En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. G. Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., J. C. c/ L. D. B., G. y/u otros s/ DEMANDA LABORAL (Indemnizaciones)", expte. nro. 133/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4647/96), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 292), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. G. Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 240/253? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

La Sra. Juez de grado admite la demanda y condena a G. L. D. B. y solidariamente a B. y Cía. S.A., a abonar a J. C. M. la suma de 23.572,60, suma que se integrará conforme el considerando respectivo; condena a L. de B. a entregar el certificado de trabajo en el plazo de diez días, ordena poner en conocimiento del fiscal federal y al Instituto Nacional de Previsión Social y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de

la Nación a sus efectos. Impone las costas a los codemandados vencidos y regula los honorarios.

Ante ello, el codemandado apela. Concedido el recurso, expresa agravios a fs. 262/276.

El primer agravio se refiere al rubro del art. 5.7.1 del convenio 40/89, ya que en la sentencia se sostiene que el actor llevaba áridos, sal, elementos sólidos empetrolados, lo que en la práctica es pedregullo con petróleo, tierra de residuos de petróleo, por eso el testigo los identifica tan claramente, lo que los diferencia de los residuos líquidos.

Los residuos sólidos se obtienen generalmente al terminar la actividad petrolera, piletas, lo que transportaba eran elementos residuales, pero no agua ni petróleo como dice el convenio.

Señala que el convenio requiere que el operario permanezca en el campamento, y surge que pernoctaba en su casa.

No hay prueba que demuestre lo que dice el actor y la sentencia, que transportaba, áridos y petróleo.

Indica que la única prueba es la declaración de N. que indica que transportaba sal para la ruta, recolección de residuos sólidos empetrolados, pero no petróleo.

Por lo que considera que el concepto del convenio de trabajo en yacimiento debe ser eliminado de la condena por que no es aplicable a autos.

Lo sorprende que se tome nota del laudo arbitral de aplicación exclusiva para el caso sometido a arbitraje, y tal laudo sólo refiere a uno de los aspectos del concepto.

Destaca que la firma B. se dedica a la construcción y como tal, ingresa al yacimiento en la etapa de inicio o en la etapa final cuando hay que dejar la locación cerrada, construye la locación donde se asentará la actividad, no siendo el caso de autos el previsto por el ítem condenado por el Juez.

Segundo agravio: las horas suplementarias y la indemnización por la ley 24013.

La única prueba estricta como prueba es la testimonial de N., ya que la de S. son tan solos comentarios; el primero no refiere al horario con precisión, ni siquiera al daño, y el segundo lo sabe por los dichos del actor.

Cita doctrina y jurisprudencia, que le permiten aseverar que el trabajo suplementario no está probado y no es de aplicación en consecuencia el art. 9 de la LCT.

Señala que el art. 9 sólo es aplicable cuando hay duda y no es de aplicación retroactiva, con cita de doctrina.

Destaca que el testigo S. es inválido y esta invalidez no puede ser subsanada por la no contradicción del testimonio por las partes, circunstancia que no es cierta porque en el alegato se refiere a ello, indicando que uno de los dos testigos, uno solo de ellos es prueba, por lo que el testimonio ha sido controvertido.

Tercer agravio la solidaridad, se sustenta en cuanto la sentencia haya considerado que entre L. de B. y ella existe una unidad económica en las tareas que conlleve a entender que todo era un mismo proceso productivo y reitera los hechos de autos, la actividad del actor recolección de residuos sólidos

empetrolados y tirar sal en invierno, la de L., flota pesada con chofer, N.; y la de B. es la construcción, no existiendo prueba que la actividad del actor haga a la actividad principal de B..

La actividad es esporádica, el actor trabaja 8 meses.

Contrato con L., la realización de servicios menores que no hacen a su actividad, el actor por su parte no revistió las particularidades de habitualidad y permanencia, sino accidentales, esporádicas o accesorias.

Mencionan el fallo "Rodríguez" y señala que la actividad del actor no implicaba actividades sin las cuales B. no podría cumplir sus tareas.

Alude al estatuto de la empresa B. y Cía. y precisa que el objeto radica en la construcción, por lo que las tareas del actor son de carácter accesorio o concurrente, pero no guardan relación directa con la descripta estatutariamente.

Por ello se agravia en la doctrina de la arbitrariedad, cita el caso Benítez.

Entiende que el ad quo se contradice y distorsiona el texto legal al examinar el objeto social de la empresa constructora, como una actividad indispensable y concurrente al objeto social de su representada.

Se equivoca, dice, cuando deduce que las actividades de las codemandadas se complementan y por lo tanto aplica el art. 30 LCT, ya que la actividad es secundaria, aleatoria, impropia de la firma, por lo que la contrata un tercero.

La unidad técnica de ejecución de bienes y servicios que ha considerado el juez existe es motivo

de queja.

Agrega que los elementos de prueba y citas legales invocadas son inconducentes para la invocación de la solidaridad laboral de B., ya que no surge demostrada la necesidad permanente del servicio.

Los extremos relativos a ese escrutinio concreto y riguroso encarecido por la Corte Suprema, de acuerdo a los fallos que menciona, no parecen mostrarse adecuadamente en la sentencia.

Enumera los artículos de la Constitución que se han vulnerado.

Hace reserva del caso federal.

La actora a fs. 278/282 contesta los agravios.

Llega firme a esta instancia la relación laboral que existió entra la demandada L. de B. y el actor J. C. M., así como el lugar, horario, remuneración y tarea que desempeñaba.

Cuestionando el quejoso el reconocimiento de las horas extraordinarias e indemnizaciones que admitiera la Sra. Jueza, así como la solidaridad de la condena a B. S.A.

Y haré referencia en primer término a la solidaridad que la Sra. Juez admitiera y que es motivo de queja.

Vázquez Vialard afirma que "la actividad normal debe determinarse en función de la decisión que haya tomado el empresario a fin de encarar las tareas destinadas al cumplimiento de la finalidad económica perseguida. En cuanto al otro elemento que establece la ley: "específica, debe distinguirse, en el proceso de elaboración de un bien o servicio, aquello que es principal de lo que no lo es. Al efecto, no sólo

corresponden a la primera calificación aquellas labores que atañen directamente al cumplimiento del fin perseguido, sino también aquellas que resultan coadyuvantes y necesarias (aunque secundarias), de manera que no obstante ser auxiliares o de apoyo, resultan imprescindibles para que pueden cumplir las otras (ya que normalmente integran –como auxiliares- la actividad)" (Vázquez Vialard, Antonio, "Tratado de Derecho del Trabajo", Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 2, Cap. IV, "Teoría general de Derecho del Trabajo", p. 358).

Trae el quejoso, para sostener su postura, los fallos de la Corte Suprema de Justicia, y me resulta atinado parafrasear al Dr. Capón Filas en fallo de diciembre de 1993, "Speranza, Edgardo E. c/ Emec Soc. Colectiva y otros", CNTrab., Sala VI, donde manifiesta: "Sin dejar de señalar que "Rodríguez" ha despertado las críticas de C. G. (en Fojas Cero, julio de 1993, p.14), bastaría una sentencia de la Corte Suprema, interpretando temas de derecho común, para disciplinar la jurisprudencia… se extendería al país entero, bastando para ello que el Alto Tribunal sostuviese que dicta un "quietus". Y más cercano en el tiempo resultan interesantes las conclusiones a las que arriba Miguel Angel Maza en "La Corte Suprema cambia su interpretación del artículo 30 LCT. El abandono de Rodríguez, J. R. c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro", donde destaca la posición de la Corte en cuanto desestimar con fundamento en el art. 280 del CPCCCh cuando se tratara de la interpretación del art.30 LCT, lo que constituyó una manera silenciosa e indirecta de distanciarse de la doctrina sentada en "Rodríguez"; da, "una nueva vuelta de tuerca" y en

Preiti, Pantaleón Lujan c/ Elemec S.A. y otra" dejó sin efecto una sentencia con relación al artículo en tratamiento.

Y ya había tomado postura con relación a lo dicho por la Corte en "Rodríguez" y los fallos que le siguieron al señalar que la LCT impone la solidaridad a las empresas que teniendo una actividad propia, normal y específica o habiéndose encargado de ella, estiman conveniente o pertinente no realizarla por sí en todo o en parte, sino encargar a otro u otros esa realización de bienes y servicios. Ello debe determinarse en cada caso atendiendo al tipo de vinculación y a las circunstancias particulares que se hayan acreditado" CSJN, 14-3-95. En consecuencia, pretender aplicar el criterio sustentado por el quejoso con fundamento en casos diferentes resueltos por la CSJN, no conduciría a lo que se pretende mantener, que es la seguridad jurídica.

El fallo de la CSJN sienta un principio riguroso con relación a la aplicación del artículo 30 LCT, pero no se debe olvidar que esa directiva no arbitra un principio inmutable para todos los casos parecidos, no iguales, donde las circunstancias en que se pueden haber desenvuelto las relaciones laborales no son las mismas ("Revista de Derecho Laboral", 2001-1-Vázquez Vialard y otros, pág. 480. Síntesis de Jurisprudencia). Con tales consignas, analizaré los elementos probatorios junto con lo que requiere el art. 30 de la LCT.

La actividad "normal y específica propia", situación fáctica del régimen de contrato de trabajo, art. 30, no puede separarse como lo intenta la quejosa afirmando que el trabajo efectuado no integra

aquélla, al ser una actividad esencial.

Las tareas accesorias o secundarias, son hasta tal punto necesarias que es imposible substraerse a su ejecución. Dicha necesidad se subsana mediante personal de la empresa o a través de terceras empresas, y que es lo que ha acontecido en autos.

Y si bien es cierto que los testigos poco aportan en cuanto a la relación entre los demandados, y más allá de ser uno amigo y vecino y preguntado por la relación entre B. y L., manifestó "que creería que ésta última contrató flota pesada con chofer para B.. El demandado no desconoció tal relación, ya que al contestar se limitó a pretender desvirtuar la solidaridad que el actor pretendía y en la expresión de agravios reconoce que la actividad que hacía el actor era recolección de residuos sólidos empetrolados y tirar sal en la ruta en invierno, que el actor trabajó 8 meses y "tal el único trabajo que hizo para la demandada" resultando una tarea esporádica.

Afirmó y detalló la actividad de L.: flota pesada con chofer; B.; la construcción, "con lo cual las tareas del actor son actividades de carácter accesorio o concurrente" en el mejor de los casos.

Y estos reconocimientos son los que permiten aún en escaso marco probatorio coincidir con la Sra. Juez.

Considero que las tareas que realizaba para B., eran necesarias para la consecución de su objetivo, construcción de locación donde se asentará la actividad, caso contrario no hubiese contratado el servicio.

Ya en anterior pronunciamiento en SD: 23/92, mediante voto del Dr. Torrejón este Superior

Tribunal de Justicia emitió opinión en cuanto a la interpretación que cabe dar al art. 30 de la LCT; en aquella oportunidad se sostuvo: la situación planteada, cae dentro del ámbito de aplicación del art. 30 de Ley 21297, teniendo en cuenta que para determinar dicho ámbito de aplicación, es necesario precisar que la actividad "normal" de una empresa nace y se desarrolla en función de la decisión tomada por el empresario, a efectos de alcanzar el fin económico perseguido; y actividad "específica" es aquella labor, que no atañe directamente al cumplimiento del fin perseguido, pero que es necesaria, de apoyo, (aunque secundaria) para que se puedan llevar a cabo las otras tareas.

"El art. 30 de la LCT supedita la solidaridad legal en las obligaciones, a que los trabajos y servicios que se contraten sean propios de la actividad normal y específica del establecimiento, comprendiendo todas aquellas actividades que hacen posible el cumplimiento de la finalidad de la empresa" (CNT -sala IV- junio 14-985 – "Destéfano de Oviedo Catalino c/ Beltrani César y otro" - DT - 985 B - 1298). (CNT -sala II -mayo 15-984, "Gutiérrez, J. c/ Morixe Hnos. S.A." -DT 984-B-1256).

Y si como se desprende de las citas que efectuara, la responsabilidad solidaria nace cuando se contratan o subcontratan servicios que complementen su actividad normal y específica o sirvan de apoyo, cuanto más cuando tales servicios resultan imprescindibles atento al lugar, los caminos y la época del año para que pudiera desarrollar la tarea para la que fue contratado, y ello surge incuestionable de los reconocimientos que efectuara B..

Con relación al primer agravio llega

firme a esta instancia que el actor realizaba tareas para B. en C. D., en el camión de la actora como chofer de primera, resultando de aplicación la CC 40/89.

En punto al adicional que el quejoso controvierte, tampoco será receptado, pues si bien advierto que el ítem 5.8.2.3 se refiere a la rama de transporte pesado y grúas móviles, nada impide que se funde la recepción de tal comisión en el mismo, ya que es en el punto 5.7 bajo el título "transporte en zona pozos petrolíferos" donde queda encuadrado el trabajo de M..

Y en el punto 5.7.4 se establece que "Atento a las especiales circunstancias en que se presta esta actividad, el personal percibir un adicional o plus del 40%".

Y ante la interpretación que hace el apelante quien pretende excluirlo del rubro requerido, no cabe más que estarse a lo que dispone el artículo art. 8 de la ley de contrato de trabajo.

Se queja también porque se otorgaron horas suplementarias, y las indemnizaciones de la ley 24013. La crítica a tal decisión la basa en la declaración de los testigos, lo que no resulta dirimente para modificar la decisión.

Más allá de lo dicho por doctrina, jurisprudencia ya conocida y lo que dispone el artículo 390 Ley XIII, N°5, Anexo A, la sentencia no sólo se fundó la decisión en las testimoniales, sino que valoró las cartas documentos, así como los recibos de sueldo y determinó que el horario de trabajo era de de 6:20 a 19:40, argumentos que no fueron desvirtuados ni rebatidos por el apelante, razón suficiente para desestimar el recurso interpuesto.

"Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa". Similares disposiciones y referencias contienen los artículos 163, inc. 5, 473, 474, 477 del mismo ordenamiento —todos de aplicación por remisión de la LO—, lo que implica la adopción en el tema en cuestión de las denominadas reglas de la sana crítica en los ordenamientos procesales vigentes. Por ello, no dejamos de señalar que los jueces, merced a la importancia de los derechos en juego y la afectación directa de Derechos considerados de primera generación como la Defensa en Juicio y la Libertad de Comercio que provoca la modificación legal, deberán no obstante comportarse con recta dedicación y decidir merced a hechos probados, aplicando su sana crítica en cuanto a la inversión de carga probatoria en las ocasiones que ello lo amerite, pero sin recurrir la nueva disposición para favorecer hechos no probados, o negligencias de los justiciables o sus asesores, que impidan de esa manera llegar a la verdad material de los hechos expuestos en litigios.

Asimismo, se ha dicho que el principio in dubio pro operario puede funcionar sin necesidad de un texto expreso que la contenga, pues no se trata simplemente de pregonar una regla (DT 2009 (marzo), 239 y DT2009, mayo, 489).

Y en autos ante la posición de la demandada L. de B. y la negativa general de B., aún sin

recurrir a la aplicación del art. 9 de la ley 26428 es de aplicación lo ya dicho en otras oportunidades en punto a los efectos procesales que acarrea y que la ley prevé, cuando se incumple con el art. 356, inc. 1 del, CPCCCh (actual art. 360 en el DJ).

Debe tenerse presente que la norma es imperativa con relación a los documentos: "los tendrá por reconocidos o recibidos según el caso".

Las fórmulas que se utilizaron en la contestación de la demanda no reúnen los requisitos de la ley adjetiva en cuanto a la negativa de "cada uno de los hechos", ya que el término "categórico" que establece la norma no hace más que reafirmar la forma de expresar la negativa para que no queden dudas respecto a que la refutación debe ser contundente, no sujeta a condición, clara y expresa.

Debe surgir, sin hesitación, que la parte demandada controvierte en forma contundente el hecho afirmado por su contraria (ver glosa al art. 356, Highton-Areán, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación"), condiciones que no se observan en el escrito de contestación (fs. 55vta., último párrafo y fs. 56), no estando permitido al Tribunal de Alzada, aún cuando no compartiera los fundamentos ni la solución de la sentencia apelada, suplir al recurrente en la formulación de las razones admisibles para lograr la revisión del fallo.

Por las razones dadas confirmo la sentencia venida en apelación y tengo presente la reserva del caso federal.

Las costas estarán a cargo de la apelante vencida.

A fin de regular los honorarios que

difiero para el acuerdo, tengo presentes la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas del art. 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechaza los agravios de la parte codemandada B. y Cía. S.A. y confirma la sentencia de 240/253.

2) Impone las costas a la apelante vencida y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

3) Tiene presente la reserva del caso federal de fs. 275vta.).

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el pleito por apelación deducida por la codemandada B. Y CIA. SA contra la sentencia definitiva nro. 143/2009 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción (fs. 240/53, fs. 259).

La sentencia apelada hizo lugar a la demanda y condenó a G. L. de B. y a B. y Cía. SA solidariamente a abonar a J. C. M. la suma de $23.572,60, y a la primera de los nombrados a entregar el certificado de trabajo del art. 80 de la LCT, firme la sentencia ordenó la juez a quo a remitir la misma al Procurador Fiscal Federal, al ANSES y al Ministerio de Trabajo de la Nación conforme lo dispuesto en la ley 24013, art. 17, impuso las costas a las codemandadas y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Memorial de agravios (fs. 262/76) en apretada síntesis seguidamente destaco las quejas de la

apelante codemandada.

El primer agravio es la aplicación errada del CCT 40-89, art. 5.7.1, porque el actor no realizaba la tarea allí prevista, ya que no transportaba áridos ni arena ni petróleo, no hay prueba al respecto solo la declaración testimonial que dice transportaba sal para la ruta. Además, la empresa B. es constructora, ingresa al inicio y al cierre de la locación, no siendo en consecuencia los ítems condenados aplicables al caso.

Al segundo agravio, las horas suplementaria por carencia absoluta de pruebas, no es aplicable el art. 9 de la LCT, analiza la declaración testimonial diciendo que no aclara la razón de sus dichos. Así como el alcance que debe darse al art. 9 conforme la nueva legislación, ya que se aplica cuando existe duda insuperable. Y también entiende que la A quo aplicó la norma en forma retroactiva porque la situación fue en el año 1996 y la ley en el año 2008. Solicita se revoque el fallo en cuanto manda a pagar horas suplementarias y recargos de la ley 24013

Tercer agravio: La solidaridad de B.: la actividad de esta empresa es la construcción y del actor era la recolección de residuos y tirar sal en la ruta en invierno de la flota pesada de L., según testigo de fs. 175, fs. 181, no eran una unidad económica. Además, el actor solo trabajó 8 meses, era esporádico, la empresa de L. tenía un solo camión que concluida la tarea despidió al trabajador y cesó la actividad, no hubo una unidad de prestación de servicios. Cita fallo de la CSJ en su favor. Dice que en virtud de una artificiosa interpretación de las actividades y objeto social puede concebirse a las

actividades realizadas por el actor como una tarea que hace a la conjunción de tareas dirigidas al debido funcionamiento de la empresa.

Hace reserva de la causa federal.

A fs. 278/82 contesta agravios, sostiene sentencia la parte actora.

Análisis de las Cuestiones:

En primer término abordaré el planteo sobre solidaridad, aplicación del art. 30 de la LCT que objeta la apelante, toda vez que la decisión que recaiga afectará las demás cuestiones.

La juez de grado determina que existe solidaridad laboral con base en la absolución de posiciones del actor de fs. 111 en la que reconoció que manejaba vehículos para G. L. en la misma declaración el absolvente, pero no sabe qué hace la empresa B., en ningún momento le fue preguntado que tarea realizaba en la absolución en examen. Que maneja camiones de caja volcadora y transportaba áridos fue la base de sus dichos en la demanda, pero no lo dice al absolver y no surge de ninguna otra constancia. Me induce esta circunstancia de orfandad probatoria a separarme de las conclusiones de la sentenciante de fs. 249; no entiendo cómo arribó a tales corolarios, más aún cuando en las declaraciones testimoniales de fs. 175 se dice que juntaba residuos y arrojaba sal y la deposición del siguiente a fs. 181 relata que solo por la aspereza de las manos afirma el testigo que maneja camiones, y porque le preguntó al accionante, siendo los demás hechos conocidos por los relatos del actor, es decir se trata de un denominado testigo “de oídas”.

No alcanza a demostrar mínimamente las actividades, mucho menos y en lo que aquí interesa la

vinculación con la codemandada para acertar que se trató de una actividad –la desplegada por el actor- como indispensable y esencial para B. con el alcance previsto en el art. 30 de la LCT.

La apelante afirmó ser una empresa de construcción, prueba que más allá de señalar los expedientes en trámite en el juzgado no alcanzó a sustanciar ni demostrar nada con ello, no es menos veraz que el propio actor en la absolución de posiciones desconoció la actividad de B. y en todo momento se hizo referencia a la actividad desplegada por y para L.. En el testimonio de fs. 175 surge que L. prestaba servicios para B. testimonio que fuera cuestionado por el hoy apelante.

No obstante, este inexistente plexo probatorio direccionado a demostrar la actividad del actor, resulta decisivo en cuanto se pretende acreditar la vinculación de ambas empresas. En el memorial de agravios la apelante comienza a perfilarse la vinculación existente, ya que dice la codemandada haber celebrado un contrato comercial para un especifico fin fs. 269vta. Es decir, reconoce que las afirmaciones de la a quo son veraces en punto a que existió una relación empresaria; en consecuencia, asienta su disconformidad en que no cuadra en las prescripciones del art. 30 de la LCT y la doctrina al respecto. En síntesis, que no le cuadra la responsabilidad solidaria contenida en el art. 30 de la LCT.

Adentrándome en señalar lo acreditado en autos, advierto que puede excluirse que no había identidad, que el lugar del establecimiento no era de la apelante, que no se demostró que, para el objeto comercial de la misma era esencial el servicio del

actor, y hacían a la actividad normal y específica de esta codemandada B. porque tal y como emerge de la única declaración testimonial (fs. 175), el débito laboral se cumplía en C. D. que éste –según las declaraciones- era explotado por A. (que es otra empresa distinta).

Tampoco la conexidad de las actividades desplegadas por el actor y la otra empresa codemandada surge de lo probado en el curso del pleito.

Conviene recordar lo dicho por la SCJ de la Nación en autos: "Vuoto, Vicente y otro c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros" del 25 de junio de 1996 (DJ 1997-2-802), que "la ley de contrato de trabajo impone la solidaridad a las empresas que teniendo una actividad propia, normal y específica o habiéndose encargado de ella, estiman conveniente o pertinente no realizarla por sí en todo o en parte, sino encargar a otra u otros esa realización de bienes o servicios. Ello debe determinarse en cada caso, ateniendo al tipo de vinculación y las circunstancias particulares que se hayan acreditado". Lo que se desprende del mismo fallo, que debe considerarse la vinculación jurídica de ambas empresas codemandadas para no extender infundadamente el ámbito de aplicación del art. 30 de la LCT.

Véase que cuando habla el Superior Tribunal del país de la actividad de la empresa se refiere a la que es propia, normal y específica o habiéndose encargado de ella, y es en este último concepto que en autos no quedó demostrado que la actividad había sido encargada por la contratante para que la realicen el actor.

En el mismo sentido, reitero que con

este criterio se expidió el Superior Tribunal de Justicia del Chubut al decir que "el art. 30 de LCT supedita la solidaridad legal en las obligaciones, a que los trabajos y servicios que se contraten sean los propios de la actividad normal y específica del establecimiento comprendiendo aquellas actividades que hacen posible el cumplimiento de la finalidad de la empresa" (STJ 000A, 06-05-92).

El concepto brindado por la ley supone que los contratos celebrados aseguran la realización del fin propio de la empresa contratista y que ésta se haya beneficiado con la actividad laboral de los reclamantes, lo que no se observa en la especie.

Por último, y remarcando conceptos previos afirmo que para que se aplique el art. 30 de la LCT es necesario que se contraten servicios que se relacionen con la actividad normal y específica, además, es válido sostener que hay una unidad técnica de ejecución entre la principal y su contratista y debe atenerse a la implícita remisión al art. 6 de la LCT, siguiendo la doctrina del Superior Tribunal de Río Gallegos (autos: "Hernández c/ Meycon" del 22/10/97, en idéntico sentido se expidió el 30-5-97).

Más aún, ni siquiera puede inferirse una conexidad entre las empresas entre sí y el actor.

Cito a modo de adelanto del tema que desarrollo en párrafos siguientes: "Dado que por tratarse de una norma de carácter adjetivo (la ley 26428 (promulgada el 18/12/2008)) en principio es de aplicación inmediata, a la fecha del presente pronunciamiento ya rige tal modificación legal" (citar: elDial - AA51B8).

Dicho esto, se aplicó al caso la

modificación al art. 9 de la LCT y con base en ello, con las pruebas existentes el juez de grado falló a favor del trabajador. Criterio y fundamentos decisorios que vinieron cuestionados por la apelante.

En primer término debo recordar que la reforma reciente, se trata de una técnica estrictamente procesal (y por lo tanto de aplicación inmediata) que en modo alguno altera la relación laboral. Tiene su repercusión en el tramite judicial y en su desenvolvimiento al momento de dictar sentencia. Si las pruebas fueron indudablemente insuficientes corresponde el rechazo de la pretensión. Tal como ocurrió en la especie.

Cabe observar que según Justo López, en principio, la exigencia de que el fallo del juez o tribunal se base en lo alegado y probado (principio de concurrencia) se conecta con la garantía de defensa en juicio (del art. 18 de la CN). Se impone distinguir tres situaciones, fatalista y llana de la prueba, el principio de duda no tiene posibilidad de ser aplicado (situación superada por la actual legislación), insuficiencia indudable de la prueba, tampoco en este caso hay posibilidad de ser aplicado, y duda sobre la suficiencia de la prueba favorable al trabajador. No parece inadmisible en este caso, atemperar razonablemente la estrictez del principio de congruencia, en ponderación del principio protectorio del trabajador (art. 14 CN) y del cual el principio in dubio pro operario es una proyección procesal. Sin embargo, ello exige la existencia de una duda insuperable luego de agotado el estudio de la causa, e incluso si fuere el caso, de agotados los medios de investigación que la ley permite usar al juez (López-

Centeno – Fernández Madrid, "Ley de Contrato de Trabajo", t. 1, pág. 128/9).

Lo cierto es que de la lectura de la sentencia dictada no se advierte que la Jueza de grado se encontrara inmersa en duda alguna generada por las constancias recabadas, sino que, a la luz de la sana crítica, luego de analizar las pruebas rendidas, advirtió la insuficiencia de las mismas no obstante efectuar una lectura ajena a las propias declaraciones testimoniales, para hacer lugar erradamente a la pretensión deducida por el trabajador, por estricta aplicación del criterio general que rige sobre la carga de la prueba y, al respecto, considero importante advertir que no debe confundirse la duda nacida de pruebas válidas con la falta de prueba idónea, tal y como ocurrió en la especie. "Empero, como se sabe, duda no es ignorancia o ausencia de prueba y no puede aspirarse en sede judicial la aplicación del principio cuando la norma no es favorable o la realidad no ha sido demostrada".

"No se trata necesariamente de que el Tribunal supla deficiencias probatorias, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación en favor del trabajador" (STJ de Santiago del Estero – 23/03/2010 - elDial - AA5DC2).

No se demostró en el curso del pleito la vinculación comercial de ambas empresas, recién en la expresión de agravios reconoció el apelante la misma, pero no alcanzó a favorecer la falta de prueba sobre las actividades, la conexión entre ellas para viabilizar la disposición del art. 30 de la LCT y responsabilizar solidariamente a la codemandada.

Conforme lo resuelto, considero que los demás temas planteados por la apelante codemandada no pueden ser tratados por carecer de agravios conforme fuera resuelto precedentemente la solidaridad laboral dispuesta por la A quo.

Las costas de la Alzada se imponen por el orden causado, toda vez que prosperó uno de los cuatro agravios efectuados (art. 69 del Digesto Jurídico Ley XIII- nro. 5).

Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1. Hacer lugar parcialmente a los agravios de la apelante B. Y CIA. SA, y modificar el punto 1 del fallo venido en crisis, excluir de la condena solidaria a dicha codemandada, según los considerandos respectivos.

2. Costas por el orden causado según considerando.

3. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considero que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes

votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a debate, a las mismas me remito.

I-A) A fs. 262/76 obra glosado el escrito de apelación interpuesto por la apelante demandada, los que fueran contestados por la parte actora a fs. 278/282 conforme traslado conferido a fs. 277.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravio, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello- Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración y celeridad, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado el apelante actor.

Concretamente la apelante demandada se agravia en cuanto a que la a-quo:

1) resolvió que correspondía el adicional del art. 5.7.1. del CCT 40/89 peticionado por el actor (fs. 262/263):

2) Hizo lugar a las horas suplementarias y a la indemnización prescriptas orla Ley nro. 24013,

incluyendo en el mismo su entendimiento sobre la aplicación del art. 9 de la LCT (fs. 263/269);

3) consideró la existencia de solidaridad de la parte codemandada (fs. 269/275vta.) y

4) planteó la reserva del caso federal (fs. 275vta.).

I.B-1) Advirtiendo que la decisión a tomar sobre la temática planteada por la apelante codemandada B. y Cía. S.A. en cuanto a la extensión de la condena por entender la a-quo la existencia de solidaridad de la misma con la codemandada G. L. de B. (fs. 269/275vta.) ha de tener directa implicancia sobre los demás agravios planteados por dicha recurrente, he de tratar en primer término el tema solidaridad.

La codemandada apelante en su contestación de demanda funda concretamente su defensa en contra de la aludida solidaridad en que la actividad de la empresa se rige por la Convención Colectiva de Trabajo de la Construcción, razón por la cual no se le puede aplicar otra Convención Colectiva de trabajo… La responsabilidad solidaria de la Ley nro. 22250, que regula la Actividad de la Construcción, tiene un régimen propio que es inaplicable (fs. 75). Asimismo, reitera y destaca que es una empresa constructora, ajena a la actividad de transportista (fs. 74vta. y 78vta.).

Observo conforme el poder general judicial adjuntado por la propia codemandada (fs. 71/73 y 216/218) que la denominación exacta de la codemandada es “B. y C. S. A. I., C. y A., circunstancia que demuestra que el objeto social de la codemandada va más allá de la aludida actividad de la Construcción, a dicha convicción se aduna que en autos y conforme el

análisis de los términos en que fuera formulada la posición en la audiencia de absolución de posiciones del actor (fs. 110, nro. 2da.) por dicha codemandada le es aplicable lo prescripto por el art. 415 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A - Digesto Jurídico (ex art. 411 del CPCCCh), ya que en la misma afirma que el actor prestaba servicios dentro de la Convención Colectiva de Trabajo de la Construcción.

Ha determinado la doctrina especializada en la materia que en la Industria de la Construcción, el art. 32 de la Ley 22250 establece como obligación del empresario principal exigirle al contratista su inscripción en el registro y avisar el inicio de la obra; la sola omisión de ese registro torna solidariamente responsable por los incumplimientos respecto del personal ocupado en la obra… Haciendo una interpretación literal del último párrafo del art. 17 de la Ley 25013 se podría concluir que la reforma es aún más profunda por cuanto se evitaría la limitación de la responsabilidad contenida en el art. 32, Ley 22250, al resultar aplicables todas las disposiciones del art. 30 de la LCT y no sólo las modificaciones del art. 17 (Julio Armando Grisolía, "Manual de Derecho Laboral", pág. 156, edit. Lexis Nexis, 4ta. edición, año 2008).

Existe solidaridad laboral entre la empresa contratante y la subcontratista cuando no ha sido negada expresamente la existencia de una vinculación legal entre ambas (circunstancia que se ha dado en autos, atento a no haber sido desconocida dicha vinculación expresamente por la codemandada apelante – fs. 74/75vta., haciendo de aplicación lo dispuesto por el art. 360 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto

Jurídico – ex art. 356, inc 1ero. del CPCCCh y expresamente aludir la existencia de una contratación con la codemandada Sra. G. L. V. de B. en su expresión de agravios a fs. 269vta. últ, párr.), razón por la cual de ello se deriva que existe una unidad técnica de ejecución entre la firma contratante y su contratista.

En cuanto a la prueba testimonial he de tomar en cuenta la prestada por el Sr. C. M. N. (fs. 175/vta.) a la que valoro no sólo porque el planteamiento que con respecto a determinadas frases de dicho testigo efectuó la codemandada recurrente no fue la vía correcta para probar que el mismo incurriera en falta de veracidad de sus dichos (tal como lo proveyera la a-quo a fs. 177), sino también porque el principio "testis unus testis nulus" no resulta de aplicación, ya que si bien es cierto que la declaración del "único testigo" debe ser valorada con máxima estrictez, no menos cierto es que si las declaraciones son objetivas, convictivas y el testigo da suficiente razón de sus dichos, como en la presente causa, la circunstancia de que se trate del único testimonio no obsta a la validez de sus dichos y que estos tengan eficacia probatoria. Por último, estimo que el dicente manifestó que cumplía funciones en el mismo horario y en la misma área que el actor por lo cual hace a la convicción de la suscripta que el testigo tenía comunicación y contacto diario con el actor constituyéndose en un medio probatorio idóneo para la acreditación del trabajo que efectuaba el actor así como quien, en definitiva, se beneficiaba con la prestación de sus servicios, integrando la actividad propia y específica de aquélla siendo imprescindible para asegurarle la realización de su fin propio.

Desde la perspectiva que emana del art.

30 de la LCT no media en el caso motivo válido como para eximir de la condena solidaria a la recurrente codemandada, en tanto es un hecho notorio que la misma se dedica a la actividad de transporte, el cual es necesario para la misma, puesto que no es admisible que dicha actividad pueda ser desarrollada sin transporte -propio o de tercero- para el traslado y/o entrega de áridos a la locación que corresponda.

A mayor abundamiento ha establecido la jurisprudencia en este sentido que: "Ni la Ley de Contrato de Trabajo ni alguna otra norma vigente prohíben la contratación o subcontratación de trabajos o servicios de un establecimiento, al titular de éste. Si dichos servicios resultan ser "correspondientes a la actividad normal y específica propia" de dicho establecimiento, responderá solidariamente por las obligaciones del contratista o subcontratista, sin asumir la condición de empleador, único o concurrente."... "Si dichos servicios resultan ser "correspondientes a la actividad normal y específica propia" de dicho establecimiento, responderá solidariamente por las obligaciones del contratista o subcontratista, sin asumir la condición de empleador, único o concurre" (cf. crit. S. 31057 - "Martorelli Virginia Rosana c/ Cooperativa de trabajo El Alcazar LTDA. y otro s/ Despido" - CNATrab - Sala VIII - 18/02/2003 elDial - AA19C1).

Idéntica entelequia es la demostrada cuando ha determinado nuestro Superior Tribunal de Justicia que: "El art. 30 de la Ley contrato de trabajo supedita la solidaridad legal en las obligaciones, a que los trabajos y servicios que se contraten sean propios de la actividad normal y específica del

establecimiento, comprendiendo todas aquellas actividades que hacen posible el cumplimiento de la finalidad de la empresa" (STJCh, CAUSA: 000A 000023, 06-05-1992; “S., J. J. c/ E. D. y-u otros s/ Laboral”, Publicaciones, CNT -Sala IV- DT 985-B, 14-06-85, p. 1298, CNT -Sala II- DT 984-B, 15-05-84, 1256).

En concreto, amerito que el transporte de áridos que efectuaba el accionante trasladando los mismos hasta las locaciones o piletas de petróleo hace a la actividad normal y específica, como coadyuvante y complementaria, siendo solidariamente responsable la aquí codemanda recurrente.

Por las razones expuestas corresponde rechazar los agravios planteados por la codemandada recurrente y confirmar la sentencia en este sentido.

I.B-2 y B-3) Centra sus agravio la apelante codemandada en cuanto a que la a-quo decidió acoger la petición del actor del adicional del art. 5.7.1. del CCT 40/89 (fs. 262/263) e hizo lugar a las horas suplementarias y a la indemnización prescriptas por la Ley nro. 24013, incluyendo en el mismo su entendimiento sobre la aplicación del art. 9 de la LCT (fs. 263/269).

Después de la confrontación efectuada entre los argumentos en que basa su apelación con los fundamentos en que contestó la demanda (fs. 74/79) se advierte que los mismos son de diferente entidad jurídica.

Esto es así, ya que en su conteste si bien negó expresamente adeudar los conceptos y montos solicitados por el actor no menos cierto es que al explicitar sus argumentos defensivos se explayó exclusivamente en la extensión de la solidaridad sin

hacer el debido cuestionamiento sobre qué convenio colectivo de trabajo o laudo con fuerza de tal debía aplicársele para el cálculo de los conceptos y montos por el accionante peticionados y practicado su liquidación (fs. 17/18 y 20/24vta.).

En este orden de ideas se ha expedido el Dr. Caneo en autos "A. H. c/ E. P. F. S. S.A. s/ Demanda Laboral", expte. nro. 11.747/00, sent. def. nro. 14 del 05/03/01, cuando expresa: "Acertadamente se ha dicho que mientras la demanda es un acto de creación, no supeditado a ningún otro, puesto que antes de él no hay nada, la expresión de agravios es un acto de reiteración detrás del cual está justamente la demanda. Ello explica que en la expresión de agravios sea ilegítimo introducir cuestiones no debatidas en primera instancia, y hasta que se considere una deslealtad hacerlo" (José V. Acosta, "Procedimiento Civil y Comercial en Segunda Instancia", T.1, pág. 210, edit. Rubinzal-Culzoni)".

A mayor abundamiento, a la situación apuntada le corresponde aplicar el criterio doctrinario y jurisprudencial que, desde larga data, determina que la expresión de agravios sirve para delimitar las atribuciones de la alzada en el conocimiento del recurso, en correlación con el postulado de congruencia (art. 34, inc. 4to., Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico, ídem. Nro. ex 34 CPCCCh), desde que las causas deben decidirse secundum allegata et probata. En consecuencia, no puede modificarse, en las quejas ante la alzada, lo que se afirma en la demanda o contestación, el agravio no es un apartarse de lo invocado por las partes en sus acciones o respuestas, sino precisamente la afirmación de ello y el

consiguiente razonamiento –si cupiere de lo injusto de la decisión recurrida (cf. Morello – Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.III, págs. 353/354; Cám. Nac. Esp.Civ. y Com., sala I, 18/06/79, BCNEC y C., 674, núm, 9792: ídem. Sala II, 08/06/84, DJ 1984, v.7, p.219).

Sobre el piso de marcha precedentemente expuesto, se ha de subrayar que el ámbito de los tribunales de Alzada se encuentra en primer lugar limitado por el contenido de las cuestiones propuestas a la decisión del juez de primera instancia, siendo inadmisible la deducción de pretensiones u oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia originaria, derivando dicha limitación del principio dispositivo que confiere a los justiciables el señorío de la voluntad de fijar los límites del objeto litigioso, y excluye que los tribunales de justicia se pronuncien sobre cuestiones que no hayan sido planteadas oportunamente por las partes.

Si se admitiese que en la Alzada pudieran tratarse capítulos no esgrimidos en primera instancias, o fundados en hechos no articulados en ella, importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa y violación de una expresa prohibición legal (cf. aut. cit., ob. cit., Tomo cit. pág. 413/414; arg. crit. Cám. Nac. Esp.Civ. y Com., Sala II, 08/06/84, DJ 1984, v.7, p.219; Cám. Nac. Civ., Sala C, 12/05/83, La Ley 1984, v. A, p. 489, 36.542 -S).

Por las consideraciones precedentemente expuestas corresponde desestimar los agravios expuestos a fs. 262/276 y confirmar la sentencia en este sentido.

I.C) Atento a lo resuelto en este voto y

teniendo presente el principio objetivo de derrota (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5, anexo A), las costas de esta instancia son impuestas a la codemandada vencida. Difiérase la regulación de los honorarios profesionales actuantes para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6 y 14 Ley nro. 2.200) –Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por dicha colega, ya que considero que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169 CPCCCh.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la parte codemandada B. y Cía. S.A. y confirmar la sentencia de 240/253.

2) Imponer las costas a la apelante vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. M. B. G. en el TREINTA POR CIENTO (30%) y de la Dra. G. B. S. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), porcentajes a calcular sobre lo regulado por sus respectivos trabajos en primera instancia.

3) Tener presente la reserva del caso

federal de fs. 275vta.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"