

Despido Por Clausura Del Establecimiento Comercial

JURISPRUDENCIA

Despido por clausura del establecimiento comercial

Se hace

lugar a la demanda en concepto de indemnización por despido fundado en el artículo 247 de la ley de contrato de trabajo, con motivo de la clausura dispuesta por el Municipio al supermercado de propiedad del accionado, en donde prestaba tareas el accionante.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "GENOVA MELITON ALEXANDER ELVIS C/ YUWEN FANG S/ RECLAMO" (Expte.Nº R-2RO-2177-L2016- R-2RO-2177-L2-16).- Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. Gabriela Gadano, quien dijo: RESULTANDO: A fs. 11/15 la Dra. Graciela Rosales se presenta apoderando a Alexander Elvis Genova Meliton, y promueve demanda contra Yuwen Fang, persiguiendo el cobro de \$ 149.237,50 en concepto de indemnización por antigüedad, omisión de preaviso y SAC s/ preaviso, integración mes de despido y su SAC, días trabajados de abril/2015, SAC proporcional del 1º semestre/2015, vacaciones proporcionales e indemnización del art. 2 de la ley 25323, además de horas extras y seguro La Estrella Cia de Retiro. Cuenta que ingresó a trabajar en relación de dependencia con el demandado el 13/2/2011 y fue registrado en la categoría de auxiliar A Repositor, en el supermercado conocido como ?Fu Long?. Que cumplía jornada de 9 a 13 y de 17 a 21.30 horas de lunes a sábados y que, además de reponer la mercadería en góndolas, atendía la fiambrería y otras tareas que el demandado le encomendaba, como la atención de la carnicería o trámites personales, por las dificultades que se le presentaban con el idioma al titular. El 10/4/2015, mediante CD le comunica el despido fundado en el art. 247 LCT con motivo de la clausura dispuesta por el municipio de Allen, en el expediente 1773-JFM-2015. En el entendimiento de que la causal es atribuible exclusivamente a su empleador, intima se le abone la indemnización integral, además de los días trabajados en abril/2015, y liquidación final, las horas extras trabajadas todos los sábados de 17 a 21.30 horas por el período no prescripto, y la entrega de los certificados de trabajo y de servicios y remuneraciones. Ante el caso omiso a tal intimación, volvió a cursar una nueva a los efectos de la procedencia del art. 2 de la ley 25323 para su depósito en la Delegación de Trabajo y la entrega del certificado de trabajo con mas las constancias documentadas de cancelación de aportes y contribuciones de la Seguridad Social y cuota sindical, sin obtener respuesta, por lo que solicita una audiencia de conciliación ante Delegación de Trabajo, que dio lugar a la instrucción del expediente Nº 24235-G-2015, instancia en que se procuró un arreglo extrajudicial, sin lograr conciliación. Dice que la invocación del art. 247 LCT para habilitar la reducción en el resarcimiento, requiere la ajenidad del evento, de allí que se hable de caso fortuito, fuerza mayor e imposibilidad de trabajo asimilable a ella. Ello así, porque una situación genérica de crisis debe ser asumida por el empresario, que es quien está sujeto a los riesgos propios de la actividad. La clausura, se debió a la conducta reprochable del titular del supermercado, quien no observó una conducta diligente para evitar llegar a ser pasible de la sanción, y mas allá de que posteriormente la haya cuestionado con la pretensión de que se revoque, la misma quedó firme. Habiendo constatado en La Estrella Cia de Seguros de Retiro, que el demandado no hizo los aportes correspondientes a toda la relación laboral, remitió telegrama intimando su pago. Como su incumplimiento resulta malicioso, acciona por daños y perjuicios, pretendiendo se indemnice en el 3,5% de los haberes percibidos, de conformidad con el criterio seguido en autos ?García c/ Roymar?, ?Esponda c/ Saturno? y ?Fernandez c/ Cia Servicios Profesionales?. Practica liquidación y ofrece prueba. A fs. 16 se corre traslado de la demanda, A fs. 18/19 Yuwen Fang contesta, patrocinado por el Dr. Carlos Martínez, quien niega y desconoce el horario, que realizara otras tareas diferentes a su categoría de auxiliar repositor, que su cumplimiento haya sido correcto, pues la municipalidad clausuró el comercio por el incorrecto mantenimiento de las góndolas por parte del actor, y que la liquidación practicada sea acorde a derecho. Cuenta que el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Allen labró actas de infracción en 4/3/2015 por falta de higiene en las góndolas, cuya responsabilidad se encontraba a cargo del repositor. Que hubo conversaciones previas al momento de conocer que se clausuraba el comercio, en las que no se llegó a acuerdo alguno con el actor, razón por la cual remitió CD de despido. Que por esa clausura se generó pérdida de mercadería, la continuidad de pago de alquiler y la negociación de salarios con el resto del personal, para reabrir el comercio al vencer el plazo de clausura, por lo que considera que nada adeuda por ningún concepto al actor, pretendiendo se rechace la demanda. Ofrece prueba. A fs. 22 se fija audiencia de conciliación y a fs. 29 se abre a prueba, produciéndose a fs. 33 informativa de Municipalidad de Allen, a fs. 38/39 la de Seguro La Estrella y a fs. 44 audiencia de vista de causa en la que pasan autos para dictar sentencia. CONSIDERANDO: I_Hechos:Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1º de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes: 1-Alexander Elvis Genova Meliton ingresó a trabajar en relación de dependencia con el demandado Yuwen Fang en fecha 13/2/2011 (reconocimiento del demandado y documental de fs. 2); 2-Lo hacía en categoría de

?auxiliar A Repositor? en el supermercado sito en Irigoyen 516 de Allen (reconocimiento del demandado y documental de fs. 2); 3-Que cumplía jornada de 9 a 13 y de 17 a 21.30 horas de lunes a sábados (de la confesión ficta a posiciones cuarta y quinta de fs. 41 y testimonial de Juan Gabriel Neira Díaz), por lo que tenía una jornada de 8.30 horas diarias de lunes a sábados lo que lo lleva a completar la jornada semanal de 48 hasta las 18.30 horas del día sábado. O sea que a partir de allí queda habilitada la hora extraordinaria al 100%, a razón de 3 semanales o sea 12 mensuales y no 18 como liquida. De conformidad con la testimonial de Juan Gabriel Neira Díaz el mercado donde prestaba servicios el actor trabajaba los sábados a partir de las 16 o 17 horas y hasta las 21. El declarante, dependiente de una empresa de transportes sita en la misma cuadra del mercado, compraba allí con sus compañeros (cuando no estaban viajando) al mediodía y muchas veces por la tarde/noche, porque estaba abierto hasta tarde, alrededor de las 21.45 o 22. Era común también ir los sábados por la tarde porque se hacían en la oficina las reuniones del gremio de camioneros y compraban algo para picar. Siempre estaba abierto. Según sus dichos, el actor era el único empleado del lugar. El resto de la gente que había en el mercado eran de nacionalidad asiática. 4-Que además de reponer la mercadería en góndolas atendía la fiambrería y otras tareas que el demandado le encomendaba (de la confesión ficta a posición octava de fs. 41); 5-Que en 10/4/2015 Fan Yuwen remite CD a Alexander Genova Meliton en los siguientes términos: ?Me dirijo a Ud. a los fines de notificarle por este medio que en razón de la exorbitante multa y clausura de 90 días aplicada por el Municipio de esta localidad de Allen en el expediente N° 1773-JFM-2015 de la cual Ud. tiene conocimiento, como habiendo intentado el dicente mediante los recursos pertinentes se revocaran las sanciones impuestas a los fines de poder seguir trabajando, circunstancias que han sido negativas. Que esta situación por lo imprevisible, irracional y confiscatoria constituye fuerza mayor e imposibilidad de trabajo no imputable al suscripto, y me impide continuar con la relación laboral con Ud; en consecuencia y en los términos del artículo 247 de la LCT comunicamos que a partir de la fecha queda despedida por las razones invocadas. Liquidación final a su disposición en término legal...? (documental de fs. 3); 6-Que el actor en 4/5/2015 mediante TCL responde lo siguiente: ? ...Ante el despido por Ud dispuesto con fecha 16/4/2015 INTIMO plazo dos días abone indemnización por antigüedad, indemnización sustitutiva de preaviso, SAC sobre preaviso, integración mes de despido, SAC sobre integración mes de despido, los días trabajados en Abril de 2015, diferencias de haberes febrero y marzo 2015, SAC proporcional 1° semestre 2015 y horas extras trabajadas todos los sábados de 17 hs a 21.30 hs por todo el período no prescripto e indemnización sustitutiva de vacaciones año 2015 y haga entrega del certificado de trabajo y de la certificación de servicios y remuneraciones, bajo apercibimiento de accionar judicialmente y reclamar en esa vía el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2° de la ley 25323. Queda ud notificado...? (documental de fs. 4); 7-En 14/5/2015 Genova remite nuevo TCL a Yuwen Fang en el que dice: ?...A los efectos de la procedencia del art. 2° de la Ley 25323 intimo plazo dos días abone indemnización por despido, indemnización sustitutiva de preaviso y mes de integración; a tal efecto deposite en la Delegación de Trabajo de Allen a mi favor la suma correspondiente; todo bajo apercibimiento de accionar judicialmente y reclamar en esa instancia el incremento indemnizatorio previsto en la ley 25323 art. 2°. Asimismo ratifico intimación por igual y último plazo de dos días abone los demás rubros reclamados mediante TCL 85815372 (CD183104661) y haga entrega del certificado de trabajo, certificación de servicios y remuneraciones previstos en el art. 80 de la LCT con mas las constancias documentadas de cancelación de aportes y contribuciones de la seguridad social, obra social y cuota sindical y sin perjuicio de las multas y agravamientos indemnizatorios previstos en la legislación vigente...? (documental de fs. 5); 8-El demandado no respondió a ninguna de las intimaciones cursadas por el actor (confesión ficta); 9-Que según los registros de la Municipalidad de Allen, la causa que dio origen a la clausura del comercio de Fang Yuwen sito en Irigoyen 516 fue por mercadería vencida y excremento de ratas en el local (informativa de fs. 33); 10-Que solo se registran cuatro depósitos en Compañía de Seguros de Retiro La Estrella a favor de Alexander Genova Meliton y ninguno de ellos corresponde al período en que el actor trabajó bajo la dependencia del demandado (informativa de fs.38/39). II_Derecho: Sobre las cuestiones de derecho debo decir que tanto la fuerza mayor como la disminución de trabajo, son circunstancias sobrevinientes de ineficacia funcional del contrato que, por efecto de situaciones externas, ?no imputables al empleador?, imposibilitan temporal o perdurablemente la ocupación del dependiente. Se trata de un hecho irresistible y excepcional que lleva a la necesidad de extinguir el vínculo laboral, cuyo presupuesto inicial es que la causa sea ajena al principal, ?...lo que implica que no existen en el hito causal determinadas acciones u omisiones del empleador...? (conforme LCT comentada y concordada Segunda Edición Actualizada Raúl Ojeda Coordinador, TIII, Editorial Rubinzal Culzoni, página 482). La informativa municipal claramente está indicando que no hay ajenidad en la causa y que la responsabilidad es de la empleadora, como directora integral de las condiciones en que debe operar la empresa. La base conceptual del art. 247 es la siguiente: ?...Una de las aristas de la dependencia es la económica, que indica que el trabajo se realiza enteramente por cuenta ajena para la empresa u organización de otro a cambio de una retribución. Esta noción trae implícito que el dependiente tiene asegurado su ingreso y su trabajo, porque el riesgo corre exclusivamente por cuenta del empresario, como contrapartida de que sólo a él le corresponden los frutos (salvo que pactaren comisiones, habilitaciones u otra forma de participación en las ganancias, lo que no lo convierte en socio).

Es por ello que la jurisprudencia requiere que los presupuestos que motivan este tipo de extinción deban exceder el riesgo de la empresa, ya que los quebrantos o la baja rentabilidad de la explotación constituyen contingencias propias del empresarios que sólo éste debe asumir por necesidad estructural del contrato de trabajo, que no es asociativo, sino típicamente de cambio...? (del mismo texto antes referido página 482). Y si bien es cierto que hay posturas minoritarias que sostienen que la reforma de 1976 suprimió la mención al ?riesgo empresario? cambiando la interpretación legal, con lo que comprendería no solo lo imprevisible, sino lo irresistible como puede ser una devaluación violenta (excesiva onerosidad sobreviniente), la jurisprudencia mayoritaria, a la que adhiero, sigue en la línea compatible con la idea de que el trabajo por cuenta ajena, lleva a que el riesgo lo asume quien recibe la prestación, y esta excepción legal no puede desentenderse de aquella regla general. Si las motivaciones que dieron lugar a la sanción de clausura por 90 días, fue la existencia en góndolas de mercadería vencida y excremento de ratas en el comercio, nada de ello es atribuible al personal, sino a las condiciones en el manejo del establecimiento. De no haber hecho correctamente su trabajo el personal ocupado tanto de las tareas de reposición y retiro de mercadería vencida, como de limpieza, debió recibir las sanciones pertinentes. Pero en modo alguno puede trasladarse un incumplimiento de los dependientes, a lo que es una obligación indelegable del buen empresario como lo es, en este particular caso, mantener las condiciones de salubridad del espacio físico en que se exhibe la mercadería. La jurisprudencia ha entendido que no constituye fuerza mayor que justifique la aplicación del artículo 247 de la LCT: "...la clausura del establecimiento motivada por la inobservancia de normas que debía cumplir relativas a mejoras, higiene y seguridad..." (CNAT, SALA II 29/8/91). Por ende, cabe hacer lugar a la demanda en toda su extensión por todos los rubros derivados del despido, el que debe considerarse incausado, comprensivo de indemnización por antigüedad, preaviso, integración mes de despido, SAC sobre preaviso e integración, 15 días trabajados e abril/2015, SAC proporcional del primer semestre/2015 y vacaciones proporcionales. También el pago de las horas extraordinarias en la medida que se explicara al punto 3 del capítulo I de este considerando o sea 288 unidades (12 mensuales x 24 meses). Se deja constancia que el valor de la hora simple en el último mes laborado por Genova Meliton era de \$ 53,16, por lo que el valor de la hora extraordinaria al 100% era de \$ 106,32.

III-Indemnización art. 2 ley 25323:La indemnización del art. 2 de la ley 25323, ha sido prevista por el legislador para casos en que, como el presente, hubiese mediado despido injustificado y no se pagasen al trabajador las indemnizaciones correspondientes, obligándolo a litigar. La norma en cuestión no priva ni sanciona, el acceso a la justicia en defensa de los derechos que se pretende tutelar, sino la actitud morosa, reticente, injustificada del empleador, que sabiéndose deudor no cumple. Y en el caso ni tan siquiera se ha cumplido con el pago de la indemnización del art. 247 LCT. Si tal como lo expresé precedentemente, no se da en ninguno de los casos de fuerza mayor un presupuesto como el analizado (ni aun en la perspectiva de la posición minoritaria) por la concepción misma de la norma, menos aun lo es la atribución de culpa al trabajador que le adjudica a la condición de repositor, de cara a la falta de higiene en las góndolas que, entre otras es la causal de la clausura temporal. Por ello, entiendo que la aquí perdidosa, aun cuando ha ejercido su derecho de defensa, lo hace bajo una reticencia mendaz al reconocimiento del derecho indemnizatorio, que no justifica liberarla del incremento indemnizatorio. Y como su procedencia está subordinada a que una vez operada la mora en el pago de las indemnizaciones conforme los arts. 128 y 129 LCT, el trabajador haya intimado el pago de las mismas, lo que sucedió en 14/5/2015, esta indemnización también procede. IV-Daños y perjuicios por Seguro La Estrella: Habiendose constatado en La Estrella Cia de Seguros de Retiro, que el demandado no hizo los aportes correspondientes a lo largo de toda la relación laboral (según informativa de fs. 38), el accionante remitió telegrama intimando su pago. Como su incumplimiento -dice- debe reputarse malicioso, acciona por daños y perjuicios pretendiendo se indemnice en el 3,5% de los haberes percibidos, de conformidad con el criterio seguido en autos ?García c/ Roymar?, ?Esponda c/ Saturno? y ?Fernandez c/ Cia Servicios Profesionales?. Si estamos al régimen jurídico convencional, lo que se creó es un sistema de retiro complementario que otorga a los empleados de comercio y servicios, un plan de jubilación privada suscripto por la Federación "en calidad de tomador de póliza", con un aporte mensual al plan de un 3,5% del salario de cada empleado en relación de dependencia, del que se destina el 50% a una cuenta individual a nombre del empleado, y el resto se dispone para otorgar un plan de renta vitalicia financiado en forma solidaria y para casos de fallecimiento, anterior a la edad de retiro, en favor de los beneficiarios designados y supuesto de invalidez total y permanente. Como los fondos del régimen cerrado, son manejados por la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios y fiscalizado por las entidades empresarias, la única legitimación de cobro de aportes ha sido establecida en favor de la Federación, tal como lo dispone el art. 8, el que también señala que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasionará la pérdida de los beneficios para el personal afectado. De allí que el dependiente solo puede dirigir su acción al ejercicio de una pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del incumplimiento contractual, que es lo que ha hecho la parte actora en estas actuaciones. Ahora bien, como hemos dicho en autos "Esponda c/ Saturno" (29/8/2011), "...La percepción de la renta vitalicia, que se financia con el 50% del aporte restante del 3,5% previsto por el régimen complementario, sólo puede percibirse a partir de la edad convenida de retiro de cada afiliado asegurado y siempre que se den una

serie de variables que contiene el sistema, al cual la actora en principio, y a menos que se reintegrare al sector, como dependiente del CCT 130/75, ya no estaría en condiciones de acceder...Ergo,...debe acogerse parcialmente la pretensión esgrimida, la que en su contenido económico se limita al 50% del 3,5% que el empleador debió aportar al régimen de seguro de retiro complementario, con los elementos que permitan establecer los valores de la cuenta individual, que durante once años hubo de acumular el 1,75% del salario mensual, con el SAC y presentismo...". Dado que la parte actora liquidó el importe sobre la sumatoria del 3,5% mensual (\$ 9.520,66 en total) y esta decisión autoriza una parcialidad del 1,75% por lo explicado precedentemente, se debe hacer efectivo el apercibimiento del art. 42 de la ley 1504 y acoger favorablemente el importe de \$ 4.760,33. V-Liquidación: A los montos que en cada caso se disponen por capital se computan los intereses de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015. A partir del 25-11-2015 el criterio sentado por el STJRN en la causa: ?Jerez Fabián Armando c/Municipalidad de San Antonio Oeste? (Expte. LS3-11-STJ2015). Y a partir del 01-09-2016 conforme reciente criterio fallado en ?Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley?, (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016, intereses que en este caso se calculan al 23/10/2017, aclarando que seguirán devengándose hasta el efectivo pago. hs. extra (288) \$ 30.620,16. ind. antigüedad \$ 40.830,08. preaviso \$ 10.207,52. SAC s/ preaviso \$ 850,28. integración mes desp. \$ 5.103,76. SAC s/ int. \$ 425,14. 15 días abr/15 \$ 5.103,76. SAC prop 1º sem/15 \$ 3.402,50. vac prop. \$ 1.633,20. art. 2 ley 25323 \$ 28.070,68. daños y perj. L.E. \$ 4.760,33. total al 16/4/2015 \$ 131.007,41. intereses \$ 116.455,77. total al 23/10/2017 \$ 247.463,18 VI-Obligación de hacer: Corresponde condenar al demandado a hacer entrega al actor, dentro de los treinta días de notificado y mediante su depósito en autos, de los certificados de remuneraciones, servicios y cese (art. 12 inc. g ley 24241) y certificado de trabajo (art. 80 LCT), con las constancias respectivas de ingreso de los aportes correspondientes a toda la relación laboral, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Las certificaciones deberán contener las fechas de ingreso y egreso y categoría laboral que se especifican en este considerando. VII-Costas: las costas deben imponerse con el criterio objetivo de la derrota, con excepción del 50% del rubro daños y perjuicios sobre el Seguro La Estrella, respecto del cual no hubo defensa puntual, habiéndose resuelto en la forma que se lo hace por criterio del Tribunal. TAL MI VOTO. Los Dres. Edgardo Juan Albrieu y Víctor Darío Soto, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos. Por todo lo expuesto, LA CÁMARA SEGUNDA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD; RESUELVE: 1) Hacer lugar a la demanda instaurada por el actor: ALEXANDER ELVIS GENOVA MELITON contra la demandada: YUWEN FANG, y en consecuencia condenando a éste último a pagar al primero, en el plazo DIEZ DIAS de notificado, la suma de \$ 247.463,18 en concepto 288 horas extraordinarias al 100%, indemnización por antigüedad, preaviso, integración mes de despido, SAC sobre preaviso e integración, 15 días trabajados e abril/2015, SAC proporcional del primer semestre/2015 y vacaciones proporcionales y daños y perjuicios por falta de contratación del Seguro La Estrella, importe que incluye los intereses que se explican en el considerando calculados al 23/10/2017, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago. Con costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. Graciela Esther Rosales (apoderada y patrocinante del accionante) en \$ 49.000 y los del Dr. Carlos A. Martínez (patrocinante del demandado) en \$ 29.700 (MB:\$ 247.463,18,de conformidad con las disposiciones de los arts. 6, 7, 8, 10, 11, 38 y 40 de la Ley de Aranceles y Acordada 9/84 del STJ). 2) Condenar a la demandada a hacer entrega al actor, dentro de los TREINTA DIAS de notificada y mediante su depósito en autos, los CERTIFICADOS DE REMUNERACIONES, SERVICIOS Y CESE (art. 12 inc. g ley 24241) y CERTIFICADO DE TRABAJO (art. 80 LCT) Y CONSTANCIAS DOCUMENTADAS DE APORTES DE LA SEGURIDAD SOCIAL de toda la relación laboral, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Las certificaciones deberán contener las fechas de ingreso y egreso y categoría laboral que se especifican en los considerandos. Con costas a la demandada, estando la regulación honoraria comprendida en el punto anterior. 3) Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos. 4) Oportunamente, firme que se encuentre la presente, por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de deposito bancario, a los quince días de notificada bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 2716. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869. DRA.GABRIELA GADANO -jUEZ- DR. EDGARDO JUAN ALBRIEU DR. VICTOR DARIO SOTO -Juez- -Juez Subrogante- Ante mí: Dra. Paula Chiesa. Secretaria subrogante. 023149E