

## Contrato De Trabajo Despido Indirecto Fraude Laboral Trabajo Por Tiempo Indeterminado Primacia De La Realidad

### JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Despido indirecto. Fraude laboral. Trabajo por tiempo indeterminado. Primacia de la realidad

Se hace lugar a la demanda por despido iniciada por la trabajadora, dado que la negación de la indeterminación del contrato de trabajo que la unía con la empleadora constituyó una injuria grave suficiente para considerarse despedida. En el presente caso, la demandada aducía que la trabajadora realizaba tareas de "Refuerzo Main Kitchen" con la categoría de "extra común" (art. 68, A del CCT 362/03), por lo que no podía considerarse el vínculo como de tiempo indeterminado. Sin embargo, la demandada no demostró el cumplimiento de las formalidades necesarias para la viabilidad de la categoría excepcional señalada.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 10 días del mes de diciembre de 2018, para dictar sentencia en los autos : "GARCIA ROMINA MAGALI C/ EL PORTEÑO APARTMENTS LLC SUCURSAL ARGENTINA S/ DESPIDO" , se procede a votar en el siguiente orden: LA DOCTORA GRACIELA L. CARAMBIA DIJO:

I.- La sentencia de primera instancia que en lo substancial hizo lugar al reclamo impetrado con fundamento en las disposiciones del ordenamiento laboral, llega apelada por la demandada, a tenor de los agravios que expresa a fs. 249/259.- II.- No corresponde tratar el planteo efectuado por la parte actora (fs. 261/vta.) toda vez que la apelación se ha articulado en subsidio del pedido de aclaratoria formulado, en tanto la norma procesal de aplicación (art. 99 de la ley 18.345) sólo contempla la apelación subsidiaria con respecto al recurso de reposición (art. 241 del Código Procesal; Palacio, Lino en "Derecho Procesal Civil", T. V. pag. 64; en igual sentido esta Sala en "Romero Mario c/ La Avícola de Caseros SA", sent. 26.835 del 23.4.96; "Simha Claudio Marcelo c/ B.P.C. SA", sent. 35.976).- III.- La demandada sostiene que la "a-quo" ha equivocado su conclusión al declarar que el contrato que unió a las partes resultó ser un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Para afirmar esto, aduce que soslayó lo expresamente establecido en el convenio colectivo de la actividad (362/03) que prevé la categoría de extra común (art. 68, A).- A mi juicio el escrito de recurso no aporta datos ni argumentos que resulten hábiles para revertir el fallo.- En primer lugar, no está de más recordar que la modalidad invocada por la demandada (personal extra común) es de excepción al principio general de indeterminación del tiempo de los contratos que rige nuestra legislación laboral.- La cláusula convencional citada reza expresamente: "...Extra común: es el trabajador contratado al solo efecto de prestar servicios transitorios originados en necesidades operacionales extraordinarias y ocasionales o en ausencias temporarias de personal permanente. En esas condiciones podrá acumular en el tiempo reiteradas prestaciones para el mismo empleador, en igual o disímil categoría, sin que ello signifique habitualidad y/o permanencia, y sin que pueda considerárselo personal permanente. Por lo tanto, una vez concluidas las causas por las que fuera contratado, cesará la relación laboral. Su remuneración y régimen de francos serán iguales al del personal efectivo de similar categoría profesional para el establecimiento. Al cesar la relación y como liquidación final, percibirá los importes que le correspondan por vacaciones y sueldo anual complementario, calculados proporcionalmente según el tiempo trabajado. Estos trabajadores serán siempre contratados por escrito, con expresión de la causa que justifique el régimen o mención del personal efectivo transitoriamente reemplazado, según el caso...?.- Entiendo entonces que para poder dilucidar si las tareas cumplidas por la Sra. García corresponden a la tipificación contemplada en la normativa citada precedentemente, resulta fundamental el análisis de la prueba testifical brindada en la causa.- Los testigos que han declarado en autos (cuyos dichos en sus partes esenciales se transcriben en el fallo) fueron claros, precisos y concordantes, al dar cuenta de una continuidad en la relación laboral. De hecho, al responder demanda la ex empleadora acompañó una cantidad de contratos firmados donde surge la contratación de García en reiteradas y sucesivas oportunidades, como extra común para realizar tareas de "Refuerzo Main Kitchen" (v. fs. 30/99).- Aseguró haberla contratado para reemplazar a otros empleados - que menciona- durante sus licencias, pero ninguna de esas circunstancias fue incluida en los contratos de modo que dichos contratos adolecen de un grave defecto formal que consiste en la falta de expresión de la causa que justifique el régimen utilizado, y de mención del personal efectivo transitoriamente reemplazado como lo impone la norma citada.- A la luz de este análisis se desprende que era la habitualidad lo que caracterizaba la prestación de la accionante y no la irregularidad o el carácter esporádico que la demandada intenta atribuir a tales servicios. Si un trabajador se ha desempeñado durante una determinada cantidad de tiempo para su empleador, con una asiduidad de consideración, durante jornadas extensas, en condiciones iguales a aquellas en las cuales trabajaba el personal efectivo y cumpliendo funciones que excedían la de los eventos o banquetes extraordinarios e imprevisibles, evidentemente podemos hablar de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Entiendo que este es el caso de la actora, a quien por ello no cabe aplicárseles la cláusula de convenio invocada por la demandada. Por ello, la negativa del plazo indeterminado planteada por la demandada constituyó suficiente injuria como para considerarse

despedida, como lo hizo por lo que propongo sin más la confirmación del fallo en este substancial punto.- Lo propuesto me lleva también a confirmar la condena al pago del incremento previsto en el art. 2 de la Ley 25.323 en tanto la actora requirió el pago de las indemnizaciones correspondientes por despido incausado y debió iniciar el presente juicio para obtener el cobro de su crédito.-

IV.- El agravio relativo a la base salarial tomada por la sentenciante para el cálculo de las indemnizaciones es desierto (art. 116 de la Ley 18.345) habida cuenta de que la apelante se limita a cuestionar la inclusión en la misma rubros que no son remunerativos, mas no indica concretamente cuál debería ser entonces la remuneración correcta y sobre qué bases, pruebas lo sostiene.- Lo propio ocurre con la condena al pago de salarios por horas extras, salarios por períodos supuestamente no trabajados y liquidación final, toda vez que no señala, en definitiva, a cuánto debería reducirse el monto de condena en su favor.- Ello me lleva a concluir que sus planteos resultan insuficientes pues no completa la medida de su interés, carga inexcusable cuando están agotadas todas las etapas del proceso de conocimiento y las partes cuentan con todos los elementos necesarios para sostener sus respectivas tesis.-

Agrego, sólo a mayor abundamiento, que no resultan relevantes las constancias que figuren en los libros acerca de la naturaleza del vínculo. En primer lugar porque el contrato de trabajo es un contrato realidad (siempre debe primar la realidad sobre lo documentado de la ficción jurídica) y, en segundo lugar en tanto las registraciones contables no son oponibles ni prueban en contra del trabajador quien no puede controlarlos y sólo responden a la voluntad y arbitrio del empleador (en igual sentido "Ayala c/ Lafne Cueros", sent. 27.436 del 25.6.96, entre otros).-

V.- Las tasas de interés cuya aplicación se dispuso en el fallo sobre el monto de condena, se ajustan a las que son de aplicación en este Tribunal.- En efecto, cabe recordar que con fecha 21 de mayo de 2014 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que integro estableció un nuevo criterio (Acta 2601, tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses) con los alcances del Acta 2630, que morigera los efectos del envilecimiento de la moneda y el consecuente deterioro de los créditos laborales y a partir del 1º de diciembre y hasta el efectivo pago el Acta CNAT 2658.- Asimismo agrego que estoy de acuerdo con que sea la prevista en el Acta 2601, aún cuando no estaba vigente al momento de los hechos que se debaten en autos, pues la tasa que estuvo vigente hasta el 21-05-14 es evidente que se encontraba desactualizada, habiéndose registrado un gran incremento en el costo de vida. -

En consecuencia, corresponde la confirmación del fallo en este segmento también.- VI.- No encuentro razones para apartarme de lo resuelto en grado en materia de costas, las que han sido fijadas con arreglo a los vencimientos recíprocos de las partes, en proporciones que estimo justificadas (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).- Acerca de la ponderación de los honorarios, es necesario indagar en cada caso la época o momento en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esa circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable.-

Ello así en concordancia con lo dictaminado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa CSJ 32/2009 (45e)/ CS1 originario ?ESTABLECIMIENTOS LAS MARÍAS S.A.C.I.F.A. c/ MISIONES, Provincia de s/ acción declarativa? en el acuerdo del 4 de setiembre de 2018 (manteniendo los Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros) y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo ?MORCILLO Hugo Héctor c/ PROVINCIA DE Buenos Aires S/ INCOST. Decr.-ley 9020? de fecha 8 de noviembre de 2017, que remite al criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente que se registra en el Fallo 319:1915 (mantenido en Fallos: 320:31; 2349 y 2756; 321:146; 330, 532 y 1757; 325:2250).- Allí se estableció que frente a una nueva norma arancelaria, como la que en el caso nos ocupa -Ley 27.423 (B.O. del 22/12/2017), promulgada por Decreto 1077/17, que contiene, en su Art. 7, una observación del Art. 64-, la remuneración por la labor en los juicios debe determinarse tomando en cuenta las etapas del proceso cumplidas. Resulta necesario, entonces, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas pasadas durante la vigencia del régimen anterior, de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema. -

De tal modo, en el caso, en tanto los trabajos profesionales, por la labor cumplida en la primera instancia, se iniciaron estando en vigencia la Ley 21.839, el Art. 38 de la ley 18.345, el Art. 13º de la ley 24.432 ) habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas. - En esa tesitura, propongo que los honorarios regulados en favor de los profesionales sean confirmado por considerarlos equitativos en función de las tareas cumplidas.- VII.- De compartirse mi voto, sugiero que las costas de alzada se declaren a cargo de la demandada (art. 68 CPCCN) y se regulen honorarios a los letrados intervinientes en el ? % de los determinados para la primera instancia (arts. 16 y 30 de la Ley 27.423).-

EL DOCTOR NESTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENGO DIJO: Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.- EL DOCTOR LUIS ALBERTO CATARDO No vota (art. 125 de la Ley 18.345).- A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar el fallo apelado en todo cuanto fue materia de agravios incluso en relación a las costas y honorarios. 2) Costas de alzada a cargo de la demandada. 3) Regular honorarios a los letrados intervinientes en el ?% (? por ciento) de los determinados para la primera instancia 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nº 15/2013.-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fecha de firma: 10/12/2018 Firmado por: NESTOR MIGUEL RODRÍGUEZ

BRUNENGO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: HÉCTOR HORACIO KARPIUK, SECRETARIO

Firmado por:

GRACIELA LILIANA CARAMBIA, JUEZ DE CAMARA

Correlaciones: Liva, Fabiana L., PIEDRA

LIBRE O EL DIFÍCIL ENTRAMADO PARA DESCUBRIR LA VERDADERA VINCULACIÓN ENTRE LAS PARTES, Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Junio 2018, Cita digital IUSDC285915A Gauna, César Antonio c/Quetra SA y otros s/despido - Cám. Nac. Trab. - SALA IX - 06/05/2016 - Cita digital IUSJU009414E

034406E