

Poder Judicial de la Nación

SENTENCIA DEFINITIVA N°: 97.533

Expediente Nro.: 12.975/07

AUTOS: “TOGNETTI, DANIEL CARLOS C/ CUATRO CABEZAS S.A. Y OTROS S/ DESPIDO”

SALA II

(Juzg. N° 12)

VISTO Y CONSIDERANDO:

En la Ciudad de Buenos Aires, el 22 de diciembre de 2009, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

La Dra. Graciela A. González dijo:

Contra la sentencia de la instancia anterior se alzan la demandada Cuatro Cabezas S.A. y la actora a tenor de los respectivos memoriales obrantes a fs. 835/8354 y 827/833. También apelan sus honorarios, por considerarlos reducidos, los Dres. González y Naón –letrados del actor- y el perito contador (ver fs. 826 y 834, respectivamente).

Razones de orden lógico imponen dar tratamiento, liminarmente, al agravio vertido por la parte demandada quien se queja, en primer lugar, de la decisión de la sentenciante de grado que consideró acreditado en la especie la existencia de un vínculo dependiente. Refiere que al así concluir, la Sra. Juez a quo sólo tuvo en cuenta la prueba rendida por la parte actora sin meritar las impugnaciones efectuadas por su parte, en tiempo y forma.

Se queja, básicamente, de los fundamentos que llevaron a la Dra. Etchevers a tomar su decisión, esto es, que a) las tareas fueron realizadas dentro del establecimiento de la demandada a lo largo de casi 10 años, b) que se le daba al actor contraprestación mensual por los servicios prestados, por un importe fijo, c) que la jornada era predeterminada y fija y, d) que recibía órdenes por parte de la accionada. Sostiene que tales conclusiones se contraponen con las manifestaciones esgrimidas por los testigos por ella ofrecidos, Molinero, Brandy, Lojo, Manuli y Pichetto quienes sostuvieron que Tognetti fue contratado a través de un contrato artístico, y que no cumplía un horario fijo ni tenía exclusividad, en tanto trabajaba además en programa radiales como conductor y en algunas producciones gráficas. Refiere, también, que el actor negociaba sus contrataciones con el asesoramiento jurídico de su hermana, profesional del derecho, y que los testimonios en los que se basa la sentenciante de grado para considerar acreditado que el actor recibía instrucciones de la demandada, carecen de fuerza convictiva, en tanto los deponentes no dieron suficiente razón de sus dichos.

Debe ponerse de relieve que esta Sala desde antiguo ha sostenido que para que resulte aplicable la presunción contenida en el art. 23 de la L.C.T., no es necesario que el prestador de los servicios acredite el carácter subordinado de los mismos, siendo justamente éste el contenido de la presunción establecida en la norma para cuya operatividad basta, en principio, que se acredite la prestación de servicios (cfr. sentencia N° 89.921 del 14/11/2001 in re “González, Juan Carlos y otros c/ Transportes Automotores Riachuelo S.A. s/ despido”).

Claro que atento el carácter iuris tantum de dicha presunción legal, la misma puede verse desvirtuada mediante la producción de prueba que determine que

efectivamente la prestación de servicios no tiene como causa un contrato de trabajo. Ello quedará en cabeza del beneficiario de los servicios, quien deberá acreditar que “el hecho de la prestación de servicios”, está motivado en otras circunstancias, relaciones o causas distintas de un contrato laboral (arts. 377 CPCCN y art. 23 L.C.T.).

Tal como sostuvo la Sra. Juez a quo, los elementos de prueba adunados a la causa no permiten considerar que la prestación del accionante para la demandada, estuviera regida por normas ajenas al derecho del trabajo y constituyera una locación de servicios propia del derecho civil.

Por el contrario, tal como destacó la magistrada de la anterior instancia, los testimonios rendidos por quienes comparecieron a declarar a instancias del actor corroboran las manifestaciones del inicio. En efecto Manuli (fs. 584/585), que dijo haber trabajado como productora del programa CQC, sostuvo que el actor no cumplía horario estricto, pero tenía que estar disponible para distintas tareas. Si bien dijo no recordar exactamente de quién recibía instrucciones de trabajo el actor EN Punto doc –por cuanto la testigo trabajaba en otro programa- dijo saber, por la estructura de la productora demandada, que lo hacía del director de contenidos, del director ejecutivo o del coordinador de producción. Incluso de la propia manifestación de la deponente se extrae nítidamente que, mientras laboró para Caiga quien caiga, el accionante recibía directivas, en tanto la testigo refirió que ella como productora periodística de dicho programa era la encargada de armar la agenda para enviar a los distintos movileros del programa. Sostuvo que el actor cumplía tareas en la productora y también hacía notas en exteriores y a veces viajaba.

Por su parte, Jafelle Fraga (fs. 587/589), que dijo haber trabajado con el actor en el programa Punto doc, sostuvo que hacían periodismo de investigación, por lo que no tenían un horario fijo, en tanto algunos informes requerían ser realizados en horarios especiales o nocturnos. Tenían un horario full time y las instrucciones de trabajo se las daba el productor ejecutivo, que en ese momento era Lojo y de allí para arriba, también podían dárselas Picheto, Gerardo Brandy, Diego Guebel y, aunque no tan seguido Mario Pergolini.

Iguals conclusiones se extraen de los dichos de Salas y de Scagnolari, quienes sostuvieron que el actor efectuaba sus tareas conforme las instrucciones recibidas de parte del productor ejecutivo de Punto doc. Cabe destacar que no es cierto que exista contradicción en los testimonios analizados, respecto a la persona que, específicamente, efectuaba tales indicaciones, por cuanto todos son contestes al indicar que ello lo hacía la persona que, a la sazón, desempeñaba la función de productor ejecutivo, siendo que habiéndose desempeñado el actor durante varios años, tal función fue, aparentemente, cumplida por distintas personas en el transcurso del tiempo, sea Molinero, Lojo, Brandy o Hendel, que a su vez recibían instrucciones de Guebel o Pergolini.

No resulta atendible la defensa esgrimida por la recurrente con relación a que los deponentes no dieron razón de sus dichos, en tanto surge claro de sus declaraciones que todos trabajaron, en distintos momentos, con el actor por lo que sus manifestaciones aparecen fundadas y guardan, a mi ver, suficiente fuerza convictiva, analizados sus términos a la luz de los arts. 386 CPCCN y 90 L.O.

Tampoco se me escapa la circunstancia de que Salas reconoció tener juicio pendiente contra la demandada, sin perjuicio de señalar que tal imputación respecto de Jafelle Fraga no fue acreditada en esta causa. Sin embargo, reiteradamente he sostenido que en el sistema de apreciación de la prueba testimonial que resulta de los arts. 90 de la ley 18345 in fine y 386 CPCCN, la circunstancia de que el testigo tenga juicio pendiente no lo excluye de valor probatorio (esta Sala SD Nro. 72.253 in re: “De Luca, Josefina c/ Entel”), en tanto es sabido que en nuestro derecho adjetivo no existen tachas absolutas por lo que

deben ponderarse con criterio sumamente estricto, y en principio cabe acordar eficacia a una declaración efectuada en tales condiciones, cuando aparezca corroborada por otros elementos probatorios (cfr. Hernando Devis Echandía, “Teoría General de la Prueba Judicial”, T. II, págs. 247 y ss., Edición 1981), lo que acontece en el sub lite.

Por lo demás, cabe destacar que ninguna de las declaraciones vertidas por quienes comparecieron a declarar a propuesta de la demandada, destacadas en el escrito recursivo, logran controvertir los testimonios analizados, en tanto no resulta determinante para ponderar el carácter dependiente o no de la vinculación, ni el cumplimiento de un horario predeterminado ni la inexistencia de exclusividad. Tampoco aparece suficiente para considerar al accionante como un empresario independiente, la circunstancia de que el mismo “negociara” –al decir de Cuatro Cabezas- los montos que percibía mensualmente al momento de suscribir sus contratos, en tanto ello no es demostrativo, por sí solo, de la ausencia de subordinación económica cuando, en definitiva, era la empresa quien tenía la última palabra en esta materia y podía decidir no contratar al actor si no aceptaba su pretensión.

Por su parte, Cuatro Cabezas S.A. no cuestionó el análisis efectuado por la sentenciante de grado respecto de la letra de los contratos suscriptos entre las partes, cuando establecen que “...corresponden a LA PRODUCTORA los ingresos y costos que pudieran generarse a partir de otros negocios relacionados con EL PROGRAMA. Cualquier emprendimiento vinculado y/o derivado del PROGRAMA, sólo podrá ser efectuado por LA PRODUCTORA y la intervención de EL CONDUCTOR, no generará retribución extra alguna...”. La Dra. Etchevers entendió que tales manifestaciones, junto con aquéllas que establecían que “...durante la vigencia del presente contrato EL CONDUCTOR actuará en forma exclusiva para LA PRODUCTORA tanto en el territorio de la República Argentina, como en el exterior del país ... Tampoco podrá participar de campañas publicitarias, gráficas, radiales o televisivas... Eventualmente LA PRODUCTORA podrá autorizar a EL CONDUCTOR a desarrollar alguna de las actividades detalladas anteriormente, las que deberán contar con la intervención y aprobación de LA PRODUCTORA”, constituyen una clara demostración de la subordinación económica y jurídica de la que era objeto el aquí accionante y lo cierto es que tal conclusión no fue objeto de concreto agravio por la recurrente.

Como ya ha sostenido esta Sala, en los casos dudosos de relación laboral corresponde ponderar si algunas circunstancias prevalecen sobre otras, y a tal efecto uno de los elementos definitorios es la asunción de riesgos, por lo que si la reclamante no tomaba a su cargo riesgo económico, no ponía capital propio para soportar pérdidas u obtener ganancias y únicamente aportaba su trabajo sería irreal concluir que se trataba de un empresario (cfr. CNAT Sala III, sentencia del 28/5/93 in re “Frías, Rosario del C. c/ Suárez, Ramón” D.T., 1993-B, 1096).

Cabe destacar, que la circunstancia de que el actor hubiere suscripto con la demandada contratos de locación de servicios y extendido facturas por sus trabajos no impide caracterizar la vinculación habida entre las partes, como un contrato de trabajo.

En efecto, cabe memorar que el contrato de trabajo prescinde de las formas frente a la evidencia incontrastable de los hechos, por lo que ninguna relevancia tienen las manifestaciones que pudieren haber realizado las partes de buena o mala fe para calificar sus relaciones, o incluso, el silencio que la dependiente pudiera haber observado, durante el curso de la relación. Así, ni el lugar de trabajo, ni el cumplimiento de horarios, ni la falta de exclusividad u otra serie de elementos netamente formales, resultan determinantes de la inexistencia de una relación laboral, cuando, como en el caso se trata de la prestación de

servicios personales e infungibles a favor de otro, según sus órdenes e instrucciones y bajo su dependencia jurídico-personal.

En tal contexto, con la acreditación de que la actora se hallaba inscripta en la A.F.I.P. como monotributista (ver fs. 614) y extendía facturas por sus trabajos profesionales, no se ha logrado demostrar siquiera mínimamente, el carácter de empresario o “profesional” liberal de quien prestara el servicio (con idéntico criterio ver esta Sala, sentencia N° 89.421 del 8/6/2001 in re “López Pedro c/ Pérez Redrado, Hernán M. y otro s/ despido”).

Conforme lo expuesto, considero acreditado, tal como concluyó la Sra. Juez a quo, que Cuatro Cabezas S.A. y el accionante se encontraron vinculados mediante un verdadero contrato de trabajo, lo que me lleva a propiciar la confirmación de la sentencia de grado, en este aspecto.

Se queja, asimismo, la demandada por cuanto la Magistrada de anterior grado consideró aplicable a la vinculación habida entre las partes, el estatuto del periodista. La sentenciante arribó a tal conclusión luego de merituar el carácter netamente periodístico de los programas Caiga quien caiga y Punto doc, en los que intervino Daniel Carlos Tognetti y, para ello, consideró determinante las notas publicadas en los diarios Página 12 y Clarín y la información vertida por APTRA (Asociación de Periodistas de la Televisión y Radiofonía Argentinas) que indicó que el programa Caiga quien caiga fue ganador del Premio Martín Fierro como mejor Programa Periodístico, en los años 1995 y 1999 (fs. 294/295). También tuvo en cuenta la Magistrada de anterior grado la circunstancia de que el propio Mario Pergolini presentara el programa como un “resumen de noticias” y reconociera las nominaciones del programa al premio mencionado, como programa periodístico.

Tampoco tales manifestaciones fueron objeto de cuestionamiento en el escrito recursivo en análisis (art. 116 L.O.), siendo la única manifestación vertida en este sentido por la demandada la circunstancia de que Lojo Sánchez y Pichetto refirieran que nadie concurrió a recibir el premio de APTRA, porque no lo consideraban un programa periodístico.

Resulta de interés, tal como destacó la sentenciante de grado, la información vertida por la UTPBA (Unión de Trabajadores de Prensa de Buenos Aires), que indica que Tognetti se afilió como periodista desde marzo de 1997, siendo requisito para acceder a la afiliación acreditar su relación de dependencia laboral en tareas de Periodista Profesional, esté o no reconocida por el empleador (fs. 275).

También abona la postura inicial la información que brinda la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, al acompañar copias de Orden del Día N° 3020 del año 1999 y N° 771 de 2004, en las que la Comisión de Libertad de Expresión repudia las agresiones sufridas, en distintas ocasiones, por *el periodista Daniel Tognetti, cronista del programa “Caiga quien Caiga”* (fs. 492 y 507).

Ante la contundencia de tales elementos, ninguna relevancia cobran las manifestaciones vertidas por quienes comparecieron a declarar a propuesta de la demandada, quienes intentaron minimizar el carácter periodístico del programa y de la labor desempeñada por Tognetti para el ciclo CQC, máxime cuando ningún agravio concreto vierte la quejosa respecto de la conclusión de la sentenciante que, no obstante reconocer que el actor efectuaba la parodia de un cronista inexperto, entiende como indubitada la presencia de información en su accionar, no sólo porque los entrevistados eran personas públicas con cosas importantes para decir, sino porque además salía al aire la respuesta seria, a tales preguntas.

Por lo demás, cabe destacar que el accionante laboró desde el año 2000 para el programa Punto doc, en tareas cuyo carácter periodístico no se encuentra controvertido.

Conforme lo hasta aquí expuesto, propongo confirmar también este aspecto de la sentencia recurrida en cuanto considera aplicable al supuesto de autos, las disposiciones que emanan del Estatuto del Periodista Profesional.

El agravio vertido por Cuatro Cabezas S.A. con relación a la prueba pericial técnica en computación, desestimada en la anterior instancia, y cuya apelación se concediera en los términos del art. 110 de la L.O., será rechazado, en tanto como concluí en oportunidad de expedirme acerca del carácter dependiente del vínculo que unía a las partes, ninguna relevancia guardan los mails cruzados entre la demandada y la hermana del actor.

Se agravia, por su parte, la demandada, por cuanto se la condenó a pagar las multas previstas en los arts. 8 y 15 de la ley 24.013, pese a que, a su entender, la aplicación del Estatuto del Periodista obsta al progreso de las mismas. Señala que, conforme el principio del conglobamiento por instituciones que establece el art. 9 de la L.C.T., la ley de empleo no resultaría aplicable por cuanto el estatuto especial, globalmente considerado, es mucho más favorable al trabajador al no establecer topes indemnizatorios, otorgar indemnizaciones por estabilidad y duplicar los meses de preaviso.

Adelanto que no asiste razón a la apelante en este sentido.

En efecto, el art. 9 de la L.C.T. establece que en caso de duda acerca de la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rijan cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Se aplica, en tales casos, como sostiene la recurrente, el llamado criterio del conglobamiento por instituciones, en base al cual se efectúa la comparación de ambos regímenes, pero no globalmente, sino en función de cada institución del derecho del trabajo.

En esta inteligencia, surge palmario el error en el que incurre la agravada, en tanto la aplicación al vínculo de autos del Estatuto del Periodista, en nada obsta a la aplicación de la ley 24.013, normativa que, a través de sus arts. 8 y 15, regula y castiga aquellos supuestos en los que la empleadora omitió regularizar la relación laboral. Es evidente que no existe en tal caso colisión de normas, puesto que ambos regímenes regulan supuestos de hecho diferentes y no se excluye uno con otro.

Tampoco asiste razón al apelante en cuanto sostiene que la ley de empleo y su reglamentación no resultan aplicables a los trabajadores amparados por estatutos especiales, lo que surge, a su entender, del decreto 2725/91 que al reglamentar la ley dispuso que “los trabajadores a que se refiere el capítulo 1 del título II de la ley 24.013 son los comprendidos en la ley de contrato de trabajo”.

Digo esto por cuanto la actividad periodística no está excluida de la Ley de Contrato de Trabajo. El estatuto es fuente del contrato de trabajo (art. 1 inc. b) LCT) y rige en aquellos aspectos en los que el legislador ha regulado de un modo diferente, en orden a la especialidad de la actividad y por resultar las disposiciones de la LCT incompatibles con la naturaleza y modalidad de la actividad periodística (conforme “Tratado de Derecho del Trabajo” Tomo V- La relación individual de Trabajo- IV, Mario E. Ackerman- Director y Diego M. Tosca- Coordinador, pág. 164, Rubinzal-Culzoni Editores).

El hecho de que el decreto reglamentario 2725/91 prevea especialmente el supuesto de los trabajadores amparados en el Estatuto de la Industria de la Construcción, no significa como pretende esgrimir la recurrente, que si los periodistas estaban incluidos en dicha normativa, su aplicación debía estar reglada especialmente, por cuanto la aclaración efectuada por el legislador en torno a los trabajadores de la construcción estaba vinculada con la inexistencia de un régimen indemnizatorio propio, sobre el cual surgiera clara la duplicación prevista en el art. 15 de la ley 24.013.

Así, cabe concluir que resultan aplicables al supuesto de autos las disposiciones de la ley de empleo, no encontrando que se den en la especie, las circunstancias que prevé el art. 16 de dicha normativa para limitar o exonerar a la demandada del pago de las multas allí previstas.

Tampoco tendrá favorable acogida el agravio vertido en torno al rechazo, en la instancia anterior, de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 8 y 15 de la ley de empleo. Destaca la empleadora la falta de razonabilidad de la sentencia de grado, al aplicar al supuesto de autos las multas que prevé el Estatuto del Periodista, junto a las previstas en la ley 24.013, irrazonabilidad que se desprende de los propios cálculos efectuados por la sentenciante de grado.

Adelanto que no asiste razón al apelante, pues como ya concluí en oportunidad de analizar los argumentos esgrimidos por la parte respecto a la aplicación de la ley de empleo en trabajadores amparados por el Estatuto del Periodista, se trata de dos regímenes diferentes, y el hecho de que la empleadora no hubiera registrado el contrato de trabajo de su empleado –en el caso, un periodista- lleva a encuadrar el supuesto en las previsiones de la ley de empleo. Cabe destacar que, la circunstancia de que por aplicación de las indemnizaciones previstas en una y otra ley, la condena de autos se torne más onerosa, no resulta un argumento jurídicamente atendible, pues en definitiva, su aplicación no es más que la consecuencia de los incumplimientos de la empleadora.

Por lo demás, sabido es que la descalificación con base constitucional debe reputarse como, la “ultima ratio” del orden jurídico, por lo que sólo puede acudir a ella cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema, resulte manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (C.S.J.N., R. 229, XXXI, “Ricci, Oscar Francisco Augusto c/ Autolatina Argentina S.A. y otro s/accidente ley 9688” del 28.4.98 y en Fallos: 285:322, entre otros), todo lo cual lleva a desestimar el planteo efectuado por la recurrente, en este aspecto.

Se agravia, por su parte, la accionada por cuanto manifiesta que la Sra. Juez a quo calculó erróneamente la indemnización prevista en el art. 8 de la ley 24.013, al tomar en cuenta la fecha de ingreso indicada en el inicio, cuando de los elementos de prueba adunados a la causa, especialmente de las declaraciones de los testigos Molinero, Brandy y Pichetto, surge que el actor ingresó en el año 1997. También se agravia, toda vez que, según sostiene, la mentada indemnización fue calculada en base a los montos consignados por el actor al demandar, cuando debieron tenerse en cuenta los importes que surgen de las facturas acompañadas a la causa, sin la adición del IVA, oportunamente informados por el perito contador en su dictamen pericial.

En cuanto al primero de los agravios reseñados, no se encuentra cuestionado por la recurrente la aplicación al caso de autos de la presunción prevista en el art. 55 de la L.C.T. Su agravio encuentra sustento en la interpretación que de ella efectúa la sentenciante, al no tener en cuenta que la misma se encuentra desvirtuada por los dichos de los testigos ofrecidos por la empleadora que dieron cuenta de que el actor habría comenzado a desempeñarse para la productora a fines de 1996 o 1997.

Señalaré, en primer lugar, que tales manifestaciones –vertidas por quienes dicen ser actualmente empleados de la demandada, aunque según la pericial contable revistieron, en distintos momentos, el carácter de directores de la sociedad (fs. 667/669)- aparecen insuficientes para desvirtuar la mentada presunción, máxime cuando los dichos de Scagnolari revelan que lo hizo en junio o julio de 2005, aproximadamente. Por lo demás, si bien el primer contrato acompañado por la demandada data del mes de noviembre de 2006, lo cierto es que del análisis de la prueba rendida en la causa, efectuado por la sentenciante de

grado –que no mereció agravio alguno- surge que ya en la presentación del programa de CQC emitido con fecha 14/5/96, aparece el accionante como notero (ver fs. 808).

En definitiva, no existiendo elementos de prueba que desvirtúen la presunción que emana del art. 55 de la L.C.T., no cabe sino confirmar la decisión de la anterior instancia en cuanto a este aspecto se refiere.

Tampoco tendrá favorable acogida el agravio vertido con relación a los montos tenidos en cuenta por la Dra. Etchevers para el cálculo de la indemnización del art. 8 de la ley 24.013, toda vez que como señalara precedentemente, el actor acreditó una prestación anterior a la informada por el perito contador, cuyos pagos no fueron documentados, ni siquiera mediante la emisión de facturas. Ello tornaría inapropiado basar el cálculo de la requerida indemnización en documentos que aparecen incompletos, por lo que corresponde rechazar también el agravio vertido en este sentido.

Continúa agravándose la parte demandada de la decisión de la Magistrada de la anterior instancia que incluyó en el cálculo de la indemnización del art. 15 de la ley de empleo, la indemnización especial prevista en el art. 43 inc. d) de la ley 12.908 y tampoco dicha queja será receptada, por cuanto luce prístino de los términos utilizados por el legislador al redactar el art. 15 que, en casos de extinguirse el contrato de trabajo por culpa del empleador dentro de los dos años de cursada la intimación prevista en el art. 11, corresponde duplicar “las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido” y la prevista en el art. 43 inc. d), no obstante tratarse de una indemnización especial, tiene como causa la extinción del vínculo.

Por lo mismo, no cabe sino confirmar también este aspecto de la sentencia recurrida.

Tampoco tendrá favorable acogida la queja esgrimida en torno a la aplicación de la ley 25.561.

Tal como concluyera mi distinguido colega el Dr. Miguel Ángel Pirolo en los autos “Vaccarezza, Pablo Andrés c/ La Ley S.A. s/ despido”, S.D. 96.458 del 4/3/09, del registro de esta Sala, en voto al que adhirió el Dr. Miguel Ángel Maza, si bien es cierto que el art. 4° de la ley 25.972 hace referencia a la indemnización del art. 245 de la LCT para determinar el *quantum* del tópic, no puede soslayarse que –a diferencia de lo que ocurre con el incremento dispuesto por la ley 25.323- dicha normativa tiene el claro propósito de prorrogar el agravamiento indemnizatorio que había sido dispuesto por el art. 16 de la ley 25.561, en tanto textualmente reza “Prorrógase la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la Ley N° 25.561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) resulte inferior al DIEZ POR CIENTO (10%)”. A su vez, cabe memorar que el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 16 de la ley 25.561 recaía sobre la indemnización derivada del despido que le correspondiese al trabajador conforme “a la legislación laboral vigente”, sin hacer exclusión alguna, lo cual resulta adecuado a la *ratio legis* de la norma, que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1°), y una de las medidas allí adoptadas consistió en la suspensión de los despidos sin causa justificada (art. 16 cit.).

Sostuvo el Dr. Pirolo en el precedente citado que, el primer párrafo del art. 4° de la ley 25.972 dejó absolutamente en claro que la norma no estuvo orientada a establecer un mecanismo sancionatorio distinto al originalmente previsto por el art. 16 de la ley 25.561, ni a modificar el ámbito subjetivo de aplicación de esta última norma, por cuanto comienza estableciendo “Prorrógase la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561 y sus modificatorias...”, lo cual denota

claramente el mantenimiento de la disposición sancionatoria contenida en el citado art. 16 y no la instauración de un nuevo sistema. Entiende mi distinguido colega, en conclusión que comparto, que está fuera de toda discusión que el art. 16, al referirse a la “indemnización por despido” no permitía considerar excluido de su ámbito de aplicación personal a los trabajadores comprendidos en normas estatutarias; y en la medida en que –como se ha visto– dicha disposición se mantuvo vigente por vía de la prórroga dispuesta en el primer párrafo del art. 4 de la ley 25.972, no puede considerarse que durante la vigencia de esta última, dichos trabajadores hayan quedado excluidos de la protección otorgada por la norma original.

Por lo expuesto, propongo confirmar la aplicación del recargo indemnizatorio previsto en el art. 16 de la ley 25.561.

Tampoco será admitida la queja que articula la accionada en orden al planteo de inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 25.561, en tanto no puede desconocerse al iniciar el análisis de la norma en cuestión, que su redacción se dio en el marco de un proceso de emergencia económica, extremo no sólo admitido por el legislador (cfr. art. 1º y concs.), en el cual se consideró necesario adoptar una medida que obstaculice de algún modo los despidos sin causa que, sin duda, profundizarían la crítica situación reinante, mediante el agravamiento del costo patrimonial de la denuncia contractual incausada, circunstancia que por sí sola no resultaría ostensiblemente irrazonable, máxime si se pondera que la norma en cuestión no cercena el poder reconocido al empresario de despedir sin causa, sino simplemente disuadirlo mediante una sanción que irroga un mayor costo indemnizatorio, a la decisión rescisoria (con idéntico criterio, ver CNAT Sala I, sentencia nº 80773 del 23/6/2003 in re "Ramírez, Hector R. C/ Elitronic Elite Argentina S.A s/ despido", y dictamen del Sr. Fiscal General, en dicha oportunidad).

No resultan atendibles las argumentaciones ensayadas en orden a que la aplicación al caso del estatuto del periodista, implica para el accionante un sistema de “doble estabilidad”, ostensiblemente irrazonable teniendo en cuenta que ya el art. 43 inc. d) de la ley 12.908 prevé el pago de una indemnización especial. La norma cuestionada no tiende a consagrar la permanencia de un vínculo laboral, sino que admite su disolución tornándolo simplemente más oneroso, y su fundamento –paliar los efectos de la crisis económica imperante en nuestro país– nada tiene que ver con el tenido en miras por el legislador al establecer la indemnización adicional prevista en el Estatuto especial, relacionada con el carácter propio de la actividad desarrollada por el actor, en su rol de periodista profesional.

Debe ponderarse que reiteradamente se ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe considerarse la “ultima ratio” del orden jurídico, en tanto y en cuanto no se demuestre en forma palmaria, que alguno de los restantes Poderes del Estado se ha extralimitado en forma abusiva por comisión u omisión en el ejercicio de facultades que le son propias, provocando perjuicios mayúsculos y/o comportamientos que, por su irrazonabilidad manifiesta, puedan comprometer el equilibrio político y social en que se desarrollan las instituciones de la República, la vida democrática y la garantía de la división de poderes. Por lo demás, en la especie resulta de aplicación la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los autos “López, Antonio M. c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/ accidente - acción civil”, en tanto no se advierte agravio constitucional de entidad suficiente para acoger la impugnación, por lo que, a mi juicio, debe desecharse el planteo deducido.

Ahora bien, la sentenciante de grado efectuó el cálculo del recargo indemnizatorio en análisis sobre las indemnizaciones previstas en los arts. 43 inc. b), c) y d) y tal decisión fue atacada por la aquí recurrente, quien, tras pretender la declaración de inconstitucionalidad del decreto 2014/05, refiere que sólo corresponde aditar el mentado recargo sobre la indemnización prevista en el inc. c) del art. 43 de la ley 12.908.

Previo a todo corresponde señalar que la convocatoria a tribunal plenario a fin de fijar criterio acerca del alcance que cabe otorgarle al incremento indemnizatorio previsto en el art. 16 de la ley 25.561 con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.972 (in re “Oliva, Jessica Romina c/ Yanine S.A. s/ despido” –Resolución de Cámara Nro. 16 del 3/7/09), no obsta al dictado del presente pronunciamiento por cuanto la mayoría de las Salas que integran esta Cámara ha sentado doctrina coincidente sobre la cuestión de derecho objeto del plenario -conf. arts. 301 CPCCN y 155 último párrafo de la L.O. (Sala II: “Rao, Matías Hernán c/ Consolidar AFJP s/ despido”, SD. 95.017 del 10.07.07; Sala III “Celiz Nicolas Jonatan c/ Obra Social del Personal de Farmacia s/ despido” SD 91024 del 29/5/09; Sala IV “Llanos, Aurora del Carmen c/ Asociación Francesa Filantrópica de Beneficencia s/ despido”, SD. 93.715 del 31.10.08; Sala V: “Calcagno, Analía Verónica c/ Supermercados Ekono S.A. s/ despido”, SD. 70.685 del 21.05.08; Sala VI: “Abrescia, Juan Rodolfo c/ Telecom Argentina S.A. s/ despido”, SD. 61.423 del 26.06.09; Sala VIII “Mateucchi, Cecilia Beatriz c/ COTO C.I.C. S.A. s/ despido”, SD. 34.866 del 26.03.087; Sala IX: “Ruiz, Elisabeth del Valle c/ Hogar de Ancianos S.A. s/ despido”, SD.15.246 del 30.12.08, Sala X: “Kast de Rosso Ana c/ Olivieri s/ consignación”, SD. 16.305 del 14.10.08).

Si bien es cierto que la ley 25972 delega en el Poder Ejecutivo la fijación del porcentaje correspondiente al incremento indemnizatorio allí dispuesto, no se colige de ello que, por vía reglamentaria, pueda alterarse su base de cálculo que, como se puntualizó en oportunidad de tratar la aplicación en el caso del mencionado recargo, no es otra que la indemnización prevista en el art. 245 de la L.C.T. Tal interpretación por otra parte es coherente con la modificación operada en los términos de la nueva ley, ya que si sólo se hubiera querido modificar la cuantía del agravamiento, ninguna especificación se hubiese hecho respecto de la indemnización “que correspondiese”.

En tal contexto, el Poder Ejecutivo Nacional no puede válidamente disponer que el incremento se calcule sobre rubros distintos a la indemnización establecida en el art. 245 de la L.C.T. Sin embargo, el decreto 2014/04 dispuso que, en caso de despidos dispuestos en contravención a la suspensión, se debería abonar a los trabajadores afectados un 80% adicional “por sobre los montos indemnizatorios que les correspondan”, agregando luego en su artículo 2º que “A los efectos del cálculo de las sumas referidas en el artículo precedente, el porcentaje adicional comprende *todos los rubros indemnizatorios originados con motivo de la extinción del contrato de trabajo*”.

El exceso reglamentario en que incurrió el PEN al disponer como se lo ha hecho resulta evidente puesto que su interpretación literal llevaría a variar la base de cálculo que expresa y claramente se establece en la ley reglamentada.

Por lo demás, no cabría dejar de considerar que, poco tiempo después, las mismas autoridades, mediante el decreto 1433/05 derogaron el decreto 2014/04 sin repetir una fórmula como la empleada en el art. 2 antes transcrito (lo que nos permite advertir la teleología de la reforma), por lo que a mi juicio, corresponde considerar que el mencionado decreto no resulta una norma derivada del texto de la ley que pretende reglamentar, sino que altera su espíritu y contenido, incurriendo el poder administrador en un claro exceso reglamentario, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 28, 31 y art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, corresponde admitir el planteo de inconstitucionalidad deducido por la recurrente respecto de la norma reglamentaria en cuestión.

Por lo expuesto, el recargo del 80% diferido a condena en el decisorio apelado deberá calcularse exclusivamente sobre la indemnización del art. 43 inc. c) de la ley 12.908, que viene

a reemplazar a la prevista en el art. 245 de la L.C.T. al calcularse en base a la antigüedad del trabajador.

Por el contrario no tendrá favorable acogida la queja vertida en torno a la multa prevista en el art. 80 de la L.C.T, por cuanto no resulta admisible el argumento relativo a que estando incluido el trabajador en el Estatuto del Periodista, no pueden aplicársele normas reguladas por la Ley de Contrato de Trabajo.

Como ya sostuve al expedirme con relación a la aplicación de la ley 24.013, la actividad periodística no está excluida de la Ley de Contrato de Trabajo, por lo que surge palmariamente la aplicación al caso de las previsiones que emanan del art. 80 de la L.C.T.

Por lo demás, si bien sostuvo la recurrente que, tal como reconoció la Magistrada de anterior grado, el actor no intimó a la entrega de los certificados en el plazo previsto por el decreto 146/01, ningún agravio vertió respecto de la conclusión de la Sra. Juez a quo relativa a que aun cuando hubiera esperado el plazo allí previsto, en nada cambiaba la situación por cuanto el vínculo no se encontraba registrado (art. 116 L.O.), razón por la cual propongo la confirmación de este aspecto de la sentencia recurrida.

Refiere, por su parte, la quejosa que la sentenciante de grado omitió expedirse respecto a la excepción de prescripción opuesta en el responde con relación a los conceptos aguinaldo proporcional 2003, aguinaldo 1º semestre 2004 y vacaciones del año 2003 y, adelante, le asiste razón en este aspecto.

En efecto, conforme llegó firme a esta instancia, el vínculo se extinguió el 12/1/05, por lo que teniendo en cuenta la fecha de interposición de la demanda (29/5/07, según cargo mecánico de fs. 20) y de inicio del trámite de conciliación obligatoria ante el SECCLO (fs. 9/10/06), conforme las previsiones que surgen del art. 256 de la L.C.T. y del Fallo Plenario N° 312 (Acta 2472 del 6 de junio de 2006) dictada en autos "Martínez, Alberto c/ Y.P.F. S.A. s/ Part. Accionariado Obrero", se encuentran prescriptos los créditos devengados con anterioridad al 29/11/04. De este modo, tal como sostiene la demandada en su escrito recursivo, los conceptos referidos se encuentran alcanzados por la prescripción, por lo que corresponde desestimarlos.

Distinta suerte correrá el agravio referido a las remuneraciones correspondientes a diciembre de 2004 y enero de 2005, toda vez que la demandada no cuestionó la fecha de extinción del vínculo, que producido el 12/1/05 determina la procedencia de los conceptos salariales reclamados.

Tampoco tendrá favorable acogida la queja esgrimida en torno a la integración del mes de despido, toda vez que conforme lo dispone el estatuto en cuestión, el plazo del preaviso previsto en el art. 43 comenzará a computarse a partir del primer día hábil del mes siguiente al de su notificación, por lo que deberá integrarse la remuneración con los días no trabajados del mes en que se produce el despido. Ello determina la confirmación de este aspecto de la sentencia recurrida.

Conforme lo hasta aquí expuesto y teniendo en cuenta las modificaciones propuestas, el actor será acreedor a los siguientes conceptos e importes:

- 1) Indemnización art. 43 inc. c) ley 12.908: \$ 136.000;
- 2) Indemnización art. 43 inc. b) ley 12.908: \$ 54.400;
- 3) Indemnización art. 43 inc. d) ley 12.908: \$ 81.600;
- 4) Indemnización art. 16 ley 25.561: \$ 108.800;
- 5) Indemnización art. 8 ley 24.013: \$ 233.900;
- 6) Indemnización art. 15 ley 24.013: \$ 272.000;
- 7) Indemnización art. 80 L.C.T.: \$ 40.800;

- 8) Remuneración diciembre 2004: \$ 13.600;
- 9) Remuneración enero 2005 e integración mes de despido: \$ 13.600;
- 10) SAC 2º semestre 2004: \$ 6.800;
- 11) Vacaciones 2004: \$ 11.424;
- 12) SAC sobre preaviso: \$ 4.533,33.

Todo lo cual hace un total de \$ 977.457,33.

Por su parte, se queja el actor por cuanto la sentenciante de grado rechazó la condena pretendida contra Diego Guebel y Mario Daniel Pergolini, en el entendimiento de que el trabajador no invocó la insolvencia de la sociedad ni la existencia de maniobras a título personal de los codemandados, tendientes a disminuir el patrimonio de la persona jurídica empleadora.

Llegó firme a esta instancia el carácter de socios y directores de Guebel y Pergolini, carácter que atribuido por la sentenciante de grado, no fue controvertido por las partes. Sin perjuicio de ello, tal circunstancia se extrae de la información brindada por el perito contador en su dictamen de fs. 664/671, de donde surge que, durante la vigencia del vínculo laboral del accionante, los codemandados revistieron el carácter de Presidente y Vicepresidente, respectivamente, ambos además con el cargo de Directores.

Planteado en tales términos el debate, considero que en los casos en que se pone en tela de juicio la actuación personal de los administradores de los entes societarios por su obrar doloso o culposo, no debe evaluarse su responsabilidad conforme lo previsto en el art. 54 de la LSC, sino a la luz de las normas comunes de imputación subjetiva de responsabilidad. En efecto, la ausencia de contrato o relación jurídica preexistente entre el tercero damnificado (trabajador) y el administrador del ente social, obstaculiza, frente a la constatación de un ente real y no ficticio, la extensión de responsabilidad conforme el art. 54 LSC, pero ello no impide considerar las causas de atribución de responsabilidad, no ya desde la lógica del contrato, sino en función de la participación personal de los codemandados en la dirección de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 59 y 274 de la LSC (en este sentido, ver fallos de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, “Eduardo Forns c/Uantu S.A. s/ ordinario” del 24/6/03 –J.A. 21.12.03, 2003-IV- y CNCOM., Sala E “Nougues Hnos S.A. s/ incumplimiento en la presentación de estados contables).

Desde esta óptica, cabe considerar que en los supuestos de trabajo no registrado o parcialmente registrado, no se verifica un mero incumplimiento aislado, como podría ser el retraso en el pago de los salarios o su adeudamiento, sino que existe un verdadero concilio de fraude destinado a ocultar hechos y conductas con la finalidad de sustraer al empleador del cumplimiento de sus obligaciones legales. En el caso se advierte una metodología de gestión y administración empresarial destinada claramente a eludir la ley y las cargas fiscales correspondientes a través de las cuales, en definitiva, se pretende ocultar el verdadero desenvolvimiento económico de la sociedad (art. 274 LSC).

Entonces, si bien la responsabilidad de socios, directores y accionistas por actos de la sociedad resulta ser una cuestión que requiere un análisis particular, debiendo en cada caso examinarse las circunstancias particulares en que su desenvolvimiento dentro del seno social se configuró, considero que tanto el presidente como el vicepresidente de una sociedad anónima, no pueden ignorar la seria maniobra defraudatoria que se lleva a cabo a efectos de ocultar la existencia de un contrato de trabajo, ya que integran la sociedad, la administran y representan.

En tal orden de saber, comprobada en autos la maniobra dolosa y violatoria de la ley, y la participación directa y personal de Diego Guebel y Mario Daniel Pergolini, en sus respectivos

caracteres de presidente y vicepresidente del directorio, en su configuración, destaco que corresponde responsabilizarlos en su calidad de administradores de la sociedad empleadora en los términos de lo normado en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, en la medida que han ocasionado perjuicios al trabajador afectado por su actuar ilícito.

Tal decisión torna abstracto el tratamiento del agravio vertido por el accionante en el punto II de su escrito recursivo, con relación a la denegación de prueba dispuesta en la anterior instancia.

En cambio, no corresponde hacer extensiva la condena a entregar el certificado de trabajo previsto en el art. 80 LCT toda vez que se trata de una obligación de hacer en cabeza del sujeto empleador, calidad que los codemandados no revisten puesto que no estamos en presencia de un supuesto de fraude por intermediación laboral en los términos del art. 14 LCT o de una sociedad ficticia que torne aplicable la teoría del "disregard" prevista en el art. 54 de la ley 19.550.

En efecto, los aquí coaccionados responden en forma solidaria por su actuar ilícito pero no fueron empleadores del actor y los datos necesarios para la confección de los certificados previstos en la norma aludida ut supra resultarían de los libros de la sociedad empleadora, por lo que carece de objeto disponer una doble entrega de los mismos, por quienes, a título personal, no poseen los registros y carecen de los elementos necesarios para su confección. En principio, no resulta admisible que un tercero certifique sobre el cumplimiento o no de las obligaciones registrales a cargo del empleador - a quien en tal aspecto no desplaza ni sustituye- sin perjuicio de la responsabilidad que le compete por las eventuales sanciones o multas derivadas de los incumplimientos en que la principal pudiere incurrir al respecto (En similar sentido, esta Sala, in re: "Garro, Amilcar y otros c/ Transportes Metropolitanos Gral. San Martín y otro s/ despido", Expte. 10.355/99, SD 88.921 del 26/12/00).

Finalmente, considero que los accionados no incurrieron en la conducta tipificada en el art. 275 LCT sino que ejercieron válidamente su derecho de defensa, en tanto pudieron efectivamente controvertir su carácter de empleadores. En efecto, para que proceda la calificación de conducta temeraria y maliciosa resulta necesario que, a sabiendas, se litigue sin razón verdadera y se tenga conciencia de la sinrazón, incurriendo en graves inconductas procesales, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe; es decir que la actuación debe ser malintencionada, grave y manifiesta" (cfr. Carlos Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" anotado y comentado, 4ta. Ed. Actualizada, pág. 124 y ss.), aspectos que no se advierten en el caso concreto, en donde los demandados ejercieron su derecho de defensa, utilizando los medios a su alcance, sin que se constate la adopción de conductas inadecuadas o meramente dilatorias, que autoricen a aplicar la sanción que se persigue. Así, conforme lo señala Morello Augusto M., "La litis temeraria y la conducta maliciosa" publicado en J.A. 1967-VI pág. 909, habría temeridad cuando al iniciar demanda el accionante sabe a ciencia cierta que carece de razón pero "No obstante abusando de la jurisdicción, compone como improbus litigator un proceso del que se ha de generar daño a la otra parte (en igual sentido esta Sala sent. 67.328 del 28.9.90 "Orrego G. c/Rivera B. S/despido". Asimismo agrega el autor antes citado, remitiéndose a Couture que constituye "la actividad de quien afirma hechos o se conduce sin fundamentos o motivo, con conciencia de la sin razón" y también que para declarar una conducta como temeraria, conforme lo ha señalado reiterada jurisprudencia de esta Cámara (Sala IV del 13.5.74, J.A. 23-1974-297, Sala V, 15.2.75 "Minichini José c/Automóvil Club Argentino") el juzgador debe proceder con cautela y prudencia para no menoscabar la garantía de defensa en juicio (ésta Sala, SENT. 89813 DEL 17.10.01 "INTINI JUAN C/CONDUVOX S.A. S/DESPIDO").La conducta temeraria o maliciosa no surge del hecho de que el litigante haya perdido el pleito o que sus pretensiones

carezcan de sustento jurídico. La primera muestra una antijuricidad objetiva y la segunda una ilicitud subjetiva. Por ello, cuando la parte interesada solicita la sanción del art. 275 LCT o del art. 45 del C.P.C.N. y el juzgador siente el llamado interior a imponer una multa por ese motivo, ha de conjugar el derecho de legítima defensa y la necesidad de reparar los daños causados por la conducta procesal asumida por el empleador demandado (conf. CNAT, SALA VI SENT. 47156 del 11/8/97 "LECUMBERRY, Osmar C/ LA PHOTO SA S/ despido").

En el sub lite, no se evidencia que la conducta procesal de los demandados fuera desleal, pues las defensas opuestas no implicaron un obrar obstruccionista o dilatorio sino que ejercieron válidamente su derecho de defensa en juicio, de acuerdo a lo tutelado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Conforme lo expuesto, corresponde modificar la sentencia apelada y condenar a los demandados Cuatro Cabezas S.A., Diego Guebel y Mario Daniel Pergolini a pagar al actor la suma de \$ 977.457,33, en la forma y con más los intereses establecidos en la sentencia de grado, que no fueron materia de agravio ante esta alzada.

El nuevo resultado que propongo me lleva a dejar sin efecto la imposición de costas y regulaciones de honorarios dispuestos en la anterior instancia y proceder a su determinación en forma originaria (art. 279 CPCCN), circunstancia que torna abstracto el tratamiento de los agravios vertidos por las partes y por el perito contador, en este sentido.

Conforme lo expuesto propicio que las costas de ambas instancias se distribuyan en un 80% a cargo de los demandados vencidos y en un 20% a cargo de la parte actora (art. 71 CPCCN).

Tomando en cuenta el resultado del litigio, el mérito y extensión de la labor desarrollada y lo normado por el art. 38 de la L.O., arts. 6 a 9, 19 y 39 de la ley 21.839 y decreto ley 16638/57, corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de Cuatro Cabezas S.A., de Guebel, de Pergolini y del perito contador en el 15%, 11%, 11%, 11% y 6% del monto de condena con más sus intereses.

Asimismo, por los trabajos de Alzada, se regulan los honorarios correspondientes a los firmantes de los escritos de fs. 827/833 y 875/886, y 835/854 y 868/874, en el 25%, respectivamente, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su actuación en origen.

El Dr. **Miguel Ángel Maza** dijo:

Que adhiere a las conclusiones de **la Dra. Graciela A. González**, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), **el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar el pronunciamiento de grado y condenar a CUATRO CABEZAS S.A., DIEGO GUEBEL y MARIO DANIEL PERGOLINI a pagar, en forma solidaria, al actor DANIEL CARLOS TOGNETTI la suma de \$ 977.457,33 (NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS) en la forma y con más los aditamentos dispuestos en la sentencia de grado. 2) Eximir a DIEGO GUEBEL y a MARIO DANIEL PERGOLINI de la entrega del certificado de trabajo y constancia de aportes. 3) Dejar sin efecto la imposición de costas y regulaciones de honorarios establecidos en la instancia previa. 4) Declarar las costas de ambas instancias en un 80% a cargo de las demandadas y un 20% a cargo de la parte actora. 5) Regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de las demandadas Cuatro Cabezas S.A., Guebel, Pergolini y del perito contador, por los**

trabajos efectuados en la anterior instancia, en el 15%, 11%, 11%, 11% y 6% del monto de condena con más sus intereses. 6) Fijar los emolumentos de los letrados firmantes de los escritos de fs. 827/833 y 875/886, y 835/854 y 868/874 por los trabajos efectuados ante esta Alzada, en el 25% de lo que, en definitiva, les corresponda percibir por sus actuaciones en origen.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Miguel Ángel Maza

Juez de Cámara

Graciela A. González

Juez de Cámara

mm

1

Expte. Nro. 12.975/07