En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil catorce, 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. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"N., C. A. c/T. S.A. S/DEMANDA LABORAL (Indemnización por despido)", expte. nro. 479 año 2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2489/2003), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 920 y constancia de fojas 921), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Graciela Mercedes García Blanco Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 835/856? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Nélida Susana Melero, dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada por la parte demandada y por la parte actora a fs.ref. 860 y 862, respectivamente la sentencia definitiva nro. 102 del 29/07/13, (fs.ref. 835/856), habiéndose concedido dichos recursos libremente y en ambos efectos a fs. 863.

El fallo, aquí cuestionado, decidió:

1.- Haciendo lugar a la prescripción parcial

planteada por la parte demandada respecto de las posibles diferencias salariales y diferencias por vacaciones, supuestamente devengadas en los meses de enero, febrero y marzo de 2001, ello conforme lo resuelto en el Considerando I.-

2.- No haciendo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 25.561 modificatorio del art. 7 de la Ley 23.928 efectuado por la parte actora, conforme lo decidido en el Considerando III.-

3.- Haciendo lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, condenando a T. SA, a abonar al Sr. C. A. N., la suma que emerja de la liquidación que practicará la perito contadora actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la misma, suma que se incrementará conforme lo dispuesto en el Considerando III, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT.-

4.- Costas a la parte demandada vencida. Regúlanse los honorarios de los profesionales intervinientes, Dr. J. J. E. en un 7%, Dra. M. B. G. en un 6%, Dra. M. G. G. en un 3%, Dra. M. E. F. V. R., en un 1%, Dra. M. C. P., en un 4%, Dres. M. A. F. A., I. F. D. L. C., F. F. A., A. F. A. e I. F. A., conjuntamente en un 17%, y contadora G. S. J. en un 4%, porcentaje a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con mas IVA si correspondiere, ello en un todo de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 5, 6, 6bis, 7, 8, 9, 36, 38, 46, 60 y 61 de la Ley XIII Nro. 4 modificada por Ley XIII Nro. 15, Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut (antes Ley 2200) y conforme a lo resuelto en el Considerando IV.-

I.A) A fs. ref. 864/866 y a fs. ref. 867/883

expresan agravios la parte actora y la parte demandada apelantes, corrido los traslados correspondientes a fs.ref. 884, los mismos son contestados por la parte actora a fs. ref. 900/905vta. y por la demandada a fs. ref. 906/910vta.

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 agravios, 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, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en sus agravios han realizado las apelantes actora y demandada.

I.B) Concretamente la parte apelante actora basa sus agravios en cuanto la a-quo:

1) desestimó parcialmente la indemnización del art. 80 de la LCT (fs. ref. 864/vta.) y

2) rechazó los daños y perjuicios derivados de la verificación de la relación en fraude a la ley y la correspondiente omisión de aportes y contribuciones al sistema previsional (fs.ref. 864vta./866).

I.C) La parte apelante demandada centra sus agravios en cuanto la a –quo:

1) decidió la existencia de relación laboral en

virtud de una valoración inadecuada de las probanzas de autos y un marca desvió respectos de los postulados sentados por la doctrina judicial nacional en la materia (fs. ref. 869vta./871vta.- ptos. 1ero. a 17mo.);

2) no tuvo por verificada la existencia de contrato de trabajo a plazo fijo (fs. ref.871vta. /875vta. –ptos. 27mo. a 51ero.-);

3) la condenó desacertadamente a lo prescripto por los arts. 1ero. y 2do. de la Ley 25.323 (fs.ref. 875vta./880- ptos. 52do. a 68vo.-);

4) la condenó en costas (fs. ref. 880/882vta. - ptos.69no. a 78vo.-).

I- C) Advirtiendo que la decisión a tomar sobre los agravios expuestos por la demandada apelante tienen consecuencias con respecto a los agravios planteados por la parte actora apelante, he de avocarme al estudio en primer término a los planteados por la accionada recurrente.

I.C- 1) El agravio se alza contra de la decisión de la jueza de la existencia de relación laboral, fundándolo en cuanto que la misma efectúo una valoración inadecuada de las probanzas de autos y un marcada desviación respectos de los postulados sentados por la doctrina judicial nacional en la materia (fs. ref. 869vta./871vta.- ptos. 1ero. a 17mo.).

En lo atinente a la interpretación en contrario que efectúa el apelante de la declaración del testigo Sr. J. J. B. (fs. pto. 13ero- fs. ref. 869), es criterio de la suscripta que la prueba testimonial es esencialmente subjetiva, de ahí que su valor dependa de las condiciones morales de los testigos, de su probidad, del conocimiento personal que de los hechos tengan, de la verosimilitud de estos mismos hechos y de la concordancia de sus dichos.

En esa valoración el juzgador puede muy bien inclinarse hacia aquellas declaraciones que le merecen mayor fe para iluminar los hechos de que se trate, en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieren obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado señalándole la sana crítica los caminos de interpretación (conf. Morello – Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.V-A, pág. 338; Cám. Nac. Civ., Sala B, 28/03/80, Der. V. 89, p.269).

Dicho accionar ha sido seguido por la a-quo conforme emerge del análisis pormenorizado tanto de las testimoniales prestadas y como de la documental obrante en autos (considerando II-, fs. ref. 842/844).

A mayor abundamiento, habiendo quedado acreditado la existencia de una prestación de servicios por parte del actor, debía la demandada haber aportado elementos contundentes o convincentes para acreditar conforme los requisitos legales correspondientes las distintas formas de contratación que alegó en su contestación de demanda, teniendo en cuenta tal como lo apunta la sentenciante los principios generales del Derecho de Trabajo.

Son todas las razones precedentemente expuestas por las que arribo a la conclusión que debe desestimarse los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. ref. 869vta./871vta.- ptos. 1ero. a 17mo.), en consecuencia, confirmar la sentencia en este sentido.

I.C-2)Recurre la agraviada demandada la conclusión de la jueza en cuanto la misma no tuvo por verificada la existencia de contrato de trabajo a plazo fijo. (fs. ref.871vta. /875vta. –ptos. 27mo. a 51ero.-).

Sobre la temática planteada, cabe precisar que la

problemática de la duración de los contratos de trabajo, cuestión que la ley regula bajo el título "modalidades", requiere para su correcta comprensión destacar inicialmente que uno de los capítulos en que con mayor énfasis se aprecia la actuación del orden público laboral.

Con dicha expresión se alude a una de las técnicas por excelencia de la disciplina laboral, consistente en imponer a las partes unos contenidos contractuales necesarios e indisponibles que, por lo mismo, quedan sustraídos al ámbito de la autonomía negocial individual. Una eventual transgresión a dichas disposiciones apareja su nulidad, con efecto de mantenimiento del contrato y sustitución o conversión de las cláusulas inválidas por las que resultan del orden legal o profesional imperativo (estatutos y convenciones colectivas), según resulta sin esfuerzo del sistema previsto en los artículos 12, 13, 62 y concordantes de la LCT.

Es decir que no sólo corresponde tenerlas como cláusulas "no escritas" en el sentido del artículo 1039 del Código Civil, sino como escritas del modo querido por el ordenamiento, tornando ociosa cualquier disquisición acerca de la eventual separabilidad del contenido y sus consecuencias sobre el mantenimiento de la voluntad contractual.

Esta característica genérica de la norma laboral, en lo que se ha dado en llamar su imperatividad, derivada de ser leyes categóricas y no meramente dispositivas, traza una diferencia esencial con la lógica de un Derecho Civil basado en el imperio de la convención voluntaria y su aptitud derogatoria de las reglas estatales subsidiarias (art.1197, Cód. Civ.).

Justificando esta impronta del ius cogens sobre la

autonomía individual se ha de tener en cuenta que la misma responde a la finalidad de proteger al trabajador contra su propia debilidad negocial siguiente a la necesidad de obtener o conservar el empleo como fuente de subsistencia, a consecuencia de la cual las apariencias consensuales generalmente encubren el puro ejercicio de unilateralidad patronal. Pero también que hay un interés trascendente a las partes mismas (interés social o, si se prefiere, "público") en que las relaciones de trabajo respondan a cierto paradigma más o menos uniforme y acorde a la axiología imperante en un cierto momento histórico.

En relación con el instituto en examen, dicha valoración a priori estaría dada por la preferencia comunitaria y legal hacia la permanencia de los vínculos, en función de la cual se cercena a las partes la posibilidad de atenerse a formas temporarias de contratación, como regla, salvo en los supuestos de excepción en que la propia normativa les autoriza a hacerlo.

A raíz de dichos entendimientos y, en el caso concreto de autos, comparto el criterio jurisprudencial que expresa que: "El empleador que invoca esa modalidad debe probar no sólo que se ha fijado por escrito el tiempo de su duración (artículo 90, apartado "a" de la LCT) sino también "que las modalidades de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen" (apartado "b" del mismo artículo)". (S. 94.097 CAUSA 32.954/2007 - "Ciollaro Cristian Alejandro c/ Prima S.A. s/ despido" - CNTrab - Sala IV - 11/05/2009":elDial.com - AA53D5;Publicado el 01/07/2009)más aún cuando las tareas prestadas por el actor eran normales e inherentes al giro empresario de la demandada.

Razones estas por las cuales considero que el incumplimiento del recaudo exigido por el art. 90, apartado “b” de la LCT conduce a considerar el contrato como celebrado por tiempo indeterminado y no a plazo fijo.

Observo que las directrices aquí expuestas ha sido seguidas por la a-quo en el análisis que desarrolla en el Considerando II. ap. a) fs. ref. 845vta./847.

Por los entendimientos expuestos corresponde rechazar los agravios planteados por la apelante demandada fs. ref.871vta. /875vta. –ptos. 27mo. a 51ero.-) y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.C-3)Se agravia la demandada apelante por cuanto la a –quo la condenó desacertadamente a lo prescripto por los arts. 1ero. y 2do. de la Ley 25.323 (fs.ref. 875vta./880- ptos. 52do. a 68vo.-).

Previamente a entrar en la temática planteada he de aclarar que la suscripta de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 de la Ley XIII-nro. 5-Anexo A –DJ-) al haberse adoptado la decisión por mayoría de las distinguidas colegas preopinantes no emití mi voto en los autos caratulados: "V., C. A. c/ A. S.A. s/Sumario –Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley-", expte. nro. 342 año 2012, y "T., C. A. c/ S. S.A s/ Sumario -Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley-", expte. nro. 137/13, transcriptos por la apelante demandada a fs. ref. 877, ptos. 61ero. y 63ero.

El incremento indemnizatorio previsto por la ley 25.323, si bien refiere en su misma enunciación a un argüido tópico resarcitorio, no es tal, sino que representa una suerte de sanción respecto de aquel empleador que no reconociere extrajudicialmente reclamos por despido, y de tal modo provocare la promoción de

actividad administrativa o judicial tendiente a su percepción por parte del trabajador. El sentido de tal apreciación surge de la lectura del último párrafo del mentado artículo 2° de la ley 25.323. Ese apartado prescribe, luego de reconocer aquel incremento del 50% sobre la indemnización laboral, que si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.

Esta legislación importa una sanción análoga a las conminatorias previstas por el Código Civil art. 666 bis, lo cual da cuenta de la relatividad objetiva en la procedencia de tal rubro, en función de circunstancias eventuales y potestades de los jueces que podrían rebatir este incremento. Tal carácter impide el reconocimiento sobre el tópico de un privilegio. Ello así en tal preferencia debe ser interpretada restrictivamente con arreglo a la ley, con apartamiento de apreciaciones fundadas en la analogía" (conf. crit. causa 16306/05 - "Sisic SA s/ concurso preventivo s/ Incidente de revisión" (por Yameo, Elba Sonia - CNCOM - SALA D - 27/06/2005). Es decir, que al establecer una sanción, debe existir una conducta contraria a la ley que merezca la sanción, no correspondiendo una simple configuración mecánica de los hechos haciendo alusión a causa justificada para eximir del agravamiento indemnizatorio al patrón, lo que no equivale a justa causa (arts. 245, 247 LCT), por lo cual ambos conceptos no deben superponerse indiferentemente.

Teniendo en cuenta lo decido en el presente voto en el cual se confirma la decisión de la a- quo de la existencia de relación laboral entre el actor y la

demandada lo que implica como consecuencia entender que dicha relación no se encontraba correctamente registrada, circunstancias éstas que expresamente expone la magistrada en el Considerando II. ap.c) y d) fs. ref. 848vta. a lo cual ha de adunarse que lo cierto es que, en un caso como el presente, donde el empleador no registró la relación laboral, donde resulta dificultoso o hasta podría decir, imposible que el empleador cumpla con su obligación, corresponde que sea sancionado por haber mantenido la relación laboral en forma incorrecta.

Por los entendimientos expuestos arribo a la convicción que deben ser rechazados los agravios expuestos por la apelante demandada (fs.ref. 875vta./880- ptos. 52do. a 68vo.-) y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.C-4) En cuanto al agravio de la apelante demandada sobre la decisión de la a-quo a imponer las costas (fs. ref. 880/882vta. - ptos.69no. a 78vo.-), conforme emerge del Considerando IV- fs. ref. 855, siendo criterio de la suscripta (cf. sent. def. nro. 32 de esta Sala "B" nro. del 16/05/01, entre otras) que en la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la materia deben interpretarse conforme el principio protectorio (cf. CNTrab, Sala III, 20/10/92, "Canal, Ana M. C/ Sanatorio Lavalle SRL", DT-1992-B-,2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda, razones todas estas por las cuales arribo que fue acertada la conclusión de la a-quo en lo atinente a imponerle las costas de primera instancia a la demandada apelante

(art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico-).

I.B-1) Centra su primer agravio la apelante actora por cuanto la a-quo desestimó parcialmente la indemnización del art. 80 de la LCT (fs. ref. 864/vta.).

Analizada que fuera la decisión de la a-quo conforme emerge del análisis y conclusión arribada por la misma en el Considerando II. e) fs. ref.849/851, donde recepta dicho concepto advierto que la apelante actora se ha agraviado sin sentido y equivocadamente, más aún si se tiene en cuenta que es justamente uno de los agravios planteados por la apelante demandada según emerge de los términos en que están planteados los mismos a fs. ref. 875vta./890. son todas ellas razones por la cuales el agravio ha de ser rechazado.

I.B-2) Se agravia la apelante en la decisión de la a-quo de rechazar la petición por los daños y perjuicios derivados de la verificación de la relación en fraude a la ley y la correspondiente omisión de aportes y contribuciones al sistema previsional (fs.ref. 864vta./866).

Si bien asiste razón a la a-quo en cuanto que es la ANSES la titular de la acción por falta de aportes previsionales (Considerando II. ap.e) fs. ref. 851/852), es criterio de la suscripta que en casos como el presente, no menos cierto es que el actor se hace titular de la acción de daños y perjuicios por omisión de aportes recién cuando, como consecuencia de ello, su prestación se ve disminuida.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia cuanto determina que: “Corresponde hacer lugar al reclamo por resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia de la falta de aportes y contribuciones a los organismos

de seguridad social y sindical, formulado por la trabajadora que durante todo el tiempo que laboró para la empresa demandada percibió un salario inferior al que le correspondía. Ello significó una disminución en su futuro haber previsional y los consecuentes inconvenientes al momento de obtener su jubilación”(Por lo cual, se le abre un abanico de problemas futuros, que podrían o no actualizarse al momento de obtener su jubilación (conf. fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 8/02/11, en autos "Real, Antonio Lorenzo c/ Administración Nacional de la Seguridad Social, publicado DT, marzo de 2011, pág. 697), pero que hoy existen en potencia.-.

Todo ello, sin perjuicio de que, en función de una visión protectoria la reclamación sea atendida en la aflicción que genera, con un daño moral.(CNTrab. - Sala III, S.D. 92781 del 16/09/2011 Expte. N° 30386/2008 "Cipollari, Marina Lorena c/Atento Argentina SA s/despido". (Cañal-R. Brunengo).- elDial.com - AL3A9A; en sentido similar, CNTrab. - Sala V, Expte. N° 10269/09 Sent. Def. N° del 19/10/2012: "Fentanes María Jimena y otros c/Jonas Aguilar Cristian Federico y otros s/despido": elDial.com - AL3EED).

En consecuencia, y en función de una visión protectoria, el reclamo debe ser atendido, al menos, en la aflicción que ello genera, con un daño moral. Por ello, y dado que la accionante identificó un reclamo cierto respecto del resarcimiento indemnizatorio pretendido en su liquidación (ver fs. 101), dicho rubro procederá por la suma de pesos tres mil cuatrocientos pesos ($ 3.400).

Por los entendimientos expuestos corresponde hacer lugar parcialmente a los agravios planteados por la

actora apelante a fs.ref. 864vta./866), revocando la sentencia de fs. ref. (fs.ref. 835/856), y, en consecuencia condenando a la demandada a abonar en concepto de daño moral por incumplimiento de aportes previsionales la suma de pesos tres mil cuatrocientos pesos ($ 3.400.-), con más los intereses fijados por la a-quo de primera instancia.

I.C) En virtud de lo decidido en el presente voto, las costas de primera instancia se mantienen impuestas a apelante demandada y asimismo las de esta instancia se impone a la demandada apelante vencida. (art.69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico -). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia, para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts.5,6,13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores , Ley XIII , nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia la siguiente:}

1) Hacer lugar parcialmente a los agravios planteados por la actora apelante a fs.ref. 864vta./866), revocando parcialmente la sentencia de fs. ref. 835/856), y, en consecuencia, condenando a la demandada a abonar en concepto de daño moral por incumplimiento de aportes previsionales la suma de pesos tres mil cuatrocientos pesos ($ 3.400.-), con más los intereses fijados por la a-quo de primera instancia.

2) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs.ref. 835/856 y confirmar la sentencia en dicho sentido.

3) Las costas de primera instancia se mantienen impuestas a apelante demandada y asimismo las de esta instancia se impone a la demandada apelante vencida. (art.69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico -). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia, para el momento del acuerdo, arts.5,6,13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores Ley XIII , nro 4 –Digesto Jurídico-.

4) Tener presente la Reserva del Caso Federal planteada por la apelante demandada a fs. ref. 882vta.

5) De forma.

A la primera cuestión la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro.102/2013 del juzgado Laboral nro.1 de la jurisdicción, venida en crisis por apelación de las partes, hizo lugar parcialmente a la excepción de prescripción opuesta por la demandada por los meses de enero, febrero, marzo, de 2001 diferencias salariales y por vacaciones devengadas.

Rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art.4 de la ley 25.561. Hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a T. SA a abonar al sr. C. A. N. la suma que emerja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia. Impuso las costas en su totalidad a la vencida demandada y reguló los honorarios de los letrados actuantes. (fs.835/856, fs.860, fs.862).

Las apelaciones de las partes fueron sostenidas a fs.864/866 por la actora y a fs.867/884 por la demandada.

Contestados a fs.900/905 y a fs.906/910.-

Iniciaré el presente voto con el tratamiento de los agravios de la parte demandada por cuanto cuestiona la sentencia de grado en sus aspectos trascendentes por lo cual la decisión que se adopte hará viable abordar el recurso de la accionante.

1.- Dijo el dr. Morello "…que hace al buen ejercicio del derecho a defensa no entorpecer el entendimiento de la cuestión litigiosa, y ha de evitarse el defecto de escribir páginas enteras, con desapego a una sintaxis correcta, donde se formulen argumentaciones mezcladas sobre distintas cuestiones, que no aparecen separadas e incurriendo en reiteración de temas ya abordados.

Expresiones de agravios de tal tipo, pese a que no cabe extremar el formalismo, ya que lo que interesa fundamentalmente es penetrar en la justicia del caso, conspiran contra la satisfacción de tal finalidad por el órgano jurisdiccional…." (Morello-Berinzonce "Codigos Procesales…" t. III pag.345/346 Ed.Abeledo Perrot-88).-

Efectuada esta cita que hace estrechamente al escrito en consideración, en cuanto a primer agravio es la "Inexistencia de vinculo laboral durante el periodo comprendido entre diciembre de 1999 a marzo 2001" Para la parte recurrente, existió una incorrecta apreciación de la prueba, y efectúa los siguientes razonamientos, que dividió en items dentro de la misma queja, a saber; que el hecho de cumplir horario no es privativo del contrato de trabajo, que cumplir instrucciones no constituye nota exclusiva de la relación de dependencia, que la realización de trabajos en el domicilio no constituye circunstancia demostrativa de relación de dependencia alguna.

En cuanto a la valoración errónea de la prueba dice que tuvo en cuenta la jueza a quo los dichos de un testigo que el actor facturaba para dos empresas y este afirmó que se trataba de la misma. No atendió que prestó servicios en dos empresas. No es integral el planteo de la apelante, la prueba fue extensamente desarrollada incluyendo las declaraciones de diversas personas y el testimonio señalado por la queja no resulta ser el único y excluyente de la decisión, en síntesis no controvierte técnicamente el razonamiento expuesto en el fallo.

El Tribunal arribó a una decisión opuesta a la pretendida a partir de la realidad de los hechos tal como fue efectivamente constatada con base en la evidencia producida analizada integramente tal como emerge de fs.842/843. Los presentantes sólo discrepan en torno a esa conclusión. Para ello, elaboran una valoración alternativa. Intentan soslayar que la sentencia se apoyó en el texto legal y en las circunstancias comprobadas, que dieron cuenta de las notas típicas de la contratación laboral. Si bien los impugnantes afirman lo contrario, no logran justificarlo. Lejos de discutir la exégesis de la ley, procuran suplir la falta de la prueba de la postura defensiva asumida, sobre la índole comercial o locativa de la relación. En efecto, el Juzgador proclamó que se verificó la prestación de servicios, que por ley debía presumir su carácter laboral y que no se aportó prueba en contrario.

No le atribuyen actitudes puntuales e inequívocas para lograr el desplazamiento de la presunción del art. 23 LCT sino que tratan de configurarlas resaltando datos parciales y aislados, -vgr. la actividad paralela y la simple negativa que el testigo no tiene fundamento -, que fueron expresamente considerados por el juzgador de

grado.

Para establecer la existencia de un contrato de trabajo resulta menester indagar en torno a las causas del vínculo y las modalidades de su desenvolvimiento.

Aquí voy introduciéndome en los item B,y C del agravio, en la especie se constató que el actor era supervisor, la fecha de ingreso, (testimonios de fs.406vta./407vta. y las grabaciones). Aunque en el memorial señalan aristas de singular complejidad, los recurrentes intentan prevalerse de estas dificultades pese a que fueron despejadas con certeza en el fallo de acuerdo al principio de primacía de la realidad (fs.840 a 844). La a quo comprobó la existencia de una relación de dependencia jurídica, técnica y económica por la concurrencia explicitada de criterios concordantes y suficientemente indicativos.

Debe recordarse que en la labor axiológica hay algo de entramado sutil, casi de imposible explicación, como hilos conductores y relacionantes que laten en el concepto de "máximas de experiencia" y que se proyectan más allá de la argumentación que sustenta la decisión.

Diríase que es ese punto en el que se unen la valoración en conciencia y la sana crítica racional, a la luz de lo cual se llega en el caso de convencimiento que el actor, a través de sus testigos, ha logrado sostener adecuadamente su postura en la litis o no (elDial.com - AR9C8).

La búsqueda de la verdad se reviste de mayor dificultad y el análisis de cada uno de los elementos de juicio aislados y conglobados, en especial de los testimonios rendidos, se impone con mayor rigor, y abordando en esta etapa de revisión, no encuentro elementos suficientes y justificantes en el memorial para

hacer una interpretación diversa a la efectuada en la instancia de grado.

Estos fundamentos y verificada la actividad probatoria en el curso del pleito en consonancia con lo indicado en el fallo y detallado en párrafos precedentes, adhiero a la decisión de la sra. Camarista que me precedió en los demás criterios doctrinales que expuso y rechazo el agravio.

El segundo agravio, la existencia de contrato a plazo fijo. Adelanto que he de coincidir con la primer votante y la magistrada de grado en cuanto a decision adoptada y los fundamentos brindados.

En el caso de autos, no aparece probada la presunta necesidad "transitoria" que justifique la contratación del actor por un lapso determinado, como para que se justifique el término que la empleadora decidió ponerle a la vinculación. La accionada dijo que habría contratado al accionante como trabajador autónomo para que brindara asesoramiento sobre su especialidad propia de la materia que conocía, entre otras cosas; pero, en la medida que, – según resulta de las declaraciones de los testigos ya señalados – el actor durante varios años hizo esas y otras tareas, no resulta evidenciada la supuesta necesidad transitoria a la que alude la norma; cuestión que reviste suma importancia porque no puede entenderse justificada una necesidad objetiva de contratar por un lapso dado, si no se prueba que dicha necesidad estuvo temporalmente limitada a dicho lapso. En tales condiciones, no cabe sino concluir que la relación estuvo regida por el principio general que consagra el art. 90, primera parte de la LCT y que, por lo tanto, se trató de un típico contrato de trabajo por tiempo indeterminado. "…coincido con la conclusión anotada en grado en el

sentido de que no se demostró que la demandada y el actor estuvieran unidos por un contrato a plazo fijo, por lo que cabe reputar que se trató de un contrato por tiempo indeterminado y, en su mérito, admitir las indemnizaciones derivadas del distracto."(Citar: elDial.com - AA818C).-

Por ultimo cito que el principio general es el trabajo por tiempo indeterminado y el vínculo permanente (art. 90 LCT) y, por lo tanto, quien invoca la existencia de un contrato de trabajo eventual debe demostrar en qué consisten las tareas extraordinarias y transitorias, cuál es la razón por la que se necesita contratar trabajadores eventuales, cuál es el resultado concreto perseguido y cuáles son los servicios extraordinarios determinados de antemano.- (elDial.com - AL39DF).-

Estos fundamentos me llevan a desestimar el agravio. El tercer agravio la aplicación de la ley 25.323, específicamente remite a lo dispuesto en el art.2 de dicha norma.

Entiendo que la aplicación analógica en la especie de la jurisprudencia de esta Cámara citada por el recurrente no es factible por cuanto carece la situación de autos de la identidad como para utilizarse el mismo criterio.

En el caso existió una situación valedera para litigar, sin que justifique la accionada que el actuar haya sido el correcto como en los casos citados, en que se abonaba a los trabajadores rubros como no salariales, pactados en convenciones –paritarias- y el resultado de tal practica fue declarada –la exclusión del concepto remunerativo- inconstitucional y que por disposición jurisdiccional .- Esa ausencia de identidad me imposibilita la aplicación analógica que pretende el

recurrente. En un intento de definir la situación la doctrina dijo "La analogía es un procedimiento de integración del derecho por el cual se aplica a un caso A1, la solución que las normas prevén para un caso A, a condición de que se den los siguientes elementos:a) Similitud de situaciones. - b) Similitud de la ratio legis.

La determinación de esa semejanza lógica requiere de un juicio de valor formulado por el juez. Algunos autores sostienen que el grado de semejanza necesario para que proceda la aplicación analógica, se vincula con los elementos esenciales de ambas hipótesis.

Pero no bastará que los hechos por regular sean semejantes a los hechos regulados. Será menester, además, que a juicio del juez ambos casos deban ser regulados de la misma manera, es decir, que haya semejanza en los motivos o la finalidad de la norma.

Esta semejanza radica, según algunos autores, en que las dos situaciones susciten igual razonamiento jurídico…" (ver Alberto Bueres "Codigo civil…" t.I pag.32 Ed.Hammurabi)

Por lo cual confirmo el fallo.-

En cuanto a la imposición de las costas en la instancia de grado, cuarto agravio, es un tema que abordaré al concluir.

2.- Agravios de la parte actora

Se agravia la parte actora porque la a quo desestimó el reclamo indemnizatorio y debiendo ordenarse la entrega de un nuevo certificado que acredite el ingreso de fondos.

En nada contradice el razonamiento de desestimación en la sentencia la parte recurrente, toda vez que el decreto 2136/74 regulaba la situación en un régimen

especial de trabajo (fs.850/851) y la remisión efectuada a las actuaciones administrativas.

Por lo cual y ante la ausencia de contradicción el simple disenso con lo resuelto no constituye un agravio, por lo que rechazo el mismo.

Igual suerte adversa corre el agravio segundo, respecto del rechazo de la indemnización por daños y perjuicios, que la a quo estimó un reclamo por daño futuro.

Para obtener el beneficio jubilatorio debe tener por acreditado el servicio prestado y no los aportes ingresados de la patronal.

Por lo cual rechazo el agravio.

3.- Con relación a la imposición de las costas en la primera instancia. Las mismas habré de modificarlas, puesto que no existe argumento alguno que haga variar mi criterio seguido en reiteradas y constantes situaciones similares a la presente (remitiéndome a lo dicho en sent. N° 68/01, sent. 29/99, sent. N° 35/99, N° 22/1998, 81/1988, 29/1999, que entre otras se encuentran en los registros del Tribunal.En que compartí la doctrina del STJ de la provincia en sent. def. nro. 21/97.

A mayor ilustración cito "Si bien no puede considerarse que haya existido una plus-petitio inexcusable en los términos del art. 72 del CPCCh (art.73 CP), teniendo en cuenta que se demandó por rubros importantes cuantitativamente que fueron rechazados, se opina que por aplicación del art. 71 del CPCCCh (actual 72)se impongan las costas proporcional a la actora y a las demandadas" (citar: elDial - AY793).

Por lo expuesto recepto el agravio de la demandada y modifico el fallo en el punto 4to. Impongo las costas de la instancia de grado en forma proporcional en un 90% a

la demandada y en un 10% a la actora.

4- En lo que respecta a la imposición de las costas en la Alzada, considero que éstas deben imponerse por el orden causado, atento como fueron resueltas las cuestiones a decidir; con relación a los honorarios de los profesionales por la labor en Alzada, propicio diferir su regulación al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. Graciela Mercedes García Blanco, dijo

1.- Receptar parcialmente los agravios de la parte demandada. Rechazar los agravios de la parte actora. Modificar el fallo venido en crisis, exclusivamente en el punto 4to. la imposición de costas que se dispone en forma proporcional en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora. Según considerandos respectivos.

2.- Costas de la Alzada por orden causado. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

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

La Sra Juez de la instancia de grado hizo lugar a la prescripción parcial planteada por la parte demandada respecto de las posibles diferencias salariales y diferencias por vacaciones, supuestamente devengadas en los meses de enero, febrero y marzo de 2001, ello conforme lo resuelto en el Considerando I.-

Rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 25.561 modificatorio del art. 7 de la Ley 23.928 efectuado por la parte actora, conforme lo decidido en el Considerando III.-

Admitió parcialmente la demanda y en consecuencia, condenó a T. SA, a abonar al Sr. C. A. N., la suma que

emerja de la liquidación que practicará la perito contadora actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la misma, suma que se incrementará conforme lo dispuesto en el Considerando III, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT.-

Impuso las costas a la parte demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Tal decisión es apelada por el actor y demandado.

El actor se agravia por el rechazo de la indemnización del art. 80 LCT y de los daños y perjuicios solicitados.

El demandado entiende que se ha efectuado una incorrecta apreciación de la prueba, admitiéndose que la relación laboral existió entre diciembre de 1999 y marzo de 2001.

El segundo agravio se refiere al rechazo de la existencia de contrato a plazo fijo.

El tercer agravio embate contra la condena por aplicación de la ley 25323 y por ultimo contra la condena en costas.

Advierto que mis colegas han coincidido en el rechazo de los agravios de la demandada, con excepción de las costas que fueran modificadas por la Dra García Blanco respecto a la primera instancia e impuestas por el orden causado en la alzada y confirmadas la de primera instancia por la Dra Melero, fijando las de la segunda instancia al demandado.

En cuanto a los agravios del actor concordaron mis colegas en el rechazo del agravio dirigido contra lo resuelto por la sentenciante de la instancia de grado en punto a la indemnización del Art.80 LCT, y arribaron a

decisiones distintas con relación a los daños reclamados.

Ante ello y haciendo uso de la facultad que me acuerda el Art 274 del CPCCCH, me expediré sobre aquellos agravios sobre los que no se logró mayoría.

Y es sobre ellos, daños y perjuicios y costas, que efectuaré la relación sucinta de las cuestiones que son materia de agravio, a fin de evitar dilaciones innecesarias.

El demandado se agravia por la imposición de costas y entiende que al haber prosperado la demanda por el 28,92% y desestimado el 71,08% las costas deben adecuarse por aplicación del Art. 72 del CPCCCh.

Cita doctrina y antecedentes de la Cámara.

La actora en punto al agravio por los daños reclamados y desestimados, indica que el análisis es equivocado, ya que la legitimación del actor reside en la facultad para denunciar dicha omisión ante el organismo legitimado a esos efectos, ya que el daño se origina en la falta de ingreso de las sumas destinadas al futuro previsional incumpliendo así con las obligaciones que prescriben los arts 79 y 80 de la LCT.

Se refiere al principio de buena fé con cita doctrinal y entiende que el daño derivado del incumplimiento de deberes contractuales, deben ser apreciados con rigor. Reconoce que es el ANSES hoy el titular de los derechos previsionales, pero no al momento de interponerse la demanda, donde el régimen de capitalización, la titularidad del aporte y su cuantía dependía del propio aportante, pero aún bajo el sistema impuesto por el SIPA, la legitimación de reclamar no limita la legitimación. Afirma que el sentenciante se pronunció teniendo en cuenta el daño material pero no centró su estudio desde la órbita del daño moral.

A fs 906/910 vta el demandado contesta los agravios

Y he de coincidir con la decisión que adoptara la Dra García Blanco, pues "La expresión de agravios debe ser una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia." (Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce: "Código Procesal Civil y Comercial", T. III, art. 260, pág. 445). No constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia la mera expresión de disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista (C. Nac. Civ., sala D, ED 111-354; íd. sala C, L. 98681, 24/3/1992; íd. sala C, L. 197426, 24/9/1996; íd. L. 202586, 27/2/1997; id., sala F 04/04/2007 "Torelli, Andrea L. C/ Lascombes", L.464.118). Y ello es lo que sucede en autos toda vez que funda su crítica partiendo que "a juicio del suscripto el análisis es equivocado" y efectúa consideraciones sin que la misma constituya una crítica concreta y razonada sobre los argumentos dados por la sentenciante.

A lo que debe agregarse, y no es menor , que del fallo surge que la decisión no le causa agravio alguna atento que la Sra Juez, indica los pasos a seguir al disponer que "si bien el trabajador carece de acción para solicitar se condene al empleador a abonar las sumas que omitió pagar a los organismos de Seguridad Social, pues son éstos los acreedores legitimados para perseguir el cobro, tiene en su poder el ejercicio de efectuar la denuncia respectiva y poner en movimiento el correspondiente proceso de cobro por parte del organismo legitimado a esos efectos, con lo cual el posible daño - si bien el empleado carece de un perjuicio propio frente al incumplimiento patronal de las obligaciones

previsionales, puesto que para lograr el beneficio jubilatorio solo debe demostrar los servicios prestados y no los aportes ingresados que es obligación del principal- que el incumplimiento con los aportes previsionales -o parte de ellos- de parte de la patronal, podría acarrear se ve reparado con la correspondiente denuncia ante los organismos en cuestión y la correspondiente acción que por el incumplimiento pueden iniciar los organismos responsables, de esta manera no cabe acoger un reclamo de daños y perjuicios con fundamento en la falta de aportes previsionales porque el hecho de resultar el trabajador un potencial jubilado no lo habilita para reclamar un eventual daño fututo, especialmente cuando existen medios adecuados que permiten la regularización pretendida en el ámbito de la seguridad social, lo que me lleva a entender que ello no configura la situación de perjuicio ni material ni moral que plantea la parte reclamante, y cuyo resarcimiento peticiona".-

Y se viene sosteniendo que "En relación con los detrimentos vinculados a las prestaciones del sistema previsional- llamado "daño previsional", la jurisprudencia colectada se muestra reticente a su reconocimiento, estimando, en general, no acreditado un perjuicio actual que deba resarcirse". Revista de Derecho Laboral. "Derechos y deberes de las partes-II" 2012-2-408, bibliografía utilizada por la Sra Juez para fundar la decisión.

Más allá de lo dicho comparto lo argumentado por la Sra Juez de la instancia de grado, en tanto dispone que el actor carece de acción para tal demanda, pues los acreedores legitimados para proseguir el cobro de aportes son los entes previsionales a los que deben ingresar las

retenciones en cuestión. (CNAT, junio 26 de 1991, "Carollo, Alberto c/ Rabbione S.A. Empresa de Transportes", DT 1991-B-1653. "Los titulares de los derechos y por ende de las acciones por incumplimiento, serán los organismos de la seguridad social, Vazquez Vialard, t. 3, pág.752 del "Tratado". En igual sentido en S.D. N° 25/85, 118/91 y 22/95 de la Sala "A" de esta Cámara.

Razones todas por la que desestimo el agravio.

En punto a las costas que fueran impuestas al demandado vencido, he coincidido con los argumentos del Superior Tribunal de Justicia y los he adoptado en numerosas circunstancias, siendo éste uno de los casos en que entiendo es de aplicación el Art. 72 del CPCCCH, ya que la demanda no sólo prosperó por un monto menor, sino que se admitió las prescripción, se rechazó la inconstitucionalidad planteada, asimismo el planteo de actualización de los créditos conforme al INDEC, la indemnización del Art. 275 LCT, los daños y perjuicios.

En atención por lo tanto a las pretensiones deducidas por el actor, el progreso de algunas de ellas y parcialmente, pero sin olvidar que son los obligados al pago los que con su actitud obligaron al actor a requerir a la justicia, para lograr lo debido, estimo que nos encontramos en el supuesto de distribuir las costas de la instancia de origen en proporción al resultado obtenido. Así entonces, opino que las costas de la primera instancia deben ser distribuidas, imponiendo el 90 % de las mismas al demandado y el 10 % restante a la actora. Modificando el fallo apelado en este aspecto, lo que así propongo al Acuerdo.

Las costas de esta instancia deben imponerse por el orden causado atento el modo de resolver.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que coincide con lo propuesto en cuanto se ha expedido con la Dra Mercedes Garcia Blanco.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA

1.- Receptar parcialmente los agravios de la parte demandada. Rechazar los agravios de la parte actora. Modificar el fallo venido en crisis, exclusivamente en el punto 4to. la imposición de costas que se dispone en forma proporcional en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora. Según considerandos respectivos.

2.- Costas de la Alzada por orden causado. Regular de los honorarios profesionales del Dr. J. J. E. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) y los del Dr. A. F. A. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), de los regulados en la instancia de grado.

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

4.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"