recopilación de la CNAT Sala VI

IV. Costas de alzada se imponen también en el 20% a cargo de la parte actora y en el 80% a cargo de la parte demandada. Regúlese los honorarios del letrado firmante del escrito de agravios de fs. 275/280 en el 25% y los de fs. 282/285 en el 25% de lo que se reguló para la instancia anterior.

De prosperar mi voto correspondería: 1) Modificar la sentencia apelada reduciendo el monto de condena a la suma de \$48.470,25.- la que devengará la tasa de interés, que fijó la Juez a quo y que no ha sido materia de agravios: 2) Costas y honorarios de primera instancia según lo establecido en el apartado III del presente decisorio. 3) Costas y honorarios de alzada según lo establecido en el apartado IV del presente decisorio.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiere al voto del Doctor Horacio Héctor de la Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Modificar la sentencia apelada y reducir el monto de condena a la suma de \$48.470,25.- la que devengará la tasa de interés que fijó la Juez a quo. II) Imponer las costas de ambas instancias en el 20% a cargo de la parte actora y en el 80% a cargo de la parte demandada. III) Regular los honorarios del letrado firmante del escrito de agravios de fs. 275/280 en el 25% y los de fs. 282/285 en el 25% de lo que se reguló en la instancia anterior respectivamente.

Regístrese, notifíquese y vuelvan
bg

Caso 30. Prueba de los salarios
SALA VI Sentencia Definitiva N° 55645

EXPTE. N° 9.552/01

JUZGADO N° 62

AUTOS: "POSADA VICTOR HUGO C/INTERNATIONAL FIRE WORKS S.R.L. S/DESPIDO"

Buenos Aires, 18 de diciembre de 2002.

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. La apelación del demandado debe resolverse:

a. Salarios del actor

1. Para probar los montos salariales devengados en una empresa determinada se debe recurrir a los recibos o a las presunciones.

En la primera variable, el empleador demuestra los montos mencionados y su pago, no pudiendo fundar su cuantía en base a testimonios y mucho menos en base a declaraciones de quienes, como en este caso, no han visto el momento de pago.

En la segunda variable, ante la in-conducta del empleador que no presenta los registros laborales surge la presunción de tener por ciertos los salarios denunciados por el trabajador (RCT art. 55) salvo prueba en contrario, la que tampoco puede realizarse en base a testigos y con mayor razón en base a quienes no hubieran presenciado el pago.

2. En este caso, además de la total clandestinización del empleador ante los organismos gubernamentales detallados en la sentencia (la demandada no se halla registrada como empleadora ni figura en la AFIP), obra la falta de registros laborales y la ausencia de recibos. Ante ese cúmulo de prueba en su contra, carece de sentido recurrir a fallos de la Corte Suprema, a los salarios mínimos-vitales y móviles o a las escalas del convenio de comercio porque:

2.1. Las sentencias de la Corte, no siendo tribunal de casación, no son obligatorias ni siquiera para ella misma como se advierte por los cambios de interpretación de las mismas leyes.

2.2. Las escalas mínimas, como su denominación indica, son fundamentales pero no únicas,

con lo cual bien pueden ser sobre-pasadas en la realidad como de hecho sucede en la realidad.

2.3. El convenio colectivo de comercio debe dejarse de lado en este caso porque no ha sido invocado por las partes en el proceso y porque la realidad demuestra que sus escalas salariales suelen ser sobrepasadas.

b. Tasa de interés

1. Los argumentos para reducir la tasa de interés del 12% no responden a la realidad del mercado y del tráfico económico actual.

2. Por ello, deben ser rechazados.

II. La apelación del actor debe resolverse:

1. En plena euforia privatizadora, gestionada con una Cruzada por el fascismo de mercado (ideológicamente denominado "neo-liberalismo"), el Estado privatizó el control de la clandestinidad laboral, derivándolo a los trabajadores afectados y a los sindicatos. En todos los años transcurridos, por esta Sala no se ha tramitado proceso alguno en que el intimante hubiera sido la asociación sindical. Tomando ese dato como representativo del universo, puede establecerse que el control sólo ha sido ejercido por las mismas víctimas del atropello. Pero, demostrando el gatopardismo del régimen, la Administración condicionó las indemnizaciones por el atropello a que la víctima intimara la registración, estando vigente la relación (decreto 2725/91).

Mientras los narradores de normas (algunos de ellos autores "de marca", promocionados como serios por el mercado del libro) no cuestionan nada y se subordinaron al texto tal cual fuera sancionado en mi Ley de Empleo (pár. 48, Platense, La Plata, 1991) sostuve que el art. 3 del decreto 2725/91, era in-constitucional por agregar al texto legal el requisito de que la intimación registral debía realizarse estando vigente la relación de empleo, perjudicando de este modo al trabajador afectados ya que solamente se animaría a intimar el trabajador cercano a la extinción de la relación.

2. El señor Juez descuida que la valoración constitucional, aún de oficio, es la prima ratio del orden jurídico porque permite al juzgador aplicar la norma correcta y del modo correcto. En este caso, como el art. 3 del decreto 2725/91 añade un requisito al art. 11 de la ley 24.013 cercando las posibilidades del trabajador afectado, es inconstitucional y así debe ser declarado.

3. Dado que el actor ha renunciado, le corresponde solamente la indemnización establecida en la ley 24.013, art. 8, por el monto reclamado de \$8.000.-.

4. Las costas deben imponerse al demandado, en ambas instancias.

III. Los honorarios de la letrada del actor lucen reducidos, debiendo regularse en el 18% de la base de cálculo.

IV. Corresponde:

1. Rechazar la apelación del demandado.

2. Declarar in-constitucional en el caso el art. 3 del decreto 2725/91 y adicionar a la condena \$8.000.- como indemnización por el art. 8 de la ley 24.013.

3. Imponer las costas de ambas instancias al demandado.

4. Regular los honorarios de primera instancia correspondientes a la letrada del actor en el 18% de la base de cálculo.

5. Confirmar la sentencia en el resto.

6. Regular los honorarios de segunda instancia sobre los de primera, en el 35% para el letrado de la actora y en el 25% para el letrado del demandado.

V. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Comparto con el voto que antecede, en cuanto rechaza la apelación del demandado. En cambio, disiento con el mismo en tanto declara inconstitucional el art. 3º del Dec. 2725/91, ya que a mi modo de ver el criterio adoptado por el poder reglamentario podrá ser o no compartido, pero de ningún modo considero que sea contrario a disposiciones constitucionales, las que tampoco se precisa cuáles serían.

Por ello propicio se confirme la sentencia apelada en todas sus partes.

reincorporación al puesto de trabajo.

consolidarlo válido y buscar la correspondiente indemnización.

En este caso concreto, el trabajador ha optado por perseguir la indemnización por el despido injustificado.

Si se toma el mejor salario normal y habitual del actor en el último año (\$2.700,00), la indemnización sería de \$16.200,00.

Si se toma el tope máximo (\$1.237,68) la tarifa se reduce a \$7.426,08.

Como se advierte, la dis/paridad de resultados es manifiesta, superando el 55% del valor base de la indemnización.

Las tarifas indemnizatorias legales no configuran ninguna transacción porque los sectores encontrados (empleadores y trabajadores) no celebran al respecto negocio jurídico alguno, por lo que la doctrina que así las califica carece de base. Tampoco protegen contra el despido arbitrario porque lo validan, limitándose simplemente a sancionar una indemnización.

Sentado ello, las tarifas sancionan un marco real para establecer los costos de todo proceso productivo, de tal modo que tanto empleadores como trabajadores pueden anticipar las consecuencias de una decisión. A tal punto es así, que las sucesivas leyes que han sancionado tarifas indemnizatorias en materia de despidos antifurídicos han establecido cada vez más menores sumas.

Ciertos empleadores argentinos, para quienes el ajuste consiste en pagar menores salarios y reducir indemnizaciones, no vacilan en solicitar (rectius, exigir) la nueva reforma que los libere de indemnizar en caso de despido. No advierten que con salarios menores y ninguna indemnización, se acelera la recesión porque el poder de compra de los habitantes del país disminuye, con que la solución que logran hoy es el hambre de mañana, no sólo de los trabajadores afectados sino de ellos mismos. "En la Argentina, la coalición de empresarios y economistas y economistas (no todos, pero sí los más gravitantes) consiguió inculcar la idea de que el salario, cuanto más bajo mejor. A la baratura del trabajo se le llama competitividad, sobre todo si, además de ganar muy poco, los asalariados trabajan más horas y en peores condiciones. Como esto restringe el mercado interno, y como por otras razones las exportaciones no crecen o caen, la economía vive enferma de recesión. De esta manera, cuanto más se reduce el salario, más aumenta el desempleo, porque la ecuación "menor precio/más demanda", que se aplica a la mayoría de las mercancías, no rige para el trabajo, aunque la alta tasa de desocupación sea usada como pretexto para depreciar cada vez más la mano de obra" (cr. Julio Nudler, "Vital, móvil o minimizado", Página 12, 29.11.1999).

En ese marco, la ley 24.013, denominada "Ley de empleo", contiene numerosas disposiciones flexibilizadoras, utilizadas por el neo/liberalismo cillio con el argumento de aumentar el nivel de empleo pero que en la realidad no lo han aumentado sino servido a reducir los costos laborales de los empleadores.

En una de esas medidas flexibilizadoras, la ley establece un tope en la tarifa indemnizatoria por despido in/justificado, consistente en que la mejor remuneración normal y habitual, tomada como base, no puede superar el 300% del promedio colectivo aplicable, disposición que incluso se aplica a los trabajadores no alcanzados por el convenio.

Cabe, además, indicar que la inmensa mayoría de los convenios colectivos no han sido sometidos previamente a la consideración de la asamblea sindical, como establece la ley 23.551, art. 20, inc. b), por lo que no lucen representativos de los verdaderos interesados, los trabajadores.

Como RCT art. 245 modela la indemnización sobre la mejor remuneración normal y habitual, los topes mínimo y máximo establecidos no pueden alejarse demasiado de la misma.

Buscando una cuota de racionalidad responsable en este tema, pareciera objetivo indicar que si, por aplicación de los topes, el resultado obtenido disminuye en un 30% o similar porcentaje la indemnización que se lograría sin ellos, la tacha de inconstitucionalidad de la norma se impone, por atentar contra la propiedad privada del trabajador.

La Corte Suprema ha sabido cuantificar la confiscatoriedad, estableciéndolas en un 30% (Jáuregui, Hugo y otros c/Gobierno de Entre Ríos", 06.10.1992) o en un 33% (Indo SA c/DGI, 04.05.1995).

La Suprema Corte de Mendoza sostiene que una proporción puede ser confiscatoria para sectores de bajos ingresos y razonable para sectores mejor remunerados (Círculo Médico de Mendoza c/Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, 27.10.1997).

Los Derechos Humanos, como expresan la doctrina alemana (cr. Martín

Kriele, "Einführung in die Staatslehre", Rowohlt, Hamburgo, 1975, Parte II, Cap. 3) y la portuguesa (cr. Jorge Reis Novais, "Contributo para uma Teoria do Estado de Direito", Coimbra, 1987, Cap. III. 2.1.; José Abrantes, "Direito do Trabalho, Ensaios", Cosmos, Lisboa, 1995, pág.35) irradian eficacia no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad civil y las empresas hasta tal punto que "el principal papel del Juez reside en su independencia para velar las libertades públicas y acrecentar el respeto por los Derechos Humanos porque el Poder Judicial tiene un compromiso histórico y moral con la preservación de la dignidad del hombre" (Benedito Calheiros Bomfim, "A Crise do Direito e do Judiciário", Destaque, Rio de Janeiro, 1999, pág.71). Este compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva constitucional expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la Constitución vigente. Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son superiores a las leyes, ya no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la presidencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, "Méndez Valles, Fernando c/A.M. Pescoio SCA", 26.12.1995). Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24). Los instrumentos indicados, basados en la dignidad del hombre, buscan la dignificación del trabajador como parte hiposuficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente al salario y las indemnizaciones han de valorarse como elemento axiológico y no como componente económico de los costos.

En esa dimensión, en la construcción de la Democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal: toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Esta visión "no es una utopía, es una esperanza y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga" (cr. Germán Bidart Campos, "Derecho al desarrollo", prólogo). Todo Juez debe, por mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 163 CPCyC). Teniendo en cuenta que "la justicia de un sistema socio-económico y, en todo caso, su justo funcionamiento, merecen en definitiva ser valorados según el modo como se remunera justamente el trabajo ... ya que el salario sigue siendo una vía concreta mediante la cual la gran mayoría de los hombres puede llegar a los bienes de la naturaleza como a los que son fruto de la producción" ("Laborem exercens", n° 89), siguiendo la directiva constitucional de la retribución justa (CN art. 14 bis) aplicable analógicamente al caso de la indemnización tarifada, en este caso cabe advertir que RCT art. 245, al permitir una suma dis/paratada en más de un 55% de lo que correspondería al trabajador, luce in/constitucional y así debe ser declarado.

En ese caso, liberado el tope, la tarifa se modela sobre la mejor remuneración normal y habitual del trabajador, no pudiendo el juez crear pretorianamente una tarifa porque ésa es función de los legisladores.

No obstaculiza esta decisión el hecho de que la Corte Suprema haya avalado la norma cuestionada. Pero como la Corte no funciona como tribunal de casación sus sentencias no son obligatorias para los tribunales del país.

Cabe recordar, finalmente, que la eficiencia jurídica de un país no se mide por la cantidad de leyes sancionadas ni por el número de tribunales sino por el modo cómo es tratado en la norma y en la jurisprudencia el ser más débil de la relación (Enrique Marí, X Conferencia Nacional de Abogados, Rosario, 1983, ad sensum, citado por Liliana Beatriz Constante, "Acción de amparo. Sistema de derechos de base constitucional", en "La Ley", 14.10.1999, pág. 3).

Por todo ello cabe revocar la sentencia en tal aspecto, y condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de \$8.773,92 en concepto de diferencia en la indemnización por antigüedad. Dicho importe devengará desde el distracto intereses a tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuentos de documentos comerciales hasta su efectivo e íntegro pago a la accionante, En atención al resultado del recurso cabe imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (artículo 68 del C.P.C.C.N.) y regular los honorarios de los letrados firmantes de fojas 119 y fojas 130, en el 35% y 25% respectivamente de lo que a cada uno le corresponde percibir por su labor en la anterior etapa. Regular en virtud de lo previsto por el artículo 279 del C.P.C.C.N. los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la demandada y del perito contador en el 18%, 13% y 8% del monto de condena (capital e intereses).

Así voto.

EL DOCTOR JUAN CARLOS FERNANDEZ MADRID DIJO:

Que adhiere al voto del Doctor Rodolfo Ernesto Capón Filas.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Revocar la sentencia apelada y condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de \$8.773,92 en concepto de diferencia en la indemnización por antigüedad. Dicha suma devengará desde el distracto intereses a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuentos de documentos comerciales hasta su efectivo e íntegro pago a la accionante. II) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida. III) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la demandada y del perito contador en el 18%, 13% y 8% del monto de condena (capital e intereses). IV) Regular los honorarios de los letrados firmantes de fojas 119 y fojas 130, en el 35% y 25% respectivamente de lo que a cada uno le corresponde percibir por su labor en la anterior etapa.

Cópiese, regístrese, notifíquese y vuelvan

bg

Caso 33. Irrenunciabilidad de derechos

IRRENUNCIABILIDAD

El principio de irrenunciabilidad obra expresamente en RCT art. 12 y oblicuamente en RCT art. 7. El primero nulifica cualquier conducta del trabajador que disminuya niveles protectores establecidos en leyes o convenios colectivos de trabajo. El segundo extiende la nulidad a cualquier comportamiento contrario a las condiciones laborales dispuestas por ley, convenio colectivo o laudo con fuerza de tal, de lo que se deduce que el nivel logrado por encima de las leyes o de los convenios colectivos no puede renunciarse, ya que dicha conducta contra/dice tales disposiciones y, sobre todo, vulnera la garantía protectora de C.N. art. 14 bis.

De acuerdo al principio:

+ Las condiciones laborales establecidas en leyes no pueden des-activarse por otras leyes. Si bien el principio refiere a la conducta de los sujetos laborales, por extensión es aplicable al supuesto de leyes des-activadoras de niveles anteriores y permite al decisor judicial declarar tales leyes in/constitucionales por violentar el sentido prospectivo del proyecto social constitucional.

+ Las condiciones laborales establecidas en leyes no pueden des-activarse por convenios colectivos, acuerdos de empresa, usos y costumbres, decisión uni-lateral del empleador o del trabajador. La des-activación lograda es nula por aplicación de RCT artículo 7.

+ Las condiciones laborales estructuradas en convenios colectivos no pueden disminuirse por convenios o acuerdos de empresa posteriores.

La des-activación lograda es nula por aplicación de RCT art. 7.

+ Las condiciones laborales establecidas en negocios jurídicos laborales (mal llamados "contratos de trabajo") no pueden desactivarse por negocios posteriores. Si los trabajadores así procediesen, el resultado es nulo porque vulnera el principio de irrenunciabilidad. Tales conductas son contrarias a la solidaridad de clase y así ha sido receptado en RCT art. 7.

+ Las condiciones establecidas en negocios jurídicos laborales no pueden des-activarse por decisión uni-lateral del empleador.

La condición anterior continúa ya que la nueva no puede des-virtuarla por provenir de fuente distinta y vulnerar el principio protector receptado constitucionalmente.

Ausencia de homologación administrativa o judicial

1. A todo esto se añade que el acuerdo logrado y no cumplido por el demandado, no fue homologado en su momento, con lo que carece de fuerza de cosa juzgada (RCT art.15).

Al carecer de dicha fuerza, el trabajador puede reclamar la diferencia entre lo acordado y lo que realmente se le debe. Si se hubiera homologado, violentando la irrenunciabilidad, el afectado podría realizar la misma operación, previo ataque de nulidad administrativa del acto homologador.

2. El argumento implícito (hipertexto, diría Luhman) de que la voluntad de las partes se encuentra antes y por encima de la disposición legal menoscaba que el orden público, receptor de los cuatro elementos del bien común (social, cultural, económico, político), debe ser respetado siempre porque mientras siga vigente la Constitución Nacional y existan jueces que la hagan cumplir, las leyes enmarcan el ejercicio de los derechos los que se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (CN art.14). En este caso, las

partes no pueden derogar en los hechos el art.15 RCT.
Capón Filas, adhesión de De la Fuente

SALA VI

EXPTE. N° 24.643/02

JUZGADO N° 76

AUTOS: "GRAMAJO JUAN CARLOS C/METROPOLITANO GRAL. ROCA S.A. S/DESPIDO"

Buenos Aires, 25 de agosto de 2004

Sentencia definitiva N° 57378

EL DOCTOR RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS DIJO:

I. La apelación del demandado debe resolverse:

A. Elementos

a. Acuerdo perjudicial argumentado como válido

1. El objeto económico del acuerdo firmado entre las partes con motivo del despido del actor está alejado de la suma resultante de la condena (\$18.907 en comparación con \$51.610,60) lo que, de por sí, hace preguntarse al jurista más conservador si realmente la voluntad del trabajador que lo firmara estaba exenta de presiones o vicios, como alega el apelante quien, además, argumenta con la teoría de los hechos propios, exponenciada de tal modo en el fuero que es más citada que la Declaración Universal de Derechos Humanos o la misma Constitución. De todos modos, quienes conocemos el mundo del trabajo con sus luces y sus sombras sabemos que en la mayoría de los casos los "arreglos" perjudiciales se realizan porque las necesidades básicas insatisfechas de los trabajadores, incluidas sus familias, los llevan a acuerdos ruinosos ahora en vez de esperar un resultado mejor en un después que siempre llega tarde.

Como se aprecia, el argumento de la "libre" voluntad del trabajador es bastante más débil que las razones presentadas por el demandado, quien, por su parte, debiera callar y no ser atendido por el tribunal porque ni tan siquiera ha pagado el acuerdo en su totalidad sino solamente la primera cuota.

2. Los actos propios son válidos y pueden ser alegados en contra de quien pretende violarlos (en este caso, el trabajador) si se han cumplido los requisitos legalmente establecidos para darles validez.

En el presente proceso, el acuerdo firmado es nulo porque mediante suyo el actor está renunciando a sus derechos, tema que el demandado menoscaba.

La irrenunciabilidad impide a los trabajadores dejar por el camino derechos que les corresponden.

Como ya advirtió mi "Derecho laboral" (Platense, La Plata, 1979, tomo I, pág. 75) la base de la relación laboral es la hipo-suficiencia del trabajador, situación social real que lo lleva a incorporarse como subordinado a las esferas empresarias. Esta situación se agrava en época de desempleo como lo ha señalado la OIT (cr. Informe sobre el programa PIACT, Ginebra, 1984, pág. 4) y lo indica el sentido común.

Debe partirse del principio de que en una relación laboral una de las partes está en condiciones de imponer su voluntad a la otra y de que hay que interpretar estrictamente los alcances de un consentimiento que puede no ser tal. Es sabido que la imposición de la voluntad del empleador se sustenta en el temor del dependiente a verse privado de su sustento por un distracto, en especial en una estructura social del empleo particularmente competitiva. Finalmente, en una situación de alta volatilidad social como la actual, con cortes de ruta constantes en busca de pan y trabajo, el Fuero del Trabajo (aun en medio de sus deficiencias, carencias y mediocridad), es el último dique antes de la explosión social y del surgimiento de la violencia policial como "remedio", recurso ya experimentado en la Administración anterior. De ahí la importancia de esta sentencia que vuelve a re-flotar el tema de la irrenunciabilidad de derechos laborales por parte de los trabajadores.

Cabe dejar de lado la decisión meramente formal, utilizada por la doctrina tradicional, porque se queda en la superficie del Derecho sin ahondar en las profundidades del caso concreto, constituido no sólo por normas sino también por realidades, valores y conducta transformadora, como expresa la Teoría Sistemática del Derecho Social, de acuerdo a la cual el Derecho (d) es un conjunto, integrado por dos entradas, la realidad (r) y los valores (v) y dos salidas, las normas (n) y la conducta transformadora (t), pudiendo formularse: $d = (r + v) + (n + t)$.

Este compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva constitucional expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la Constitución vigente. Como los documentos de Derechos Humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc.22, son superiores a las leyes, ya no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la prescindencia puede originar responsabilidad internacional

del Estado Argentino (CS, "Méndez Valles, Fernando c/A. M. Pescio SCA", 26.12.1995). Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art.75,inc.24).

Los instrumentos indicados, basados en la dignidad del hombre, buscan la dignificación del trabajador como parte hipo-suficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente a las indemnizaciones han de considerarse como elemento axiológico y no como componente económico de los costos.

La dignidad del hombre, fuerza que surge de su naturaleza y se expande a todos los componentes de la sociedad civil, se ha expresado en la Carta Internacional de derechos humanos, especialmente en la Declaración Universal de derechos humanos (art.1) y en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 3). También en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo).

Expresando la dis-paridad real entre empleador y trabajadores, el principio de i-renunciabilidad les impide a éstos abandonar niveles protectores, cualquiera fuese su causa (ley, convenio colectivo, acuerdo de empresa, usos y costumbres, negocio jurídico laboral, decisión del empleador).

El principio de i-renunciabilidad obra expresamente en RCT art. 12 y oblicuamente en RCT art. 7. El primero nulifica cualquier conducta del trabajador que disminuya niveles protectores establecidos en leyes o convenios colectivos de trabajo. El segundo extiende la nulidad a cualquier comportamiento contrario a las condiciones laborales dispuestas por ley, convenio colectivo o laudo con fuerza de tal, de lo que se deduce que el nivel logrado por encima de las leyes o de los convenios colectivos no puede renunciarse, ya que dicha conducta contra/dice tales disposiciones y, sobre todo, vulnera la garantía protectora de C.N. art. 14 bis.

De acuerdo al principio:

+ Las condiciones laborales establecidas en leyes no pueden des-activarse por otras leyes. Si bien el principio refiere a la conducta de los sujetos laborales, por extensión es aplicable al supuesto de leyes des-activadoras de niveles anteriores y permite al decisor judicial declarar tales leyes in/constitucionales por violentar el sentido prospectivo del proyecto social constitucional.

+ Las condiciones laborales establecidas en leyes no pueden des-activarse por convenios colectivos, acuerdos de empresa, usos y costumbres, decisión uni-lateral del empleador o del trabajador. La des-activación lograda es nula por aplicación de RCT artículo 7.

+Las condiciones laborales estructuradas en convenios colectivos no pueden disminuirse por convenios o acuerdos de empresa posteriores.

La des-activación lograda es nula por aplicación de RCT art. 7.

+Las condiciones laborales establecidas en negocios jurídicos laborales (mal llamados "contratos de trabajo") no pueden desactivarse por negocios posteriores. Si los trabajadores así procediesen, el resultado es nulo porque vulnera el principio de i-rrenunciabilidad. Tales conductas son contrarias a la solidaridad de clase y así ha sido receptado en RCT art. 7.

+ .Las condiciones establecidas en negocios jurídicos laborales no pueden des-activarse por decisión uni-lateral del empleador.

La condición anterior continúa ya que la nueva no puede des-virtuarla por provenir de fuente distinta y vulnerar el principio protector receptado constitucionalmente.

b. Ausencia de homologación administrativa o judicial

1.A todo esto se añade que el acuerdo logrado y no cumplido por el demandado, no fue homologado en su momento, con lo que carece de fuerza de cosa juzgada (RCT art.15). Al carecer de dicha fuerza, el trabajador puede reclamar la diferencia entre lo acordado y lo que realmente se le debe. Si se hubiera homologado, violentando la i-rrenunciabilidad, el afectado podría realizar la misma operación, previo ataque de nulidad administrativa del acto homologador.

2.El argumento implícito (hipertexto, diría Luhman) de que la voluntad de las partes se encuentra antes y por encima de la disposición legal menoscaba que el orden público, receptor de los cuatro elementos del bien común (social, cultural, económico, político), debe ser respetado siempre porque mientras siga vigente la Constitución Nacional y existan jueces que la hagan cumplir, las leyes enmarcan el ejercicio de los derechos los que se ejercen "conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (CN art.14). En este caso, las partes no pueden derogar en los hechos el art.15 RCT.

B. Decisión

Corresponde: 1.rechazar la apelación del demandado; imponer las costas de alzada al demandado; 3.sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda en el 30% para el letrado del actor y en el 25% para el del demandado.

II. Los honorarios de la perito contadora son reducidos, debiendo regularse en el 6% de base de cálculo.

III. Por todo ello, corresponde: 1. rechazar la apelación del demandado; imponer las costas de alzada al demandado; 3. sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda en el 30% para el letrado del actor y en el 25% para el del demandado; 4. modificar parcialmente la sentencia, regulando los honorarios de la perito contadora en el 6% de la base de cálculo.

IV. Así voto.

EL DOCTOR HORACIO HECTOR DE LA FUENTE DIJO:

Que adhiere al voto que antecede.

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar la sentencia apelada salvo respecto de la regulación de honorarios a la perito contadora, los que se establecen en el 6% de la base de cálculo. II) Imponer las costas de alzada al demandado. III) Regular los honorarios de segunda instancia en el 30% para el letrado del actor y en el 25% para el del demandado.

Regístrese, notifíquese y vuelvan

bg