

Poder Judicial de la Nación

SENT. DEF. N°: 20274

EXPTE. N°: 1.604/2010 (29.735)

JUZGADO N°: 47

SALA X

AUTOS: “ESPINOLA ROJAS BONA FIDELA C/ DE LOS RIOS EDUARDO RAMON Y OTRO S/ DESPIDO”.

Buenos Aires, 21/09/2012

El DR. GREGORIO CORACH dijo:

I.- Vienen los presentes actuados a esta instancia a propósito de los agravios que, contra la sentencia de primera instancia, interpone la parte actora a tenor del memorial obrante a fs. 246/248 con réplica de su contraria a fs. 253/256.

II.- En el caso de autos el señor juez de grado consideró acreditado que la actora prestó servicios de cuidado y atención a dos personas mayores -madre e hija- gravemente enfermas pese a lo cual desestimó la acción incoada por considerar que supuestos como el que nos ocupa deben ser considerados locaciones de servicios ajenas al campo laboral por faltar la figura empresaria y la vocación de perdurabilidad del vínculo que está determinado por las necesidades psicofísicas de las personas asistidas.

Adelanto que, por mi intermedio, la apelación deducida tendrá favorable recepción.

En el caso concreto, la prueba producida corrobora que la actora se desempeñó en el cuidado de las enfermas ya mencionadas aunque, coincido con el sentenciante una interpretación conjunta de lo alegado en el inicio junto con los testimonios de Castiñeira (ver fs 210) y Scarlatto (fs. 224) permiten concluir que el vínculo con los aquí demandados comenzó en diciembre de 2.006.

En casos similares al que aquí se trata he sostenido que el cuidado de enfermos y ancianos en el domicilio particular permite viabilizar los efectos de la presunción de carácter “iuris tantum” que prevé el art. 23 de la L.C.T. (ver SD 18.157 del 09/02/11 en autos: “Guerrero Eva Ofelia del Valle c/ Cordero Eduardo Alberto y otro s/ despido”).

En efecto, respecto al encuadre jurídico de la relación habida entre las partes, tal como he tenido oportunidad de expedirme en el pasado en esta Sala con su

anterior integración (ver SD 228 del 30/6/96 “Lopez Dionisia M. c/ Baumawohlspiner Nelida”, SD 6529 del 28/6/99 “Baez Concepción c / Palacios Pilar s/ despido”, SD 11531 del 13/03/03 “Lentes Nuñez Dolly Isabel c/ Gibaja Emilio Ariel s/ despido”) –a mi ver– resultan aplicables las disposiciones emergentes de la Ley de Contrato de Trabajo a los trabajadores que –como la actora– sean exclusivamente contratados para el cuidado de enfermos, aún cuando ello no produjere lucro o beneficio económico por parte de quien lo contrata (conf. arts. 4 y 21 de la LCT).

En este contexto, y atendiendo a los hechos invocados y admitidos en el sub examine, resulta de plena aplicación lo normado por el art. 23 de la LCT, el que dice claramente que “el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio”.

Resulta oportuno señalar que esta presunción ha sido consagrada legislativamente a fin de facilitar la prueba de la existencia del contrato de trabajo. El trabajador debe probar la prestación de los servicios para otro y a éste último le corresponderá acreditar que esos servicios no tipifican una relación laboral dependiente. La presunción legal responde a la naturaleza de las cosas y plasma el principio protectorio que rige en materia de derecho del trabajo (esta Sala X en autos “Retamar de Luque Angelia c/ Montisol Argentina SA s/ despido”).

Sólo a mayor abundamiento, señalo que la Ley de Contrato de Trabajo no exige que el empleador sea titular de una organización de medios instrumentales destinados a la producción de bienes o a la prestación de servicios en los que el aporte personal del trabajador pueda subsumirse, sino que para que se configure el contrato de trabajo, resulta suficiente que una persona se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de otra física o jurídica y bajo la dependencia de ésta durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración (conf art. 21 LCT, esta Sala X en autos Lentes Nuñez Dolly Isabel c/ Gibaja Emilio Ariel s/ despido” SD 11531 del 13/03/03). En efecto, el art. 26 de la LCT, al definir el concepto de empleador, expresa que

Poder Judicial de la Nación

“se considera empleador a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica que tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador”, razón por la que no puede válidamente excluirse del ámbito de la LCT una relación contractual.

En definitiva, acreditada la prestación de servicios y toda vez que la presunción emergente del art. 23 de la LCT no ha sido desvirtuada por prueba en contrario, considero que no cabe más que revocar lo decidido en grado y admitir la acción entablada.

Atento la falta de registración de la trabajadora, de conformidad con lo normado por los arts. 55 y 56 de la LCT, y teniendo en cuenta lo señalado en cuanto a que el vínculo entre los aquí litigantes comenzó en diciembre de 2006 y que al ser intimados telegráficamente los accionados negaron la existencia del vínculo laboral que se considera acreditado, sugiero admitir la procedencia de los rubros indemnizatorios y salariales reclamados, éstos últimos dado que no ha sido demostrado su pago con los instrumentos legales pertinentes (recibo de sueldo conf. art. 138 LCT) , calculados en base a la remuneración denunciada en el inicio de \$ 1219,51.

En cambio, no prosperará el reclamo en tanto persigue el cobro de la multa prevista en el art. 80 de la LCT dado que si bien he tenido ocasión de señalar que en aquellos casos en que el empleador evidencia que no va a dar cumplimiento con el cometido previsto en dicha normativa no es imprescindible que el dependiente aguarde el lapso de treinta días a fin de cursar el emplazamiento, tal interpretación flexible no resulta en mi opinión aplicable al caso que nos ocupa, dado que la intimación fue cursada en el mismo telegrama mediante el cual la actora se consideró despedida. y, consecuentemente, es evidente que la interpelación cursada en el mismo instrumento no respetó lo exigido por la norma citada y sus decretos reglamentarios en cuanto a producir el emplazamiento *con posterioridad a la disolución del vínculo*, para habilitar al trabajador a efectuar el requerimiento indicado. (conf. SD Nº: 13.116 in Re “Simoes Barros Natalia Carolina c/ Marsandi S.R.L. s/ Despido” del 27/10/04)

Lo mismo sucede en el caso de la reparación contenida en el art. 2 de la ley 25.323, pues -a mi criterio- dicha reparación resulta improcedente cuando -como en el caso- la interpelación contemplada en dicha norma, se efectúa contemporáneamente con la comunicación del vínculo.

En efecto, entiendo que, el artículo en cuestión exige, de manera clara, que la intimación que allí se prevé debe ser realizada, cuanto menos, luego de producido el distracto; y si éste, como sucede en autos, se produjo por despido “indirecto”, el dependiente debe cursarla una vez disuelta la relación.

Es que si el dispositivo aludido establece que dicho rubro resulta procedente cuando no se abonaren las indemnizaciones por despido, parece evidente que el requerimiento deba efectuarse una vez producida la extinción del vínculo, en tanto es en ese momento (si es que no se quiere aguardar al vencimiento del plazo contemplado en el art. 128 LCT al que remite el 149 del mismo cuerpo legal) en que resultan exigibles los resarcimientos derivados del despido; me parece evidente que mal podría intimarse el pago de una determinada acreencia cuando ésta, por el motivo que fuere, no se ha hecho aún exigible.

Cabe recordar, también que desde antaño la doctrina y la jurisprudencia han insistido en que el despido (o mejor, su comunicación) es un acto recepticio, lo cual, como se sabe, significa que solamente se perfecciona con la recepción en el ámbito del control y conocimiento del destinatario (Justo López, en la obra en colaboración con Centeno y Fernández Madrid, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada” 2ª ed. t. II págs. 1111/1113, 1150 y 1166; C.N.Trab. Sala III SD 62.954 del 30-4-92 in re “Smith, Susana c/Grimberg Silvia s/despido”; id. Sala V SD 57.138 del 24-10-97 in re “Lannutti, Mónica y otros c/Furba SRL y otros s/despido”; id. Sala IV SD 53.797 del 27-5-85 in re “Gómez, Julia A. c/ Est. Textiles San Andrés SACIF”; SCBA 18-11-86 “Marín, Daniel H. c/Refrescos del Sur SAIC s/indemnización” en Trab. y Seg. Soc. 1988 p. 703; id. 29-12-94 “Meza, Pablo J. c/Antonio Gonzalez S.A. s/indemnización por despido” en D.T. 1995-A, 1011, entre muchos otros). Esto implica que tampoco puede admitirse que la interpelación exigida por la norma citada se concrete conjuntamente con la denuncia del vínculo; ello es así dado que hasta no se encuentre debidamente formalizado el distracto, no existe derecho alguno a la reparación por despido ni, consecuentemente, posibilidad alguna de intimar su pago (ver en este sentido, mi voto, in re “Gonzalez Hugo Ermenegildo c/Asoc. Civil Club Atlético Huracán s/Despido”, SD 14.584, del 13/9/06)

Poder Judicial de la Nación

En suma, por estas breves consideraciones, estimo que no cumple el recaudo exigido por el art. 2 de la ley 25.323 aquella intimación que se cursa en el mismo instrumento mediante el cual se denuncia el contrato de trabajo, lo cual conduce a rechazar lo reclamado en tal sentido.

Con respecto a las vacaciones no gozadas, tal como he tenido ocasión de señalar con anterioridad (ver SD 15.068 del 30/3/07 in re " Ferragut Nestor Fabian c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.) opino que tal reparación no debe incluir la porción del sueldo anual complementario, puesto que el carácter indemnizatorio del concepto aludido impide computar tal incidencia que sólo opera sobre rubros salariales. Consecuentemente, sugiero desestimar tal aspecto del reclamo.

En lo que hace a las reparaciones previstas en los arts 8 y 15 de la LNE, toda vez que la doctrina está dividida acerca de la naturaleza jurídica de las relaciones laborales como la que se ventila en el presente caso, sugiero reducir dichas reparaciones en un 50% en uso de las facultades previstas en el art. 16 de dicho cuerpo normativo.

Por último, en lo que hace la multa prevista en el art. 132 bis la pretensión es inadmisibles dado que el presupuesto esencial para tener derecho a la misma es que el empleador hubiese retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social u otras cuotas o contribuciones a que los trabajadores estuviesen obligados en virtud de normas legales o convencionales, extremo este que no solo no se probó sino que ni siquiera se invocó con claridad en el caso.

III.- En definitiva, la acción prosperará por los siguientes rubros e importes:

1) Salario junio: \$ 1219,51, 2) Salario julio e integración: \$ 1219,51; 3) Preaviso: \$ 1219,51; 4) Ind. por antigüedad: \$ 2.439,02; 5) Sac s/preaviso: \$ 101,62; 6) Sac 1er semestre 2008: \$ 609,70; 7) Sac 2do sem 2008: \$ 101,52; 6) Vacaciones no gozadas: \$ 3.658,53; 7) Art 8 ley 24.013 (\$ 5.945,11/2) : \$ 2972,55 y 8) Art 15 LNE: \$ 2439,02 (\$ 4.878,04/2) todo lo cual hace un total de \$ 15.980,49 con más la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según la plantilla que difundirá la Prosecretaría General de la Cámara desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago (Acta 2357/02 del 7/5/02 -modificada por la Resolución 8/2002 CNAT-).

IV.- En virtud de la modificación propuesta corresponde dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios (art. 279 del CPCCN).

Las costas de ambas instancias se imponen a los codemandados vencidos en lo principal (art. 68 CPCCN), a cuyo efecto propongo regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora en el 15% y de los demandados en el 12% en ambos casos del monto total de condena incluido los intereses (conf. Art. 38 LO, ley 24432 y ley 21.839). Asimismo, estimo justo y equitativo de conformidad con las tareas realizadas en esta instancia y las pautas arancelarias vigentes, fijar los emolumentos de los firmantes de los respectivos memoriales en el 25% de lo que les corresponda percibir por la representación letrada de cada una de las partes por su actuación en la instancia anterior.

V.- En definitiva, de prosperar mi voto correspondería: 1) Revocar el pronunciamiento de primera instancia, y admitir parcialmente la demanda interpuesta por Espinola Rojas Bona Fidela contra Eduardo Ramon de los Rios y Eduardo Hernan de los Rios a quienes se condena en forma solidaria a abonar a la actora dentro del quinto día de quedar firme la liquidación prevista en la etapa del art. 132 de la LO la suma de \$ 15.980,49 (pesos quince mil novecientos ochenta con cuarenta y nueve centavos) con más la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según la plantilla que difundirá la Prosecretaría General de la Cámara desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago; 2) Dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios, 3) Imponer las costas de ambas instancias a los codemandados vencidos en lo principal (art. 68 CPCCN), 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y demandados en el 15% y 12% respectivamente en ambos casos del monto total de condena incluido los intereses, 5) Fijar los emolumentos por la representación y patrocinio letrado de la actora y codemandados en esta etapa en el 25% de lo que le corresponda percibir a cada una por su actuación en la instancia anterior (conf. Art. 38 LO, ley 24432 y ley 21.839).

El DR. ENRIQUE R. BRANDOLINO dijo:

Discrepo con mi distinguido colega –Dr. Gregorio Corach- en la calificación como laboral de la vinculación objeto de este proceso (cuidado y atención de dos personas mayores –madre e hija- gravemente enfermas), pues advierto que en los debates relativos a

Poder Judicial de la Nación

la subsistencia de figuras locativas de servicios, se ha suscitado una relevante controversia en torno, como en este caso, a los servicios prestados por cuidadores particulares de enfermos y ancianos, pues excluida esta prestación del marco de protección otorgado por el Estatuto del Personal Doméstico (conf. art. 2 dec. 326/56), se ha sostenido que es una figura ajena a la Ley de Contrato de Trabajo, tratándose de una relación de carácter civil que encuentra su marco de regulación en la locación de servicios.

Desde esta perspectiva, la configuración de una relación de dependencia en esos casos no dependería de elementos de hecho y prueba relativos a las notas características de la subordinación, sino fundamentalmente al concepto previo que se tenga respecto de la configuración de la dependencia y de si su existencia legal es compatible con la figura de la locación de servicios. En este sentido, y aunque no comparto la pretensión de que el derecho del trabajo debe estar dirigido sólo a disciplinar la prestación de trabajo subordinado en la empresa, y menos exclusivamente en una empresa industrial, lo cierto y concreto es que la discusión respecto a la amplitud de la disciplina o del propio concepto de contrato de trabajo no puede llevar a perder de vista que, *lege data*, la relación de trabajo en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo existe sólo donde hay organización empresaria, por lo cual el trabajo doméstico excluidos del estatuto particular (por lo menos hasta la fecha), y el cuidado de personas enfermas dentro del ámbito del hogar familiar son supuestos de locación de servicios, contemplados actualmente en la legislación civil (ver en igual sentido: CNAT, Sala II, 06/09/2005; “Pereira, Herminia c/ Rubio, Silvia y otros; y Sala III, 26/10/2005, “Gambarte, Irma S. c/ Ibañez Ana D., y mi voto en SD 18.373 in re “Torres, Elsa C/ Hantower, Ayda s/ despido, del 31/3/11).

En otras palabras, si sólo se considerara que las labores que desarrolló la accionante consistieron en el cuidado de enfermo (aludió también al cuidado de la casa), se arriba a igual solución, porque la relación no encuadra dentro del ámbito laboral, pues no puede considerarse a los demandados (esposo e hijo) como titulares de una organización de medios instrumentales destinados a la producción de bienes, ni a la prestación de servicios, en las que el aporte personal de la actora pudiera subsumirse, lo que torna inaplicable al caso la ley de contrato de trabajo.

En esa inteligencia, y acudiendo incluso a lo resuelto en su oportunidad por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Mastrotefano de González Mir, Marta D. c/ Roemmers de Nocorrea, Hildegar y otros”(del 30/9/03), las condiciones del vínculo denunciado excluyen su encuadre en el ámbito laboral, debiendo dirimirse la controversia de conformidad con el régimen jurídico específico a que se halla sujeta, por lo que propicio, confirmar la sentencia recurrida en lo que fue materia de agravios.

Las costas de esta instancia, dadas las particularidades del tema e índole de la cuestión debatida, estimo equitativo declararlas en el orden causado (conf. art. 68 C.P.C.C.N.), y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada en el 25% de los emolumentos correspondientes a la instancia anterior (conf. art. 14, ley 21.839).

Por lo expuesto, de prosperar mi voto propongo: 1°) Confirmar la sentencia recurrida en lo que fue materia de agravios; 2°) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68, 2da. parte C.P.C.C.N.) y 3°) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por ambas partes en el 25% de los correspondientes a la instancia de grado (art. 14, ley 21.839).

El doctor DANIEL E. STORTINI dijo:

Voy a coincidir con el voto del doctor Brandolino frente a la discrepancia suscitada entre mis distinguidos colegas.

En casos similares al que aquí se trata, tanto como juez de la anterior instancia como de la sala VI de esta Cámara, he tenido oportunidad de sostener que el cuidado de enfermos y ancianos en el domicilio particular permite desvirtuar los efectos de la presunción de carácter “iuris tantum” que prevé el art. 23 de la L.C.T. a poco que se aprecie que tal presunción cede frente a las “circunstancias, relaciones o causas” que hubieran motivado los servicios, máxime cuando los demandados no conforman una empresa productora de bienes o servicios como así lo contempla la ley laboral (arts. 5° y 23, ley cit.) (ver, en ese sentido, sentencia definitiva del Juzgado del Fuero N° 44, del 21 de mayo de 2003, en autos “Durán Vidaurre, Benedicto c/ Barrero Villanueva, José María y otro s/ despido”; asimismo ver fallo definitivo N° 59.163 de la sala VI de esta C.N.A.T., del 28 de septiembre de 2006, en autos “Cruz, Mercedes c/ Federico, Salvador Jorge s/

Poder Judicial de la Nación

despido”, publicado en revista de “Derecho Laboral y Seguridad Social”, de diciembre/2006, N° 24, p. 2207).

También dije en aquellas oportunidades que distinta sería la solución si se evidencia que el demandado tuviere como finalidad empresaria el cuidado de personas enfermas y/o ancianas y lo hiciera con fines de lucro o -eventualmente- para satisfacer sentimientos altruistas, en cuyo caso podría darse -repito que ello por vía de hipótesis- una vinculación regida por la ley laboral, siempre y cuando concurren obviamente los caracteres esenciales que tipifican el contrato de trabajo (art. 21 L.C.T.).

Desde tal óptica de enfoque, comparto el voto del doctor Brandolino, incluso en lo concerniente a costas de alzada y honorarios.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: °) Confirmar la sentencia recurrida en lo que fue materia de agravios; 2°) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 68, 2da. parte C.P.C.C.N.) y 3°) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por ambas partes en el 25% de los correspondientes a la instancia de grado (art. 14, ley 21.839). Cópiese, regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

USO OFICIAL

ANTE MI:
VL