

Poder Judicial de la Nación

54.249/2011

SENTENCIA DEFINITIVA N°46661

CAUSA N° 54.249/2011 - SALA VII - JUZGADO N° 64

En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de mayo de 2014, para dictar sentencia en los autos : "ZARLENGA ANDREA VERÓNICA C/ RICKSON S.A. Y OTROS S/ DESPIDO" se procede a votar en el siguiente orden:

LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO:

I.- A fs. 5/29vta. se presenta la actora e inicia demanda contra GIMNASIOS ARGENTINOS S.A.; contra RICKSON S.A.; contra CLUB SOCIAL VILLA CRESPO y contra DEPORTIVO YERBAL S.A. (todas concesionarias de la Red de Clubes Megatlon) en procura del cobro de unas sumas a las que se considera acreedora con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.-

Aduce que se desempeñó en relación de dependencia con las demandadas, cumpliendo tareas de instructora -de hip hop; localizada; stretching; pilates; etc.- en las diferentes sucursales de la red, desde el 1° de febrero de 2000 en las condiciones y con las características que detalla.-

Da cuenta de las irregularidades e incumplimientos en que incurrieran las demandadas, lo que generara los reclamos e intimaciones que describe, todo lo cual epiloga en su desvinculación por despido indirecto.-

Viene a reclamar las indemnizaciones correspondientes al despido incausado, multas e incrementos previstos en el ordenamiento laboral.-

Los demandados responden a fs. 138/152vta.; fs. 159/173vta.; fs. 178/195vta. y fs. 202/216vta. y desconocen los extremos invocados por la actora.-

La sentencia de primera instancia obra a fs. 572/578 en la que el "a-quo", luego de analizar los elementos de juicio obrantes en la causa, decide en sentido favorable a las pretensiones de la parte actora.-

Los recursos que analizaré llegan interpuestos por los demandados (fs. 579/583vta.) y por la actora (fs. 584/590vta.).-

II.- En primer término las demandadas cuestionan el fallo en tanto allí se concluyó que la relación que unió a las partes fue de carácter laboral.-

A mi juicio el "a-quo" ha analizado correctamente el contexto de pruebas producidas y no veo en el escrito de recurso datos o argumentos eficaces para revertir sus conclusiones.-

Las demandadas -salvo una de ellas- han reconocido la prestación de tareas, aunque invocando que los unía una relación contractual de naturaleza civil (locación de servicios).-

Amén de tener en cuenta que ello genera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, creo oportuno hacer algunas consideraciones en relación a la "locación de servicios".

Al abordar un trabajo sobre el tema, he señalado que nuestro Código Civil define claramente el concepto de locación de servicios: "...es un contrato consensual..." tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio y la a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las "obligaciones de hacer". Así lo establece el artículo 1623 de nuestro Código sancionado en septiembre de 1869. Es decir que estamos hablando de una norma jurídica de más de una centuria larga.

No obstante ello, cabe destacar que en los últimos cincuenta años ningún civilista destacado ha aceptado la existencia de este contrato y todos han dado cuenta de su abrogación.

Borda, en su "Tratado de Derecho Civil" en la parte de contratos, dice que la locación de servicios ha sido

reemplazada por el contrato de trabajo, y pasa directamente al estudio del contrato de trabajo. Ripert Boulanger en su "Tratado de derecho civil", Tomo III (contratos) señala en su tercera parte, dedicada a contratos relativos al trabajo que el intercambio de servicios entre los hombres da lugar a contratos cuya importancia ha aumentado considerablemente en la época moderna. Y añade, los romanos distinguían la "locatio operarum" que no había recibido un gran desarrollo a causa del trabajo servil y la "locatio operis faciendi" que consistía en realizar un trabajo determinado por un precio fijado de antemano. Oponían ese contrato al mandatatum que era a título gratuito. Esta división se ha mantenido en el Código Civil. La expresión "locación de obra y de industria" que se encuentra en él ha sido abandonada en la actualidad. Los contratos relativos al trabajo se dividen en contrato de trabajo y contrato de empresa.

De allí en más el autor pasa directamente al estudio del contrato de trabajo expresando que no resulta acertado hoy el sistema del Código Civil cuando para referirse al contrato de trabajo recurre al contrato de locación.

Destaco asimismo en el trabajo, que conforme afirma Spota Alberto G en "Instituciones de derecho" -Editorial Depalma-Contratos-Vol. La fuerza del trabajo -material o inmaterial- mediante contraprestación numeraria que es el objeto de la llamada locación de servicios, nos pone frente a un contrato en el cual está siempre presente, y en primer término, el hombre, o sea la condición humana, aún cuando existe subordinación jurídica de este trabajador con respecto al empleador. Ello explica el art. 14 bis de la Ley Suprema Nacional.

Hay que recordar que en nuestro país existió un proyecto de Código Civil unificado con Código de Comercio en el año 1995 para cuya elaboración fueron designados los siguientes juristas: Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Aída Kemelmajer de Carlucci, María J. del Socorro Méndez Costas, Julio C. Rivera, Horacio Roitman, Eduardo A. Zannoni, todos en funciones "ad honorem". En dicho proyecto eliminaron la locación de servicios en los términos del tradicional contrato de Vélez y encararon de manera moderna el tema haciendo referencia al contrato de obra o de servicios por el cual una persona -según el caso, el contratista o el prestador de servicios- actuando, se obliga a favor de otra llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.

Si bien el proyecto fue aprobado por el Poder Legislativo, luego fue vetado por el Poder Ejecutivo, invocando razones económicas.

En la actualidad suele oírse -con frecuencia- para desechar la existencia de un contrato de trabajo que se invoca la existencia de un contrato de locación de servicios, tanto en el ámbito privado como en el público.

En rigor de verdad, sostener que una persona puede con su trabajo ser objeto de una locación de servicios no es sólo dar muestras de un enorme atraso histórico y social sino que también es "cosificar" al ser humano. Y para hacer frente a estas concepciones, se han lanzado los más prestigiosos juslaboralistas del mundo detentando para ello las banderas de la dignidad, concepto estrechamente ligado a los derechos humanos.

En los tiempos que corren es de vital importancia tener en cuenta los textos internacionales de derechos humanos, que se destacan por haber puesto como eje de todo sistema de derechos, libertades y garantías, la dignidad del hombre, o si se quiere, como suele decir Gialdino, el hombre según su naturaleza propia, según la esencia que le es propia.

Para finalizar el artículo señalé que, si bien el contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del derecho; si alguien intentara utilizarlo estaría desarrollando una conducta inconstitucional ya que es principio

Poder Judicial de la Nación

54.249/2011

implícito de nuestra Constitución que el trabajo no es una mercancía y que goza de la protección de las leyes entrando ya ahora en el art. 14 bis.

Luego de todo lo expuesto destaco que, si el trabajador, ya sea en el ámbito público o privado ha firmado un contrato de ese tipo corresponde sea considerado en la verdadera situación jurídica que le cabe. Prevalece el principio de primacía de la realidad y esa realidad muestra que es un trabajador en relación de dependencia, que es protagonista de un contrato de trabajo.

La suscripción de esos contratos constituye un verdadero acto de fraude en el sentido técnico-jurídico de la figura y por tanto son firmados tratando de burlar el orden público laboral. Resultan por lo menos, inoponibles al trabajador debiendo ser desplazada la legislación que se pretende aplicar, por la legislación laboral que es la que verdaderamente corresponde. (ver Ferreirós, Estela Milagros, "El contrato de trabajo y la locación de servicios", publicado en Doctrina Laboral y Previsional- Errepar; n° 270, febrero de 2008).

Y bien, no me cabe entonces la menor duda de la existencia en el caso de un verdadero contrato de trabajo, lo que ha sido claramente corroborado por las declaraciones testimoniales (analizadas en detalle en el fallo) y no advierto en el recurso ningún elemento de juicio que resulte eficaz para revertir sus conclusiones, por lo que propongo su confirmación en este substancial punto.

Así entonces, ante el desconocimiento del carácter laboral de la relación por parte de las demandadas, estimo que resultó ajustada a derecho la decisión de la actora de colocarse en situación de despido indirecto (art. 242 y 246 de la L.C.T.), por lo que debe confirmarse el fallo también en este ítem.-

La conclusión a la que he arribado -al igual que el sentenciante de grado precedente- lleva asimismo a confirmar la condena al pago de las multas de la Ley de Empleo (arts. 8 y 15) habiendo la actora cumplido acabadamente con los requisitos formales que impone el art. 11 del citado cuerpo legal.-

III.- También corresponde la confirmación del fallo en cuanto al incremento previsto por el art. 2 de la Ley 25.323 y la multa del art. 45 de la Ley 25.345. Lo primero porque la actora ha cumplido los requisitos establecidos por la norma: 1) la ex empleadora fue oportunamente intimada a abonar las sumas correspondientes a indemnizaciones propias del distracto ; y 2) el actor se vio obligado a litigar judicialmente para perseguir el cobro de las indemnizaciones referidas debido a la conducta de reticencia a abonar dichos conceptos asumida por la accionada (en igual sentido, esta Sala en autos: "*Parra, María Gabriela c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ Despido*", S.D. 37.090 del 29.10.03).

Y en cuanto a la pretensión de que se aplique la segunda parte de la norma he señalado con anterioridad que dicha norma tiene como objeto que se valore el hecho del incumplimiento del deudor-empleador. La ley autoriza la merituación con graduación de la gravedad del incumplimiento. Considero que no contempla el legislador la duda razonable del empleador acerca de la aplicación de la ley, porque no cabe en nuestro ordenamiento la duda de derecho. Lo que sí autoriza la ley es la merituación con graduación de la gravedad del incumplimiento (en igual sentido he resuelto en "*Zitelli Gustavo Martín c/ Fibertel SA*", sent. 37.287 del 23-02-04).-

Asimismo procede la multa del art. 80 de la L.C.T. reformado por el art. 45 de la ley 25.345, habida cuenta de que el actor cumplió con los requisitos indicados por la normativa.-

En efecto, el art. 45 de la ley 25.345 agregó como último párrafo al 80 de la L.C.T. el siguiente texto: "...si

el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos... dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último ...". A su vez el Decreto Reglamentario 146/2001 en su art. 3° dispuso que "...el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos.... dentro de los 30 (treinta) días corridos de extinguido, por cualquier causa el contrato de trabajo".-

Como puede advertirse, de las constancias de autos surge acreditado el cumplimiento por parte de la actora de todos los requisitos (v. fs. 54/55).-

IV.- El agravio que articula referido a la liquidación y la base tomada por el sentenciante resulta desierto (art. 116 de la ley 18.345) por cuanto se limita a afirmar que la misma resulta improcedente, más no indica cual sería la correcta y menos aún señala, aunque más no sea por aproximación a cuánto debería reducirse el monto de condena en su favor.-

V.- La parte actora se agravia en tanto en el fallo se ha decidido el rechazo de su reclamo de salarios por horas extras, pero no le veo razón.-

Tal como allí se indica no hay en el expediente prueba alguna de que trabajara por encima de la jornada denunciada (ver declaraciones analizadas en el fallo) cuya extensión no superaba el tope semanal de 48 horas, de modo que cabe sin más se confirme el fallo en este punto.-

VI.- Tiene razón en cambio cuando cuestiona el rechazo de su reclamo de indemnización especial por maternidad.-

En primer término deseo recordar lo establecido en el art. 178 de la L.C.T.: *"Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de 7 y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así como, en su caso, el de nacimiento..."*.

Cabe tener presente que la mencionada norma exige una comunicación que garantice el conocimiento por parte de la empleadora del estado de gravidez de la trabajadora, lo que en el presente caso las demandadas no pueden negar, teniendo en cuenta que el nacimiento de la hija se produjo en plena vigencia del contrato de trabajo (el 07-04-2011, v. fs. 347/350) habiéndose extinguido el 19-07-2011.-

Sentado lo expuesto, cabe recordar que la presunción contenida en dicha norma es operativa, es decir que la única manera de que la empleadora pueda eximirse del pago de la indemnización agravada es demostrando que efectivamente el despido no obedeció a la maternidad de la empleada. Y también resulta aplicable en el caso del despido indirecto, en tanto de no serlo el empleador podría colocar a la trabajadora en situación de tener que soportar cualquier injuria durante el plazo de "sospecha"

En consecuencia no comparto la conclusión a la que arriba el sentenciante cuando afirma que la desvinculación no puede entenderse motivada en el estado de gravidez de la actora de modo que la presunción cobra total operatividad en el caso.-

Desde tal perspectiva, y teniendo en consideración la mejor remuneración consignada en el fallo (\$ 2.667,00.-) la actora resulta acreedora, en concepto de indemnización agravada (art. 182 L.C.T.) de la suma de **\$ 34.671.-** (un año de remuneraciones más la incidencia del SAC).-

VII.- También procede la multa del art. 9 de la Ley 25.013.-

Poder Judicial de la Nación

54.249/2011

Dicha norma expresamente establece: "En caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado... se presumirá la existencia de conducta temeraria y maliciosa contemplada en el art. 275 de la ley 20.744 (t.o. 1976)".-

En relación a este tema he tenido oportunidad de señalar, entre otras, las siguientes consideraciones: es requisito insoslayable para la aplicación de la norma la falta de pago en término de la indemnización por despido incausado, ya sea sin invocación de causa, sin causa justificada o cuando se invocara una injuria que luego no se prueba. Obvio que al hablar de indemnización el artículo está haciendo referencia a la reparación del daño presunto que produce el despido arbitrario y por tanto, resulta también abarcativo del preaviso y / o de cualquier tipo de reparación nacida de la causa señalada.-

En cuanto al tiempo la norma habla de pago en término y bueno es recordar que el pago es el cumplimiento de la prestación debida que hace al objeto de la obligación, en este caso, de dar.-

Ese acto jurídico de pagar, que tiene por objeto inmediato aniquilar derechos y que puede ser realizado tanto por el deudor, en este caso empleador, como terceros en algunas ocasiones, debe gozar de integridad, conforme a lo establecido por el art. 742 del Código Civil, motivo por el cual, el trabajador no está nunca obligado a recibir pagos parciales.-

Por otra parte, resulta de vital importancia tener presente que la ley requiere que el pago sea hecho en término, de manera tal que tratándose de obligación pura y simple, no sujeta a plazo alguno, la suma adeudada debe efectivizarse el día del cumplimiento de la obligación, que es el día del despido mismo.-

En cuanto a la presunción contenida en el artículo, sostuve que se trata de una presunción legal de la que el legislador ha preferido la posibilidad de admitir prueba en contrario, pero lo cierto es que dicho hecho está eximido de prueba para el reclamante y es el legitimado pasivo quien debe liberarse demostrando su inexistencia, la que se da, primariamente, por cierta.-

Es que la presunción no es una prueba, sino la exención o dispensa de prueba, en suma, que mientras no se pruebe lo contrario, el hecho se tiene por cierto y resulta indubitado.-

Sin embargo, la ley prevé la posibilidad de que el deudor-empleador se libere de esa presunción acreditando la causa justificada de su demora. Es que su responsabilidad ya comienza a nacer en virtud de que han comenzado a surgir los presupuestos necesarios de la misma, a saber: a) incumplimiento objetivo o material como infracción al deber por incumplimiento contractual; b) un factor de atribución de responsabilidad; c) el daño, que en este caso se presume también motivo por el cual la reparación resulta tarifada, y c) una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño.-

Existe la posibilidad primera de que el empleador cumpla con la indemnización de manera íntegra y oportuna en cuyo caso queda absolutamente liberado. También puede ocurrir que el deudor incumpla con la prestación a su cargo, caso en el que se impone el pago reparatorio por el despido incausado y la sanción por no cumplir, ya que se actualiza la presunción y debe efectivizar el pago adicional previsto. Pero también puede ocurrir que no haya pagado la indemnización y que, no obstante, no resulte responsable porque el caso fortuito o la fuerza mayor hayan generado una situación de irresponsabilidad.-

Es que el art. 514 del CC nos da la pauta de lo que se entiende por caso fortuito y expresa que es el que no se ha previsto o no ha podido evitarse.-

En nuestro derecho, en el que la fuerza mayor y el caso fortuito han sido considerados sinónimos por la doctrina y por la jurisprudencia, se requiere para la configuración del

"casus", la imprevisibilidad, es decir la imposibilidad de haber podido pensar que sucedería, la irresistibilidad o inevitabilidad, en la concepción de algo absolutamente inevitable más allá incluso de que haya podido ser previsto; la ajenidad, como algo inherente al deudor y exterior a la esfera de acción en la cual el mismo debe responder.-

Es decir que, para justificar su conducta de falta de pago en término de la indemnización por despido incausado se entiende que la única vía es la alegación y prueba del caso fortuito.-

De acuerdo con lo expuesto, la desvirtuación de la presunción legal iuris tantum de la norma resultará de gran dificultad a los empleadores. Así, el despido en el que no se invoque causa resultará prácticamente si no hay pago oportuno, acompañado por la presunción expuesta; si hubo invocación de causa y la misma llega a controversia judicial y no se prueba; el resultado será igual.-

Aparece así la decisión del legislador de llevar seguridad jurídica al terreno de los despidos, evitando el litigio innecesario y sancionando el incumplimiento cuando no está justificado (ver trabajo completo, Estela M.Ferreirós, "Falta de pago en término de las indemnizaciones por despido incausado", Errepar - DLE- n° 180 - agosto del 2000).-

En el presente caso, las demandadas no han logrado acreditar ningún modo la causa que justifique esa demora, sosteniendo la inexistencia de la relación laboral (acreditada en forma indubitable) de modo que estimo justo fijar la multa en cuestión en la suma de **\$ 6.000.-**

Aclaro, sólo a mayor abundamiento que tanto el art. 2° de la ley 25.323 como el art. 9 de la Ley 25.013 pueden ser aplicadas acumulativamente toda vez que mientras que una de ellas dispone un incremento indemnizatorio, la otra establece una presunción de existencia de conducta temeraria y maliciosa, reitero, aquí acreditada.-

VIII.- En virtud de todo lo propuesto, de tener adhesión mi voto, el monto total de condena ascenderá a **\$ 254.200,72.-** más los intereses que se indican en el fallo.-

IX.- Los honorarios regulados en primera instancia me parecen equitativos sobre la base del mérito de los trabajos cumplidos por los profesionales, por lo que propongo sean confirmados, adecuando los porcentajes al nuevo monto de condena con intereses (arts. 38 de la ley 18.345 y demás normas arancelarias).-

X.- Sugiero que las costas sean declaradas a cargo de las demandadas vencidas (art. 68 del Código Procesal) y se regulen honorarios a su representación letrada y a la de la actora en el 25% y 32%, respectivamente, de los determinados para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores).-

LA DOCTORA BEATRIZ INES FONTANA DIJO:

Luego de estudiar los antecedentes del presente caso, adelanto que he de adherir en lo principal a la propuesta de voto de mi colega preopinante, con la sola excepción del agravio de la parte actora por el rechazo que mereció su reclamo fundado en los arts. 9 Ley 25013 y 275LCT.

En mi opinión, la falta de pago oportuna de las indemnizaciones derivadas del despido indirecto en que se colocó la actora ha sido ya sancionada con la aplicación al caso del art. 2° Ley 25.323, por lo que no corresponde una nueva sanción por la misma causa ("non bis in idem").

Por otra parte, no advierto que en el desarrollo procesal de la causa se hayan desplegado conductas que puedan encuadrarse en lo previsto por el art. 275 LCT, en tanto de acuerdo con la forma en que se generó la relación entre las partes la demandada podía considerar que estaba asistida de mejor derecho a litigar, aspecto que coincide con el derecho que el art. 242 LCT prevé en tanto la injuria debe ser valorada por los jueces.

Poder Judicial de la Nación

54.249/2011

Por ello, considero que en este punto corresponde confirmar la sentencia de primera instancia.

En todo lo demás que ha sido materia de recurso, adhiero por sus fundamentos al voto de la Dra. Estela M. Ferreirós.

EL DOCTOR NESTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENGO DIJO:

En cuanto a la cuestión que ha suscitado discrepancia entre mis colegas preopinantes he de adherir al voto de la Dra. Ferreirós y agrego:

Que como bien ha indicado mi colega, ambas disposiciones pueden ser aplicadas acumulativamente toda vez que mientras que una de ellas dispone un incremento indemnizatorio, la otra establece una presunción de existencia de conducta temeraria y maliciosa (art. 275 de la L.C.T.).-

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar parcialmente el fallo y elevar el monto de condena a la suma de **\$ 254.200,72.- (PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS, CON SETENTA Y DOS CENTAVOS)**, más los intereses que allí se indican. 2) Confirmarlo en lo demás que decide. 3) Confirmar los honorarios regulados adecuando los porcentajes al nuevo monto de condena con intereses 4) Costas dealzada a cargo de las demandadas. 5) Regular honorarios a la representación letrada de las demandadas y de la actora en el 25% (veinticinco por ciento) y 32% (treinta y dos por ciento), respectivamente, de los determinados para la primera instancia. 6) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nro.: 15/2013.

Regístrese, notifíquese y devuélvase