000293/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de noviembre del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos A. Velázquez y Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A., S. F. c/ H. E. S.R.L. y/o N. T. SRL y/o I. S.A. s/ Cobro de haberes e indemn. de ley” (Expte. 293 – Año 2010 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 154.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Carlos D. Ferrari: ---------- ---

----**I.** La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 117/1230 vta.) hizo lugar parcialmente a la pretensión entablada, condenando a H. E. S.R.L. abonar al actor la suma de $ 6.519,25 con más sus intereses y desestimando la demanda dirigida contra las codemandadas I. S.A. y N. T. S.R.L., distribuyendo las costas entre las partes conforme a los resultados respectivos.------- ----------

----**II.** El fallo es apelado por la parte actora a tenor de la pieza glosada a fs. 126/127 vta., que contiene los siguientes motivos de agravio: 1) no se ha extendido la condena a las codemandadas I. S.A. y N. T. S.R.L. pese a haberse probado mediante los testimonios de O. y G. que el actor no solo trabajaba para H. E. S.R.L. sino que también lo hacía para la firma N. T., que era la contratista, y también para la firma I., que se ha visto beneficiada en forma directa por las labores desarrolladas por A., por lo que ambas deben ser condenadas en forma solidaria. 2) Costas: sin perjuicio de lo anterior, afirma el recurrente que ha tenido motivos para litigar contra I. S.A. por haber realizado labores para y en los locales de C. (I. S.A.), quien se benefició con dichas tareas, por lo que aun si se confirmara el rechazo de la extensión de la condena a dicha firma, solicita se haga aplicación de lo normado en el art. 71 del CPCC, de aplicación supletoria en sede laboral. 3) Intereses: en base a lo resuelto por el S.T.J. en las causas 19749/2004 y 20646/2006, solicita que se aplique la tasa de interés vigente para préstamos personales que fija el B. C. S.A., por cuanto la misma protege el crédito e impide la licuación del mismo por efecto de la inflación.---------- ----------

----**III.** En cuanto al primer motivo de agravio, puedo adelantar desde ya desfavorable opinión acerca de la crítica efectuada por la parte recurrente. Sabido es que para la procedencia de la condena solidaria, sea con fundamento en la intermediación o en la subcontratación reguladas en los artículos 29 y 30 de la ley 20.744, es esencial que el trabajador acredite el cumplimiento de tareas en forma efectiva y en beneficio de aquel cuya solidaridad se reclama (Cámara de Apelaciones de Concordia – 10/12/2008 - autos: Aguilar, Omar Raúl y otros c. La Valenciana S.R.L. y otros - LLLitoral 2009 (junio), 558). A partir de esta noción, las imprecisas alusiones efectuadas por los testigos G. y O. carecen de aptitud para demostrar la existencia de los vínculos

jurídicos invocados por el demandante. Así, el primero de los nombrados, en respuesta a la cuarta pregunta, refirió que “esa empresa que está ahí anotada Nemotécnica, o sea H. venía a ser subcontratista e esa empresa”, y como razón de sus dichos, se limitó a decir “porque lo viví yo” (fs. 95/vta.). Luego O., contestando también a la misma pregunta, expresó: “en teoría trabajaba para H., pero también trabajaba para N., recibíamos órdenes de la gente de N.”, dando el declarante como razón de sus dichos que era el encargado de obra (fs. 96). A mi criterio, la manifestación de G. resulta totalmente insuficiente, equiparable a una simple opinión personal, ya que no brinda ningún elemento objetivo en apoyo de su afirmación, en tanto que la expresada por O. podría aquilatar un valor meramente indiciario; mas para elaborar una presunción se requiere el concurso de varios indicios, que además deben ser graves, precisos y concordantes. Como he tenido ocasión de sostenerlo, los indicios deben surgir de hechos reales y probados que por su número, precisión, gravedad y concordancia permitan formar convicción acerca del punto en discusión, conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 163, inc. 5°, 2do. párrafo; 386 y conc., C.P.C.C. actualmente arts. 165, inc. 5°, 390 y conc., Ley XIII N° 5 – conf. mi voto en Expte. 17129 entre otros), y en la presente causa, fuera del ya mencionado, no concurren otros indicios que reúnan dichas exigencias procesales.---------- Ya la Corte Suprema de la Nación se ha ocupado en enfatizar la necesidad de satisfacer adecuadamente la citada carga probatoria por parte de quien procura obtener la extensión de una condena solidaria basada en este régimen legal, expresando que “La télesis del art. 30 de la ley de contrato de trabajo es la de evitar situaciones de fraude que puedan darse a partir de la utilización de terceros contratados o sub-contratados para la realización de tareas que le son propias, con el objeto de diluir la responsabilidad del obligado principal frente al trabajador, presunción ésta que debe acreditarse en cada caso con las pruebas aportadas” (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo – C.S.J.N. • 09/08/2001 • Barreto, Roberto M. c. Instituto Rosenbusch S.A. y otro • LA LEY 2002-A, 326 - DT 2002-A, 68), y lo cierto es que en la presente causa no existe un mínimo de prueba con aptitud para generar siquiera un estado de duda favorable al trabajador (conf. art. 9 L.C.T.; su doctrina).---------- A mérito de lo expresado, votaré por la confirmación del decisorio en este aspecto.---

IV. Tampoco encuentro atendible el agravio referido a la carga en costas. A la luz de los elementos ya analizados anteriormente, no cabe sino concluir que la demanda dirigida contra I. S.A. y N. T. S.R.L. fue improcedente, y en tanto el actor resultó finalmente vencido en dicho aspecto de la pretensión, debe cargar con las costas pertinentes, en virtud del principio objetivo que campea en la materia (conf. art. 69 – antes 68- del C.P.C.C., texto seg. Ley XIII N° 5; id. art. 57 – antes 59- Ley XIV N° 1; su doctrina). Al respecto, no basta el solo convencimiento del actor que afirma haber “tenido motivos para litigar” contra las nombradas, pues como hemos tenido oportunidad de expresarlo en esta sala en reiterados precedentes, si bien la "razón

probable para litigar" puede justificar en ciertos casos la excepción del art. 69, segundo párrafo -antes 68- del C.P.C.C., esta figura debe apreciarse de modo restrictivo, porque de lo contrario se desvirtuarían los fundamentos del instituto (conf. mi voto en Expte. 17833). Hemos sostenido además que el principio objetivo de la derrota determina que la parte perdidosa deba afrontar las consecuencias de un resultado adverso aún cuando íntimamente haya tenido el convencimiento de que le asistía razón en su derecho, ya que ese sentimiento personal no basta para liberarla de dicha carga, pues es indudable que, salvo hipótesis de actitudes maliciosas, todo aquél que somete una cuestión a los Tribunales de Justicia es porque cree tener razón de su parte, mas ello no exime del pago de los gastos del contrario si el resultado del juicio no le es favorable (id. mi voto en Exptes. 12319,12898,14888; entre otros). Para que proceda esa solución excepcional se requiere, en suma, la concurrencia de elementos objetivos que avalen razonablemente la postura asumida, y según se ha visto, la actora no consiguió aportarlos suficientemente en la especie. Por otra parte, cabe recordar que la condena en costas no reviste el carácter de penalidad, sino el de una consecuencia económica indeseada que, en todo caso, no puede pesar sobre el oponente convocado a un proceso y que debió efectuar, por tanto, las erogaciones judiciales consiguientes.----------

--- A mérito de lo expresado, considero que este agravio tampoco puede ser acogido.----------

--- **V.** Acerca de la tasa de interés fijada en el fallo, Considero que las argumentaciones expuestas por el apelante no resultan idóneas para modificar el criterio que, por otra parte, ya viene sosteniendo esta Cámara desde larga data.----------

----En esta materia, conforme lo estableciera este Cuerpo en reiteradas oportunidades, la tasa activa ha sido seleccionada con el propósito de mantener incólume el contenido económico de la sentencia y en ejercicio de la facultad judicial dispuesta en el art. 622, regla 3° del C.C. de determinar el interés que debe abonarse en defecto de habérselo convenido por las partes o existir disposiciones de leyes especiales. El objeto de este accesorio está dirigido a resarcir al acreedor el daño moratorio sufrido por la indisponibilidad del crédito judicialmente reclamado, a cuyo efecto, se parte de la razonable presunción de que el actor se ha visto necesitado de suplir tal indisponibilidad mediante el recurso a fuentes de financiación en el mercado de dinero. Aquí es cuando corresponde mensurar cuantitativamente este perjuicio, sirviendo entonces de parámetro las tasas activas que perciben los bancos, que marcan una razonable pauta acerca del costo del dinero. No fue ajena esta Alzada a la doctrina del más alto Tribunal de Justicia del país en los casos “YPF c/ Pcia.de Corrientes” y “López c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.”, donde efectivamente se aplicaban las tasas pasivas y así tuvo ocasión este Cuerpo de aplicarlas en sus pronunciamientos (SDL 15/92; 30/93; 34/93, entre otros). Mas dicha doctrina sufrió un giro total en autos “Banco Sudameris c/Belcam S.A.” (T.yS.S. 1994-565), en la que se resolvió que la cuestión de la tasa de interés a aplicar no era de naturaleza federal, quedando sujeto a la prudencia judicial y no generando contienda federal salvo que por aplicación de la tasa en cuestión se

suscitare el caso de sentencia arbitraria, modificando en consecuencia el criterio de la Sala a partir de la SDL 194/94, donde se estableció la procedencia de fijar como tasa de interés aquella que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones ordinarias de descuento (SDC.3/98).----------

----También ha sostenido esta sala que la tasa activa percibida por el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones ordinarias de descuento, compensa de modo más equitativo la morosidad y consiguiente indisponibilidad de los créditos emergentes de sentencias judiciales (C. Apels. Trelew, Sala A, 16/8/96, “G., C., J. v. S. P. S.A. y otra”, en AbeledoPerrot Online – id. Expte. 188 – S.D.L. 31/09 - voto del Dr. López Mesa; id. mi voto en Expte 173/2010).---------- En mi opinión, las argumentaciones vertidas en la pieza recursiva no aportan razones convincentes que indiquen la necesidad o conveniencia de dejar de lado este criterio de la sala, por lo que propongo asimismo la desestimación del planteo formulado por la parte apelante.---------

---

----**VI. <u>Conclusiones:</u>** ---------- --

----Como corolario de todo lo anterior, opino que el fallo debe confirmarse en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas al apelante (art. 57 –antes 59– de la Ley XIV N° 1 – antes Ley N° 69). Propongo fijar los honorarios del letrado actuante en esta sede, en vista de la extensión, calidad, eficacia de sus tareas y el resultado obtenido, en el 25% de los que le correspondieron por su actuación en la anterior instancia (arts. 5, 6, 13,18, 46 y conc., Ley XIII N° 4 – antes Ley 2.200).------- ----------

----Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- ------

----**<u>A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA</u>** el Dr. Velázquez expuso: ----------

----En acatamiento del principio procesal de celeridad, me remito a la síntesis que de la decisión impugnada y los agravios vertidos por el recurrente realizara el Señor Magistrado ponente.- ----------

----Concuerda mi opinión con la del colega y para fundar mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., basta con formular las consideraciones siguientes.----------

----I.- Comenzaré señalando que he de dejar al margen la valoración hecha por el “a quo” de la rebeldía de la codemandada N. T. S.R.L., pues, independientemente de su acierto o desacierto, ella ha ganado firmeza ante la ausencia de crítica concreta y razonada al respecto, de modo que tal tópico quedó fuera de la competencia revisora de esta alzada a mérito del antiguo aforismo “tantum devolutum quantum appellatum”, íntimamente conectado al principio de congruencia (arts. 34 inc. 4°, 165 inc. 6°, 166, 268, 274 C.P.C.C. y 60 de la Ley XIV n° 1; antes arts. 163, 164, 265, 274 C.P.C.C. y art. 58 de la Ley 69).- ----------

----Vamos al análisis de la testifical, que el recurrente enarbola en su favor. Cierto es que el declarante H. I. G. manifestó -en lo que aquí interesa- que la empleadora H. E. S.R.L. era subcontratista de la codemandada N. T. S.R.L. (fs. 95, resp. a la preg. 4ta.),

mas al brindar la razón de sus dichos el dicente se ciñó a expresar que le constaban los hechos “porque lo viví yo” (fs. 95 vta.). Superfluo casi es enfatizar la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición por el declarante del conocimiento de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio (art. 449 “in fine” C.P.C.C., ex art. 445, su doc.; este cuerpo, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08). Tal razón de ciencia debe resultar probable de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es a las máximas de la experiencia y principios de la lógica, y en esta especie no parece lógico ni se advierte en la experiencia diaria que por la sola circunstancia de haber sido operario de una empresa se conozca el tipo de vinculación contractual de ella con otra del mismo ramo; el deponente habrá “vivido” su trabajo, pero tal experiencia vital, sin otros detalles que no declaró, no explica su saber acerca de vínculos jurídicos interempresarios. Forzado es entonces apartar esta declaración del plexo de las pruebas, pues “si parece inverosímil que efectivamente el testigo haya podido adquirir ese conocimiento de los hechos, su testimonio carecerá de mérito probatorio” (Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., II-270/271; esta alzada, c. 22.773 S.D.L. 43/08, c. 208/10 S.D.L. 32/10).- ----------

----Por otro lado, echa espesa sombra sobre la credibilidad de los testigos las labores que éstos le atribuyeran al actor. “Electricista”, “hacer conexiones”, “tirada de cables”, “mantenimiento” (fs.95, resps. a las pregs. 3era., 6ta., 8va.); “mantenimiento de luminarias, sistema de circuito cerrado de televisión” (fs. 96, resp. a la preg. 8va.), son todas tareas bien distintas a la alegadas en el escrito de demanda, donde el actor expuso haberse dedicado a “la colocación y reparación de equipos de frío” (fs. 5, pto. 2). En verdad, esos desempeños adjudicados al demandante por los testigos ni tan siquiera habríamos de tenerlos en cuenta, toda vez que exceden la alegación. No cabía siquiera “producirse pruebas sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en los escritos respectivos”, conforme con meridiana claridad establece el art. 368 C.P.C.C. (antes art. 364)., de donde se sigue que aquellos hechos no aseverados en los escritos postulatorios deben ser considerados inexistentes por los jueces aunque se hallaren acreditados (confr.: Sup. Trib. Jus. Chubut, S.D. 2/96, Pág. Webb del P. J. Chubut, Jurisp. “on line”, sum. 4.058; Carnelutti, “La prueba civil”, trad. de Alcalá Zamora y Castillo, 2da. ed., Depalma 1982, págs. 7/9, n° 3; Devis Echandía, ob. ind., I-188/190, n° 44; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., V-A-11; Eisner, “Desplazamiento de la carga probatoria”, L.L. 1994-C-846; Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Abeledo-Perrot 1996, pág. 40).----------

----En cuanto a la deposición del testigo F. A. S. O., en el sentido que los operarios de H. E. S.R.L. recibían ordenes también de personal de N. T. S.R.L. (fs. 96, resp. a la preg. 4ta.), tal probada dación de ordenes configuraría en todo caso de un indicio que por lo solitario no bastaría para formar convicción judicial, la que, cuando basada en

presunción “hominis”, debe apoyarse en indicios numerosos, graves, precisos y concordantes entre sí (art. 165 inc. 5° párr. 2° C.P.C.C., ex art. 163).- ----------

----II.- Atinente a la imposición de costas, no corresponde subsumir el caso en el art. 72 C.P.C.C. (antes art. 71) por la circunstancia de que prosperan los reclamos contra la empleadora y fueran desestimados los mismos en relación con las otras dos codemandadas. Cuando, como en la especie, la acumulación subjetiva de pretensiones dio lugar a un litisconsorcio pasivo, al tratarse de pretensiones separadas, las costas han de imponerse en relación a cada una de ellas, de manera que si una es acogida y las otras rechazadas los gastos causídicos derivados de una y otras habrá de soportarlos el vencido en cada una (art. 68 párr. 1° C.P.C.C.; confr.: Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea 1998, pág. 136, n° 2).- ----------

----En cuanto a que el demandante se considerara dotado de motivos para litigar, recordaré que quien somete una cuestión a los tribunales de justicia de común cree tener la razón de su parte, no eximiéndolo ello de pagar los gastos del contrario si el resultado del juicio le es desfavorable. Al indicado fin es menester que la creencia alentada se objetive con cuestiones verdaderamente dudosas de hecho y de derecho, cuya concurrencia en la especie no se advierte (esta sala, c. 17.556 S.D.L. 45/01, c. 17.993 S.D.L. 29/02, c. 20.850 S.D.C. 2/06, c. 21.041 S.D.L. 14/06).- ----------

----III.- Tampoco lleva razón el apelante en el tercero de sus agravios, relativo9 a la tasa de interés aplicable a la deuda.- ----------

---- Desde luego, no me paso por alto que el Superior Tribunal de Justicia en al menos tres causas de las que conociera en instancia originaria, por tratarse de litigios contencioso-administrativos provinciales, seleccionó para la liquidación de intereses la tasa utilizada por el Banco del Chubut S.A. en operaciones de créditos personales (S.D. N° 06/SCA/02, S.D. N° 09/SCA/06, S.D. N° 08/SCA/08). Al así decidirlo el Alto Cuerpo no hizo sino pronunciarse dentro del espacio de discrecionalidad que el art. 622 Cód. Civ. reconoce a los magistrados, según criterio sentado por la Corte Suprema Nacional en autos “Banco Sudameris c/ Belcam S. A. y otra” (T. y S.S. 1994-565) al que nuestro el Alto Cuerpo Provincial adhiriera a partir de su sentencia definitiva n° 08/SRE/97.-------

----Mas esa elección de la tasa bancaria en operaciones de créditos personales no constituye una doctrina obligatoria establecida en sede casatoria, sino, lo reitero, un criterio personal de los Señores Ministros del Superior Tribunal seguido en pleitos de instancia originaria. Fuera de este último ámbito, la Corte Provincial ha venido sosteniendo la irrevisibilidad de lo resuelto en materia de intereses por los jueces ordinarios de la causa, quienes cuentan con dicho margen de discrecionalidad consagrado en el art. 622 Cód. Civ., con la única salvedad de la arbitrariedad en que ellos eventualmente puedan incurrir en un caso concreto por apartarse de circunstancias probadas en el proceso o desvío en el razonamiento lógico (S.D. N° 08/SRE/97 ya cit., seguida luego por las nros. 11/SRE/97, 14/SRE/97 y 16/SRE/98, entre otras).- ----------

----Todavía profundizó y aclaró tal doctrina la Casación Provincial en su S.D. N° 24/SRE/01, donde, tras historiar las variaciones de su jurisprudencia en la materia, insistió en que el principio general es el de la libertad de los sentenciantes de las instancias anteriores para resolver esa cuestión de derecho común y en que sólo excepcionalmente cabe la revisión de lo decidido por ellos, por vía de recurso extraordinario de casación o de apelación ordinaria por causa de interés público, cuando se haya configurado el vicio de arbitrariedad, añadiendo que, de lo contrario, "correspondía estar a los intereses que han fijado los Jueces de las instancias anteriores, porque en principio, ello son soberanos en esta materia" (voto del recordado Dr. Torrejón).----------

----Y no veo en la especie que el juzgador de origen, en ejercicio de su facultad discrecional, se haya deslizado hasta caer en la arbitrariedad por seleccionar para la liquidación de intereses la tasa utilizada por el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento. Él no hizo sino aplicar el criterio que esta Cámara de Apelaciones tiene sentado a partir del 12/12/94 en decisorio habido en la causa "M. vs. F. S.A." (c.11.352 S.D.L. 194/94). Es esa por lo demás la postura ortodoxa sobre el tema, apoyada en las normas de los arts. 505, 508, 519, 622 Cód. Civil y en la analógica aplicación del art. 565 Cód. de Com., adunada por tan pacífica cuan prestigiosa doctrina (confr.: Colmo, "Obligaciones en general", Ed. Méndez 1920, pág. 300, nº 431; Salvat-Galli, "Obligaciones en general", 7ma. ed., T.E.A.. Bs. As. 1963, I-431, n° 492 , 2da.; Lafaille, "Tratado de las obligaciones", EDIAR, Bs. As. 1950, II-164, nº 1.060; Rezzónico, "Obligaciones", 9na. ed., Depalma, Bs. As. 1966, I-453; Busso, "Código Civil anotado", EDIAR 1958, IV-293, nº 20).----------

----IV.- Tales razones, coincidentes con las expuestas por el Señor Juez prevotante, llevan a concluir que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al recurrente vencido en ella (art. 57 de la Ley XIV n° 1, ex art. 59 de la Ley 69) y regulando los honorarios del profesional actuante en la alzada en la forma que el colega propusiera, acorde a la extensión, calidad y resultado de las labores cumplidas (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII, n° 4, ex arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec. ley 2.200).- ----------

----Me expido aquí pues por la AFIRMATIVA.- ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Carlos D. Ferrari expresó: ---------- ---

----En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios. II) Con costas al apelante, fijándose los honorarios del letrado actuante en esta sede, Dr. P. O. A., en el 25% de los que le correspondieron por su actuación en la anterior instancia.----

---

----Así lo voto.---------- ------

----**A ESTA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió:----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Ferrari, reflejo fiel del acuerdo antes alcanzado.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 7º Ley V Nº 17), ----------

--- Trelew, de noviembre de 2.010.---------- -

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas al apelante.----------

--- FIJAR los honorarios del letrado actuante en esta sede, Dr. P. O. A., en el 25% de los que le correspondieron por su actuación en la anterior instancia.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDL.- Conste.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA