En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"S., J. E. c/ S. T. S.A. s/ COBRO DE PESOS. LABORAL" (Expte. Nº 164 Año 2011)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 06/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 198.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

La Sra. Jueza de grado dictó sentencia a fs. 163/167, admitiendo la demanda incoada por J. E. S. en contra de M. O. S.A. y S. T. S.A., condenándolos solidariamente al pago de pesos veintiocho mil cuatrocientos cuarenta y cuatro con 75/100 , con más intereses. Le impuso costas a los codemandados.

Para arribar a dicha decisión consideró que los requerimientos extraordinarios y por ende transitorios deben producirse dentro de las denominadas actividades ajenas a las normales del establecimiento y/o dentro de las propias del giro comercial, pero que resultan superadas en su número y en forma ocasional.

Sostuvo que en el caso de autos, si bien se ha alegado como causa justificante de tal tipo de contratación un aumento de la demanda de los productos que fabrica la empresa metalúrgica, la única prueba que dijo poseer era la realización de horas extras, lo que, *per se*, no posee una

relación directa con necesidades extraordinarias y transitorias de la empresa, las que, por otro lado, fluctuaron a lo largo de toda la relación laboral.

Consideró, en orden a las declaraciones testimoniales rendidas en autos que el actor realizó tareas habituales y normales para la demandada empresa metalúrgica, sin que la demandada hubiese podido probar el súbito aumento o baja de la demanda.

Al mismo tiempo entendió probado que a la fecha de su desvinculación, el actor laboraba en el sector fundición, dando por tierra con las generalidades con las que se ha pretendido caracterizar las tareas prestadas por el actor, de eventuales o extraordinarias.

Confirió razón al accionante para considerarse despedido, admitiendo la demanda los rubros reclamados, con excepción de la multa del art. 45, ley 25.345, en tanto y en cuanto el actor reconoció en la prueba confesional rendida en autos (8ª. posición) no haber acudido a percibir la liquidación final puesta a su disposición.

2.

La sentencia fue apelada por M. O. S.A. a fs. 172 y el recurso fue fundado a fs. 175/176.

En primer término, se agravió por cuanto el decisorio consideró al actor, empleado directo de su parte.

Se agravió luego, pues entendió la inadmisibilidad del rubro por multa derivada del art. 2) de la ley 25.323, reconocido judicialmente.

Se agravió también por entender que la sentencia hizo lugar a la totalidad de la demanda, cuando en realidad la procedencia fue parcial.

Finalmente se quejó por la imposición de costas articulada en su totalidad a su parte.

3.

A fs. 172 apeló la co-accionada S. T. S.A., fundando su recurso a fs. 178/181. Se quejó por la ajenidad de su parte con la actividad interna de la usuaria, por la extensión de la condena por solidaridad dispuesta en su contra y por la exclusiva imposición de costas a cargo de las co-accionadas.

4.

Corridos los traslados de ley a fs. 177 y 182, fueron contestados por la parte actora a fs. 183/190.

5.

5.1.

Trataré en conjunto el primer agravio de la codemandada M. O. S.A. obrante a fs. 175/176 y el correspondiente a la coaccionada S. T. S.A. obrante a fs. 178/180, por entender que los dos se encuentran íntimamente vinculados a los fines de determinar: a) cuál de las dos codemandadas revestían el carácter de "empleador directo" del actor, en función del agravio de M. O. S.A.; b) la errónea posición, a la luz de la queja de S. T. S.A., en la que se colocó el actor, al considerarse despedido sin causa que lo justificara, atento el régimen legal al que se encontraba sometido.

Se queja la codemandada M. O. S.A. por cuanto se ha considerado, en el pronunciamiento atacado, a ésta última, como empleadora directa del actor. Sostiene, en abono de su postura, que la misma actora ha sostenido que su empleador directo ha sido S. T. S.A., de lo que se sigue que, si es a esta parte a quien requiere tareas en el marco del art. 78, LCT, ha convalidado el régimen de contratación contemplado en el art. 29 bis de la citada norma legal.

Así las cosas, mal pudo accionar en los términos del art. 29, tornando tal postura como ambigua y contradictoria, máxime cuando intimó a la

empresa de servicios eventuales a la entrega de certificados de servicios y remuneraciones , y no a su parte.

Por su parte, S. T. S.A., sostuvo que es lícito asignar personas a una usuaria para tareas ajenas al giro normal y habitual, por considerarse en ese contexto que el asignado hará labores eventuales, y, en tanto la norma no especifica tiempo, requiriendo sólo que se trate de tareas ajenas al giro normal y habitual. En esa línea de ideas, aseveró que el trabajador realizaba tareas eventuales para M. O. S.A., y en todo caso, si entendía que ya no era un trabajador discontinuo debió hacerlo saber con anterioridad a que se aplicase la suspensión prevista en la normativa del Decreto 1694/06, pero en modo alguno considerarse despedido, conducta que la Sra. Jueza *a quo* no tuvo en cuenta.

No obstante, se quejó, el actor se consideró empleado de ambas empresas en calidad de permanente, lo que resulta legalmente inadmisible, como lo es que decida por su cuenta la calidad de empleo que revestía.

Rige a mi juicio, en el presente supuesto, el principio de primacía de la realidad, según el cual, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma) por sobre la apariencia. En consecuencia, las estipulaciones contractuales por escrito no tienen más que un valor de presunción, que cae ante la prueba de los hechos. Se imponen éstos sobre la denominación o calificación que las partes atribuyan a la relación contractual. Este principio es importante para resolver la situación en los casos de simulación o de fraude laboral (arg. art. 14, LCT), tan frecuentes en la práctica, para no cumplir con las exigencias mínimas de la ley. En tales situaciones, se toma en cuenta la realidad, no lo pactado (cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, " Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", T° I, Ed. Astrea, Bs.As, 1999, p. 138/140).

El pronunciamiento en crisis se encargó de analizar la cuestión, al sostener que los requerimientos extraordinarios y por ende transitorios deben producirse dentro de las denominadas actividades ajenas a las normales del establecimiento , y/o bien dentro de las propias del giro comercial pero que resultan superadas en su número y en forma ocasional, determinación que debe ser objetiva y estar inexorablemente impuesta por la naturaleza misma de las necesidades empresarias.

El aumento de la demanda de productos, como justificación para el tipo de contratación eventual, no ha sido acreditada en autos, según el decisorio, ya que la mera realización de horas extras no hace a la naturaleza de las necesidades extraordinarias y transitorias de la empresa.

Contra tales aseveraciones, tanto una como otra queja señalan, por un lado que el actor realizaba tareas eventuales y en consecuencia M. O. S.A. no era empleador directo, por el otro, que se acudió a S. T. S.A. en orden a la existencia de "necesidades extraordinarias o transitorias", lo que no significa que la empresa usuaria deba encontrarse en ambas situaciones simultáneamente.

La modalidad de este tipo de contratación laboral está dirigida, básicamente, a cumplir con una necesidad empresaria eventual y extraordinaria. En tal sentido, se entiende por "eventual", aquello sujeto a un evento o contingencia (que puede suceder o no), servicios extraordinarios que remiten a tareas no habituales al giro empresario y exigencias extraordinarias y transitorias, las que, sin ser ajenas a la tarea habitual de la explotación la superan cualitativa o cuantitativamente. Y en esa línea de ideas, un ejemplo típico se configura cuando se cubre un lugar de trabajo en circunstancias excepcionales y se destina a la obtención de resultados concretos y temporales, lo que transmite la incertidumbre en el

tiempo de su finalización (cfr. TOSTO, Gabriel A, "Ley de Contrato de Trabajo", T° III, Jorge Rodríguez Mancini (director), Ed. La Ley, p. 129).

En orden a la prueba rendida en autos, resulta que: a) el trabajo en la empresa metalúrgica era normal, en tareas rotativas (ver declaración de C., de fs. 128, contestación a las preguntas 1ª. y 2ª.); b) no había en la empresa tareas eventuales por tiempo (ver declaración de C. de fs. 134, contestación a la 1ª. Repregunta); c) nunca hubo variación en el trabajo y el volumen de trabajo era normal (ver declaración de B. de fs. 138 , contestación a 3ª. Pregunta).

Tales aseveraciones (no impugnadas, por otra parte) me permiten concluir *prima facie* que la contratación de S. no se dirigió, ni a cubrir una necesidad empresaria eventual ni extraordinaria, ni se destinaba a la obtención de resultados concretos y temporales.

En los supuestos de contratación de personal mediante una empresa de servicios eventuales, se establece una relación de tres vértices que involucra al trabajador, a la empresa de servicios eventuales (proveedora de la mano de obra) y a la que utiliza los servicios (la usuaria).

Es decir, dichas relaciones se entablan entre trabajadores y empresas de servicios eventuales, o entre trabajadores y usuarias, dependiendo ello del tipo de tareas que realicen. Si las tareas no son eventuales, aunque medie intervención de una empresa de servicios eventuales, la relación de trabajo se mantiene con la usuaria, revistiendo ésta el carácter de empleadora.

Como acertadamente señala CAPÓN FILAS, el contrato de trabajo eventual aparece entonces como una excepción que debe ser interpretada con carácter restrictivo porque al no concedérsele estabilidad a la vinculación, los empleadores podrían abusarse de esta modalidad generando un campo de desprotección propio de las vinculaciones precarias. Por esta razón el

ordenamiento laboral establece exigencias ineludibles de carácter objetivo que deben ser acreditadas por el empleador.

RODRÍGUEZ MANCINI señala en forma coincidente, que si la tarea a la que fue aplicado el trabajador suministrado por la empresa de servicio eventual en los términos de los arts. 29 y 29 bis no revestía el carácter de eventual, cae el sistema de triangulación allí reconocido y la relación jurídica se ha trabado directamente entre trabajador y empresa usuaria quedando regida por las normas propias del contrato de trabajo (art. 22 LCT).

En virtud de lo expuesto, cabe concluir como principio general que no basta con que el trabajador haya sido suministrado por una empresa de servicios eventuales reconocida al efecto por la autoridad de aplicación, sino que es necesario que los servicios prestados por el trabajador encuadren en la hipótesis contemplada en el art. 99 de dicha ley, el cual impone la carga de la prueba de la excepcionalidad de las tareas al empleador que pretende que dicha relación inviste la modalidad eventual.

La jurisprudencia del Fuero Nacional del Trabajo ha establecido que ni la celebración por escrito de un contrato de trabajo eventual, ni la intermediación de una empresa de servicios temporarios inscripta en el registro que lleva el Ministerio de Trabajo eximen de la prueba de la necesidad objetiva eventual, justificativa del modelo. Ello así pues en nuestro ordenamiento jurídico no basta el acuerdo de voluntades sanas y la observancia de las formalidades legales, para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto. Debe mediar también una necesidad objetiva del proceso productivo que legitime el recurso a alguna de esas modalidades

(Cfr. SERRANO ALOU, Sebastián, LA LEY 2009-D, 555, Fallo Comentado de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, 2009-03-05, in re: "Braga San Martín, Raúl Enrique c. Leading Work S.A. y otros) .

Me adelanto a concluir que las codemandadas no han acreditado la situación "excepcional" a la que refiere la norma.

Así las cosas, soy de la idea que no resulta de aplicación el Decreto 1694/06 aludido por la apelante S. T. S.A.

A mayor abundamiento, y pese a sus afirmaciones, es del caso señalar que el art. 72, LE contiene dos exigencias para entender configurado este tipo de contrataciones: a) en el contrato debe consignarse con precisión y claridad la causa que lo justifique; b) la duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis meses por año y hasta un máximo de un año en un período de tres años.

De hecho, el primero de los supuestos, tampoco se encuentra probado.

Con relación al segundo, cabe consignar que la relación laboral perduró por espacio de casi cuatro años, de modo ininterrumpido, circunstancia ésta que me lleva a señalar que, más bien, se contrató en fraude a las disposiciones legales en materia laboral, pues tal vinculación tuvo lugar en los términos del art. 22, LCT.

Prueba de ello son las declaraciones testimoniales rendidas en autos, a saber: a) no existía diferencia entre el trabajo realizado por un operario efectivo y uno contratado; todo personal que ingresó a la Metalúrgica en los últimos años era contratado por S. T. S.A.; tales contrataciones se realizaban para cubrir puestos de trabajo por renuncias o despidos (ver declaración de C., fs. 128vta, contestación a la 5ª pregunta, 1ª y 4ª. repregunta); b) se retiró de las tareas a S. por falta de trabajo (ver

declaración de A., fs. 132, contestación a las generales de la ley), coincidente con lo señalado por R., en el sentido que M. O. S.A. prescindía de algún empleado cuando dejaba de haber trabajo (ver su declaración de fs. 136, contestación a la 6ª. pregunta).

Por otra parte, la circunstancia apuntada por R. (ver su declaración de fs. 136, contestación a la 5ª y 6ª. preguntas) en el sentido que M. O. S.A. acude a S. T. S.A. para la provisión de empleados, prescindiendo de ellos cuando no lo hay, no sugiere la satisfacción de necesidades extraordinarias de la empresa, sino que encubre, a mi modo de ver, una relación de empleo bajo apariencia de otra.

No obstante, cierto es lo que señala el apelante S. T. S.A., en orden a que el actor se consideró empleado simultáneo de ambas empresas, y entendió a esa figura como "inadmisible". Si embargo, contra ello, he de señalar que en tal caso cuadra la aplicación del principio *iura novit curia*.

En efecto, en los supuestos en que existe interposición empresaria o fraude laboral, el trabajador no suele tener un conocimiento cabal de quién es su verdadero empleador, ni cómo se han interrelacionado los distintos dadores de empleo. Sobre tal base, obviamente, los *jus* laboralistas deberán esmerarse por ser claros y suficientemente amplios en sus planteos fácticos a fin de posibilitar la aplicación de las normas vigentes en materia de solidaridad laboral (cfr. SERRANO ALOU, Sebastián, "Casos de solidaridad en las relaciones de trabajo. La dificultad de su encuadramiento normativo", LA LEY 2009-D, 555, comentario a fallo de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, 2009-03-05, in re: "Braga San Martín, Raúl Enrique c. Leading Work S.A. y otros").

De esa manera, es función del juez que se enuncia en el adagio latino *"iura novit curia"* la de suplir el derecho que las partes no invocan o lo invocan mal. Es consecuencia de ello que los hechos del proceso deben ser

invocados y probados por las partes, pero, en lo atinente al derecho aplicable, el juez debe fallar conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso. No puede argüirse en contra de lo expuesto la posible violación del derecho de defensa o de una posible indefensión, ya que la doctrina mayoritaria sostiene ya hace tiempo que frente al "derecho aplicable" no se puede argumentar el derecho de defensa. El juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable según su ciencia y conciencia, ya que según el aforismo *iura novit curia*, pura y simplemente, el Tribunal no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes y en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él. La libertad del juez subsiste aun en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones (Cfr. PEYRANO, Jorge W., "*Iura Novit Curia* procesal: La reconducción de postulaciones", ED, 191-589).

Al decidir los jueces deben tener en cuenta las pretensiones deducidas en el juicio y una vez determinada la realidad de los hechos, calificarlos según corresponda por ley (cfr. MARK, Mariano H., "Aproximación al principio *iura novit curia* en el Derecho Procesal del Trabajo. Su relación con el principio de congruencia. Los planteos subsidiarios", Ed. Abeledo Perrot, RDLSS 2005-20-1639, en en SERRANO ALOU, Sebastián, comentario a fallo cit.).

La pretensión es una articulación combinada de hechos jurídicos que, de enmarcarse en los tipos o previsiones legales, permitirá la entrada en acción de normas jurídicas. Si se prueban o reconocen los hechos y omisiones invocados, los jueces deben decidir si éstos excitan un precepto jurídico que prevea en su descripción normativa tal situación, y en tal caso, activar las consecuencias legalmente previstas. Este deber que tiene el Tribunal de conocer el derecho aplicable, traerlo al juicio oficiosamente, y aplicarlo, tiene una lógica impecable basada en el carácter estatal del Derecho, y

resulta particularmente razonable en el Derecho del Trabajo, en el que la mayoría de las normas son de orden público (Cfr. MAZA, Miguel Ángel, "El principio procesal *'iura novit curia'* y el debido proceso adjetivo", Ed. Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral, 2007-1, p. 171 y sigtes).

Por otra parte, no es cierto lo que afirma en su queja la demandada M. O. S.A. en cuanto a que el actor se consideró empleado directo de la empresa de servicios eventuales. Vale señalar su afirmaciones de fs. 56 vta., ya que afirmó en su libelo de demanda que " se estableció en el caso traído a decisión de S.S. una relación laboral directa y permanente del actor con la codemandada "M. O. S.A.", en tanto resulta ser ésta la Empresa que utilizó los servicios del trabajador".

En definitiva, en esa línea de ideas, soy de la opinión que si las demandadas no expresaron, en forma concreta, cuáles eran los motivos que justificaban la contratación del actor en forma eventual, ni tampoco cuáles eran las tareas que efectuaba en la empresa usuaria con el fin de poder dilucidar si revestían o no el carácter de eventuales, corresponde condenarlas en los términos del art. 29, LCT, máxime si se invocó de modo genérico un aumento extraordinario de trabajo y la prestación de tareas se extendió durante casi cuatro años (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, 30/09/200, in re: "Muzio Daniel Alejandro c. Complementos Empresarios Y Otros", La Ley Online; AR/JUR/36310/2009).

Esto es, para que el usuario de los servicios del trabajador no sea considerado empleador directo de éste -art. 29, LCT-, no basta que la empresa de servicios eventuales que lo proporcionó se encuentre debidamente habilitada sino que las prestaciones efectuadas por el trabajador sean de naturaleza eventual, siendo la empresa quien tiene la carga de demostrar ese extremo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, 20/09/2006, in re: " Seitler, Patricia B. c. I.C.N. Argentina

S.A., La Ley Online; AR/JUR/7554). Así, en virtud de lo expuesto precedentemente, no acreditado tal carácter, mal puede serle de aplicación la normativa a la que alude el apelante de fs. 178/181. Tengo para mí, entonces, que el actor era empleado directo y permanente de la empresa metalúrgica, bajo la apariencia de una contratación eventual.

Ambos agravios a los que hice referencia al comienzo del presente apartado, deben ser rechazados y así lo propondré al Acuerdo.

5.2.

Se agravia la demandada M. O. S.A., respecto a la parcela del decisorio en crisis que admite la indemnización del art. 2, ley 25.323.

Sostiene en tal sentido que dicho incremento es de aplicación cuando se obliga al trabajador a promover acciones judiciales para procurar el cobro de sus indemnizaciones, cuando, en realidad, S. T. S.A. puso a disposición del actor la liquidación final, y siendo que el actor omitió deliberadamente su concurrencia a la sede de dicha empresa a retirar tales montos. A tal fin, aduna que el pronunciamiento de grado desestimó la multa del art. 45, ley 25.345, en virtud de no haber comparecido el trabajador a retirar el certificado de trabajo correspondiente.

Conforme lo que expondré más abajo respecto de la solidaridad y en la medida de lo dispuesto por el art. 717, Cód. Civil, he de expedirme, en el entendimiento que causa agravio al apelante la incomparecencia del acreedor a percibir el monto de la liquidación.

Dos aspectos entiendo deben ser analizados: a) si la actitud de la demandada S. T. S.A. ha contribuido a la necesaria promoción de acciones;

b) si el rechazo del reclamo del art. 45, ley 25.345 constituyó una contradicción en el pronunciamiento susceptible de revocación.

En el primero de los aspectos, cabe señalar que esta Cámara de Apelaciones ha tenido oportunidad de expresarse con respecto al tópico, en situaciones similares (ver CAPM, SDL 13/10 Y 17/10, entre otras).

De la constancia documental de fs. 50 surge nítidamente que la demandada S. T. S.A. "puso a disposición" del actor la "liquidación final".

La buena fe es una regla de conducta "que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es una norma de comportamiento que debería ser apreciada *in abstracto*; es una buena fe-lealtad que el derecho positivo impone en las relaciones contractuales y extracontractuales" (IVON LOUSSOUARN, M., *La buena fe*, en "Tratado de la buena fe en el derecho", Lidia Garrido Cordobera (coord.), Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 9).

La buena fe implica, entonces, una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, pero esta obligación se desdobla en la obligación de información a la contraparte sobre aspectos esenciales del negocio a celebrar, la obligación de no actuar en forma reticente, es decir, silenciando aspectos centrales que afectan el consentimiento prestado, en la obligación de no contravenir con hechos las declaraciones o actuaciones anteriores, la obligación de no defraudar una confianza o apariencia generada, etc.

El principio general de la buena fe no constituye un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría de un principio general de derecho; todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, lealmente, no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones

jurídicas ya constituidas entre ellos (Cfr. voto del doctor Noceti, ST Jujuy, Sala I, 9/3/84, "Vall de Alonso, Ester c/ Círculo de Personal Subalterno de la Policía de Jujuy y otra", ED 109-165; CNCom., Sala B, 5/2/99, "Zunghiri, H. J. c. Sánchez, Carlos y otros", LL 1999D, 193 y DJ 19992127).

En nuestro sistema legal, el principio general de la buena fe posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones, en todas las relaciones jurídicas. Ello, al punto de que nadie puede hacer valer derechos que contravengan dicho principio, constituyendo una norma-eje de todo el sistema (Cám. 1ª CC La Plata, Sala II, 28/2/91, "Parras, Oscar A. c/ Viviendas Los Ángeles", LL1991-E-452). Y en el caso de autos, además dicha manda se encuentra reforzada por una norma específica; la LCT en su art. 63 establece que "Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o relación de trabajo". La frase empleada en la norma es plenamente aplicable en este caso respecto de la obligación del actor de ajustar la conducta a lo que es propio de un buen trabajador al extinguir el contrato o relación de trabajo; la fórmula legal es clara, en el sentido de que en el caso de autos, se exigía del actor un proceder irreprochable en el desarrollo y finalización del vínculo laboral (cfr. mi voto en SDL 13/10).

No se advierte que el trabajador hubiese pretendido retirar de la sede del empleador los montos puestos a disposición. Asiste razón al apelante cuando sostiene que el mismo actor reconoció no haber concurrido a la sede la S. T. S.A. a percibir tales montos, por lo que mal podría haber conocido la exactitud o no del pago.

Acerca de las referidas obligaciones "*querables* o de recogida", ha sido la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew, la que, en fino análisis, ha desbrozado la cuestión, y es oportuno reeditarla, pues tengo para mí que encuadra perfectamente en el *sub judice*.

No obstante, y más allá del desarrollo doctrinario que estas obligaciones han tenido en el extranjero, es preciso recordar que las mismas recibieron favorable acogida en el ordenamiento jurídico positivo argentino a través de lo normado en los arts. 618 y 747, 2ª. parte del Código Civil.

DÍEZ PICAZO ha sido especialmente claro al trazar la diferencia entre las "obligaciones *querables*" y "obligaciones *portables*", de acuerdo con el lugar en el que deben ser cumplidas. Las primeras imponen al acreedor la necesidad de buscar él mismo la prestación (del latín *quaero*, que significa buscar). Las segundas, en cambio, presuponen que es el deudor quien tiene que llevar a cabo el transporte o el desplazamiento de la prestación y son por eso "*portables*". Dicho de otro modo: el lugar de prestación en las obligaciones de dar, según la forma en que haya quedado determinado, puede entrañar, o bien una especial prestación adicional del deudor, quien además de ejecutar la *datio rei* debe procurar el desplazamiento de las cosas, o bien una especial carga de colaboración del acreedor, cuando es éste el que tiene que desplazar los instrumentos necesarios para buscar y recibir las cosas debidas" (Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", vol. 2º, p. 343).

La categoría de las deudas "*querables*" ha sido traducida por los juristas alemanes a una categoría equiparable, la de las prestaciones de puesta a disposición o de recogida (denominadas *"holschuld*" en alemán). En estas prestaciones el deudor cumple simplemente teniendo las cosas a disposición del acreedor, que es quien ha de ir a recogerlas. Es la obligación "*querable*" de los franceses y significa, para el acreedor, una especial carga de colaboración en el cumplimiento y para el deudor que cumple mediante una puesta a disposición al acreedor (Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil patrimonial", cit, vol. 2º, p. 343). En un interesante caso nacional, se declaró que en las obligaciones "de recogida" o "*querables*", esto es aquellas que deben ser satisfechas en el domicilio del

deudor, es menester una prestación accesoria del acreedor del dinero, consistente en presentarse para cobrar en la sede del deudor (CNCom., sala D, 29/8/95, "Berenstein, Adolfo c. Omega Coop. de Seguros Ltda. y otros", LL 1996-A, 596 y DJ 1996-1-666).

Tratándose de una obligación de recogida o *querable*, ante el incumplimiento del acreedor de concurrir a cobrar no puede sostenerse que pesa sobre el deudor una obligación implícita de diligencia consistente en interpelar al acreedor para que concurra a cobrar; en efecto, dado que el débito del deudor se agota en aguardar la concurrencia del acreedor para efectuar el pago, la circunstancia de no haber cursado la referida interpelación no le es imputable como base de una atribución de mora (CNCom., sala D, 29/8/95, "Berenstein, Adolfo c. Omega Coop. de Seguros Ltda. y otros", LL 1996-A, 596 y DJ 1996-1-666 y el voto del Dr. López Mesa, Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, de fecha 20/8/08, in re "A. de R., A. c/ P., R. C. s/ Sumario" (Expte. Nº 22.728 - año: 2008).

En este tipo de obligaciones, es esencial la colaboración del acreedor para que el deudor se libere, motivo por el cual la mora automática no juega, al requerirse para la extinción de las mismas una colaboración del acreedor consistente en presentarse a cobrar en el domicilio del deudor (cfr. voto del Dr. Marcelo J. LÓPEZ MESA, en sentencia de Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew, de fecha 20/8/08, in re "A. de R., A. c/ P., R. C. s/ Sumario" (Expte. Nº 22.728 - año: 2008).

"Cuando el pago debe hacerse en el domicilio del deudor…, las deudas son querables (dettes querábles); ellas obligan al acreedor a buscar su deuda ante el deudor… En la práctica, esta regla significa en estos días que el acreedor no puede válidamente perseguir a su deudor o colocarlo en mora si él no le ha reclamado el pago, por ejemplo por correo dirigido a su domicilio" (TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, "Droit civil. Les obligations", 6ª edición, Edit. Dalloz, Paris, 1996, p. 1002, Nº 1247).

Mariano GAGLIARDO señala que *"… la mora automática no funcionaría mientras el acreedor no realice la actividad a su cargo, consistente en la concurrencia al domicilio del deudor en busca de la prestación que le es debida"* (GAGLIARDO, Mariano, "La mora en el derecho civil y comercial. Su estructura y alcances", Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 63).

Señala luego el mencionado autor que *"…entendemos que el art. 747 del Código Civil no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente, lo cual se infiere claramente del articulado de la Ley 17.711. Con carácter previo, debe recordarse que son innumerables las situaciones en las que el deudor tiene plazo y lugar para efectivizar su pago. Por el contrario, en ausencia de estas pautas, el lugar de pago al vencimiento de la obligación, será su domicilio. Resulta claro que el vencimiento del plazo se produce temporalmente tanto en el domicilio del acreedor como en el del deudor. Sin embargo, en este último supuesto, existe una discriminación entre su exigibilidad y la mora, mientras que en el primero, promedia una coincidencia, por lo que la mora, salvo acuerdo en contrario, será automática"* (GAGLIARDO, Mariano, "La mora en el derecho civil y comercial. Su estructura y alcances", cit, p. 64).

Sus desarrollos prosiguen expresando que *"La exigibilidad es presupuesto del estado de mora, pero para que se produzca ésta, será necesaria la concurrencia del acreedor o quien lo represente al domicilio del deudor a recibir el pago. El distingo del domicilio del acreedor y deudor, como el lugar de pago, recepta en cierta medida, la distinción de la doctrina francesa entre "dettes querables" -cuyo pago debe ser buscado por el estipulante-, a diferencia de las "dettes portables", que deben ser entregadas por el promitente. La solución debe enfocarse desde el ángulo de la actividad probatoria que constituye un imperativo del propio interés. Todo deber implica una restricción a la libertad jurídica o bien un sacrificio y no puede por ello trasladarse al deudor la prueba de un hecho negativo -extremadamente difícil-, pues no sería equitativo exigir que el deudor estuviera aguardando las 24 horas del día del vencimiento a su acreedor, o bien que debiera probar que así lo hizo, o que aquél*

no compareció. En consecuencia, parece más razonable, acorde con los principios de buena fe-probidad -al que he hecho referencia más arriba-, la concurrencia al domicilio del deudor a percibir su crédito, adecuándose a la directiva procesal que impone a cada parte la carga de la prueba respecto de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende" (GAGLIARDO, Mariano, "La mora en el derecho civil y comercial. Su estructura y alcances", cit, p. 64). También, valiosa jurisprudencia ha dejado sentado que "el principio de la mora automática no es absoluto". Tratándose de obligaciones que deban cumplirse en el domicilio del deudor (o deuda *querable* o de recogida), -que representa la regla supletoria aplicable en defecto de estipulación contraria (arts. 747 y 748, Cód. Civil), no bastará el simple vencimiento del término fijado, sino que será necesaria la constitución en mora del obligado mediante la interpelación correspondiente a los efectos de que el acreedor acredite la negativa del pago, pues, de lo contrario, le bastaría a éste no concurrir al domicilio del deudor para hacerle incurrir en mora. Lo mismo, en todos los demás casos en que el cumplimiento de la obligación requiera la cooperación del acreedor. Esta doctrina también regía antes de la reforma al Código Civil, cuando era indispensable para la constitución en mora el requerimiento del acreedor" (Cám. Civ. Com. Córdoba, 3ª Nom., 15/7/77, "Ortíz, Pedro c. Bechara, Antonio", en "Comercio y Justicia", XXVIII-J-152; en igual sentido, Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, de fecha 20/8/08, in re "A. de R., A. c/ P., R. C. s/ Sumario" (Expte. Nº 22.728 - año: 2008) (del voto del Dr. Marcelo J. LÓPEZ MESA, en autos "L., O. J. c/ A. D. S. S.A. y/o q rlte. resp. s/ Indemnización" (Expte. 314 - Año 2009 Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala "A", del 10.07.09).

La conducta del trabajador, que faltó a su deber de liberar al deudor al no prestar su colaboración para que el pago se hiciere efectivo concurriendo al lugar donde había de hacerse, dio nacimiento a la mora del acreedor (arts. 505 párr. 5° y 509 Cód. Civ., su doc.; confr.: Busso, ob. ind., III-253, n° 44) y

la deudora entonces no precisaban consignar el certificado para no caer en mora, pues la morosidad "accipiendi" evitó se configurara la "debitoris" (doc. del art. 510 Cód. Civ.; confr.: Galli, en Salvat, opus cit., I-124, nº 113 "a"; esta sala, c. 22.806 S.D.L. 59/08) (del voto del Dr. Velásquez, en el referido fallo de la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala "A").

En el caso de autos, fue el acreedor quien incurrió en mora, mas no demostró que, a su vez, salía de ella colocándolo al deudor en tal situación por incumplimiento de los deberes a su cargo.

Con respecto al segundo aspecto de la misma cuestión, tengo para mí que, en virtud del principio lógico de no contradicción (según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo) así como el pronunciamiento en crisis no admitió la multa del art. 45, ley 25.345, la misma conducta debió seguir respecto de la mentada multa del art. 2 de la ley 25.323.

Sostengo en este aspecto que la queja ha de prosperar, y así lo propondré al Acuerdo.

5.3.

Se agravia el demandado M. O. S.A. , sosteniendo que el decisorio de la Sra. Jueza *a quo* por cuanto sostiene que en su parte resolutiva admitió la demanda en todos sus términos, no obstante, sólo procedió en forma parcial ya que hubo un rubro - como el del art. 45, ley 25.345 - que fue desestimado.

A mi entender, sus expresiones no cumplen con los requisitos mínimos exigidos por el art. 268, del CPCC. Ello, atento a que la parcela del agravio no constituye crítica razonada y concreta. Esto es, el apelante no expresa en qué sentido hubiese variado la condena por el hecho que la sentencia admitiera parcialmente la demanda. Ello significa que el agraviado debió señalar en qué lo ha afectado la mera expresión de la parte resolutiva en el sentido que "se admite totalmente la demanda" de aquella otra que

pretende, cual es la “admisión parcial de la demanda”. En síntesis, el requisito esencial de admisibilidad del recurso de apelación consiste en que el pronunciamiento que se impugna cause al apelante un agravio o perjuicio cierto y concreto, el que en modo alguno expresa en su queja (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 10/02/1998, in re: “Bondi, Domingo c. López, M.”, LA LEY 1999-C, 58 - DJ 2000-1, 503 , AR/JUR/4203/1998.

Propondré al Acuerdo que tal parcela de la queja sea desestimada.

5.4.

Se agravia la codemandada S. T. S.A. en orden a la improcedencia de la solidaridad dispuesta por la Sra. Jueza de grado en la condena a ambas co-accionadas.

Sostiene en primer lugar que la solidaridad no puede responder a fuente judicial. Y en ese sentido, argumenta que el art. 29, LCT no es de aplicación al caso de autos (en sus dos primeros párrafos), al tiempo que sostiene que ha de atenderse lo dispuesto por el art. 29 bis, LCT, que establece una solidaridad especial respecto de las empresas usuarias, pero no a la inversa. Afirma también que dicha norma establece una situación de solidaridad de quien se beneficia con el trabajo del operario, no respecto de la de servicios eventuales, ya que ésta tiene una solvencia propia dada por las garantías constituidas ante la autoridad administrativa, tratándose de una responsabilidad objetiva.

Ha quedado dicho, según mi opinión, que se ha configurado una relación directa y permanente del empleado con la empresa metalúrgica, siendo inaplicable el supuesto del art. 29 bis, LCT. Es válido colegir, entonces, que la prestación de trabajo del dependiente no trascendió entonces de lo común, inherente y cotidiano en una empresa de las características de M. O. S.A.

En tal sentido, ésta última, se valió de la mano de obra de personal "eventual" (que como se dijo, no era tal) para satisfacer necesidades propias y permanentes para el cumplimiento de su objeto social, aunque formalmente aparentaba una figurada contratación e intervención de una empresa de servicios eventuales (S. T. S.A.).

La solidaridad radica en el hecho de que ambas firmas montaron un sistema de explotación que, precisamente, está contemplado en el inciso 1° del art. 29 de la L.C.T. y -adelanto- las señala a todas como responsables solidarias.

En efecto, dicha norma, reza: "*los trabajadores que, habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación*".

En el caso nace, entonces, la obligación de responder en forma solidaria respecto de los incumplimientos del orden laboral y previsional respecto de la contratación subordinada y dependiente de la actora, pues configurado dicho supuesto resulta también de aplicación al caso lo previsto en el segundo párrafo de la norma aludida, que prevé que *"cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto concierten los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios, responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social"*, sin que la circunstancia de que uno de los codemandados impartiera directivas o realizara el pago de la retribución desvirtúe la conclusión precedente (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, 16/04/2008, in re: " González, Andrés Ramón c. Unilever Argentina S.A.", La Ley Online; AR/JUR/2830/2008; en igual sentido, Sala VII, en autos: "González, Paulo Damián c. América T.V. S.A. y otros s/Despido", S.D. 37.735 del 03/08/04).

Es que, como se señalara precedentemente, se trató de un supuesto de interposición de personas. Y en ese sentido, se ha decidido que corresponde

condenar en forma solidaria a la empresa de servicios eventuales que contrató al actor y a la empresa usuaria a abonar los rubros indemnizatorios derivados del despido si, aquél prestó tareas con carácter permanente para ésta pues, se trata de un supuesto de interposición de personas previsto en la primera parte del art. 29 L.C.T. (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, 31/08/2006 , in re: "Lego Aguirre, David J. c. Spell S.A. y otro", La Ley Online; AR/JUR/7103/2006), teniendo particularmente en cuenta la inexistencia de prueba que acredite la eventualidad de servicios que fueron prestados por más de casi cuatro años y porque la mera invocación de necesidades extraordinarias es insuficiente para acreditar la legitimidad de aquella mediación.

Es que, mientras que las agencias de servicios eventuales cumplan su cometido en los términos de la ley, ninguna responsabilidad puede caber a la usuaria, pues, ambos sujetos de derecho están actuando una norma jurídica que las habilita para llevar a cabo el negocio expuesto, pero si no se cumple con algunos de los requisitos, entonces se produce un verdadero fraude a la ley, porque se ha utilizado el art. 29, LCT como norma de cobertura generando una tensión entre la misma y el orden público laboral.

Pero, cuando se configura el caso de los dos primeros párrafos del art. 29, LCT, el intermediario ya no es considerado empleador del trabajador, sino responsable solidario.

Es que la prestación de tareas por parte del trabajador que fue contratado como personal eventual no tuvo tal carácter, ya que se incumplieron los requisitos y las condiciones en las que debe llevarse a cabo este tipo de contratación, por lo que estando a esta circunstancia y conforme lo dispuesto en el art. 29, LCT, la empresa usuaria deja de ser tal y pasa a ser la verdadera empleadora, debiendo la empresa de servicios eventuales acompañarla en la solidaridad por haber formado parte del fraude configurado en grave perjuicio de aquél (cfr. Cámara Nacional de

Apelaciones del Trabajo, sala VII, 24/05/2007, in re: "Albarracín, Hugo Alejandro c. Clorox Argentina S.A. y otro", La Ley Online; AR/JUR/3055/2007).

No debe obviarse que esa solidaridad responde a la natural desconfianza del Derecho del Trabajo ante la adopción de figuras que interfieran entre la relación directa entre el empleador y el trabajador por la eventualidad que sea un instrumento para convalidar fraudes. Por el otro lado, está la realidad y las necesidades organizativas de las empresas en un mundo cambiante y de constantes transformaciones tecnológicas y económicas (cfr. FOGLIA, Ricardo A, " Le de Contrato de Trabajo. Jorge Rodríguez Mancini – Director-", T° II, Ed. La Ley, p. 321).

Esa solidaridad es amplia, ya que abarca a todas las obligaciones emergentes de la relación laboral, extremo que, por otra parte es coherente con lo establecido en el art. 14, LCT, que sanciona con la nulidad a todo contrato en el cual las partes hayan procedido con interposición de personas. De esta manera, el contrato que el trabajador hubiere celebrado con el intermediario es nulo, estableciendo la norma que el beneficiario de la prestación es el empleador y el intermediario, responsable solidario (cfr. FOGLIA, Ricardo A, op. cit., p. 253).

Así las cosas, por virtud de lo establecido en los arts. 14 y 29 –1ª. y 2ª. Parte, LCT), propondré al Acuerdo el rechazo del agravio.

5.5.

Ambas codemandadas se ha agraviado por la imposición de costas del pronunciamiento atacado, con similares argumentos en orden al rechazo del rubro del art. 45, ley 25.345 (en el caso de fs. 181), o bien de haberse admitido una condena cuantitativamente inferior al monto del reclamo (fs. 176 y vta).

Es criterio de esta Cámara que, tratándose de un proceso laboral, esta cuestión ha de tratarse a la luz del principio protectorio y de orden público, privativos de esta parcela del Derecho, por lo que las costas no pueden ser impuestas con un criterio estrictamente matemático, sino jurídico (ver Sent. Def. 30/11 SDL y 32/11 SDL).

También ha señalado este Cuerpo que, en este tema no es forzoso en todos los casos atenerse a un criterio exclusivamente aritmético, sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y a los rubros que resultaron procedentes (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV , 10/10/2007, in re: "Cardoso, Martín Omar c. Search Organización de Seguridad S.A.", DT 2008 (diciembre), 1138, AR/JUR/8100/2007).

Teniendo en mira, en definitiva, un criterio que enfatiza en lo jurídico y no en lo meramente aritmético (arg. art. 69, CPCC) corresponde imponer las costas de la Instancia anterior en su totalidad, a las co-demandadas que han resultado vencidas en lo sustancial del litigio (Cfr. también Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, 20/05/2010, in re: "Domínguez, Daniel Nicolás c. La Rambla S.A.", La Ley Online; AR/JUR/23940/2010).

Tales razones, que siguen la línea cardinal del principio objetivo de la derrota, me permiten arribar a la conclusión en cuanto a que debe confirmarse el decisorio de grado toda vez que impuso las costas a los co-demandados, en su totalidad (cfr. art. 57 de la ley de rito laboral y 69, CPCC). De allí que, pese a la modificación parcial que propondré al Acuerdo, soy partidario, por los argumentos esgrimidos, de la no readecuación de costas ni honorarios relativos a la Instancia anterior (arg. art. 282, CPCC).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

6.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a los vencimientos parciales y mutuos (art. 72, CPCC) , las mismas han de ser soportadas de la siguiente forma: a) en orden a la apelación fundada a fs. 175/176, en un 80% por la co-demandada M. O. S.A. y en un 20% por la parte actora; b) en orden a la apelación fundada a fs. 178/181, en su totalidad por S. T. S.A. A tal fin regulo los honorarios profesionales de los Sres. letrados de la parte actora F. A. A. y M. A. en el 13,5% para cada uno de ellos, de lo que corresponda a la regulación de la Instancia anterior; los de los Sres. letrados de M. O. S.A., P. D. G. Y G. V. C., en el 13%, para cada uno de ellos, de los correspondientes a la Instancia anterior y los del Sr. letrado de S. T. S.A., J. G., en el 25% de igual base regulatoria (arts. 5, 13 y cc. de la ley XIII N° 4).

A LA PRIMERA CUESTION: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravios expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes, en el mismo orden que propone el Dr. Vivas.

2.

El vínculo laboral

Comparto con el Sr. Magistrado que me precede en el voto, que tal como quedan planteadas las quejas, resulta pertinente tratar conjuntamente el primer agravio de la codemandada M. O. S.A. y el esgrimido por S. T. S.A..

Los contratos de trabajo admiten diversas modalidades, siendo el principio general establecido en la LCT que los contratos se entienden celebrados entre el trabajador y quien utiliza la prestación (art 14 y art.29 1er.párrafo) y por plazo indeterminado (art 90 y cctes).

Por ello, la intermediación y la eventualidad en el contrato, son la excepción y deben existir motivos que, además de los requisitos formales exigibles, sean objetivos, pues no alcanza que la sola voluntad de las partes para quedar al margen de las reglas generales.

Por aplicación del principio de "primacía de la realidad" que rige en materia laboral, la determinación del carácter de eventual de un contrato de trabajo -cuya prueba está cargo de quien lo invoca (art 92y 99 LCT)-, no depende de las denominaciones que le den las partes sino de su relación con exigencias extraordinarias y transitorias del establecimiento o servicios extraordinarios determinados de antemano y la prueba a esos fines, debe ser estricta por tratarse de una excepción dentro del ordenamiento laboral. *"En relación a la prueba de los extremos constitutivos de una contratación de tipo eventual, es el empleador quien debe probar la extraordinariedad o transitoriedad de la labor que motivó el comienzo y justifica el fin de la relación, ello así por aplicación del principio de conservación del contrato (art. 10, LCT). Cabe destacar que para ello, el principal debe basarse en hechos incontrovertibles, no bastando las denominaciones que las partes hubieren asignado al contrato*. (Saucedo, Osvaldo Ramón y otros c/Samuel Gutnisky S.A. y/u otros s/ Indemnización". Cámara de Apelaciones en lo Laboral, Corrientes; 03-2001; Rubinzalon line; RC J 322/04.)

Es cierto que el Sr. S. fue contratado para la actividad laboral que cumplió en M. O. S.A. por S. T. S.A., empresa habilitada para funcionar como empresa de servicios eventuales pero, no resulta ser menos cierto que, la demostración de las circunstancias de hecho que rodearon la relación laboral de la actora (y por un período mayor a los cuatro años), permite comprobar la ausencia de elemento objetivo atendible que pueda justificar la utilización por parte de M. O. SA de personal dependiente de terceros para realizar una actividad que, conforme lo expuesto por los testigos valorados tanto por la señora jueza de grado como por el señor magistrado prevotante y a los que acompaño, respondían a una actividad habitual que precisaba la accionada para lograr el fin último de su objetivo empresarial.

Por lo cual, considero que, en el caso, dicha intermediación resultó ilegítima y contraria a derecho, debiendo estarse a lo preceptuado en el art. 29 L.C.T., esto es que "los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación". *"Ni la celebración por escrito de un contrato de trabajo eventual, ni la intermediación de una empresa de servicios temporarios inscripta en el registro que lleva el Ministerio de Trabajo eximen de la prueba de la necesidad objetiva eventual, justificativa del modelo. Ello así pues en nuestro ordenamiento jurídico no basta el acuerdo de voluntades sanas y la observancia de las formalidades legales, para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto. Debe mediar también la necesidad objetiva del proceso productivo que legitime recurrir a alguna de esas modalidades. De manera que si las demandadas no acreditaron, como estaba a su cargo, la existencia de tal necesidad objetiva eventual, la relación cae bajo el principio general que rige a la subempresa de mano de obra, consagrado en el primer párrafo del art. 29 LCT, según el cual se establece una relación directa y permanente con el empresario que utilizó los servicios del trabajador, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del intermediario".* ("Chazarreta, Alejandro vs. Empresa Distribuidora y

Comercializadora Norte S.A. (EDENOR S.A.) y otro s. Despido "CNAT Sala IV; 26-12-2006; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab).

No ha sido justificado en autos el carácter eventual de la contratación de S., pues el pretendido encuadre dentro de una exigencia extraordinaria y temporaria no ha sido probado. Por el contrario, de las tareas desarrolladas por el dependiente y de las pruebas producidas en el litigio surge que la contratación del trabajador se dio en el marco de un desempeño normal y habitual propio del giro empresario. Luego de ello, el caso encuadra en una interposición de personas, por lo cual el trabajador es considerado empleado directo de quien utilice sus servicios (art. 29, LCT) y ambas empresas resultan solidariamente responsables.

Por los argumentos que expuse, los agravios de las codemandadas deben desestimarse.

3.

<u>El agravio de M. O. S.A. respecto de la indemnización del art. 2do. Ley 25323.</u>

El agravamiento indemnizatorio como sanción, se deriva de una conducta patronal disvaliosa y por consiguiente penalizable. Cierto es que no habrá agravamiento o sanción de las indemnizaciones sin que exista la obligación de indemnizar, pero ello no significa que siempre que se esté frente a indemnizaciones impagas procederá su agravamiento, pues para ello se requiere, además de la morosidad, que ésta sea claramente culpable o maliciosamente intencional.

Asumo así, que el art. 2 de la ley 25.323 no establece una condición objetiva, pues el otorgamiento a los jueces de la facultad de reducir y hasta suprimir la sanción, obedece a la necesidad de valorar, en cada caso, la buena o mala fe patronal y su eventual voluntad de incumplir con una obligación

impuesta por la ley. De lo contrario, no se hubiera previsto en la norma tal facultad morigeradora.

El juez debe, en cada caso, verificar en la conducta de las partes la buena fe con que se ha conducido y defendido. Es cierto que la actora debió iniciar las acciones judiciales pero es claro que le era necesario, no sólo para obtener la indemnización por el despido indirecto en que se colocó, sino para poner en evidencia la modalidad de su vínculo laboral y que está cumplió el requisito formal que prevé el art.2do de la ley 25.323 respecto de sendas codemandadas. Pero también es cierto que *"el dispositivo no reconoce otro propósito que desalentar la litigiosidad innecesaria, en aras de restituir a la ecuación transaccional primigenia una de sus variables, esto es la que computa como beneficio de la clase trabajadora (que compensa la reducción de los daños ínsita en la tarifa legal) el hecho de la automaticidad de la liquidación y el de la celeridad en su cobro. Este correctivo vino a ser necesario ante el hecho evidente de que-alentados por unas tasas de interés judicial inferiores a la del mercado-los empleadores han preferido diferir el pago de las indemnizaciones incluso en ausencia de razones valederas para pleitear. ..."* (Ackerman- Tosca Tratado de Derecho del Trabajo Tomo IV pág 459).

No se evidencia la existencia de una conducta evasiva o reticente del co demandado, que autorice a dar cabida al incremento pretendido del art. 2º, Ley 25323. Las conductas de las partes al tiempo de la extinción del contrato deben ajustarse a la regla de la buena fe. Así las cosas, S. no supo si efectivamente era cierto que la liquidación estaba a su disposición en la empresa y si ésta era ajustada o no a derecho, pues ha reconocido expresamente que no concurrió a la empresa (absolución de posiciones de fs.217) sin alegar nada para justificar su inasistencia.

Luego de lo expuesto, he de propiciar se revoque el fallo de primera instancia en cuanto admitió la indemnización prevista en el art.2do de la ley 25.323.

4.

El agravio de M. O. S.A. respecto del aspecto dispositivo del fallo.

No surge de la fundamentación de la queja, cual es el agravio que infringe a la parte que se haya consignado la admisión total de la demanda cuando, conforme lo resuelto, existió un rubro no reconocido.

La falta de indicación expresa del perjuicio sufrido resta suficiencia técnica al recurso. *"Ha establecido como pauta genérica nuestro más alto Tribunal Nacional que para la procedencia de los recursos en general- y de la apelación en particular-"debe invocarse el daño inferido a quien los articula por el pronunciamiento cuestionado siendo insuficientes los agravios meramente hipotéticos o conjeturales"*Hitters "Técnica de los Recursos Ordinarios " pág 372 LEP, 2004).

5.

El agravio de S. T. SA respecto de la solidaridad dispuesta en la condena a las coaccionadas.

No admitiré la queja.

Conforme lo expuesto al tratar el agravio en el punto 2, en mi opinión, está demostrado en el caso, que las accionadas con su actuar, conculcaron el esquema legal laboral del derecho del trabajador a una contratación permanente y por tiempo indeterminado, circunstancia que, tal como lo adelantara, a mi juicio, las involucra a ambas en el esquema sancionatorio que prevé la normativa que dimana de los arts. 14 y 29 L.C.T.

Desde la perspectiva del enfoque propuesto para la solución de la controversia, comprobado como fue, en el caso, la falta de acreditación por parte de la demandada de razón objetiva alguna que justifique haberse vinculado con el trabajador mediante interpósita persona conformando así una intermediación encubierta, da lugar a la solidaridad prevista en la

norma el art.29 LCT y esta será sobre "todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social", acorde a los principios protectorios del derecho laboral, que tienden a evitar situaciones de fraude con relación al trabajador. *" La determinación de uno u otro de los casos de solidaridad dependen básicamente de dos situaciones, las que son acumulativas y no alternativas, previstas en el 3º párr. del art. 29 LCT: 1) que las empresas de servicios eventuales cuente con habilitación normativa, y, 2) que el personal que suministran a las empresas usuarias debe estar destinado a cubrir necesidades eventuales. El incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos torna aplicable los dos primeros párrs. del art. 29 de la LCT y por lo tanto la empresa usuaria es la verdadera empleadora de los trabajadores y la empresa de servicios eventuales el deudor solidaria."* (Serrano Alou, Sebastián "Las empresas de servicios eventuales y el fraude en la contratación" MJ-DOC-4284-AR)

6.

<u>El agravio de S. T. SA y M. O. S.A. con relación a la imposición de las costas.</u>

Es cierto que la sentencia desestima la multa del art.45 de la ley 25.345 y por ello el reclamo progresa por una suma inferior a la reclamada pero también es cierto que tratándose de un proceso laboral, las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme los principios esenciales del derecho laboral cuales son el principio protectorio y el de orden público.

Sobre tales pautas y considerando que la distribución de las costas debe hacerse con un criterio jurídico y no matemático, correspondió a la sentenciante valorar no sólo la proporción del éxito obtenido por cada litigante, sino también el resultado final del litigio y las distintas circunstancias que lo rodearon.

Es por ello que, más allá de la proporcionalidad que exigen las partes en su apelación y atendiendo en definitiva a aquellos principios y a los montos que en definitiva resultan cuestionados, he de proponer al acuerdo la confirmación de la imposición de las costas de la primera instancia en su totalidad a los codemandados vencidos. Por esos mismos argumentos, participo de la opinión del Dr. Vivas en que no corresponde la readecuación de las costas y honorarios frente a la revocación parcial que se propone en el voto.

7.

En cuanto a las costas generadas en esta instancia, la distribución que formula el Dr. Vivas, refleja los vencimientos parciales y mutuos que autorizan la aplicación del art. 72 del CPCC siendo los porcentajes para su prorrateo, ajustados a esa circunstancia.

Del mismo modo, los honorarios de los profesionales que han intervenido en esta instancia, son reflejo del mérito y eficacia de las tareas cumplidas. (art 5 y 13 y cctes. Ley XIII N° 4 y su mod.)

VOTO a la cuestión propuesta **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mi colega de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 163/167, **DESESTIMANDO** el rubro reclamado en concepto de incremento indemnizatorio derivado del art. 2) de la ley 25.323.

2. CONFIRMAR la imposición de costas de la Instancia anterior.

3. IMPONER las costas de alzada de la siguiente forma: a) en orden a la apelación fundada a fs. 175/176, en un 80% a la co-demandada M. O. S.A. y en un 20% a la parte actora; b) en orden a la apelación fundada a fs. 178/181, en su totalidad a S. T. S.A.

4. REGULAR los honorarios profesionales de los Sres. letrados de la parte actora F. A. A. y M. A. en el 13,5% para cada uno de ellos, de lo que corresponda a la regulación de la Instancia anterior; los de los Sres. letrados de M. O. S.A., P. D. G. y G. V. C., en el 13%, para cada uno de ellos, de los correspondientes a la Instancia anterior y los del Sr. letrado de S. T. S.A., J. G., en el 25% de igual base regulatoria (arts. 5, 13 y cc. de la ley XIII N° 4).

5. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza María Inés de Villafañe expresa:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone al Acuerdo el Dr. Mario Luis Vivas.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2011.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el decisorio de fs. 163/167, **DESESTIMANDO** el rubro reclamado en concepto de incremento indemnizatorio derivado del art. 2) de la ley 25.323.

2. CONFIRMAR la imposición de costas de la Instancia anterior.

3. IMPONER las costas de alzada de la siguiente forma: a) en orden a la apelación fundada a fs. 175/176, en un 80% a la co-demandada M. O. S.A. y en un 20% a la parte actora; b) en orden a la apelación fundada a fs. 178/181, en su totalidad a S. T. S.A.

4. REGULAR los honorarios profesionales de los Sres. letrados de la parte actora F. A. A. y M. A. en el 13,5% para cada uno de ellos, de lo que corresponda a la regulación de la Instancia anterior; los de los Sres. letrados de M. O. S.A., P. D. G. y G. V. C., en el 13%, para cada uno de ellos, de los correspondientes a la Instancia anterior y los del Sr. letrado de S. T. S.A., J. G., en el 25% de igual base regulatoria (arts. 5, 13 y cc. de la ley XIII N° 4).

5. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° 40 SDL. CONSTE.