

SENTENCIA DEFINITIVA NRO. 88308	CAUSA NRO: 21243/10
AUTOS: "G. L. B. c. Libertad S.A. y otro s. despido"	
JUZGADO NRO.	SALA I

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 28 días del mes de NOVIEMBRE de 2012, reunida la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y de acuerdo al correspondiente sorteo, se procede a votar en el siguiente orden:

La Doctora Gloria Pasten de Ishihara dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 385/393 y su aclaratoria de fs. 398, apelan ambas partes, la actora a fs. 399/408 y la demandada a fs. 409/412 que merecieron las réplicas de fs. 430/431 y 423/425 respectivamente. Por su parte, la perito contadora, -a fs. 415- y Libertad SA a fs. 416, se quejan por los honorarios regulados a la experta por considerarlos exiguos y elevados respectivamente.

II. La parte actora se queja por el rechazo de las diferencias de salarios de diciembre del 2.007 a septiembre 2.008; de la multa del art. 1º de la Ley 25.323 y de la reparación establecida en el art. 1º Ley 23.592. También se alza contra la falta de extensión de responsabilidad a Leader Price SA. Finalmente, contra la regulación de honorarios a los profesionales intervinientes por considerarlos elevados.

Por su parte, Libertad SA, se alza contra la procedencia de diferencias salariales e indemnizatorias; la incorporación de rubros no remuneratorios a la base salarial utilizada para calcular las indemnizaciones por despido y por la decisión que lo conmina a confeccionar nuevos certificados de trabajo conforme las pautas dispuestas en la sentencia.

III. Llega firme a esta Alzada que ambas partes reconocen que el contrato de trabajo se anudó el 26.11.02 entre la trabajadora y Leader Price SA, quien, con fecha 01.07.08 cedió el contrato de trabajo a Libertad SA. La relación tuvo su fin de modo directo el día 09.12.09.

Conforme las peticiones de la actora, la categoría y su salario son materia litigiosa. Ahora bien, independientemente de la denominación atribuida por las partes a la categoría que ostentó, (Supervisora de cajas para la actora o Supervisora Jr. y Asistente Jr. para la demandada), lo cierto es que la demandada, reconoció a fs. 161 que la actora desde su ascenso como Supervisora Jr. (Septiembre de 2004) fue dejada fuera de convenio porque poseía tareas y responsabilidades que no tenían correlato dentro de las categorías previstas en el CCT 130/75 y, pese a ello, la reincorporó en octubre del 2008 como Administrativa B y la volvió a excluir del convenio en julio del 2009.

Quien me precedió en el juzgamiento a fs. 387/388 analizó las declaraciones testimoniales aportadas a la causa y consideró que se encuentran contestes en el

sentido que remarcan que la actora, desde septiembre del 2004, se desempeñó en la categoría de supervisora de cajas (declaraciones de los testigos Mohammad, Turchetto, Saavedra y Marcucci a fs. 265/266; 267/269; 343/344 y 263/264 respectivamente).

El conflicto nace porque la demandada afirma que la integridad del salario no fue afectada en los sucesivos cambios mientras que, en discordancia con esa postura, la actora interpuso la presente acción por diferencias salariales.

El Sr. Juez "A quo", con apoyo en la pericial contable, entendió que se devengaron diferencias salariales desde que la categorizaron como administrativa B (octubre del 2008 a junio 2009) y difirió a condena la suma de \$14.163,59 y de \$9.568,91 por el período en el que la volvieron a excluir del CCT desde junio 09 hasta el fin de la relación en concordancia con lo informado por la perito contadora a fs. 278 vta.

Ante esta resolución se alza la demandada quien afirma que conforme surge del informe contable en el punto B-c, "no hubo durante la relación laboral reducción en el haber neto mensual de la actora" (ver fs. 282); sin embargo, en la misma respuesta que señala la demandada, la perito contadora indicó que tanto el sueldo básico como el total bruto de octubre del 2008 sufrieron una considerable merma de \$1.126,58 y 517,20 respectivamente, en comparación con los devengados un mes antes.

Del confronte de los anexos del informe (especialmente fs. 272 vta./273), surge que, efectivamente, el salario básico y sueldo bruto de la actora y debido a su incorporación en el convenio colectivo de trabajo, resultó disminuido.

En tal sentido, que la experta contable haya apreciado que el salario neto no fue modificado, no enerva la suerte del planteo introducido por la demandada, toda vez que del cotejo de las remuneraciones se vislumbra un notorio ascenso de las sumas no remuneratorias desde el mes de agosto/ 08 a octubre/08 (v. copias de fs. 29 y 30 respaldadas por el anexo I de la pericial contable). Luce evidente, entonces, que la disminución del salario de la actora se produjo como consecuencia de incorporar sumas no remuneratorias restándole entidad al salario básico con el consecuente perjuicio que ello entrañó.

En efecto, la demandada insiste acerca de la validez de los acuerdos convencionales pero nada dice de los fundamentos expuestos por el Sr. Magistrado de la instancia anterior quien luego de cotejar el art.103 de la L.C.T. y jurisprudencia reseñada, declaró inaplicable la Resolución 632/2007, de manera tal, que la queja no reúne los requisitos formales previstos por el art.116 de la L.O. en tanto no indica con precisión cuales son las partes del fallo que se consideran equivocadas, desde el punto de vista fáctico o jurídico y, fundamentalmente, omite criticar los errores - de hecho o de derecho - en que se hubiera incurrido mediante la crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que pretende se revoque, por ello, este segmento de la queja luce desierto.

No obstante, a fin de salvaguardar su derecho de defensa en juicio, considero pertinente efectuar algunas consideraciones al respecto. Ya he señalado que la lectura armónica de los arts. 103 y 105 de la Ley de Contrato de Trabajo, permite sostener que toda prestación percibida por la persona trabajadora como consecuencia del contrato de trabajo y por haber prestado servicios o puesto a disposición del empleador su fuerza de trabajo, reviste el carácter de remuneratoria y resulta libremente disponible por ésta. La excepción a este principio está constituida por aquellas prestaciones a las que se les atribuye el carácter de “no remuneratorias” que emanan del empleador, en forma voluntaria y con el objeto de mejorar la calidad de vida de la persona trabajadora, con la particularidad que algunas de ellas, a los efectos de evitar conductas fraudulentas, se encuentran –a mi juicio - taxativamente previstas en el art.103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo y que la diferencia fundamental entre ambas prestaciones, es el carácter que se le asigna (remuneratoria o no remuneratoria) pues, según el caso, revestirá la particularidad de ser considerada o no para el cálculo de las indemnizaciones por despido arbitrario conforme la doctrina del art.245 de la LCT, así como en otros rubros salariales o convencionales que, a modo de ejemplo, pueden ser las vacaciones y el SAC. De tal manera, que si la prestación es considerada como “no remuneratoria” porque no reúne las características relevantes del concepto jurídico del salario (la retribución por los servicios prestados y libre disponibilidad para el trabajador), ninguna incidencia tendrá en la base indemnizatoria pues no será computado y que si bien es cierto que no se puede desconocer en modo alguno la licitud de acuerdos homologados por la autoridad administrativa en el marco de las Ley 14.250 (t.o.2004), 20.744, sus modificatorias y Ley 25877, no es menos cierto que ello es así en la medida que los beneficios que allí se establezcan no violen el orden público laboral y se proyecten a todas las instancias contractuales, ello es, al nacimiento, desarrollo y en la extinción del contrato de trabajo. (v. Expte. nº 42643/09 "Bravo Aurora Itatí c/ Actionline de Argentina SA s/ despido", SD nº 87164 del 28/10/2011 del Registro de esta Sala)

A mayor abundamiento, destaco que en un caso que guarda analogía con el presente (“Pabon Horacio Fabian y otros c/Telecom Argentina S.A. s/diferencias de salarios”, S.D. 86274 del 15/11/10) y teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Pérez Aníbal Raúl c/Disco S.A." (Fallos 332:2043, 1/9/2009), esta Sala ha expresado que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan (doctrina de "Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos: 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional. Asimismo (si bien con relación al art. 103 bis inc. c, de la L.C.T.) se expresó que cuando no se proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de las sumas asumida por el

empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste, la calificación de "no remunerativa" aparece como un simple "ropaje".

También ha valorado el Alto Tribunal los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22, segundo párrafo) que se han ocupado del salario y se ha considerado que la noción de remuneración en manera alguna podría entenderse de alcances menores que la acuñada en el art. 11 del Convenio n° 95 sobre la protección del salario.

En esta línea de pensamiento, estimo que no resulta posible aceptar que, por medio de un acuerdo de orden colectivo o uno de las características del celebrado entre la Federación de Empleados de Comercio y el sector empleador, se atribuya carácter no remunerativo a sumas de dinero abonadas a los trabajadores en virtud del contrato de trabajo y como consecuencia del servicio prestado, ya que la directiva del art. 103 de la L.C.T. tiene carácter indisponible y resulta la norma mínima de aplicación. Así pues, la validez de los acuerdos colectivos no se mensura en relación a su constitucionalidad – tal como ha señalado el Sr. Juez de grado- sino con su ajuste o desajuste con las normas de rango superior y a la articulación propia del régimen de los convenios colectivos que sólo resultan aplicables en la medida que contengan beneficios adicionales o superiores a los previstos en las disposiciones legales imperativas. De tal manera, no resulta trascendente lo que pueda haberse establecido en el acuerdo que invoca la demandada en tanto el convenio 95 de la OIT, ratificado por la Argentina define que, a los efectos del convenio, el término salario significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo y, en caso de "pugna", debe prevalecer la disposición del Convenio 95 de la OIT, ello por cuanto se trata de una norma de jerarquía supralegal. Aun cuando el acuerdo colectivo sea la fuente de tales beneficios, debe realizarse un juicio de compatibilidad a la luz de lo normado por los arts. 7, 8, 9 y conc. de la ley 14.250, debiendo remarcarse que los convenios colectivos de trabajo sólo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral.

A lo expuesto, cabe agregar que la Corte Suprema de Justicia, en los autos "González Martín N. c/Polimat S.A. y otros" del 19/5/2010 ha reafirmado la doctrina del precedente "Pérez c/Disco" y declaró la invalidez de los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03, en cuanto calificaron como "asignaciones no remunerativas de carácter alimentario" a las prestaciones dinerarias que establecían en favor de los trabajadores destinadas a corregir el deterioro que vienen padeciendo las remuneraciones en general y los salarios de menor cuantía en especial. Si bien la cuestión en el precedente "González" versaba sobre el tratamiento de decretos de necesidad y urgencia, guarda estrecha vinculación con la de autos, pues, con distinta fuente, de lo que se trata es de restar el carácter remuneratorio a sumas que tienen como base una relación o contrato de trabajo, sobre este presupuesto fundamental para la vigencia del

orden público laboral, ambos supuestos, ya sea por un D.N.V. o un acuerdo fruto de la negociación colectiva, carecen de atribuciones para ello, solución adoptada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, al disponer que: "...los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 resultan inconstitucionales en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen ..." -Considerando 10º-

Por las consideraciones expuestas, propicio que la queja en este segmento, sea rechazada.

Ahora bien, para tratar el segundo periodo (julio/09/diciembre 09) tendré también en cuenta la apelación de la actora quien se alza por el rechazo de las diferencias salariales que sostiene devengadas en el período diciembre del 2007 y septiembre del 2008 por ser situaciones análogas donde la demandada excluyó a la actora del convenio colectivo.

Memoro que el Sr. Juez de grado entendió que la demandada cumplió satisfactoriamente la normativa convencional hasta septiembre del 2008 y que la decisión inicial de excluir a la actora del convenio colectivo no le generó perjuicio alguno. Sin embargo, asiste razón a la actora pues si bien la demandada Leader Price Argentina S.A. sostuvo que el cambio de cajera a supervisora fuera de convenio no le ocasionó perjuicio alguno (v.fs.129), lo cierto es que del detalle realizado por la experta contable a fs.270/272 surge que en apariencia el salario básico que la demandada asignó a la trabajadora, es superior al salario convencional. Digo así, pues comparando el total de las sumas percibidas, el salario de convenio más los adicionales y montos en concepto de acuerdos colectivos, aparece mayor al asignado a la trabajadora por las nuevas responsabilidades asignadas y tareas desempeñadas. Concretamente, la exclusión del CCT, a diferencia de lo sostenido por la demandada, evidentemente le causó un perjuicio a la actora en tanto significó sustraerla del régimen convencional sin agregarle beneficios que superaran los otorgados por dicho régimen, por ende, la modificación del encuadramiento convencional de la actora, en forma unilateral, implicó una violación a los arts.12 y 66 de la L.C.T. pues indudablemente causó un perjuicio material y en detrimento de sus derechos.

Por ello, debe confirmarse lo dispuesto respecto de las diferencias de julio 09 a diciembre de ese mismo año y diferir a condena la suma de \$6338,88 por las devengadas desde diciembre del 2007 hasta septiembre del 2008, monto determinado por la perito a fs. 278 vta. que no mereció cuestionamiento de las partes.(arts.386 y 477 del CPCCN). Además, corresponde dejar asentado que tales diferencias no se encuentran prescriptas, pues teniendo en cuenta el momento en que nació la exigibilidad de cada crédito (art.126 de la LCT) su curso fue suspendido mediante la intimación cursada por la actora con fecha 15 de diciembre de 2009 (arts. 256 de la LCT y 3986 del Código Civil).

Lo expuesto anteriormente, respecto de la naturaleza de los rubros que componen el salario de la trabajadora, me dispensa del tratamiento del agravio

incoado por la demandada, tendiente a dejar sin efecto la decisión del Sr. Juez a quo de incorporar al salario las sumas “no remunerativas” a los efectos de calcular los rubros por los que prospera la demanda. Propicio pues, su desestimación.

IV. Con relación a la multa prevista en el art.1° de la Ley 25323 que fuera rechazada por el Sr. Magistrado de origen, la actora sostiene que debe prosperar toda vez que se encuentra probado que la relación fue deficientemente registrada por haber percibido menores remuneraciones que las que le correspondían. Además de señalar que el argumento vertido por la parte actora no fue sometido a la instancia anterior (art. 277 del CPCCN), tampoco le asiste razón, pues el empleador no tiene obligación de registrar remuneraciones que no fueron abonadas, razón por la cual, propicio se confirme la decisión adoptada en grado.

V. Habiendo sido materia de reclamo la entrega de los certificados de trabajo y de aportes y contribuciones previstos en el art. 80 de la L.C.T., cuyo contenido deberá contemplar lo previsto en el Capítulo VIII de la L.C.T., agregado por el art. 1° de la ley 24.576 y toda vez que el instrumento entregado a la actora conjuntamente con el pago de la liquidación final no contempla las diferencias salariales constatadas, la decisión de condenar a la nueva confección de los certificados y la procedencia de la multa incorporada al último párrafo del art. 80 LCT, debe ser confirmada.

VI. Resta analizar el reclamo fundado en la ley 23.592 que fuese desestimado en grado. La accionante, sostiene, entre otras consideraciones, que su despido fue consecuencia de una represalia patronal por sus incesantes reclamos salariales y prueba de ello, es la inmediatez con la que se produjo el despido directo con la notificación de la audiencia ante el SECCLO. Manifiesta que es inexacto que el acto discriminatorio requiera de una prueba fehaciente y que el tema tratado ha sido abordado incorrectamente pues su pretensión consistió en una indemnización agravada o un resarcimiento por el hecho discriminatorio sufrido.

Si bien el principio general consagrado en el art.377 del CPCCN, impone a la carga de la prueba a quien afirme la existencia de un hecho controvertido, en supuestos como el presente, la jurisprudencia ha flexibilizado la regla citada, receptando la teoría conocida como la carga dinámica de las pruebas desarrollada por el Profesor Jorge W. Peyrano (“Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, 1991:1034, La Ley, Buenos Aires) y guarda relación con diversos fallos dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo donde se ha expresado que en materia de despido discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales la persona trabajadora tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre la parte empleadora la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales para eliminar toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.(CNAT Sala IV, voto del Dr.Zas en mayoría en la causa 14593/2008 in re “Lescano Victor cesar c/ Ingeplam S.A. s/ despido”, SD n° 94267 del 31/8/2009).

En similar línea de pensamiento se expidió nuestro más Alto Tribunal en el caso “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio de Abogados de la Capital Federal del 15/11/2011 y a lo que cabe agregar que en el presente caso, la condición de mujer de la actora activa las garantías previstas en el art.6° inc.c) de la Ley 26485. Ello así, pues denunció que al percibir las asignaciones correspondientes a su licencia por maternidad fueron disminuidas por haberse desdoblado su salario en conceptos remunerativos y no remunerativos, en virtud de ello realizó diversos reclamos y que por ellos fue despedida, consecuentemente, resulta de aplicación en materia de cargas probatorias los principios generales establecidos en la norma citada.(Convenio OIT 111, Estudio General sobre Igualdad en el empleo y la ocupación, 75° reunión, Ginebra 1988 e Informe Global de la 96ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007, N°198).

Desde la perspectiva apuntada, observo que la parte actora ha suministrado suficientes elementos para formar el cuadro indiciario aludido. En primer lugar, plasmó su reclamo en la CD remitida a la demandada con fecha 13 /07/2009 obteniendo como respuesta que sería compensada por los perjuicios que hubiera padecido (v.fs. 86/86 vta.) derivados precisamente de haberla pasado a revestir como convenionada. Sin embargo, ante el incumplimiento de la demandada, la actora continuó reclamando, esta vez ante autoridades administrativas con igual resultado. Obsérvese que de la prueba documental acompañada surge que se presentó por ante la Dirección General de Protección del Trabajo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, los días 18/08/09; 1/09/09 y 10/09/09 (ver fs. 9/11), documentos que adquieren pleno valor probatorio con la declaración de Marcucci quien reconoció haber asistido a esas audiencias en representación de la empresa, sin ofrecer solución alguna a los reclamos de la accionante (ver especialmente fs. 264). Cabe agregar, en orden a las fechas en que se celebraron las audiencias mencionadas, que ninguna duda existe acerca de que obedecieron a los reclamos efectuados por la actora con relación a la disminución de su salario durante la licencia por maternidad pues el despido se produjo con posterioridad (9/12/2009) y además el testigo mencionado, específicamente hizo referencia a la licencia por maternidad.

También, a mi modo de ver, resulta un factor significativo la audiencia ante el SECCLO del día 16/12/09 pues conforme la copia obrante a fs. 6, la accionante manifestó que amplió “sus reclamos indemnizatorios”, lo que deja entrever que con anterioridad se había fijado una audiencia donde efectuó otros reclamos y que en esta oportunidad, ante el despido que ocurrió el 9 de diciembre de 2009, su pretensión originaria la amplió a los rubros indemnizatorios. Otorgo valor a la documental reseñada, toda vez que en ella se señala una nueva audiencia para el día 08.02.10, cuya copia obra a fs. 5 y fue consentida como documento respaldatorio del fin de la instancia conciliatoria sin objeción de las demandadas y en la que claramente se estableció el objeto del reclamo constituido entre otros, por las diferencias salariales.

Ante estos elementos, correspondía a la demandada acreditar que el despido obedeció a un proceso de reestructuración interna de la compañía, tal como afirmó a fs. v.fs.165 y que su decisión no constituyó un acto violatorio de sus derechos fundamentales. Sin embargo, no lo acreditó pues pese a que solicitó a la perito contadora que informara si habían constancias de despidos en la empresa en el período diciembre/2009 y marzo 2010, este punto no fue contestado porque la propia demandada no presentó ningún tipo de documentación contable o laboral para responder el punto pericial (v.fs.286 pto.vi) mientras que en la presentación de fs.309 ninguna objeción efectuó.

Como se puede observar, los reclamos efectuados por la actora se iniciaron documentadamente en julio de 2009 y continuaron hasta diciembre inclusive, mes en el cual fue despedida advirtiéndose una contemporaneidad más que suficiente para generar una razonable sospecha de que la decisión adoptada por la demandada constituyó un castigo frente a los reclamos impetrados por la actora, los cuales fueron justos, pues tal como se ha señalado en los Considerandos anteriores, la demandada en diversos lapsos de la relación laboral, unilateralmente, la incluyó y excluyó del convenio colectivo de trabajo generando las diferencias salariales a la que se ha hecho referencia.

Más aún, parte de esas diferencias se originaron porque al momento de hallarse la trabajadora con licencia por maternidad, conforme surge de los recibos acompañados a la causa, precisamente por esas exclusiones e incorporaciones unilaterales respecto de la CCT, la remuneración que debía ser abonada, se vio reducida, extremo que la propia demandada reconoció en la comunicación que le cursara, transcripta a fs. 86 y vta.

El derecho a reclamar se funda en la libertad de acción de la persona humana y en su capacidad de llevar a cabo conductas activas sin sentirse coaccionada, limitada o menoscabada en tal accionar. Forma parte de la esencia del Estado de derecho donde la Constitución Nacional, garantiza a toda la ciudadanía el derecho a petionar y a reclamar el respeto de aquello que considera lesionado (Preámbulo y arts.14,14 bis,15,17,19, 33 y 75 inc.23). A su vez, el reconocimiento a los derechos fundamentales ubica a la persona trabajadora como sujeto de preferente tutela donde adquiere particular relevancia el derecho a la libertad, a la igualdad, a la no discriminación, a la dignidad y a la indemnidad. (CSJN 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A."; "Aquino, Isacio c/ Cargos Servicios Industriales S.A., 21/09/04, entre otros).

De allí que no podría pensarse que en el universo jurídico y en especial, en el ámbito de las relaciones laborales, exista impedimento alguno para que aquella persona que considera que sus derechos laborales han sido afectados y previo a la acción judicial, pueda ejecutar todas las acciones tendientes a que se reconozcan o restablezcan y sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional oportunamente declare que le asiste o no razón. Es más, ante un eventual incumplimiento de alguna de las partes

y previo a adoptar decisiones que impliquen sanciones o apercibimientos, resulta ajustado a derecho intimar a la contraparte pues, en el marco del contrato de trabajo, rige el principio de buena fe que se proyecta a todas las instancias contractuales y que exige que cada parte se comporte correctamente, con criterios de mutua confianza, lealtad, colaboración y solidaridad. (arts.62 y 63 de la LCT).

Lo expuesto no significa desconocer que el empleador en el actual sistema legal pueda despedir aunque abonando las indemnizaciones contempladas en la legislación pero cuando nos encontramos ante situaciones que denotan conductas tendientes a excluir ilegítima y arbitrariamente a personas trabajadoras por el sólo hecho de haber reclamado el restablecimiento de sus condiciones laborales, la situación se modifica porque bajo el ropaje de la legalidad se ocultan razones que confluyen en la lesión del derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada. En definitiva, el despido se basó en razones ajenas al ordenamiento jurídico y aún cuando efectuar reclamos no se encuentra enunciado como conducta discriminatoria en la Ley de Contrato de Trabajo ni en la Ley 23592, tal como ha sostenido el Dr. Zas en el precedente "Lescano", de aristas similares al presente caso, dicha conducta cabe ser incluida en la cláusula abierta y amplia de "condición social" a la que refiere el art. 1° de la Ley 23592 y en el art.2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que se refiere a "cualquier otra condición", instrumento internacional que goza de jerarquía constitucional (art.75 inc.22) y que permite incluir conductas que como la analizada, revelan un trato desigual basado en el ejercicio del derecho subjetivo de reclamar. La conducta de la demandada se aprecia como un intento de transmitir un mensaje desalentador para la comunidad laboral y resulta incompatible con las libertades, facultades y derechos básicos que corresponden a toda persona por el simple hecho de su condición humana a lo que se suma en este caso, en especial, lo dispuesto por los arts.2,3 y 6 de la Ley 26485 y 1° de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Por las consideraciones expuestas, propongo revocar la decisión adoptada en grado y en virtud de lo normado por los arts.1071, 1072 y 1078 del Código Civil y 35 de la Ley 26485, con ajuste a las circunstancias del caso, el tiempo de servicio, edad, su situación personal y su condición de mujer, estimo justo y equitativo fijar la indemnización en la suma de \$ 20.000 .(art.165 del CPCCN), monto que devengará los intereses fijados en grado, desde la fecha del despido (09/12/2009).

VI. En síntesis, propongo diferir a condena la suma de \$ 75256,51 (48.917,63 –primera instancia- + \$6.338,88 diferencias salariales diciembre 2.007 a septiembre 08 + \$20.000 por daño moral) con más los intereses dispuestos en grado cuya tasa llega firme a esta instancia.

VII.) La parte actora se alza porque el Sr. Magistrado de grado rechazó el pedido de responsabilidad solidaria de la codemandada Leader Price SA porque consideró que las obligaciones por las que prospera la demanda fueron originadas en forma posterior a la cesión del contrato de trabajo. Afirma la recurrente que se omitió

analizar los fundamentos expuestos en la demanda con sustento en lo normado por el art.31 de la Ley de Contrato de Trabajo. Según entiende, la cesión de personal perpetrada por ambas codemandadas en 01.07.08 fue una maniobra fraudulenta toda vez que ambas empresas pertenecen a un mismo grupo económico de carácter permanente y la actora, continuó, como en toda la relación laboral, trabajando para ambas codemandadas en forma indistinta.

La doctrina ha señalado que existe conjunto económico cuando se presentan las siguientes notas: unidad de domicilio patrimonial en la empresa; similitud o analogía de los giros por concomitancia o sucesión; utilización en común de implementos industriales; identidad de organización administrativa o comercial; utilización de locales comunes; identidad en la integración de los directores o mandatarios de las empresas referidas a alguno o algunos de sus miembros; e imposición de sus productos o con referencia a sus servicios de manera de crear una situación real (Pla Rodríguez, Américo, -1978- *Los principios del Derecho del Trabajo, 2da. edición actualizada*, Buenos Aires, Editorial De Palma) y que dos o más empresas conforman un conjunto económico permanente cuando a la comunidad de capitales y directores que hay en las empresas integrantes de aquél se añade la comunidad de personal, el que es intercambiable y pasa -siguiendo las necesidades del servicio y de los adelantos- de una sociedad a otra, de modo que queda configurada una sola relación laboral que vincula a la persona trabajadora con aquélla, las que son solidariamente responsables de las obligaciones inherentes al empleador (Conf. ésta Sala en la causa n° 37856/09 in re: “ Capmani Maria Florencia c/ Medical Image Diagnóstico por imágenes S.A. y otro s/ despido”, S.D. n° 86741 del 23-6-2011).

Desde esta perspectiva, observo que en la causa existen elementos probatorios que permiten inferir la íntima relación que existe entre ambas codemandadas. En primer término, recuerdo que el intercambio telegráfico se encuentra reconocido por las partes y que cuando la actora con fecha 13.07.09 dirigió una intimación a la codemandada Libertad SA (ver copia fs. 07, TCL 75466641) al domicilio Azopardo 1320 de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien contestó la misiva (“en respuesta a tu TCL 75466641”) con el mismo domicilio, fue Leader Price SA (fs. 148.).

Por otra parte, no ha sido posible verificar quienes conforman los grupos propietarios y/o accionistas de Leader Price S.A. y menos aún de Libertad S.A. pues la perito contadora, respecto de la primera informó que no presentó los Libros de Actas de Asamblea ni Libro de depósito de acciones o contratos originales relativos a la titularidad de Leader Price S.A. exhibiéndose algunas fotocopias simples (v.fs.230), situación que se reitera en el informe correspondientes a los puntos periciales solicitados respecto de Libertad S.A., donde la experta indica que ninguna de las codemandadas exhibió el Libro de Registro y depósito de Acciones para su compulsión. Es decir, las codemandadas que negaron conformar un grupo económico (v.fs.129 y vta./130 y 159 y vta.) no aportaron prueba alguna para demostrarlo, pese a que se hallaban en mejores condiciones para hacerlo, razón por la cual , su reticencia permite

presumir como ciertas las afirmaciones de la actora (art.55 L.C.T. y 163 inc.5º del CPCCN).

Cabe agregar que las declaraciones testimoniales aportadas a la causa sustentan la postura de la actora.

Vire (fs.260/262) afirmó que desde la cesión de personal la actora trabajó para Libertad SA pero también auditaba locales de Leader Price SA ya que los locales siguieron siendo de ésta última empresa; Mohammad (fs.265/266) expresó que “trabajaba para Leader que es lo mismo que Libertad, que es la misma empresa, que le consta porque trabaja allí” y que Libertad pertenece a Casino al igual que Leader; Turchetto (fs. 267/269), a su turno, afirmó que “Libertad es una empresa del mismo Grupo Casino, que es un grupo internacional”. Sostuvo, que las tareas de la actora independientemente de la cesión siguieron siendo las mismas, supervisando los mismos locales antes y después de este traspaso, al que catalogó como administrativo.

El testigo Saavedra (343/344), también dio razones para entender que las empresas se encuentran vinculadas en los términos del art. 31 de la LCT. En este sentido, afirmó que ambas empresas pertenecen al grupo Casino, y que ello le consta porque desde Libertad mandaban mails a los locales de Leader, Libertad realiza las compras de los productos que después son vendidos en Leader y porque en la puerta del edificio de Azopardo 1320, se encuentra un afiche donde aparece Grupo Casino y todas las empresas que componen el grupo entre las que se encuentran las codemandadas mientras que Marcucci (fs.263/264), testigo propuesto por ambas codemandadas, dijo que cuando trabajaba para una y otra codemandada las oficinas no cambiaron, no varió el domicilio y que la actora supervisaba los locales de Leader antes y después de la cesión.

En consecuencia, valoradas las declaraciones reseñadas, en conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica (art.386 del CPCCN), por ser claras, precisas, concordantes y complementarias, y sumadas al análisis de la prueba documental y contable realizado supra, llevan a mi convicción que ambas codemandadas forman un conjunto económico permanente, existiendo comunidad de administración a través de los mismos empleados, que podían intercambiarse conforme a las necesidades de servicio de dichas empresas y que, por ello, más allá de la diferentes personalidades jurídicas de cada empresa, han mantenido un criterio unidireccional en la explotación de comercios que se realizara a través de varios locales. También, cabe tener en cuenta que en materia laboral rige el principio de primacía de la realidad que hace que prevalezcan los hechos por encima de las formas mediante las cuales se intenta dar a una relación una apariencia ajena a su verdadera naturaleza, para excluirla de la tutela de normas de orden público, como son las que rigen el contrato de trabajo en relación de dependencia.

Finalmente, las irregularidades señaladas respecto de la unilateral decisión de excluir a la actora del CCT aplicable dejando de pagarle los adicionales

correspondientes, o su incorporación, diluyendo su salario básico o remuneración bruta configuran maniobras fraudulentas que tornan viable la aplicación de la solidaridad contemplada por el art. 31 de la L.C.T.

Consecuentemente, propicio extender la solidaridad a la empresa Leader Price SA.

VIII. Atento el nuevo resultado del pleito que se propone, corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en grado en materia de costas y honorarios (art. 279 del CPCCN) e imponer las primeras –en ambas etapas- a cargo de las accionadas, en su carácter de objetivamente vencidas (art. 68 del CPCCN).

IX. De conformidad con el mérito y eficacia de los trabajos cumplidos en primera instancia, el valor económico del juicio, los rubros que resultaron procedentes, el resultado final del pleito y las facultades conferidas al Tribunal, estimo que corresponde regular los honorarios correspondientes a las representaciones letradas del actor, de ambas demandadas y los de la perito contadora en el 16%, 14%, 14% y 8%, respectivamente, a calcular sobre el monto total de condena con más los intereses fijados (art.38 de la LO y normas arancelarias de aplicación).

Teniendo en cuenta similares pautas, propicio regular los honorarios de las representaciones letradas del actor, de Leader Price SA y Libertad SA, por su actuación en la alzada, en el 28%; 25% y 25%, respectivamente, de lo que a cada uno de ellos les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (arts. 38 de la LO y 14 de la Ley 21839).

X)- En definitiva, de compartirse mi propuesta, correspondería: a) Confirmar el fallo apelado en lo principal que decide contra Libertad SA y elevar el capital de condena a la suma de **\$ 75.256,51**, con más los intereses dispuestos en grado; b) Modificar lo decidido en grado y extender la responsabilidad a Leader Price SA en los términos del art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo; c) Dejar sin efecto lo dispuesto en grado en materia de costas y honorarios; d) Fijar las costas, en ambas etapas, a cargo de las accionadas vencidas; e) Regular los honorarios conforme lo dispuesto en el acápite IX) del presente pronunciamiento.

El Dr. Vilela dijo:

Que adhiere al voto que antecede, por compartir los fundamentos.

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal resuelve: a) Confirmar el fallo apelado en lo principal que decide contra Libertad SA y elevar el capital de condena a la suma de **\$ 75.256,51**, con más los intereses dispuestos en grado; b) Modificar lo decidido en grado y extender la responsabilidad a Leader Price SA en los términos del art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo; c) Dejar sin efecto lo dispuesto en grado en materia de costas y honorarios; d) Fijar las costas, en ambas etapas, a cargo de las accionadas vencidas; e) Regular los honorarios conforme lo dispuesto en el acápite IX) del presente pronunciamiento.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

