

## VEREDICTO

En la Ciudad de San Miguel, a los 12 días del mes de noviembre de 2019 se reunieron los Sres. Jueces del Tribunal del Trabajo Nro. 1 de esta Ciudad, en la Sala de Acuerdos, Gonzalo Barciela, Miguel Ángel Méndez y Adrián Aníbal Ramírez, a fin de pronunciar Veredicto en la causa Nro. SG4994/2015, caratulada JARA, HERNÁN RODRIGO C/SVERDLIK, YAMIL ROY Y OTRO S/DESPIDO, y atención a lo resuelto a fs. 461, se procedió a practicar el sorteo de ley, resultando del mismo que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: BARCIELA-RAMÍREZ-MÉNDEZ. Estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

## CUESTIONES

**PRIMERA:** ¿Cuáles son las afirmaciones relativas a los hechos objeto del proceso, que deben considerarse establecidas, por no hallarse controvertidas (arts. 26 inc. d), 28, 29 Ley 11.6353; y 354 inc. 1° CPCC?

**SEGUNDA:** ¿Quedó establecido que el actor se desempeñó a las órdenes del Sr. Norberto Luis De León a partir del día 12 de diciembre del año 2005?

**TERCERA:** ¿Se encuentra acreditado que el demandado Yamil Roy Sverdlik alquiló un local comercial sito en calle Ugarteche 3183 de José C. Paz y que comenzó su explotación durante el mes de marzo del año 2014? Caso contrario, ¿ha quedado establecido que el referido demandado explotó sin solución de continuidad la actividad localizada en el comercio ya individualizado desde el fallecimiento del Sr. Norberto Luis De León tras lo cual asumió su titularidad el codemandado Chen Xiangshu? Asimismo, ¿quedó probado que el actor prestó servicios para el Sr. Sverdlik y que su prestación se incorporó como medio personal bajo la dirección de aquél, encontrando su causa dicha relación en un contrato de trabajo?

**CUARTA:** ¿Ha ingresado en la esfera jurídica conocimiento del demandado Yamil Roy Sverdlik el telegrama enviado por el actor el día 24 de febrero de 2014 individualizado bajo CD43584284?

**QUINTA:** ¿Se ha probado que el actor percibió como remuneración mensual la suma de PESOS TRES MIL (\$3.000.-) por parte del Sr. Yamil Roy Sverdlik? Asimismo, ¿cuál resultó ser la mejor remuneración, normal y habitual devengada por el actor durante los 12 (doce) meses anteriores a su desvinculación?

**SEXTA:** ¿Se encuentra probado que el demandado Yamil Roy Sverdlik confeccionó e hizo entrega al actor de un certificado de trabajo y una constancia documentada del ingreso de los aportes y contribuciones dirigidos a los organismos de la Seguridad Social y de Obra Social?

**SÉPTIMA:** ¿Cancelaron los demandados las sumas de dinero reclamadas por el actor en autos?

## VOTACIÓN

### **A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

En atención a los términos del escrito de inicio de demanda que luce a fs. 29/42, las contestaciones de demanda efectuadas a fs. 108/111 y 151/155; y los escritos de contestación de segundo traslado obrantes a fs. 135/136 y 160/163, estimo que no recae controversia alguna y corresponde tener por establecidas, las siguientes afirmaciones:

- a. Que el día 10 de febrero de 2014 el actor envió al demandado Yamil Sverdlik CD410213981, a través de la cual lo intimó a la registración del contrato de trabajo cuya existencia invocó producto de la calidad de cesionario de aquél del establecimiento que explotaba el Sr. Norberto Luis De León. A tal fin denunció como fecha de ingreso el mes de diciembre del año 2005, cumpliendo tareas como repositor y una remuneración de PESOS SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UNO CON 67/100 (\$6.781,67.-), bajo apercibimiento de considerarse gravemente injuriado y despedido por la exclusiva culpa del destinatario.
- b. Que el día 10 de febrero de 2014 el actor envió a la Administración Federal de Ingresos Públicos CD410213995 en la cual reprodujo el texto de la comunicación dirigida al Sr. Sverdlik y reseñada precedentemente.
- c. Que el día 17 de febrero de 2014 el demandado Yamil Roy Sverdlik contestó la comunicación enviada por el actor el día 10 de febrero de 2014 mediante CD447394814, por la cual negó toda vinculación de índole laboral con el actor ya que la relación de trabajo invocada por el actor, señaló, quedó extinta en virtud del fallecimiento del Sr. De León.
- d. Que el día 24 de febrero de 2014 el actor, frente a los términos del despacho postal del Sr. Sverdlik, le envió a éste CD435384284 a través de la cual procedió a efectivizar el apercibimiento oportunamente consignado en su anterior telegrama y, en consecuencia, a extinguir el vínculo de trabajo invocado. Asimismo, intimó al demandado para que le abone las indemnizaciones de ley.
- e. Que el día 8 de abril de 2014 el actor envió al demandado Sverdlik CD435382734 por la cual lo intimó a que confeccionara e hiciera entrega de los certificados previstos como obligaciones instrumentales por el art. 80 LCT.

En cuanto a las conclusiones arribadas en los apartados precedentes, cabe destacar que el desconocimiento formulado a fs. 152 punto IV.a) carece de fuerza ilocucionaria (véase VERDAGUER, Alejandro C. "Las formalidades del proceso civil. Consideraciones lingüísticas y argumentativas". LA LEY 2014-D, 1161), desde que el simple desconocimiento no enerva la autenticidad de los telegramas y la carta documento acompañados por la parte actora, por tratarse de instrumentos presentados ante la oficina de correos junto con el Documento Nacional de Identidad de la remitente y en el cual obra la firma del empleado de correos y el sello de impostación, que constituyen instrumentos públicos (arts. 979 inc. 2º Código Civil – Ley 340-, 7 Código Civil y Comercial de la Nación; Decreto P.E.N 150/96). La inteligencia expuesta se corresponde con la inveterada doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sobre el punto:

La carta documento remitida con la firma y el número de documento del interesado y con la correspondiente certificación de autenticidad del funcionario emisor de Encotel Argentina, es un instrumento público de los enumerados por el art. 979, inc. 2º del Código Civil y, por ende, gozoso de autenticidad y credibilidad ante todos y contra todos, de lo hecho, visto u oído por el funcionario referido, al menos, hasta tanto se lo querelle de falsedad por el procedimiento especial estatuido por el legislador (SCBA L81.317, "Miranda", Sentencia del 9-VI-2004).

Así también, se advierte que el demandado Yamil Roy Sverdlik incurre en una contradicción performativa (*performativer Widerspruch*) al pretender desconocer la recepción del telegrama fechado el día 10 de febrero de 2014, el cual contestó en su oportunidad mediante carta documento fechada el día 17 de febrero de 2014.

Carece de toda eficacia ilocucionaria el desconocimiento formulado por el codemandado Chen Xiangshu a fs. 117 vta. punto d., desde que la documentación allí individualizada jamás fue dirigida a su persona, ni tampoco se le atribuye su confección como remitente (arts. 29 quinto párrafo Ley 11.653 y 354 inc. 1º CPCC).

Lo expuesto es conclusión de la apreciación en conciencia de la prueba rendida e individualizada (art. 44 inc. d) Ley 11.653).

ASÍ LO VOTO

A la primera cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

A partir del informe brindado por la Administración Federal de Ingresos Públicos, obrante en formato electrónico de conformidad con la presentación proveída a fs. 438, cobran virtualidad los recibos de haberes acompañados a fs. 11/22, desde que resultan contestes en cuanto al carácter de empleador del actor del Sr. Norberto Luis De León, como así también, respecto a la fecha de ingreso a sus órdenes, 12 de diciembre de 2005, extremos que quedan debidamente acreditados a mérito de los medios de prueba indicados.

Lo expuesto es conclusión de la apreciación en conciencia de la prueba rendida e individualizada (art. 44 inc. d) Ley 11.653).

ASÍ LO VOTO

A la segunda cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

La testigo Mercedes Beatriz Juárez señaló que tras el fallecimiento del Sr. De León a fines del año 2013, su hermano, Yamil, continuó la explotación del supermercado ubicado en calle Ugarteche, el cual, precisó, tiene como nombre de fantasía "Manjares". La referida testigo

indicó, asimismo, que el Sr. Yamil se encontraba en la caja, donde antes se ubicaba el Sr. De León, y que lo veía dar órdenes a los empleados del comercio. Así también, manifestó que el Sr. Jara prestó servicios para el demandado Sverdlik. Extremo éste, que cobra relevancia desde que la testigo resultó ser una cliente frecuente del comercio, indicando que concurre en forma semanal al mismo aún en la actualidad. Respecto de las tareas que ejecutaba el actor, la Sra. Juárez expuso que lo veía realizar la reposición de mercaderías, precisando que veía al Sr. Jara en distintos horarios, la testigo pudo individualizar con precisión el horario de atención del comercio resultando el mismo de lunes a domingo de 8 a 13 y de 17 a 21hs.

La Sra. Juárez señaló que el demandado Sverdlik estuvo a cargo del comercio durante un lapso de 3 a 4 meses tras el cual, aparecieron “los chinos”, precisando que el comercio se mantuvo abierto durante dicho cambio, con excepción de un breve lapso donde estuvo cerrado para refaccionar el desprendimiento de parte de la mampostería producto de una tormenta, y que aún mantiene el mismo nombre, “Manjares”, que las góndolas y estanterías resultan ser las mismas que, en cuanto personal, los “carniceros” resultan ser los mismos que prestaron servicios para los Sres. De León y Sverdlik.

El testigo Roberto Fabián Alarcón manifestó que en la actualidad se desempeña como carnicero para el Sr. Chen desde septiembre de 2014, alegando que el comercio estuvo cerrado desde marzo a septiembre del año 2014. Respecto del actor expuso que el mismo era empleado del Sr. León y que ya se encontraba trabajando cuando el testigo ingresó a prestar servicios.

El testigo José Fabián Morán manifestó que se desempeñó como carnicero a los órdenes del Sr. “Piru” (refiriéndose de esta forma coloquial al Sr. De León), indicando que el actor lo hizo también para el Sr. De León y para el Sr. Sverdlik. Así también, expuso que éste último le indicó que continuaría con la actividad del comercio localizado en calle Ugarteche de la ciudad de José C. Paz, indicando que el actor también lo hizo, señalando que no podía precisar cuando finalizó el vínculo del Sr. Jara con el demandado Sverdlik. Respecto de su desvinculación, el testigo refirió que “pactó” una indemnización con Sverdlik y que, tras aproximadamente dos semanas, le pidió trabajo al Sr. Chen. En cuanto a las instalaciones, el Sr. Morán señaló que las del sector carnicería son distintas a las que contaba el comercio con anterioridad a la llegada del Sr. Chen, sin precisar otro cambio respecto del comercio y ratificando que continúa con el mismo nombre, “Manjares”.

Al momento de absolver posiciones el Sr. Sverdlik se pronunció por la veracidad de la posición nro. 28 del pliego glosado a fs. 448, relativa a la cesión del establecimiento de calle Ugarteche 3183 de José C. Paz a favor del Sr. Chen Xiangshu.

Así también, del informe efectuado por la Municipalidad de José C. Paz a fs. 303 se desprende que el Sr. Chen Xiangshu registra actividad desde el día 21 de mayo de 2014 en el comercio localizado en calle Ugarteche 3183 de José C. Paz.

A partir de la información que se desprende de los testimonios de la Sra. Juárez y del Sr. Morán resulta desvirtuada la hipótesis fáctica esgrimida por el demandado Sverdlik a fs. 152 párrafo 2º del capítulo V de su escrito de contestación de demanda, respecto a que durante el mes de febrero del año 2014 el mismo “alquiló” el local de calle Ugarteche 3183. Muy por

el contrario, los dichos de los referidos testigos resultan contestes en cuanto a la explotación del comercio por parte del citado demandado sin solución de continuidad tras el fallecimiento del Sr. De León, como así también, de la presencia del Sr. Jara a las órdenes de Sverdlik. Respecto al momento en el cual se materializó la continuidad en la explotación, sin perjuicio de que la parte actora no precisó una fecha exacta, sí ha señalado un evento en particular que actuó como causa y una fecha aproximada: fallecimiento del Sr. De León en diciembre del año 2013, la cual se corresponde con la información brindada por los testigos Juárez y Morán, los cuales indicaron “fines del año 2013”. Dado que a los jueces les está vedado invocar el *non liquet*, corresponde tener por materializada la continuidad de la explotación del comercio en el mes de enero del año 2014, dado que resulta ser el momento más próximo en el tiempo durante los testigos ya indicados señalaron que el Sr. Sverdlik asumió la explotación de la actividad comercial del local de calle Ugarteche 3183 de José C. Paz.

En cuando a las afirmaciones efectuadas por los testigos ya individualizados, cabe poner de resalto que los mismos han resultado claros en señalar las circunstancias de tiempo (continuidad de la actividad por parte de Sverdlik tras el fallecimiento del Sr. De León a fines del año 2013), modo (la Sra. Juárez como cliente frecuente del comercio el Sr. Morán como empleado del establecimiento) y lugar (individualizando con precisión el comercio donde prestó tareas el Sr. Jara).

Lo expuesto, me lleva a concluir que la prestación del Sr. Jara se incorporó como medio personal bajo la dirección del Sr. Sverdlik para la explotación de la actividad comercial localizada en el establecimiento sito en calle Ugarteche 3183 de José C. Paz.

Sentado ello, surge la nota típica de “dependencia” que, conforme la inveterada doctrina legal” de nuestra casación permite que cobre operatividad la presunción emergente del art. 23 LCT relativa a la causa misma de dicha relación: “para que juegue la presunción que dispone el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, los servicios deben haberse prestado en relación de dependencia” (SCBA L39.638, Sentencia del 7-VI-1988; L48.556, Sentencia del 25-VIII-1992; L51.000, Sentencia del 13-IV-1992; L58.626, Sentencia del 5-VII-1996; L60.351, Sentencia del 11-III-1997; L66.918, Sentencia del 13-IV-1999; L74.342, Sentencia del 28-IX-2001; L87.444, Sentencia del 6-VIII-2003). Doctrina legal que se ha mantenido invariable (SCBA L. 79.831, Sentencia del 29-XII-2003; L82.046, Sentencia del 1-IX-2004, L86.078, “Hourcouripe”, Sentencia del 11-III-2009).

La inteligencia propuesta no conlleva imponer ficción alguna, desde que no cabe confundir los institutos de la ficción y la presunción. Tal como ha advertido el iusfilósofo argentino Enrique Marí, en la que fuera su tesis doctoral:

De la presunción a la ficción pasamos -señala Foriers- de la verdad hipotética al error manifiesto y, más aún al error involuntario. Hay entre ellas, desde luego, una cierta analogía desde el punto de vista de la verdad, pero esta analogía no debe hacer perder de vista que nos hallamos ante categorías distintas: las presunciones se vinculan a la teoría de la prueba, las ficciones a la teoría de la extensión de la norma, incluso a la de la creación o

legitimación de ésta. Pertenecen, de cualquier modo, a dominios distintos. Las presunciones son definidas como consecuencias que la ley o el magistrado extraen de un hecho conocido a otro desconocido (MARÍ, Enrique -2002-: *La teoría de las ficciones*. Buenos Aires: Eudeba, pág. 361).

Dicho temperamento también fue expuesto por el romanista francés Yan Thomas:

Las presunciones no renuncian a todo lazo con el sustrato de realidad al cual su enunciado refiere (...) Lo que decreta la presunción es la no pertinencia de la duda. Ella reposa, dicen aún los juristas de la Edad Media, no sobre la certidumbre de lo falso, lo que haría de ella una ficción, sino sobre la incertidumbre de lo verdadero: *super incertum praesumitur* (THOMAS, Yan - 1999-: *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*. Buenos Aires: Eudeba, pág. 49)

Pertenece entonces la presunción *iuris tantum* plasmada por el art. 23 LCT a las de orden legal y no a las simples, puesto que “su función es la de modificar el reparto de la carga de la prueba” (TARUFFO, Michele -2011-: *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, pág. 510).

Tratándose de presunciones legales, las mismas permiten pasar de un hecho conocido - prestación de servicios por parte del actor a las órdenes del demandado Sverdlik- hacia un hecho desconocido -causa de la relación-. Una vez más, las presunciones actúan en el ámbito de la prueba, no renuncian a todo vínculo con la realidad, desde que descansan sobre la incertidumbre de lo verdadero, por el contrario, la ficción opera en la creación de normas, fundada en la certidumbre de lo falso.

En consecuencia, cabe inferir que la relación trabada entre el Sr. Hernán Rodrigo Jara y el demandado Yamil Roy Sverdlik tuvo por causa un contrato de trabajo (art. 23 LCT), donde el actor ocupó la posición contractual de trabajador y el demandado la posición contractual de empleador (arts. 21, 22, 25 y 26 CT).

Asimismo, a mérito de lo concluido ut-supra, y toda vez que el demandado no exhibió el libro especial previsto como obligación instrumental por el art. 52 LCT ni constancia de inscripción al SURL, sin asistírle razón alguna a su negativa formulada a fs. 154 punto VIII, desde que ha resultado probado que el actor prestó servicios para el mismo en virtud de un contrato de trabajo (arts. 21, 22 y 23 LCT), tengo por acreditado que el contrato de trabajo habido entre el actor y el demandado se mantuvo ajeno a toda registración (arts. 7 y 18 inc. a) Ley 24.013).

En cuanto a la continuidad de la explotación por parte del codemandado Chen, la misma resulta acreditada por los dichos de los testigos ya individualizados, la que se corresponde con la información brindada por la persona de derecho público municipal a cargo del otorgamiento de respectiva la habilitación a fs. 303, dicha información permite que cobren virtualidad los extremos de hecho volcados en los documentos obrantes a fs. 146 y 147 relativos a la materialidad de la operación de transferencia del fondo de comercio del establecimiento de calle Ugarteche 3183 de José C. Paz, dando cuenta que dicha operación tuvo lugar durante el mes de mayo del año 2014, en el cual la Municipalidad de José C. Paz registró el cambio de titularidad de la habilitación del comercio. Circunstancia que también

se refuerza con la confesión voluntaria efectuada por el propio demandado Sverdlik en el acto de la Vista de la Causa respecto de la posición nro. 28 del pliego ya indicado.

La información brindada por los referidos medios de prueba desvirtúa el cierre prolongado del comercio alegado por el testigo Alarcón, desde que los restantes testigos señalaron que sólo estuvo cerrado por un breve lapso, siendo la testigo Juárez quién precisó la causa: desprendimiento de mampostería producto de una tormenta, a lo cual se suma que el Sr. Chen Xiangshu registra actividad fiscal desde el mes de mayo de 2014 conforme la información brindada por la Administración Federal de Ingresos Públicos, contestación de oficio que fue acompañada en formato electrónico por la parte actora en fecha 26 de junio de 2019 y que fuera proveída por éste Tribunal a fs. 438. Así también, la transferencia del fondo de comercio materializada durante el mes de mayo del año 2014 da cuenta de la transmisión de elementos constitutivos de la explotación: nombre e insignia comercial, clientela, existencia de mercaderías e instalaciones, entre otros (art. 1º Ley 11.867), extremo éste que se corresponde con las declaraciones de los testigos Juárez y Morán en cuenta a la presencia de elementos tangibles (góndolas) como intangibles (nombre bajo el cual gira el plaza en comercio, “Manjares”), como así también la identidad de medios personales relativos al personal de la carnicería que el propio demandado Chen Xiangshu reconoció a tenor de la posición formulada a viva voz por la parte actora en el acto de Vista de la Causa de cuya celebración da cuenta el acta obrante a fs. 452. Cabe precisar que no obsta a esta conclusión que Morán haya señalado que las instalaciones de la carnicería son nuevas, dado que las restantes resultan idénticas.

Lo expuesto es conclusión de la apreciación en conciencia de la prueba rendida e individualizada (art. 44 inc. d) Ley 11.653).

ASÍ LO VOTO

A la tercera cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**A LA CUARTA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

Habiendo quedado establecida la autenticidad y, por lo tanto, la materialidad del envío de la CD435384284 efectuado por el actor el día 24 de febrero de 2014, resta determinar si dicha comunicación ingresó en la esfera jurídica de conocimiento del demandado Yamil Roy Sverdlik.

De la lectura del referido despacho postal se advierte que el actor consignó como domicilio del destinatario la calle Ugarteche 3183 de José C. Paz el cual resulta ser el mismo domicilio al cual envió su comunicación primigenia de fecha 10 de febrero de 2014. Así también, de la lectura de la carta documento enviada el día 17 de febrero de 2014 se desprende que el Sr. Sverdlik consignó como domicilio del remitente el domicilio individualizado precedentemente. Finalmente, en el telegrama de fecha 24 de febrero de 2014 el oficial de correos informó con fecha 25 de febrero de 2014 que el mismo resultó “RECHAZADO”.

Lo expuesto, me lleva a concluir que el telegrama ha ingresado en la esfera jurídica de conocimiento del demandado Yamil Roy Sverdlik. Ello es así, puesto que el incumplimiento

de la carga de recibir las comunicaciones que se cursen entre las partes en su propio domicilio, es responsabilidad del destinatario (arts. 62 y 63 LCT). La casación provincial ha sido conteste en sostener la inteligencia expuesta:

El empleador, destinatario de la comunicación, tiene una carga de diligencia con respecto a la recepción de la misma. Ello en el marco del principio de buena fe consagrado en el artículo 63 de la Ley de Contrato de Trabajo que prevé que ambas partes están obligadas a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen trabajador y/o empleador, no sólo mientras dura la relación de trabajo sino también al extinguirla. Así, el empleador no puede negarse injustificadamente a recibir la comunicación que se le envió. Al hacerlo de esta manera por su propia voluntad y negligencia, renuncia a conocer el contenido de las comunicaciones que se le cursaban, debiendo cargar con la consecuencia negativa que tal conducta acarrea (SCBA L73.921, "Gagliostro de Polimeni", Sentencia del 6-VI-2001).

Lo expuesto es conclusión de la apreciación en conciencia de la prueba rendida e individualizada (art. 44 inc. d) Ley 11.653).

**ASÍ LO VOTO**

A la cuarta cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**A LA QUINTA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

Habiendo quedado establecida la causa jurídica del reclamo incoado por el actor, prestación de servicios a las órdenes del demandado Yamil Roy Sverdlik a causa de un contrato de trabajo, cobra operatividad la inversión de la carga de la prueba dispuesta por el párrafo segundo del art. 39 de la Ley 11.653 y, ante la ausencia de medio de prueba alguno que permita desvirtuar la afirmación volcada a fs. 37 vta., cabe tener por acreditado que el actor percibió como remuneración la suma de PESOS TRES MIL (\$3.000.-).

Tomando en cuenta que el actora se desempeñó bajo la categoría de Auxiliar "A" correspondiente al CCT 130/75, extremo que surge de los recibos de haberes acompañados a fs. 11/22, como así también, de las conclusiones arribadas en la Cuestión Tercera del presente, teniendo a la vista las escalas salariales acordadas en el marco del ámbito de negociación colectiva determinado por el CCT 130/75, corresponde concluir que la mejor remuneración, normal y habitual devengada por el accionante alcanzó la suma de PESOS SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA CON 19/100 (\$7.580,19.-) correspondiente al mes de enero del año 2014. La misma se integra con los siguientes rubros y montos:

-Sueldo básico: PESOS CINCO MIL TRESCIENTOS CON 85/100 (\$5.300,85.-).

-Antigüedad: PESOS CUATROCIENTOS VEINTICUATRO CON 7/100 (\$424,07.-).

-Presentismo: PESOS CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE CON 6/100 (\$477,06.-).

-Sumas no remunerativas correspondientes al Acuerdo 5/2013 y presentismo: PESOS UN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO CON 21/100 (\$1.378,21.-).

Sin perjuicio de lo informado a fs. 295, dable es recordar que las escalas salariales no se encuentran sujetas a prueba en juicio, desde que se ha individualizado la correspondiente Convención Colectiva de Trabajo (arts. 8 LCT, 40 párrafo 5° Ley 11.653). Tal es la doctrina legal del Superior Tribunal de esta Jurisdicción (arts. 279 CPCC, 55 y 63 Ley 11.653):

Acreditada la procedencia del pedimento y habida cuenta que las escalas salariales, contenidas en el convenio de trabajo de aplicación, no se encuentran sujetas a prueba en juicio (art. 8° LCT) debiendo obrar en poder del tribunal, o éste -eventualmente- requerir las copias autenticadas de los mismos (art. 40 párr. 5° ley 11.653) se advierte inequívocamente la falacia del razonamiento plasmado por el órgano de origen respecto de la imposibilidad de realizar los cálculos pertinentes sobre la acreencia de los actores por los aportes al fondo de desempleo cuya viabilidad fuera determinada (SCBA L85.312, "Jara Mendoza", Sentencia del 25-IV-2007)

Las escalas salariales fijadas en los convenios colectivos en vigencia deben aplicarse de oficio por los tribunales del trabajo, sin que sea necesario prueba al respecto (SCBA L37.100, "Cammarota", Sentencia del 26-XII-1986).

En cuanto al rubro presentismo cabe destacar que, ante la ausencia de elemento de prueba alguno dirigido a demostrar que el actor incurrió en más de una ausencia mensual, cabe concluir que el referido rubro se devengó sobre la categoría bajo la que aquél prestó servicios (arts. 1 inc. c) y 103 LCT).

Lo expuesto es conclusión de la apreciación en conciencia de la prueba rendida e individualizada (art. 44 inc. d) Ley 11.653).

ASÍ LO VOTO

A la quinta cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**A LA SEXTA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

De la compulsas de las presentes actuaciones se desprende que el demandado Yamil Roy Sverdlik no ha confeccionado un certificado de trabajo conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, como así tampoco, una constancia documentada del ingreso de los aportes y contribuciones dirigidos a los organismos de la Seguridad Social y de Obra Social.

Lo expuesto es conclusión de la apreciación en conciencia de la prueba rendida e individualizada (art. 44 inc. d) Ley 11.653).

ASÍ LO VOTO

A la sexta cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**A LA SÉPTIMA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

De la compulsión de las presentes actuaciones, no resulta la existencia de instrumento alguno relativo a la cancelación por parte de los demandados de las sumas de dinero reclamadas por el actor en autos, ni tampoco, informe bancario de que las mismas se hayan depositado en cuenta sueldo, por lo cual, concluyo que los demandados no abonaron al actor las sumas de dinero que reclama en autos (arts. 124, 125, 129, 138, 139, 140, 141 y 142 LCT).

Lo expuesto es conclusión de la apreciación en conciencia de la prueba rendida e individualizada (art. 44 inc. d) Ley 11.653).

**ASÍ LO VOTO**

A la séptima cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**CON LO QUE FINALIZÓ EL PRESENTE ACUERDO.-**

### **SENTENCIA**

En la Ciudad de San Miguel, a los 17 días del mes de febrero de 2020 se reunieron los Sres. Jueces Gonzalo Barciela, Miguel Ángel Méndez y Adrián Aníbal Ramírez, a fin de dictar Sentencia en la causa Nro. SG4994/2015, caratulada JARA, HERNÁN RODRIGO C/SVERDLIK, YAMIL ROY Y OTRO S/DESPIDO, y conforme el orden de votación que enuncia el Veredicto que antecede, se procedió a estudiar los autos resolviéndose plantear y votar las siguientes:

### **C U E S T I O N E S:**

**1) ¿Es procedente la acción instaurada?**

**2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

### **VOTACIÓN**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

#### **I. ANTECEDENTES**

A fs.29/42 se presenta la Dra. Lorena Vanesa Fredes en su carácter de letrada apoderada del Sr. Hernán Rodrigo Jara iniciando formal demanda por despido y cobro de pesos contra los Sres. Yamil Roy Sverdlik y Chen Xiangshu.

Señala que su mandante ingresó a prestar servicios a las órdenes del Sr. Norberto Luis De León realizando tareas de repositor el día 5 de diciembre de 2005 en el supermercado que aquél explotaba en calle Ugarteche 3183 de José C. Paz. Indica que tras el fallecimiento del Sr. De León, el demandado Sverdlik continuó con la explotación del comercio, sin registrar el ingreso de su poderdante y manteniendo el vínculo ajeno a toda registración.

Manifiesta que tras el desconocimiento por parte del Sr. Sverdlik de la relación que lo unía al Sr. Jara, éste último se colocó en situación de despido indirecto el día 24 de febrero de 2014.

Denuncia que con posterioridad a su desvinculación, el demandado Sverdlik transfirió el establecimiento ya individualizado al Sr. Chen Xiangshu, por lo cual éste último resulta responsable solidario en los términos de los arts. 225 y 228 LCT.

Practica liquidación, ofrece prueba y solicita el acogimiento de la acción con costas.

A fs. 108/111 se presenta el Sr. Chen Xiangshu junto al patrocinio letrado de la Dra. Carolina Brenda Colombo oponiendo falta de acción.

Tras una profusa negativa en particular, señala que jamás realizó transferencia de comercio alguna, negando vinculación alguna con el restante demandado y manifestando que sólo se enteró que existía un inmueble en alquiler donde instaló su comercio con su mercadería y sin ningún empleado.

Ofrece prueba y solicita el rechazo de la acción con costas.

A fs. 151/155 se presenta el Sr. Yamil Roy Sverdlik junto al patrocinio letrado del Dr. Federico Jermías Lobelle.

Tras oponer falta de legitimación pasiva, formula su negativa en particular e indica que jamás tuvo vinculación alguna con el accionante ni que se haya producido transferencia de establecimiento alguna con el Sr. Norberto Luis De León.

Ofrece prueba y solicita el rechazo de la acción con costas.

## II. LOS HECHOS

Con la prueba rendida e individualizada, se pronunció el Veredicto que antecede, al que me remito *brevitatis causae*.

## III. LAS PRETENSIONES

### A. LA CONTINUIDAD DE LA EXPLOTACIÓN POR PARTE DEL DEMANDADO YAMIL ROY SVERDLIK. TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO. EXAMEN DE LA INJURIA INVOCADA POR EL ACTOR A LA LUZ DE LOS ARTS. 242 Y 246 LCT.

El instituto de la transferencia del establecimiento, consagrado positivamente por el art. 225 LCT, tiene como condición de posibilidad la mutación de uno de los elementos que constituye la estructura del establecimiento, el sujeto empleador. Así se ha entendido que:

“En tanto pueda identificarse la continuidad de la estructura con la mutación de uno de los elementos existe transferencia. La mutación de uno de los polos subjetivos se define por la ley como continuidad de la estructura “establecimiento”, que es el presupuesto de la aplicación de sus consecuencias a sujetos distintos a los que constituyeron inicialmente el contrato y la relación de trabajo” (ARIAS GIBERT, Enrique -2007-: *El negocio jurídico laboral*. Buenos Aires: Lexis-Nexis, pág. 238).

En una acepción, por demás impropia, un sector de la doctrina se ha referido al mentado instituto como un supuesto de "novación subjetiva del contrato de trabajo". Se observa el desatino, por cuanto, en primer lugar, ningún acto jurídico nova, las que novan son las obligaciones, y el contrato de trabajo, en tanto acto jurídico de carácter bilateral, mal puede novar. En segundo término, la novación implica la extinción de una obligación para el nacimiento de otra, por el contrario, la hipótesis legal en examen es exactamente la contraria, en cuanto impone la continuidad de las obligaciones que son efecto del contrato estableciendo para algunas un cambio en el sujeto empleador (activo y pasivo respecto de sus derechos y obligaciones) y en otras la adición del sujeto originario con más un nuevo sujeto responsable solidario. Finalmente, estas obligaciones se constituyen por el efecto de estructura tipificado por la ley, independientemente de la voluntad de las partes o del tipo de actos mediante el cual se haya sucedido en uno de los elementos de la estructura del establecimiento.

Trátase, entonces, de un supuesto de sucesión en la posición de estructura (empresa), bajo cuya organización de medios se subsume el contrato de trabajo.

Para su configuración, no resulta necesaria la cesión de los contratos de trabajo, sino meramente la sucesión en la posición de dirección y explotación respecto de la unidad estructural que configura el establecimiento.

La transferencia de establecimiento se perfecciona por cualquier título que implique la continuidad del objeto del establecimiento (o de la causa fin en los términos de Messineo).

En orden a lo reseñado, resulta necesario retornar sobre el concepto de establecimiento consagrado por el art. 6 LCT. El mismo se configura como unidad técnica y/o de ejecución, constituye el *locus* donde se asienta la actividad que dirige el empresario para obtener tanto el fin de empresa (*finis operis*), como el suyo propio (*finis operantis*).

Tal como señaló el maestro Justo López, el establecimiento constituye "una parte de la empresa diferenciada pero no independiente ya que está al servicio del fin total de aquella - la empresa-" (LÓPEZ, Justo; CENTENO, Norberto O.; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos -1977-: *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna, pág. 71).

Así, "en el establecimiento se crea un centro particular de imputación de normas que regula las conductas de las partes" (FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos -2012-: *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y anotada*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, pág. 228).

Conforme la inteligencia expuesta, no puede confundirse el establecimiento con el ámbito físico donde generalmente éste tiene asiento e incluso, en determinadas situaciones, puede carecer de ámbito físico, como por ejemplo las tareas de los agentes de propaganda médica. El establecimiento definido por la ley es un espacio productivo caracterizado por la existencia de una unidad técnica o de ejecución (véase LAS HERAS, Horacio -2014-: "Sujetos". En: Mario E. Ackerman (Director); Diego M. Tosca y Alejandro Sudera (Coordinadores). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo I: "Teoría General del Derecho del Trabajo". Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, págs. 263-265).

En orden a lo reseñado, el establecimiento, *qua* instituto sancionado positivamente por el art. 6 LCT, resulta ser el ámbito témporo-espacial donde el empresario-empleador (titular de la organización de medios bajo cuya dirección se ordena la actividad localizada en el establecimiento) ejerce los poderes exorbitantes al régimen común de los contratos (arts. 64 a 68 LCT).

Lo que deben analizarse son posiciones relativas de estructura (empresario/empleador), en dos momentos o estados de tiempo (dimensión diacrónica). Ahora bien, para que se pueda hablar de posiciones relativas, es necesario que además los sujetos constituyan serie con un elemento unificante y un elemento distintivo. En los términos del artículo 26 LCT el elemento unificante es el carácter de empleador de los distintos sujetos que permiten seriarlos y la seriación misma (el carácter de sujetos distintos) el elemento distintivo y permite nominarlos: E1, E2, E3, etc. El artículo 29 requiere asimismo una separación de las facultades del empleador (contratista y explotador) que permite la seriación con fundamento en la ubicación de ambos frente al trabajador y la explotación laboral misma. En el artículo 30 el elemento unificante es el establecimiento y los sujetos de responsabilidad están en relación al dominio eminente o efectivo respecto de esa unidad. Finalmente, el artículo 31 LCT coloca a los sujetos en el ámbito de la misma gestión de capital.

Los mismos requisitos de la serie han de aplicarse a los supuestos de responsabilidad en el marco del análisis diacrónico. En el supuesto del artículo 225 el elemento unificante es el establecimiento mientras que en el artículo 229 LCT es la relación laboral. Esta diferencia no menor, que también se aplica a los requisitos y efectos de estas responsabilidades es lo que parece no determinarse perfectamente en la doctrina. La sucesión que sirve de base a la responsabilidad del artículo 225 LCT es la sucesión en la titularidad del establecimiento.

Resulta imprescindible, entonces, a los fines de determinar la operatividad de los arts. 225 y 228 LCT, establecer la identidad del establecimiento en dos momentos claramente diferenciados respecto de los medios (materiales, inmateriales y personales) bajo cuya gestión se ordena el establecimiento para la explotación de la actividad localizada en el mismo.

No resulta ocioso señalar, y enfatizar, que la “actividad” localizada en el establecimiento, no se refiere al “objeto”, sino a “la real actividad desarrollada en el establecimiento” (SCBA L112.987, “Villanueva”, sentencia del 30-X-2013). A mayor abundamiento, para el caso de una persona de existencia ideal de derecho privado, como lo es una sociedad, el cual no se confunde con la suma comercial demandada, el mentado objeto, no es otro que el fin jurídico que determina, como fin de estructura, es decir, elemento supernumerario, la existencia del conjunto de sus miembros sobre el que reposa su idealidad. Por ello, no cabe atribuirle fin volitivo y/o psicológico alguno sino un actuar a través de sus representantes en el ámbito del obrar a través de sus órganos que delimita el referido objeto (capacidad de derecho). Dichos extremos surgen claramente de la nota redactada por Vélez Sársfield al artículo 35 del Código Civil –Ley 340-:

Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representación que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar; pero solamente en

el ámbito del derecho de los bienes. Muchas veces las personas jurídicas son creadas para otros fines más importantes que la capacidad de derecho privado, y entonces, los órganos generales de las personas jurídicas los representan al mismo tiempo en la materia de derecho privado. Cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial, la incapacidad natural de obrar a la persona jurídica, que es un ser ideal, debe esto entenderse literalmente. Más de un autor se figura que un acto que emanase de todos los miembros de una corporación, debía considerarse como acto de la corporación misma, y que la representación no ha sido introducida, sino a causa de la dificultad de traer a todos los miembros de la corporación a una comunidad de voluntad y de acción. Pero en realidad, la totalidad de los miembros que forman una corporación difiere esencialmente de la corporación misma, y aunque los miembros de ella, sin excepción alguna, se reunieran para obrar, no sería esto un acto del ser ideal que llamamos persona jurídica. El carácter esencial de una corporación es que su derecho repose, no sobre sus miembros, sino sobre el conjunto ideal.

Así, la actividad localizada en el establecimiento es aquella que se subsume y es comprendida por el fin jurídico (“objeto social”) que determina la capacidad de derecho del ente ideal, más no se confunde con esta, desde que la actividad se dirige a alcanzar el objeto.

Conforme las conclusiones arribadas en la Cuestión Tercera del Veredicto que antecede, la actividad explotada por el demandado Sverdlik resulta ser la misma que la oportunamente desplegada por el Norberto Luis De León. Asimismo, quedó establecido la identidad de medios personales, por cuanto, respecto del personal que se desempeñó a las órdenes del codemandado Yamil Roy Sverdlik la dotación de personal dependiente con la que contaba el Sr. De León continuó prestando servicios cuando aquél continuó la explotación del supermercado la que giró en plaza con idéntico nombre de fantasía (elemento inmaterial) y contando con el mismo equipamiento (medios materiales).

De lo expuesto, surge sin hesitación alguna la materialidad de la sucesión en la explotación del establecimiento del Sr. De León por parte del demandado Yamil Roy Sverdlik, por cuanto se constata, una vez más, la identidad de actividad, medios materiales, inmateriales y personales, que componen una unidad técnica de ejecución bajo la gestión del último para el logro de su fin de empresa. Destaco que la presente solución responde estrictamente a la sancionada positivamente por el art. 225 LCT, en cuanto la proposición normativa emergente de dicho precepto legal refiere a la transferencia por “cualquier título”, y así ha sido expresamente receptada por destacada doctrina. Ello por cuanto la operatividad del instituto de la transferencia del establecimiento resulta *ope legis* cuando se verifican los presupuestos receptados típicamente (identidad de actividad y medios), no tratándose de una mera sucesión cronológica, sino jurídica en cuanto se constata la sucesión en la posición de empleador de Sverdlik respecto del personal que prestó servicios para De León y respecto del actor en particular, extremo acreditado mediante prueba testimonial, y sobre los medios materiales e inmateriales (equipamiento y el nombre y enseña comercial), debiendo remarcarse que la titularidad de dichos medios refiere a la disposición de los mismos bajo la dirección de Sverdlik, es decir, en cuanto subsumidos en su giro empresarial, circunstancia,

acreditada, una vez más, mediante los testimonios brindados en el acto de Vista de la Causa y reforzada por cuanto fue aquél quien dispuso la posterior transferencia del fondo de comercio (véanse ARIAS GIBERT, Enrique, *op. cit.*, pág. 239; TOSTO, Gabriel A. -2007-: "Transferencia de Establecimiento". En: Jorge Rodríguez Mancini (Director), Ana Alejandra Barilaro (Coordinadora). *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, págs. 136-137; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos -2012-: *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y anotada*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, pág. 1738; CURUTCHET, Eduardo E. -2012-: "Aspectos sustanciales y procesales de la responsabilidad solidaria por transferencia del establecimiento". En: Juan José Formaro (Dirección). *Jurisprudencia* laboral. Tomo 3. Buenos Aires: Hammurabi, págs. 70-71; GUISSADO, Héctor César -2014-: "La transferencia del contrato de trabajo". En: Mario E. Ackerman (Director); Diego M. Tosca y Alejandro Sudera (Coordinadores). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo III: "La relación individual de trabajo – II". Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, págs. 873-876).

Dable es recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en reiteradas ocasiones que la primera pauta de interpretación de las leyes es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley (Fallos: 328:2627; 332:1466) y que "en toda tarea de interpretación de normas es pertinente rastrear el espíritu que informa a aquellas en procura de su aplicación racional" (Fallos: 312:802; 314:1042). Una pauta hermenéutica que circunscriba la operatividad del instituto de la transferencia del establecimiento a un determinado conjunto de actos jurídicos, o que exija para su configuración requisitos allende los dispuestos por el legislador en el ejercicio de sus facultades discrecionales, entraría en tensión con la garantía de reserva de ley, que impone que únicamente una ley en sentido formal puede establecer restricciones al goce de derechos fundamentales (cfr. arts. 19 y 75 inc. 22 Constitución Nacional; 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), para el caso, la posibilidad que se verifique el supuesto legal por el cual un nuevo sujeto pasivo es llamado a responder solidariamente como garante del crédito del trabajador (SCBA L112.987, "Villanueva", sentencia del 30-X-2013), extremo que no se limita a una mera cuestión patrimonial, desde que el titular del crédito resulta ser sujeto de preferente tutela constitucional (Fallos: 327:3677; 327:3753; 332:2043; 336:672, entre otros). Lo expuesto no conlleva sostener que la "ley clara" no requiere interpretación (*in claris non fit interpretario*), desde que la interpretación constituye el acto intelectual por el cual se establece jurídicamente el contenido de una norma legal (Fallos: 332:170). Tal como sostenía el maestro Carlos Cossio, si interpretar es una manera de conocer, esto significa que el problema jurídico de la interpretación simplemente está modalizando el problema filosófico del conocimiento (véase COSSIO, Carlos -1967-: *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 3ª edición, pág. 14).

Finalmente, huelga destacar que la casación provincial se ha pronunciado por la inteligencia aquí expuesta, ya que la amplitud de los términos de los artículos 225 y 228 LCT ("por cualquier título" e inclusive "por cualquier modo") al contemplar la configuración de la transferencia del establecimiento permiten concluir que cuando de las pruebas colectadas en la causa surge la continuidad en la explotación "corresponderá aplicar las normas mencionadas" (SCBA L115.743, "Ávalos", sentencia del 11-IV-2018).

Lo expuesto determina que el tracto de la relación habido entre el actor y el Sr. De León se incorporó al contrato de trabajo, sin solución de continuidad, una vez que el Sr. Sverdlik asumió la titularidad eminente del establecimiento y la posición contractual empleador respecto del Sr. Jara, ello, a partir de los extremos de hecho acreditados en la Cuestión Tercera del Veredicto.

Arribados a este tramo del decisorio corresponde ingresar en el examen de justificación de la denuncia y posterior extinción de la relación emergente del contrato de trabajo efectuada por el actor el día 24 de febrero de 2014.

Estimo que asistió razón al actor en el despido indirecto efectuado por el mismo (arts. 242 y 246 LCT), ya que el desconocimiento falaz de la relación que los unía de parte del demandado Sverdlik se erigió como un obstáculo insalvable para la prosecución del referido vínculo contractual, lo cual, habilita a considerar enervado en forma justificada el principio de conservación del contrato de trabajo (art. 10 LCT). Destaco que la casación provincial se ha pronunciado en idéntica inteligencia a la expuesta:

“La falta de registración del contrato de trabajo, así como la falta de ingreso de los aportes y contribuciones a la seguridad social, y la persistencia de dichos actos de incumplimiento no obstante la oportuna intimación incoada por el trabajador, constituyen injuria suficiente para justificar la ruptura del contrato de trabajo (art. 242, Ley de Contrato de Trabajo)” (SCBA L109.277, “Stramm”, Sentencia del 5-VI-2013).

En orden a lo expuesto, corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado Sverdlik (art. 345 inc. 3º CPCC) y, en consecuencia, el actor resulta acreedor a las sumas de dinero correspondientes a: indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso e integración del mes de despido (arts. 245, 232 y 233 LCT), con la correspondiente incidencia del SAC (SCBA L26.401 “Di Nunzio”, Sentencia del 6-III-1979 y L31.341 “Heimann”, Sentencia del 16-XI-1982, ratificada posteriormente, bajo la plena vigencia del régimen republicano de gobierno, en L44.334, “Sosa”, Sentencia del 16-III-1991), SAC proporcional (art. 123 LCT) y Vacaciones proporcionales (art. 156 LCT), haberes del mes de enero de 2014 y días trabajados correspondientes al mes de febrero del año 2014 (art. 103 LCT).

Por el contrario, deben rechazarse los rubros Sueldo Anual Complementario del año 2013, vacaciones gozadas y no abonadas correspondientes al año 2013, desde que el actor afirma que fue el demandado Sverdlik quien no le abonó dichas sumas en carácter de empleador, cuando en realidad durante dichos períodos se encontraba vigente la relación contractual con el Sr. De León (art. 726 Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-).

Sentado ello, a tenor de las afirmaciones tenidas por establecidas en el Veredicto que antecede al presente, quedó evidenciado:

Que el contrato de trabajo del actor se integró con las cláusulas normativas emergentes del CCT 130/75

Que la categoría convencional bajo la que prestó servicios el Sr. Jara devengó sumas “no remunerativas” producto del acuerdo paritario celebrado en el mes de mayo del año 2013 en el ámbito de negociación colectiva establecido por la citada Convención Colectiva de Trabajo.

Por otra parte, del escrito demanda resulta que el actor computó las sumas de dinero que integran los acuerdos salariales celebrados en el ámbito de negociación colectiva de la CCT 130/75, a efectos de tomar como base de cálculo para determinar la mejor remuneración normal y habitual, la totalidad de las sumas devengadas.

Conforme lo expuesto, corresponde avocarse al tratamiento de la cuestión relativa a si las sumas “no remunerativas” poseen o no naturaleza salarial.

Sentado ello, considero que corresponde analizar - de forma previa – la proposición normativa emergente del art. 1° del Convenio 95 de la OIT y la *ratio decidendi* que se desprende de Fallos: 336:593.

La “disponibilidad colectiva” se presenta dentro de nuestra materia como uno de los tópicos que más reparos presenta porque, justamente, se considera que la negociación colectiva -en la que participan los representantes de los actores sociales y la autoridad estatal- es la que mejor garantizaría el avance de la legislación social y, en esa línea de pensamiento, la revisión judicial de lo acordado por las partes colectivas que, a su vez, obtuvo la homologación de la autoridad ministerial, conllevaría a admitir la intromisión de la autoridad jurisdiccional en el ámbito de la libertad contractual colectiva y por fuera de la vía recursiva prevista para cuestionar los actos de la administración.

Adelanto que no comparto tal opinión, toda vez que más allá de la índole o gravedad de las circunstancias valoradas en los diversos contextos económicos, sociales y políticos en que se llevan a cabo las negociaciones colectivas, no resulta razonable que se continúe con esta práctica en el ámbito negocial cuando sus efectos se tornan nocivos para el universo de los trabajadores comprendidos en el Convenio Colectivo (tanto en el ámbito contractual a través de una merma en la base salarial y las consecuencias en el pago de indemnizaciones, vacaciones, aguinaldos, etc.; en el previsional al disminuir la masa de aportes y contribuciones; como en la liquidación de los accidentes o enfermedades profesionales conforme la LRT y sus complementarias) y tal temperamento ha sido descalificado -por su contenido u objeto- por varios tribunales nacionales y la propia CSJN en el fallo "Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes SA" de fecha 04/06/2013 (CSJN, del 4-6-2013, D.485.XLIV, RHE, Fallos: 336:593).

El carácter remuneratorio o no de los incrementos que se otorguen al trabajador por un acuerdo paritario celebrado en el ámbito de negociación colectiva determinado por una Convención Colectiva de Trabajo, de ningún modo dependerá del *nomen iuris* que se le asigne, sino de su estructura y función, léase su naturaleza jurídica. Debe recordarse que:

“El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas

de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho” (KELSEN, Hans -1988-: Teoría General del Derecho y del Estado. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 3).

Ella deriva de la causa a la cual responde el rubro en cuestión –puesta a disposición de la fuerza de trabajo por parte del trabajador a las órdenes de su empleador-, resultando dichas sumas de libre disponibilidad para el trabajador en tanto importan una oportunidad de ganancia. Nuestra legislación laboral adoptó un concepto amplio de salario a través del dispositivo del artículo 103 de la LCT, según el cual se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Es decir que cualquier pago originado en el trabajo recibido, en la existencia del contrato o bien en la puesta a disposición de la fuerza de trabajo tiene en principio naturaleza remuneratoria, lo cual se condice con el art. 1 del Convenio 95 de la OIT.

Cabe recordar, que los convenios de la OIT tienen jerarquía superior a las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994 (conf. art. 75, inc. 22) y por ende resulta inaplicable la normativa interna que no se ajusta a las disposiciones internacionales de rango superior. En el caso de autos, a través de la homologación por parte de la autoridad de aplicación de los acuerdos paritarios ya individualizados, se pretendió privar de naturaleza salarial a un incremento salarial. En consecuencia, resulta factible restar validez a una norma proveniente de un acuerdo paritario a través de su declaración de inconstitucionalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, todas las normas jurídicas (cualquiera sea su fuente) son susceptibles de esa tacha, y tanto es así que la CSJN ha declarado la inconstitucionalidad de una norma de ese origen en la causa “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas s/Reincorporación”, sentencia del 3-5-2007, M.1488.XXXVI (Fallos: 330:1989), con similar criterio al que adoptara en el precedente “Figueroa, Oscar F. c/Loma Negra CIASA” del 4-9-84 (CSJN, Fallos: 306:1208) respecto a que “el hecho de que el rubro se origine en un convenio colectivo no priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de analizarlo en su legitimidad porque la disponibilidad colectiva no puede avanzar sobre garantías consagradas por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales”.

Desde tal perspectiva, si bien los acuerdos paritarios fueron homologados -en ejercicio de control de legalidad que le compete al poder administrador-, ello no constituye un obstáculo para que, si se corrobora su ilegitimidad, el dispositivo cuestionado no sea aplicado en el caso concreto. Ello se debe a que, se debe analizar su validez y vigencia dentro del particular diseño de distribución de contenidos normativos que establecen los artículos 7 y 8 de la LCT y 7° de la Ley 14.250, según los cuales corresponde restar toda eficacia a las disposiciones de los convenios colectivos que resulten menos favorables a las establecidas en la ley.

A mi entender, la invalidez de una norma (legal o convencional), por resultar repugnante a la Constitución Nacional, puede ser declarada en el caso concreto aun sin cuestionarse su génesis (trámite parlamentario, validación administrativa, etc.) y éste también parece haber sido el temperamento que en su hora adoptó nuestro máximo tribunal “Díaz, Paulo Vicente

c/Cervecería y Maltería Quilmes SA" de fecha 04/06/2013 (CSJN, del 4-6-2013, D.485.XLIV, RHE, Fallos: 336:593). La CSJN, con voto mayoritario de los doctores Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay, al tratar la cuestión atinente a la "disponibilidad convencional" (alcance no remunerativo que el acuerdo colectivo le imprimió al "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005") reiteró -con remisión a diversos considerandos del mismo "Pérez, Aníbal c/Disco SA"- que el trabajador constituye un sujeto de "preferente tutela constitucional", hallándose su salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de Derecho interno y fallos de la CSJN. Sostuvo, en síntesis, que estaba claro que hallándose ratificado el Convenio OIT 95, cuyo artículo 1° define al salario como "la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar" el denominado "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005" pactado, con carácter no remuneratorio (tal como acontece con los acuerdos celebrados en el marco del CCT 130/75), en un acuerdo complementario del convenio colectivo 152/91 debía ser considerado remunerativo.

El voto de la mayoría, inclusive hace alusión expresa al dictamen de la procuradora fiscal, al que le atribuye carácter concordante al del fallo. Sin embargo, el dictamen aludido agrega otros fundamentos adicionales, a saber: 1) que no sólo existiría un desajuste notorio entre la calificación jurídica que pretendieron otorgarle las partes colectivas a una prestación dineraria y el concepto de salario establecido con rango supralegal por el artículo 1° del Convenio OIT 95; 2) que la supuesta disponibilidad colectiva evocada para justificar el otorgamiento del carácter no remunerativo de las prestaciones dinerarias reconocidas en el acuerdo resulta incompatible con los artículos 7° de la LCT y 7° de la ley 14.250, por cuanto "[las partes] no pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales..." y por cuanto "las disposiciones de las convenciones colectivas deben ajustarse a los preceptos que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de aquellas instituciones resulten más favorables a los trabajadores...", 3) se inclina por la declaración de inconstitucionalidad de ambas normas (legal y convencional) atacadas por el actor en el recurso, acudiendo al criterio que la CSJN evocó en "Pérez", con cita de un precedente del año 1981 ["Inta Industria Textil Argentina SA", Fallos: 303:1812], según el cual "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida por los elementos que la constituyen y las facultades otorgadas por la ley, con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan".

De lo expuesto, surge evidente que cualquier planteo puramente formal, destinado a atribuirle fuerza vinculante o eficacia normativa vinculante a la resolución administrativa dictada por un órgano dependiente del Poder Ejecutivo nacional, que haya declarado homologado un acuerdo (con apoyo en la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo), debe ceder en la determinación acerca de la naturaleza jurídica del rubro en cuestión, si no se atiende estrictamente al Convenio OIT 95, y ello ha ocurrido posteriormente en los casos, en los que descalificó sentencias que hacían mérito de tales consideraciones en torno a la falta

de impugnación por la vía administrativa del acto de homologación ministerial: "Zaghet, Pedro Albino y otros c/Telefónica de Argentina SA s/Diferencia de salarios", Z.26.XLVIII, del 10 de diciembre de 2013; "Panaia, Manuel Antonio y otros c/Telefónica de Argentina s/Diferencias de salarios", P.396.XLVI, del 9 de septiembre de 2014; "Zunino, Héctor René y otros c/Telefónica de Argentina SA s/Dif. de salarios", Z.55.XLVI, RHE, del 11 de diciembre de 2014; y "Asciutti, Fabio Alejandro y otros c/Telefónica de Argentina SA s/Diferencias de salarios", A.369.XLVII, RHE, del 11 de diciembre de 2014.

En virtud de lo hasta aquí manifestado, propongo declarar la inconstitucionalidad del Acuerdo paritario mayo 2013, en tanto calificó como "no remunerativas" sumas que se incorporaron al salario devengado sobre la categoría "Auxiliar A" correspondiente al CCT 130/75, bajo la cual prestó servicios el accionante, por resultar violatorios de los arts. 14 bis, 17, 31 y 75 inc. 12 de la CN, del art. 1 del convenio 95 de la OIT, de los arts. 7, 9, 12, 103 y 106 de la LCT, del art. 7 de la ley 14.250 y de la doctrina de Fallos: 336:593.

De conformidad con las conclusiones arribadas precedentemente y en la Cuestión Quinta del Veredicto, estimo que la base de cálculo para liquidar la indemnización prevista por el art. 245 LCT asciende a la suma de PESOS SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA CON 19/100 (\$7.580,19.-) correspondiente al mes de enero de 2014, que se integra con los rubros: salario básico, presentismo (art. 40 CCT 130/75), antigüedad (art. 24 CCT 130/75) y sumas establecidas por el Acuerdo 05/2013 celebrado en el ámbito de negociación colectiva fijado por la CCT 130/75. No corresponde incorporar a dicha base de cálculo el monto que la parte actora incorporó en concepto de "horas extras" (art. 201 LCT), desde que resulta ser una suma global de la cual no se han expuesto pautas mínimas que permitan determinar cómo se arribó a dicho monto (art. 726 Código Civil y Comercial de la Nación).

Respecto de las indemnizaciones previstas por los arts. 231 y 232 LCT, las mismas deberán liquidarse computando la remuneración que el actor percibió, tal como se concluyó en la Cuestión Quinta del Veredicto, de conformidad con la doctrina legal de nuestro superior Tribunal (arts. 279 CPCC; 55 y 63 Ley 11.653):

El importe de la indemnización sustitutiva del preaviso debe ser equivalente a la remuneración que normalmente hubiera percibido el trabajador durante el período respectivo (arts. 231 y 232, L.C.T.); (SCBA L105.699, "Hiller S.A", sentencia del 28-VIII-2013).

#### **B. MULTAS DE LOS ARTS. 8 Y 15 LCT.**

El examen de la eventual procedencia de las multas previstas por los arts. 8 y 15 Ley 24.013 debe efectuarse teniendo presentes las directrices hermenéuticas fijadas como doctrina legal por nuestra casación. Así, el Máximo Tribunal provincial ha establecido que:

"Este Tribunal tiene dicho que en la interpretación de las disposiciones operativas de la Ley Nacional de Empleo no se debe prescindir de su objetivo específico, cual es el de promover la regularización de las relaciones laborales; pero además, cuando dicho ordenamiento legal exige abonar las indemnizaciones agravadas tiene como fin no sólo proteger un determinado

bien jurídico, sino desalentar eventuales conductas evasivas del empleador (conf. causas L. 89.731, "Ledezma", cit.; L. 88.920, "Ducasu", sent. del 5-XII-2007; L. 74.450, "Camararo", sent. del 12-II-2003) quien, de lo contrario, se vería premiado al eximirse de su pago.

En consecuencia, si los arts. 8 y 15 de la ley 24.013 no pueden ser interpretados con criterio restrictivo en beneficio de los evasores, pues ello contraría la finalidad de la ley y el principio sentado en el art. 9, segundo párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo (conf. causas L. 90.485, "Liencura", sent. del 7-VI-2010; L. 87.012, "Destefano", sent. del 23-VII-2008; L. 80.798, "Waisman", sent. del 26-X-2005), cabe señalar como acertada la decisión de grado de acoger las pretensiones indemnizatorias sustentadas en la Ley Nacional de Empleo" (SCBA L103.073, "Carossella", sentencia del 21-XII-2011).

Sentado ello, cabe poner de resalto que en supuestos de transferencia del establecimiento la Ley de Contrato de Trabajo impone el reconocimiento de la antigüedad por los servicios prestados para quien resultó ser el anterior titular de la explotación, no obstante, destacada doctrina ha sostenido que:

(...) de ello no puede seguirse la exigencia al cesionario en cuanto a que reconozca una fecha de ingreso distinta a la consignada en los recibos de haberes cuando, por el período anterior, el contrato se encontró registrado bajo la titularidad del antiguo empleador, de manera que resulta inadmisibles un doble registro por un mismo período. Sin embargo, estimo que sí cabe consignar en el Libro del art. 52, LCT, como observación complementaria a la registración actual, la fecha de ingreso con el antiguo empleador (TOSTO, Gabriel -2007-, en Jorge Rodríguez Mancini (Director) y Ana Alejandra Barilaro (Coordinadora). *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, pág. 178).

En similar inteligencia se ha pronunciado la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo:

"Tal como acontece en los casos de transferencia del establecimiento, la cesionaria o adquirente no tiene la obligación de registrar el contrato en una fecha distinta a la que se produjo la incorporación del personal o a la adquisición del establecimiento (conf. args. arts. 228 y 229 LCT) sino sólo la de reconocerle los derechos derivados de la antigüedad adquirida en la cedente, por lo que el hecho de que no se hubiera consignado en los registros laborales la fecha en que se produjo el ingreso respecto de la antecesora considero que no puede reputarse un incumplimiento registral en los términos de los artículos 7° y 9°, LNE y 52, LCT. Por ello no procede la sanción prevista en el artículo 1°, ley 25323" (Voto concurrente de los Dres. González y Maza, integrantes de la Sala II de la CNAT, en causa: "Marelli, Rosa Inés c/Rapi Lim SRL y otros s/Despido", Sentencia del 9 de abril del año 2013).

Ahora bien, si bien en el caso de autos el actor, al intimar a su empleador, exigió que se consignara como fecha de ingreso el mes de diciembre del año 2005, lo cierto es que no fue dicho defecto el que frustró, no la registración parcial del contrato de trabajo (art. 9 Ley 24.13), sino, por el contrario, fue el liso y llano desconocimiento falaz por parte del demandado Sverdlik el que impidió la registración del contrato de trabajo, el cual se mantuvo bajo absoluta clandestinidad (art. 8 Ley 24.013).

Tal como resulta de la doctrina legal de nuestra casación (arts. 279 CPCC; 55 y 63 Ley 11.653), el referido yerro en el que incurrió el actor no resulta óbice para que proceda la multa prevista por el art. 8 de la Ley 24013:

Dicha inexactitud carece de virtualidad para purgar la conducta de la demandada, quien intimada a regularizar una relación laboral que no lo estaba, no lo hizo, y además negó su existencia, lo que llevó al accionante a hacer efectivo su apercibimiento y considerarse despedido. Esa negativa implicó frustrar el propósito de la intimación cursada justificadamente, ya que más allá de las eventuales inexactitudes que pudo contener, fue el desconocimiento del carácter laboral del vínculo la que la tornó completamente inoperante, y habría sucedido de idéntica manera aun cuando la intimación no hubiese presentado defecto alguno.

La finalidad de la ley 24.013: lograr la debida registración de las relaciones laborales, se vio impedida en el caso por la conducta desplegada por la accionada, toda vez que fue la negativa de la relación laboral de su parte lo que impidió la efectiva registración del trabajador y no las diferencias respecto de las circunstancias contractuales en autos, fecha de ingreso que debían constar en la intimación (SCBA L84.607, "Aguirre Cruzado", Sentencia del 27-II-2008).

Así también, debe prosperar la multa prevista por el art. 15 de la Ley 24.013 toda vez que no se advierte de las circunstancias que configuraron el despido indirecto del accionante que la conducta de su empleador no tuvo por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido, máxime cuando aquél rechazó falazmente el requerimiento formulado por su dependiente (art. 15, *in fine*, Ley 24.013; SCBA L116.836, "Coria", Sentencia del 18-XII-2013; L93.221, "Avila", Sentencia del 2-XII-2009; L94.331, "Camillen", Sentencia del 16-IX-2009; L85.741, "Cortina", Sentencia del 25-IV-2007).

Sentado ello, el cómputo de los sueldos devengados para la liquidación de la multa prevista por el art. 8 de la Ley 24.013 deberá efectuarse entre los meses de enero de 2014 al 24 de febrero de 2014, puesto que fue en el mes referido en primer lugar en el cual se perfeccionó la continuidad del Sr. Sverdlik como titular del establecimiento, tal como se concluyó en la Cuestión Tercera del Veredicto.

#### **B. MULTA ART. 2 LEY 25.323**

Habiendo intimado el accionante a su empleador para que abone las indemnizaciones de ley (apartado d) de la Cuestión Primera del Veredicto), evidenciándose la contumacia de la misma, es decir, su voluntad de no pago, en tanto no obra constancia documentada alguna de su cancelación (*vide* Cuestión Séptima del Veredicto), viéndose precisado el Sr. Jara a

instar la jurisdicción en procura de su percepción, corresponde hacer lugar a la pretensión del accionante de hacerse acreedor de la multa prevista por el art. 2 Ley 25.323.

**C. MULTA ART. 80 LCT.**

Toda vez que el actor intimó a su empleador a efectos de que le hiciera entrega del certificado y de la constancia documentada previstas como obligaciones instrumentales por el art. 80 párrafo tercero LCT, una vez que dichas obligaciones resultaban exigibles en virtud de haberse cumplido el plazo previsto por el art. 3 del Decreto 146/01 (véase apartado e) de la Cuestión Primera del Veredicto) y en virtud a que el demandado Yamil Roy Sverdlik no procedió a cumplir con dichas obligaciones, tal como se concluyó en la Cuestión Sexta del Veredicto, el actor resulta acreedor de la obligación de causa punitoria sancionada por el art. 80 párrafo cuarto LCT.

La misma deberá liquidarse tomando como base para su cálculo la remuneración percibida por el Sr. Jara al momento del despido, tal como surge de la proposición normativa emergente del párrafo cuarto del art. 80 LCT, por cuanto se refiere a la mejor remuneración mensual, normal y habitual “percibida” por el trabajador, debiendo tenerse presente que no cabe realizar distinciones, allí donde la ley no las realiza (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) y que las palabras de la ley resultan la primera pauta de su interpretación (art. 2 Código Civil y Comercial de la Nación –Ley 26.994-; voto del Ministro de Lazzari en causa C116.714, “Ocampo”, sentencia del 6-IV-2016).

**D. MULTA ART. 53 TER LEY 11.653.**

Toda vez que el demandado Sverdlik no canceló las sumas correspondientes a los haberes adeudados del mes de enero del año 2014 y días trabajados durante el mes de febrero del mismo año, no obstante encontrarse debidamente intimado a fs. 43 vta., corresponde aplicar la multa prevista por el art. 53 ter de la Ley 11.653.

**E. CONDENA PARA EXTENDER CERTIFICADO DE TRABAJO Y CONSTANCIA DOCUMENTADA DE SUELDOS PERCIBIDOS Y APORTES Y CONTRIBUCIONES EFECTUADOS A LA SEGURIDAD SOCIAL**

A tenor de lo concluido en la Cuestión Sexta del Veredicto pronunciado precedentemente, de conformidad con lo concluido en el apartado III.D de la presente y en orden a lo expresamente petitionado por el accionante a fs. 29 vta. el demandado Yamil Roy Sverdlik deberá proceder a la confección y entrega al accionante, en el plazo de 10 (diez) días, de un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, y una constancia documentada de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la Seguridad Social (conf. art. 80 LCT; SCBA L95.634, “Dos Santos”, Sentencia del 21-III-2012), desde el mes de enero del año 2014 al 24 de febrero del año 2014. Ello, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de fijarse astreintes como sanción conminatoria, los cuales se computarán a partir de la expresa petición de la parte actora, una vez firme la presente (arts. 804 Código Civil y Comercial de la Nación –Ley 26.994-, 37 CPCC).

En cuanto al lapso de tiempo por el cual se dispone la condena de hacer, cabe poner de resalto que, así como al cesionario/empleador no le resulta exigible consignar una fecha de ingreso anterior al perfeccionamiento de la cesión del establecimiento, tampoco puede exigírsele que proceda a certificar servicios por un período anterior a la fecha en la que asumió la posición contractual de empleador, extremo que resulta distinto de aquél por el cual aquél debe observar, por imperio legal, las condiciones de trabajo que se incorporaron como contenidos al contrato de trabajo, como por ejemplo, la antigüedad y su incidencia en el otorgamiento y liquidación de las vacaciones. No se trata de esgrimir novación alguna, ya que, como se ha expuesto precedentemente, la transferencia del establecimiento no supone extinción alguna de obligaciones para el nacimiento de otras, sino, por el contrario, la mutación del contrato por la sucesión verificada en la posición de empleador, lo que supone la identidad del objeto contractual y del polo trabajador (arts. 25 y 37 LCT), y la consecuente continuidad de las obligaciones -contenidos- del contrato. La obligación de hacer que sanciona el párrafo tercero del art. 80 LCT se dirige a quién resulta empleador, circunstancia que, en el caso de la transferencia del establecimiento, se verifica a partir del momento en que el cesionario comienza a ocupar la referida posición contractual.

#### **F. DIFERENCIAS SALARIALES**

Cabe rechazar sin más el rubro “diferencias salariales” reclamado por el actor en autos, desde que el mismo no ha observado el estándar mínimo de carga argumental relativo a los presupuestos de hecho que actúan como causa jurídica de su petición, por lo cual, la misma no se basta autónomamente (art. 726 del Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-; véase AMBESI, Leonardo Jesús -2017-: *Constitución, ley y derecho del trabajo: el sistema jurídico laboral en la teoría y en la práctica*. Buenos Aires: La Ley, pág. 269).

Ello es así, por cuanto a fs. 37 vta., el accionante ha señalado que reclama dicho rubro en virtud de la diferencia que invocó entre la remuneración percibida de parte del demandado Sverdlik y la devengada bajo la categoría en la que prestó servicios, para luego proceder a liquidar dicho rubro por un período de tiempo por el cual el propio actor reconoce que el citado demandado no resultó ser su empleador. Tal extremo importa concluir, una vez más, que el actor no ha dado cumplimiento a la indispensable carga de explicitar las pautas mínimas suficientes para que este órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la validez del pedimento (SCBA L104.538, “Lattanzio”, Sentencia del 30-V-2012; L85.543, “Franco”, Sentencia del 5-IX-2007; L82.586, “Sack”, Sentencia del 20-VI-2007; L80.468, “Anderica”, Sentencia de 12-V-2004; L74.274, “Rasquetti”, Sentencia del 16-X-2002). Debiéndose agregar aquí que, en el marco de la doctrina del Superior Tribunal de esta jurisdicción, dicha exigencia es de insoslayable observancia para que operen las reglas de índole probatoria que contemplan los arts. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo y 39 de la ley 11.653, la que no es satisfecha -claro- cuando los montos pertinentes sólo son objeto de reclamo global (SCBA L85.312, “Jara Mendoza”, Sentencia del 25-IV-2007; L80.468, “Anderica”, Sentencia del 12-V-2004; L71.536, “Lázaro”, Sentencia del 21-II-2001; L44.442, “Manquilaf”, Sentencia del 4-XII-1990).

#### **G. LIQUIDACIÓN**

En atención a las conclusiones arribadas precedentemente, estimo que la demanda prospera por los siguientes rubros y montos:

-INDEMNIZACIÓN POR ANTIGÜEDAD ART. 245 LCT: PESOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO CON 98/100 (\$65.694,98.-)

-INDEMNIZACIÓN POR OMISIÓN DE PREAVISO ART. 232 LCT: PESOS SEIS MIL QUINIENTOS (\$6.500.-).

-INDEMNIZACIÓN POR INTEGRACIÓN DEL MES DE DESPIDO ART. 233 LCT: PESOS CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO CON 28/100 (\$464,28.-)

-SAC PROPORCIONAL ART. 123 LCT: PESOS UN MIL CIENTO CUARENTA Y DOS CON 22/100 (\$1.142,22.-).

-VACACIONES PROPORCIONALES ART. 156 LCT: PESOS UN MIL TREINTA Y NUEVE CON 43/100 (\$1.039,43.-)

-HABERES DEL MES DE ENERO DE 2014 Y DÍAS TRABAJADOS DURANTE EL MES DE FEBRERO DE 2014: PESOS CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y UNO CON 43/100 (\$5.571,43.-)

-MULTA ART. 8 LEY 24.013: PESOS TRES MIL OCHOCIENTOS DOCE CON 65/100 (\$3.812,65.-).

-MULTA ART. 15 LEY 24.013. PESOS SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE CON 26/100 (\$72.659,26.-).

-MULTA ART. 2 LEY 25.323: PESOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE CON 63/100 (\$36.329,63.-).

-MULTA ART. 80 LCT: PESOS NUEVE MIL (\$9.000.-).

-MULTA ART. 53 TER LEY 11.653: PESOS UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UNO CON 43/100 (\$1.671,43.-).

Todo lo cual arroja un total de **PESOS DOSCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO CON 31/100 (\$203.885,31.-)**, que es el monto que corresponde diferir a condena, si mi voto encuentra favorable acogida entre mis distinguidos colegas.

**H. EXAMEN DE LA SOLIDARIDAD PASIVA DEL CODEMANDADO CHEN XIANGSHU Y EL INSTITUTO DE LA TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO RESPECTO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO FENECIDAS CON ANTERIORIDAD A LA MISMA. LOS REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.**

Conforme la inteligencia desplegada precedentemente y de las conclusiones arribadas en la Cuestión Tercera del Veredicto, se advierte que concurren los elementos típicos que habilitan la operatividad de la solidaridad pasiva receptada por el art. 228 LCT por la cual es llamado a responder el codemandado Chen Xiangshu, desde que éste asumió la titularidad del establecimiento de calle Ugarteche 3183 durante el mes de mayo de 2014. Asimismo, las

obligaciones emergentes del contrato de trabajo del actor habido con el Sr. Yamil Roy Sverdlik existían a la época en que se materializó la transferencia, es decir, que resultaban exigibles.

Resulta de público y notorio conocimiento la *ratio decidendi* establecida por la Corte Federal *in re*: “Di Tullio, Nilda en autos: ‘González, Carlos Sergio y otros c/E.N.Tel. s/cobro de australes – expte. 29.542 s/incidente de ejecución de sentencia”, Causa D.452.XXIV, Sentencia del 17 de diciembre de 1996 (Fallos: 319:3071). En el Considerando 10º) de dicho precedente, el más Alto Tribunal de la Nación determinó la aplicación de los arts. 225 y 228 LCT, y la solidaridad entre transmitente y adquirente respecto del pasivo de la primera (en este caso se trataba del crédito de una trabajadora contra E.N.Tel).

Haciéndose claramente eco de dicha directriz, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en Plenario nro. 289, recaído en autos: “Baglieri, Osvaldo Domingo c/Francisco Nemec y Cía. S.R.L y otro s/despido”, estableció que el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo es responsable por las obligaciones del transmitente, derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión.

La tesis de la mayoría, entre otros argumentos, sostuvo que lo importante o decisivo, es la permanencia del establecimiento en actividad, correspondiendo determinar la nueva titularidad al sólo efecto de establecer los responsables solidarios de los créditos laborales. Que, desde dicho punto de vista, la ley apunta a formar el principio de unidad de empresa (como organización de medios donde se incorpora el establecimiento para el logro de los fines de aquélla), en términos tales que impiden el fragmento de la responsabilidad por los créditos laborales anteriores o posteriores a la transferencia.

En el ámbito de nuestra jurisdicción, la casación provincial ha receptado dichas directrices hermenéuticas. En un primer momento, en causa L90.470, “Benedetti”, sentencia del 3-IX-2008, para consagrarse en forma definitiva en causa L98.696, “Rolando”, sentencia del 4-V-2011.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la excepción de falta de acción opuesta por el demandado Chen Xiangshu (art. 345 inc. 3º CPCC) y propicio, en consecuencia, hacer lugar a la condena solidaria que persigue el accionante en autos contra Chen Xiangshu, por los créditos emergentes del contrato de trabajo habido con el Sr. Yamil Roy Sverdlik (arts. 225 y 228 LCT). Destaco que el codemandado responde en virtud de resultar el sujeto pasivo designado por la ley para responder por los incumplimientos del empleador en virtud de su carácter de cesionario del establecimiento.

#### **I. ALCANCE DE LA CONDENA SOLIDARIA**

La condena solidaria al codemandado Chen Xiangshu alcanza los rubros: indemnizaciones por antigüedad, omisión de preaviso e integración del mes de despido (arts. 245, 232 y 233 LCT), SAC proporcional (art. 123 LCT) y Vacaciones proporcionales (art. 156 LCT), haberes del mes de enero de 2014 y días trabajados correspondientes al mes de febrero del año 2014 (art.

103 LCT), multas de los arts. 8 y 15 de la Ley 24013, 2 de la Ley 25.323, 80 cuarto párrafo LCT y 53 ter de la Ley 11.653.

Por el contrario, la condena solidaria no alcanza a la obligación de hacer dispuesta en el apartado III.F de la presente, por resultar una obligación de naturaleza *intuitu personae* en cabeza del empleador del accionante relativa a la entrega de un certificado donde conste el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia documentada de los sueldos percibidos y de las aportes y contribuciones dirigidos a la Seguridad Social y a la obra social, resultando el Sr. Chen Xiangshu deudor solidario de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo habido entre el accionante y su empleador.

En cuanto a la multa prevista por el párrafo cuarto del art. 80 LCT, cabe recordar que el empleador es quien tiene el deber jurídico de cumplir la obligación de hacer (*Schuld*), pero la responsabilidad por la inejecución (*Haftung*) pesa tanto sobre el empleador como sobre el sujeto establecido por la ley para responder solidariamente junto con el incumpliente (art. 228 LCT), puesto que la solidaridad no se presume (véase ARIAS GIBERT, Enrique -2012-: "La responsabilidad en las obligaciones contractuales. Algunas precisiones necesarias". En: *Derecho del Trabajo*. Nro. 3. Buenos Aires: Infojus, pág. 38).

Tratándose de una obligación solidaria, no resulte exigible comunicación telegráfica alguna dirigida al Sr. Chen Xiangshu, ya que todos los intervinientes resultan deudores solidarios, por lo que "la comunicación cursada a uno de ellos resulta eficaz, ya que por tratarse de obligaciones solidarias el trabajador puede reclamar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cualquiera de los deudores solidarios" (CNAT, Sala III, Expte. 27.607/02. Sentencia del 5 de diciembre del 2005, nro. 87.358; Sala II, "González Manrique, Roberto c/Gerpe Brenlla, Manuel y otros s/Despido"). Ello en vistas a lo previsto por el art. 705 del Código Civil velezano (Ley 340), vigente al momento en que se perfeccionó la denuncia del contrato de trabajo y la posterior extinción del vínculo emergente de aquél efectuada por el actor el día 24 de febrero de 2014.

#### **J. COSTAS**

Las costas deberán ser soportadas en forma solidaria por el demandado Yamil Roy Sverdlik y el codemandado Chen Xiangshu, por haber resultados vencidos en lo sustancial del planteo sometido por el actor a jurisdicción (arts. 19 y 63 Ley 11.653, 75 CPCC). Ello es así por cuanto la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio, y no por análisis aritmético de las pretensiones y de los resultados; y el fundamento aludido no sufre desmedro por la sola circunstancia del éxito parcial de la demanda (SCBA 6-5-80 "Reseña" 1980 p. 127 n° 251, CNac Civ. Sala M "Nieto Nicolasa del V v. La Cabaña s/ daños y perjuicios").

#### **K. OFICIO A LA AFIP**

De conformidad con lo establecido por el art. 46 de la Ley 25.345, en atención a los términos de la sentencia recaída en autos, deberá oficiarse a la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de anoticiarla del resultado del presente proceso de conocimiento.

#### **L. INTERÉS MORATORIO**

En vista a la sanción de la Ley 14.399 (BO Nº 26969- 12/12/2012) y lo oportunamente resuelto por el Superior Tribunal de la Jurisdicción a partir del día 13-11-2013, en causas L.108164 "Abraham, Héctor Osvaldo c/ Todoli Hnos. SRL y otros s/ Daños y perjuicios"; L. 110487 "Ojer, Horacio Alberto c/ Cooperativa de Trabajo Pesquera 9 de Julio y otra s/ Cobro de salarios; "Campana, Raúl Edgardo c/ Banco de la Pampa Sociedad de Economía Mixta s/ despido"; L. 90788 "Vitkauskas, Félix c/ Celulosa Argentina S.A. s/ despido"; L. 108142 "Díaz, Walter Javier c/ Provincia A.R.T. S.A. y otro s/ Daños y perjuicios", corresponde declarar de oficio, y para el caso concreto, la inconstitucionalidad de dicha norma (SCBA L. 83.781, "Zaniratto", Sentencia del 22-XII-04), por los fundamentos vertidos en su oportunidad por la mayoría de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los precedentes reseñados, a los que me remito en honor a la brevedad.

Sentado ello, los intereses moratorios deberán calcularse en base a la TASA PASIVA BIP (Tasa pasiva opción plazo fijo digital a 30 días), resultando de público y notorio conocimiento la decisión de la SCBA donde expresa que la adopción de esta tasa de interés no quebranta su doctrina legal y está limitada a una ecuación estrictamente económica, derivada de la aplicación de una determinada alícuota en el marco de las variantes que puede ofrecer el tipo de tasa de interés pasiva ("Zócaro" L118615, Sentencia del 11-III-2015), los mismos deberán liquidarse por Secretaría desde que cada suma resultó devengada y hasta la fecha del presente pronunciamiento.

Destaco, asimismo, que en oportunidad de pronunciarse la casación provincial respecto de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Leyes 26.994 y 27.077), el cual ha derogado el art. 622 del Código Civil velezano (Ley 340), la misma ha indicado: "La aplicación inmediata de la ley a las relaciones y situaciones anteriores a su creación no significa su aplicación retroactiva, en tanto sólo alcanza los efectos que -por producirse después de la entrada en vigencia del nuevo texto- no se encontraban al amparo de la garantía de la propiedad, ni al resguardo de un cambio de legislación. Por lo tanto, desde el 1º de agosto de 2015 rige el art. 768 del Código Civil y Comercial (ley 26.994) a los fines de la determinación de los intereses moratorios (...) Ante el cambio normativo que importó el inc. c) del art. 768 del Código Civil y Comercial (ley 26.994), que conlleva una particular incidencia en la ponderación judicial al estar ante un circunscripto y concreto espectro de opciones, y teniendo en cuenta los valores de igualdad y seguridad jurídica, por el período que va del 1 de agosto de 2015 hasta su efectivo pago deberá aplicarse la tasa pasiva de interés "plazo fijo digital a 30 días" a través del sistema "Banca Internet Provincia" (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928, modif. por ley 25.561; inc. c) del art. 768, Código Civil y Comercial, ley 26.994)" (SCBA B62.488, "Ubertalli", Sentencia del 18-V-2016).

De lo expuesto se concluye que el criterio insinuado en "Zócaro" ha tenido acogida definitiva a partir de "Ubertalli", por lo que la decisión propuesta se encuentra en correspondencia con la doctrina legal del Superior Tribunal de la Jurisdicción (arts. 279 CPCC y 63 ley 11.653). La inteligencia expuesta, ha tenido ratificación definitiva en Causa L118.587, "Trofe", Sentencia del 15 de junio de 2016.

ASÍ LO VOTO

A la primera cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL JUEZ BARCIELA DIJO:**

En atención al resultado de la votación que antecede, propongo:

1. Rechazar las excepciones de falta de acción y falta de legitimación pasiva interpuestas por los demandados Chen Xiangshu y Yamil Roy Sverdlik, respectivamente (arts. 345 inc. 3º CPCC y 63 Ley 11.653).
2. Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por el Sr. Hernán Rodrigo Jara contra el demandado Yamil Roy Sverdlik y el codemandado Chen Xiangshu, condenando a estos últimos, en forma solidaria (arts. 228 LCT; 705 Código Civil -Ley 340-; 7 Código Civil y Comercial de la Nación -Leyes 26.994 y 27.077-), a que abonen, dentro de los 10 (diez) días de notificada la presente, mediante depósito en cuenta bancaria perteneciente a estos autos y a la orden de este Tribunal, la suma de **PESOS DOSCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO CON 31/100 (\$203.885,31.-)**, por concepto de los rubros reseñados en la cuestión primera de la presente sentencia; con más los intereses moratorios cuya liquidación se practicara en base a la TASA PASIVA BIP -Tasa pasiva opción plazo fijo digital a 30 días- desde que cada suma resultó devengada y hasta la fecha de la presente (arts. 622 Código Civil -Ley 340-, 7 y 768 del Código Civil y Comercial de la Nación; SCBA L118.615, "Zócaro", Sentencia del 11-III-2015; B62.488, "Ubertalli", Sentencia del 18-V-2016; Causa L118.587, "Trofe", Sentencia del 15 de junio de 2016).
3. Rechazar la demanda en cuanto persigue la incorporación del rubro horas extras a la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, el cobro de Sueldo Anual Complementario del año 2013, vacaciones gozadas y no abonadas correspondientes al año 2013 y diferencias salariales (726 Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-).
4. Imponer las costas a los demandados en forma solidaria respecto a los rubros por los cuales progresó la demanda (arts. 19 y 63 Ley 11.653 y 75 CPCC).
5. Condenar al demandado Yamil Roy Sverdlik para que proceda a la confección y entrega al accionante, en el plazo de 10 (diez) días, de un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, y una constancia documentada de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la Seguridad Social (conf. art. 80 LCT; SCBA L95.634, "Dos Santos", Sentencia del 21-III-2012), desde el mes de enero del año 2014 al 24 de febrero del año 2014. Ello, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de fijarse astreintes como sanción conminatoria, los cuales se computarán a partir de la expresa petición de la parte actora, una vez firme la presente (arts. 804 Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-, 37 CPCC).

6. Librar oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos en los términos del art. 46 de la Ley 25.345, a fin de anoticiarla del resultado del presente proceso de conocimiento.
7. Diferir la regulación de honorarios para el momento de encontrarse firme la presente (art. 51 Ley 14.967).
8. Librar oficio electrónico al Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal San Miguel, a fin de que proceda a la apertura de una cuenta gratuita para depósitos judiciales a la orden de este Tribunal y perteneciente a estos autos.

#### ASÍ LO VOTO

A la segunda cuestión planteada, los Sres. Jueces Ramírez y Méndez, por compartir los fundamentos expuestos por el magistrado preopinante, votan en igual sentido.

CON LO QUE FINALIZÓ EL PRESENTE ACUERDO, PRONUNCIÁNDOSE EL SIGUIENTE

#### **FALLO**

AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

Los términos del Acuerdo que antecede, EL TRIBUNAL RESUELVE:

1. Rechazar las excepciones de falta de acción y falta de legitimación pasiva interpuestas por los demandados Chen Xiangshu y Yamil Roy Sverdlik, respectivamente (arts. 345 inc. 3º CPCC y 63 Ley 11.653).
2. Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por el Sr. Hernán Rodrigo Jara contra el demandado Yamil Roy Sverdlik y el codemandado Chen Xiangshu, condenando a estos últimos, en forma solidaria (arts. 228 LCT; 705 Código Civil -Ley 340-; 7 Código Civil y Comercial de la Nación -Leyes 26.994 y 27.077-), a que abonen, dentro de los 10 (diez) días de notificada la presente, mediante depósito en cuenta bancaria perteneciente a estos autos y a la orden de este Tribunal, la suma de **PESOS DOSCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO CON 31/100 (\$203.885,31.-)**, por concepto de los rubros reseñados en la cuestión primera de la presente sentencia; con más los intereses moratorios cuya liquidación se practicara en base a la TASA PASIVA BIP - Tasa pasiva opción plazo fijo digital a 30 días- desde que cada suma resultó devengada y hasta la fecha de la presente (arts. 622 Código Civil -Ley 340-, 7 y 768 del Código Civil y Comercial de la Nación; SCBA L118.615, "Zócaro", Sentencia del 11-III-2015; B62.488, "Ubertalli", Sentencia del 18-V-2016; Causa L118.587, "Trofe", Sentencia del 15 de junio de 2016).
3. Rechazar la demanda en cuanto persigue la incorporación del rubro horas extras a la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, el cobro de Sueldo Anual Complementario del año 2013, vacaciones gozadas y no abonadas correspondientes al año 2013 y diferencias salariales (726 Código Civil y Comercial de la Nación -Ley 26.994-).

4. Imponer las costas a los demandados en forma solidaria respecto a los rubros por los cuales progresó la demanda (arts. 19 y 63 Ley 11.653 y 75 CPCC).
5. Condenar al demandado Yamil Roy Sverdlik para que proceda a la confección y entrega al accionante, en el plazo de 10 (diez) días, de un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, y una constancia documentada de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la Seguridad Social (conf. art. 80 LCT; SCBA L95.634, "Dos Santos", Sentencia del 21-III-2012), desde el mes de enero del año 2014 al 24 de febrero del año 2014. Ello, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de fijarse astreintes como sanción conminatoria, los cuales se computarán a partir de la expresa petición de la parte actora, una vez firme la presente (arts. 804 Código Civil y Comercial de la Nación –Ley 26.994-, 37 CPCC).
6. Librar oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos en los términos del art. 46 de la Ley 25.345, a fin de anoticiarla del resultado del presente proceso de conocimiento.
7. Diferir la regulación de honorarios para el momento de encontrarse firme la presente (art. 51 Ley 14.967).
8. Librar oficio electrónico al Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal San Miguel, a fin de que proceda a la apertura de una cuenta gratuita para depósitos judiciales a la orden de este Tribunal y perteneciente a estos autos.
9. REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.-