



PERSONAS JURIDICAS: Responsabilidad de los directores de la sociedad por fraude a la Ley.
TRANSFERENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO: Continuidad de la relación laboral a los fines indemnizatorios

1.- *Acreditado que la empresa demandada recibió, mediante transferencia, un relación laboral con un trabajador que nunca fue registrado y que la falta de registro del contrato del trabajo es un ardid destinado a ocultar hechos y conductas, con la finalidad de sustraer al empleador del cumplimiento de sus obligaciones legales, lo que constituye un fraude laboral, los incumplimientos a la ley por parte de la sociedad demandada, trae aparejada la responsabilidad solidaria de las codemandadas físicas, en virtud de los arts. 54, 59 y 274 de la ley 19550.*

2.- *Debe responsabilizarse en forma solidaria a las codemandadas, por las indemnizaciones derivadas del despido del trabajador, en tanto quedó acreditado que existió continuidad entre ambas, ya que utilizaban el mismo establecimiento y realizaban idéntica actividad comercial y dicha transferencia fue destinada a evadir el cumplimiento de obligaciones laborales.*

3.- *Si nunca se registró el vínculo laboral, no existe un simple incumplimiento legal, sino una actuación destinada a evadir la ley (laboral, impositiva, comercial, etc.), mediando un ardid destinado a ocultar hechos y conductas con la finalidad de sustraer al empleador del cumplimiento de sus obligaciones legales, ante ello los codemandados deben responder en forma solidaria, en su calidad de directores de la sociedad codemandada y en virtud de lo normado por los arts. 54, 59, 274 y concordantes de la ley 19.550.*

CNTrab., sala III, diciembre 22-2016.- Mastrazzi Hector F. c. TOCLAL S.A. y otros s. Despido

En la ciudad de Buenos Aires a los **22/12/2016**, capital de la República Argentina, reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar los recursos deducidos contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación.

La Doctora Diana Cañal dijo:

I.- La Sra. Juez de anterior grado, hizo lugar a la demanda, y condenó a la sociedad demandada al pago de los rubros salariales y al sueldo anual complementario del 2009 (fs. 501/504 vta.)

Contra tal pronunciamiento, se alzan la codemandada Fracasso y el actor, a tenor de los memoriales obrantes a fs. 507/509 vta. y fs. 510/515, con réplica a fs. 526/530 y fs. 531/534.

II.- De una breve reseña de los extremos del litigio, resulta que el actor demandó a TOCLAL S.A., Rosalía Marta Fracasso, Carlos Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar, todos ellos por ser solidariamente responsables con la empresa para quien laboró

El trabajador argumenta que el 2 de octubre de 2005 ingresó a trabajar para TOCLAL SA, realizando tareas de portería y seguridad en el establecimiento con el nombre de fantasía "Madonna", ubicado en la Av. Pueyrredón 1070 de esta Ciudad; con una jornada de lunes a sábados de 20 a 6 horas. Sin embargo, la jornada se extendía debido a que los clientes permanecían en el local por un período mayor, al mencionado, y percibía una remuneración mensual de \$ 3.000.

El actor a su vez, aduce que cumplía habitualmente con la prestación de dos horas extraordinarias, las cuales no le eran abonadas, y esta situación motivó que reclamara el correcto registro de su contrato de trabajo. Ante ello, el 13 de julio de 2009 fue presionado a renunciar y así lo hizo mediante TCL Nro. 15385799, en los siguientes términos "Renuncio a mi empleo a partir del 10/7/2009".

Asimismo, el accionante invoca que el 14 de julio de 2009, luego de que fuera asesorado legalmente y al no efectivizarse el pago de salarios adeudados, envió una intimación a su empleadora a fin de intimarla al correcto registro del contrato de trabajo en relación con la fecha de ingreso, salario, categoría, jornada y el pago de horas extras al 50% y al 100%, salarios adeudados de abril, mayo, junio y julio de 2009, sac



adeudado, y aportes previsionales. Aduce que ante la falta de respuesta a dicha intimación, el 20 de julio del mismo año se colocó en situación de despido indirecto (fs. 6/9).

La codemandada TOCLAL SA, contesta demanda y opone excepción de falta de legitimación pasiva. Niega que haya existido relación de dependencia con el actor y la recepción de la pieza postal. Reconoce que su actividad comercial resulta ser el rubro café-bar, despacho de bebidas, whiskería y cervecería, en el local comercial de Avenida Pueyrredón 1070 de esta ciudad.

La sociedad expone que jamás ha estado bajo la administración, dirección o control de otras personas físicas o jurídicas. De tal forma que en ningún momento no ha constituido con los codemandados físicos un conjunto económico. La coaccionada afirma que nunca tuvo vínculo contractual con el actor, como así tampoco relación con la codemandada Rosalía Marta Fracasso (fs. 58/85).

Luego se presenta la codemandada Fracasso a contestar demanda, y desconoce los hechos expuestos en el escrito inicial y en especial desconoce la relación laboral invocada. La codemandada reconoce que explotó entre el 7 de marzo de 2008 y el mes de Junio de 2009 un establecimiento comercial en la Avenida Pueyrredón 1066/1070 de Capital Federal, bajo la actividad de servicio de café, bar y despacho de bebidas.

La coaccionada afirma que la titularidad sobre el comercio de la Avenida Pueyrredón 1066/70 no correspondía a una transferencia de establecimiento, toda vez que firmó un contrato de locación con el Fideicomiso PCF, titular del inmueble precedentemente indicado, con vigencia a partir del 7/3/08, a los efectos de desarrollar la actividad comercial antes señalada.

A su vez, la codemandada afirma que en ningún momento constituyó con las personas aquí codemandadas conjunto económico alguno, y que no ha tenido vínculo contractual con el actor (fs. 101/106).

El codemandado Veniani contesta demanda, desconoce la relación laboral con Mastrazzi y señala que jamás estuvo a cargo de la supervisión de ningún local, ni estuvo en el local de referencia, ni realizó tarea alguna en el mismo. Nunca conoció al actor y por tal motivo, mal pudo haber estado a cargo del establecimiento (fs. 108/114).

El codemandado Eduardo Omar Aquino contesta demanda y afirma que integró el directorio de TOCLAL S.A., en el período comprendido entre el 5/5/09 y el 17/5/10, en calidad de presidente de dicho órgano. En razón de ello, adhiere plenamente a la contestación de demanda realizada por la codemandada antes mencionada. A su vez, niega que hubiera existido contrato de trabajo entre el actor y Toclal S.A., como así tampoco lo hubo con él (fs. 161/168).

A fs. 174, se tuvo al codemandado Ramiro Pérez Gomar por incurso en la situación procesal de rebeldía.

III.- Sentadas sucintamente las posturas de los litigantes, corresponde abocarse a la tarea de analizar los recursos interpuestos por la codemandada Fracasso y el actor.

La codemandada Fracasso se considera agraviada, porque la Sra. Juez de grado anterior concluyó que respecto de la acción dirigida contra ella, las pruebas colectadas en la presente causa habilitaron la aplicación de las disposiciones previstas en los arts. 21, 22, 23, 25, y 37 de la LCT, y por ello tuvo por acreditado el contrato de trabajo.

Al respecto, he dicho como juez de primera instancia del Juzgado Nacional N°74, en la sentencia N°4463, dictada en autos "Toci, Ángel c/ Obra social para la Actividad Docente s/ Despido", del año 2009, y como Juez integrante de este Tribunal en la SD Nro. 92796, del 27 de septiembre de 2011, en autos "CARRO HECTOR NORBERTO c/NACION SEGUROS DE RETIRO S.A. s/DESPIDO", que *"Las normas deben ser leídas necesariamente, adaptadas a la realidad en la que han de ser aplicadas. Así, los requisitos de toda relación de dependencia no pueden ser hoy los mismos que al tiempo de la sanción y promulgación de la ley de contratos. El tipo de subordinación requerida por la misma, hoy no resulta aplicable a todo tipo de vínculo, y ello es así, porque las relaciones en sí ya no son las mismas."*

"Cada vez más el mercado de trabajo nos presenta a trabajadores altamente capacitados que no requieren de ninguna instrucción técnica por parte de su empleador, y al que ni siquiera se le rinden cuentas, sencillamente porque aquél no tiene siquiera los conocimientos para comprender los alcances del aspecto técnico de su gestión. Precisamente por eso lo contrata, y esto es lo que se presta a



confusión, puesto que se comprometen no sólo al cumplimiento de una tarea en forma continuada, sino a la realización de una obra en concreto.”

Y “en cuanto a la operatividad del citado artículo 23 que el mandato normativo es claro: “el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”, salvo que se pruebe lo contrario y “esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato”.

Por lo tanto, para aplicar el articulado de marras, no interesa en qué términos resulta admitida la prestación de servicios, porque precisamente el carácter jurídico de la misma, será el resultado de la valoración del juez.

De tal suerte, se invierte la carga de la prueba y es la demandada Fracasso quien debe acreditar que Mastrazzi no fue dependiente.

Por ello, cabe analizar si la demandada consiguió revertir los efectos dispuestos por la norma aludida.

En relación con lo expuesto precedentemente, en autos sucede todo lo contrario, puesto que es el actor el que acredita la subordinación y dependencia. A tal fin, comenzaré a observar los dichos de los testigos propuestos.

Así el primero de los testigos deponentes del actor Aníbal Pintado Borges, dio cuenta que conoció al actor “(...) por haber estado en la puerta de MADONNA, a partir del año 2005 hasta mediados del 2009, en el mes de junio y julio. Que fueron las últimas veces que vio allí el actor; (...) Que conoce a MADONNA que es una wiskería ubicada en la PUEYRREDON entre Córdoba y Paraguay. Que solo conoce al actor de llevarle pasajeros a la puerta de MADONNA. (...) Que veía al actor de portero en MADONNA, no sabe bien la fecha pero era desde el mes de enero o febrero del 2005. Que el horario que iba normalmente a ese domicilio de la calle Pueyrredón era de noche a partir de las 20 o 20 y 30 hs. Que iba todos los días, durante la semana menos los domingos. Que le daban una comisión por llevar clientes o pasajeros iba allí. Que se lo daba el boliche, que entraba el actor y de adentro le daban la comisión para que se la entregue al testigo. whiskería a las 2 o bien a las 5 de la mañana. Que siempre veía en esos horarios a este; (...) Que a veces ha estado allí en la puerta, esperando que le dieran la comisión, se fumaba un cigarrillo y luego se iba. (...) Que el horario de dicha boliche mencionado era de 20 o 20 y 30 hs y estaban hasta las 5 de la mañana. Que lo sabe porque el testigo llevaba la gente y más temprano no había nadie allí. Que no tiene ni idea porque dejo de estar en ese lugar mencionado en su relato el actor (fs. 458/459).

Otro de los testigos del accionante Marcelo Guillermo Jesa, que declaró a propuesta del trabajador afirmó que conoció al “(...) boliche MADONNA, desde que su mujer comenzó a trabajar allí como bailarina en marzo del 2004 o sea que conoció al actor más o menos en el 2005 no recuerda el mes, o el año 2004, no recuerda bien la fecha. Que recuerda que se fue a mediados del 2009 de vacaciones de invierno no lo recuerda bien y cuando volvieron ya no estaba más el actor en MADONNA. (...) Que cuando a su mujer la llevaba a MADONNA a las 19 y 30 hs. más o menos ya veía al actor en la puerta con un banquito de madera. Que lo veía allí al actor vestido de traje. Que también lo solía ver al actor adentro de MADONNA ubicada sobre la calle PUEYRREDON entre Paraguay y Córdoba. Que en ese momento estaba el actor dándole café a algunos de los clientes o sacando a alguna persona que estuviere ebria, o bien entraba para ver si las chicas necesitaban algo para comer. Que cuando llevaba el testigo a su mujer que trabajaba como bailarina como relata, en el horario mencionado, se quedaba ahí en MADONNA una hora o dos horas, ya que trabajaba él testigo muy cerca y entraba a las 22 hs. Que cuando iba el testigo dice que hablaba con el disjockey de nombre MARCOS, el cajero de nombre GUSTAVO, y HECTOR MASTRAZZI que era el portero del lugar. Que dice así por el actor porque era la única persona que estaba afuera del boliche en la puerta y hacia la recepción de los clientes y era el actor el que le abría la puerta al taxi a la persona que se retiraba del boliche mencionado. (...) Que cuando iba el dicente a llevar a su mujer de 19 y 30 a 19 y 45 ya veía al actor en la puerta y cuando la iba a buscar a su mujer a las 7 de la mañana o bien 8 hs. no tenía horario de cierre ya que era hasta que se iba el último cliente, también dice haberlo visto al actor en la puerta. Que no sabe quién le abonaba al actor (fs. 461/462).

Por último el testigo Jorge Luis Paz, dio cuenta que conoció al actor “(...) Que el local que alude MADONNA está ubicado en la av. Pueyrredón entre Córdoba y Paraguay. Que en dicho lugar lo veía al actor en la puerta bien vestido, con ropa de vestir con corbata como un portero, que dice así porque normalmente los porteros de los locales están vestidos como venía al actor. Que el testigo trabaja manejando un taxi y llevaba a pasajeros a MADONNA y ahí veía al actor. Que sabe que el actor hacía también trabajos adentro que dice así porque el testigo se bajaba del taxi, estiraba un poco las piernas y



conversaba con el actor esperando si el pasajero que llevaba se quedaba o no en dicho local MADONNA. Que en esa época iba a MADONNA con pasajeros unas tres veces por semana más o menos. Que el trabajo del testigo era de noche de 18 a 6 de la mañana de lunes a sábados y que podía ir al local mencionado alrededor de las 19 o 20 hs. horarios aludidos, se quedaba allí un rato, fumaba un cigarrillo, charlaba con el actor de todo un poco. Y se iba a seguir trabajando. Que el testigo hasta mediados del 2009, más o menos en el mes de junio o julio ha ido a MADONNA con la frecuencia mencionada. (...) Que ha ido a las 4 o 5 de la mañana a llevar pasajeros a Madonna Y ha visto al actor en la puerta de dicho lugar. (...) Que cuando el testigo dejaba al pasajero veía que el actor los hacia ingresar y entonces el testigo esperaba si el pasajero se quedaba Agrega que el actor entraba con el pasajero y después si se queda el pasajero el testigo recibía la comisión que se la daba el actor. Que como no entro nunca al local nos sabe quién era el que le daba la comisión al actor. (...) Que después de junio o julio del 2009 no fue más a MADONNA porque cambio el turno del taxi por la mañana “ (fs. 464/465).

Reconozco suficiente valor probatorio a los testimonios reseñados, ya que los deponentes resultaron precisos y tomaron conocimiento de los hechos que relatan en forma directa (arts. 386 y 456 del CPCC).

Por otra parte, advierto que la codemandada Fracasso, no produjo prueba testimonial, ya que ante la incomparecencia de los testigos Mercado de Sisco, Gómez y Rodrigo no pudo valerse de dichos testimonios (ver fs. 475 y fs. 477).

Todo lo dicho se suma, a que la misma parte reconociera en su responde a fs. 103 que *“durante el periodo comprendido entre el 7 de marzo de 2008 y junio de 2009, exploté un establecimiento comercial en Avda. Pueyrredón 1066/1070 de esta ciudad, bajo la actividad: SERVICIO DE CAFÉ, BAR Y DESPACHO DE BEBIDA”*

Por lo tanto, la prueba testimonial y reconocimiento de la codemandada Fracasso acreditan el contrato de trabajo invocado por Mastrazzi mediante el cual prestó tareas de portero y seguridad, en el establecimiento comercial de la avenida Pueyrredón 1070 CABA, que explotó citada demandada (arts. 21, 22 y 23 de la LCT). Ello torna que propicio confirmar este aspecto de la sentencia apelada.

IV.- En cuanto a la extinción del vínculo de trabajo, observo que Mastrazzi envió un telegrama de renuncia que fue recibido por la empleadora el 13 de julio de 2009 (ver telegrama Nro. 131, fs. 389 y fs. 391), es decir, con anterioridad a su retractación, la cual no llegó a destino por cuanto fue devuelta la documentación con *“cerrado con aviso”* (ver carta documento Nro. 44992287, fs. 285 y fs. 391).

La Sra. Juez de primera instancia, valoró que si bien el actor sostuvo que fue presionado a renunciar a su empleo, lo concreto es que esta circunstancia no fue aceptada por la codemandada Fracasso, como así tampoco se acreditó el vicio de consentimiento que alegó en su demanda.

Considero que en la renuncia que efectuó el trabajador, se evidencia un “error reconocible” (art. 266 del Código Civil y Comercial de la Nación). *El error es “reconocible” cuando en relación a la naturaleza y circunstancias del negocio jurídico, el destinatario, usando la normal diligencia, hubiera podido darse cuenta de él. Solo se exige que el receptor esté en condiciones de advertir el error en abstracto, aunque, de hecho, no se hubiera dado cuenta, empleándose para advertirlo un criterio de normalidad. Por tanto, es irrelevante que el destinatario de la declaración haya o no reconocido el error: basta que el error fuese objetivamente reconocible según las características del destinatario de la declaración considerando la naturaleza del acto en cuestión y, particularmente, las circunstancias de tiempo y lugar, tal como expresa el texto de la norma”* (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Título preliminar, Libro primero, Artículos 1 a 400, INFOJUS, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso).

Por lo tanto, considero que el trabajador no advirtió el significado de la renuncia y por otra parte, la codemandada Fracaso tenía pleno conocimiento del vínculo de trabajo, la que esencialmente no registró el contrato de trabajo a fin de evadir las obligaciones laborales y de seguridad social. Luego, no se puede premiar a quien actúa en fraude a la ley (art. 14 de la LCT), ya que la falta de registro de un trabajador - contratación “en negro”- constituye un recurso para violar la Ley de Contrato de Trabajo y de empleo, el orden público laboral, la buena fe y para frustrar derechos de terceros, como el trabajador, el sistema previsional y los integrantes del sector pasivo.

Por otra parte considero que es válida la comunicación por la cual el trabajador se colocó en situación de despido (CD Nro. 45261195) cuando la intimación al correcto registro de trabajo (CD Nro. 44992287) había sido enviada al mismo domicilio, Pueyrredón 1070 CABA.



A mayor abundamiento, es dable señalar que si la oficina de correos informó que el domicilio al que se cursó la disolución del vínculo se encontraba “cerrado con aviso”, es oportuno establecer que, si el telegrama fue devuelto por el distribuidor con esa observación, debe tenerse por válido y produce plenos efectos, ya que, el mismo no fue entregado por responsabilidad del destinatario.

De este modo, era la demandada quien debía arbitrar los medios para recibir en tiempo oportuno la correspondencia que le estaba dirigida. Considero, por lo expuesto, que la demandada Fracasso quedó debidamente notificada de la situación de despido (en igual sentido, SD Nro. 93.267, del 16 de octubre de 2012, en autos “ARRIAGA ARIEL HERNÁN c/ GODOY WALTER OMAR s/ DESPIDO”, del registro de esta Sala).

De tal suerte, entiendo que el desconocimiento del vínculo de trabajo por parte de la codemandada Fracasso, justifica la situación de despido indirecto en que se colocó Mastrazzi (art. 242 LCT).

En consecuencia, propongo revocar en el punto el fallo apelado y por ende, corresponde hacer lugar a las indemnizaciones derivadas del despido (arts. 242, 232, 233 y 245 LCT).

También prosperaran las multas de la ley 24013 y el agravamiento dispuesto en el art. 2 de la ley 25323, atento, a que en ambos casos, el trabajador cumplió con los recaudos legales (ver fs. 385, 388 y fs. 391).

V.- El accionante apela el rechazo de la demanda respecto de la acción dirigida contra TOCLAL SA., Carlos Alberto Veniani, Eduardo Omar Agino y Ramiro Pérez Gomar, ya que la Sra. Juez de grado anterior concluyó, que el actor no acreditó en la causa el vínculo de sucesión directa entre la codemandada Fracasso y los restantes codemandados.

En primer término, advierto que la codemandada Fracasso adujo en su responde, que explotó el establecimiento de la calle Pueyrredón 1066/1070 de CABA, mediante un contrato de locación con el FIDEICOMISO PCF, titular del inmueble citado con vigencia a partir del 7 de marzo de 2008 hasta junio de 2009. Ello, a los efectos de desarrollar una actividad comercial, no obstante, la codemandada no aportó dicha documentación a fin de verificar la autenticidad del extremo invocado en su responde (ver fs. 103, art. 377 del CPCC).

En segundo lugar, en cuanto a los codemandados Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar, todos ellos resultan integrantes de la sociedad TOCLAL SA. El primero, fue presidente de la misma al constituirse el 25 de junio de 2007 como persona jurídica, Pérez Gomar el 14 de diciembre de 2007, también asumió como presidente de la misma, y por último Aquino en mayo de 2009 (ver fs. 23/245). Asimismo, todo fueron socios.

Ahora bien la sociedad TOCLAL al constituirse en junio de 2007 tenía como objeto social “(...) dedicarse por cuenta propia y/o de terceros y/o asociada a terceros, en el país o en el extranjero, a las siguientes actividades: licenciar y/o sublicenciar a terceros los derechos de uso de derechos de Propiedad intelectual, sea en el país o en el extranjero especialmente marcas, enseñas, nombres comerciales, frases publicitarias, patentes de invención, modelos y/o diseños industriales, modelos de utilidad, derechos de autor y derechos conexos, nombres de dominio y cualquier otra u otras, derechos que los reemplacen o complementen en el futuro a fin de administrar y operar comercialmente los negocios cubiertos” (fs. 229).

A fs. 241 resulta acreditado de la prueba informativa a la Inspección General de Justicia, que la codemandada TOCLAL SA en mayo de 2009 decide modificar el art. 3 del estatuto social, ya que “no se pudo materializar el alquiler de marcas y patentes y habría una posibilidad muy cierta de explotar un rubro comercial gastronómico que resiste bastante bien los embates de la crisis actual que atraviesa el país. Por lo tanto sugiere adecuar el mismo a la nueva actividad que desarrollará la firma TOCLAL S.A. proponiendo que el referido artículo 3 quede redactado según los siguientes términos “ARTICULO TERCERO”: La sociedad tiene por objeto dedicarse por cuenta propia, de terceros o asociada a terceros tanto en el país como en el exterior las siguientes actividades; café, bar, despacho de bebidas y todo tipo de espectáculos en vivo. La sociedad tiene plena capacidad jurídica para ejercer derechos, contraer obligaciones y ejercer todos los actos que no sean prohibidos por la ley o por el presente estatuto”.

En abril de 2011 la sociedad demandada decide, a través de la propuesta del codemandada Pérez Gomar, que es necesario fijar el domicilio legal en la calle Pueyrredón 1070 de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 339).



EL DERECHO

Analizo que si bien al operar el despido del trabajador en julio de 2009, la sociedad TOCLAL SA había modificado su objeto social y no su domicilio, considero que aun así en ese momento la sociedad ya ejercía su actividad en el establecimiento de la calle Pueyrredón 1070 CABA.

Digo esto, porque el actor envió el telegrama a su empleadora Fraccaso a fin de que esta registrara su contrato de trabajo, y la persona que recibió la comunicación en el local de la avenida Pueyrredón 107, fue "MALFINI GRACIELA", quien integró el directorio de la Sociedad TOCLAL SA hasta abril de 2011 (CD Nro. 44992287, fs. 285, fs. 339 y fs. 391).

Esta situación evidencia, que al momento de configurarse el despido del actor, existió continuidad o cesión encubierta del establecimiento de la calle Pueyrredón, entre la codemandada Fracasso y TOCLAL SA, ya que utilizaron el mismo comercio y realizaban idéntica actividad comercial (art. 225 de la LCT) con el consabido desinterés de regularizar la situación laboral de Mastrazzi.

No escapa que el actor en su demanda, otorgó un encuadre normativo de solidaridad entre la codemandada Fracaso y TOCLAL SA fundado en los términos del art. 30 y 14 de la LCT.

Sin embargo, considero que por el principio iura novit curia y de los elementos de prueba rendidos en la causa, el encuadre normativo aplicable a autos, resultan ser las disposiciones de los arts. 225 y 228 de la LCT.

Reiteradamente he sostenido que "en virtud del referido "iura novit curia", ello o nos lleva indeclinablemente a recordar, cuál es la función del juzgador, dentro de los límites de su propia competencia, y en los casos sometidos a su decisión. Y esta es, sustentar la primacía de la ley fundamental de la Nación con todas sus garantías materiales, entre ellas, el derecho de defensa en juicio, que implica tanto el acceso a la justicia para el que reclama, cuanto la plenitud de defensa para el que contesta."

"Lo cual conlleva, a su vez, la garantía de que aunque uno u otro, funden equivocadamente el derecho, y aún de modo insuficiente, sea el juez el encargado de corregirlo mediante su obligación de ejercer el "iura novit curia". Ello, sin desvirtuar el soporte fáctico sobre el cual las partes han desplegado sus argumentos, y ofrecido prueba."

"En relación con el "iura novit curia", receptado en los arts. 34, inc. 4 y 163 inc. 6 del CPCCN, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el Juez está facultado a aplicar el derecho que regula la situación fáctica que, denunciada por las partes, deviene acreditada en la causa. Ello, con prescindencia de las afirmaciones o argumentaciones de orden legal, formuladas por los litigantes, e independientemente del encuadre jurídico que ellos asignen a sus relaciones (CSJN G. 619-XXII, en autos "Gaspar, Rodolfo y otros c/ SEGBA SA", sentencia N° 92.515 del 19.4.11, en autos "Castro Sebastián Marcelo c/ La Segunda ART SA s/ accidente-acción civil", del registro de esta Sala). Criterio que también he sostenido como Juez de primera instancia (conf. sentencia definitiva N° 2834, del 9/12/10, en autos "Monteagudo Barro, Norberto Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación", del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 74)."

"Luego el juez está facultado a aplicar el marco normativo que sea el adecuado para un cierto contexto fáctico. Esta facultad no implica una violación del principio de defensa, ni del de congruencia, puesto que ello sucedería exclusivamente si se alteraran los hechos presentados en la traba de la Litis, no brindándose oportunidad de defensa."

"Por lo tanto, la única hipótesis de excepción, en donde el empleo del "iura novit curia" podría implicar un avance sobre los hechos, sería si la norma que aplica el Juez, implicase una hipótesis fáctica diferente."

"Aun así, si las defensas y pruebas rendidas también la abarcan, no habría inconveniente para su empleo. Podríamos decir que es una cuestión de más o de menos. Digo así porque si la plataforma jurídica escogida es muy amplia, existe la posibilidad de que el

ejercicio del "iura novit curia" en nada afecte. Resultaría muy poco probable – aunque no imposible- a la inversa."

"Recordemos en el punto, que el juez tiene la obligación de aplicar el derecho vigente, ajustado a la Constitución Nacional. Es decir que debe realizar un previo control de constitucionalidad y convencionalidad, por todos necesariamente conocido."



EL DERECHO

“A su vez, en el caso del “ultra petita”, el juez no se encuentra atado numéricamente a los reclamos de las partes, dado que puede corregir todo tipo de error siempre y cuando sea matemático o numérico”

“En el caso del “extra petita”, se señala centralmente que no tiene que ver con el derecho, sino con los hechos. El juez no puede alterar bases fácticas, y sí, numéricas. De ahí la factibilidad del “ultra petita”, y del “iura novit curia”, vinculado exclusivamente al derecho, como se viera.”

“En el punto, debo recordar que la finalidad del derecho del trabajo, consiste en procurar el respeto por la dignidad del hombre que trabaja, que facilite el ejercicio de su actividad.”

“Así, en cuestiones en las que se dudaba sobre la incursión en decisiones “extra petita”, en los autos “VALERIO ALEJANDRA MARIELA DE LUJÁN C/ AMERICAN EXPRESS ARGENTINA S.A. Y OTRO S/ DESPIDO” (CAUSA N. 22239/2004), esta sala, cuando era otra su integración, en la sentencia definitiva n° 87.717 de fecha 28.04.2006, dijo que: “La actora se queja porque el Sr. Juez no acogió su pretensión relativa a la llamada integración del mes de despido pues sólo condenó por el pago de salarios correspondientes a 17 días de junio. Considero que le asiste razón, ya que en el caso dicho concepto es procedente, en atención a lo dispuesto por el art. 4 de la ley 25877 (B.O. 19.3.04) vigente a la época en que el vínculo se extinguió pues dicho rubro procede cualquiera que fuera la fecha de comienzo del contrato laboral (en sentido análogo, SD Nro. 87550 del 8.3.2006 “Báez, Sergio Ignacio c/ Disco S.A. y otro”, del registro de esta Sala). Ello es así en virtud del principio iura novit curia receptado por los arts. 34 inc. 4° y 163 inc.6° del C.P.C.C., aun cuando no hubiera sido peticionado como tal en el escrito de inicio pues lo cierto es que la actora requirió el pago de salarios correspondientes a mayo y junio, éste último en forma íntegra (fs. 17)”.

“Y finalmente el “iura novit curia” tiene como máxima expresión la inconstitucionalidad de oficio. El mismo, implica las correcciones y/o adecuaciones jurídicas normativas con relación a la Constitución Nacional, para resolver el caso, y es una obligación del Juez aplicarlo, en virtud del tipo de control de constitucionalidad que tenemos de tipo difuso.”

“En todas estas hipótesis, correcta e incorrectamente, según la situación, campea el fantasma de la violación al principio de congruencia.”

“Cabe preguntarse, qué significa.”

“Pues bien, encontramos la congruencia en dos momentos. El primero, es la traba de la litis, en donde como, se dijo en los párrafos anteriores, el iura novit curia no podría modificar la plataforma fáctica (por ejemplo, si se reclamó por la LRT, no podría condenarse por el derecho común, pues las defensas para este último son distintas, suponiendo hipótesis fácticas diversas, a menos que se diera la hipótesis de excepción ya reseñada)”.

“El otro momento, es el de la apelación, como el caso de autos. Aquí, se achica el marco del principio de congruencia, si es que quedan aspectos consentidos, no así el del “iura novit curia”, que siempre bajo la regla de que no implique alteración de la plataforma fáctica, es obligatorio aplicar, con la posibilidad de un análisis constitucional inclusive.”

“Así, como se verá seguidamente, lo que se hace es aplicar “lisa y llanamente” el “iura novit curia”, donde no se modifican ni los hechos de la traba de la litis, sino que por el contrario se emplea la normativa vigente para el caso de autos, la cual es más favorable que la determinada por la anterior instancia. De tal suerte, se respeta la racionalidad del sistema donde previa el principio de progresividad, consagrado en el artículo 2.1 del PIDESC, según el cual, todo Estado Parte “se compromete a adoptar medidas, para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

“ Y por cierto, esta plena efectividad implica una labor legislativa y judicial”.

De conformidad con lo expuesto, y visto que el principio *iura novit curia* libera de toda dependencia respecto del derecho invocado por las partes, es posible considerar, que las pruebas enunciadas evidencian una transferencia de establecimiento mediante maniobras tendientes a sustraer a los titulares del cumplimiento de las obligaciones que tenían con el acreedor laboral (arts. 14 y 225 de la LCT).

Reitero los extremos tratados anteriormente, de que al momento del despido en julio de 2009, la sociedad TOCLAL SA había modificado su objeto social y su actividad en el establecimiento con el nombre de fantasía MADONNA, de la calle Pueyrredón 1070 CABA, aun cuando no había variado su domicilio legal.



Consecuentemente, la transferencia resulta acreditada, pues frente al cuadro fáctico y probatorio, y más aún cuando no se utiliza la forma instrumental, es necesario calificar al vínculo con ajuste al principio de primacía de la realidad. Viene al caso recordar que la legislación laboral busca evitar el perjuicio, estableciendo la responsabilidad como sanción cuando se verifican maniobras que tienden a eludir la observancia de la ley (art. 14 LCT).

Por lo tanto deben responsabilizarse en forma solidaria a las codemandadas Fracasso y TOCLAL S.A., por las indemnizaciones derivadas del despido del trabajador, en tanto quedó acreditado que existió continuidad entre ambas, ya que utilizaban el mismo establecimiento y realizaban idéntica actividad comercial y dicha transferencia fue destinada a evadir el cumplimiento de obligaciones laborales.

Por ello resulta aplicable la doctrina plenaria a la que adhiero, sentada por esta Cámara en autos "Baglieri, Osvaldo D. c/ Nemec, Francisco y Cía. S.R.L. y otro" (FALLO PLENARIO 289 - Acta 2250, pub. en DT 1997-B-2013) en el sentido de que el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la L.C.T. es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de las relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión.

Aun cuando adhiero a la doctrina plenaria, dejo a salvo mi criterio respecto de la obligatoriedad de los fallos plenarios que *"en razón de la afectación de la independencia judicial, en donde los jueces sólo se encuentran atados a la Constitución Nacional, y a las leyes con arreglo a la misma. Claramente, este no es el caso del artículo 303 del CPCCN, que preveía la vinculatoriedad de los plenarios, colocando así a las cámaras en el lugar del legislador, por lo que considero que esta norma es inconstitucional"*.

"Por otra parte, toda vez que la ley 26.853 en su artículo 12 dispone dejar sin efecto al artículo 303 del CPCCN, y siendo que la misma establece su obligatoriedad de manera inmediata, lo que viene a sumarse su carácter adjetivo de la misma, no existe más la contradicción constitucional".

"Cabe señalar que ha sido mi criterio reiterado que el art. 303 del CPCCN resulta inconstitucional, toda vez que viola la independencia judicial, solo atada a la aplicación del derecho dictado por sus autoridades naturales con respecto a la Constitución Nacional, lo que no impide que adhiera a su doctrina."

En consecuencia, auspicio revocar este aspecto de la sentencia de primera instancia y condenar solidariamente a las codemandadas Fracasso y TOCLAL SA al pago del crédito del actor.

VII.- En cuanto a los codemandados Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar, cada uno en carácter de socios y presidentes de TOCLAL SA, corresponde señalar que la presente causa se resuelve en plena vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1º/8/15), el que encuentro que resulta aplicable en forma inmediata.

Recordemos que toda reforma adjetiva, debe ser aplicada tan pronto como se convierta en derecho vigente, y por cierto, los Códigos no constituyen ni más ni menos que la articulación adjetiva de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, es decir, que ellos mismos son derecho adjetivo. La referida Constitución, se encuentra inscripta desde 1994, en el paradigma constitucional de los Derechos Humanos Fundamentales (art. 75, inc. 22).

El mismo consagra, a través del artículo 2.1 del PIDESC, el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte "se compromete a adoptar medidas, para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Y por cierto, esta plena efectividad implica una labor legislativa y judicial.

Así, en una interpretación auténtica, la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que *"la afirmación que la facultad judicial del iura novit curia sólo alcanza al derecho vigente al momento de la traba de la litis quizás no configure una falacia, pero ciertamente, no tiene respaldo; ya indiqué que esa situación procesal (traba de la litis) no siempre agota una relación sustancial; más aún, normalmente, no produce agotamiento, pues las figuras procesales, sin que esto disminuya su importancia, son, por lo regular, un instrumento para el ejercicio del derecho sustancial y, por lo tanto, no lo transforma ni modifica"*. (Kemelmajer de Carlucci, Aida; *"Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1º de agosto de 2015"*, pub en La Ley, 2.6.15).

Si bien abrevio en este criterio, no dejo de advertir que las relaciones que hoy se debaten en el Tribunal, siempre se encontraron amparadas en el paradigma normativo de los Derechos Humanos Fundamentales desde antes. Digo así, precisamente, por la vigencia del esquema constitucional radicado desde 1994.



Tal es así, en cuanto a que esta interpretación es ajustada a la racionalidad del sistema que hoy luce receptada en un código, que esta sala en forma reiterada ha resuelto cuestiones en el mismo sentido que lo ordena el código nuevo, simplemente por interpretar los principios derivados del paradigma vigente.

Nótese, precisamente, que el art. 1º dedicado a las fuentes y su aplicación, establece que los casos que rige el CC y C deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. Luego, su interpretación, no constituye un tema menor, dado que el paradigma vigente alcanza plena operatividad en el uso que hacen los operadores jurídicos del mismo.

En este mismo sentido, el Código Nuevo dispone, que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen **de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento** (destaco) <art. 2º>.

Este es el motivo por el cual, lo reitero, muchas de las decisiones de esta Sala, precisamente por el respeto al paradigma normativo, han anticipado las soluciones legales que hoy plasma el nuevo código, dado que por vía de interpretación de los referidos principios y valores, era posible llegar a iguales conclusiones.

La misma autora sostiene, al prologar la obra comentada de Infojus que *“precisamente el Código Civil y Comercial que entrará en vigencia en agosto de 2015 pretende ser el factor de integración del conjunto de los microsistemas del derecho privado. Dicho de otro modo, las fuentes dialogan; las leyes especiales, los microsistemas, no existen en el aislamiento en el vacío, sin interrelación alguna; al contrario, sin perjuicio de sus reglas específicas, pueden acudir al CCyC como instrumento de integración al sistema. Piénsese, por ejemplo, en los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley y de la irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos (arts. 8/13), todos se aplican a estatutos cerrados, como la Ley de Seguros, la Ley de Concursos, el Código de la Navegación, la Ley del Ambiente, etc.”.*

“Esa función de cohesión es posible, ciertamente, por la incorporación expresa en el CCyC de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos.”

*“Claro está, que esta `nueva exégesis` se consolidará con el auxilio de la jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones. **Cabe señalar que esa tarea ya ha empezado, desde que no son pocos los jueces que invocan las nuevas normas como parte de la motivación en la que fundan la solución a la que llegan en decisiones anteriores a la entrada en vigencia del CCyC**” (destaco).*

En síntesis, concluyo que resultan aplicables al sub lite, las disposiciones establecidas en el nuevo Código Civil y Comercial.

Sentado ello, en relación con la responsabilidad que tenían los codemandados, Carlos Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar, como presidentes del directorio de TOCLAL SA, resulta pertinente observar que el CCCN no modifica los arts. 54, 59, 157 y 274 de la LSC a los que me he referido precedentemente (de conformidad con lo dispuesto en los arts. 3º, 4º, 5º y ccs., del CCCyN).

Tal como ha sido analizado precedentemente, se ha acreditado que la empresa demandada recibe, mediante transferencia, un relación laboral con un trabajador que nunca fue registrado.

Y reitero que la falta de registro del contrato del trabajo es un ardid destinado a ocultar hechos y conductas, con la finalidad de sustraer al empleador del cumplimiento de sus obligaciones legales. Todo ello constituye un fraude laboral, y por ende, los incumplimientos a la ley por parte de la sociedad demandada, trae aparejada la responsabilidad solidaria de las codemandadas físicas, en virtud de los arts. 54, 59 y 274 de la ley 19550.

Sobre este tema, y antes de adentrarme en el análisis de la referida normativa, cabe señalar que las distintas ramas del derecho están interconectadas entre sí, dado que todas integran un sistema de derecho, lo que se denomina, la racionalidad del sistema.

Como tal, supone una jerarquía, la que deriva de la organización que desde la propia cúspide del sistema se establezca. Así, desde 1994 (Pinto, Mónica *“El principio “Pro Homine”: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos”*). La aplicación de los tratados sobre



DDHH por los tribunales locales, Bs. As., del Puerto 1984 vol. 1), y ya en el paradigma de los DDHHFF, el derecho laboral junto con otros (como el derecho del consumidor), se encuentra en una relación de supremacía en lo que al derecho comercial respecta.

Consecuentemente, existe un orden en términos de derecho público y privado, así como una organización general desde el derecho civil *"parte general"* y una particular para cada rama jurídica (especialidad), siempre desde los principios normativos.

Luego, pretender que las reglas del derecho comercial no deban ser tomadas en consideración, cuando se trata de una cuestión laboral, incidida por la comercial, implicaría la negación de la organización jerárquica del derecho, y un regreso a los albores del absolutismo jurídico (*Louis Favoreau "Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del derecho"*, "59/Temas de Derecho Público Universidad Externa de Colombia, julio 2000).

De tal suerte, que corresponde referenciar lo normado por la Ley de Sociedades Comerciales, ya que en este punto, reitero, el CCCN lejos de modificar los conceptos establecidos en los arts. 54, 59, 157 y 274 de la LSC., los amplía encauzándolos bajo el principio de la buena fe que estipula el art. 9º de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Es que prevé desde el inicio y en forma preliminar, el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos. Así establece que *"Los derechos deben ser ejercidos de buena fe"*.

De esta forma, mantiene en el art. 143 del CCCN, el principio tradicional de la personalidad jurídica diferenciada, según el cual, las personas jurídicas tienen una personalidad distinta de la de sus miembros.

En el art. 144 del CCCN remarca el principio de inoponibilidad de la personalidad jurídica. Así, establece que: *"La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la personalidad jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades de que puedan ser posibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados"*.

Además, la regla de la responsabilidad es ratificada más adelante por el art. 160, en tanto señala que: *"Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión"*.

En virtud de lo expuesto, si la forma societaria deviene en un recurso detrás del cual los particulares se esconden para medrar con sus beneficios, sin dar nada a cambio, burlando a la comunidad que ha creído en ellos, lo más correcto es el descorrimiento del velo y que la responsabilidad sea completa, como lo fue en sus orígenes.

Sigo en esto la reforma de la ley de sociedades comerciales, aunque sin dejar de observar que el entramado normativo aceptaba la teoría del disregard merced a la labor pretoriana de los jueces, aún antes.

Así, los dos primeros párrafos del artículo 54 que fueron mantenidos por la 22.903 refieren:

Artículo 54: El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de los socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare a los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de terceros, está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

El siguiente y último párrafo, fue agregado por la reforma: inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra-societarios, constituya un mero recurso para violar la ley; el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.



Resulta interesante la distinción entre los dos primeros párrafos y el último, que es el vinculado con el tema del disregard. En ellos el sujeto activo es la sociedad que, en el primer caso, se ha visto perjudicada por el accionar intencional de sus socios o controlantes. En cambio en el segundo ha perdido una oportunidad de ganancia, a pesar de correr con las pérdidas.

En el tercer párrafo, los perjudicados son los terceros. Pero, salvo por esta diferencia, bien podría sostenerse que la teoría había tenido cabida con el anterior legislador, porque en el párrafo segundo lo que se tiene en cuenta es que el *"acto del particular"* debe ser considerado en relación con las ganancias como un *"acto societario"*, puesto que lo realiza con fondos o efectos de la misma.

Precisamente, así como se busca el *"poder que existe detrás de la persona colectiva"*, aquí estaríamos ante la hipótesis contraria. Como nos enseña el profesor Masnatta, esta interpretación la encontramos en el derecho alemán cuando hace posible la responsabilidad civil de los socios (como consagra el artículo en análisis), a pesar de que en principio *"los asociados no podrían ser perseguidos por el pago de deudas de la sociedad y además que la sociedad no respondería por las deudas de los asociados"*, si el patrimonio de una y otros se encuentra confundido.

Hace su aparición así la inoponibilidad jurídica, fórmula bajo la cual el tercer párrafo del artículo 54 recepta la teoría de la penetración o disregard. Las personas de *"existencia ideal"* no solo no siempre fueron sujetos de derecho, sino que cuando alcanzaron la categoría ello no implicó necesariamente la separación patrimonial.

Sin embargo, ha sido sin duda la oponibilidad de la persona jurídica como limitación de la responsabilidad el rasgo que convirtió en más interesantes económicamente a las sociedades, pudiendo desde un pequeño aporte intentar una gran ganancia sin exponer el patrimonio personal.

Esto nos lleva a analizar el problema de los fines. La redacción del párrafo tercero del artículo 54 presenta un interesante desafío hermenéutico, de diferentes niveles: ¿Qué se entiende por fin extra-societario? El mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o la frustración de los derechos de terceros, ¿constituye variantes del fin extra-societario, o son hipótesis diferentes?

Esta discusión nace en el fuero del trabajo como consecuencia de los pronunciamientos de esta Sala, en los casos *"Delgadillo"*, *"Cingolani"* y *"Duquelsy"*.

Por la primera sentencia mencionada, este Tribunal entendió que el pago *"en negro"* constituía una hipótesis de fin extra-societario, habilitando en consecuencia la responsabilidad de los socios. Ello en razón de que si bien el principal fin de las sociedades es el lucro, esta forma de pago se había convertido en un recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe.

Sin embargo luego, se entendió que el pago en negro no encubría la consecución de un fin extra-societario, pero que sí era un recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe, frustrando derechos de terceros, a saber: los trabajadores, el sistema previsional y la comunidad empresaria.

Por mi parte, entiendo que de haber querido el legislador que la violación del orden público, la buena fe o la frustración de los derechos de los terceros fuesen variantes de la consecución de fines extra-societarios, hubiese utilizado una puntuación muy diferente.

Releamos detenidamente el párrafo: *"La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra-societarios, (coma, en vez de dos puntos) constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros..."*.

Esta exégesis literal nos permite concluir que la ley marca cinco supuestos bajo los cuales resulta aplicable la inoponibilidad, que pueden darse enteramente separados o subsumidos entre sí: puede por ejemplo mediar un obrar que frustre derechos de terceros y sin embargo no sea extra-societario.

A mi juicio, tanto en *"Duquelsy"* como en el caso de autos, no solo se frustran los derechos de los terceros, sino que también se incurre en un fin extra-societario.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios más allá de los socios, entramos en un capítulo en el cual la intencionalidad es un elemento de análisis inexorable, puesto que guarda estrecha relación con ella. Por eso es importante distinguir, al tiempo de aplicar la teoría de la penetración hacia el interior de la sociedad, la condición de aquél al que se pretende solidarizar en conjunto con la misma. Puede ser un mero socio, un socio que a su vez es un funcionario o solo ser esto último.



EL DERECHO

Ya hemos analizado la situación cuando se trata de un mero socio. En cambio, si estamos ante un socio que además es representante o administrador (como en el caso de autos), o que sin ser socio desempeña un cargo, cabe aplicar el artículo siguiente de la LSC.

Artículo 59: Los administradores y los representantes de las sociedades deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

Así correspondía declarar la responsabilidad del presidente de la S.A. como se resolviera en la causa "Vidal" (SD 74.792, del 23/9/97, del registro de esta Sala) donde el mismo era además "el dueño y la autoridad excluyente" y por lo tanto quien decidió aparentar formas contractuales no laborales.

Esta norma debe verse complementada con el siguiente artículo: Artículo 274: Mal desempeño del cargo. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art.59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

Exención de responsabilidad. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

Este artículo en su primer párrafo prevé la hipótesis de la responsabilidad solidaria hacia la sociedad, los accionistas "y los terceros", que es el lugar reservado a los trabajadores.

Su segundo párrafo reclama un ejercicio de responsabilidad directa: es decir que al funcionario se le haya asignado una función determinada (como bien puede ser la contratación de personal) de lo que debe quedar el registro pertinente, y en cumplimiento de la misma incurra en un accionar desviado.

La hipótesis más común es precisamente la de autos: la incorrecta registración, como también el recurso a la contratación a prueba "*permanente*" sin que nadie supere el periodo y resulte elegido.

En particular, la discusión se ha actualizado con el referido caso "*Duquelsy, Silvia c/ Fuar S.A.*" (dictado por esta Sala el 19/2/98), donde luego de considerar que la falta de registración de una relación de trabajo constituye un típico fraude laboral, se dispuso que el presidente del directorio aún sin ser socio y por no hallarse incluido en consecuencia en la previsión del art. 54 de la L.S., debía ser responsabilizado solidaria e ilimitadamente en mérito a lo prescripto por el art. 274 de dicho cuerpo legal por violación de la ley.

Por lo expuesto, cabe distinguir la responsabilidad del socio, de la del funcionario. Para el primero, conforme art. 54 LSC, se requiere dolo o culpa y permite la teoría de la penetración o disgregación cuando la actuación de la sociedad (nivel "*micro*", de otro modo sería actividad, nivel "*macro*", la que nos llevará al ámbito del art. 19 LSC) que encubra la consecución de fines extra-societarios, constituya un mero recurso para violar la ley; el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. En cambio, la responsabilidad del funcionario, requiere del obrar con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59) resultando un acto de mal desempeño (art. 274), conocer del obrar irregular o fraudulento y no oponerse. Sólo se releva de responsabilidad si prueba haber sido activo en la oposición.

Desde tal perspectiva, en un supuesto como el de autos, en el que se nunca se registró el vínculo laboral, no existe un simple incumplimiento legal, sino una actuación destinada a evadir la ley (laboral, impositiva, comercial, etc.). En este caso, media un ardid destinado a ocultar hechos y conductas con la finalidad de sustraer al empleador del cumplimiento de sus obligaciones legales.

En efecto, ante todo lo expuesto, considero que los codemandados deben responder en forma solidaria, en su calidad de directores de TOCLAL SA. y en virtud de lo normado por los arts. 54, 59, 274 y concordantes de la ley 19.550.



Considero oportuno destacar, que el disregard, no implica la creación de una sociedad a tal fin, a menos que se esté hablando de una extensión en etapa de ejecución, en donde se provoque fraudulentamente una insolvencia, a través de la creación de un “nuevo” ente societario, que no sea más que un testaferro. El fundamento normativo en un caso así, es el art. 19 de la ley de sociedades comerciales, porque estamos en presencia de una actividad ilícita y no de una actuación ilícita, que sí es la hipótesis del art. 54 última parte.

En la especie, lo que se les imputa a Carlos Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar, es tener a un trabajador sin la debida registración (artículo 14 de la LCT).

En virtud de lo expuesto, y teniendo en cuenta que Rosalía Marta Fracasso ya se encuentra condenada, propicio revocar la sentencia en lo demás, y condenar solidariamente a TOCLAL SA, a Alberto Veniani (socio y presidente), a Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar, ambos presidentes en distintas oportunidades de la misma, dado los manejos fraudulentos reseñados, no habiendo ninguna de las personas físicas mencionadas, excepcionado su responsabilidad en los términos de los arts. 54. 59 y 274 Ley de Sociedades Comerciales.

VII.- Por lo tanto, propongo modificar la sentencia de primera instancia y por lo tanto condenar solidariamente a los codemandados Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar con TOCLAL SA. y Rosalía Marta Fracasso al pago de los siguientes montos y conceptos: Salario Abril de 2009 más SAC: \$ 3.250.-; Salario Mayo de 2009 más SAC: \$ 3250.-; Salario Junio de 2009 más SAC: \$ 3.250.-; Días de Julio de 2009 (20) más SAC: \$ 2.096,77-; Vacaciones Proporcionales más SAC: \$ 1.254,50.-; SAC Proporcional Año 2009: \$ 1.625.-; total \$14.037,83.

VIII. A continuación, cabe analizar los conceptos de interés y actualización monetaria.

En cuanto al primero de los conceptos, deseo formular un Obiter dicta, dejando en claro que lo que afirmaré no implica perjuicio ya que no puedo conceder la misma, por violentar el principio de congruencia y defensa en juicio, si lo hubiese otorgado si hubiese abierto la instancia la parte actora, situación que no hizo.

De manera que en un obiter dicta, recuerdo que el juez debe respetar al derecho en su todo, de conformidad con sus reglas jerárquicas (hoy en día, regidas en particular por los principios normativos del paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales), haciendo que dichos derechos gocen de una efectividad plena o modificación del decisorio en este punto,

Dejo a salvo mi criterio en el sentido de que considero que el pago en efectivo a la accionante, debería ser efectuado por las codemandadas, en el plazo y con más los intereses dispuestos por esta Cámara en el Acta 2601 desde que cada suma es debida, hasta el 27-4-16. A partir de allí, y hasta el efectivo pago, deberá emplearse la tasa establecida por el Banco Nación del 47% anual (para préstamos personales libre destino, con un plazo máximo de devolución de 36 meses).

Ello, ya que conforme establece el Acta 2630, la tasa de interés establecida por el Acta 2601 es “inexistente”. Así, observo que el porcentaje para los préstamos personales para libre destino se elevó a un 50%, y el plazo se redujo a 36 meses. Tras la nueva postura de la Cámara en el Acta 2630, la cual establece, precisamente, una tasa también “inexistente” para las entidades financieras, es mi criterio seguir lo que el Banco Nación mismo, en cabal observación de la realidad económica considera pertinente, ello es, el 47% anual (préstamos personales libre destino, con un plazo máximo de devolución de 36 meses).

Si considero que resulta procedente la actualización monetaria, aún de manera oficiosa y en cualquier estado del proceso (inclusive, en etapa de ejecución). Ello, en razón del principio iura novit curia y como consecuencia necesaria de la notoria y pública inflación.

Tal como sostuve en los autos “Sánchez, Javier Armando c. Cristem S.A. s/ Juicio Sumario” (Causa Nº 28.048/2011/CA1), registrada el 01/12/2014, que tanto la tasa de interés como la actualización constituyen “*un fenómeno de la actualidad de orden económico que se impone, tiene efectos sobre estos, los atraviesa, e inevitablemente entrecruza el análisis de estos institutos*”.

“Así, por la complejidad del tratamiento y para que los afectados por el resultado de esta sentencia no se pierdan en el análisis, haré breves enunciados previos que se desarrollarán en los posteriores considerandos”.



EL DERECHO

“En este sentido, entiendo prioritario y elemental, aún cuando pareciera no existir la necesidad del distingo por su obviedad, precisar, desde el inicio que ambos institutos responden a necesidades diversas. Puesto que, el interés responde a un efecto sancionatorio por la falta de pago tempestivo de las sumas adeudadas, y la actualización pretende mantener el valor adquisitivo del capital que por el transcurso del tiempo resultó afectado por la depreciación monetaria”.

“Luego, en estos momentos no se puede soslayar el tratamiento de la inflación como un hecho de la realidad que trasciende la traba, y que por sus niveles, permanencia, y efectos, resulta ser el eje del debate económico social –basta con observar los distintos medios de comunicación-, instalándose como un hecho público y notorio”.

“Entre sus efectos, provoca que los intereses aplicados en una tasa que no atiende esta realidad, no cumplan con su función sancionatoria y admonitoria, por resultar irrisorios, y consecuentemente, no satisfagan la función esperada por el derecho. Y en concreto, debemos reflexionar, que esta situación habilita la aplicación de la nueva tasa de interés (Acta 2601 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo), en todos los casos”.

“A su vez, se amplía el marco del decisorio, dado que, si la inflación es la base de la anterior reflexión, la actualización debe correr la misma suerte, a fin de mantener ajustado el monto de condena. Viniendo a sumarse a los argumentos que la suscripta, en el tema, viene manifestando desde la década del noventa, siendo juez de la primera instancia, como expresaré en detalle”.

“Estas reflexiones tendrán sustento en la realidad, que se impone leída desde el marco teórico jurídico del paradigma vigente de los Derechos Humanos Fundamentales. El mismo mantiene el reflector apuntando a la efectividad del derecho, y a la mentada seguridad jurídica para TODOS LOS HABITANTES”.

“Dado que, de otro modo, desde la justicia se terminaría incentivando el incumplimiento del pago de un crédito alimentario en tiempo y forma, fomentando la especulación financiera de un sector”.

“En consecuencia, anticipo que lo aquí justificado y decidido será aplicado en todos los casos, haya o no pedido de parte, y en cualquier etapa del proceso”.

“Con lo cual, ingresarán en el debate, necesariamente, en el marco de la teoría general del derecho, y sea o no ajustado exclusivamente al caso: el alcance de principios generales del proceso como el de congruencia, el extra petita, la reformatio in pejus, y el iura novit curia”.

“Este último, que es la visión de la racionalidad del sistema “todo”, es el que va a demostrar que no puede haber ni incongruencia, ni extra petita, ni reformatio in pejus, cuando el ajuste del crédito por vía de intereses y actualización, es una consecuencia necesaria de la inflación, que constituye un hecho de público y notorio”.

“En tal sentido, y entrando de lleno en el análisis, corresponde determinar en primer lugar, qué se entiende por interés, y qué función cumple. En el punto, considero que la aplicación de intereses es necesaria para reparar la falta de pago en tiempo oportuno en la que incurriera la parte demandada, la cual, la gran mayoría de las veces, se encuentra en mejores condiciones materiales. Mientras que, como reconocen los principios fundamentales del derecho laboral, el trabajador está a la espera del cobro de una suma de dinero con características alimentarias, en condiciones de hiposuficiencia”.

“Cabe enfatizar, que precisamente el juez está obligado a resolver conforme los principios de racionalidad, (apego al paradigma normativo), y de razonabilidad (en el marco de la realidad). Asimismo, debe ser previsible, todo lo cual hace a la seguridad jurídica (motivo por el cual memoro mi postura sobre el tema, sostenida desde hace muchos años, y no abandonada al llegar a la Cámara)”.

“Por estas razones, el juzgador no puede desconocer los datos de público y notorio (cuestiones del orden de la naturaleza, o sociales y/o económicas, de macro impacto), porque en este caso, al ignorar la realidad (razonabilidad), negaría la racionalidad. Como anticipara, este es el caso de la inflación”.

“Es así que a fin de acreditar los efectos de la misma, para una mayor claridad, realicé un gráfico con distintos índices. De tal suerte, consideré los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) –según: Página web INDEC-; el “índice Congreso” (IPC Congreso, el que surge de un promedio simple entre los cálculos de consultoras privadas); el índice de las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE); y el índice que elabora la Cámara Argentina de la Construcción (CAC, compuesto por el Costo de Construcción, de la mano de obra y de los materiales) –



según www.camarco.org.ar y [www.cifrasonline.com.ar/cifras /index. Php / content / view/full/76/offset/cac -](http://www.cifrasonline.com.ar/cifras/index.Php/content/view/full/76/offset/cac-)”.

“Asimismo, cabe aclarar que se realizaron cálculos cuatrimestrales para cada uno de dichos índices, sumando el porcentaje de la variación mensual. A su vez, el índice RIPTTE no se calculó en el segundo cuatrimestre del año 2014, dado que la última publicación del mismo por parte del Ministerio de Trabajo, fue realizada hasta junio 2014”.

“De lo investigado se observa, que el índice RIPTTE en el 1º cuatrimestre del año 2012, alcanzó un incremento del 12,70%, mientras el Instituto Nacional de Estadística y Censos, denunció que la suma ascendió a 3,30% (superando el primero 3,85 veces). Por otro lado, en el 2º cuatrimestre del año 2012, el índice CAC aumentó un 12,30%, en cambio el INDEC denunció que la inflación para ese período fue del 3,20% (siendo el índice que elabora la Cámara Argentina de la Construcción 3,84 veces superior). Por último, el IPC Congreso para el 1º cuatrimestre del año 2014 indicó que la inflación aumentó un 14,99%, mientras que el Instituto Nacional de Estadística y Censos publicó que fue de 11,50%”.

“También corresponde precisar, que en el gráfico existen descensos del porcentaje de variación de la inflación, por ejemplo el índice RIPTTE en el 1º cuatrimestre del año 2012 fue de 12,70%, y en el 2º cuatrimestre del mismo año, fue de 8%, sin embargo de modo alguno significa que no hubo inflación, sino que el porcentaje decreció en una medida que confirma el efecto reseñado supra”.

“En general, a través de los gráficos de las fojas subsiguientes, al mostrar los análisis en comparación, puede observarse la tendencia de las variaciones, es decir, la manera en que éstas se fueron sucediendo, una en comparación con la anterior, en tanto el nivel de variación de los precios mostrará una tendencia hacia arriba más o menos marcada”.

	1º Cu atri. 201 1	2º Cua tri. 201 1	3º Cu atri. 201 1	1º Cua tri. 201 2	2º Cu atri. 201 2	3º Cu atri. 201 2	1º Cua tri. 201 3	2º Cua tri. 201 3	3º Cua tri. 201 3	1º Cu atri. 201 4	2º Cua tri. 201 4
Indec	\$10 3,0 0	\$10 6,0 9	\$10 9,0 6	\$11 2,6 6	\$11 6,2 6	\$12 0,4 5	\$12 4,0 6	\$12 8,0 3	\$13 3,1 6	\$14 8,4 7	\$15 6,49
IPC Congr eso	\$10 6,4 9	\$11 3,4 0	\$12 1,0 2	\$13 0,7 3	\$13 9,8 9	\$15 0,6 1	\$16 0,9 5	\$17 4,0 9	\$19 1,3 1	\$21 9,9 8	\$24 1,10
RIPTTE	\$11 1,7 0	\$12 4,7 7	\$13 4,8 8	\$15 2,0 0	\$16 4,1 6	\$17 6,8 1	\$19 2,5 4	\$20 7,7 5	\$21 9,8 0	\$25 3,6 5	
CAC	\$10 6,7 0	\$11 3,8 5	\$12 0,1 1	\$12 7,7 2	\$14 5,6 4	\$15 1,5 1	\$16 1,8 7	\$18 1,7 8	\$19 5,5 2	\$23 0,3 2	\$25 2,51

“Dicha variación, también puede advertirse en el cuadro que antecede, aplicando ese porcentaje de variación a un precio hipotético, cuyo valor inicial era \$ 100. La tasa de cambio del precio siempre exhibe una tendencia hacia arriba, lo cual indica una suba de los precios en todos los periodos computados. Entonces, lo que se observa es cómo el precio de este “producto” fue elevándose progresivamente, hasta alcanzar cierto valor total para el segundo cuatrimestre de 2014 (con excepción del índice RIPTTE). Por ello, el precio total al que se arriba tras la aplicación de los diferentes índices, constituye un valor total de pago, y no un porcentaje de variación, como en el gráfico anterior”.

“Con lo cual, cabe concluir, que aun cuando los porcentuales según los índices reseñados, varían entre sí (sin entrar a evaluar la veracidad de uno u otro en sí mismo), lo que aquí interesa es que todos, en mayor o menor medida, con concuerdan en que existe la inflación. Obsérvese que tomando únicamente el

registro oficial (INDEC), nos encontramos por sobre el nivel cero, en una medida relevante a nivel de consumo diario, para el bolsillo de un trabajador”.

“Así se desprende, de todos los datos recogidos, la evidencia de la inflación que se vive, la cual el juez no puede desconocer a la hora de utilizar las herramientas necesarias para preservar el crédito del trabajador. Máxime, cuando los juzgadores mismos ven la afectación del salario con la simple operación de hacer las compras, realidad de la que nadie escapa”.

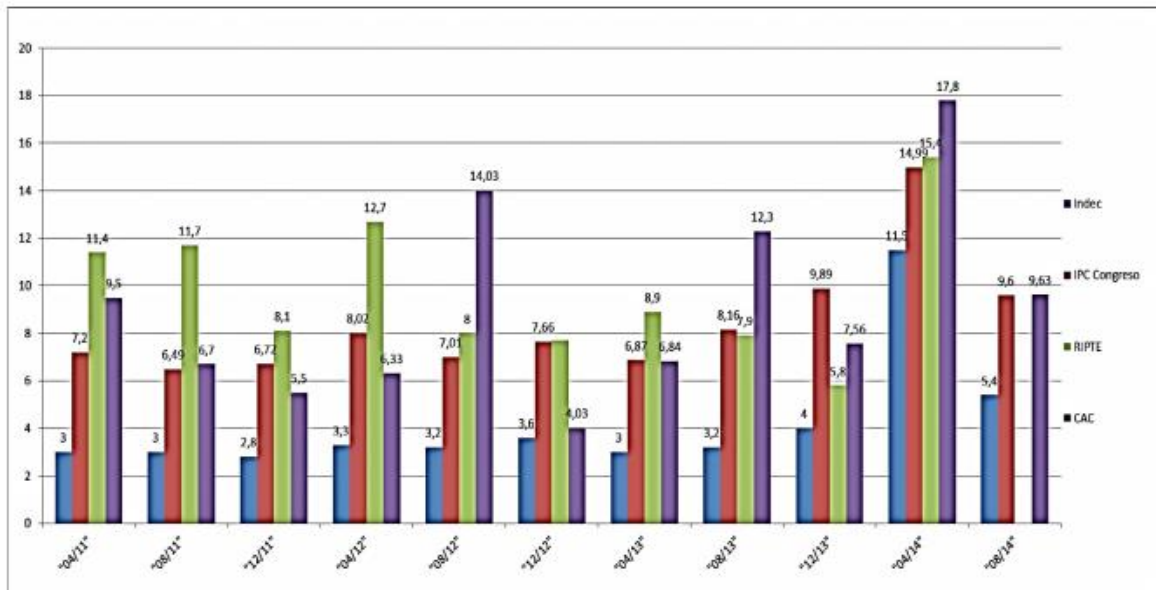
“Por todo lo dicho, entiendo que el fenómeno de la inflación debe ser tenido como un hecho de público y notorio por la suscripta, para que la resolución pueda entenderse ajustada a derecho”.

“Obsérvese, que la CSJN misma, ha entendido que la depreciación monetaria debe ser entendida como un hecho público y notorio: “Las variaciones del valor de la moneda, lo que por otro lado es público y notorio y se refleja con asiduidad en los valores de las cosas, son valores venales que sufren, desde hace largo lapso, fuertes alteraciones. De ello resulta el grave deterioro en la remuneración real recibida por los señores jueces ya que el envilecimiento del signo monetario disminuye notablemente el poder adquisitivo de una cantidad; de aquí pues que para compensar el mayor valor de las cosas sea necesario recibir una mayor retribución (A. 302. XXII; “Almeida Hansen, Jorge A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ amparo”, 28-03-1990, T. 313, P. 344)”.

“A su vez, el tribunal superior ha manifestado que, si un acontecimiento es de público y notorio conocimiento “los jueces no deben sustraerse porque integra la verdad jurídica objetiva” (C. 2002. XXXII.; Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ sumario.07-12-2001T. 324, P. 4199); “ya que sus sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario, pues la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la del poder de juzgar”(P. 679. XLVIII; REX04-09-2012)”.

“Actualmente, la Sala III de la Cámara de Apelación Penal de Santa Fe, también trabajó el concepto, y en un caso sobre la fuga del imputado y su repercusión en los medios, expresó que: “Cuando un hecho es público y notorio no necesita de pruebas” (<http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2012/07/30/sucesos/SUCE-02.html>)”.

“Y si bien es cierto lo que expresa esta última jurisprudencia, creo necesario exhibir las planillas invocadas precedentemente, de manera de sumar a pesar de no ser necesario por lo evidente del hecho, una prueba directa..





“A la expresividad de estos gráficos, sobre la notoria variación en los precios, también fue destacada en un trabajo publicado por el Dr. Pascual Antonio Finelli, Secretario Académico del Colegio de Abogados de La Matanza, titulado “Irrazonabilidad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentada en los autos “Abraham”, por la que declarara la inconstitucionalidad de la ley 14.399, y mantuvo la aplicación de la tasa pasiva a los créditos laborales” (<http://www.calm.org.ar/default.asp?p=nuevo>)”.

“En el mencionado trabajo de investigación, del cual recomendamos su lectura, realizó una serie de comparaciones numéricas en las cuales, la tasa pasiva era muy inferior al fenómeno inflacionario. Consideró distintas variables, a modo de ejemplo, la variación –ascendente- de los salarios de los propios jueces del tribunal superior de la provincia, desde el 01/03/2012 hasta el 01/09/2014”.

*“Como conclusión, sostuvo que “la decisión de la SCJBA se aparta llana y concretamente de toda pauta que tenga por fin, resarcir y restituir al trabajador y, eventualmente, a sus derechohabientes, del daño que sufrió como consecuencia del incumplimiento del empleador... **lo único que fomenta es... el incumplimiento y la especulación financiera por parte de los deudores**” (destacado, me pertenece)”.*

“Los dichos del Dr. Finelli, si bien refieren a un criterio judicial diverso, cual el de la SCBA, enrolada en la tasa pasiva – situación mucho más gravosa que la de la justicia nacional-, también resultan de utilidad para justificar aquí, no sólo la modificación del índice de interés a aplicar, sino también su uso en todos los casos. Ello, so pena de discriminación, dado lo público y notorio del desfase económico, que deja al salario, y en su consecuencia a las indemnizaciones, fuera del poder adquisitivo del trabajador que, para más, en la mayoría de los casos, ha perdido su trabajo y/o se encuentra discapacitado”.

“Definitivamente, en un análisis lógicamente vinculado, entre inflación e intereses, resulta necesario que por efecto de la primera, al llegar a cierto nivel detectable en lo cotidiano, se retoquen los segundos, y que modificando estos últimos, también deba incluirse la primera”.

“Por tales circunstancias, es que la jurisprudencia, adaptándose a la realidad, ha ido contemplando e introduciendo, el concepto de diferentes tasas de interés, puesto que el retardo injustificado e imputable al deudor en el incumplimiento de las obligaciones, las desajusta por el efecto inflacionario, si no se lo repara”.

“En este mismo sentido, es trascendente a estos efectos, la mencionada Acta n° 2601, mediante la cual esta misma cámara, el 21 de mayo del corriente año, entendió necesario elevar la tasa de interés, como reconocimiento de la inflación por la que se atraviesa, y que tal realidad debió ser atendida por los jueces que la componen”.

“Precisamente, y haciendo un poco de historia, a fin de entender profundamente la situación, vale mostrar que los vaivenes de la inflación históricamente tuvieron implicancia en las decisiones del órgano. Cabe rememorar que en 1991, cuando se adoptó la convertibilidad y se eliminó la indexación hasta entonces vigente, esta Cámara, dictó la Resolución N° 6/91, del 10/4/91, cuyo artículo 6° establecía: “Sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de marzo de 1991 sobre créditos indexados, a partir del 1° de abril de 1991 se aplicará la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa aplicada por el Banco de la Nación Argentina para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales, según el cálculo que será difundido por la Prosecretaría General de la Cámara. Para las fracciones del período mensual que se halle en curso, se aplicará el promedio del mes anterior”.

“Luego, a partir del dictamen de la Corte Suprema de Justicia en el fallo “López, Antonio Manuel c/Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.”, esta Cámara adaptó el anterior criterio y sustituyó la tasa activa por la pasiva (Acta 2.100 del 24/6/92)”.

“Pero a partir del fallo “Banco Sudameris c/Belcam S.A. y otro”, también dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 17/5/94, se acordó, mediante acta 2.155 del 9/6/94, dejar sin efecto el punto 6° de la Resolución 6/91, así como su modificación por acta 2.106; y se dispusieron tasas de interés fijas para períodos sucesivos, la última de las cuales era del 12% anual”.

“Dicho compromiso, “del que no quedó constancia escrita porque carecía de obligatoriedad jurídica, rigió en gran medida las decisiones de esta Cámara en ese entonces” (según texto Acta CNAT N° 2.357)”.



“En atención a ello, en la actualidad, se decidió que resultaba necesario tomar explícitamente una nueva posición, que exteriorizase el criterio que la Cámara adoptaba, a fin de hacer frente a las nuevas circunstancias”.

“Así, se acordó mediante el acta 2.357, que, “sin perjuicio de la tasa aplicable hasta el 31 de diciembre de 2001, a partir del 1° de enero de 2002 se aplicaría la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos”.

“Dicha tasa, como manifestó ésta Cámara, resultaba “la más apropiada para su aplicación a los créditos judiciales, ya que equivalía, al menos aproximadamente, al costo que el acreedor impago debería afrontar para obtener, en el momento del vencimiento de la obligación, el monto que el deudor moroso hubiese retenido, a la vez que ponía en cabeza del deudor la responsabilidad por el resarcimiento de aquel costo, sea este real o equivalente en términos de postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito”.

“Ahora bien, esta situación ya cambió hace mucho tiempo, y después de un período de contención de la inflación, hemos sufrido varios impactos rebotando en la actualidad, en términos que pueden calificarse de “altos”, según la mayoría de los criterios académicos que se puedan considerar, pero sobre todo según el sentido común, de quien cotidianamente adquiere insumos para el hogar”.

“En consecuencia, las condiciones tenidas en cuenta al momento de dictar dicha acta, ya no son las mismas”.

“Esta circunstancia, de notorio y público conocimiento, como se anticipara, llevó a que el 21-05-2014, esta Cámara acordase el acta Nro. 2.601, la cual dispone “la aplicación de una tasa de interés nominal anual para préstamos personales libres, destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses”.

“Si bien se convino que dicha acta “comience a regir desde que cada suma es debida, respecto de las causas que se encuentran sin sentencia”, resulta evidente en el estado de la realidad, que entiendo que para los juicios que están en cualquier estado del proceso, inclusive los que se encuentran en etapa de ejecución, también debe ser aplicable. Ello, en un nuevo análisis del tema, realizado en su momento en los autos “González Florentino Oscar C/ FGC Construcciones SRL y Otros S/ Accidente – Acción Civil” S.D. N° 94.068 del 30/06/2014, arribo al precedente criterio ante la mutación de la realidad”.

“Ello, ya que la normativa, como fuera mencionado en su momento por la Cámara, al dictar el acta 2.357, tiene como finalidad compensar “la postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito”.

“En efecto, “el problema no está en los intereses, sino en la desvalorización de la moneda, lo que implica la variación de la regla con que se mide la reparación. La cuestión de los intereses es un mero accesorio, tendiente a reparar lo que no se puede resguardar de otro modo, porque el legislador prefiere no asumir los datos de la realidad. Lo que está en juego no es pues, en definitiva la necesidad de una doctrina legal única, sino, sobre todo, una necesidad de una doctrina legal que asuma la realidad del deterioro monetario”- (Punte, Roberto Antonio, comentario a fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B ~ 2011-11-29 ~ Pereyra Sergio Horacio c. Hospital Cosme Argerich y otros s/daños y perjuicios - La Ley 17/04/2012, 4, La Ley 2012-B, 581)”.

“Finalmente, cabe rememorar que, la lógica del hecho público y notorio de la inflación, se encuentra en la base de una decisión de esta misma Cámara, cuando se encontraba vigente ley 24.283 (B.O. 21.12.93), conocida como la Ley Martínez Raymonda. Pero en este caso, para reducir el crédito de la parte actora. Así, ante el pedido de las empleadoras de que en plena etapa de ejecución, se hiciera una adecuación indemnizatoria, en base a lo que cobraría al tiempo de la liquidación un trabajador de la misma categoría, antigüedad y condiciones, comparándolo con el resultado que se arrojaba en favor del que había tenido sentencia favorable, la Cámara propició tal solicitud. Así, se comenzó a abrir a prueba en etapa de ejecución, para que los demandados no terminasen pagando sumas exorbitantes”.

“Entonces, cabe reiterar que no se incurre ni en aparente discrecionalidad ni en arbitrariedad manifiesta al modificar la tasa de interés, sino que la obligación de un juzgador, consiste en el respeto al derecho todo, de conformidad con sus reglas jerárquicas. Hoy en día, regidas en particular por los principios normativos del paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales (derecho vigente, aunque pueda no compartirse, ver la salvedad formulada en la columna de opinión titulada “Crítica a la Constitución”, Diario La Ley, 19/11/2014, con lo que no concuerdo, si de verdad nos queremos alejar de un mero emotivismo, realizando por el contrario una aplicación racional de las normas, ver en el punto “El conflictivismo en los



Derechos Fundamentales”, Juan Cianciardo, Buenos Aires, 2006, www.austral.edu.ar. Ver asimismo, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”; Guastini, Riccardo, <file:///C:/Users/27124124226/Downloads/DialnetPrincipiosDeDerechoYDiscrecionalidadJudicial-174776.pdf>”.

“Nada de lo cual puede ni “debe” hacer el juzgador por fuera del imperativo marco de la realidad, es decir, la racionalidad en un par con la razonabilidad, en un juicio de proporcionalidad (ver entre otros “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, Robert Alexy, *Revista española de derecho constitucional*, ISSN, 0211-5743, Año nº 31, Nº 91, 2011, pág. 11-29; “Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo”, Massimo Cuono, *Università di Sassari, EUNOMÍA*. Nº 3, Septiembre 2012-febrero 2013, pp 44-60, ISSN 2253-6655)”.

“Como se advertirá más abajo, la racionalidad al momento de decidir implica emplear el marco normativo de un modo integral, es decir, respetando la prelación de derechos constitucionales y convencionales que indica el referido paradigma, haciendo que dichos derechos gocen de una efectividad plena, no solo al momento de dictar, sino también de ejecutar la sentencia. Este es el aspecto central del paradigma de los DDHFFF, y es allí cuando se observa, si logra reflejar en los hechos aquello que se alega en la teoría”.

“Asimismo, sùmese como argumento justificativo de la aplicabilidad inmediata e indiscriminada por el carácter adjetivo de lo dispuesto, y porque se trata de mejoras en la situación del trabajador, por imperio del artículo 9 de la LCT y del principio de progresividad”.

“Como consecuencia de todo lo dicho, y teniendo en cuenta los efectos de la referida inflación, el incumplimiento de una obligación, tiene que ser castigado más duramente. Ello, puesto que de otro modo, se transformaría en un negocio, afectándose directamente el derecho de propiedad del trabajador, que recalco, se encuentra en una situación más desventajosa”.

“Propicio de tal suerte, emplear en todos los casos, la tasa de interés nominal anual para préstamos personales libres destino del Banco Nación, para un plazo de 49 a 60 meses (conf. Acta de ésta Cámara Nro. 2.601, del 21-05-2014), desde la exigibilidad del crédito, hasta su efectivo pago”.

“En atención a todo lo manifestado, entiendo que la aplicación de la tasa de interés dispuesta por el acta mencionada, para todos los casos a resolver, no afectaría los efectos de la cosa juzgada ni dejaría en estado de indefensión al deudor, sino que simplemente adecuaría las consecuencias del pronunciamiento al contexto actual”.

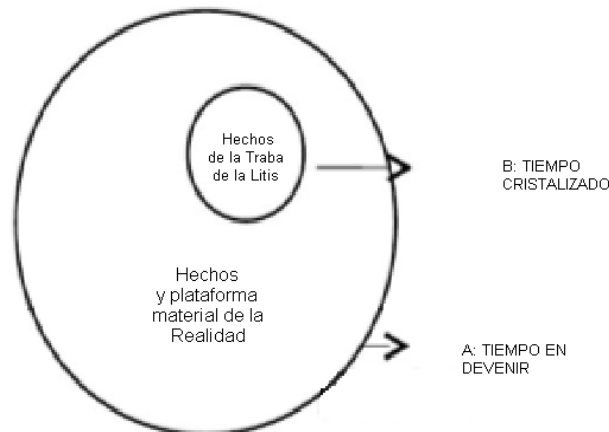
“Por lo que, esta decisión, como lo adelanté en la introducción del tema, me pone en la situación de abordar, desde una visión estructural, algunos principios generales del derecho que podrían entenderse comprendidos: el de congruencia, el extra petita, la reformatio in pejus, y el iura novit curia”.

“Así, considero que lo resuelto no importa la violación del principio de congruencia. Lo entiendo de este modo, puesto que las decisiones del sentenciante no pueden hacer oídos sordos a la realidad en la cual se enmarca el proceso en su conjunto, y la traba de la litis en particular. En base al Principio de la Realidad no puede el juez ceder nunca ante una pretendida seguridad jurídica, que arrojará a un resultado final técnicamente “injusto”, puesto que inclusive dicha seguridad, para subsistir, debe funcionar en el contexto de los hechos: en la realidad misma”.

“Por lo tanto, si los hechos de la traba de la litis se vieron afectados por los hechos y plataforma material de la realidad general, como se observara anteriormente por la gran inflación, el juez debe tenerlos en cuenta a la hora de fallar, y de dictar resoluciones aún posteriores a la sentencia misma, sin poder pretender “pensar el caso”, bajo un status quo económico- social idéntico, cuando ya no existe”.



“Grafiquemos la idea”



“Aquí vemos claramente, cómo los hechos del caso, están subsumidos en una realidad mayor, que funcionará como el soporte de toda reflexión. En la misma, el derecho supone ciertas constantes entre las que también está la variabilidad”.

“Esto le permite crear institutos universales. Por dar un ejemplo, las rebeldías. Cuando alguien no se presenta a estar a derecho, existe la suposición de que no desea ser hallado, y en consecuencia, se considera ficcionalmente, que los hechos, sucedieron como el demandante los afirmó”.

“¿Podría entonces tenerse por cierto cualquier dato de la demanda? No, si se trata de algo que va contra la regularidad de la naturaleza (por ejemplo que trabajó 24 hs. seguidas todos los días, durante un año), o de algo que por ser público y notorio el juez no pueda desconocer. Así, aparecen factores mudables y otros constantes, a lo que la justicia no puede ser ciega”.

“Al dictarse la sentencia, se “cristaliza” un pasado (B. TIEMPO CRISTALIZADO). Ese tiempo ya no transcurre. Pero la realidad durante la que se desarrolla el proceso, sigue deviniendo, resultando vulnerable a vaivenes de todo tipo (A. TIEMPO EN DEVENIR)”.

“Con lo cual, la realidad socio-económica y la naturaleza misma, son factores mudables, que el juez siempre debe tener en cuenta, porque la variación en si misma, “es” una constante”.

“Cabe reflexionar, que un tsunami, o un terremoto por ejemplo, que afectasen gravemente la economía, podrían eventualmente justificar una corrección de las condenas “en favor de los empleadores”, que de otro modo no pudieran seguir adelante”.

“De modo que a su vez, en una base macro (reflejada en el gráfico mediante el círculo más amplio), que contiene a los hechos de la traba, (aspecto micro, el que aparece en el dibujo como la esfera más pequeña), puede haber variaciones naturales o sociales, que impongan al juez advertir cómo lo macro incide en lo micro, en calidad de hecho público y notorio, durante TODO el proceso”.

“¿Cuál es la medida de esa variación que justificaría la intervención del juez, aun sin pedido de parte, y en cualquier etapa del proceso? Pues bien, para ello no hay pautas objetivas preestablecidas (lo que no implica que no las pueda haber en el futuro), de modo que se impone un análisis como el precedente, demostrativo en el tema que nos convoca, de la afectación general del salario, y su marcada pérdida de poder adquisitivo. Será este, además, un juicio de proporcionalidad o de razonabilidad (Juan Cianciardo. 2009. “El Principio de Proporcionalidad: sus dimensiones y límites” Disponible en: http://works.bepress.com/juan_cianciardo/)”.

“Justamente, recordemos en este punto a los romanos, quienes le dieron basamento al derecho desde el **sentido común**”.



“En este orden de ideas, la racionalidad del sistema recoge esta versión. El art. 277 del CPCCN expresa que “el Tribunal, no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia”.

“Dicho articulado, como expone el Dr. Enrique Néstor Arias Gibert “faculta a los tribunales de alzada la consideración de hechos posteriores a la sentencia definitiva, dentro de los cuales se encuentra el tratamiento de los intereses, materia que puede y debe ser analizada por el tribunal de alzada, sobre todo teniendo en cuenta la motivación del acta CNAT 2.601”.

“Ello en modo alguno implica afectar el principio de congruencia pues la determinación de los intereses constituye materia aplicable de oficio, aun en caso de falta de petición expresa por lo normado en el ámbito general de las obligaciones por los artículos 519, 508 y 511 del Código Civil y, en el ámbito de los hechos ilícitos por la norma del artículo 1.069 del Código Civil, por lo que la falta de petición específica del tipo de interés en la demanda, a fortiori, no importa incongruencia en el tratamiento por los tribunales”. “Tampoco afecta la cosa juzgada pues el hecho sobreviniente no está comprendido en ella como lo recepta expresamente el artículo 277 CPCCN” (Sala V- Expte. n° CNT 43.382/2010/CA1- “Mendel Marta Graciela C/ HSBC La Buenos Aires Seguros SA Dra. Cristina Elizabeth Rohr S/ Diferencias De Salarios”, del 19-9-2014, en minoría)”.

“Además, tampoco se podría sostener que se incurre en una reformatio in pejus. Ello, porque entre la jerarquía de valores (afectación de la seguridad jurídica, o la afectación social, como es el caso de un hecho de público y notorio), el in pejus, tiene que ceder para mantener constante el valor indemnizatorio”.

“Finalmente, es necesario, según los supuestos fácticos y jurídicos del caso, que deba ser tenido en cuenta el principio iura novit curia, receptado por los arts. 34 inc. 4º, y 163 inc.6º del C.P.C.C., que impone al juez la obligación de aplicar el marco completo del derecho vigente, adecuándolo al caso particular, y teniendo en vista los principios generales que rigen el paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales”.

“Ello nos lleva indeclinablemente a recordar, cuál es la función del juzgador. Y esta es, sustentar la primacía de la ley fundamental de la Nación con todas sus garantías materiales. Entre ellas, el derecho de defensa en juicio, que implica tanto el acceso a la justicia para el que reclama (lo que incluye también la realización efectiva de las sentencias), cuanto la plenitud de defensa para el que contesta”.

“No debiendo incurrirse en la consabida confusión por vía interpretativa, en donde al tiempo de atender cuestiones de tipo adjetivo (entre muchas otras, y en lo que aquí interesa, medidas cautelares, extensiones de condena en etapa de ejecución, carácter, oportunidad y medida de los intereses, etc.), las normas sustantivas que sirvieron de necesario basamento a la sentencia enmarcadas en el nuevo

paradigma, son frustradas al tiempo de efectivizar el decisorio. Este efecto retrógrado se logra leyendo lo adjetivo desde la jerarquía de valores de dos paradigmas más atrás: el del derecho clásico. Esto lleva a la nociva consecuencia, en relación con el tema en debate, de que solo se defienda un patrimonio: el deudor, y no el del acreedor, sujeto especialmente protegido”.

“De modo que no es conforme a derecho que uno sea el paradigma vigente, en un nivel cuasi exclusivamente teórico, y otro el de su interpretación cuando de la bajada práctica hacia la realidad se trate (“Los Paradigmas normativos e interpretativos: relojes que suelen atrasar”, Revista Spes Nro: 34, octubre 2012)”.

“La identificación correcta del derecho vigente por parte del juzgador (ver “El Digesto Jurídico Argentino y el Derecho del Trabajo”, El Digesto Jurídico Argentino Suplemento Especial, Editorial Erreius, pág. 45), brinda la garantía de que aunque uno u otro, funden equivocadamente el derecho, y aún de modo insuficiente, sea el juez el encargado de corregirlo mediante su obligación de ejercer el iura novit curia. Ello, sin desvirtuar el soporte fáctico sobre el cual las partes han desplegado sus argumentos, y ofrecido prueba. Precisamente, ese soporte fáctico, también supone una realidad de base que, como ya manifesté, sigue transcurriendo durante el proceso judicial, que no debe ser ignorada en beneficio de todas las partes del proceso”.

“Asimismo, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el Juez está facultado a aplicar el derecho que regula la situación fáctica que, denunciada por las partes, deviene acreditada en la causa. Ello, con prescindencia de las afirmaciones o argumentaciones de orden legal, formuladas por los litigantes, e independientemente del encuadre jurídico que ellos asignen a sus relaciones (CSJN G. 619-



XXII, en autos "Gaspar, Rodolfo y otros c/ SEGBA SA", sentencia N° 92.515 del 19.4.11, en autos "Castro Sebastián Marcelo c/ La Segunda ART SA s/ accidente-acción civil", del registro de esta Sala). Criterio que también he sostenido como Juez de primera instancia (conf. sentencia definitiva N° 2.834, del 9/12/10, en autos "Monteagudo Barro, Norberto Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación", del registro del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 74)".

"En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también ha dicho que, "sostener, como fundamento del rechazo, un erróneo encuadramiento legal del reclamo (...), importa soslayar que los jueces tienen no sólo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes" (fallos: 324:2946 y sentencia del 2 de Marzo de 2011, S.C. G N°134, L. XIV, in re "Guerrero Estela Mónica, por sí y por sus hijos menores c/ Insegna, Rubén s/ muerte por accidente de trabajo)".

"En el punto, debo recordar que la finalidad del derecho del trabajo, consiste en procurar el respeto por la dignidad del hombre que trabaja, que facilite el ejercicio de su actividad (art. 14 bis C.N.)".

"Por todo ello, entiendo que la tasa de interés, mal podría castigar útilmente la mora, desalentando su perpetuación, si con el tipo interés que se emplee, por efecto de la inflación, se evapora su relevancia. Por ello, se hace forzoso aplicar la nueva tasa de interés en toda oportunidad, tanto en etapa de conocimiento cuanto en etapa de ejecución, ya que si, como se mencionó en el caso de la Ley 24.283, se ha verificado la hipótesis de que, ya existiendo cosa juzgada, se alterara el crédito del trabajador en su perjuicio, tanto más podrá hacerse este proceso en su favor, en el marco del paradigma vigente de los Derechos Humanos Fundamentales, donde éste constituye un sujeto de preferente tutela, "Señor de todos los mercados", conforme "Vizzoti".

"Ahora sí, y en virtud de lo referido precedentemente, no cabe duda de que la suscripta considera procedente la actualización del capital también en todos los casos".

"Cabe tener presente, que este criterio de la actualización, lo vengo sosteniendo hace tiempo junto al Dr. Capón Filas en el sentido de que ambos, hemos declarado la imperiosa necesidad de actualizar los créditos salariales. (Ver, por ejemplo, ("Larotonda, Sergio Bruno c/ Del Campo Materiales SRL y otros s/ despido", sentencia n° 1881, del 22 de octubre de 2003; "Paz, María Isabel c/ Met AFJP S.A. s/ despido", sentencia n° 2422, del 30 de octubre de 2007; o "Gutiérrez, Edgardo David c/ Labora S.A. s/ despido", sentencia n° 2454, del 18 de marzo de 2008, entre muchas otras, todas del juzgado 74, en mi labor como juez de primera instancia; o "Santucho, Sergio del Valle c/ Castagnola, Pablo Daniel s/ despido", Sentencia n° 93533, del 22 de mayo de 2013; "Leguizamón Ricardo Hernán c/ R. Carpaccio S.R.L. s/ despido", sentencia n° 93.570, del 31 de marzo de 2013, entre muchas otras, todas del registro de esta sala)".

"Por ello, apoyando esta tesitura, se ha sostenido que "derogada la Ley 23.928, en lo vinculado con la paridad cambiaria y generado un aumento del costo de la vida, según parámetros que serán utilizados entre otros aspectos para el pago de las obligaciones de los deudores del sistema financiero, aparece como irrazonable que el trabajador, sujeto constitucionalmente protegido, se encuentre desguarnecido frente al envilecimiento del dinero por una mera prohibición legal, que a todas luces aparece como irrazonable y violatoria del derecho de propiedad y de justamente garantizar lo que pretendía la ley de convertibilidad y sus decretos reglamentarios: "mantener incólume el contenido de la pretensión" (Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala X, sentencia del 22 de marzo de 2002, in re "Rodríguez, Pedro E. c/ Carlos A. Meana y otro s/ demanda)".

"De hecho, que el art. 276 de la L.C.T., aun cuando se encuentra derogado tácitamente por la Ley 23.928, muestra la lógica en el legislador sobre la necesidad de actualizar los montos laborales, puesto determina que "los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago. Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra".

"Asimismo, y como ha quedado claro con la aplicación del RIPTE según dispone la ley 26.773, el propio legislador hoy ha decidido así".



“Otro tanto, ha hecho al establecer en la Ley 26.844, sobre el “Régimen Especial del Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares” (pub en B.O. el 12/4/13), la forma en que se actualizarán los salarios y cuál será la tasa aplicable. En efecto, en su artículo 70 dispone que “los créditos demandados provenientes de las relaciones laborales reguladas por la presente ley, en caso de prosperar las acciones intentadas, deberán mantener su valor conforme lo establezca el Tribunal competente, desde que cada suma es debida y hasta la fecha de su efectiva y total cancelación”.

“Y agrego, también ha contemplado la realidad inflacionaria la CNAT con la modificación del Acta Nro. 2.601, del 21-05-2014, de la C.N.A.T. según la cual se elevó la tasa de interés aplicable, como extensamente ha sido reseñado ut supra”.

“Con lo cual, el círculo se cierra en donde empezamos. Claramente, tanto los legisladores, como los jueces realizaron las tres modificaciones (Ley 26.773, Ley 26.844, y Acta Nro. 2.601), reconociendo implícitamente a la inflación como un hecho de público y notorio. Esto es, un dato de la realidad que no pudieron desoír en lo macro, y que la suscripta no desoír en el análisis micro de cada una de las sentencias que deba dictar”.

“Para así resolver, corresponde declarar, según el caso, aún de oficio, la inconstitucionalidad del artículo 4º de la ley 25561”.

“Precisamente, por imperio de la misma realidad que he tenido en cuenta para resolver el fondo de la cuestión, es que declaro la inconstitucionalidad de marras e impongo el índice de actualización que se indicará”.

“Con respecto a las inconstitucionalidades de oficio, he sostenido inveteradamente (aún como juez de primera instancia), que el decreto de inconstitucionalidad de oficio, no es una facultad, sino un deber de los jueces. Precisamente, en un reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho “que cabe recordar que con arreglo al texto del artículo 100 (actual 116 de la Constitución Nacional), tal como fue sancionado por la Convención Constituyente ad hoc de 1860 -recogiendo a su vez el texto de 1853, tributario del propuesto por Alberdi en el artículo 97 de su proyecto constitucional-, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el art. 75 inc. 12) y por los tratados con las naciones extranjeras”.

“Que en este marco constitucional, la ley 27 estableció en 1862 que uno de los objetos de la justicia nacional es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella (art. 3). Al año siguiente, el Congreso dictó la ley 48, que prevé que: „Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido (artículo 21) .” “

“Que con estas bases normativas, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando -contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor José Benjamín Gorostiaga- delineó sus facultades para aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución (Fallos: 23:37).”

“Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”. Tal atribución - concluyó la Corte- “es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario” (Fallos: 33:162).



“Como es bien sabido, un año antes, en el caso „Sojo, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente „Marbury “vs. Madison para establecer que „una ley del congreso repugnante a la “ Constitución no es ley para afirmar que „cuando la Constitución y una ley del “ Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren (Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio “ fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte „no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional (Juicio de amparo, en “ Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620).”

“Que el requisito de que ese control fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este Tribunal en 1941 en el caso „Ganadera Los Lagos (Fallos: “ 190: 142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y si cuando no la hay (Fallos: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; Y 327:3117, considerando 4°).”

“Agregó el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco „se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni (...) puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso” (Fallos:327:3117, considerando 4° citado).”

“Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente „Mazzeo (Fallos: 330:3248), esta Corte enfatizó que „la “ interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que importa „una insoslayable pauta de interpretación para los “ poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos “ (considerando 20).”

“Se advirtió también en “Mazzeo” que la CIDH “ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Concluyó que “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, considerando 21).”

“Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente „Almonacid. En “efecto, en el caso „Trabajadores Cesados del Congreso precisó que los “ órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también „de convencionalidad ex officio entre las “ normas internas y la Convención Americana [„Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, “parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos “Ibsen Cardenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1° de septiembre de 2010, parágrafo 202); “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaiá’) vs. Brasil” (del 24 de noviembre parágrafo 176) y “Cabrera y Montiel noviembre de 2010, parágrafo 225).

“Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben



EL DERECHO

tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso „Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina del 29 de noviembre de 2011).” “

“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.”

“Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar „en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (confr. casos „Ibsen Cardenas e Ibsen Pefiay “ “ „Gómez Lund y otros, citados).” “

“Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestas de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación.”

“En este sentido se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera.”

“Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control” (R. 401. XLIII. Autos “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra e Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 27.11.12).

En consecuencia, y como fuera ya analizado, a su vez, sugiero devengar actualización monetaria sobre los créditos que proceden (criterio también recogido en el art. 772 del nuevo CCCN), empleando el índice RIPTTE del mes en que se apruebe la liquidación. En caso de que no se encontrara publicado dicho índice, o que éste fuera inferior al índice que elabora la Cámara Argentina de la Construcción, se empleará este último a los fines de realizar el cálculo.

En virtud de lo expuesto, cabe remitir copia de la sentencia a la Organización Internacional del Trabajo para que la tenga en cuenta respecto de los Derechos Fundamentales del Trabajo y al Ministerio de Trabajo para que la considere al momento de elaborar la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que oportunamente se pondrá en conocimiento por intermedio de la Secretaría de Primera Instancia.

Por lo tanto propongo modificar la sentencia de primera instancia y condenar solidariamente a los codemandados Rosalía Marta Facasso, Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar y TOCLAL SA. a pagar al actor la suma \$91.846,27. con más los intereses expuestos en el considerando VIII y actualización.

De acuerdo con lo normado por el art. 279 del CPCCN, propongo imponer las costas de ambas instancias a cargo de los codemandados solidarios (art. 68 del CPCC).

En atención al monto de la contienda, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9, 19, 37, 39 y conc. de la ley 21839, y concs. de la Ley de Aranceles y ley 24432, y demás normas arancelarias vigentes, propongo regular los honorarios a la representación letrada de la partes actora, codemandada



ROSALIA MARTA FRACASSO, codemandada TOCLAL S.A., codemandado CARLOS ALBERTO VENIANI, codemandado EDUARDO OMAR AQUINO y codemandado RAMIRO PEREZ GOMAR, en 16%, 13%, 13%, 13%, 13% y 13% del monto de condena y para el Sr. Perito Contador en el 8% del monto de condena.

Auspicio regular los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 507/509 vta., fs. 510/515 y fs. 531/533 vta. por sus trabajos ante la alzada, en VEINTICINCO POR CIENTO (25%), TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) y VEINTICINCO POR CIENTO (25%) respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado.

En definitiva y por lo que antecede voto por: I.-

Modificar la sentencia de primera instancia y condenar solidariamente a los codemandados Rosalía Marta Fracasso, Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar y TOCLAL SA. a pagar al actor la suma \$91.846,27, con más los intereses dispuestos en el considerando VIII y actualización. II.- Confirmar la condena de la entrega de los certificados de trabajo. III.- Dejar sin efecto el régimen de costas y la regulación de honorarios practicada en primera instancia. IV.- Imponer las costas de ambas instancias a los codemandados solidarios. V.- Regular los honorarios a la representación letrada de las partes actora, codemandada ROSALIA MARTA FRACASSO, codemandada TOCLAL S.A., codemandado CARLOS ALBERTO VENIANI, codemandado EDUARDO OMAR AQUINO y codemandado RAMIRO PEREZ GOMAR, en 16%, 13%, 13%, 13%, 13% y 13% del monto de condena y para el Sr. Perito Contador en el 8% del monto de condena. VI.- Regular los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 507/509 vta., fs. 510/515 y fs. 531/533 vta. por sus trabajos ante la alzada, en VEINTICINCO POR CIENTO (25%), TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) y VEINTICINCO POR CIENTO (25%) respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado. VII.- Remitir copia de la sentencia a la Organización Internacional del Trabajo para que la tenga en cuenta respecto de los Derechos Fundamentales del Trabajo y al Ministerio de Trabajo para que la considere al momento de elaborar la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que oportunamente se pondrá en conocimiento por intermedio de la Secretaría de Primera Instancia. VIII - Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

El doctor Víctor A. Pesino dijo:

Discrepo parcialmente con la opinión vertida por mi colega preopinante:

I.- Estoy de acuerdo, en lo que atañe al recurso deducido por la demandada Fracasso.

Agrego que el cuestionamiento que se hace de la interpretación de la prueba testimonial efectuada en grado, no pasa de ser de una simple discrepancia subjetiva que no alcanza a la entidad de agravio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la L.O. Debe advertirse que lo que sostiene la accionada, acerca de la hipotética existencia de otros negocios del ramo en las misma cuadra, no fue invocado como defensa en el responde y tampoco fue probado.

Según la apelante, en la contestación de demanda nunca dijo que su local se denominase "*Madonna*". Sin embargo ello no es así, ya que fs. 101 vta. se limitó a negar "que el supuesto lugar de trabajo haya sido el local que gira con el nombre de fantasía "*MADONNA*", expresión que implica, por cierto, reconocer su existencia, no habiendo manifestado en momento alguno que no lo hubiese explotado.

Por ello, repito, el recurso debe ser desestimado.

II.- El telegrama de renuncia de fs. 384 fue recibido por la destinataria el mismo día 13 de julio de 2009, según surge del informe del Correo de fs. 391. En consecuencia el mismo surtió plenos efectos, lo que tornó carentes de operatividad las cartas documento posteriores tendientes a regularizar un vínculo que ya estaba ter mimado, máxime cuando no surge de autos que hubiese habido algún tipo de continuidad prestacional.

En este sentido, coincido con la decisión de grado en cuanto que no resulta acreditado vicio alguno de la voluntad que pudiese obstaculizar los efectos de la renuncia. No se demostró que la percepción de haberes hubiese estado condicionada a la emisión de una misiva de esas características y, por lo demás, ello es poco creíble si se tiene en cuenta que semejantes incumplimientos son de carácter injurioso y habilitaban al actor reclamar en su relación, por el contrario el testigo Jesa fue claro al explicar que la clandestinidad en el negocio era moneda corriente y que por esa razón se fue.



En consecuencia, propicio confirmar la sentencia en tanto desestimó los reclamos indemnizatorios.

III.- Por análogos fundamentos, adhiero a las razones que llevarán a mi colega preopinante a propiciar la condena solidaria de Toclal S.A.

Sin embargo, discrepo en cuanto propone la condena solidaria de las personas físicas integrantes de la sociedad por cuanto el vínculo laboral se desarrolló con Fracasso y, desde esta óptica, las mismas jamás pudieron cometer algún acto que hubiere generado su responsabilidad en los términos de los artículos 54, 59, 274 y concordantes de la ley 19.550.

IV.- También difiero en lo atinente a la indexación, dado que la pérdida de valor adquisitivo del crédito, y las consecuencias dañosas originadas en el desfasaje por la situación económica, ha sido suficientemente morigerada por la tasa de interés que adoptó esta Cámara, a partir del Acta N° 2601, y su correlativa 2630/16.

V.- En cuanto a los intereses, opino que a partir del 27/4/16 debe aplicarse la tasa sugerida por esta Cámara mediante Acta 2630/16.

VI.- Obviamente que por ello no comparto la sugerencia de remitir copia de la sentencia a la OIT.

VII.- De prosperar mi voto auspicio confirmar la sentencia apelada en cuanto pronuncia condena y extender la misma solidariamente a Toclal S.A.; confirmar el rechazo de la acción contra las personas físicas demandadas; en el marco de lo dispuesto por el artículo 279 del CPCC y en función de un criterio conceptual y no aritmético, imponer las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas en la acción que prospera parcialmente y al actor, con relación al rechazo de la demanda respecto de las personas físicas; regular los honorarios de la representación y patrocinio del actor, demandada Fracasso y demandada Toclal S.A., en el 20%, 14% y 14%, respectivamente, por su total actuación y los del perito contador en el 6% a calcularse, en todos los casos, sobre el monto de condena, incluidos los intereses; mantener las regulaciones de honorarios efectuadas en primera instancia con relación a la demanda que se rechaza y fijar los de los profesionales firmantes de los escritos de fs. 528/530 y fs. 531/533 en el 25% de los determinados en la etapa previa.

El doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo dijo:

Que en lo principal adhiero al voto de la Doctora Diana Cañal.

Que respecto de los temas motivo de disidencia, por los que fui convocado, adhiero al voto del Dr. Víctor A. Pesino en cuanto a la tasa de interés y la actualización.

Por lo tanto, **el Tribunal RESUELVE:** I.- Modificar la sentencia de primera instancia y condenar solidariamente a los codemandados Rosalía Marta Fracasso, Alberto Veniani, Eduardo Omar Aquino y Ramiro Pérez Gomar y TOCLAL SA. a pagar al actor la suma de pesos NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS CON VEINTISIETE CENTAVOS (\$91.846,27), con más los intereses dispuestos en la sentencia anterior. II.- Confirmar la condena de la entrega de los certificados de trabajo. III.- Dejar sin efecto el régimen de costas y la regulación de honorarios practicada en primera instancia. IV.- Imponer las costas de ambas instancias a los codemandados solidarios. V.- Regular los honorarios a la representación letrada de las partes actora, codemandada ROSALIA MARTA FRACASSO, codemandada TOCLAL S.A., codemandado CARLOS ALBERTO VENIANI, codemandado EDUARDO OMAR AQUINO y codemandado RAMIRO PEREZ GOMAR, en DIECISEIS POR CIENTOS (16%), TRECE POR CIENTO (13%), TRECE POR CIENTO (13%), TRECE POR CIENTO (13%), TRECE POR CIENTO (13%) y TRECE POR CIENTO (13%) del monto de condena y para el Sr. Perito Contador en el OCHO POR CIENTO (8%) del monto de condena. VI.- Regular los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 507/509 vta., fs. 510/515 y fs. 531/533 vta. por sus trabajos ante la alzada, en VEINTICINCO POR CIENTO (25%), TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) y VEINTICINCO POR CIENTO (25%) respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado. VII.- Remitir copia de la sentencia a la Organización Internacional del Trabajo para que la tenga en cuenta respecto de los Derechos Fundamentales del Trabajo y al Ministerio de Trabajo para que la considere al momento de elaborar la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que oportunamente se pondrá en conocimiento por intermedio de la Secretaría de Primera Instancia. VIII - Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.



EL DERECHO

Notifíquese, regístrese y oportunamente devuélvase. – *Néstor Rodríguez Brunengo Juez de Cámara – Víctor Pesino Juez de Cámara – Diana Cañal Juez de Cámara.*– Ante mí: Silvia Susana Santos Secretaria.